

Hamilton Gonçalves Ferraz

**Diferença, exclusão e neutralização:
Uma investigação crítica da inimputabilidade
etária e por sofrimento psíquico no Direito Penal
Brasileiro**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa
de Pós-graduação em Direito, do Departamento de
Direito da PUC-Rio

Orientador: Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Rio de Janeiro
Setembro de 2020

Hamilton Gonçalves Ferraz

**Diferença, exclusão e neutralização:
Uma investigação crítica da inimputabilidade
etária e por sofrimento psíquico no Direito Penal
Brasileiro**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa
de Pós-graduação em Direito, do Departamento de
Direito da PUC-Rio

Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Davi de Paiva Costa Tangerino

Coorientador
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ/
Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de
São Paulo (FGV Direito SP)

Profa. Patricia Mothé Glioche Béze

UERJ

Prof. Mariana de Assis Brasil e Weigert

UFRGS

Profa. Salo de Carvalho

UFRJ

Profa. Victoria Amália de Barros Carvalho

Gozdawa de Sulocki

PUC-Rio

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2020.

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Hamilton Gonçalves Ferraz

Graduou-se Bacharel em Direito pela UERJ (universidade do Estado do Rio de Janeiro) em 2014. Mestre em Direito pela UERJ em 2016. Ex-Professor Substituto de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ). Professor de Direito Penal e Prática Penal da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenador do Grupo de Pesquisa e Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos (GPECCRIM-DH). Advogado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Ficha Catalográfica

Ferraz, Hamilton Gonçalves

Diferença, exclusão e neutralização: uma investigação crítica da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico no direito penal brasileiro / Hamilton Gonçalves Ferraz; orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. – 2020.

377 f.; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2020.

Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Imputabilidade. 3. Adolescentes. 4. Portadores de sofrimento psíquico. 5. Medidas socioeducativas. 6. Medidas de segurança. I. Dornelles, João Ricardo Wanderley. II. Pontifícia Universidade

Para minha família, minha mãe, Antinéa, e meus avós, Ilciléa e Antonio, por todo o apoio e força nesta longa caminhada.

Em memória e homenagem às vítimas da indiferença, do descaso, da omissão, da mesquinhez e da ignorância.

Em memória ao Prof. Dr. H.C. mult. Felipe Andrés Villavicencio Terreros (1955-2020), pela generosidade com que acolheu e apresentou as ideias de um jovem professor brasileiro em terras peruanas.

Agradecimentos

“O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001”.

Um longo ciclo que, enfim, se encerra. É difícil expressar em palavras o que sinto ao fim do percurso até aqui. Por isso, mais que palavras, recordarei pessoas, momentos, sensações. Lembranças de partilha, de troca e de generosidade que nos ajudam a seguir em frente e que ajudaram a fazer nascer este trabalho, ainda que de formas imperceptíveis.

Noites mal dormidas. Angustiado. Vezes em que me senti pequeno e impotente. Nesses dias, minha mãe, Antinéa, e meus avós, Ilciléa e Antonio, me lembraram (e me lembram) do valor de cada conquista e cada vitória, por menor que seja. Como gostam muito de Camões, meu muito obrigado pela força que me dão em cada tempestade dessa vida e por me ajudarem a não perder a esperança da serena claridade da manhã, do porto e do salvamento.

Ao meu orientador, Prof. João Ricardo Dornelles, pela serena e gentil acolhida e pela potência de seu pensamento crítico, que tanto nos inspira.

Ao meu coorientador, Prof. Davi Tangerino, pela paciente e generosa troca, orientação e auxílio que vem desde meus tempos de graduação, em 2013 e segue até hoje.

À minha (eterna) orientadora e inspiração, Prof^a. Patricia Glioche, pela caminhada conjunta, pelas lições acadêmicas, profissionais e de vida, sempre repletas de carinho e leveza.

Aos Mestres que seguem inspirando minhas reflexões e ideias, Professores Nilo Batista, Vera Malaguti, Salo de Carvalho, Mariana Weigert, Ellen Rodrigues.

Aos meus colegas, amigas e amigos do Doutorado, em especial, Luciana, Leonardo Ribas, Marcos, Cissa, Carol, Bruna Bataglia, Bruna Portella, Ericka, Fernanda, Luiz, Priscilla, Amanda, Guilherme, Natália, Mariana, Thales, Andreu, Isabella, Marcelo, Reinaldo, Lucas Groth.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio, com quem tive a honra e a oportunidade de aprender mais perspectivas e olhares sobre o direito e para além dele: José Ribas Vieira, José María Gómez, Thula Pires, Márcia Nina, Fábio Leite, Caitlin Mulholland, Antonio Pele, Francisco de Guimaraens, Adriana

Vidal, Florian Hoffmann, Nádia de Araújo; e a todo o seu corpo de funcionários, em particular, aos queridos Cármen e Anderson.

Expressos na varanda, na sala dos professores (chegar e falar “aí que tá” com o Prof. Alexandre França), risos nos corredores com a turma do Vítor Gonçalves, dúvidas sobre a criminalização do coaching, bancas de monografia com a Prof^a Fernanda Prates e o Prof. Thiago Araújo, almoços no Cauby com o Prof. Rodrigo Machado, feirinhas de livros com desconto. Projetos de pesquisa, dúvidas, angústias compartilhadas, debates em sala, pontos extras (talvez até demais). Palestras, eventos, lançamentos de livros, apresentações (premiadas) na SIAC, artigos escritos em parceria, publicações. Orientações de monitoria (“100% Penal”, diria a Ana Clara Motta, junto da Victoria, Déborah, Eduarda, Luísa, Júlia, Isabella, Manu, Úrsula). Orientações de monografia que viraram livros Best-Sellers, né, Yuri Peçanha? Abraços e risadas na xerox, na cantina. Inúmeras amizades e parcerias, de alunos, alunas e colegas professores e professoras construídas nesses 2 anos, entre 2017 e 2019, como Substituto na Faculdade Nacional de Direito, e que vão para além dela (e que hoje já viraram collabs, né Antara, né Thales?). A lista seria simplesmente infundável. Sintam-se, todas e todos, igualmente contemplados aqui. Cada um sabe o lugar que ocupa no meu coração.

A Serra. Chegar aos jardins floridos cheios de vida da igualmente cheia de vida Universidade Estácio de Sá com meu chará, o taxista Amilton. Encontrar lá meus Coordenadores, queridos Professores Thiago Petrucci e Paula Farsoun, meus amigos. Rir com as Professoras Brenda Sarcinelli, Samara Ataíde, Jullyana Costa, Lillian Black, Vinícius Escobar, Hugo Lontra na sala dos professores, pegar a chave da sala com a Carla e a Suelane. Encontrar meus monitores – e amigos –, Edson Bruno, Thiago Werneck, Caio Farsura, Mathias Sandre, Tayssa Luz. Aulas com alunas e alunos queridos, turma do Weverton, do Wilgner, turma do Valadares, turma da Carol de Bois, às vezes com direito a visitas ilustres (como a Alice e a Maitê), gente com sorriso no rosto, gentileza e generosidade em seus corações. Reuniões do Grupo de Pesquisa com a Dani, Lucas, Manu, Gabi... Júris Simulados da Samara. Ir à Califórnia, à Massas Castel ou ao Casarão jantar, apreciar as cervejas artesanais indicadas pela Luísa Branco e, com sorte, encontrar com o Asaph e a Paula Fostino para falar (e rir) de política. Almoços no Da Terra, cafés e tortas na Cid Cakes. Passar mal de tanto comer na Chimarron de Mury. Obrigado a vocês (e hoje a lista só faz crescer, tamanho é o carinho e gentileza dos novos alunos

e alunas), à instituição e seus funcionários, e a quem eu lamentavelmente possa ter esquecido de citar aqui, pelo afeto e calor humano que só o frio friburguense pode proporcionar.

A amigos e amigas que me tanto engrandecem, Tatiana, Humberto, Ronny, Lúcia Glioche, Liana Lisboa, Carlos Eduardo, Augusto, Eric, Felipe Saraiva, Fabíola, Luciene, Maycon, Pedro Amorim, André Matheus, Daniel Peixoto, Renato, Victor, Juliana Rodrigues, Camila, Flora Sartorelli, Maria Cláudia, Marília, Elenora Ignez, Demétrius Souza.

Por fim, a todas e todos que posso ter me olvidado de lembrar aqui, minha mais profunda gratidão pelas trocas de afeto que preenchem de sentido não apenas este trabalho, mas a minha vida.

Resumo

Ferraz, Hamilton Gonçalves; Dornelles, João Ricardo Wanderley. **Diferença, exclusão e neutralização: Uma investigação crítica da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico no Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro, 2020. 377 p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente tese tem por objetivo analisar como o direito penal brasileiro, enquanto discurso, contribui para legitimar as formas peculiares de operacionalidade violenta do sistema penal sobre adolescentes e portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais. Imbricados a esse problema empírico estão os problemas normativos e dogmáticos das inconsistências e fragilidades da imputabilidade e da sua negativa, razão pela qual a tese também busca verificar se é possível repensar a teoria do delito em função da garantia de direitos humanos e fundamentais desses sujeitos; e, em caso positivo, em que termos. Os referenciais teóricos adotados são o realismo jurídico-penal marginal, o funcionalismo teleológico-redutor, a antipsiquiatria e os movimentos de reforma psiquiátrica em geral, e a criminologia crítica latino-americana. Assim, primeiro, investiga-se o desenvolvimento histórico das construções discursivas da inimputabilidade por idade e por sofrimento psíquico no Brasil, bem como da edificação dos seus respectivos sistemas tutelares de medidas correcionais e terapêuticas desde o Império até os dias atuais. Na sequência, analisam-se as principais alternativas e inovações formuladas na teoria do delito, em especial, no âmbito da imputabilidade. Ao final, conclui-se pela defesa da imputabilidade enquanto elemento autônomo da estrutura analítica do delito, dotada de fundamentos materiais, conceituação e posição sistemática próprias, o que implica em alterações na teoria do delito e no sistema de penas e medidas.

Palavras-chave

Imputabilidade. Adolescentes. Portadores de sofrimento psíquico. Medidas socioeducativas. Medidas de segurança.

Abstract

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; DORNELLES, João Ricardo Wanderley. **Difference, exclusion and neutralization: a critical investigation on incapacity of culpability by reasons of age and mental disorders in Brazilian Criminal Law.** Rio de Janeiro, 2020. 377 p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This thesis aims to analyse how Brazilian Criminal Law, taken as a discourse, contributes to legitimate the peculiar forms of violent operability of its penal system upon adolescents and mentally disordered offenders. The normative and dogmatic problems of inconsistency and fragilities over the capacity of culpability (imputability) and its negative are related to this empirical problem, and that is why the thesis also aims to verify if it is possible to rethink the theory of crime regarding the guarantee of those subjects' human and fundamental rights; and, if so, in what terms. The theoretical references adopted are the marginal realism, the teleological-reductive functionalism, antipsychiatry and psychiatric reform movements in general, and the latin-american critical criminology. Therefore, firstly, the thesis investigates the historical development of the discursive constructions about the absence of culpability by reasons of age and mental disorders in Brazil, as well as the making of its respective tutelary systems of correctional and therapeutical measures since the Empire to this day. In sequel, the main alternatives and inovations formulated within theory of crime are analysed, specially concerning the capacity of culpability. In conclusion, the thesis states that capacity of culpability – imputability, in fact – is an autonomous element within the analytical structure of crime, gifted with its own material basis, conceptualization and systematic position, which implicates changes in theory of crime and the system of punishments and correctional measures.

Keywords

Imputability. Adolescents. Mentally disordered offenders. Correctional measures. Measures of rehabilitation and incapacitation.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	18
2. UMA APROXIMAÇÃO AO DISCURSO DOGMÁTICO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO: A ABORDAGEM REALISTA-MARGINAL	25
2.1 Por uma crítica à colonialidade do poder e do saber no direito penal	26
2.2 Um referencial teórico adequado à nossa realidade: em defesa do realismo jurídico-penal marginal	29
2.3 O modelo dogmático realista-marginal: a dogmática teleológico-funcional redutora	31
3. A INIMPUTABILIDADE E A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA DIFERENÇA NO BRASIL: A EDIFICAÇÃO DOS SEQUESTROS MANICOMIAL E TUTELAR-ASSISTENCIAL E SUA LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-PENAL	33
3.1 Esclarecimentos metodológicos	33
3.2 A “loucura”, a medicina psiquiátrica e o direito penal: o sequestro asilar de portadores de sofrimento psíquico e sua legitimação dogmática no Brasil	36
3.2.1 Do centro à margem: uma breve introdução ao controle penal da loucura	36
3.2.2 O controle médico-penal da loucura no Brasil imperial (1822-1889)	40
3.2.2.1 Sobre médicos, loucos e o sistema penal escravista	40
3.2.2.2 Sobre inimputáveis por sofrimento psíquico e o saber jurídico-penal: os artigos 10, §2º e 12 do Código Criminal de 1830	45
3.2.2.3 A contribuição original (e marginal) de Tobias Barreto	51
3.2.3 O controle médico-penal da loucura na Primeira República	56
3.2.3.1 Da Monarquia à República: a construção e legitimação da inferioridade biológica pela psiquiatria e criminologia brasileiras	56
3.2.3.2 O Código Penal de 1890 e a inimputabilidade por sofrimento psíquico	62

3.2.3.3 Percepções da inimputabilidade por sofrimento psíquico pelo saber jurídico-penal e criminológico republicano: traduções, confluências e disputas	66
3.2.4 O Código Penal de 1940 e a introdução das medidas de segurança	83
3.2.4.1 Do “Estado Gendarme” a um Estado Interventor: uma breve introdução à Era Vargas	84
3.2.4.2 O “estado da arte” do saber jurídico-penal e criminológico ao tempo do CP 1940	86
3.2.4.3 “Uma vela à Carrara e outra a Ferri”? Breves notas gerais sobre o CP 1940	89
3.2.4.4 Sobre a inimputabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança no CP 1940: os arranjos entre direito penal e psiquiatria	92
3.2.4.5 Críticas ao sistema de medidas de segurança do CP 1940: os caminhos tortuosos até a Reforma Penal de 1984	102
3.2.5 Uma introdução à Reforma de 1984	110
3.2.5.1 A Redemocratização e a Reforma de 1984	111
3.2.5.2 O movimento antimanicomial brasileiro e a Reforma de 1984	114
3.2.5.3 O “estado da arte” da teoria jurídico-penal e criminológica ao tempo da Reforma	118
3.2.5.4 A inimputabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança na Reforma de 1984	124
3.2.5.5 Inimputabilidade por sofrimento psíquico, medidas de segurança e a Reforma de 1984: balanço histórico	129
3.2.6 Formas contemporâneas de compreender e controlar penalmente o sofrimento psíquico infrator no Brasil: rupturas, permanências e resistências	132
3.2.6.1 A reforma psiquiátrica, o movimento antimanicomial e o giro normativo em defesa dos direitos dos portadores de sofrimento psíquico	134
3.2.6.2 O papel dos atores do sistema penal na superação da lógica manicomial	139
3.2.6.3 O discurso jurídico-penal hegemônico sobre inimputáveis por sofrimento psíquico: entre permanências, reformismos e retrocessos	149

3.2.6.4 Aberturas e possibilidades a partir do direito internacional dos direitos humanos: os Casos Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006) e Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005), Corte IDH	163
3.2.7 Loucura, crime e seu controle penal no Brasil: síntese crítica do tópico	170
3.3 Entre “punição” e “proteção”: a construção da inimputabilidade etária e da responsabilidade infracional no Brasil	176
3.3.1 Fase indiferenciada	176
3.3.1.1 O surgimento da categoria “infância”	176
3.3.1.2 O Código Criminal de 1830 e sua apreensão pela doutrina e jurisprudência dominantes	178
3.3.1.3 Em defesa da segurança jurídica e por uma crítica à seletividade: a inimputabilidade etária em Tobias Barreto	181
3.3.1.4 A inimputabilidade etária e sua manipulação em um regime escravista: sobre a “Lei Nefanda” e o Aviso n. 190 de 1852	184
3.3.1.5 O destino dos inimputáveis etários	187
3.3.2 Fase tutelar	189
3.3.2.1 A República Velha e a primeira legislação menorista brasileira	190
3.3.2.2 O aprofundamento da etapa tutelar na “Era Vargas” e o SAM (Serviço de Assistência ao Menor)	201
3.3.2.3 Ditadura Militar: segurança nacional, FUNABEM e a “doutrina da situação irregular”	207
3.3.4 Etapa penal juvenil (“garantista”)	215
3.3.4.1 A consolidação normativa da doutrina da proteção integral: uma caminhada internacional e nacional	215
3.3.4.2 O expansionismo punitivo sobre adolescentes e suas principais linhas discursivas no Brasil contemporâneo	220
3.3.4.3 Um “direito penal juvenil”? Esboços e propostas dogmáticas de limitação ao poder punitivo sobre adolescentes autores de atos infracionais	226
3.3.4.4 Aberturas e possibilidades a partir do direito internacional dos direitos humanos: um modelo interamericano de Justiça Juvenil e suas características	229

3.3.5 Menoridade, crime e seu controle penal no Brasil: síntese crítica do tópico	237
3.4 Ainda “menores e loucos”? Uma síntese entre proximidades, diferenças e possibilidades entre os juízos de inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico	240
4. REORIENTAÇÕES NA TEORIA DO DELITO PARA UMA RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES E PORTADORES DE SOFRIMENTO PSÍQUICO EM CONFORMIDADE COM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	245
4.1 Portadores de sofrimento psíquico	245
4.1.1 Modificações em matéria de culpabilidade e aplicação da pena	246
4.1.1.1 Propostas de refundação material e redefinição conceitual da imputabilidade	246
4.1.1.2 Propostas pragmáticas de redução de danos: uma “imputabilização” (diferenciada) do inimputável por sofrimento psíquico	254
4.1.2 Reformulações em sede de teoria da conduta	263
4.1.2.1 Proposta ontológico-naturalista: uma revisão do finalismo em Miguel Reale Júnior	263
4.1.2.2 Propostas normativistas: releituras a partir da teoria das normas, da teoria do discurso e do conceito de pessoa deliberativa	265
4.1.3 A imputabilidade para além do direito penal: a capacidade de compreender o significado do processo penal	281
4.1.4 Análise crítica	285
4.2 Adolescentes autores de atos infracionais e o direito penal juvenil: entre o abandono e a reformulação dogmática da imputabilidade em modelos de responsabilização diferenciada	291
4.2.1 Modelos que dispensam a imputabilidade	292
4.2.2 Modelos de imputabilidade “sui generis”	295
4.2.3 Análise crítica	306
4.3 Síntese crítica do capítulo	308
5. PARA ALÉM DE “MENORES” E “LOUCOS”: PROPOSTAS REALISTAS-MARGINAIS DE REFORMULAÇÃO DOGMÁTICA DA IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL	311

5.1 Premissa metodológica: uma compreensão teleológico-funcional redutora da teoria do delito	311
5.2 A imputabilidade como um elemento autônomo da teoria do delito	314
5.2.1 Fundamentos materiais	317
5.2.2 Conceito	318
5.2.3 Posicionamento sistemático	321
5.2.4 Subespécies de imputabilidade e suas principais características	322
5.2.4.1 Imputabilidade ordinária	323
5.2.4.2 Imputabilidade extraordinária (ou especial)	323
5.3 Consequências sistemáticas gerais na teoria do delito	325
5.3.1 Consequências na culpabilidade	326
5.3.1.1 A “exclusão da exclusão”: não existem “inimputáveis”, tampouco “semi-imputáveis”	326
5.3.1.2 Casos de embriaguez e demais transtornos psíquicos transitórios	327
5.3.1.3 A exigibilidade de conduta diversa	329
5.3.1.4 A “culpabilidade pela vulnerabilidade”	330
5.3.2 Consequências no injusto	332
5.3.2.1 A posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios	333
5.3.2.2 Características e particularidades do sujeito na imputação objetiva (ou dominabilidade do fato)	334
5.3.2.3 Anotações pontuais na tipicidade e antijuridicidade	334
5.3.3 Consequências na teoria do erro	337
5.3.4 Consequências no concurso de pessoas	338
5.4 Impactos no sistema de penas e medidas	339
5.4.1 Um direito penal para além da lógica punitiva: a dispensabilidade <i>a priori</i> da sanção	339
5.4.2 Adeus à periculosidade (e ela já vai tarde): por um direito penal do fato e da culpabilidade	341

5.4.3 A “neutralização da neutralização”: pelo fim das “medidas” e rumo a um sistema unitário de sanções	342
6. CONCLUSÃO	344
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	348

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 (CRFB) - Constituição Federal de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil)

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CP - Código Penal

DNCr - Departamento Nacional da Criança

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNABEM - Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor

MP - Ministério Público

ONU - Organização das Nações Unidas

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PNBEM - Política Nacional de Bem-estar do Menor

SAM - Serviço de Assistência ao Menor

SDH - Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República

SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

HC – Habeas Corpus

AP - Apelação

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

EResp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

Não se curem além da conta. Gente curada demais é gente chata. Todo mundo tem um pouco de loucura. Vou lhes fazer um pedido: vivam a imaginação, pois ela é a nossa realidade mais profunda. Felizmente, eu nunca convivi com pessoas ajuizadas. É necessário se espantar, se indignar e se contagiar, só assim é possível mudar a realidade.

Nise da Silveira

E me perguntam as pessoas se o problema do menor tem solução; e do meu ponto de conhecimento eu respondo: “Tem!” Mas antes precisamos resolver entre nós uma única questão: quem está disposto a entender, perdoar e estender a sua mão a um menor?

Anderson Herzer, *A queda para o alto*, 1982.

1

Introdução

No ano de 1907, em obra de importância fundamental para o desenvolvimento da culpabilidade no século XX, Reinhard Frank afirmou ser a imputabilidade o “fantasma errante” na teoria do delito¹. Algumas décadas mais tarde, ninguém menos que Edmund Mezger sustentou ser a imputabilidade a “porta de entrada da personalidade no Direito Penal”².

A caracterização da imputabilidade na teoria do delito encontra nas citações acima uma síntese ilustrativa das suas duas maiores fragilidades dogmáticas e político-criminais: dificuldades de definição e enquadramento sistemático-conceitual; e abertura a concepções autoritárias de Direito Penal de Autor³, amparadas nos problemáticos conceitos de “personalidade” e “periculosidade”.

De fato, como observou Zaffaroni, a imputabilidade já se enquadrou em todos os estratos da teoria do delito⁴: (i) capacidade de ação, (ii) de tipicidade, (iii) de antijuridicidade, (iv) capacidade de injusto, (v) pressuposto ou (vi) elemento da culpabilidade - “capacidade de culpabilidade”, atual percepção majoritária da categoria conceitual⁵ - e (vii) capacidade de punibilidade (quando sua ausência configurava causa de isenção de pena). Hoje, correntes doutrinárias de cunho funcionalista-sistêmico chegam a conceituar a imputabilidade como a possibilidade de expressão de um “déficit de fidelidade ao direito”⁶, ou “a margem a partir da qual um sujeito é reconhecido como possível destinatário de um reproche por falta de lealdade comunicativa”⁷. Há, por fim, aqueles que subtraíram a imputabilidade do direito penal, considerando-a a “capacidade de compreensão do sentido do processo penal”⁸.

¹ FRANK, R., *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 33.

² MEZGER, E. *Derecho penal: libro de estudio* – parte general, p. 202. Um dos penalistas mais importantes (senão o mais importante) do regime nacional-socialista, cuja doutrina foi absolutamente funcional ao totalitarismo alemão. Sobre isto, conferir MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo.

³ Chama-se Direito Penal de Autor aquele que supõe ser o delito um sintoma de um “estado do autor”, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas “normais”. Trata-se de uma inferioridade que, para uns, é de natureza moral (sendo um “estado de pecado jurídico”); e, para outros, de natureza mecânica e, consistindo, portanto, em um “estado perigoso” (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 131-133).

⁴ ZAFFARONI, E. R. et al. *Manual de Derecho Penal*, p. 691-693.

⁵ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal: Parte General*, p. 361; MIR PUIG, S. *Derecho penal: Parte General*, 2006, p. 563; BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1., p. 456 e SOUZA, A. B. G. e JAPIASSÚ, C. E. A. *Curso de Direito Penal: parte geral*, p. 240-241.

⁶ JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 582.

⁷ MAÑALICH, J. P. *Pena y ciudadanía*, p. 124.

⁸ Referindo-se a Gonzalo Quintero Olivares, MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, p. 105-106.

Do ponto de vista sistemático, a imputabilidade é também uma categoria que agrupa situações bastante díspares de exclusão, sugerindo que sua própria caracterização e enquadramento enquanto conceito jurídico pode ser questionável: por exemplo, a inimputabilidade etária possui tratamento distinto da inimputabilidade por sofrimento psíquico, e ambas diferem radicalmente da inimputabilidade por embriaguez completa e involuntária, que não apenas compreende causa de inimputabilidade transitória, como a situação fática que acomete o sujeito lhe acarreta consequências aleatórias, sobre as quais a possibilidade de seu controle é afetada de forma significativamente diferente. Além disso, a verificação de situações de inimputabilidade é extremamente limitada, uma vez que a lei penal já assume a imputabilidade como pressuposto⁹. Dessa forma, merecem destaque apenas as situações de instauração de incidente processual para verificação de transtorno mental ou utilização de perícia para atestar a embriaguez, todos posteriormente ao momento da prática do fato, e, em sede de criminalização primária, a discussão a respeito da idade constitucional de responsabilização penal.

Além disso, a conciliação entre as consequências e a disciplina normativa da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico com a estrutura conceitual de um direito penal é no mínimo problemática. Se o direito penal (seja enquanto programação criminalizante, seja enquanto ramo do saber jurídico) é intrinsecamente dependente do princípio da legalidade, e este pressupõe uma punição retrospectiva a um sujeito dotado de racionalidade que, conhecedor da norma penal, optou por realizar o injusto, como se justificar o encaixe, nesta estrutura, de um tipo de controle social que se dirige contra sujeitos não motiváveis pela norma penal e que, por isso, não pode ser baseado no que se fez, mas no que se pode vir a fazer no futuro?

A uma dogmática defeituosa, confusa e pouco coerente em matéria de inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico corresponde uma operacionalidade punitiva do sistema penal que cobra seu preço. É objeto de razoável consenso científico no campo criminológico o reconhecimento do déficit crônico e, por muitas vezes, agravado de efetividade de direitos humanos e fundamentais em relação a inimputáveis etários ou por sofrimento psíquico.

Essa constatação se reflete, no plano legislativo, no amadurecimento e aprofundamento das questões juvenil e antimanicomial brasileiras: destacam-se a Lei de Reforma Psiquiátrica – Lei 10.216/01 - e, hodiernamente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015; e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Lei 12.594/2012, que atualiza e acrescenta novas disposições ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹ HASSEMER, W. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 291; KINDHÄUSER, U. *Culpabilidad jurídica-penal en el Estado Democrático de Derecho*, p. 212.

No plano teórico-dogmático, a busca pela garantia de direitos a esses grupos vulneráveis implica em significativas reorientações no campo jurídico, a partir do reconhecimento (i) da natureza penal (punitiva) das medidas correcionais (sejam de segurança, sejam medidas socioeducativas); (ii) de graves problemas de compatibilidade constitucional do juízo de periculosidade para sancionamento de inimputáveis; (iii) de que a inimputabilidade não é óbice à verificação dos demais elementos do juízo de culpabilidade; e (iv) que a inimputabilidade não pode representar menos direitos, mas sim, os mesmos direitos reservados a sujeitos imputáveis e maiores garantias em razão de suas qualidades especiais¹⁰.

Ocorre que, colocadas as questões dessa forma, as proposições visadas ainda não são coerentes com o atual tratamento dogmático da imputabilidade. Observa-se tensão com o princípio da igualdade e proporcionalidade, já que a toda negativa de capacidade ou responsabilidade a qualquer pessoa pode corresponder, em maior ou menor medida, algum desapeço por sua autonomia e autodeterminação, que se reflete em maior distanciamento da garantia fundamental da culpabilidade, e, inversamente, maior aproximação a concepções e parâmetros de periculosidade. Consequentemente, a constatação de permanência de déficits de efetividade em matéria de garantias e direitos fundamentais para portadores de sofrimento psíquico e adolescentes autores de atos infracionais impõe a renovação de questionamentos criminológicos e jurídico-penais a respeito do tratamento conferido a estes grupos vulneráveis, particularmente no âmbito da imputabilidade.

Assim, considerando os avanços contemporâneos no que se refere à culpabilidade e ao tratamento jurídico de portadores de sofrimento psíquico e adolescentes autores de ato infracional¹¹ – reconhecendo-os como sujeitos de direito, titulares das mesmas garantias

¹⁰ MATTOS, V. *Crime e psiquiatria. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*; QUEIROZ, P. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*; CARVALHO, S.; WEIGERT, M. de A. B. e. *As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo*, p. 461-479; _____. *A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal*, p. 55-90, 2013.

¹¹ Na literatura jurídica, esses sujeitos ainda são comumente referidos como “doentes mentais”, “portadores de transtorno mental”, “menores”, “adolescentes em conflito com a lei”. Respeitosamente, discordamos de todas as expressões. Como se justificará e se perceberá ao longo do trabalho, as ditas expressões são errôneas ou insatisfatórias por encarnarem etiquetas preconceituosas, discriminatórias, ou apenas legalmente inadequadas. Adota-se, portanto, “portadores de sofrimento psíquico” e “adolescentes (ou menores de idade) autores de atos infracionais” como uma terminologia que, compatível com, mas, ao mesmo tempo, crítica à legislação em vigor, busca se referir a estes sujeitos respeitando suas identidades, individualidades e direitos. Convém esclarecer, contudo, o emprego da expressão “adolescentes autores de atos infracionais”. É certo que afirmar a autoria de qualquer pessoa por uma infração é um juízo que, de um ponto de vista processual rigoroso, dependeria de sentença transitada em julgado. Uma vez que nos referimos a adolescentes que, eventualmente, pratiquem atos infracionais, segundo essa métrica, tal expressão não se afiguraria correta. Por outro lado, se “autoria” se referir à mera “prática” de atos infracionais – como é o sentido aqui proposto –, não parece haver maiores contradições com a presunção de inocência. Trata-se de uma terminologia que se mostra mais adequada do que “adolescentes em conflito com a lei”, uma vez que a realidade prática e operacional do sistema de justiça juvenil (violenta e seletiva) sugere muito mais o oposto, no sentido de que, em verdade, seriam

fundamentais dos imputáveis (notadamente a culpabilidade), além de maiores garantias em razão de sua condição pessoal especial¹² -, a tese buscará responder às seguintes perguntas:

1. Do ponto de vista dogmático, é a imputabilidade uma categoria conceitual? Caso seja, sob qual elemento ou funcionalidade comum reunir suas hipóteses de exclusão?

2. Em perspectiva criminológico-crítica, questiona-se: 2.1 Como se dão e a que se devem as peculiaridades das violências punitivas que se exercem sobre inimputáveis? Seriam distorções que se relacionariam, também, às próprias formações históricas, político-sociais e econômicas e na estruturação científico-dogmática da imputabilidade? 2.2 Caso a resposta à pergunta anterior seja afirmativa, a dogmática jurídico-penal, no plano teórico-normativo, é capaz de contribuir para corrigir tais distorções? Se sim, a partir de quais fundamentos epistemológicos, teóricos e metodológicos?

3. No que diz respeito a questões de índole político-criminal, deve o Direito Penal continuar a se ocupar de inimputáveis etários e por sofrimento psíquico, ou subtraí-los de sua disciplina dogmática e normativa? No caso de resposta afirmativa à primeira pergunta, deve-se manter o juízo de imputabilidade; ou redesenhar o conceito de imputabilidade; ou trabalhar uma categoria conceitual inédita; ou, pura e simplesmente, dispensar a imputabilidade do Direito Penal?

Para responder às perguntas acima formuladas, faz-se necessário indicar e expor os referenciais teóricos de análise e investigação – compreendidos aqui, em simples acepção, como o conjunto de teorias, epistemologias, e campos do saber nos quais o trabalho se insere e pelos quais se orienta. Embora não se pretenda e não se afirme aqui qualquer “neutralidade” teórica ou epistêmica, preza-se pelo máximo de objetividade e clareza. Assim, a indicação dos referenciais abaixo apresentados não busca antecipar quaisquer conclusões ou respostas, mas sim, expor e justificar ao leitor, de forma transparente, quais são os pontos de partida assumidos para resolução das questões levantadas.

No plano dogmático, trabalha-se a dogmática jurídico-penal a partir de uma funcionalidade, em modelo integrado de ciências criminais, articulando-se Direito Penal, Criminologia e Política Criminal – articulação esta que conta, hoje, com considerável adesão

as leis, normas e atores do sistema de justiça que, de forma sistemática e estrutural, se colocariam em conflito com os adolescentes e seus direitos.

¹² SHECAIRA, S. S. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*; SPOSATO, K. B. *O Direito Penal Juvenil*; _____. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*; RODRIGUES, E. C. C. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*; COUSO SALAS, J. *La especialidad del Derecho Penal de adolescentes*. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo, p. 267-322.

doutrinária¹³. Embora cada corrente do pensamento jurídico-penal organize este arranjo de forma peculiar, é possível traçar um recorte entre aquelas que partem da legitimidade da pena e do sistema penal, e aquelas que a negam ou, no mínimo, questionam.

Sem prejuízo das contribuições oriundas das diferentes matrizes teóricas e criminológicas, a tese se norteia pela crítica à legitimidade da pena e do sistema penal, por irrealização de suas funções declaradas e, ao contrário, produzindo e reproduzindo, como funções reais, violências estruturais e seletivas em termos de raça, classe e gênero. Assim, a dogmática jurídico-penal será aqui trabalhada em perspectiva teleológico-funcional redutora¹⁴, isto é, como um saber orientado em sentido político-criminal à redução e contenção de poder punitivo, ao mínimo legal e constitucional.

Do ponto de vista criminológico-crítico, a história da inimizabilidade será feita considerando externamente a Criminologia (positivista, ortodoxa) e o Direito Penal (notadamente, a teoria do delito e a dogmática jurídico-penal tradicionais) enquanto formas, ou dispositivos de controle social e exercício de poder que se compreendem a partir da micromecânica do poder, com suas disciplinas e normalização, inclusive no plano discursivo. Importa apontar que estas perspectivas serão abordadas de forma politicamente situada no Brasil, em perspectiva realista-marginal e decolonial, considerando a colonialidade dos poderes e saberes criminológicos e penais exercidos na margem, nas periferias do centro global, com recortes demarcados de raça, classe e gênero.

Ainda no plano criminológico-crítico, convém acrescentar a antipsiquiatria (ou psiquiatria alternativa) como referencial teórico essencial para a presente pesquisa. Paralelamente às críticas à prisão e aos saberes jurídicos, os anos 60 e 70 observaram processos semelhantes de desconstrução nos saberes “psi” e nas práticas asilares e manicomiais. A “antipsiquiatria” (ou “psiquiatria alternativa”) e o movimento antimanicomial (principalmente o brasileiro) denunciaram a estigmatização e neutralização provocadas pelo rótulo “doença mental” e a violência médica e jurídica sobre os rotulados “doentes mentais”¹⁵, demonstrando não só o fracasso das práticas asilares e manicomiais em obter qualquer “melhora” do paciente

¹³ ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 49-55; GRECO, L. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin, p. 120-163; BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal, p. 155-158; ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão, p. 231-234; BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 274-288.

¹⁴ _____; _____. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 60-63.

¹⁵ Fundamentais, sem prejuízo de outras, a consulta a SZASZ, T. *The manufacture of madness*: a comparative study of the inquisition and the mental health movement; _____. *The Myth of Mental Illness*: foundations of a theory of personal conduct; COOPER, David. *Psiquiatria y Antipsiquiatria*; LAING, Ronald. *L'io diviso*: Studio di psichiatria esistenziale; BASAGLIA, F. *La institución de la violencia*, p. 129-169; _____. *La condena de ser loco y pobre*: alternativas al manicomio.

como também que tais práticas constituíram-se na forma de técnicas de controle disciplinar e exercício de poder normalizador, funcionais à produção de “corpos dóceis” ao sistema capitalista¹⁶.

Um quarto referencial, que combina aspectos dogmáticos e criminológicos críticos, é a percepção da natureza penal e aflitiva da responsabilização infracional e das medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais. Embora o assunto ainda seja controvertido, o projeto se filia a respeitável parcela doutrinária que considera as sanções jurídicas aplicadas a esses adolescentes como autênticas penas, isto é, dotadas de viés repressivo¹⁷.

Essa inserção teórica se justifica a partir da compreensão da passagem, na história da Justiça Juvenil, do paradigma menorista ao paradigma da proteção integral, cujo amplo rol de mudanças consiste, essencialmente, em abandonar as promessas correcionais e terapêuticas em matéria juvenil e trabalhar direitos e garantias fundamentais para adolescentes considerando a realidade punitiva das sanções e do sistema repressivo a que são submetidos. Com base na proteção integral – amparada normativamente em nível internacional, constitucional e infraconstitucional no Brasil -, de meros objetos à disposição de intervenção estatal paternalista e repressiva, adolescentes passam a ser reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direitos, detentores das mesmas garantias fundamentais que sujeitos imputáveis, e merecedores de maiores direitos em razão de sua condição peculiar de desenvolvimento¹⁸.

Vistos os referenciais teóricos elencados, a tese se funda sobre pesquisa teórica, documental, por revisão bibliográfica: sem prejuízo das investigações jurídicas de caráter dogmático ou jurisprudencial, o trabalho se alinha e se insere no pensamento penal e criminológico-crítico brasileiro e latino-americano contemporâneo, em perspectiva crítica à colonialidade. A dogmática penal e os discursos criminológicos são tratados, do ponto de vista metodológico, enquanto fontes documentais, que se situam em um momento, espaço, local, e contextos próprios, que serão levados em conta para sua melhor compreensão. A partir dos conceitos e categorias empregadas e discutidas ao longo da investigação, é feita a dedução e análise de hipóteses até se chegar à formação de proposições e conclusões.

¹⁶ MATTOS, V. *Crime e psiquiatria. Uma saída*: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança; CARVALHO, S. *Antimanual de Criminologia*, p. 283-311.

¹⁷ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal, p. 204-205; MÉNDEZ, E. G. *Infância e cidadania na América Latina*; _____. *Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia?*, p. 7-23; CRIVELLI, A. E. *Derecho Penal Juvenil*. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil; CRUZ MÁRQUEZ, B. *Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente*, p. 241-269; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. *El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”*, p. 195-217; VARGAS PINTO, T. *La determinación judicial de la sanción penal juvenil*, p. 475-501.

¹⁸ SHECAIRA, S. S. *Sistema de garantías e o Direito Penal Juvenil*, p. 44-65.

O primeiro capítulo é dedicado a aprofundar, justificar e situar a tese no contexto brasileiro e latino-americano, a partir do realismo jurídico-penal e criminológico marginal. Os percursos históricos e teóricos, tanto criminológicos quanto dogmáticos, que são percorridos ao longo da tese são centrados nas práticas punitivas e discursos criminológicos e jurídico-penais de nossa margem, sem prejuízo do recurso às fontes centrais imprescindíveis.

O segundo capítulo realiza uma aproximação ao desenvolvimento da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico no direito penal brasileiro. O objetivo não é realizar um mero “apêndice” aparentemente histórico-jurídico dessa questão, mas sim observar as relações entre as práticas punitivas relacionadas a menores de idade e portadores de sofrimento psíquico e os discursos criminológicos e jurídico-penais correspondentes, investigando as formas com que os discursos hegemônicos e as práticas punitivas subjacentes se articularam. Em um primeiro tópico, a tese busca identificar os percursos do tratamento jurídico-penal a portadores de sofrimento psíquico; no segundo, a trajetória histórica da justiça juvenil brasileira e o tratamento conferido a menores de idade autores de infrações penais.

No terceiro capítulo, a tese mapeia o “estado da arte” da dogmática penal brasileira e latino-americana, apresentando e analisando as propostas teóricas inovadoras mais relevantes em relação à inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico, suas contribuições e eventuais críticas.

Ao fim, no quarto capítulo são apresentadas as próprias propostas relativamente ao tratamento da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico no direito penal brasileiro, com vistas não a um mero “aperfeiçoamento” em termos de teoria do delito, mas sim, ao desenvolvimento de instrumentos teóricos consistentes que permitam maior concretização de direitos a esses grupos vulneráveis.

Na conclusão é feita uma breve síntese do trabalho e das propostas defendidas, não somente respondendo às perguntas formuladas, mas buscando contribuir também com novas reflexões e pesquisas no tema.

2

Uma aproximação ao discurso dogmático jurídico-penal brasileiro: a abordagem realista-marginal

A maioria dos trabalhos em direito penal (e sobre o direito penal) costuma ignorar questões de fundo essenciais para uma compreensão consistente e transparente deste ramo do direito: é, ou deve ser a dogmática jurídico-penal uma técnica “universal”, “abstrata”, válida em qualquer lugar, momento e sociedade? Seus princípios de construção, parâmetros, critérios de validade e argumentos são, ou devem ser “neutros”, e ter força suficiente para transcender as contingências da realidade subjacente?

Feitas as perguntas a um historiador, antropólogo ou sociólogo, certamente suas respostas seriam negativas (ou, no mínimo, com certas ressalvas), sem que fossem necessários grandes esforços argumentativos. A um jurista, ou operador comum do direito, contudo, a pretensão idealista de uma “ciência” jurídica (em sentido forte, como um saber com “critérios rígidos” de verificação de uma “verdade”, acima de questões de poder, contextos ou visões de mundo) insiste em permanecer no imaginário jurídico atual.

Entretanto, na realidade dos fatos, o direito penal não é assim. “Ciência” por “ciência”, o nazismo também conheceu e teve suas “ciências” penais e criminológicas, bastante influentes ao seu tempo, inclusive com repercussões na América Latina e no Brasil¹⁹. Se o discurso jurídico-penal é “universal”, não se compreende como se assume tão facilmente que, por exemplo, a reincidência seja agravante na aplicação da pena, mas pouco se recorda que foi um brasileiro, Antonio Joaquim de Macedo Soares, no século XIX, quem, rudimentarmente, esboçou as primeiras críticas ao instituto, sugerindo mesmo que fosse uma atenuante, em certos casos²⁰. Tampouco se explica como, no tradicional estudo das teorias de fundamentação e justificação da pena, as discussões insistem em girar em torno da eterna disputa entre retribuição e prevenção, quando, há mais de 100 anos, um brasileiro, Tobias Barreto, abriu caminhos

¹⁹ Com tendências declaradamente nazistas, destacam-se a Escola de Kiel e a Escola de Marburgo, esta última, com seu mais destacado representante, Edmund Mezger. Sobre isto, FRAGOSO, C. *Autoritarismo e sistema penal*, p. 237-239. Sobre Mezger e sua simpatia ao nazismo, MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. Sobre a recepção das ideias de Mezger na América Latina e no Brasil, principalmente em matéria de culpabilidade, BATISTA, N. *Cem anos de repressão*, p. 167-169.

²⁰ MACEDO SOARES, A. J. *A reincidência perante o novo Código Penal*, p. 529-532 Apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*, p. 193.

teóricos para uma visão diferente e original sobre o assunto²¹, a qual, porém, raramente é recordada pelos compêndios e manuais mais conhecidos, inclusive de seu próprio país.

Fazer, estudar, construir - e desconstruir - o direito penal não é, portanto, tarefa tão óbvia ou simples. Uma vez que a tese pretende estudar a inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico, cumpre explicitar a partir de quais referenciais será feito este estudo, e justificar a centralidade da investigação no direito penal brasileiro.

2.1

Por uma crítica à colonialidade do poder e do saber no direito penal

Por que o direito penal é como é hoje? Como foi a construção do que hoje se considera direito penal? Essa construção foi a mesma nos países centrais e periféricos?

Sabe-se que aquilo que hoje veio a se chamar direito penal é fruto de uma série de circunstâncias sociais, históricas e políticas que tiveram lugar na Europa continental, desde um longo processo de gestação, que se iniciou entre os séculos XII e XIII, com a formação dos Estados nacionais e o chamado “confisco do conflito”²², passando pelos regimes monárquicos absolutos, até se chegar à ilustração e as revoluções burguesas, quando então se pode afirmar a formação de um novo discurso jurídico com autonomia e identidade próprias²³.

O direito penal, em sua configuração ilustrada mais importante retratada em “Dos delitos e das penas” (1764), de Cesare Beccaria, assumiu certas linhas mestras fundamentais, delineadas a partir de uma principiologia humanista e adequadas à filosofia política do contratualismo. Legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e da presunção de inocência foram temas recorrentes, que buscaram combater bases inquisitórias em conflito com os ideais das luzes²⁴.

Os fundamentos deste direito penal são apresentados de forma homogênea e coerente pela ilustração: a lei penal (geral e abstrata, conforme os postulados da taxatividade e anterioridade) advém de um contrato social, livre e conscientemente aderido pelas pessoas, que se submetem

²¹ Por todas as obras do autor, a de maior destaque, BARRETO, T. *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, p. 129-152. Sobre a teoria agnóstica ou negativa da pena, em maior profundidade, conferir FERRAZ, H. G. *Direito penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena*, p. 55-96.

²² BATISTA, V. M. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*, p. 31; CHRISTIE, N. *Conflicts as property*, p. 3-4.

²³ Neste ponto, vale conferir, ainda que aqui não se adotem as mesmas premissas teóricas e epistemológicas, PIRES, A. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*, p. 39-60; refazendo esta história com maior profundidade no campo penal e dogmático, TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*.

²⁴ CARVALHO, S. *Antimanual de Criminologia*, p. 37.

à penalidade em decorrência da violação do pacto²⁵. Trata-se, portanto, de um discurso que é filho direto da modernidade.

Apesar de “modernidade” ser um termo controvertido e ambíguo, identificam-se pelo menos dois sentidos: um primeiro, referente a uma ideia de “emancipação racional”, a saída da imaturidade por um esforço de razão como processo crítico²⁶. É nessa acepção que se compreende a noção de “estado de direito” como produto moderno²⁷, e, conseqüentemente, atribui-se aos discursos das ciências criminais (não apenas o direito penal, mas também a criminologia e a política criminal) o objetivo principal de busca da felicidade através da negação da “barbárie” e afirmação da “civilização”²⁸.

Em um segundo sentido, negativo e mítico, modernidade vem a representar a justificação da práxis irracional de violência²⁹. Como mito, ele é composto, em linhas gerais, pela assunção da civilização moderna (europeia) como superior, sendo que tal superioridade obriga ao “desenvolvimento” dos povos mais “primitivos”, “brutos”, “bárbaros”, pela via europeia. Em caso de resistência, se impõe o uso da violência em favor da “modernização” e do “progresso” (como uma “guerra justa colonial”), e assim, como resultado, a violência sofrida pelas vítimas é justificada como sacrifício necessário inevitável ao “avanço civilizatório”³⁰.

A outra face da modernidade é, assim, a colonialidade. A consolidação da hegemonia europeia e central sobre o mundo (leia-se, do homem branco, proprietário, heterossexual e colonizador) não se fez, e sequer seria possível, sem o exercício da dominação colonial, que operou padrões de exercício de poder e violência por categorias - raça, classe, gênero, sexualidade. Essa forma de dominação possui três elementos centrais: (i) a colonialidade do poder; (ii) o capitalismo; (iii) o eurocentrismo³¹.

A colonialidade, além de se expressar como poder, é acompanhada por uma colonialidade do ser e, principalmente, do saber³². Ao longo da dominação colonial europeia se constituiu o complexo cultural conhecido como “modernidade-razionalidade europeia”, estabelecida como paradigma universal de conhecimento e de relação entre a humanidade e o resto do mundo³³. Na América Latina, as ciências sociais (criminologia e direito penal incluídos), ao apelarem a uma “objetividade universal”, contribuíram para a busca, assumida pelas elites locais e

²⁵ Ibid., p. 154-155.

²⁶ DUSSEL, Enrique. 1492: *el encubrimiento del Otro* – hacia el origen del “mito de la modernidad”, p. 175.

²⁷ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 601.

²⁸ CARVALHO, S. *A hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal*, p. 165.

²⁹ DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 175.

³⁰ Ibid., p. 175-176.

³¹ QUIJANO, A. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, p. 124.

³² BALLESTRIN, L. *América Latina e o giro decolonial*, p. 100.

³³ QUIJANO, A. *Colonialidad y modernidad-razionalidad*, p. 63.

regionais, da “superação” dos traços tradicionais e pré-modernos que teriam servido de obstáculo ao “progresso” e à transformação destas sociedades à imagem e semelhança das sociedades liberais industriais”³⁴.

Essas críticas – aqui tratadas muito sucintamente³⁵ - compõem o que se chama de “giro decolonial”: uma virada epistemológica, teórica, prática e política que se apresenta como resistência à lógica da modernidade/colonialidade³⁶. Por essa razão, se é acertado que a modernidade é um “projeto inacabado”, ela não representa um ponto de chegada; ao contrário, necessita-se transcender a modernidade e superar a colonialidade em busca de mais, de novos, de outros paradigmas. Assim, Dussel propõe a categoria da “transmodernidade”, que ataca como irracional a violência da modernidade, na afirmação da “razão do outro”, e se afirma como um projeto mundial de liberação, no qual a alteridade, que era coessencial da modernidade, possa se realizar igualmente³⁷.

A partir dessas lentes, agora aplicadas ao sistema penal, pode-se observar que a formação do sistema penal brasileiro e, conseqüentemente, sua operacionalidade e seus discursos adquiriram certas peculiaridades em função de sua edificação colonial e racista³⁸. Como aponta Evandro Piza, as características atuais do nosso sistema penal (racista, machista, classista, LGBTfóbico) não são meros “arcaísmos”, mas sim, dimensões essencialmente problemáticas e integradas à modernidade³⁹.

Novas perspectivas se abriram no campo dos saberes criminais, notadamente a partir da crítica à colonialidade. Desde os anos 70 e 80, passaram a florescer na América Latina as suas criminologias críticas latino-americanas, suas criminologias da libertação, sua criminologia marginal⁴⁰, e que, ainda hoje, seguem vivas⁴¹, sendo possível identificar categorias próprias e

³⁴ LANDER, E. *Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos*, p. 14.

³⁵ Para maior aprofundamento, conferir CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFUGUEL, R. (eds). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*; SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (orgs). *Epistemologias do Sul*.

³⁶ BALLESTRIN, L. Op.cit, p. 105. Sem adentrar no profundo debate entre pós-colonialismo e decolonialidade, ou descolonialidade, aponta-se brevemente que a noção decolonial representa um passo mais ambicioso contra a lógica moderna/colonial, principalmente porque busca se situar geopoliticamente – no caso, na América Latina -, e porque busca outras fontes de conhecimento e de saber, como a cosmovisão dos povos originários. Sobre este debate, conferir CARBONIERI, D. *Pós-colonialidade e decolonialidade: rumos e trânsitos*, p. 280-300.

³⁷ DUSSEL, E. Op. cit., p. 176-177.

³⁸ Por todas e todos, abordando a história colonial e racista do sistema penal brasileiro, conferir a obra de referência de FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*.

³⁹ DUARTE, E. P. *Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade*, p. 231.

⁴⁰ DEL OLMO, R. *A América Latina e a sua Criminologia*; CASTRO, L. A. *Criminologia da reação social*; _____. *Criminologia da libertação*; ZAFFARONI, E. R. *Criminología: aproximación desde un margen*. Vol I.

⁴¹ CODINO, R. *Por uma outra criminologia do terceiro mundo: perspectivas da Criminologia Crítica no sul*, p. 22-35; LEAL, J. S. *Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil – Pesquisa nas Revistas Capítulo Criminológico (1973-1990) e Doutrina Penal (1977-1990)*.

originais de análise elaboradas por tais leituras, como as noções de sistemas penais institucionalizados (punitivos e não punitivos/paralelos) e parainstitucionais ou subterrâneos, construções criminológicas de resistência a uma história e realidade punitivas próprias do exercício de poder punitivo nos países de nossa região⁴². Partindo-se da percepção da funcionalidade desse saber na empreitada imperialista do controle do outro⁴³, passa-se a propor que não apenas a criminologia, mas também o direito penal construam espaços de resistência e discursos de emancipação⁴⁴.

Ao verificar a influência da ciência penal alemã na dogmática latino-americana desde meados do século XIX, Zaffaroni insurge-se contra uma importação acrítica de tais matrizes, destacando os aspectos próprios do exercício do poder penal em nossa região, bem como as características peculiares das sociedades latino-americanas (tais como pobreza, desigualdade, e violências dentro, fora e através do sistema penal em níveis muito mais intensos do que nas regiões centrais). Isso não significa afirmar uma “autossuficiência dogmática” - seja alemã, seja latino-americana - mas sim, que trocas e intercâmbios devem ser feitos levando em consideração a realidade e o contexto social e político de formação de cada saber penal⁴⁵.

Dessa maneira, como marco ao estudo do direito penal brasileiro e latino-americano, cumpre dedicar algumas linhas ao realismo jurídico-penal marginal e sua formulação dogmática correspondente.

2.2

Um referencial teórico adequado à nossa realidade: em defesa do realismo jurídico-penal marginal

Quando se utiliza a expressão “realismo”, se costuma fazer referência a uma visão de mundo que, de uma ou outra forma, leva em consideração aspectos da realidade sensível como capazes de certa influência sobre o que pensamos e como agimos no mundo. As ciências sociais,

⁴² PRANDO, C. C. M. *A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina*, p. 77-93, jul-dez., 2006. Sobre as histórias das dores, violências e resistências ao poder punitivo em nossa região, e como a partir delas, ergueu-se uma criminologia crítica, decolonial, latino-americana, CODINO, R.; ALAGIA, A. *La descolonización de la criminología en América*.

⁴³ AGOZINO, B. *Imperialism, crime and criminology: towards the decolonisation of criminology*, p. 343-358. Em obra mais ampla, _____. *Counter-colonial criminology: a critique of imperialista reason*. Londres: Pluto Press, 2003.

⁴⁴ BATISTA, N. *Apresentação*. In: CODINO, R.; ALAGIA, A. *La descolonización de la criminología en América*, p. 25.

⁴⁵ ZAFFARONI, E. R. *A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina*, p. 39-46.

e o direito em particular concebem diversos realismos, cada um defendendo certo grau de influência da realidade sobre as ideias⁴⁶. Assim também se procede no direito penal.

Nos saberes criminais, a forma com que se percebe, e o que se considera “realidade” varia de acordo com os pontos de vista político-criminais previamente assumidos (nem sempre de forma explícita). É certo que o surgimento da criminologia no século XIX, como saber auxiliar e secundário, carregou para este ramo muitas das considerações com a realidade, o que permitiu ao direito penal seu pleno desenvolvimento como saber eminentemente normativo, restrito a investigações dogmático-jurídicas que tinham como objeto principal a lei penal (dever ser). Contudo, os arranjos entre direito penal e criminologia, em geral, nunca foram capazes de confundir totalmente as dimensões do ser e dever ser, ou as separar de maneira totalmente estanque. Configurações mais moderadas, que, reconhecendo o diálogo com a criminologia e a política criminal, atribuíram finalidades preventivas ao direito penal, tenderam a predominar, seja colocando a dogmática em tensão com a política criminal (von Liszt⁴⁷), seja em harmonia funcional, deduzindo-se a última da Constituição e dos direitos fundamentais (Roxin⁴⁸)⁴⁹.

Seja como for, a dogmática jurídico-penal sempre foi bastante parcial na forma de perceber a “realidade”, e isso por uma simples razão: quase sempre ignorou a sua própria. A criminologia etiológica e positivista debruçou-se sobre (certas) pessoas já criminalizadas; conseqüentemente, o horizonte político-criminal traçado para o direito penal foi o controle punitivo daqueles (poucos) condenados e presos. Por outro lado, a realidade do sistema punitivo, a operacionalidade seletiva de suas agências de criminalização, estas permaneciam encobertas e legitimadas pelo discurso jurídico dominante⁵⁰.

⁴⁶ Cumpre esclarecer que não se pretende simplificar um debate tão complexo; por essa razão, para maior aprofundamento sobre o que se considera “realidade”, e sua forma de apreensão e construção social, BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge*.

⁴⁷ Nas palavras do autor, “o direito penal é a infranqueável barreira da política criminal” (VON LISZT, F. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, apud ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 31). Na tradução brasileira de seu tratado, a mesma ideia parece presente quando anota a passagem de um poder punitivo ilimitado a um direito público de punir, limitado por lei (VON LISZT, F. *Tratado de direito penal alemão*, T. I., p. 8-9). Contrapondo-se ao funcionalismo e atualizando, em certa medida, a proposta de von Liszt, por todas e todos, D’ÁVILA, F. R. *Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal*, p. 69.

⁴⁸ ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*.

⁴⁹ Não se desconhece ou se minimiza a importância da escola técnico-jurídica, que teve em Rocco seu representante mais influente. Entretanto, por mais que essa escola defendesse um recorte entre direito penal e criminologia, seus pressupostos político-criminais baseados na ideia de prevenção tendiam a aproximar os dois campos, sobretudo em categorias jurídico-penais mais dependentes de informação criminológica, como a imputabilidade. Sobre esta escola do pensamento e sua influência no direito penal, conferir GOMES, M. G. M. *O tecnicismo jurídico e sua contribuição ao direito penal*, p. 178-191; ANDRADE, V. R. P. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*, p. 189-193.

⁵⁰ ANDRADE, V. R. P. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*, p. 24-36; _____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*.

O realismo jurídico-penal marginal se insurge contra esta forma de encobrir a realidade, passando a incorporar ao horizonte do direito penal a atuação das agências de criminalização e a forma de operacionalidade do sistema, identificadas e estudadas pela criminologia crítica latino-americana. Mais ainda, observa como a forma de edificação dos sistemas penais latino-americanos foi diferente daquela dos países centrais, e, por essa razão, demanda lentes distintas, análises diferentes e soluções mais adequadas ao nosso contexto.

Essa é, em linhas gerais, a proposta realista marginal desenvolvida principalmente por Zaffaroni. A partir da deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos por sua própria operacionalidade, ao direito penal se lhe atribui a necessidade de construção de um novo discurso, que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a contribuição criminológico-crítica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais⁵¹. Por essa razão, constitui o realismo-jurídico penal marginal, na expressão de Roberto Carlés, um verdadeiro “paradigma epistemológico”, um princípio orientador para o direito penal e um modelo integrado de ciências penais para a América Latina⁵².

2.3

O modelo dogmático realista-marginal: a dogmática teleológico-funcional redutora

Todo sistema dogmático do delito pode se reduzir a duas espécies: *dogmáticas classificatórias*, isto é, sistemas inspirados por certo pragmatismo, renunciando qualquer indagação sobre sua funcionalidade perante o poder punitivo; e *dogmáticas teleológicas*, que explicitam suas funções perante o poder punitivo, adotando referências às finalidades atribuídas ou não à pena⁵³.

A um modelo realista-marginal corresponde uma dogmática teleológica. Renunciar à discussão sobre os fundamentos, premissas e referenciais que informam um determinado sistema jurídico, ainda que ao argumento de que este debate seria extrajurídico, tem por consequência transformar o direito em mera técnica, “arte pela arte”, e seu operador num perigoso autômato, mascarando e legitimando seu exercício real de poder e violência com

⁵¹ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 172.

⁵² CARLÉS, R. M. *¿Ver el árbol o ver el bosque?* El realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para un modelo integrado de las ciencias penales en América Latina, p. 271.

⁵³ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 25-26.

alguma argumentação jurídica, mas escondendo e deixando como pressupostas as reais funcionalidades político-criminais subjacentes⁵⁴. Na esteira de Juarez Cirino dos Santos, pensar dogmática penal como um suposto critério de racionalidade do sistema punitivo significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral⁵⁵.

Outrossim, não é qualquer teleologia que pode informar um modelo realista-marginal. A valoração negativa do poder punitivo em geral e da pena em particular, pelo seu fracasso manifesto, impõe ao direito penal a tarefa política de barragem predisposta pelo estado de direito contra o avanço do poder punitivo, assumindo-se uma teleologia redutora. Assim, a construção conceitual do delito deve ser empreendida na forma de um sistema de contenção de poder⁵⁶.

Destarte, os capítulos seguintes da tese seguirão as premissas articuladas acima. O desenvolvimento histórico da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico será analisado a partir do Brasil, da criminologia e do direito penal brasileiros, e suas respectivas e entrelaçadas histórias.

⁵⁴ Ibid., p. 25. Com argumentação e críticas semelhantes, TAVARES, J. *Teorias do delito*, p. 4.

⁵⁵ SANTOS, J. C. *Direito Penal*: parte geral, p. 454.

⁵⁶ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 60.

3

A inimizabilidade e a construção social da diferença no Brasil: a edificação dos sequestros manicomial e tutelar-assistencial e sua legitimação jurídico-penal

3.1

Esclarecimentos metodológicos

A partir deste ponto, são levantados os caminhos pelos quais o saber jurídico-penal brasileiro engendrou, desde sua dogmática, a exclusão de menores de idade e portadores de sofrimento psíquico do âmbito de responsabilização penal e, conseqüentemente, sua inclusão em sistemas de controle pretensamente tutelares ou “terapêuticos”.

Esse percurso histórico não foi traçado de forma meramente classificatória, empilhando-se autores e obras doutrinárias inesgotáveis e acumulando-se exaustivas notas de rodapé. Não se desmerece com essa crítica o exercício acadêmico de mapeamento e aprofundamento teórico, mas sim, o momento em que essa atividade se torna superestimada, quando então a pesquisa corre o risco de, excessivamente formalista, encarnar uma indesejável e perigosa argumentação de autoridade.

Em suma: estes não são capítulos de compilação doutrinária jurídica de “tudo o que já foi dito” em matéria de inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico. Primeiro, porque “tudo” é praticamente impossível; e, segundo, porque mais do que apreender, retrospectivamente, a dogmática pela dogmática, trata-se de analisar o processo de formação das linhas estruturantes do discurso dogmático para que seja possível, com este olhar interessado ao passado, oferecer uma melhor compreensão para os problemas que atravessam o tratamento jurídico-penal de portadores de sofrimento psíquico e adolescentes autores de atos infracionais nos dias de hoje.

Ao se falar “discurso dogmático”, considera-se “discurso” (incluindo-se aqui o dogmático-penal), na esteira de Michel Foucault, como sendo

Um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva; ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinalar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência. O discurso, assim entendido, não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais, uma história; o problema não consiste em saber como e por que ele pôde emergir e tomar corpo num determinado ponto do tempo; é, de parte a parte, histórico - fragmento de história, unidade e descontinuidade

na própria história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações, dos modos específicos de sua temporalidade, e não de seu surgimento abrupto em meio às cumplicidades do tempo⁵⁷.

Discursos compõem saberes, e todo saber está imbricado em relações de poder. Ainda com Foucault,

Seria talvez preciso também renunciar a toda uma tradição que deixa imaginar que só pode haver saber onde as relações de poder estão suspensas e que o saber só pode desenvolver-se fora de suas injunções, suas exigências e seus interesses. (...). Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relações de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua, ao mesmo tempo, relações de poder⁵⁸.

Observando as relações entre poder punitivo e saber penal, Vera Andrade:

(...)O poder, como mecanismo, produz o saber adequado ao seu domínio, e o saber reproduz o poder a que corresponde, nas relações entre classes e grupos sociais (grifo nosso). Eis aí, ressignificada, econômica e politicamente, a configuração do moderno saber penal. Pois, em definitivo, trata-se de um saber “do” sistema penal, gerado no seu horizonte de projeção – como seu efeito – e tornado instrumento de seu complexo exercício de poder⁵⁹.

Assim, o estudo da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico foi pensado considerando a interrelação entre saber penal e poder punitivo, identificando-se o contexto – normativo, social, político, empírico –, bem como demais saberes e discursos (como os do campo psi) que atravessam e se relacionam com o discurso dogmático.

Trata-se de apresentar não “a história do direito penal”, mas, sim, “uma” história do direito penal que, como propõe João Roorda, a partir da criminologia crítica e da reação social, se percebe não como a história dos códigos e das leis penais, mas sim, do *controle social*⁶⁰ - no presente caso, *controle via saber jurídico-penal, exercido discursivamente através da construção da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico*.

⁵⁷ FOUCAULT, M. *A arqueologia do saber*, p. 132-133.

⁵⁸ _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, p. 30.

⁵⁹ ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 197-198.

⁶⁰ ROORDA, J. G. L. *Criminologia, direito penal e história: possibilidades de entrecruzamentos à luz do controle social da vadiagem no início do século XX*, p. 32.

O que se pretende neste segundo capítulo é, portanto, abordar duas narrativas: (i) a narrativa criminológico-crítica da edificação ou desmonte dos dispositivos disciplinares correccionais e (ii) a narrativa dogmática penal de legitimação ou deslegitimação em matéria de teoria do delito (imputabilidade), e a partir do “encaixe” destas duas narrativas, observar em que termos e de que formas o discurso jurídico legitimou, ou não, o exercício de poder punitivo sobre estas inimputáveis etários e por sofrimento psíquico.

Se a inimputabilidade etária se relacionou à paulatina edificação de um verdadeiro sistema de justiça autônomo, *formalmente* separado do sistema de justiça criminal (*justiça juvenil* ou *infracional*), e a inimputabilidade por sofrimento psíquico permaneceu a este vinculada ou sob sua disciplina normativa, estes fatos sugerem que, historicamente, o controle social sobre inimputáveis e os discursos que o legitimaram possuem especificidades históricas que não apenas admitem como podem justificar investigações separadas. Por isso, em relação à inimputabilidade por sofrimento psíquico, o método selecionado para sua abordagem é predominantemente *historiográfico*, investigando-se o discurso jurídico-penal a partir de seu enquadramento em marcos temporais mais ou menos definidos e concretizados nas principais legislações criminais brasileiras desde o Império até a contemporaneidade. A inimputabilidade etária, por sua vez, é investigada por método *paradigmático*, isto é, situando seu desenvolvimento não tanto em marcos históricos, políticos ou legislativos (que não deixam de ser importantes e abordados em alguma medida), mas sim em um complexo muito mais amplo de ideias, pressupostos e contexto: é o caso das chamadas “*etapa indiferenciada*”, “*doutrina da situação irregular*”, “*doutrina da proteção integral*”, como pontua a literatura especializada.

Ao final, pretende-se levantar as aproximações e distanciamentos entre o controle social e os discursos jurídico-penais que atravessaram e atravessam cada espécie de inimputabilidade, para que, nos capítulos seguintes, seja possível rever a categoria conceitual da imputabilidade como um todo.

Por todas essas razões, o trabalho não se debruça sobre debates que costumam perpassar a literatura sobre inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico como, por exemplo: discussões biopsicológicas sobre a idade de amadurecimento do adolescente⁶¹; o eterno debate

⁶¹ Por um breve panorama deste debate, conferir JAPIASSÚ, C. E. A.; COSTA, R. *A discussão em torno da maioridade penal: um debate entre políticas públicas, simbolismos e neurociência*, p. 902-921; MACHADO, I. V. R.; MARTINS, D. F. W.; ALMEIDA, B. A. *Adolescentes são responsáveis?* Um enfoque neuropsicológico, p.345-365.

sobre livre-arbítrio e determinismo⁶², os embates entre os saberes penais e as neurociências⁶³, ou os debates médicos mais específicos sobre a própria noção de sofrimento psíquico (transtornos mentais em espécie, psicoses, p.ex.) e sua relevância para o direito penal⁶⁴. Não porque seriam desimportantes, mas sim porque, desde os referenciais teóricos adotados e as premissas metodológicas firmadas, tais debates não enfrentam diretamente as relações de saber-poder que atravessam a dogmática penal e as dimensões das práticas punitivas e do discurso jurídico-penal.

As chaves de investigação que atendem melhor aos problemas enfrentados pela tese são as dicotomias mais amplas entre “*normal*” e “*anormal*”, “*capaz*” e “*incapaz*”, uma vez que encarnam etiquetas ou rótulos, que, antes de demandarem as razões pelas quais os sujeitos lhes são dignos (que podem, ou não, envolver legítimas considerações neurocientíficas, psicológicas, filosóficas), impõem, primeiro e fundamentalmente, se perguntar sobre *as razões e consequências do rótulo sobre o rotulado, e de que forma foram construídos os saberes e poderes envolvidos em tal processo de rotulação*.

3.2

A “loucura”, a medicina psiquiátrica e o direito penal: o sequestro asilar de portadores de sofrimento psíquico e sua legitimação dogmática no Brasil

3.2.1

Do centro à margem: uma breve introdução ao controle penal da loucura

⁶² É impossível abarcar toda a literatura existente no ponto. Uma síntese atual deste debate pode ser consultada em RODRÍGUEZ, V. G. *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. Para maior aprofundamento do ponto de vista filosófico, KANE, R. (ed). *The Oxford Handbook of Free Will*.

⁶³ Por todas e todos, DEL GROSSI, V. C. D. *Neurociências, liberdade e direito penal: a propósito do conceito de culpa*; BUONICORE, B. T. *Direito penal e possibilidade: o neurodeterminismo e seu déficit de normatividade para a fundamentação da culpabilidade*, p. 15-60; GÜNTHER, K. *O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade*, p. 1052-1077. Há importante coletânea publicada no Brasil a respeito do tema: BUSATO, P. (org). *Neurociência e direito penal*.

⁶⁴ Uma boa revisão bibliográfica da literatura médica a respeito pode ser encontrada em BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 268-292. Criticamente, BASSO, P. M. *Crime e loucura: a psiquiatria forense e a medicalização da periculosidade criminal*.

As formas com que as noções de “loucura” foram tratadas ao longo da história ocidental europeia são suficientemente conhecidas, havendo vasta bibliografia no assunto⁶⁵. No campo penal, interessa tentar identificar mais precisamente o ponto em que o sofrimento psíquico começou a tornar-se objeto do controle e do discurso penal, e as implicações deste choque, ou cruzamento entre o discurso médico e o discurso judiciário, ou dogmático.

Até o século XVIII, a construção iluminista do direito penal (teórica, normativa e prática) reproduzia o postulado tradicional sobre novas bases que se identificavam como os pilares de um modelo de direito penal de ato, cuja racionalidade penal se expressava em torno de uma imagem contratual do delinquente como um sujeito racional, capaz de escolher entre o bem e o mal através de um cálculo de custo-benefício, que uma vez que decide livremente, atua voluntariamente e, por isso, se faz ou deve ser feito responsável por suas ações negativas face o direito penal, que, a seu turno, traduz as regras do pacto social através da imposição do castigo legal⁶⁶. Ancorava-se o direito penal na chamada “imputabilidade moral”, espelho da “liberdade natural do homem”, sendo imputável o sujeito capaz de se deixar influenciar pela lei penal, sendo necessário para tanto que tenha claro para si que o comportamento desejado contraria a lei, ou, mais precisamente, que a representação da punibilidade do comportamento possa influenciá-lo quando do cometimento do fato⁶⁷. Por essa razão, até este momento, a natureza do autor do delito era tida como uma questão irrelevante, não merecendo maiores aprofundamentos⁶⁸.

O ponto de choque entre a teoria penal clássica e os nascentes saberes médicos, psiquiátricos e criminológicos oitocentistas convergiria, precisamente, naquilo que foi designado como “crime louco”, ou “crime sem razão”: crimes que, por sua gravidade, meios executórios brutais, e comportamento do autor do fato, estariam nos limites entre loucura e razão, e, assim, figurariam num “limbo”, numa zona de disputas tanto para a dogmática penal quanto para a medicina psiquiátrica, uma vez que nem a sanção penal, nem a irresponsabilidade

⁶⁵ FOUCAULT, M. *Histoire de la folie à l'âge classique*; CASTEL, R. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*; OOSTERHUIS, H.; LOUGHNAN, A. *Madness and crime: historical perspectives on forensic psychiatry*, p. 1-16. Autores brasileiros, conferir CARRARA, S. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Eduerj / Edusp, 1998; PESSOTTI, Isaías. *A loucura e as épocas*; Id., *O século dos manicômios*; Id., *Os nomes da loucura*; WEIGERT, M. A. B. *Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros*, p. 33-46.

⁶⁶ SOZZO, M. *A manera de epílogo*. Cuestiones de responsabilidad entre dispositivo penal y dispositivo psiquiátrico. Materiales para debate desde Argentina, p. 164. No mesmo sentido, TAVARES, J. *Teorias do delito*, p. 7-8.

⁶⁷ TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 58-60.

⁶⁸ WEIGERT, M. A. B. e. Op. cit, p. 53.

seriam medidas satisfatórias⁶⁹. Dois casos foram emblemáticos nesta história: a tentativa de homicídio do rei George III por James Hadfield (1800) e a tentativa de homicídio do primeiro-ministro inglês praticada por Daniel McNaughten, que culminou na morte de seu secretário particular. O primeiro teve por consequência a promulgação do “Criminal Lunatics Act of 1800”, que impôs confinamento e prisão preventiva aos inimputáveis em razão de insanidade; o segundo resultou na elaboração das chamadas “McNaughten Rules”, uma espécie de teste de legitimidade e legalidade da escusa de insanidade, que orientariam as decisões judiciais inglesas a partir daquele momento⁷⁰.

Além dos casos dos “crimes sem razão”, convém destacar a própria edificação do espaço penitenciário como um lugar a partir do qual o exercício de uma forma específica de poder – no caso, o disciplinar – foi acompanhado de um conjunto de saberes que passaram a se debruçar sobre o criminalizado. É, de fato, no século XIX, com o desenvolvimento da prisão⁷¹, que surgem as condições de possibilidade para uma criminologia, uma vez que o criminalizado passa a interessar a partir da qualificação “científica” de seu ato como delito e de sua pessoa como delinquente⁷².

Assim, a partir da rede de micropoderes e da normalização disciplinar da sociedade, nasce uma criminologia (positivista) cuja grande noção estruturante foi, em termos de teoria penal, a

⁶⁹ FOUCAULT, M. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*; Id., *A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX*, p. 1-24; BIRMAN, J. *Genealogia da reprovação – sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal*, p. 86-87. Como leciona Vera Andrade: “(...) no sistema defendido pelos clássicos, a imputabilidade – entendida como capacidade de entender o valor ético-social da ação e de determinar-se para a própria ação, sabendo assim subtrair-se ao influxo imperioso dos componentes externos e internos da ação – constitui um elemento fundamental, e a distinção entre imputáveis e inimputáveis é decisiva, pois o enfermo mental é tão irresponsável pelo crime como se não o tivesse cometido. Fora dos limites da imputabilidade, o classicismo via um campo exclusivamente reservado a medidas de caráter profilático (ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 64).

⁷⁰ Sobre esta história, conferir AUGUSTO, C. B. *O poder médico-judiciário*, p. 285-287. Essas regras de julgamento foram elaboradas diante dos problemáticos casos de delírio, e baseavam-se na percepção (hoje, de valor histórico) de se considerar responsável o sujeito se o fato cometido não se vinculasse às ideias delirantes, o que gerava consequências absurdas, reputando-se irresponsável alguém que imaginasse estar em legítima defesa contra uma agressão, mas responsável se essa mesma pessoa supusesse ter sido caluniada e matasse a vítima por vingança. Hoje já se reconhece que o delito compromete toda a atividade psíquica do sujeito (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 269-270).

⁷¹ A prisão, como observa Foucault, não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVII, surgindo no início do século XIX como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica (FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 84). Vale destacar ainda, como observaram Rusche e Kirchheimer, que até o final do século XVIII era comum combinar os mais diferentes propósitos em uma mesma instituição: o famoso exemplo da casa de Pforzheim, mantida pelos príncipes de Baden, era um orfanato, um instituto para cegos, surdos e mudos, um asilo para loucos, um centro de assistência à infância e uma colônia penal, tudo numa só instituição; e a casa de Leipzig continha a emblemática inscrição “improbis coercendis et quos deseruit sanae usura custodiendis” (para corrigir desonestos e a guardar lunáticos) RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*, p. 91).

⁷² FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, p. 241.

periculosidade, que viria a significar a consideração do indivíduo ao nível de suas virtualidades, não dos seus atos; não em relação às infrações à lei, mas das possibilidades de comportamento que estas infrações representam⁷³. É com a criminologia e a noção de periculosidade que se passa a observar não mais um confronto, mas sim uma colaboração estreita entre o discurso jurídico e o discurso psiquiátrico⁷⁴.

Inicia-se um alargamento da esfera da irresponsabilidade penal, que teve como pressuposto o desenvolvimento do código teórico da nascente medicina mental, que se deve à transição de uma concepção de loucura definida como defeito das faculdades intelectuais manifesta através de sinais exteriores, a uma concepção fundada nas ideias de monomania e loucura moral, primeiro, e degeneração, depois, representando uma afetação das faculdades morais ou volitivas (intactas as faculdades intelectuais) e, que, assim, demandam o olhar do especialista: o alienista, ou psiquiatra⁷⁵. Essa psiquiatria se constitui, ainda, como medicina social, que já não se colocava como objeto apenas o corpo individual aprisionado no asilo, mas também o corpo social, como realidade biológica objeto de sua intervenção⁷⁶.

Destarte, nas palavras de Foucault, “*o duro ofício de punir vê-se assim alterado para o belo ofício de curar*”⁷⁷. A reverberação dessa passagem no campo penal aparece na forma dogmática da diferenciação entre imputabilidade e inimputabilidade e o aparecimento dos tribunais de menores e das medidas de segurança, no final do século XIX⁷⁸.

Passa-se, na sequência, a essa semelhante história, mas desde o Brasil. O recorte dos períodos históricos foi traçado em função seja das viradas políticas e sociais de cada momento, seja da relevância da legislação para o tratamento de inimputáveis etários. Por isso, inicia-se a partir do período imperial, passando pela Primeira República, pelo Código Penal de 1940 e o nascimento jurídico das medidas de segurança, chegando à Reforma de 1984, em paralelo aos movimentos antimanicomiais advindos no período, chegando aos dias atuais.

⁷³ Id. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 85. É bem verdade que o pensamento clássico conheceu, em seu tempo, a periculosidade; porém, esta se manifestava na comissão de um fato delitivo, em cujo caso a consequência era o ingresso à prisão. O direito penal não oferecia qualquer intervenção contra sujeitos simplesmente por neles se caracterizar a periculosidade; era necessário, além deste estado, a prática de um delito (BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. *Introducción al derecho penal*. Fundamentos para un sistema penal democrático, p. 237-238).

⁷⁴ BIRMAN, J. Op. cit., p. 87; WEIGERT, M. A. B., Op. cit., p. 55.

⁷⁵ SOZZO, M., Op. cit., p.164.

⁷⁶ Ibid., p. 165.

⁷⁷ FOUCAULT, M. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975), p. 21.

⁷⁸ Ibid., p. 34-35; MATTOS, V. *Crime e psiquiatria*. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, p. 35; MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal*: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, p. 36-38.

3.2.2

O controle médico-penal da loucura no Brasil imperial (1822-1889)

3.2.2.1

Sobre médicos, loucos e o sistema penal escravista

Até a segunda metade do século XIX, os portadores de sofrimento psíquico que viviam no Rio de Janeiro não possuíam qualquer assistência médica específica⁷⁹. Quando não eram colocados nas prisões por vagabundagem ou perturbação da ordem pública, os portadores de sofrimento psíquico erravam pelas ruas ou eram encarcerados nas celas especiais dos hospitais gerais da Santa Casa de Misericórdia⁸⁰.

É apenas a partir de 1830 que médicos (higienistas, em sua maioria), a partir do reconhecimento da loucura como enfermidade mental, começaram um movimento para a criação de um hospício, criticando-se fortemente a forma com que os portadores de sofrimento psíquico eram tratados ou abandonados a si mesmos.⁸¹ Tratou-se de uma intervenção médico-administrativa, em que, desde o princípio, a medicina e a psiquiatria brasileira se assumiram

⁷⁹ Vale observar ainda que antes do Século XIX, sequer se encontra, seja nas instituições propriamente médicas, seja no aparelho de Estado, a relação explícita entre saúde e sociedade. No Brasil, este século inicia um processo de transformação política e econômica que atinge a medicina e inaugura duas de suas características principais: sua penetração no meio social, tendo o meio urbano como seu alvo de reflexão e prática médicas e a situação da medicina como apoio científico indispensável ao exercício de poder do Estado (MACHADO, R. *Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*, p. 154). Nas palavras de Mariana Weigert, durante todo o período do Brasil Colônia e quase todo o Império, a situação dos loucos se aproximaria à situação dos loucos europeus da Idade Média, no sentido de que a loucura era, sobretudo, silenciada; até o século XVIII, os asilos brasileiros existentes buscavam a assistência e a exclusão dos mais pobres de modo geral, com a função de recolhê-los e proteger o corpo social (WEIGERT, M. A. B. *Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros*, p. 63-64).

⁸⁰ Na década de 1820, as condições do Hospital da Misericórdia, no Rio de Janeiro, eram as piores possíveis, somando-se relatos de insalubridade e notícias de grande número de mortes. Os portadores de sofrimento psíquico eram amontoados em celas, ao ponto de Manoel Maria de Moraes Valle afirmar que “deveriam ser estes homens levados para a chácara dos doudos pertencente À Misericórdia, e não para a enfermaria competente do hospital, que é mais calabouço da idade antiga que casa de caridade”; acrescenta, ainda, em nota de rodapé: “a casa forte, ao nível da rua, sem soalho, com escassa luz e paredes denegridas, mais parece um cárcere do que lugar destinado ao curativo daqueles que tem infelizmente perdido o uso da razão.” (VALLE, M. M. M. *A mendicância*, p. 5, *apud* LOBO, L. F. *Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil*, p. 308).

⁸¹ COSTA, J. F. *História da psiquiatria no Brasil: um corte ideológico*, p. 33.

como medicinas sociais e políticas⁸², agindo não apenas sobre o corpo doente, mas sobre a cidade, buscando a ordenação urbana pela contenção ou eliminação de perigos sociais⁸³.

Esse projeto higienizador e moralizador possuía uma proposta distinta para o escravo. Considerando a exclusão de sua cidadania, o escravo era visto mais como fonte potencial de desordem (inclusive familiar), doenças e pragas e, que, portanto, deveria ficar fora do meio urbano⁸⁴. Ao invés de se propor sua eliminação, a medicina chegou, no máximo a defender, em relação ao escravo rural, sua conservação de saúde (incluindo modificações nos seus locais de habitação, as senzalas, tidas como propagadoras de doenças), única e exclusivamente em função da necessidade de preservação da mão de obra para trabalho e comércio⁸⁵.

Em 1841, Pedro II assinou o decreto de fundação do primeiro hospital psiquiátrico brasileiro, o Hospício D. Pedro II, inaugurado em 1852, mas, aos cuidados religiosos da Santa Casa de Misericórdia⁸⁶. Em 1881, data da criação da cadeira de “Doenças Nervosas e Mentais”, um médico generalista, Nuno de Andrade, assumiu a direção do estabelecimento. Em 1886, Nuno de Andrade foi substituído por Teixeira Brandão, primeiro médico-psiquiatra a ocupar aquele posto e, com isso, iniciou-se o ensino regular da psiquiatria aos médicos generalistas⁸⁷.

Por último, é fundamental voltar alguns anos antes para a criação, em 1829, da importante Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, que se instituiu como “guardiã” da saúde pública, e tinha por objetivos tanto a higiene pública como a defesa da ciência médica e, assim, surgiram as primeiras faculdades de medicina e hospitais para a prática médica no Brasil. É de

⁸² MACHADO, R. Op. cit., p. 156, 376. Vale destacar, como origens históricas dessa concepção, a criação do cargo de Provedor-mor da Saúde da Costa e Estados do Brasil (1809), ocupado por um Físico-mor, momento em que uma instância médica assume o controle das medidas de higiene pública. É a chamada polícia-médica, com o objetivo de neutralizar focos de doenças. Extinta em 1828, as Câmaras Municipais passam a promover suas atribuições. (Ibid., p.164-180).

⁸³ GENELHÚ, R. *O Direito Penal e o médico, v.1*: introdução histórico-criminológica, p. 110. A influência teórica das teses de Esquirol sobre as monomanias são decisivas para esta configuração da psiquiatria, uma vez que a interpretação moral da loucura, desvinculada da noção de delírio, e mais ligada às paixões humanas, permite uma articulação causal entre “civilização” e “loucura”, e, assim, habilita a reflexão psiquiátrica a buscar compreender a síntese entre o individual e o social (MACHADO, R. Op. cit., p. 392-422). Nada mais, nada menos, do que teorias instrumentais ao projeto de normalização do nascente saber psiquiátrico brasileiro.

⁸⁴ MACHADO, R. Op. cit., p. 353-360.

⁸⁵ LOBO, L. F. Op. cit., p. 178-181.

⁸⁶ Como aponta Thayara Castelo Branco, a criação do Hospital Pedro II (e demais hospitais psiquiátricos) no final do século XIX e início do século XX não cumpriu satisfatoriamente com a sua função declarada de tratamento, mas sim, com suas funções reais, como instituição direcionada à resolução do problema sanitário e de “segurança pública”. Por atender a esses objetivos (primários), a questão da superlotação era uma constante nesses locais. Por exemplo, até 1862, o Hospital D. Pedro II recebia todos os entendidos como “alienados” pelas autoridades públicas; durante quase 50 anos teriam sido recolhidos um total de 6.040 pessoas e só entre 1890 e 1894 teriam sido internados 3.201 (BRANCO, T. C. A *(Des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*, p. 67).

⁸⁷ COSTA, J. F. Op. cit., p. 34. Roberto Machado, a seu turno, assinala que o marco institucional do nascimento da psiquiatria brasileira está em 1841, com a criação do Hospício D. Pedro II (MACHADO, R. Op. cit., p. 375).

se notar, contudo, que a medicina legal, a partir de 1830, começou a ser um tema de debate, uma vez que o saber médico começava a reivindicar para si o poder de verificar a responsabilização judicial criminal, inclusive para além de questões penais: a medicina também tentaria assumir para si o poder de definir a época própria para o casamento, a idade de maioridade civil e penal, a legitimidade dos filhos, paternidade, sucessão, o valor do testemunho, dentre outras questões sociais, jurídicas e políticas⁸⁸.

No que concerne, a seu turno, ao sistema penal escravista, de acordo com Gizlene Neder, o período das Luzes europeias no Brasil não se reverteu em ruptura, do ponto de vista ideológico e político, do pensamento político brasileiro com o português, mesmo após a emancipação política⁸⁹. Se em Portugal as ideias iluministas foram apropriadas e traduzidas em um sentido conservador, próprio de um Estado absoluto, no Brasil, mais do que uma “fonte inspiradora”, este pensamento ibérico foi uma matriz fundamental⁹⁰. Assim, no Brasil, o que ocorreu foi, nas palavras de Gisálio Cerqueira, “um absolutismo ilustrado, com realce para as ambiguidades, ambivalências e contradições, na forma de uma modernização política conservadora”⁹¹. De toda forma, o pensamento penalista luso-brasileiro foi marcado pela perspectiva penitencial jesuítica, fundada no tomismo, na ideia de livre-arbítrio e no probabilismo casuísta (no sentido antigo: o que pode ser provado ou aprovado por uma autoridade reconhecida)⁹².

A grande legislação que encarnou a tradução do iluminismo jurídico-penal no Brasil foi o Código Criminal de 1830. Esta lei, bem como as demais leis penais que em torno do Código gravitaram, possui dois eixos de compreensão: (i) a contradição entre o liberalismo e a escravidão (tão profunda que, se a Constituição de 1824 abolira a pena de açoites, não obstante, no Código ela era prevista apenas para os escravos, e largamente aplicada⁹³) e (ii) o movimento político de descentralização e centralização, que se manifestou de forma intensa no desenvolvimento de nosso direito processual⁹⁴. Dentre as principais influências do Código, destacam-se a influência francesa do Código Penal Napoleônico, o pensamento de Bentham e Livingstone e o pensamento ibérico de Pascoal José de Mello Freire⁹⁵.

⁸⁸ MACHADO, R. Op. cit., p. 185-194.

⁸⁹ NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*, p. 18.

⁹⁰ Ibid., p. 166-167.

⁹¹ Ibid., p. 7.

⁹² NEDER, G.; FILHO, G. C. *Cultura jurídica, cultura religiosa no Brasil e Criminologia e poder político*, p. 26.

⁹³ BATISTA, N. *Os sistemas penais brasileiros*, p. 110.

⁹⁴ _____; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 423.

⁹⁵ Ibid., p. 430-434. É controvertida a influência de Mello Freire: Gizlene Neder entende de forma afirmativa (NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*, p. 187); Batista e Zaffaroni apontam que é difícil fazer tal afirmativa categoricamente, uma vez que diversos dispositivos defendidos por Mello

Batista e Zaffaroni apontam ainda que, nos debates parlamentares sobre a elaboração do que seria o Código Criminal de 1830, seguiu-se no Brasil o caminho inverso de Beccaria: se este se opunha à pena de morte, salvo para crimes políticos⁹⁶, aqui foi o contrário, prevendo-se pena capital (art. 38) para os líderes de insurreição de escravos – crime que não era considerado político, mas contra a “segurança interna do Império e pública tranquilidade” - (art. 113, se escravo e art. 114, se pessoa livre), aos homicidas (art. 192) e ao roubo com morte (art. 271)⁹⁷.

Assinala Gizlene Neder que, no quadro de valores escravistas, a noção de “ordem” sobrepuja-se à de “justiça”, com a prevalência de uma expectativa de obediência passiva⁹⁸; e que se persiste, no Brasil, com um legado, uma herança do absolutismo português, com a fantasia absolutista do controle social (policial) absoluto sobre os espaços urbanos (na verdade, o controle absoluto sobre a massa de ex-escravos, de seus descendentes afro-brasileiros, e de trabalhadores urbanos, de um modo geral); assim, entende-se a ênfase nas campanhas de “lei e ordem”, ainda discutidas e implementadas pelas polícias no Brasil no tempo presente⁹⁹.

Em relação à execução das penas no Brasil, verifica-se que ao tempo da entrada em vigor do Código Criminal de 1830 não havia uma Casa de Correção (inaugurada apenas em 1850). Até a independência, as cadeias eram administradas pelas Câmaras dos municípios, que eram verdadeiros depósitos de pessoas, sem segurança contra fugas nem condições de higiene, e nelas eram recolhidos indivíduos de todo tipo, desde pessoas livres condenadas, que respondiam a processo criminal ou em prisão civil, até escravos ou negros suspeitos de serem escravos fugidos, e também vadios, loucos, índios, prostitutas, bêbados, etc.¹⁰⁰.

Os condenados também eram alocados ora no calabouço¹⁰¹ (destinado para controle de escravos), ora no Aljube¹⁰², tendo funcionado até 1856. O Aljube foi o destino da maioria dos presos comuns, indiscriminadamente, e, com uma capacidade para 20 pessoas continha, em 1830, nada menos de 390¹⁰³.

Freire não foram abraçados pelo Código de 1830 (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 434).

⁹⁶ Beccaria admitia a pena de morte a um réu quando, ainda que privado de liberdade conserva o poder e relações tais que podem afetar a segurança nacional, ou quando sua existência possa produzir uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida (BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*, p. 95).

⁹⁷ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 436 e NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*, p. 195.

⁹⁸ NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*, p. 194.

⁹⁹ *Idem*, p. 184.

¹⁰⁰ KOERNER, A. *Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX*, p. 209.

¹⁰¹ Cárcere construído para escravos detidos por punição disciplinar e/ou fugitivos.

¹⁰² Cárcere eclesiástico cedido pela Igreja à Coroa.

¹⁰³ SHECAIRA, S. S. *Exclusão moderna e prisão antiga*, p. 9-10.

A Casa de Correção, por sua vez, na análise de Manoel Barros da Mota, era, ao mesmo tempo, o espelho invertido da sociedade nova, fundada na igualdade jurídica e na liberdade, e da sociedade antiga, escravista: de um lado, consagrava algumas instituições jurídicas liberais, e de outro, na sua face escravista, consagrava o castigo físico, a violência sistemática dos senhores sobre o corpo dos escravos e encarrega o Estado de punir os escravos rebeldes a mando dos senhores¹⁰⁴. Ilustrativamente, vale a pena trazer um relato emblemático: em 1869, o médico e Diretor da Casa de Correção, Almeida Valle, foi categórico ao afirmar que, considerando sua experiência como médico na clínica especial da penitenciária durante uma década, uma “pena maior de dez anos equivale, em regra, à sentença de morte”, por serem “muito raros os (condenados) que cumprem este tempo e, se por acaso cumprem, não tem adquirido lesões graves que constituam valetudinário durante o tempo mais ou menos limitado de vida que lhes reste”¹⁰⁵.

Outro elemento fundamental para compreender a apreensão do penalismo ilustrado no Brasil reside no estudo do medo. Na percepção de Vera Malaguti, a hegemonia conservadora na nossa formação social trabalha a difusão do medo como mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social, tendo este uso do medo do caos e da desordem servido para alavancar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas¹⁰⁶. A revolução do Haiti (1791-1804), que já causara um impacto profundo nos grandes proprietários de escravos do continente sulamericano, bem como as demais revoltas ao longo da chegada da família real no Brasil (1808) e da consolidação do Império – destacam-se as sublevações de escravos conhecidas como Revolta das Carrancas (1833) e Revolta dos Malês (1835) – compõem um cenário de medo das insurreições, no qual se encontra a chave de leitura para se compreender o que foi, efetivamente, o penalismo ilustrado e a construção de sua arquitetura institucional de repressão no Brasil¹⁰⁷.

Por fim, a continuidade entre um sistema penal privado subjacente à escravidão, com um nascente sistema penal público pretensamente liberal permitiu não apenas o trânsito de práticas penais do espaço do senhor ao espaço do juiz, como também a própria desqualificação jurídica entre os sujeitos (traço distintivo da escravidão, em que o sujeito escravo era coisa para o ordenamento jurídico e sujeito quando da prática de infração penal, e sujeito a penas de morte,

¹⁰⁴ MOTTA, M. B. *Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil*, p. 175.

¹⁰⁵ Ibid., p. 179.

¹⁰⁶ BATISTA, V. M. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*, p. 21-22.

¹⁰⁷ Ibid., p. 25 e 135, 145.

galés e açoites), o que alcançou o Código de 1830 e se reflete até hoje sob a forma de uma cidadania à qual os pobres acedem somente através do direito penal ¹⁰⁸.

3.2.2.2

Sobre inimputáveis por sofrimento psíquico e o saber jurídico-penal: os artigos 10, §2º e 12 do Código Criminal de 1830

Como afirmado no início do capítulo, não se pretende realizar um extenso inventário doutrinário da época, mas sim, de forma um pouco mais modesta, analisar como a irresponsabilidade penal de portadores de sofrimento psíquico foi tratada pela legislação em vigor (Constituição de 1824 e Código Criminal de 1830) e, ao mesmo tempo, observar como a doutrina de maior destaque e relevo do período pensou a infração penal praticada por estes sujeitos.

Anteriormente, cumpre brevíssimas menções à legislação criminal imediatamente anterior, as Ordenações Filipinas (1603), as quais, como observa Antonio Carlos da Ponte, não revelaram qualquer preocupação com o autor do crime, motivo pelo qual ali não são encontrados preceitos gerais ou especiais que digam respeito à imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade, salvo no Livro V, Título CXXXV, em que se previa certa diferenciação em termos de pena para menores de 17 anos, e os entre 17 e 20 anos ¹⁰⁹.

Como observa Haroldo Caetano, a Constituição de 1824, em seu artigo 179, XX, em que pese tenha firmado expressamente o princípio da intranscendência da pena ¹¹⁰, nem uma palavra a mais dispôs sobre os portadores de sofrimento psíquico:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

¹⁰⁸ BATISTA, N. *Os sistemas penais brasileiros*, p. 106-111.

¹⁰⁹ PONTE, A. C. *Inimputabilidade e processo penal*, p. 31-32. Segue a redação do dispositivo: “Quando os menores serão punidos pelo delictos, que fizerem. Quando algum homem, ou mulher, passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se fôr de idade de dezasete annos até vinte, ficara em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstancias d'elle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinquente fôr menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador de dar-lhe outra menor pena. E não sendo delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum.”

¹¹⁰ CAETANO, H. *Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários*, p. 77.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

Já o Código Criminal de 1830 trazia pequenos fragmentos sobre o tratamento do sujeito autor de infrações penais portador de sofrimento psíquico, sobretudo nos artigos 10, parágrafo 2º, 11 e 12:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.

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.

O artigo 10, §2º deixava claro que o considerado “louco de todo gênero” era considerado incapaz de sofrer uma pena em razão do delito praticado, salvo se ele agisse em um intervalo lúcido. Na lição de Rodrigo Murtinho, trata-se de um embrião do conceito de inimputabilidade por sofrimento psíquico, tendo em vista que o legislador criou uma fórmula geral onde se enquadravam as hipóteses em que o sujeito não viria a ser considerado “criminoso”, em razão de sua “loucura”¹¹¹.

O artigo 11, que não se referia exclusivamente aos portadores de sofrimento psíquico, mas a todos os “irresponsáveis” segundo o artigo anterior, estipulava a apreensão de seus bens pessoais para a reparação dos danos causados. Por sua vez, o artigo 12 do mesmo Código explicitou quais medidas deveriam ser tomadas contra os “loucos” que praticassem um injusto típico. O dispositivo acima, por não mencionar especificamente a imposição de medidas de segurança (ou qualquer medida correcional similar), abre controvérsia no sentido de ser ou não um antecedente remoto das mesmas, uma vez que expressamente prevê a possibilidade de recolhimento coercitivo às casas destinadas aos “loucos”, o que traz algum grau de similitude com a medida de segurança de internação¹¹².

¹¹¹ MURTINHO, R. G. *Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia*, p. 66.

¹¹² Entendendo que o artigo 12 é um antecedente remoto das medidas de segurança, MURTINHO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 67; contrariamente, SONTAG, R. *Sobre loucos e crimes ou “moldes que não precisam ser quebrados”*: interpretações do artigo 12 do Código Criminal de 1830, p. 2-5. Sustentando ser o art. 12 caso de “medida de tratamento”, mas denominada como pena, FERRARI, E. R. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, p. 33; LAMARÃO, F. G. *A cura como pena: uma análise crítica da imputabilidade penal e da resposta punitiva direcionada ao indivíduo com sofrimento psíquico*, p. 64.

Por outro lado, Murtinho verifica que a “entrega” dos “loucos” às suas famílias sugere que o legislador, à época, pretendia que a família passasse a se responsabilizar pelos inimputáveis. Ou seja, o “louco” ficaria sujeito a uma espécie de proteção por parte de sua família, o que poderia demonstrar uma finalidade protetiva em relação ao mesmo. Essa decisão – o recolhimento às “casas para loucos” ou a entrega dos “loucos” a suas famílias –, consoante disposição do Código Criminal, deveria ser tomada pelos juízes.

A interpretação e disputa doutrinária e jurisprudencial em torno dos artigos 10, §2º e 12 ganhou contornos que merecem maior aprofundamento, começando a partir da noção de delito adotada pelo Código Criminal de 1830. São trazidas aqui as obras de maior relevância, popularidade e pertinência ao tema, ressaltando para o fim do tópico as obras de Tobias Barreto, por ser um jurista com pensamento e contribuições muito singulares e autênticas.

A redação do art. 2º, §1º do Código Criminal de 1830¹¹³ deixava claro que a legislação adotara um modelo conceitual *objetivo-subjetivo*, composto de um elemento *material* (a “ação” ou “omissão”) e um elemento *moral* (“voluntário”)¹¹⁴. Ainda se tratava de um conceito bastante simples, o qual alguns doutrinadores da época chegaram a classificar como de cunho *formal*, agregando um conceito *material* de delito, integrado por uma “agressão contra as condições vitais da vida em sociedade” e a correlata necessidade social de sanção penal¹¹⁵.

Essencial a essa concepção de delito era a noção de livre-arbítrio, ancorado numa ideia de vontade livre do homem. Braz Florentino, nesse sentido, em trecho esclarecedor e que retrata a imagem do direito penal cunhado pela modernidade:

Ora, se o homem é um ser inteligente e livre; se pela inteligência ele compreende e aprecia o que é bem e o que é mal; se pela liberdade ou vontade tem o poder de preferir o bem ao mal; e se, preferindo este a aquele tem consciência de que essa escolha corre por sua conta e risco, segue-se que a responsabilidade do homem por suas ações livres ou voluntárias é bem fundada, e que é legítima a intervenção da lei penal que o chama a contas quando por ele é desobedecida e contrariada em suas justas prescrições¹¹⁶.

¹¹³ “Art. 2º Julgar-se-ha crime, ou delicto: 1º Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes”.

¹¹⁴ Por todos, SOUZA, B. F. H. *Lições de Direito Criminal*, p. 22-23.

¹¹⁵ BARRETO, T. *Estudos de Direito*. Publicação Posthuma dirigida por Sylvio Romero, p. 71-72. Sobre esta história, de forma mais aprofundada, por todos, BATISTA, N. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*, p. 113-116.

¹¹⁶ SOUZA, B. F. H. Op. cit., p. 38. Ainda que escrevendo na perspectiva mais ampla do direito público, agregase a esta imagem as lições de Pimenta Bueno, que partilhava das mesmas premissas, como se observa neste comentário à abolição constitucional de penas cruéis: “O homem por ser delinquente não deixa de pertencer á humanidade; é de mister que seja -punido, mas por meio consentâneo, com a razão, proprio de leis e do governo de uma sociedade civilizada” (PIMENTA BUENO, J. A. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império*, p. 418).

Em trecho mais avançado em sua obra:

Entre as ideias de responsabilidade e de liberdade há uma associação de tal sorte rigorosa e necessária, que uma delas não se pode conceber sem a outra. Assim como sem liberdade não pode haver responsabilidade, assim também sem responsabilidade não poderia haver liberdade. E daí veio a dizer um publicista moderno, que a liberdade, em todos os graus, consiste no poder que tem cada um de nós de obrar sob sua própria responsabilidade¹¹⁷.

Braz Florentino trouxe, ainda, interessante diferenciação entre o ato de imputar e a imputabilidade, aqui figurando como elemento essencial da conduta humana:

O termo *imputar*, como nos diz Burlamaqui, é tirado da arithmetica e significa propriamente por uma soma em contas de alguém. Imputar uma ação a alguém é, pois, atribuir-lha como ao seu verdadeiro autor, pô-la, por assim dizer, em sua conta, e torna-lo responsável por ela. Cumpre, porém, não confundir a *imputabilidade* das ações humanas com a sua *imputação* atual. *A primeira é uma qualidade essencial das ações humanas* (grifo nosso), enquanto produzidas pelo entendimento e pela vontade de serem suscetíveis de imputação; a segunda é um ato do juiz e supõe, além da imputabilidade, alguma necessidade moral de obrar ou de não obrar de uma certa maneira; ou, por outra, alguma obrigação exigindo que se faça ou deixe de fazer uma certa ação¹¹⁸.

Braz Florentino observou que o art. 10 e seus parágrafos seriam desdobramentos do art. 3º (“Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar”), e nesse sentido, nenhum ato seria imputável sem que houvesse, em geral, “o concurso da inteligência e da vontade do agente para o resultado nocivo, ou para o mal

¹¹⁷ SOUZA, B. F. H. Op. cit., p. 186. Convém anotar que contribuições anteriores, a despeito de seu momento histórico mais próximo às ideias liberais, não foram tão contundentes na defesa do livre-arbítrio enquanto fundamento do direito penal. Nesse sentido, por exemplo, as afirmações de Mendes da Cunha Azevedo, que chegou a combinar lições de direito romano com afirmações da Bíblia ao comentar o art. 3º: “por tanto com a autoridade da lei Romana, e sobre tudo com a palavra do Salvador fica provado que o *pleno conhecimento do mal*, e a *intenção de o pratica* são o symptoma característico, e o horoscopo Judiciário da má-fé do delinquente”. (AZEVEDO, M. M. C. *O Código Penal do Império do Brasil com observações sobre alguns de seus artigos pelo Doutor Manoel Mendes da Cunha Azevedo*, p. 27).

¹¹⁸ AZEVEDO, M. M. C. Op. cit., p. 39. Em lições semelhantes, PESSOA, V. A. P. *Código Criminal do Império do Brasil comentado*, p. 42. Convém trazer sua diferenciação entre *responsabilidade* e *imputabilidade*: “O homem, para ser culpado, deve ter essencialmente a imputabilidade e responsabilidade. Para que o homem possa dar conta de um ato por ele completo é essencial que seja inteligente, capaz ele compreender o que fez, discernindo o bem do mal e livre, isto é, em estado de fazer e não fazer, de preferir o que é bom ao que é mau. Na ausência desta dupla condição não há *responsabilidade*, porquanto o agente do delito não é uma causa livre e esclarecida. Um homem para ser declarado culpado e condenado, deve reunir 3 condições - a existência da inteligência ou razão moral - a da liberdade - e a de uma falta considerada como um crime pela lei criminal. Os elementos que constituem a *imputabilidade* reduzem-se a saber se há um ato de inteligência e livre, residindo exclusivamente na pessoa do agente e em sua faculdades imateriais, porque a matéria não é nem esclarecida e nem livre.” (Idem, *ibidem*). Vale trazer uma pequena lição sobre o que poderia ser, hoje, um caso de semi-imputabilidade, ou culpabilidade diminuída: “Se a ação criminosa se completou na ausência da razão moral ou da liberdade, o agente não é responsável. Se a moléstia não ocasionou senão uma irritabilidade e susceptibilidade extremas, e a desordem só afetou a sensibilidade e não a razão moral e a liberdade, subsiste a imputabilidade, diz Ortolan, bem que possa ser diminuída a culpabilidade” (Ibid., p. 44). O louco, no léxico do Código Criminal de 1830, era absolvido, e não considerado culpado (Ibid., p. 42), e, havendo dúvida sobre a razão do réu, impunha-se, na visão de Paula Pessoa, sua absolvição (Ibid., p. 44).

desse ato”; assim, certos “fatos gerais”, como a menoridade abaixo de 14 anos, o estado de loucura, a violência irresistível e o acaso excluiriam estes requisitos.¹¹⁹ Assim não pensara Mendes da Cunha, para o qual “os loucos e os furiosos em geral” teriam “vontade própria”, assim como os “homens de juízo”, com a diferença de que estes agiriam por “deliberação espontânea”, ao passo que aqueles, em função das alterações de seus estados mentais¹²⁰.

Braz Florentino, considerando que a imputabilidade, na ordem jurídica imperial, era decidida por quesitação no Júri (art. 269, §1º e 2º, do Código de Processo Criminal)¹²¹, foi além:

Os preceitos eternos da justiça mandam aos jurados declararem o acusado não criminoso todas as vezes que eles estão convencidos de que a ação não lhe pode ser imputada, ainda quando os motivos particulares que lhes dão esta convicção não entrem em nenhuma das causas gerais de justificação estabelecidas pela lei, e ainda mesmo que a lei não encerre nenhum princípio relativo à imputabilidade dos atos materialmente criminosos¹²².

Thomaz Alves Júnior já reputava os casos do art. 10 como espécies, “parênteses” do art. 3º, a que denominou “escusas legais”¹²³. Em relação ao art. 10, §2º, a grande questão enfrentada por Alves Júnior foi saber se *todas as alterações mentais poderiam constituir-se como escusas nos termos do referido artigo*¹²⁴.

O autor entendia ser um equívoco interpretar que “loucos de todo o gênero” assumisse uma amplitude tal a ponto de abranger todo o gênero ou espécie de *alteração mental*, uma vez que, a prevalecer esta interpretação, o resultado prático seria uma proliferação de absolvições com base em alegações questionáveis de perturbações psíquicas, e nem todas teriam por destino os hospícios, ou o recolhimento às suas famílias (art. 12): “*o que não queremos é que se chame louco a um homem que de louco só tem o nome, que sahe absolvido pela escusa do §2º, e no entanto não tem o destino consequente e fatal que lhe dá o art. 12!*”¹²⁵.

Importante anotar a referência explícita ao saber médico-legal e psiquiátrico de seu tempo, e, assim, Alves Júnior, baseado nas lições de J. Briand e Chaudé, afirmou que os casos de “idiotismo”, “imbecilidade”, e as “alienações mentais” (“manias”, “monomanias” e “demências”) estariam compreendidos no âmbito do art. 10, §2º¹²⁶.

¹¹⁹ SOUZA, B. F. H. Op. cit., p. 145.

¹²⁰ AZEVEDO, M. M. C., Op. cit., p. 130.

¹²¹ Ibid., p. 150.

¹²² Ibid., p. 147.

¹²³ JUNIOR, T. A. *Anotações theoricas e práticas ao Código Criminal*, Tomo I., p. 216.

¹²⁴ Ibid., p. 223.

¹²⁵ Ibid., p. 225-226.

¹²⁶ Ibid., p. 226-227.

Já para os casos de “delírio”, epilepsia, sonambulismo, “o estado intermediário entre o sono e o despertar”, e os “surdos-mudos”, Alves Júnior sustentou a exclusão de imputabilidade não pelo art. 10, §2º, mas pela disposição mais abrangente e generalista do art. 3º¹²⁷. Nestes casos, o agente seria absolvido, mas não seria aplicável o disposto no art. 12.

Sobre o julgamento e análise das escusas legais, argumentava Alves Júnior de forma veementemente contrária ao afastamento sumário destes casos, afirmando que, em nome da autoridade e organização social, por pior que fosse presenciar “meninos (impúberes), loucos, constrangidos e finalmente os agentes do mero acaso, reconhecidos incontinenti como tais”, era preferível o “perigo do patronato ao julgamento indébito de quem a priori não pode ser sujeito a um tal julgamento”¹²⁸.

Com relação ao artigo 12, Alves Júnior enxergava a disposição como “administrativa e altamente humanitária”¹²⁹. Sem diferenciar os portadores de sofrimento psíquico que tenham, ou não, praticado delitos, o autor entendia ser o Hospício Pedro II (ao menos na capital) o local adequado para a internação e tratamento, justificando esta posição “para não se ver a administração na necessidade cruel e imoral de conservar recluso quem nunca foi criminoso”¹³⁰.

Por fim, é interessante notar como Alves Júnior percebia a decisão do magistrado acerca do destino do portador de sofrimento psíquico autor de infração penal:

O arbítrio concedido aqui ao juiz não é o arbítrio de impor pena, é o arbítrio administrativo de, olhando para a posição e recursos do louco, suas relações de família e desejos desta, decidir se elle deve ser recolhido ao hospício respectivo ou entregue aos cuidados de sua família¹³¹.

Destacando a jurisprudência da época, são de suma importância as obras de Ferreira Tinoco e Paula Pessoa. Convém anotar como os tribunais à época, apesar das disposições legais e lições doutrinárias, consideravam as provas periciais como “as mais legítimas e legais” para se avaliar a alienação mental¹³².

¹²⁷ Ibid., p. 228-229. “Qualquer que seja o sentimento, dor ou paixão, comprehende-se que possa em sua vehemencia subtrahir o uso da razão, e livrar o homem da responsabilidade; mas ser absolvido como louco é um abuso que deve ser condemnado” (Ibid., p. 230).

¹²⁸ Ibid., p. 248-249.

¹²⁹ Ibid., p. 255.

¹³⁰ Ibid., p. 255.

¹³¹ JÚNIOR, T. A. Op. cit., p. 255.

¹³² TINOCO, A. L. F. *Código criminal do Império do Brazil anotado*, p. 26. No mesmo sentido, PESSOA, V. A. P. *Código Criminal do Império do Brazil comentado*, p. 42. Paula Pessoa criticou, de maneira receosa e conciliadora, a posição que tendia a reforçar o saber e poder médico pericial sobre a loucura: “Este acordão não está fora dos limites da crítica, desde que se trata de um caso reconhecido desde o seu princípio e a respeito do qual se pode calcular os progressos, estando ao alcance de qualquer homem que observa. Quando as testemunhas

A problemática do “crime-louco”, ou “loucura sem delírio”, como discorreu Foucault, chegou também a se colocar como problema. Paula Pessoa identifica acórdão em que se anulou julgamento no qual se acrescentou, ao reconhecimento da prática do delito por “motivo frívolo”, que o réu estava em “estado de loucura”¹³³.

Interessante, porém, observar como se chegou a anular um júri por propositura errônea de quesitação. Ferreira Tinoco destacou um caso no qual o juiz propôs “o júri reconhece ter o réu cometido o crime em momento de alienação mental”, quando deveria ter proposto “o júri reconhece que o réu cometeu o crime, *de que é acusado*, no estado de alienação mental?”¹³⁴. Sugere-se, ainda que timidamente, que a primeira quesitação poderia sugerir uma prática indiscriminada de delitos (afinal, não se pergunta de qual crime se trata), e, portanto, parece haver cerceamento de defesa a justificar o pleito anulatório.

Sobre o âmbito de aplicação do art. 12, observa-se que sua interpretação variou ao longo da vigência do Código Criminal de 1830, em relação aos influxos do desenvolvimento da psiquiatria e criminologia da época. Uma interpretação tradicional (seguida por Thomaz Alves Júnior, Manoel Dias de Toledo e Paula Pessoa¹³⁵) sustentou ser a internação no Hospício Pedro II; uma segunda interpretação, já atravessada pelo surgimento do positivismo criminológico, encabeçada, por todos, por Vieira de Araújo¹³⁶, passou a sustentar que o art. 12 permitiria a internação em hospícios penais¹³⁷.

3.2.2.3

A contribuição original (e marginal) de Tobias Barreto

assinalam um fato de loucura contínua e não remitante, como pôr em duvida um tal testemunho? Há questões que os homens da ciência podem esclarecer com as luzes da prática e da experiência, mas que muitas vezes não podem ser resolvidas senão pelo exame consciencioso de cada facto individual. E ao depois, muitas vezes, a loucura passa depois do crime, e como comprová-la senão por fatos que podem ser demonstrados, tanto pelos homens da ciência como por qualquer outro meio? É certo que o exame medico traz muita luz, e quase sempre acerta: mas o queremos nos casos em que ele for possível, e nunca naqueles em que a ciência é menos competente para demonstrar um facto.” (Ibid., p. 42)

¹³³ PESSOA, V. A. Op. cit., p. 41.

¹³⁴ TINOCO, A. L. F. Op. cit., p. 27.

¹³⁵ Adotada inclusive pela prática à época, a partir do aviso nº 23 (PESSOA, V. A. P., Op. cit., p. 45).

¹³⁶ Uma vez que Vieira de Araújo é um comentarista tardio do Código Criminal de 1830, já envolvido com o ideário positivista que chegava ao Brasil, as contribuições do autor – ainda que em comentários a este Código – serão agregadas aos comentaristas do CP 1890, dadas suas afinidades políticas e ideológicas.

¹³⁷ Sobre essa virada interpretativa, por todos, SONTAG, R. *Sobre loucos e crimes ou “moldes que não precisam ser quebrados”*: interpretações do artigo 12 do Código Criminal de 1830.

Nada tenho que ver com a ciência; mas se tantos homens em quem supomos juízo são reclusos por dementes, quem nos afirma que o alienado não é o alienista?¹³⁸

“O Alienista” (1881), Machado de Assis.

O cômico conto machadiano nos revela um pouco mais do que uma mera história surrealista de um médico psiquiatra que termina, ele próprio, se diagnosticando como “louco”. Naquela obra, começavam a aparecer os primeiros esboços de percepção e crítica aos vínculos entre saber médico-psiquiátrico e poder punitivo¹³⁹, como se percebe nitidamente pelo papel policialesco desempenhado por Simão Bacamarte e a ambiguidade em torno da Casa Verde, asilo cujas características reais eram denunciadas como “cárcere privado” ou prisão.

Passando da crítica literária à crítica jurídico-penal, destacou-se Tobias Barreto no tema da inimputabilidade por sofrimento psíquico, comentando o Código Criminal de 1830. Para esta análise, porém, analisaremos suas obras em bloco de maneira a se permitir uma melhor compreensão do alcance de sua contribuição teórica.

Uma primeira grande contribuição diz respeito às suas *considerações acerca do debate filosófico e jurídico penal sobre o livre-arbítrio*. De forma bastante autêntica, Barreto não afirmava, nem rejeitava categoricamente a liberdade de vontade (e, assim, a imputabilidade); tratava-se de uma premissa necessária para a construção do direito penal e das ciências sociais em geral, mas que não existia em grau absoluto. Estas noções aparecem em “Menores e Loucos” (1884):

Realmente, neste terreno, no terreno empírico do direito, pouco importa que o homem seja livre, ou deixe de sê-lo, segundo fabulam, de um lado, os metafísicos do espírito e, de outro lado, os metafísicos da matéria. Para firmar a doutrina da imputação, o direito aceita a liberdade como um postulado da ordem social, e isto lhe é o bastante¹⁴⁰.

(...)Os atos do homem não comportam de certo a imputabilidade absoluta que resulta do caráter inteligível da liberdade, segundo a doutrina kantiana, tão justamente qualificada por Schopenhauer de desasado pedantismo moral. Mas o direito não exige, nem precisa exigir tanto. Basta-lhe somente a imputabilidade relativa, a única possível nos limites da fraqueza humana. Dentro destes limites, e ainda dando-se conta de todos os fatores latentes, que determinam uma boa parte das ações do homem, resta sempre um largo terreno, em que ele é responsável por elas¹⁴¹.

¹³⁸ ASSIS, M. *O Alienista*, p. 59.

¹³⁹ BATISTA, N. *Machado de Assis, criminalista*, p. 155.

¹⁴⁰ BARRETO, T. *Menores e loucos*, p. 7-8.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 12. Interessante observar que uma das críticas que Barreto lança ao justificacionismo penal é, precisamente, que a pena, do ponto de vista jurídico, pressuporia “a imputabilidade absoluta, o que entretanto nunca existiu, que não existirá jamais” (Id., *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, p. 177). Como Barreto insiste em afirmar a natureza extrajurídica, política da punição penal, ironiza as disputas em torno da imputabilidade. Segue o autor: “O sentimentalismo volve-se contra este lado fraco da doutrina,

De forma coerente com seu pensamento, esta “liberdade empírica”, relativa, também apareceu no seu “Comentário teórico e crítico ao código criminal brasileiro”, que integra a coletânea “Estudos de Direito” (1892):

Objetivamente apreciado, o crime é um efeito, que se prende a uma causa, como a qualquer outro fenômeno da natureza. Mas esta causalidade filosófica não é a mesma causalidade jurídica. Para o direito não basta causar um fenômeno criminoso; é preciso que ele provenha da vontade de um agente livre; razão porque o nexos causal que existe entre delito e o delinquente toma o nome de *responsabilidade*.

Schopenhauer pode ter razão quando afirma que todas as causas são voluntárias, que a vontade é o denominador comum de todas as forças da natureza. Porém o direito não precisa entregar-se a estas especulações. No círculo da ação, a única força que lhe incumbe disciplinar e dirigir, é a livre vontade humana, nos limites da liberdade empírica. O que se dá além dessa esfera, é o fatal, o involuntário, o extrajurídico, por conseguinte¹⁴².

Ainda nos “Estudos de Direito” no artigo “Sobre uma nova intuição do direito”, Barreto demonstrou a relativização, mas, ao mesmo tempo, a indispensabilidade do livre-arbítrio e da liberdade do homem:

Ainda quando ficasse assentado que a liberdade humana não passa de uma ilusão, esta mesma ilusão seria bastante para dar à ciência social um certo *plus* que a diferencia e distingue das ciências naturais¹⁴³.

Uma segunda importante contribuição pode ser observada em suas *críticas abertas e explícitas ao positivismo criminológico de matriz biologicista*, que perpassam toda a obra de “Menores e Loucos”. Em que pese criticar acidamente os integrantes da criminologia positivista¹⁴⁴, Barreto reconhecia a intensa disputa jurídica e médica em torno da definição do

combatendo a imputabilidade em todo e qualquer grau. Para isso lança mão de razões psiquiátricas, históricas, pedagógicas, sociais e estatísticas; e todas estas razões, é força confessar, são de uma perfeita exatidão. Mas isto somente na hipótese da pena regulada pela medida do direito, o que é de todo inadmissível, porque é de todo inexequível” (Id., *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, p. 177).

¹⁴² Id., *Comentário teórico e crítico ao código criminal brasileiro*. In: BARRETO, T. *Estudos de Direito*. Publicação Posthuma dirigida por Sylvio Romero, p. 118.

¹⁴³ Id., *Sobre uma nova intuição do direito*, p. 336.

¹⁴⁴ “Enquanto, pois, os defensores da patologia criminal, em cujas obras a sociedade inteira aparece como uma imensa casa de orates, enquanto esses ilustres – ‘*savantissimi doctores, medicinae professores*’ – como diria Molière, não descobrirem o meio nosocrático suficiente para opor barreira ao delito, a pena será sempre uma necessidade” (BARRETO, T. *Menores e loucos*, p. 11-12). Abertamente oposto a Lombroso: “Além disto, importa reconhecer que a ideia capital de Lombroso não é de todo isenta de um certo sabor de paradoxia. Reduzindo o crime às proporções de um fato natural, incorrigível, inevitável, tão natural e incorrigível como a doença, ele parece julgar inútil a função da justiça pública” (Ibid., p. 71). “Lombroso propõe a substituição da cadeia pelo *manicomio*

sofrimento psíquico e da imputabilidade, e, assim, entendeu ser dos médicos “a exclusiva jurisdição científica em matéria de alienação mental”¹⁴⁵. Tanto que discordava veementemente da redação do art. 12 do CCrim de 1830, afirmando que o referido recolhimento dos loucos “às casas para eles destinadas ou entregues às suas famílias” deveria ser objeto de decisão do médico, e não do juiz¹⁴⁶.

Um terceiro grande aporte de Barreto, dentro dos limites do capítulo e do presente tópico, está na *forma com que tratou a inimputabilidade por sofrimento psíquico*. Apesar de crítico à largueza da expressão “loucos de todo o gênero” e à visualização da loucura como mera ausência de razão, e afirmando a impossibilidade de subsumir todos os casos de loucura no art. 10, §2º, CCrim 1830¹⁴⁷, três anotações são fundamentais, a começar pelo dissenso médico sobre o sofrimento psíquico:

Na falta de outras provas, bastaria lembrar o seguinte fato: ainda hoje os alienistas e psiquiatras não estão de acordo sobre o modo exato de denominar as moléstias mentais determinar o seu conceito e sujeitá-las a uma classificação¹⁴⁸.

Ciente dessa dificuldade, Barreto se rendeu a uma designação geral dos casos de afetação psicofísica do sujeito, porém, percebendo que os casos de sofrimento psíquico poderiam ser inúmeros, e, assim, não serem abarcados pela expressão “loucos de todo o gênero”:

Nesta conjuntura, é evidente que os códigos penais devem limitar-se a uma determinação geral, e não entrar nas especificações da loucura. O nosso, por este lado, ainda que não fosse o primeiro a proceder assim, andou muito bem, e é digno de louvor. Porém, infelizmente, o mérito que, nesse ponto, se lhe deve reconhecer, desce quase até zero, diante de uma outra consideração. É que ele

criminale. Dou de barato. Porém os seus princípios, os seus dados positivos, destendidos pela lógica, levam à consequência de ser talvez preciso meter-se no hospital a humanidade inteira, se não é o que o ilustre autor nos tenha proposto somente uma questão de palavras, e entre cadeia e hospital de criminosos não se estabeleça distinção notável. Mas isto está em desacordo com as suas pretensões de fundador de uma nova escola, que de dia em dia, segundo ele crê, aumenta de discípulos e sectários, posto que tal crença possa entrar na classe das ilusões comuns a todos os reformadores: - com meia dúzia de prosélitos já se dão por chefes de uma *ecclesia*, que vai tornar-se única e universal (Ibid., p. 73).

¹⁴⁵ Ibid., p. 64; “aos médicos e só aos médicos, é que compete apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psicofísica dos criminosos” (Ibid., p. 67). Paradoxalmente, em crítica a Lombroso: “A obra do sábio italiano ressaente-se deste defeito: nela se nota que o psiquiatra quer destronar o jurista, a psiquiatria quer tornar dispensável o direito penal” (Ibid., p. 74). Na disputa sobre a imputabilidade, Barreto anota que as críticas de Lombroso (que, portanto, alargavam o âmbito da inimputabilidade) só fariam sentido se se tomasse no sentido dos “criminalistas metafísicos”, ou seja, sendo absoluta; por isso, como só existira imputabilidade em sentido relativo, o direito penal seguiria a existir, com fundamentos e objetivos próprios, qual seja, “a adaptação do homem à sociedade”, “alvo de toda política humana” (Ibid., p. 75).

¹⁴⁶ Ibid., p. 64. Sua defesa da “jurisdição” médica é tão intensa, que Barreto chega a defender a criação de uma carreira de “médicos da justiça”, “um grupo de sábios oficialmente encarregados de julgar das questões da sua ciência, levantadas no terreno do direito, cujos *veredicta*, porém, seriam outras tantas sentenças, apenas com apelo para um corpo superior da mesma natureza, as Faculdades de medicina, por exemplo” (Ibid., p. 65-66).

¹⁴⁷ Ibid., p. 41-42.

¹⁴⁸ Ibid., p. 48-49.

não elevou-se a um princípio supremo, a um princípio tal que abranja todos os casos possíveis de irresponsabilidade por *desarranjo na economia psíquica* (grifo nosso). Os loucos de todo o gênero, a soma de todos eles, é sempre inferior ao total dos que são irresponsáveis em consequência desse desarranjo, e daí podem resultar, como de fato tem resultado, não poucas injustiças no exercício da penalidade¹⁴⁹.

Por último, destacam-se duas contribuições mais laterais de Barreto, ao menos no que concerne à inimputabilidade.

Na contramão do pensamento do seu tempo, Barreto não chegou a relacionar explicitamente a inimputabilidade com a ideia de diferença ou inferioridade racial (algo que só seria desenvolvido por Nina Rodrigues ao longo da década seguinte). Como será analisado em maior profundidade no tratamento da inimputabilidade etária, Barreto simplesmente argumentou que, diante do fato de que o Brasil seria um país em que “as influências mesológicas, climatéricas e sociais variam com as grandes distancias que separam, por exemplo, os sertões do litoral”, o desenvolvimento psíquico individual também seria variável, o que exigiria um sistema de inimputabilidade etária variável, e não fixo¹⁵⁰. Entretanto, Barreto não desenvolveu tal ideia, não chegando a propor nada diferente do sistema adotado pelo Código de 1830.

Com relação às mulheres, Barreto não aceitava a diferenciação de tratamento etário realizada pelas leis penal e civil, uma vez que eram igualadas aos homens na capacidade penal, mas distintas na civil, sofrendo diversas restrições a partir da ideia machista oitocentista de fraqueza ou fragilidade do sexo feminino. Afirmava ele:

Se a fragilidade do sexo é invocada como argumento decisivo, quando se trata de justificar todos os atos de tirania que a lei permite o homem exercer sobre a mulher, qual o motivo porque essa mesma fragilidade não se faz valer, nem no que toca a imputabilidade, nem mesmo no que pertence à gradação penal? Não compreendo¹⁵¹.

(...)Ainda estão vivas as palavras de Olympia de Gourges, que eu me permito inverter e repetir: enquanto a mulher não tiver, como o homem, o direito de subir à tribuna, ela não deve ter igualmente com ele, nas mesmas proporções que ele, o direito de subir ao cadafalso¹⁵².

¹⁴⁹ BARRETO, T. Op. cit., p. 52.

¹⁵⁰ Ibid., p. 16. Não é seguro entender que, nessa afirmação, Barreto estaria se referindo, também, a diferenças raciais. Em “Menores e Loucos” não há nenhum capítulo ou trecho em que figuraria argumento desta natureza.

¹⁵¹ Ibid., p. 30.

¹⁵² Ibid., p. 35. Sobre a relação entre a obra de Tobias Barreto e as questões relativas aos direitos das mulheres, conferir COSTA, F. J. *Tobias Barreto: polêmicas e direitos da mulher*, p. 19-33.

Em síntese, talvez sem perceber, de todas as suas relevantes contribuições, com sua expressão “desarranjo na economia psíquica”, além de todas as suas críticas às noções psiquiátricas e criminológicas de seu tempo, Barreto antecipara de forma autêntica e marginal, em pelo menos um século, boa parte das críticas do movimento antimanicomial e antipsiquiátrico, além da expressão contemporânea “portadores de sofrimento psíquico” e, com isso, sua obra torna-se uma contribuição genuinamente brasileira – e marginal - nos estudos da imputabilidade.

Relativamente à obra “Menores e Loucos” de modo geral, como Salo de Carvalho percebe, aflora uma teoria agnóstica da culpabilidade (coerente com a agnose de Barreto relativa às teorias da pena), em que esta categoria do delito, desprendida de fundamentação metafísica espiritual (livre-arbítrio) ou da metafísica da matéria (determinismo), surge como a atributo do sujeito concreto, como fato empírico que possibilita atribuir responsabilidade ao homem que violou as regras do direito e produziu ofensa aos valores e aos interesses considerados juridicamente relevantes¹⁵³.

3.2.3

O controle médico-penal da loucura na Primeira República

3.2.3.1

Da Monarquia à República: a construção e legitimação da inferioridade biológica pela psiquiatria e criminologia brasileiras

Nas palavras de Boris Fausto, “como episódio, a passagem do Império para a República foi quase um passeio”¹⁵⁴. São suficientemente conhecidas as diversas tensões que levaram à queda do Império, que foram além da questão abolicionista, como, por exemplo, a *crise militar* (um Exército que, ao final da Guerra do Paraguai, buscava se afirmar politicamente como ator político de importância com interesses corporativos próprios) e a *questão religiosa*, envolvendo tensões entre Estado e Igreja (refletida nas intensas disputas de influência política entre a Igreja Católica e a maçonaria)¹⁵⁵; mas, precisamente, na leitura de Antonio Carlos Wolkmer, foi a *crise econômica*, a partir da desagregação da economia agrária e perda de poder por parte da

¹⁵³ CARVALHO, S. *Antimanual de Criminologia*, p. 279.

¹⁵⁴ FAUSTO, B. *História do Brasil*, p. 212.

¹⁵⁵ Sobre estas questões, em maior profundidade, Ibid., p. 185-212.

elite latifundiária dominante, desprovida de mão de obra escrava, uma das principais razões para a derrubada da monarquia e o surgimento do Estado Liberal-oligárquico republicano em 1889¹⁵⁶.

Assim como na Independência, a República foi proclamada “desde cima”, fundada no ideário positivista-castrense e na completa exclusão do povo¹⁵⁷. Não por acaso, seu marco fundacional, desde o ponto de vista político, foi a Guerra (chacina) de Canudos, cujos eventos foram minuciosamente descritos por Euclides da Cunha¹⁵⁸.

Desde o ponto de vista jurídico, por outro lado, o marco normativo, em termos cronológicos, foi, primeiro o Código Penal de 1890 (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, que será abordado oportunamente), sucedido, no ano seguinte, pela Constituição de 1891, de inspiração formal liberal, mas efetivamente distante do liberalismo, sendo perene e conivente ao elitismo, arbítrio e abuso de poder, encarnados na forma do coronelismo e da política dos governadores¹⁵⁹.

De toda forma, no que é pertinente para a análise do sistema punitivo republicano, exsurge o problema político, econômico, social e urbano do controle da massa de ex-escravos. Gizlene Neder é certa ao afirmar que “desde a abolição da escravidão (1888), a questão do controle e disciplinamento da massa de ex-escravos delimitou a extensão e a forma da reforma republicana no Brasil”¹⁶⁰. De fato, nada mais representativo desta demanda do que a votação pela Câmara dos Deputados, no próprio ano da abolição, de um projeto de criminalização da vadiagem, direcionado especificamente para esse propósito e contra essa parcela da população¹⁶¹. Observa-se, através do sistema penal, uma prática explícita de enunciação do racismo¹⁶².

¹⁵⁶ WOLKMER, A. C. *História do direito no Brasil*, p. 152.

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁸ Sobre esta interpretação, e inserindo o autor em uma criminologia crítica brasileira, conferir BATISTA, V. M. *Euclides da Cunha e a chacina fundacional da República brasileira*, p. 979-983. É verdade que Euclides da Cunha costuma ser enquadrado como um autor da literatura nacional; porém, já Roberto Lyra o percebia como um dos representantes da criminologia no Brasil. “Euclides da Cunha foi o criador de nossa sociologia criminal” (LYRA, R. *Direito penal científico* (criminologia), p. 88). Além de sua grande obra, “Os Sertões”, Lyra recorda ainda dos seus “Contrastes e Confrontos” e “A Margem da História”, onde Euclides tratou, “além da vagabundagem política e religiosa, de caucheiros, coiteiros, capangas, curandeiros, beatos, enfim, de criminosos, de contraventores, de profissionais da fraude e da violência, mas, sobretudo, das cumplicidades egrégias, das autorias de opulentos e poderosos com o privilégio da impunidade” (Id., *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*, p. 126).

¹⁵⁹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I. p. 441-442; SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, p. 110-111.

¹⁶⁰ NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*.

¹⁶¹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 442.

¹⁶² FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*, p. 67.

O que pode ser considerado racismo merece maior aprofundamento e cuidado conceitual. Cada autor ou autora enuncia conceituações distintas, como, por exemplo, Bethencourt, que, buscando inspiração na semântica histórica, bem como nos desenvolvimentos conceituais das ciências sociais, considera racismo *o preconceito em relação à ascendência étnica combinado com ação discriminatória*¹⁶³. Prossegue o autor:

O racismo atribui um único conjunto de traços físicos e/ou mentais reais ou imaginários a grupos étnicos específicos, com base na crença de que essas características são transmitidas de geração a geração. Os grupos étnicos são considerados inferiores ou divergentes da norma representada pelo grupo de referência, justificando assim a discriminação ou a segregação. O racismo tem como alvo não só os grupos étnicos considerados inferiores, mas também os considerados concorrentes, como os judeus, os muçulmanos, ou os armênios¹⁶⁴.

Grosfoguel, por sua vez:

Racismo é uma hierarquia global de superioridade e inferioridade ao longo da linha do humano que tem sido politicamente, culturalmente e economicamente produzida e reproduzida por séculos pelas instituições do sistema-mundo capitalista, patriarcal, ocidental, central, cristão, moderno e colonial (tradução nossa)¹⁶⁵.

O autor, na mesma linha de Fanon, a partir dessa conceituação, afirma que as pessoas classificadas *acima da linha do humano* (“zona do ser”) são classificadas socialmente em sua humanidade como seres humanos, e, assim, desfrutam do acesso a direitos (direitos humanos, civis, direitos das mulheres ou trabalhistas), recursos materiais e reconhecimento social a suas subjetividades, identidades e espiritualidades. As pessoas *abaixo da linha do humano* (“zona do não ser”) são consideradas sub ou não humanas, ou seja, sua humanidade é questionada e, dessa forma, negada, obstaculizando, assim, a abrangência de direitos, recursos materiais e o reconhecimento de suas subjetividades, identidades, espiritualidades e epistemologias¹⁶⁶.

Silvio Almeida, de sua parte, identifica ao menos três concepções de racismo: *individualista, institucional e estrutural*. De acordo com uma visão *individualista*, o racismo se concretiza como um comportamento ético ou psicológico, de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados. Nesta concepção, o próprio racismo pode vir a ser negado, sendo compreendido como mero preconceito em viés psicológico¹⁶⁷. Em uma perspectiva

¹⁶³ BETHENCOURT, F. *Racismos: das cruzadas ao século XX*, p. 21.

¹⁶⁴ Ibid., p. 30-31.

¹⁶⁵ GROSGOUEL, R. *What is racism?*, p. 10.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁷ ALMEIDA, S. *O que é racismo estrutural?*, p. 28.

institucional, o racismo é analisado nas práticas concretas das instituições sociais (Estado, mídia, escola, polícia, por exemplo) e seus mecanismos de atuação, que conferem privilégios ou desvantagens a partir da raça¹⁶⁸. Por último, em dimensão *estrutural*, o racismo se constitui como processo e político que cria condições sociais para que grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática. Racismo é mais do que um conjunto de atos individuais isolados, ou desarranjos institucionais; ele estrutura a sociedade em termos políticos, econômicos e sociais, tornando-se regra, e não exceção¹⁶⁹.

Nenhuma das conceituações acima é errônea ou acertada por si só. Cada autor busca enfatizar um determinado aspecto do racismo, de modo que as definições e exposições são muito mais complementares do que opostas. Entretanto, faz-se necessária uma tomada de posição, de maneira a embasar as compreensões delineadas ao longo do trabalho.

Subscrevendo a posição de Flauzina¹⁷⁰, traz-se a definição proposta pela Unesco, na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, no seu art. 2º, item 2, que parece conciliar as concepções apontadas por Silvio Almeida:

O racismo engloba ideologias racistas, atitudes motivadas por preconceitos raciais, comportamentos discriminatórios, disposições estruturais e práticas institucionalizadas causadoras de desigualdade racial, bem como a noção falaciosa de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se através de disposições discriminatórias na legislação e regulamentos, bem como de convicções e atos anti-sociais; compromete o desenvolvimento das suas vítimas, perverte quem o pratica, divide internamente as nações, impede a cooperação internacional e dá origem a tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais do direito internacional e, consequentemente, perturba seriamente a paz e a segurança internacionais¹⁷¹.

Portanto, é certo que a edificação do que veio a se constituir historicamente como Brasil se deu a partir (também) de estratégias de dominação de cunho racial, e, nesse sentido, racistas também foram os regimes antecedentes à República Velha, desde a colonização. Porém, no período histórico ora em análise, a inferiorização racial passa a não ser apenas *jurídica* (isto é,

¹⁶⁸ Id., p. 29.

¹⁶⁹ Id., p. 38-39.

¹⁷⁰ FLAUZINA, A. Op. cit., p. 11.

¹⁷¹ Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Igualdade_Racial/1978DeclRaca.pdf>. Acesso em 10 abr. 2019.

legitimada a partir simplesmente *decisões de poder* concretizadas em normas jurídicas), mas, sobretudo, *biológica, médica, psiquiátrica* (legitimada por sua “*demonstração científica*”)¹⁷².

Nesse norte, certos saberes foram estratégicos para essa empreitada: não por acaso, constata-se o nascimento e desenvolvimento conjunto da psiquiatria brasileira, como saber médico autônomo, e da criminologia, como saber auxiliar ao direito penal.

Com a proclamação da República, a psiquiatria brasileira iniciou um grande movimento de renovação e modernização, a começar pelas instituições psiquiátricas. Quatro acontecimentos foram fundamentais no período: (i) a desvinculação do Hospício de Pedro II, da Santa Casa para a administração pública, passando a denominar-se Hospício Nacional de Alienados, em janeiro de 1890¹⁷³; (ii) a promulgação do Decreto-Lei 1.132/1903, que reorganiza a assistência aos alienados, determinando a reclusão de indivíduos portadores de moléstia mental, congênita ou adquirida, que comprometessem a ordem pública ou a segurança das pessoas, em estabelecimento público ou particular para alienados, ou tratamento domiciliar, se possível¹⁷⁴; (iii) a constituição da psiquiatria como especialidade médica autônoma em 1912, e, por último, consolidando autoafirmação deste saber, (iv) a criação da Liga Brasileira de Higiene Mental (LBHM), fundada em 1923 no Rio de Janeiro por Gustavo Riedel, que colocou, na esteira do pensamento psiquiátrico europeu (sobretudo alemão) da época, um programa político explicitamente racista, eugênico, xenofóbico para a psiquiatria brasileira ¹⁷⁵.

¹⁷² Nilo Batista e Raúl Zaffaroni afirmam que no discurso penal da república velha, “a inferioridade jurídica do escravismo será substituída por uma inferioridade biológica” (Op. cit., p. 442). A afirmação de uma “substituição” da inferioridade jurídica deve ser corretamente entendida: não se quer dizer que o direito deixou de reproduzir formas de dominação baseadas em uma inferioridade racial, mas sim, que, *na nova ordem jurídica republicana, a inferioridade do negro não foi legitimada a partir de uma lógica política (o escravo sendo um “não cidadão”, constituindo “coisa” no direito civil), mas, sim, por um discurso cientificista*, o que será aprofundado ao longo do tópico.

¹⁷³ AMARANTE, P. *Asilos, alienados e alienistas*, p. 76. Essa medida buscava atender reivindicações da psiquiatria da época, que buscava especializar e autonomizar a instituição asilar, de modo a ter como objetivos a “cura e o conhecimento” (MACHADO, R. *Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*, p. 473).

¹⁷⁴ Vale destacar o art. 11. “Enquanto não possuírem os estados manicômios criminais, os alienados delinquentes e condenados alienados somente poderão permanecer em asilos públicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservem”. Na percepção de Roberto Machado, a legislação de 1903 fazia do psiquiatra “a maior autoridade sobre a loucura, nacional e publicamente reconhecido” (Ibid., p. 484).

¹⁷⁵ AMARANTE, P. Op. cit., p. 76-78; COSTA, J. F. Op. cit., p. 35-73; LAMARÃO, F. G. Op. cit., p. 65. Uma menção à obra de Juliano Moreira se faz necessária, por se tratar de um grande psiquiatra negro que esteve a frente do Hospício Nacional de Alienados de 1903 a 1930. Moreira, em que pese ter sido minoritário em seu tempo, se colocava frontalmente contrário quanto à frequente atribuição da “degeneração” do povo brasileiro à mestiçagem, principalmente na suposta contribuição negativa dos negros neste processo (argumento encampado por ninguém menos que Nina Rodrigues, como será visto mais adiante). Como apontam Oda e Dalgalarondo, em que pese Moreira não discordar da teoria da degenerescência, discordava de suas causas: “na luta contra as degenerações nervosas e mentais, os inimigos a combater seriam o alcoolismo, a sífilis, as verminoses, as condições sanitárias e educacionais adversas, enfim; o trabalho de higienização mental dos povos, disse Moreira, não deveria ser afetado

No mesmo momento histórico, desenvolveu-se um outro tipo de saber, com uma espécie de discurso que buscaria, de forma mais sistemática e orgânica, identificar “causas” para o delito e, conseqüentemente, propor meios, instrumentos para a sua repressão. É a criminologia brasileira, que, como já foi suficientemente demonstrado¹⁷⁶, constituiu-se a partir de importações, traduções e incorporações de uma tradição europeia continental, positivista, de matriz biologicista, que tinha Lombroso como seu mais destacado representante.

A criminologia positivista constituiu-se a partir da confluência de um discurso médico (notadamente biopsiquiátrico), e um poder policial¹⁷⁷, e, dessa forma, nasceu como um “saber destinado ao poder” (na expressão de Garland¹⁷⁸): ou seja, um saber funcionalmente orientado à utilidade política e administrativa, ao controle de seres humanos¹⁷⁹.

Como nota Vera Malaguti, o positivismo criminológico no Brasil confluiu para o ordenamento da intensa conflitividade social na passagem da escravidão ao trabalho livre, do Império para a República, com o objetivo maior de, nessa transição, assegurar a manutenção da ordem social escravista. Travestindo-se como técnica, encobria sua natureza política a partir do fetiche criminal, revestindo a questão penal de duas características: a degenerescência do povo e a pena como salvação da sociedade¹⁸⁰.

A combinação entre os saberes criminológico, psiquiátrico e jurídico-penal resultou na criação de um estabelecimento destinado ao controle dos rotulados como incontroláveis, a partir do qual os poderes judiciais, médicos e policiais se exerceriam indiscriminadamente (mas sob a chancela última de natureza judicial): o manicômio criminal, que, na leitura de Rauter, não é nem manicômio, nem prisão, mas um híbrido, no qual o psiquiatra exerce os poderes de diagnóstico e tratamento, mas restando as internações e altas a critério do magistrado¹⁸¹.

Se os saberes médicos e criminológicos, orientados pelo positivismo biológico racista e eugênico, apontavam para uma futura especialização e o surgimento de novos dispositivos jurídico-penais de controle e punição (as futuras medidas de segurança), o mesmo não pode ser

por *ridículos preconceitos de cores ou castas*” (ODA, A. M. G. R.; DALGALARRONDO, P. *Juliano Moreira: um psiquiatra negro frente ao racismo científico*, p. 178).

¹⁷⁶ ZAFFARONI, E. R. *Criminología: aproximación desde un margen*. Vol I., p. 171; DEL OLMO, R. *A América Latina e a sua Criminologia*; BATISTA, V. M. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*, p. 46-49; ALVAREZ, M. C. *O homem delinquente e o social naturalizado: apontamentos para uma história da criminologia no Brasil*, p. 82; GENELHÚ, R. *O Direito Penal e o médico, v.1: introdução histórico-criminológica*, p.112-113.

¹⁷⁷ ZAFFARONI, E. R. *La criminología como curso*, p. 32.

¹⁷⁸ GARLAND, D. *As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico*, p. 73.

¹⁷⁹ ALVAREZ, M. C. Op. cit., p. 78.

¹⁸⁰ BATISTA, V. M. *O positivismo como cultura*, p. 300-302.

¹⁸¹ RAUTER, C. *Criminologia e subjetividade no Brasil*, p. 49.

dito, em exatos termos, da lei e dogmática penais brasileiras do início do século XX, como se verá a seguir.

3.2.3.2

O Código Penal de 1890 e a inimizabilidade por sofrimento psíquico

Em que pese certa tentação de relacionar automaticamente o novo diploma penal com seu regime político, social e econômico subjacente, convém lembrar, com Ricardo Sontag, que o Código Penal de 1890 começou a nascer ao final do Império e foi redigido por um autor, João Baptista Pereira, que, em seu tempo, era monarquista – e foi mantido como relator com a entrada do regime republicano. Por isso, apesar de não ter sido uma legislação determinada pelo regime republicano, este se encontrou, a posteriori, com aquela¹⁸².

O Código de 1890 foi redigido em pouco tempo. O governo tinha pressa, uma vez que, já pelo Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, aboliu a pena de galés, reduzia a 30 anos as penas perpétuas, mandava computar a prisão preventiva na execução da pena e estabelecia a prescrição das penas¹⁸³. Em pouco mais de três meses ocorreria sua promulgação, em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto 847.

Com relação à estrutura geral do Código de 1890, o primeiro título tratou da aplicação e dos efeitos da lei penal; o segundo, disciplinando os crimes e os criminosos. Efeitos, aplicação e modo de execução das penas foram previstos no Título V. Definitivamente, o Código deu centralidade à pena de prisão¹⁸⁴, pois dentre as penas, eram previstas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, perda e suspensão do emprego público, multa e interdição (art. 43). Penas infamantes foram proscritas e a restrição de liberdade não poderia exceder trinta anos, sendo executadas individualmente¹⁸⁵. Interessante anotar que se introduziu, como novidade, o sistema progressivo de pena, aos moldes do modelo irlandês de Crofton¹⁸⁶.

¹⁸² SONTAG, R. *Código criminológico? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*, p. 173-174.

¹⁸³ PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 74.

¹⁸⁴ Em tese, apenas. Na prática, as penas corporais eram largamente aplicadas, ou por previsão legal expressa, como a imposição de ferros, mantida pelos Regulamentos da Casa de Correção da Capital Federal de 1900 (Decreto nº. 3.647) e 1910 (Decreto nº 8.296), ou de forma assumidamente ilegal, com troncos, palmatórias, sabres, panos de facão, argolas, dentre outros instrumentos próprios do regime escravista (ROIG, R. D. E. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*, p. 86-101).

¹⁸⁵ MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S. *Lições fundamentais de direito penal*, p. 91.

¹⁸⁶ SOUZA, A.B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Direito Penal*: volume único, p. 39.

No segundo livro, os crimes foram tipificados em treze títulos, começando com os crimes contra a existência política da República e findando com os crimes contra a pessoa e a propriedade. No terceiro livro, temos a segunda espécie de infração penal, as contravenções, a exemplo da prática de capoeira (art. 402)¹⁸⁷.

Pairam algumas dúvidas a respeito de quais legislações realmente influenciaram, ou não, a elaboração do CP 1890. Independente das influências portuguesas, holandesas, bávaras e italianas¹⁸⁸, duas observações são inequívocas: (i) a relevância do Código anterior, de 1830, como estrutura de base para a nova codificação; (ii) a continuidade de uma orientação jurídica, criminológica e político-criminal vinculada aos postulados da chamada “Escola Clássica”¹⁸⁹ da Criminologia e do Direito Penal. Sobre este último aspecto, vale a pena um maior aprofundamento.

A partir de um levantamento geral das críticas ao Código de 1890 (tido como “o pior código da história”)¹⁹⁰, Alvarez, Salla e Souza observam que a insatisfação com os princípios penais clássicos (no núcleo de inúmeras discussões, como se verá mais a frente, o postulado do livre-arbítrio), revelava a tensão, perpassada ao longo de toda primeira república, entre a necessidade de constituir uma sociedade organizada à luz do contratualismo, alinhando-se às demais nações tidas como “civilizadas”, e as particularidades (desigualdades) históricas, raciais e sociais do contexto nacional¹⁹¹, reinterpretadas como “naturais” do povo brasileiro. Não se tratou, tão somente, de uma “luta” entre escolas, inocentemente intelectual; por certo, a entrada, importação e tradução do positivismo criminológico europeu influenciou decisivamente as críticas ao Código de 1890¹⁹², porém, o que ocorreu foi mais profundo do que isso: foi uma demanda política de ordem, que, vestindo uma indumentária jurídica, se insurgiu contra uma

¹⁸⁷ MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S. Op. cit., p. 91.

¹⁸⁸ Sobre isso, conferir MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S., Op. cit., p. 91-92; BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 449-451; SONTAG, R. Op. cit., p. 182-189.

¹⁸⁹ O termo “Escola Clássica” foi cunhado pelos então representantes da “Escola Positiva” da criminologia, para se referir (e criticar) seus antecessores, defendendo não um estudo metafísico, mas científico do crime e do criminoso, partes da “doença do crime” que deveria ser combatida pelas ciências criminais. Elucidando esta concepção, FERRI, E. *The positive school of criminology: three lectures given at the University of Naples, Italy on April 22, 23 and 24, 1901*, p. 5-10. Na síntese de Pablos de Molina, a assim chamada Escola Clássica era composta de três fundamentos sólidos: (i) a imagem do homem como ser racional, igual e livre; (ii) a teoria do contrato social como fundamento da sociedade civil e do poder; (iii) a concepção utilitária do castigo, não desprovida de apoio ético (MOLINA, A. G. P. *Tratado de criminología*, p. 340).

¹⁹⁰ Em releitura histórica importante, recorda Toledo que Hungria, em conferência proferida na Faculdade de Direito de São Paulo em 1943, ousou discordar do forte repúdio que sofrera aquela legislação, identificando nas críticas menos a seus defeitos e mais à precariedade jurídica da época, “onde a oratória pomposa ocupava o lugar da pesquisa científica e bem orientada” (TOLEDO, F.A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 60-62).

¹⁹¹ ALVAREZ, M. C.; SALLA, F.; SOUZA, L. A. F. *A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República*. p. 8.

¹⁹² SOUZA, A. B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A., Op. cit., p. 38.

legislação que não era harmônica a ela, obstaculizando o controle repressivo de todos os indesejados e inoportunos à nova ordem republicana.

No que se refere à estrutura do delito encampada pelo Código de 1890, primeiro, passa-se brevemente ao momento e contexto histórico da teoria do delito ao tempo do Código nos países centrais.

O grande modelo de delito que passou a vigorar de forma predominante na Europa continental ao final do século XIX e adentrando às primeiras décadas do século XX foi o chamado modelo clássico (ou causalista), cujos expoentes principais foram Franz von Liszt e Ernst von Beling. Esse sistema foi construído sob a influência do positivismo (naturalista), para o qual se considerava “ciência” apenas aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Tudo aquilo referente a “valores” ou “ideias” não era científico, e, assim, dava-se preferência aos conhecimentos emprestados das ciências naturais, da psicologia, física, sociologia, biologia, etc.¹⁹³

Esse sistema era essencialmente objetivo-subjetivo, ancorado no conceito de ação¹⁹⁴, tida como acontecimento causal voluntário (voluntariedade essa expressa na forma de “enervação muscular”). O injusto era a causação física do dano social, e a culpabilidade, sua causação psíquica¹⁹⁵. Apenas em 1906, com a contribuição de Beling na reformulação do entendimento sobre a tipicidade, é que surgiram, integradas e sistematizadas, as quatro categorias centrais do delito: ação típica, antijurídica e culpável¹⁹⁶. Os elementos objetivos se localizavam na ação, tipo e antijuridicidade; os subjetivos, na culpabilidade¹⁹⁷.

Já em relação ao Brasil, por outro lado, a história ocorreu de forma um pouco diversa. Importa notar, primeiro, a nova definição legal de crime trazida pelo Código Penal, em seu artigo 7º: “crime é a violação imputável e culposa da lei penal”; e, segundo, o peso da influência da tradução do Tratado de Franz von Liszt, em dois volumes, por José Hygino, em 1899¹⁹⁸.

¹⁹³ GRECO, L. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin, p. 122.

¹⁹⁴ Na leitura de Raquel Scalcon, a ação humana, no modelo clássico, é o elemento ontológico, oriundo da facticidade, sobre o qual seria possível estruturar a construção teórica do crime, tornando-a sua espinha dorsal, ou sua “pedra angular”. (SCALCON, R. L. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo, p. 17).

¹⁹⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 31.

¹⁹⁶ Ibid, p. 31-32; TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 71.

¹⁹⁷ BUSATO, P. C. *Direito penal*: parte geral, p. 219.

¹⁹⁸ BATISTA, N. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*, p. 117.

Sobre esta obra, Nilo Batista enfatiza que, em primeiro lugar, houve uma adaptação da linguagem de Liszt às opções da linguagem legal brasileira, com adaptações e reformulações entre as ideias em alemão e as expressões em português; e, em segundo lugar, Hygino traduzira um Liszt ainda sem Beling. Isso porque a versão brasileira se assentava sobre a 7ª edição do tratado, que ainda não contava com as contribuições de Beling – este só seria conhecido mais tarde, à exceção provavelmente de Costa e Silva, depois da tradução de Soler, em 1944¹⁹⁹.

De toda forma, Batista anota ainda que, em função do avanço da criminologia positivista no Brasil, o período foi marcado por relativo desinteresse pela investigação jurídica de um conceito analítico de delito; mais do que o delito, o centro das atenções jurídico-penais será o delinquente e as medidas necessárias para sua punição ou contenção²⁰⁰. Juarez Tavares, na mesma esteira, percebe que, nesse momento histórico, a nascente doutrina jurídica brasileira, antes dos comentários de Hungria - à exceção de Galdino Siqueira e Costa e Silva - , era marcada pela preocupação básica de exegese dos textos legais, sem maiores pretensões sistemáticas ou pela formulação de conceitos gerais e abrangentes²⁰¹.

Adentrando agora na disciplina da inimputabilidade por sofrimento psíquico pelo Código Penal de 1890 (que era absoluta, uma vez que o diploma não concebeu nenhuma hipótese de semi-imputabilidade), a doutrina²⁰² aponta que os dispositivos que regularam a matéria foram os parágrafos 2º e 3º do art. 27:

Art. 27. Não são criminosos:

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

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

As consequências jurídicas eram similares àquelas do Código Criminal de 1830, dispostas no art. 29, CP 1890:

¹⁹⁹ Ibid., p. 118.

²⁰⁰ Ibid., p. 116.

²⁰¹ TAVARES, J. *Teorias do Delito*, p. 105.

²⁰² LAMARÃO, F. G. *A cura como pena: uma análise crítica da imputabilidade penal e da resposta punitiva direcionada ao indivíduo com sofrimento psíquico*, p. 64; MURTINHO, R. G. *Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia*, p. 68.

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* (grifo nosso).

Com sutil diferença, o novo diploma vinculou as consequências jurídicas não mais à conveniência pura e simples do magistrado, mas sim, à análise do vago e aberto critério de “segurança do público”. Embora as medidas de segurança não tivessem ainda formalmente nascido naquele momento, o Decreto 1.132/1903, destinado a reorganizar a assistência à saúde mental no Brasil, concebeu juridicamente o manicômio criminal, e o colocou como destino primeiro para os “loucos criminosos” (assim considerados aqueles que perturbassem a “ordem pública” ou a “segurança das pessoas”); em sua ausência – o que perdurou até 1921 com a criação do Manicômio Criminal Heitor Carrilho -, deveriam estes ser colocados em pavilhões em separado em hospícios comuns. É o que se depreende da leitura do art. 11:

Art. 11. Enquanto não possuirem os Estados manicomios criminaes, os alienados delinquentes e os condemnados alienados sómente poderão permanecer em asylos publicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservem.

Vistas as principais normas jurídicas no assunto, passa-se à análise dos discursos dogmáticos daquele período que se debruçaram sobre a inimputabilidade por sofrimento psíquico.

3.2.3.3

Percepções da inimputabilidade por sofrimento psíquico pelo saber jurídico-penal e criminológico republicano: traduções, confluências e disputas

Neste tópico, analisam-se as principais doutrinas penais e a nascente criminologia republicana, e as formas pelas quais se pensou a inimputabilidade por sofrimento psíquico ao tempo do CP 1890, seja no campo jurídico, seja no campo criminológico. Como o que importa para a investigação é a análise mais geral das ideias daquele período, e uma vez que essas ideias não se localizam de forma estanque nos discursos dogmáticos e criminológicos, este estudo é feito não tanto a partir da análise individual de cada autor, mas sim de forma global.

No processo de revisão bibliográfica, ficou claro que os discursos que constituíram essa espécie de inimputabilidade foram estruturados a partir de certos elementos comuns, temas ou

questões-chaves cujas proposições a impactavam diretamente. Foram percebidos os seguintes eixos fundamentais de análise: (i) embates e desconfortos jurídico-penais e processuais de fundo, notadamente no tocante a casos julgados pelo júri; (ii) o debate livre-arbítrio x determinismo e as disputas entre as escolas clássica x positiva; (iii) a identificação e percepção dos inimputáveis por sofrimento psíquico pelos discursos dogmáticos e criminológicos e o então novo critério da temibilidade/periculosidade; (iv) o enquadramento sistemático da imputabilidade na teoria do delito naquele momento; e, por fim, (v) os debates em torno das consequências do art. 29, CP 1890, isto é, da medida ou sanção prevista pelo Código. São estes eixos que se passa a analisar a seguir.

Uma questão político-criminal bastante sensível que tocou a formação dos discursos dogmáticos sobre a inimputabilidade “psi” no Brasil republicano dizia respeito, primeiramente, à inquietação dos juristas, médicos e criminólogos em relação ao tratamento dos inimputáveis por sofrimento psíquico pelo sistema de justiça criminal, sobretudo no que concerne à prática de crimes particularmente graves (como homicídios cometidos por meios brutais ou violentos – os “crimes loucos” ou “crimes sem razão”). Recordava Vasco Smith de Vasconcellos do caso “Custódio Alves Serrão”, famoso homicídio em que o agente, portador de sofrimento psíquico diagnosticado ao seu tempo como “monomania dos perseguidos perseguidores”, matou seu tutor, homem idoso e rico, a tiros de revólver. As absolvições proferidas pelo Júri foram motivo de repúdio pelos jornais e pela comunidade jurídica, e não tardou para que o autor terminasse seus dias internado em um hospício²⁰³.

De modo geral, as críticas ao Tribunal do Júri se resumiam à qualidade de suas decisões, tidas como inferiores, sentimentais, irracionais; à possibilidade de manipulação dos julgamentos; e, principalmente, ao risco de “impunidade” diante de possíveis absolvições de “delinquentes perigosos”²⁰⁴. Dentre autores mais filiados à criminologia positivista, esta linha de crítica é muito mais programática (defesa explícita da extinção do Júri), acentuada e mesmo panfletária, propagandista da escola positiva italiana, como se percebe em Aurelino Leal²⁰⁵ e Viveiros de Castro²⁰⁶.

²⁰³ VASCONCELLOS, V. S. *As dirimentes do Código Penal*, p. 92-93.

²⁰⁴ Severino Prestes, por exemplo, alcinha o Júri de “excrecência jurídica” (PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal*: collecionadas e redigidas por Francisco de Castro Júnior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, p. 12 *Apud* DIAS, R. F. *Pensamento criminológico na Primeira República*: o Brasil em defesa da sociedade, p. 325).

²⁰⁵ Leal chegava a caracterizar o Júri como a principal “fonte criminógena” da legislação penal brasileira da época (LEAL, A. *Germens do Crime*, p. 19), e dedica um capítulo inteiro de sua obra (justamente o primeiro) para a defesa da extinção deste tribunal no Brasil (*Ibid.*, p. 27 e seguintes).

²⁰⁶ Seguindo as mesmas críticas de Leal, VIVEIROS DE CASTRO, A. *A nova escola penal*, p. 217 e seguintes.

Por outro lado, juristas, no campo do direito, tendiam a uma crítica mais pontual, limitados que estavam pelo exercício de exegese da legislação em vigor. Referindo-se ao dispositivo correlato no código criminal de 1830, Costa e Silva afirmava a “pasmosa elasticidade” com que a expressão “loucos de todo gênero” alcançou no Júri²⁰⁷. Nas suas palavras, “*no Brasil inteiro, crimes indefensáveis, reveladores de requintada perversidade, lograram ficar impunes, sob o errôneo e escandaloso fundamento da completa privação de sentidos e de inteligência*”²⁰⁸; afirmação semelhante a de Macedo Soares, que, sublinhando crítica da medicina legal da época, apontava que o art. 27, §4º “*constitue porta aberta e franca para absolvições as mais vergonhosas*”²⁰⁹. Vieira de Araújo, ainda nos comentários ao Código de 1830, apontava que “*a ignorância ou capricho de um jury iletrado não pode servir de obstáculo à decretação de medidas tendentes a melhor assegurar a ordem social e os próprios direitos do louco*”²¹⁰. Por fim, Pedro Lessa²¹¹, no seio da discussão entre livre-arbítrio e determinismo, tecia crítica feroz ao júri, que convém reproduzir:

Na verdade, admitido o livre arbítrio como fundamento da imputabilidade e responsabilidade criminais, a consequência lógica é a absolvição de todos os criminosos alienados, dos loucos de toda espécie, porque lhes falece o livre arbítrio. Tal é o funesto resultado a que frequentemente se chega na aplicação do direito penal pelo jury, que, dominado pelas ideias errôneas da escola clássica sobre a responsabilidade criminal, arrastado pela crescente relaxação de costumes e possuído de um *sentimento maricas, de uma pieguice mórbida e dissolvente*, reenvia anualmente para o seio das sociedades contemporâneas legiões de criminosos da pior espécie, dos mais terríveis, sob o pretexto, fornecido pelo indeterminismo, de que no momento de praticarem o crime, não gozavam da plenitude de sua liberdade moral, condição *sine qua non* da imputabilidade e responsabilidade criminaes²¹².

Complementando, segue o autor:

Nem se diga que o perigo aqui apontado é imaginário; porquanto, os alienados, absolvidos pelo Jury, são internados em hospícios. Isso só se dá nos casos de loucura bem averiguada. Nos de loucura intermitente, e em muitas espécies de monomania, o réu, absolvido, é solto e fica livre²¹³.

²⁰⁷ COSTA E SILVA, A. J. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. I., p. 191.

²⁰⁸ Ibid., p. 191.

²⁰⁹ MACEDO SOARES, O. M. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, p. 78.

²¹⁰ ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada*, p. 235.

²¹¹ Não se afirmava penalista (escrevia no âmbito da filosofia do direito), mas seus escritos no tema o inserem no campo penal e criminológico.

²¹² LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, p. 88.

²¹³ Ibid., p. 90.

Em contrapartida, houve quem ofereceu resistência na defesa da instituição do Tribunal do Júri. Destaca-se Ruy Barbosa, que defendeu com firmeza a inconstitucionalidade das propostas de abolição do Júri, em debate frontal com partidários da escola positiva:

Ora, como, em presença de uma constituição que determina manter o júri, se poderá considerar constitucional uma reforma qualificada pelos seus inspiradores como o primeiro passo para a abolição dele?

Certamente não foi nas doutrinas da “nova escola penal” que se moldou a nossa Constituição republicana. O espírito liberal, que nesta palpita, está no mais acentuado antagonismo com as inspirações daquela. Para nos harmonizarmos com a ciência da criminologia, cujas opiniões se simbolizam nos célebres nomes de Lombroso, Garofalo e Ferri, teríamos de subverter *abi mis fundamentis* as garantias mais respeitáveis do processo penal entre nós, os dados elementares de sua dogmática, favorecendo a ampliação do cárcere preventivo, diminuindo os casos de liberdade provisória, abolindo a publicidade na formação da culpa, cerceando as consequências naturais à presunção constitucional de inocência, mutilando o direito de graça, amesquinhando a anistia, e restaurando a pena de morte.

Rumo oposto ao da constituição, portanto, seguem os que se aproximam das conclusões dessa escola em matéria penal²¹⁴.

Ainda com Ruy Barbosa, este afirmou, categoricamente: “*o júri sempre foi mal visto àqueles que o uso do arbítrio habituou a considerar a justiça como simples manivela do poder*”²¹⁵.

Ainda em relação ao pano de fundo da inimizabilidade por sofrimento psíquico, convém destacar algumas linhas em relação ao debate livre-arbítrio x determinismo, e as disputas entre as escolas clássica e positiva no Brasil. Para este ponto, agrupamos os discursos em dois blocos: primeiro, dos autores mais situados no campo jurídico-penal e dogmático; segundo, dos autores mais afiliados à criminologia positivista.

No campo jurídico-penal, um autor que muito aprofundou e estudou o debate foi Pedro Lessa, em “*O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*”, de 1905. Logo na abertura do trabalho, o autor expôs a pergunta que conduziu todo o desenvolvimento: “*É possível admitir a liberdade moral como fundamento da imputabilidade criminal, independente do livre arbítrio?*”.

Ao longo de uma vasta revisão bibliográfica introdutória acerca das teorias do livre-arbítrio e do determinismo²¹⁶, Lessa fez coro a um argumento bastante comum dentre os

²¹⁴ BARBOSA, Ruy. *A obra de Ruy Barbosa em criminologia e direito criminal: seleções e dicionário de pensamentos*. Introdução do Prof. Roberto Lyra, p. 164.

²¹⁵ Ibid., p. 166.

²¹⁶ LESSA, P. Op. cit., p. 3-44.

deterministas, qual seja, de que o *determinismo não seria fatalismo*²¹⁷, isto é, que esta doutrina não sustentaria a inevitabilidade do agir humano no mundo; muito ao contrário, em Lessa, observa-se uma interpretação determinista que enfatizava a possibilidade de determinação ou de motivação do ser humano a partir de estímulos externos²¹⁸.

Discorrendo sobre os conceitos de imputabilidade e responsabilidade criminais, para verificar sua compatibilidade como o determinismo psíquico, Lessa, em um primeiro momento, influenciado por Ortolan, descreveu a imputabilidade como a “possibilidade de imputar”, tendo por finalidade “ajustar as contas” com a pessoa por seu ato voluntário, fazendo-a sofrer as consequências más do ato praticado ou gozar das consequências boas da ação, quando merecido o prêmio²¹⁹.

Lessa percebeu que a imputabilidade era ligada à responsabilidade, entendida como “a obrigação de responder ao apelo e suportar as consequências”²²⁰. Para que fosse possível imputar um ato ao agente, seria necessário que ele tivesse procedido com culpa, sendo assim, imputabilidade, culpabilidade e responsabilidade categorias inseparáveis; as duas últimas, consequências diretas, imediatas da imputabilidade²²¹.

Notável, porém, o salto teórico que Lessa ofereceu ao perceber que a discussão relativa à imputabilidade demandava uma análise da própria fundamentação e justificação da pena. É bem verdade que Tobias Barreto foi o pioneiro que primeiro abriu este percurso; porém, Barreto o fizera em duas obras distintas, publicadas em sequência. Lessa, a seu turno, trouxe a discussão da pena para dentro da imputabilidade:

sendo assim, não podemos formar um conceito satisfatório acerca da imputabilidade, sem conhecermos bem o que é a responsabilidade, e não podemos formar uma ideia exata acerca da responsabilidade sem termos noções precisas a respeito da pena, especialmente sobre os fins da pena²²².

²¹⁷ Ibid., p. 5.

²¹⁸ “Importa muito lembrar que as ideias aqui sustentadas não nos levam de modo algum à conclusão do fatalismo, a saber, que nada devemos fazer no sentido de melhorar as condições da vida humana. Pelo contrário, do que temos escrito deriva necessariamente este corolário: aproveitando-nos dos conhecimentos científicos, conhecendo as leis a que está subordinado o homem, individual e socialmente considerado, podemos frequentemente intervir na produção dos fenômenos, de acordo com a teoria do determinismo.” (LESSA, Pedro. Op. cit., p. 40-41).

²¹⁹ Ibid., p. 45.

²²⁰ Idem, ibidem.

²²¹ Ibid., p. 46.

²²² Ibid., p. 49.

Acerca dos fundamentos e finalidades da pena, Lessa deixou claro, concordando com Adolphe Prins, que “as únicas teorias admissíveis no período contemporâneo da ciência do direito penal são as que consideram o direito de punir, não como um direito absoluto, mas como um direito relativo de defesa social e de proteção social”²²³. A emenda seria um “fim accidental” da pena, uma vez que, dadas as classes de delinquentes categorizados pela criminologia positivista da época, a correção do delinquente deveria ser buscada quando fosse possível²²⁴. De toda forma, a pena seguiria constituindo um estímulo à formação da vontade do sujeito²²⁵.

Procurando responder se, caso aceita a teoria determinista, seriam negadas a imputabilidade e responsabilidade criminais, Lessa esforçou-se justamente no sentido oposto. Influenciado por autores como von Liszt, Prins e a escola positiva italiana (Ferri e Garofalo), Lessa avançou que, em realidade, o livre-arbítrio é que negaria a imputabilidade e responsabilidade criminais, uma vez que, na ausência de fatores de motivação da vontade do sujeito (que por nada se determinaria a não ser por si próprio), a punição deste seria incompreensível²²⁶, e os fins da pena, irrealizáveis²²⁷.

Por outro lado, a explicação determinista conceberia melhor a imputabilidade, uma vez que a própria imputação passaria a depender da análise da pessoa do delinquente e a forma com que formou sua vontade (ex: contexto social, antecedentes, etc.)²²⁸. A partir da necessidade de defesa social que inspiraria o direito penal, o determinismo avaliaria a pessoa do delinquente, seja para afastá-lo da sociedade, ou para neutralizá-lo, a partir de sua temibilidade (conceito que Lessa toma de préstimo de Garofalo)²²⁹.

Desdobramento lógico de suas considerações é que, uma vez admitido o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade e responsabilidade criminais, a consequência seria, como já apontado anteriormente em relação às críticas ao júri, a “absolvição de todos os criminosos alienados, dos loucos de toda a espécie, porque lhes falece o livre-arbítrio”²³⁰. Ao contrário, a

²²³ Ibid., p. 53. Ainda, Lessa: “o direito de punir é uma necessidade, instrumento de conservação social, que é fim remoto e último da pena” (Ibid., p. 54). Radicalizando a função de defesa social, Lessa não descartava uma função de neutralização (extermínio) dos “anormais”, a fim de “impossibilitá-los para a prática do crime, processo de seleção artificial aplicável a todos os criminosos incorrigíveis” (Ibid., p. 58, p. 92-93).

²²⁴ Ibid., p. 57.

²²⁵ Ibid., p. 58.

²²⁶ Ibid., p. 59-72.

²²⁷ Ibid., p. 86.

²²⁸ Ibid., p. 79.

²²⁹ Ibid., p. 86-87.

²³⁰ Ibid., p. 88.

partir do determinismo, Lessa é explícito ao defender, em princípio, a eliminação dos alienados criminosos, uma vez que integrariam a classe dos antissociais; apenas por exceção, uma vez que os instrumentos de repressão variariam de acordo com a natureza particular dos delinquentes, estes deveriam ser condenados aos asilos ou manicômios criminais²³¹.

Interessante observar como Lessa concebia o manicômio criminal como um híbrido entre uma prisão e um hospital, com pouco apelo a uma retórica terapêutica, asilar ou tutelar. A “punição asilar” do louco criminoso era sustentada por razões meramente securitárias, e as medidas tomadas em relação a ele eram afirmadas como “verdadeiras penas”²³².

Por fim, curioso perceber como, paradoxalmente, Lessa chegava a articular sua argumentação com alguma sensibilidade social (algo como um positivismo criminológico social ou “de esquerda”). Vale transcrever:

Uma afirmação atribuída ao determinismo psychico, a qual muito irrita o vaniloquente sentimento de justiça do autor de *O crime e A pena (grifo do autor)*, é a que nos apresenta os pobres, os ignorantes, os indivíduos privados de educação moral, os deserdados da sociedade, os desclassificados de todas as classes, como os mais perigosos membros da sociedade, o seminário de que saem os delinquentes (...). Quanto mais pobre é um homem, conclue o energúmeno indeterminista (...) tanto mais perigoso é ele, e tanto mais severamente deve ser punido. (...). Erro manifesto! Não se punem mais severamente o pobre, o ignorante, o mal educado, os que são vítimas da miséria material, ou moral, e cometeram crimes, impelidos por motivos a cuja acção não estão expostas as classes superiores da sociedade. Pelo contrario, quando se averigua que um delinquente foi levado a transgredir a lei penal, não por tendência innata, por anomalias incuráveis, mas por motivos a que não pode resistir – pelo facto de não lhe ter a sociedade ministrado os meios de resistência, a pena deve ser atenuada, segundo o determinismo psychico, porque em tal hypothese é possível a emenda ou correcção do réu, ao passo que no caso do crime perpetrado por quem dispõe dos indispensáveis meios económicos, e recebeu a necessária educação moral e intelectual, e que por isso mesmo revela um character mais temível, tudo nos leva ao emprego da eliminação perpetua, ou pelo menos mais prolongada, do delinquente. (...) Devemos empregar todos os meios para diminuir, ou eliminar, se possível, as desigualdades económicas e as desigualdades intellectuaes e Moraes. É esse um meio eficaz para reduzir a criminalidade²³³.

Como nota João Roorda, Lessa não citava Lombroso, e sua obra, como um todo, é uma afirmação da defesa social como finalidade da pena e do determinismo, sendo sua argumentação “original e completamente independente da escola positiva”²³⁴. Respeitosamente, pensamos

²³¹ Ibid., p. 89-90.

²³² Ibid., p. 90-92. As razões (políticas) de defesa social são, também e principalmente, afirmadas por parte dos setores da medicina da época. “Da vítima ninguém mais se lembra”, afirmava o dr. Franco da Rocha no mesmo ano, sendo citado por Lessa (Ibid., p. 90-91).

²³³ Ibid., p. 112-113.

²³⁴ ROORDA, J. G. L. *Os vadios de Santana: o controle penal da vadiagem no início do século XX na Cidade do Rio de Janeiro*, p. 48.

que, se de um lado, Lessa não converteu sua obra em um mero panfleto positivista, sendo, nesse aspecto, original, por outro lado, não deixava de buscar influências externas, sobretudo de Ferri e Garofalo, não sendo, neste ponto, autêntico.

Com relação aos autores “manualistas” (porque notabilizados em seus manuais e tratados sobre direito penal), houve certa tendência de filiação ao livre-arbítrio e ao indeterminismo. Costa e Silva, ao apresentar o debate, simplesmente identificava o livre-arbítrio como a doutrina ainda mais aceita, evitando maiores aprofundamentos²³⁵, posição similar à de Galdino Siqueira, que assentava a imputabilidade no livre-arbítrio, de forma ainda mais conformista com a opção do legislador penal brasileiro²³⁶ e de Macedo Soares, que também optava pelo indeterminismo, sem maiores considerações²³⁷. Vasco Vasconcellos buscou um caminho do meio, admitindo um livre-arbítrio relativo, em que pese a influência de von Liszt²³⁸. Dentre outros autores mais simpáticos ao indeterminismo figuraram Lima Drummond²³⁹; Severino Prestes²⁴⁰; José de Camargo Aranha²⁴¹ e Filinto Bastos²⁴².

Não obstante, dentre o setor mais simpático ao determinismo, João Vieira de Araújo, por exemplo, em suas obras mais dogmáticas, simplesmente partiu da premissa determinista, abandonando completamente o livre-arbítrio, porém, desprovido de apelos consequentialistas ou de defesa social²⁴³: a opção determinista aparece como decorrente da “evolução científica” de seu tempo²⁴⁴, tendência que seguiu José Hygino ao prefaciá-la sua tradução de von Liszt,

²³⁵ COSTA E SILVA, Op. cit., p. 132-133; p. 137. Vale destacar, ainda, como Costa e Silva divergiu abertamente de Lessa no tocante à relação entre imputabilidade e as teorias da pena, notadamente a teoria da prevenção geral negativa (intimidação). Para aquele, tornar a imputabilidade dependente dos fins da pena seria verdadeira inversão de princípios básicos do direito penal, uma vez que provaria o delinquente, com seu ato, a ineficácia da pena. Costa e Silva pensava ser suficiente a crença popular na liberdade humana como fundamento suficiente da imputabilidade (*Idem*, p. 136).

²³⁶ SIQUEIRA, G. *Direito Penal Brasileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. I, p. 295-298.

²³⁷ MACEDO SOARES, Op. cit., p. 61.

²³⁸ VASCONCELLOS, V. S. de. Op. cit., p. 14-15.

²³⁹ VIANNA, P. D. *Direito criminal*: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro *Apud* DIAS, Rebeca Fernandes, Op. cit., p. 281.

²⁴⁰ Severino Prestes, por exemplo, alcinava o Júri de “excrecência jurídica” (PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal*: collecionadas e redigidas por Francisco de Castro Júnior, p. 61 *Apud* DIAS, R. F., Op. cit., p. 325-326.

²⁴¹ ARANHA, J. M. *Preleções de Direito Criminal*, p. 85, 145-150, *Apud* DIAS, R. F., p. 330, 332.

²⁴² BASTOS, F. *Breves Lições de Direito Penal*: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia, p. 112 *Apud* DIAS, R. F., p. 360-361.

²⁴³ O que nem sempre marcou sua trajetória intelectual, em que encontramos momentos, notadamente no início de seu percurso (ainda na vigência do CCrim 1830), em que o autor se aproximou mais do indeterminismo (DIAS, R. F., Op. cit., p. 202).

²⁴⁴ ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro*: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada, p. 57.

inadmitindo soluções de meio-termo²⁴⁵. Também foram deterministas Esmeraldino Bandeira²⁴⁶; Octavio Hamilton Tavares Barreto²⁴⁷ e Ulisses Falcão Vieira²⁴⁸.

Dentre os autores filiados à criminologia, a opinião que prevalecia era no sentido do determinismo. Aurelino Leal, logo na introdução de sua obra, já iniciava a partir do determinismo²⁴⁹, no que foi acompanhado por Clóvis Beviláqua²⁵⁰, Cândido Motta²⁵¹ e Viveiros de Castro, para quem o livre-arbítrio era uma “perigosa ilusão”, sobre a qual, caso fundada a responsabilidade penal, seriam deixados impunes uma “vasta classe de criminosos perigosos”²⁵².

Especial atenção merece Nina Rodrigues²⁵³, que articulava uma visão assumidamente racista²⁵⁴ na compreensão da imputabilidade. Em sua obra mais importante no tema, “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*”, que Rodrigues chamou de “simple ensaio de psicologia criminal brasileira, destinado a ser profundamente retocado”²⁵⁵, o autor buscou revisar a categoria conceitual da imputabilidade a partir de um profundo recorte racial e racista.

Discorrendo longamente sobre a construção histórica da imputabilidade, Rodrigues concluiu que ela foi concebida pela escola clássica e, uma vez prevista na legislação penal, demandaria, como pressuposto, um alto grau de homogeneidade racial e social do povo²⁵⁶.

Em crítica à “conciliação impossível” que teria tentado Barreto entre o determinismo e o livre-arbítrio, argumentava Nina Rodrigues na mesma linha positivista já abordada: a

²⁴⁵ PEREIRA, J. H. D. *Prefacio do Traductor*. In: VON LISZT, F. *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. LXVII-LXXVII.

²⁴⁶ BANDEIRA, E. *Sentenças Indeterminadas*, p. 39, *Apud* DIAS, Rebeca Fernandes, Op. cit., p. 293.

²⁴⁷ BARRETO, O. H. T. *Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife*, p. 71-72, *Apud* DIAS, R. F., Op. cit., p. 305.

²⁴⁸ VIEIRA, U. F. *O criminoso e a repressão penal*, p. 353, 1929 *Apud* DIAS, R. F. Op. cit., p. 368.

²⁴⁹ LEAL, A. Op. cit., p. V.

²⁵⁰ BEVILÁQUA, C. *Criminologia e Direito*, p. 29-32.

²⁵¹ MOTTA, C. *Classificação dos criminosos*. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo, p. 24, 36, *Apud* DIAS, R. F. Op. cit., p. 336.

²⁵² VIVEIROS DE CASTRO, A. *A nova escola penal*, p. 35-36.

²⁵³ Cumpre indicar, por todos, o estudo aprofundado de Luciano Góes (GOÊS, L. *A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*), que analisa minuciosamente a obra completa de Nina Rodrigues, sendo assim, de importante referência.

²⁵⁴ De certo que Nina Rodrigues foi o autor mais emblemático; porém, cumpre elencar, também, Phaelante Câmara (CÂMARA, P. *Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica*, p. 101, *Apud*, DIAS, R. F. Op. cit., p. 296-297) e Severino Prestes (Ibid., p. 323-327).

²⁵⁵ RODRIGUES, N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 26.

²⁵⁶ Ibid., p. 29-47. “(...)que, portanto, perante as conclusões tanto da sociologia, como da psicologia moderna, o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal, só se pode discutir sem flagrante absurdo, quando for aplicável a uma agremiação social muito homogênea, chegada a um mesmo grau de cultura mental média” (Ibid., p. 50).

consequência do indeterminismo seria a impunidade²⁵⁷. O autor identificava a necessidade de uma escolha trágica: ou punir sacrificando o princípio do livre-arbítrio, ou respeitar esse princípio, em detrimento da segurança social²⁵⁸.

A linha de raciocínio de Rodrigues era, em resumo, a seguinte: uma vez que a inimputabilidade era devida a defeitos biopsicológicos na forma com que o sujeito compreendia a ilicitude de sua conduta, considerando as diferenças, superioridades e inferioridades entre as raças, o passo seguinte seria admitir, considerando a influência destas diferenças constitutivas entre os sujeitos, que indivíduos pertencentes a raças inferiores teriam menor capacidade de compreender a ilicitude e, por isso, em princípio, deveriam ser punidos de forma atenuada ou mesmo absolvidos. Este seria o caso dos negros e dos povos originários, os quais, “em estado selvagem, tem direitos incontestáveis a uma responsabilidade atenuada”²⁵⁹, e, da mesma forma, alguns mestiços²⁶⁰.

Entretanto, por razões de pura política criminal e defesa social, Rodrigues não apenas se conformou com as disposições clássicas do CP 1890, como as defendeu explicitamente:

Por mais dura e iniqua que para os nossos hábitos mentais de hoje possa parecer esta defesa social pela aplicação absoluta dos princípios da escola clássica, sem a menor atenção aos modificadores da imputabilidade, em todo caso repousa por enquanto sobre esta aplicação a garantia da ordem social no país²⁶¹.

Esta conformação de Nina Rodrigues merece atenção redobrada. O autor afirmou, em síntese, que a escola clássica tendia a “imputabilizar” os sujeitos (alargar o rol de imputáveis), e assim, punir indistintamente, sem considerar as diferenças individuais, raciais e sociais. Contudo, esse nivelamento, para Rodrigues, por mais que desigual, se prestava a garantir a ordem social: ou seja, era conveniente e útil. É possível perceber em sua obra que os sujeitos tidos como racial e socialmente inferiores seriam dotados de certa periculosidade de fundo, e, portanto, em relação a estes, a pena excedente exerceria função de defesa social. Nina Rodrigues, que, aparentemente, iniciou sua argumentação buscando ser mais “benevolente” em relação aos que considerava inferiores, na verdade, não foi capaz de esconder seu autoritarismo

²⁵⁷ Ibid., p. 70.

²⁵⁸ Ibid., p. 73.

²⁵⁹ Ibid., p. 130.

²⁶⁰ Ibid., p. 141. Nem todos os mestiços mereceriam responsabilidade atenuada. Isso porque Rodrigues subdividia os mestiços em “superiores”, que seriam plenamente responsáveis; os mestiços “evidentemente degenerados”, dentre os quais alguns seriam total, e outros, parcialmente responsáveis; e os mestiços “comuns”, com responsabilidade atenuada (Ibid., p. 165-168).

²⁶¹ Ibid., p. 171-172.

racista, uma vez que aproveitou do classicismo, oportunisticamente, a pena excedente que decorreria da imputabilização dos sujeitos, justificável que era à luz do perigo que estes sujeitos ofereceriam à ordem social²⁶².

Também em relação a mulheres defendeu-se uma responsabilidade atenuada ou diminuída, por sua alegada condição de gênero. É certo que foi Tobias Barreto um dos primeiros (e poucos) a cogitar esta possibilidade, mas o fez considerando única e exclusivamente o princípio da igualdade, inadmitindo que a mulher fosse considerada plenamente capaz para fins penais, se não o era em sua vida civil²⁶³. O penalismo e a criminologia positivista da República Velha, contudo, seguiram caminhos diferentes. Dentre os autores que vislumbraram a questão, mesmo que subscrevendo Tobias, Vasco Vasconcellos²⁶⁴ e, de outra forma, Augusto Olympio Viveiros de Castro sustentam a atenuação da responsabilidade penal da mulher não em termos de desigualdade jurídica, mas de desigualdade (inferioridade) biopsicológica, proveniente da alegada constituição orgânica distinta da mulher, de tendências e comportamentos inerentes ao estereótipo machista do feminino (fragilidade, fraqueza, menor inteligência, impulsividade, etc.)²⁶⁵.

Ao fim e ao cabo deste longo debate, sagrou-se amplamente vencedor no Brasil republicano o determinismo, ainda que em tons relativos, concebendo certa margem de liberdade ao indivíduo. Percebe-se que este embate entre escolas de pensamento foi muito mais do que uma disputa meramente acadêmico-científica, politicamente desinteressada. O que sobressai é o desconforto jurídico e criminológico entre demandas políticas de ordem, de controle social, que não eram suficientemente atendidas pela ordem jurídica disponível naquele momento. Assim, o debate brasileiro jurídico-penal e criminológico do livre-arbítrio e do determinismo foi menos um debate abstrato sobre compreensões da liberdade humana, e muito mais um debate político sobre como melhor “defender a sociedade” - ou seja, como controlar os desviantes e resistentes à nova ordem e estrutura social de maneira eficaz e eficiente.

Em relação à compreensão do que fosse considerado sofrimento psíquico (cuja fonte principal foi a contribuição de Krafft-Ebing), há de se ressaltar a crítica uníssona da doutrina à infeliz expressão adotada pelo CP 1890, que descreveu seus efeitos como “*privação completa*

²⁶² A mesma crítica pode ser feita a Severino Prestes, que, ao invés de sugerir a responsabilização equiparada como solução “conformista”, a propôs explicitamente, comparando os “indivíduos das raças inferiores” aos “criminosos natos” (PRESTES, S. Op. cit., p. 85 *Apud* DIAS, R. F., Op. cit., p. 327).

²⁶³ BARRETO, T. *Menores e loucos*, p. 35-39.

²⁶⁴ VASCONCELLOS, V. S. Op. cit., p. 18-19.

²⁶⁵ DIAS, R. F. Op. cit., p. 243-244.

dos sentidos”, algo que só acometeria o cadáver²⁶⁶. Costa e Silva afirmava mais, como visto anteriormente, que tal disposição acarretava em absolvições de crimes “indefensáveis, reveladores de requintada perversidade”²⁶⁷. A origem histórica do equívoco estaria numa pequena alteração do dispositivo, que, antes de sua publicação oficial, falava em *perturbação* dos sentidos e da inteligência, e, posteriormente, se referiu à completa *privação*²⁶⁸. Nos questionários do Júri, a disposição era oferecida aos jurados nos exatos termos da lei penal; posteriormente, com o Decreto n. 4.780/1923, em seu art. 38, foi determinada interpretação no sentido de ler *privação* como significando *perturbação*²⁶⁹.

No que se refere ao critério da temibilidade, definido por Garofalo²⁷⁰, este foi largamente importado e adotado, salvo pontuais exceções²⁷¹, como principal parâmetro de compreensão não apenas da responsabilidade penal, mas do próprio direito penal como um todo, como visto em Lessa e Nina Rodrigues (neste, de forma implícita). Um jurista que se destacou por aderir

²⁶⁶ SIQUEIRA, G. *Direito Penal Brasileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. I., p. 371; COSTA E SILVA, A. J. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. I, p. 189-190; MACEDO SOARES, O. M. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, p. 76-77.

²⁶⁷ COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 191. De fato, o dispositivo era tão aberto que dava margem, na verdade, a situações completamente distintas entre si, abarcando desde “estados de embriaguez completa não procurada”, “bofetadas em represália a graves insultos”, “o homicídio da recém-casada por seu marido tê-la encontrada desvirginada”, o “pai que assassina o sedutor da filha” e os antigamente denominados “uxoricídios” (hoje, feminicídios). (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 285).

²⁶⁸ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 371-372.

²⁶⁹ Ibid., p. 371-372.

²⁷⁰ Em suas palavras, a temibilidade seria a “ativa e constante perversidade do agente e a quantidade de dano a ser apreendida dele, ou, em outras palavras, sua capacidade para o crime” (tradução nossa) (GAROFALO, R. *Criminology*, p. 303.)

²⁷¹ Importante recordar a resistência oferecida, em um primeiro momento, por Karl Binding, que, apegando-se extremamente a um positivismo jurídico normativista, lançou argumentos fulminantes contra o juízo de periculosidade. Vale transcrever por inteiro suas palavras: “Quando os sociólogos consideram o delito em sua consequência social danosa, se encontram próximo de analisá-lo como sintoma da periculosidade social de seu autor. Este aparece, portanto, como perigoso para o futuro. Este juízo de perigo é ditado pela sociedade cuidando de sua futura segurança: é um juízo de medo. Porém, perigosos podem ser talvez os alienados em maior medida do que os que gozam de saúde mental. A grande bipartição jurídica dos seres humanos é derrubada! É óbvio que assim a responsabilidade não pode desempenhar papel algum. A chamada responsabilidade social de Ferri não é responsabilidade. A imputabilidade, a culpabilidade e a pena de culpabilidade se encontram perdidas irremissivelmente. O chamado culpável se transforma em um perigoso sem culpa. Entretanto, contra sua periculosidade, a sociedade deve se assegurar, e o fará com sua intervenção policial no lugar da judicial, ainda que assinala ao mal reputado com o nome de medida policial com a antiga dignidade da pena, ocultando assim seu horror ao leigo ignorante, a possibilidade de reconhecer sua quebra radical com o conceito histórico jurídico. E por certo que o pobre tem muito mais motivo para se aterrorizar diante dos que lutam contra a periculosidade do que contra os perigosos, quer dizer, diante dos supostos criminosos!” (tradução nossa) (BINDING, K. *Die normen und ihre Übertretung*, p. 462-464 Apud ZAFFARONI, E. R. *Introducción*. In: BINDING, K.; HOCHÉ, A. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, p. 16-17). Ao final de sua vida, já em um contexto mais próximo à ascensão dos ideais nazistas, Binding mudou de posição, assumindo tacitamente a visão perigosista ao sustentar a morte de pessoas que, em sua percepção, mereceriam morrer pelo argumento de que suas vidas, em contextos como doenças incuráveis – principalmente mentais – e estados terminais, “não teriam valor de vida”. Sobre isso, BINDING, K.; HOCHÉ, A. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*.

largamente à temibilidade foi João Vieira de Araújo²⁷². Já Costa e Silva adotava a temibilidade de forma mais pontual²⁷³, como também o fizeram Galdino Siqueira²⁷⁴; Macedo Soares²⁷⁵; Lima Drummond²⁷⁶; Esmeraldino Bandeira²⁷⁷; Gervásio Ferreira²⁷⁸; Filinto Bastos²⁷⁹ e Ulisses Falcão²⁸⁰.

A criminologia positivista, por sua vez, adotou o critério em peso²⁸¹, valendo destacar o caso peculiar de Clóvis Beviláqua, o qual, apesar de também manejar o critério da temibilidade²⁸², não o localizava no louco criminoso (divergindo de Lessa, neste aspecto):

Si o individuo é, porém, um louco ou um doente, o dever não existe para elle, nem também a responsabilidade. Improficuas serão todas as penas em tal caso, como correcção e como intimidação. Mas também não é este o verdadeiro criminoso. O verdadeiro criminoso, penso, é o que tem errado ou enfraquecido, quasi nullo mesmo, o senso moral, a noção de dever. É neste meio que a sociedade intervem para levantar as energias que ameaçam desfallecer ou vão desfalecendo²⁸³.

Em relação à discussão dogmática da localização topográfica da imputabilidade na estrutura do conceito analítico de delito, as linhas mestras foram as mesmas, tanto da tradição imperial anterior, como dos sistemas teóricos europeus (italiano e alemão, principalmente), que inseriam a imputabilidade no estrato da ação (ou conduta), conceituada, a partir da influência de Von Liszt, como pressuposto ou capacidade para a culpa (antecedendo a análise do dolo e da culpa)²⁸⁴, salvo raras e pontuais exceções, como Galdino Siqueira, para quem a imputabilidade consistia em elemento autônomo na estrutura do delito, inserida entre a ação ou omissão e a culpabilidade (dolo e culpa)²⁸⁵.

²⁷² ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada*, p. 57.

²⁷³ COSTA E SILVA, A. J. da. Op. cit., p. 223-225.

²⁷⁴ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 296.

²⁷⁵ MACEDO SOARES, O. M. Op. cit., p. 96 e s.

²⁷⁶ DIAS, R. F. Op. cit., p. 265-267.

²⁷⁷ Ibid., p. 290.

²⁷⁸ Ibid., p. 302-303.

²⁷⁹ Ibid., p. 362.

²⁸⁰ Ibid., p. 371.

²⁸¹ LEAL, A. Op. cit., p. 138; VIVEIROS DE CASTRO, A., Op. cit., p. 23;

²⁸² BEVILÁQUA, C. Op. cit., p. 32-33. Vale apontar que Beviláqua não era partidário de um positivismo biologicista puro. Em verdade, o autor, de forma bastante autêntica e original, foi um dos primeiros a se insurgir contra a escola positiva neste aspecto, entendendo o delito e o delinquente a partir de uma ótica social, como fenômenos sociais, a demandarem a análise, também, da sociologia e das ciências sociais (Ibid., p. 20 e p. 49).

²⁸³ Ibid., p. 48.

²⁸⁴ Sendo crime “a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais”, a culpa tinha por pressuposto a imputabilidade (COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 48; p. 132).

²⁸⁵ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 153. Para este, a imputabilidade seria o “laço moral que permite referir a acção ou omissão ao agente, e consistente na vontade intelligente e livre”.

Por último, há de se analisar o discurso jurídico-penal e criminológico em torno do art. 29 do CP 1890.

Interessa perceber, como já destacado, que, apesar do Decreto 1.132/1903 conferir os primeiros contornos da assistência de saúde mental do Brasil, prevendo a criação de manicômios criminais (destinos específicos para o “louco criminoso”), o primeiro estabelecimento desta natureza nasceu na capital apenas em 1921 – o Manicômio Criminal Heitor Carrilho, cujo nome foi uma homenagem ao seu médico fundador²⁸⁶. Trata-se de um dado extremamente relevante, uma vez que nos ajuda a compreender boa parte da inquietude jurídico-penal em torno das medidas consideradas adequadas aos inimputáveis por sofrimento psíquico.

Neste momento, defendeu-se em peso o manicômio criminal. Autores mais filiados à criminologia faziam coro às ideias estrangeiras²⁸⁷, ressaltando Aurelino Leal, que, extremado, cogitou também de um “asylo perpétuo para os menores afetados de tendências criminosas obstinadas ou de loucura moral”²⁸⁸.

Dentre os juristas mais situados no campo jurídico-penal, o manicômio foi amplamente aceito, como em Lima Drummond²⁸⁹, Phaelante Câmara²⁹⁰; Gervásio Ferreira²⁹¹ e Filinto Bastos²⁹². João Vieira de Araújo, embora nos últimos instantes de vigência do Código Criminal de 1830, já chamava o manicômio criminal de “avantajado triunfo para as ideias positivas”²⁹³, e não tinha nenhuma dúvida em visualizá-lo como “verdadeiro cárcere, embora de natureza especial”²⁹⁴, uma aproximação que não era feita em tom de crítica, mas, sim, aparentemente, de elogio, em função das razões de defesa social para a sociedade (temibilidade) e para o próprio estabelecimento, que justificariam a segregação dos loucos criminosos dos demais alienados. Esta aproximação conceitual entre prisão e manicômio seria compartilhada posteriormente por

²⁸⁶ Sobre ele, conferir SANTOS, A. L. G.; FARIAS, F. R. *Criação e extinção do primeiro Manicômio Judiciário do Brasil*, p. 515-527.

²⁸⁷ Como, por exemplo, Viveiros de Castro, que, embora não utilize a expressão exata, se refere aos asilos em geral. Isto poderia sugerir, erroneamente, que o autor defendesse pura e simplesmente a irresponsabilidade do louco criminoso; contudo, dadas suas considerações a respeito da temibilidade, legítimo concluir que o autor se inseriu dentre os propagandistas destas novas ideias, soluções e estabelecimentos penais. (Id. Op. cit., p. 385-386).

²⁸⁸ LEAL, A. Op. cit., p. 291.

²⁸⁹ DIAS, R. F. Op. cit., p. 281.

²⁹⁰ Ibid., p. 297.

²⁹¹ Ibid., p. 304.

²⁹² Ibid., p. 362.

²⁹³ ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada*, p. 230

²⁹⁴ Ibid., p. 232; posteriormente, Vieira de Araújo insiste: “não são asylos comuns; são sub-rogados do patíbulo e do cárcere; são prisões” (Idem, ibidem).

Pedro Lessa²⁹⁵, a despeito de Costa e Silva e Galdino Siqueira, que, embora tivessem enquadrado o manicômio criminal como estabelecimento com natureza parcialmente penal, evitaram uma vinculação tão radical à pena²⁹⁶.

Outros manualistas fizeram defesas e exposições semelhantes, destacando o “atraso” da legislação brasileira em relação ao resto do mundo²⁹⁷. Galdino Siqueira destacava ainda a mudança sutil do artigo 29 em relação ao mesmo dispositivo no Código anterior, uma vez que não mais seria o arbítrio do juiz a definir o recolhimento do louco criminoso, mas sim a “segurança do público”²⁹⁸. Esta necessidade (política) de defesa social, atribuída ao manicômio, era tão forte que Vieira de Araújo chegou a sustentar, em completo desprezo à coerência dogmática e jurídico-penal, a punição penal de inimputáveis psíquicos como se imputáveis fossem, em penitenciárias, diante da ausência de manicômios criminais no Brasil²⁹⁹.

Naquele momento, não era uma possibilidade remota ou inviável a reforma do direito penal brasileiro para um direito positivista inteiramente de medidas³⁰⁰, e houve mesmo quem sustentasse punições iguais tanto para imputáveis como para inimputáveis, em razão da necessidade de defesa social e da mesma temibilidade que pudessem apresentar, o que foi rechaçado por Clóvis Beviláqua:

(referindo-se a Kraepelin) Sem querer precipitar a discussão, não me é possível deixar de ponderar que o raciocínio de Kraepelin, aliás *commum a todos os escriptores da mesma eschola*, é palpavelmente falso. Certo a sociedade tem necessariamente de reagir contra a acção perigosa, seja de um irresponsável seja de um indivíduo de consciência firme e lúcida. Mas reagirá por modo diverso. Acaso nós nos defendemos de um desastre natural, de uma enchente, de um naufrágio, de um incêndio, pelos mesmos processos que empregamos quando atacados pelas feras bravias? Para estas não há meios de intimidação e de illusão que são de todo inapplicaveis aos *phenomenos da natureza inanimada*? E igualmente, quando a sociedade se defende contra as

²⁹⁵ LESSA, P. Op. cit., p. 89-94.

²⁹⁶ Costa e Silva afirma ser a consequência do art. 29 uma “medida de segurança”, mas não lhe dá a carga e contorno conceitual devida, e não a aproxima explicitamente da pena (Id., Op. cit., p. 220). Galdino Siqueira chama os manicômios judiciais de “*asylos prisões*”, visualizando-o de forma híbrida (Id., Op. cit., p. 399). Apesar de não ser penalista declarado, vale trazer Ruy Barbosa, minoritário, que parecia destacar o aspecto médico-terapêutico das sanções a inimputáveis psi: “*não nos devemos absorver na preocupação de dar exemplos, ferindo indiscriminadamente criaturas, a cujo respeito a humanidade nos aconselha o tratamento dos hospitais*” (BARBOSA, R. Op. cit., p. 247).

²⁹⁷ COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 220-227; SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 398-400; MACEDO SOARES, O. Op. cit., p. 84.

²⁹⁸ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 398.

²⁹⁹ ARAÚJO, J. V. *O estupro violento*. Esboço theorico do art. 222 do Código Criminal. A gênese anthropologica do delicto, p. 11 *Apud* SONTAG, R. *Código criminológico?* Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899), p. 61.

³⁰⁰ Na tentativa de profetização de Nina Rodrigues: “a psiquiatria moderna amplia todos os dias os seus domínios, a todo o instante dilata ella a mais e mais o campo de acção das causas attenuantes ou dirimentes da responsabilidade. E basta reflectir um instante sobre a marcha sempre crescente do prestigio da freniatria legal, do meio para o fim do presente século, para se concluir que, com o actual systema de repressão, em época pouco remota, há de estar infallivelmente satisfeito o *desideratum* – asylo em vez de prisão –, dos tão mal vistos *pathologos do crime* (RODRIGUES, N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*, p. 71).

agressões do louco usa de expedientes diversos dos que emprega em relação ao homem de mente sã³⁰¹.

Ao longo da República Velha, portanto, a principal novidade jurídico-penal que amadureceria em termos teóricos e práticos (principalmente a partir do partir dos projetos de Código Penal de Galdino Siqueira de 1913 e de Virgílio de Sá Pereira, de 1927, influenciados pelos estudos de Stooss, Von Liszt e pelo então Projeto Rocco)³⁰², até vir à luz definitivamente em 1940, seriam as medidas de segurança. Entretanto, convém indagar acerca do grau de conhecimento da realidade da aplicação das sanções a inimputáveis que atravessava o campo jurídico. Quanto, exatamente, conheciam (ou queriam conhecer) os juristas a respeito da realidade dos internos e da medida que viriam apenas alguns anos mais tarde a inaugurar no direito brasileiro?

De fato, a interpretação da “realidade psi” absorvida pelos juristas era quase que inteiramente aquela defendida pela medicina psiquiátrica do seu tempo, saber defendido pelos profissionais do campo, no alto da autoridade do saber médico, reproduzida de forma irrefletida em suas obras. Porém, um elogio feito por Costa e Silva aos manicômios criminais, mais especificamente o hospital de Barbacena (Colônia), fundado em 1903, merece destaque:

O estado de Minas possui um estabelecimento especial, em Barbacena, recentemente inaugurado, do qual, em mensagem presidencial, se disse: -“é, no gênero, um instituto sem igual no país, pela amplitude de seu programma, pelos cuidados de ordem technica que presidiram á sua construção e pelo moderno aparelhamento das suas diversas secções”³⁰³.

Costa e Silva publicou estas considerações em 1930. Razoável presumir que estas palavras tenham sido escritas, possivelmente, alguns meses ou anos antes da publicação final. De toda forma, já na década de 1930, sabia-se (não de forma tão noticiada ou visibilizada pela mídia) da superlotação impressionante deste estabelecimento: um local inicialmente projetado para acolher 200 pacientes contava, naquele momento, com pelo menos 5.000³⁰⁴. De fato, um instituto “sem igual” no país.

³⁰¹ BEVILÁQUA, C. Op. cit., p. 27.

³⁰² FERRARI, E. R. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, p. 33. Como recorda Virgílio de Mattos, a notícia de primeira codificação da medida de segurança teria ocorrido no código penal norueguês de 1902 (art. 39), tendo sido “copiada” a solução pelo código argentino de 1921 e pelo Código Rocco de 1930. (MATTOS, V. *Crime e psiquiatria. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, p. 82).

³⁰³ COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 226.

³⁰⁴ ARBEX, D. *Holocausto brasileiro*, p. 26.

Ressalvado este talvez descuidado, mas sinistro elogio de Costa e Silva externado na reprodução em seu manual daquela mensagem presidencial, convém destacar a quase completa cegueira ou conivência do discurso jurídico-penal para com a trágica realidade manicomial que começava a se apresentar no Brasil republicano.

No que diz respeito aos “incurrigíveis”, aos delinquentes para os quais nem as penas nem o manicômio criminal seriam suficientes, a solução proposta por parcela dos autores no campo jurídico-penal brasileiro não poderia ser mais simples e objetiva: eliminação. Pedro Lessa o propôs expressamente, com esta exata palavra³⁰⁵; Vieira de Araújo sugeriu pena perpétua ou de morte, enunciando a segunda como solução num debate travado no Congresso, onde, perguntando-se “qual pena que poderia ser aplicada ao criminoso que passa por ser extraordinariamente temível, como é o assassino instintivo”, afirmou que esta pena somente não seria aplicada por um sentimento por ele chamado de “filantropia mal entendida”³⁰⁶; conformando-se com a proscrição da segunda pela Constituição brasileira, passou defender a primeira³⁰⁷.

Na literatura, porém, houve quem pensou e percebeu diferentemente, ainda que suas vozes só tenham reverberado na atualidade. No que hoje seria considerado um ótimo exemplo de “convict criminology” (“criminologia do condenado”), Lima Barreto, narrando suas experiências internado entre 1919 e 1920, apresentou a realidade e a lógica manicomial em detalhes, criticando a noção de loucura³⁰⁸ e a operacionalidade comum entre poder médico e poder punitivo, em trecho que merece destaque:

A polícia, não sei como e por quê, adquiriu a mania das generalizações, e as mais infantis. Suspeita de todo o sujeito estrangeiro com nome arrevesado; assim os russos, polacos, romaicos são para ela forçosamente caftens; todo cidadão de cor há de ser por força um malandro; e todos os loucos hão de ser por força furiosos e só transportáveis em carros blindados³⁰⁹.

³⁰⁵ LESSA, P. Op. cit., p. 89; p. 92.

³⁰⁶ ARAÚJO, J. V. *A Constituição Federal e as Sciencias Penaes*: Discurso pronunciado no Congresso Nacional na Sessão de 28 de Janeiro de 1891, p. 17.

³⁰⁷ Id., *Código Penal Commentado theorica e praticamente*, p. 231 Apud DIAS, R. F. Op. cit., p. 232.

³⁰⁸ “Que dizer da loucura? Mergulhado no meio de quase duas dezenas de loucos, não se tem absolutamente a impressão geral dela. Há, como em todas as manifestações da natureza, indivíduos, casos individuais, mas não há ou não se percebe entre eles uma relação de parentesco muito forte. Não há espécies, não há raças de loucos; há loucos só” (BARRETO, L. *Diário do Hospício; O cemitério dos vivos*, p. 55); “todas essas explicações da origem da loucura me parecem absolutamente pueris. Todo problema de origem é sempre insolúvel; mas não queria já que determinassem a origem, ou explicação; mas que tratassem e curassem as mais simples formas. Até hoje, tudo tem sido em vão, tudo tem sido experimentado; e os doutores mundanos ainda gritam nas salas diante das moças embasbacadas, mostrando os colos e os brilhantes, que a ciência tudo pode” (*Idem*, p. 55).

³⁰⁹ *Idem*, p. 143-144.

Assim, encerra-se a República Velha. Os fervores políticos e as demandas de ordem deste regime fizeram-se sentir no direito penal, na criminologia e nos debates acerca da inimputabilidade por sofrimento psíquico e do leque de medidas à disposição do Estado para punição e/ou tratamento de “(in)corrigíveis”. De um lado, tratavam-se de saberes e ciências que acabavam de chegar e se desenvolver em nosso país, com legítimas aspirações de aperfeiçoamento de nossa sociedade, compreensíveis desde aquele contexto; mas, de outro, seus discursos jurídicos, criminológicos e médico-psiquiátricos foram desenvolvidos de forma absolutamente comprometida com pretensões (políticas) de defesa social e controle/neutralização dos indesejados.

Já o contexto político, social e econômico subjacente ao Código de 1940 será radicalmente distinto: a chegada ao poder de Getúlio Vargas, os flertes e influências de regimes autoritários e suas legislações, e os primeiros esboços de um estado interventor de cunho social trariam mudanças que seriam percebidas tanto em relação às normas jurídico-penais, como em relação à teoria jurídico-penal e criminológica subjacente, mais ainda no que concerne aos inimputáveis psi.

3.2.4

O Código Penal de 1940 e a introdução das medidas de segurança

Diante da vasta produção bibliográfica já existente sobre o Código Penal de 1940, o estudo é empreendido a partir de uma análise sucinta em relação a cinco pontos: (i) aspectos essenciais do novo modelo de estado construído ao longo da Era Vargas, buscando compreender o contexto político, econômico e social da época; (ii) o pensamento dogmático jurídico-penal e criminológico ao tempo do novo Código; (iii) a estrutura geral da nova legislação; (iv) a disciplina da inimputabilidade por sofrimento psíquico e das medidas de segurança pelo Código de 1940; e, por fim (v) breves notas acerca das reformas (e tentativas de reformas) ocorridas entre 1940 e 1984.

Finalizando estas considerações introdutórias, merece destaque, ainda que breve, a Consolidação das Leis Penais de 1932. Oficializada pelo Decreto 22.213/1932, cuja relatoria e trabalho se deveu ao então desembargador Vicente Piragibe (“um magistrado sem qualquer

compromisso com 1930”, na observação de Batista e Zaffaroni³¹⁰), ela nada mais foi do que uma compilação e organização sistemática entre o CP 1890 com a legislação extravagante da época, buscando maior segurança jurídica³¹¹. Por isso, não encarnou ruptura alguma com as ideias anteriores.

3.2.4.1

Do “Estado Gendarme” a um Estado Interventor: uma breve introdução à Era Vargas

Se a passagem do Império à República foi um “passeio”, uma ruptura à qual assistiu o povo “bestializado”³¹², definitivamente não se pode dizer o mesmo em relação à queda da República Velha.

A estabilidade política da República Oligárquica, na leitura de Lilia Schwartz, era garantida por três pilares fundamentais: (i) o empenho dos governos estaduais em manter conflitos políticos confinados à esfera regional; (ii) o reconhecimento por parte do governo federal da plena soberania dos estados no exercício da política interna e; (iii) pela manutenção de um processo eleitoral notoriamente fraudulento, a despeito dos mecanismos políticos que tentavam controlar as disputas locais³¹³. Clientelismo político, a chamada “política dos governadores”, os currais eleitorais, a “política do café com leite”, o coronelismo, enfim, todas as principais marcas políticas estruturais deste período histórico já são suficientemente conhecidas e estudadas, bastando apontá-las brevemente³¹⁴.

São diversos os fatores que levam à “Revolução de 1930” e, conseqüentemente, ao fim da República Velha. Dentre eles, convém destacar que se formava no Brasil, ao longo dos anos 1920, um grande “barril de pólvora”, social, político e econômico. As tensões e conflitos sociais com o surgimento dos primeiros movimentos operários; o tratamento da questão social como “caso de polícia”; a chegada e expansão das ideologias socialistas, comunistas, fascistas, anarquistas e o nascimento dos primeiros partidos com estas bandeiras; o esgotamento das engrenagens político-partidárias dominantes, abrindo margem aos movimentos tenentistas (em

³¹⁰ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 463.

³¹¹ PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 76.

³¹² DEL PRIORE, M.; VENANCIO, R. *Uma breve história do Brasil*, p. 211.

³¹³ SCHWARTZ, L. M. *Sobre o autoritarismo brasileiro*, p. 81.

³¹⁴ Sobre elas, SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, p. 112-113.

cujas linhas encontravam-se ideologias tanto à esquerda como à direita); e, por último, o impacto da crise econômica de 1929, compõem o momento bastante conturbado pelo qual passava o país naquele momento³¹⁵.

A chegada de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, marca o início do que se convencionou chamar de “Era Vargas”, dadas as peculiaridades e impacto de sua liderança. Dentre os períodos desta Era, caracterizada por um governo provisório (1930-1934), um interlúdio constitucional bastante frágil (1934-1937) e um governo autoritário marcado no Estado Novo (1937-1945), nos interessa mais especialmente o último, tendo em vista o berço de nascimento do CP 1940.

De modo geral, o contexto subjacente ao Código de 1940 era expresso pelo populismo político varguista; por um estado interventor de cunho social, estado forte, que assumiu para si diversas obrigações e iniciativas nas esferas econômica, previdenciária, social – o que não havia antes, recebendo a conhecida crítica de Hungria ao “estado gendarme” republicano³¹⁶; e pelo autoritarismo. Sobre este último, importa maior aprofundamento.

Como Batista e Zaffaroni apontam, é uma simplificação grosseira reduzir a Era Vargas a elementos autoritários, em particular, relativamente ao caráter ditatorial do Estado Novo³¹⁷; de fato, os avanços sociais e a forma com que o período varguista tratou as questões sociais e criminais não são desimportantes.

Entretanto, no campo das ideologias políticas de notável influência no período, sobressaem significativos elementos de autoritarismo. Para os fins aqui propostos, basta indicar que a referência à expressão é feita considerando suas quatro possíveis (e não conflitantes) dimensões: (i) abuso de autoridade; (ii) regime político, em que direitos e garantias individuais são gravemente violados; (iii) ideologia política que nega a igualdade entre as pessoas, estabelecendo a hierarquia e a obediência como princípios reitores da sociedade; (iv) autoritarismo psicológico-social, no sentido de personalidades ou mentalidades autoritárias³¹⁸.

No que se refere ao autoritarismo enquanto ideologia política, Ricardo Silva identifica Azevedo Amaral, Oliveira Vianna, Alberto Torres e Francisco Campos como integrantes do núcleo do pensamento autoritário brasileiro. Este pensamento é composto pelos seguintes

³¹⁵ NEVES, M. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, p. 184; FAUSTO, B. *História do Brasil*, p. 253-280.

³¹⁶ Comparado por Hungria “a um guarda noturno modorrento, que só desperta a um rumor mais alto e se limita a soprar no seu apito assustadiço e inócuo” (HUNGRIA, N. *O direito penal no Estado Novo*, p. 265-272, *Apud* BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit., p. 459).

³¹⁷ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit., p. 461

³¹⁸ FRAGOSO, C. F. *Autoritarismo e sistema penal*, p. 64-65.

traços: (i) catastrofismo, no sentido de que a sociedade brasileira estaria em permanente “crise”; (ii) cientificismo e tecnocracia, um governo de técnicos e especialistas; (iii) elitismo, no qual o povo é incapaz de participar da política; (iv) nacionalismo político; (v) antiliberalismo, colocando o Estado no centro da vida social e política, e não o indivíduo; (vi) pensamento antidemocrático, já que a democracia conduziria necessariamente ao caos e à desordem³¹⁹.

Visto o contexto da época, passa-se aos discursos jurídico-penais e criminológicos do período.

3.2.4.2

O “estado da arte” do saber jurídico-penal e criminológico ao tempo do CP 1940

Do ponto de vista das ciências criminais, o contexto do novo Código encarnava, de um lado, continuidades, e de outro, aparentes rupturas.

A criminologia do período seguia, ainda de forma predominante, um paradigma etiológico, causalista, no marco do positivismo criminológico, cujas principais fontes eram alemãs (von Liszt) e italianas (Garofalo, Ferri, Lombroso). Na América Latina e no Brasil, os anos 20, 30 e 40 do século XX conheceram seus primeiros Congressos de Criminologia, em que a influência europeia continental era muito forte, sobretudo nas discussões em relação à positivação do critério de temibilidade na legislação penal, à classificação dos delinquentes (principalmente os “habituais”), os limites entre medicina, psiquiatria e direito, a personalidade do criminoso, eugenia, entre outros temas³²⁰. Brevemente, vale destacar certa influência da criminologia nazista (por todos, Mezger) na América Latina³²¹ e, em particular no Brasil, sobretudo na obra de Aníbal Bruno – ao menos na sua tese sobre periculosidade no direito penal, de 1937³²².

Até que ponto este saber criminológico teve influência decisiva no Brasil, e, em especial, no CP 1940, é objeto de controvérsia. De um lado, Cristina Rauter observa que um dos elogios conferidos ao Código de 1940 foi justamente o de ter incorporado as inovações trazidas pela

³¹⁹ GLOECKNER, R. J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, volume I, p. 98-106; sobre isso, SILVA, R. *Sociologia política e ideologia autoritária*, p. 103-128.

³²⁰ DEL OLMO, R. *A América Latina e a sua Criminologia*, p. 195-216.

³²¹ Sobre o saber criminológico produzido no e pelo nazismo, por todos, FRAGOSO, C. F. Op. cit., p. 207-214.

³²² BRUNO, A. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*; por um estudo minucioso da obra de Aníbal Bruno, em especial, nas suas contribuições no campo da culpabilidade, BUSATO, P. C. *A culpabilidade por condução de vida na obra de Aníbal Bruno*, p. 79-108.

criminologia do seu tempo – sendo as principais o critério da periculosidade e as medidas de segurança -, ainda que com certo atraso em relação a outras legislações³²³. Em sentido diverso, Batista e Zaffaroni verificam que, em razão da consolidação do tecnicismo jurídico, a criminologia positivista começava a cair em descrédito, relegando-se aos espaços das faculdades de medicina, laboratórios, manicômios e penitenciárias; um dos principais adversários teóricos e metodológicos desta criminologia (em que pese certa reverência, sim, aos seus ensinamentos), foi Nelson Hungria³²⁴.

Seja como for, fato é que a criminologia ao tempo do Código de 1940 manteve alguma continuidade com o saber produzido anteriormente, e sua influência não é desimportante. Uma diferença notável, porém, é que ideias mais explicitamente racistas (como as de Nina Rodrigues), em particular, nas ciências criminais brasileiras, começaram a perder força. A Era Vargas foi também marcada por uma mudança de paradigma na forma de se pensar a questão racial no Brasil, em razão do surgimento do chamado “mito da democracia racial”, o qual, em brevíssima síntese, sustenta o mito de um país construído pela integração harmônica de povos e raças através da incorporação e miscigenação, em que o racismo figura meramente como ato excepcional de preconceito individual, e, assim, os problemas de desigualdade e justiça social de nosso país seriam muito mais problemas de renda, educação ou cultura, do que de racismo³²⁵. Texto bastante significativo e emblemático neste sentido, que explicita esta mudança, é da lavra de Nelson Hungria – ainda que escrito nos anos 1950, mas dentro do contexto geral do CP 1940 -, o qual rejeitou frontalmente os discursos criminológicos de inferiorização do negro no Brasil, adotando um discurso aparentemente apaziguador de democracia racial – mas, ainda assim, racista - no seio das ciências criminais³²⁶.

No tocante à psiquiatria da época (saber bastante imbricado com a produção criminológica), viveu-se grande euforia e entusiasmo. Os anos 30 foram o período de descobertas do choque insulínico, do choque cardiazólico, da eletroconvulsoterapia (ECT) e das lobotomias³²⁷, além da grande influência de ideias e práticas eugênicas, racistas,

³²³ RAUTER, C. *Criminologia e subjetividade no Brasil*, p. 67-70.

³²⁴ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit., p. 463-464; sobre isto, SERRA, C. H. A. *As ideias jurídicas de Roberto Lyra e Nelson Hungria: 1937-1964*, p. 175-184.

³²⁵ A bibliografia neste ponto é bastante vasta. De toda forma, enunciam-se PIRES, T. R. O. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meios de legitimação do controle social dos não reconhecidos*, p. 103-104; FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*, p. 74-76; SCHWARTZ, L. M., Op. cit., p. 11-26; DUARTE, E. P. *Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil*, p. 72-83.

³²⁶ HUNGRIA, N. *A criminalidade dos homens de cor no Brasil*. (conferência pronunciada no “Centro de Estudos de Medicina Social”, em 24 de março de 1950), p. 273.

³²⁷ AMARANTE, P. *Asilos, alienados, alienistas: uma pequena história da psiquiatria no Brasil*, p. 78.

homofóbicas, ainda muito divulgadas pela Liga Brasileira de Higiene Mental (que encerrou suas atividades após a segunda guerra mundial, em 1947, data da última edição da sua publicação *Arquivos Brasileiros de Higiene Mental*)³²⁸. Nos anos 40 e 50 houve ampliação do recurso ao asilamento e o aparecimento dos primeiros neurolépticos, mas, ao mesmo tempo, começavam no Brasil, ainda de forma pontual e marginal, as primeiras experiências de reforma psiquiátrica, como as comunidades terapêuticas, a psicoterapia institucional, psiquiatria de setor, preventiva e comunitária, antipsiquiatria, psiquiatria democrática, dentre outras³²⁹. Protagonista brasileira mais importante nesta época, e com propostas muito avançadas para seu tempo foi Nise da Silveira, a qual chegou a ser presa por suas ideias e práticas terem sido associadas à subversão e ao comunismo³³⁰.

Em relação à dogmática jurídico-penal, o momento do CP 1940 foi marcado pelo auge do tecnicismo jurídico-penal, proposta teórica e metodológica cujo mais autorizado representante foi Arturo Rocco. Com matrizes que remontam ao positivismo jurídico de Karl Binding e ao positivismo sociológico (ou naturalista) de von Liszt, o tecnicismo jurídico-penal estabelecia que o direito positivo seria o único objeto de estudo próprio do saber penal, cujo método de construção do saber envolvia três técnicas de investigação jurídica: (i) exegética; (ii) dogmática e (iii) crítica. Tratava-se de uma escola que se pretendia intermédia ou conciliadora entre a herança jusnaturalista da escola clássica e a herança criminológica da escola positiva. Na verdade, a marca distintiva do tecnicismo foi menos de ruptura com as escolas anteriores, e muito mais a autonomização e destaque da dogmática jurídico-penal (mantendo a roupagem jurídica básica herdada dos postulados do liberalismo penal), colocando a criminologia como saber secundário e auxiliar naquilo que seria objetivo comum desta com aquela: a “luta contra o crime”³³¹. Dentre os mais destacados representantes desta escola no Brasil está Nelson Hungria³³²; no entanto, vale anotar que nos primeiros debates brasileiros acerca do tecnicismo

³²⁸ COSTA, J. F. *História da psiquiatria no Brasil: um corte ideológico*.

³²⁹ AMARANTE, P. Op. cit., p. 79.

³³⁰ Sobre Nise da Silveira, conferir sua biografia disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Nise_da_Silveira/>, acesso em 10 abr. 2020; no cinema, o filme “O coração da loucura” (2016). Em relação a trabalhos acadêmicos sobre Nise da Silveira, por todos, MAGALDI, F. S. *A Unidade das Coisas: Nise da Silveira e a genealogia de uma psiquiatria rebelde no Rio de Janeiro, Brasil*; MELO, W. *Nise da Silveira e o campo da Saúde Mental (1944-1952): contribuições, embates e transformações*, p. 30-52.

³³¹ ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 85-108; GOMES, M. G. M. *O tecnicismo jurídico e sua contribuição ao direito penal*, p. 178-191; destacando as raízes autoritárias do tecnicismo jurídico, GLOECKNER, R. J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, volume I, p. 219-259; conferir também SERRA, C. H. A. *As revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964*, p. 207-252.

³³² SONTAG, R. *Código e Técnica: A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria*, p. 73; também Oscar Stevenson e Madureira de Pinho, como observa Nilo Batista (BATISTA, N. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*, p. 123). Nem mesmo Heleno Fragoso, no início

e da identidade das ciências criminais, representados na *Revista de Direito Penal* no início dos anos 30, a produção de Rocco não foi tão influente quanto a de von Liszt, tendo aquele alcançado mais popularidade apenas posteriormente³³³.

No que se refere ao grau de complexidade e desenvolvimento técnico-científico da dogmática jurídico-penal ao tempo do CP 1940, o país em que este nível se elevou mais foi a Alemanha. Como recorda Christiano Fragoso:

No início da década de 1930, a ciência do direito penal alemão já havia atingido notável nível de elaboração teórica. Basta dizer que a antijuridicidade e a culpabilidade já haviam sido separadas (por obra de Rudolph von Ihering quanto ao direito civil em 1867, posteriormente introduzida no direito penal por Franz v. Liszt), o tipo penal já havia sido teoricamente elaborado por Ernst Beling (desde 1906, e com reformulações em 1930) e subjetivizado (pelas contribuições de Otto Fischer, de August Hegler, de Max Ernst Mayer e de Edmund Mezger), a teoria da culpabilidade já havia sido profundamente modificada (pelas sucessivas colaborações de Reinhard Frank, de James Goldschmidt, e de Bertold Freudenthal), a culpa *stricto sensu* já havia sido conceituada como violação de cuidado objetivo (por colaboração de Karl Engisch), e em 1931, a teoria finalista da ação aparecia incipiente (em artigo de Hans Welzel)³³⁴.

Se nos países centrais, portanto, o modelo de delito que começava a se desenhar era de ordem neokantiana e normativista, no Brasil dos anos 1930 e 1940, a teoria do delito ainda era predominantemente causalista, na linha do modelo Liszt-Beling³³⁵. Juarez Tavares, por exemplo, observa que Hungria não chegou elaborar um sistema, fixando-se nos postulados iniciais da formulação de Liszt e Beling, tendo sido, isto sim, Aníbal Bruno quem efetivamente teria proposto um conjunto harmônico de ideias gerais sobre o conceito de delito, em sintonia com aquele modelo; contudo, atualizou sua obra incorporando os elementos subjetivos do injusto e uma concepção normativa de culpabilidade³³⁶ (herdada de Mezger).

3.2.4.3

“Uma vela à Carrara e outra a Ferri”? Breves notas gerais sobre o CP 1940

de sua trajetória, se apartou desta orientação, como se evidencia, por exemplo no seu *Direito Penal e Criminologia*: “o único método possível de estudo da dogmática jurídica é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato” (FRAGOSO, H. C. *Direito Penal e Criminologia*, p. 185).

³³³ PRANDO, C. C. M. *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, p. 141-144.

³³⁴ FRAGOSO, C. F. *Autoritarismo e sistema penal*, p. 132.

³³⁵ BATISTA, N. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*, p. 123. Pontuais exceções são verificadas nas obras de Roberto Lyra e Frederico Marques (*Ibid.*, p. 124).

³³⁶ TAVARES, J. *Teorias do delito*, p. 105-106.

É bastante conhecida a frase escrita na história por Francisco Campos e estampada na Exposição de Motivos do CP 1940: (referindo-se ao Código de 1890) “Com o atual Código Penal, nasceu a tendência a reformá-lo”. De fato, a caminhada até o CP 1940 foi longa: em 1893, João Vieira de Araújo apresentou projeto de reforma ao CP 1890, que foi acrescido de dois substitutivos, um do próprio autor, e outro, da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que fracassa. Em 1913, tivemos o Projeto Galdino Siqueira, que sequer chegou a ser objeto de consideração legislativa. Em 1927, veio o Projeto Sá Pereira, submetido a comissão revisora composta pelo próprio autor, além de Evaristo de Moraes e Bulhões Pereira, sendo apresentado em 1935, aprovado na Câmara dos Deputados, chega ao Senado, mas foi muito criticado na Conferência de Criminologia no Rio de Janeiro, em 1936. Em 1937 adveio o Estado Novo, no qual incumbiu-se a Alcântara Machado (USP) a tarefa de elaborar projeto de Novo CP. Seu nascimento formal se deu em 1938, tendo sido entregue ao governo em abril de 1940; o Ministro Francisco Campos então convoca Comissão Revisora, composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga. Hungria solicitou, ainda, a participação à distância de Costa e Silva, que aceitou o convite. Em dezembro de 1940, nasce o CP 1940: Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942. Antes, promulgou-se a Lei de Introdução ao CP 1940 através do Decreto-Lei nº 3.914 de 9 de dezembro de 1941³³⁷.

Sabe-se a polêmica e o ressentimento que existiram entre Alcântara Machado e os integrantes da Comissão Revisora: esta fora convocada a portas fechadas, sem conhecimento de Machado, e efetuou mudanças substanciais no projeto original, tema que, para os fins do presente trabalho, não convém aprofundar³³⁸. Importa destacar as influências teóricas, criminológicas, metodológicas e político-criminais do CP 1940, o direito comparado em relação ao qual se inspirou, suas inovações, elogios e críticas, e o que representou, efetivamente para o direito brasileiro.

Como analisado acima, o CP 1940 encarnou a cultura jurídica e criminológica de seu tempo: o tecnicismo jurídico-penal e a criminologia positivista, ambos radicados principalmente na Itália (Rocco) e Alemanha (von Liszt). Ambos os discursos (dogmático e

³³⁷ Mais detalhes deste percurso histórico em TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 62-64; BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 470; PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 77-81.

³³⁸ Sobre isto, conferir Alcântara Machado, que, dentre outras acusações, afirmou ser o resultado final (o substitutivo) “profunda e visceralmente desumano” (MACHADO, A. *Para a história da Reforma Penal Brasileira*, p. 32); BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit., p. 470-472; WOLKMER, A. C. *História do direito no Brasil*, p. 158-159.

criminológico) foram concretizados e “conciliados” normativamente no Código, razão pela qual Francisco Campos, na Exposição de Motivos, anotou que os postulados clássicos fariam ‘causa comum’ com os princípios da escola positiva, ao que Magalhães Noronha forneceu a famosa metáfora das velas (“acende uma vela a Carrara e outra a Ferri”³³⁹), confluindo em um mesmo sentido: a “luta contra o crime”, a defesa social.

As inspirações legislativas e de direito comparado assumidas pelo CP 1940 foram, precipuamente, o Código Rocco de 1930³⁴⁰; o projeto argentino de Jorge E. Coll e Eusébio Gomez, de 1937; os Códigos dinamarquês de 1930; cubano e romeno, ambos de 1936; mexicano de 1931; o projeto francês de 1934 e o Código polonês de 1932. Muito superficialmente o CP 1940 retomou dispositivos do Projeto Sá Pereira, mas, suas fontes foram, sobretudo, estrangeiras³⁴¹. Apesar dessas influências, é afirmação recorrente na historiografia do CP 1940 ser este bastante autêntico, reflexo de uma cultura jurídica nacional (nas palavras de Hungria)³⁴², merecedor de moção de aplauso no 2º Congresso Latino-Americano de Criminologia, por sua estrutura, técnica e adiantadas instituições³⁴³.

Com Assis Toledo, a grande novidade trazida pelo CP 1940 foi a introdução e a disciplina das medidas de segurança, adotando-se o sistema duplo binário, de acordo com o modelo italiano³⁴⁴. Como um todo, o CP 1940 representou o grande eixo programático da criminalização do estado previdenciário³⁴⁵: o sistema penal desenhado por ele pautava-se na busca da realização dos ideais correccionistas de ressocialização, reinserção, cura, próprios do modelo político-criminal de “penal welfare”³⁴⁶ em voga naquela quadra histórica.

Por fim, mais do que entender os aspectos aparentes ou explícitos do CP 1940, deve-se compreender que esta legislação encarnou ambições para além do mero aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal, ou mesmo da realização do projeto de estado social interventor da Era Vargas. O CP 1940, mais do que qualquer outra legislação anterior, desenhado por seus

³³⁹ NORONHA, E. M. *Direito penal, volume 1: introdução e Parte Geral*, p. 62. Pierangeli discorda da análise de Magalhães Noronha, pois vê no CP 1940 maiores concessões ao positivismo do que à escola clássica. (PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 81).

³⁴⁰ Sua grande influência se deve, também, ao fato de que, ao tempo inicial de sua vigência, o número de delitos registrados na Itália decresceu consideravelmente. Este resultado foi atribuído ao Código Rocco, que, por essa razão, foi muito elogiado. (MACHADO, A. *O projeto do Código Criminal perante a crítica*, p. 48).

³⁴¹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit., p. 470-472.

³⁴² Ibid., p. 472.

³⁴³ TOLEDO, F. A. Op. cit., p. 64.

³⁴⁴ Idem, ibidem.

³⁴⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit., p. 481.

³⁴⁶ Sobre o chamado “welfarismo penal”, conferir GARLAND, D. *Punishment and welfare: a history of penal strategies*; Id., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*.

relatores e revisores, teve a pretensão de mudar e inovar radicalmente na forma de identificar, compreender, lecionar e se pensar as ciências criminais no Brasil. Ele buscou promover mudanças radicais na nossa cultura jurídica. Sairia de cena o jurista eloquente, o “advogado de júri”, que falaria com a emoção e as paixões aos jurados, e entraria o jurista dogmático, fiel à lei escrita e à técnica jurídica (tão fundamental ao regime do Estado Novo que a legislação do regime se valeu do expediente das comissões técnicas e de especialistas renomados para impor, desde cima, o direito). O arquétipo de operador do direito pensado em 1940 passaria a ser o “sóbrio”, “imparcial”, “neutro”, “objetivo” e “racional” juiz togado; o tecnicismo jurídico firmaria o método dogmático como o único método para interpretação e ensino do saber penal, que visaria à melhor realização e aplicação prática da lei penal; tudo isso sem prejuízo da colaboração auxiliar e secundária dos saberes criminológicos, médicos, sociológicos, etc.³⁴⁷.

3.2.4.4

Sobre a inimputabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança no CP 1940: os arranjos entre direito penal e psiquiatria

Para enfrentar a questão jurídico-penal relativa à estrutura e desdobramentos conceituais da inimputabilidade por sofrimento psíquico e dos contornos teóricos e normativos das medidas de segurança inaugurados pela legislação de 1940, a análise feita a seguir leva em conta os seguintes itens: (i) a polêmica entre livre-arbítrio e determinismo; (ii) os conceitos de responsabilidade, imputabilidade e a concepção da inimputabilidade por sofrimento psíquico; (iii) a problemática relativa à semi-imputabilidade; (iv) os dispositivos e a dinâmica de aplicação das medidas de segurança e sua relação com a periculosidade; e, por fim, (v) os fundamentos e finalidades das medidas de segurança tal como elaborados pelo discurso jurídico-penal dominante à época.

As polêmicas relativas à existência e relevância da liberdade moral para o direito penal começaram a encontrar seu declínio, sobretudo a partir da promulgação do CP 1940. O anteprojeto de Alcântara Machado era silente no tema, sendo que em sua Exposição de Motivos apenas pontuou, relativamente às medidas para inimputáveis, que “a sociedade se defenderá contra todos quantos infringjam a lei penal”³⁴⁸, não havendo qualquer referência ao debate em

³⁴⁷ SONTAG, R. *Código e Técnica: A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei* em Nélson Hungria.

³⁴⁸ MACHADO, A. *Projeto do Código Criminal brasileiro*, p. 209.

trabalhos posteriores³⁴⁹. Aníbal Bruno, na sua tese de livre-docência, *Perigosidade Criminal* (1937), pareceu desprezar a discussão, proclamando que o “livre-arbítrio, a responsabilidade moral, perderam todo sentido no estudo do crime”³⁵⁰, centrando-se nas consequências da teoria do estado perigoso para a defesa social, fossem os sujeitos imputáveis ou não³⁵¹. Na Exposição de Motivos do CP 1940, também se relegou o debate a segundo plano, admitindo-se relativamente e *a priori* o postulado da liberdade moral, como mero pressuposto de edificação do direito, em citação que merece ser transcrita:

Ao direito penal como às demais disciplinas práticas, não interessa a questão, que transcende à experiência humana, de saber se a vontade é absolutamente livre. A liberdade da vontade é um pressuposto de todas as disciplinas práticas, pois existe nos homens a convicção de ordem empírica de que cada um de nós é capaz de escolher entre os motivos determinantes da vontade e, portanto, moralmente responsável.

Galdino Siqueira, no seu Tratado de Direito Penal (1947), mudando sua posição anterior mais simpática ao livre-arbítrio, se declarou “agnóstico” em relação ao tema, adotando como fundamento da imputabilidade a “teoria da normalidade”, a qual, desenvolvida por Liszt, prescindia do debate, caracterizando a imputabilidade como a “capacidade de se conduzir socialmente, isto é, de observar uma conduta que responda às exigências da vida coletiva dos homens no Estado”³⁵². Néelson Hungria seguiu a mesma percepção, afirmando, em mais de uma ocasião, que “tanto é profissão de fé afirmar o livre-arbítrio quanto negá-lo”³⁵³.

No que toca às categorias conceituais propriamente ditas, o CP 1940, em seu art. 22 e seguintes, referiu-se à imputabilidade a partir de uma categoria mais ampla, a *responsabilidade*, de acordo com sua negativa:

Da responsabilidade

Art. 22. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução facultativa da pena

³⁴⁹ Respectivamente, seus artigos “O Projeto de Código Criminal perante a crítica”; e “Para a história da Reforma Penal Brasileira”.

³⁵⁰ BRUNO, A. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, p. 12.

³⁵¹ Ibid., p. 20-25; p. 35-36. O autor retoma esta linha de raciocínio em seu tratado de direito penal, no capítulo de imputabilidade (primeira edição de 1956): “A opinião mais segura é no sentido de considerar-se o assunto (o debate livre-arbítrio x determinismo) estranho ao direito penal. O seu domínio próprio é o da filosofia” (grifo nosso) (BRUNO, A. *Direito penal, parte geral*. V. 1, Tomo 2º, p. 40-41).

³⁵² SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I., p. 402-404.

³⁵³ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Tomo II, p. 322; HUNGRIA, N. *Direito penal e criminologia*, p. 9.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de 18 anos

Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Na lição de Hungria, responsabilidade referia-se à “existência dos pressupostos psíquicos pelos quais alguém é chamado a responder penalmente pelo crime que praticou”, a “obrigação de responder penalmente *in concreto* ou de sofrer a pena por fato determinado”³⁵⁴; imputabilidade era “a capacidade de direito penal ou abstrata condição psíquica da punibilidade”³⁵⁵. O autor rejeitava qualquer distinção entre os vocábulos, que poderiam ser utilizados tanto em um como em outro sentido³⁵⁶. Talvez por seu apego a um sistema causalista do delito, Hungria afirmou que “lexicamente, imputabilidade refere-se mais à *ação* (ou omissão) do que ao *agente*”³⁵⁷. É curioso, porém, que o autor não tenha aprofundado mais esta intuição dogmática nos Comentários, conformando-se em desdobrar a imputabilidade apenas em relação ao agente.

A Exposição de Motivos afirmou ter seguido, relativamente à inimputabilidade psíquica, o critério misto ou biopsicológico, o qual consagra a reunião do método biológico com o psicológico: “a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação”³⁵⁸. Hungria ressaltou a exceção relativa aos menores de 18 anos, pois neste caso, a imaturidade (causa biológica) bastava para excluir imputabilidade³⁵⁹.

As maiores polêmicas e debates entre psiquiatria e direito penal no campo da responsabilidade envolveram a categoria da semi-imputabilidade (art. 22, p.u, CP 1940).

³⁵⁴ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C., Op. cit., p. 320. Fragoso, na mesma obra, sustentou que a “responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável” (Idem, p. 603).

³⁵⁵ Ibid., p. 320. Posteriormente, como firmou Fragoso em texto anexo à obra, a imputabilidade passou a ser definida como a “capacidade de culpa, ou seja, condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento (Ibid., p. 603; no mesmo sentido, BRUNO, A. *Direito penal, parte geral*. V. 1, Tomo 2º, p. 45).

³⁵⁶ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Tomo II, p. 321.

³⁵⁷ Ibid., p. 321.

³⁵⁸ Galdino Siqueira referiu-se ao critério como “misto ou psiquiátrico-psicológico” (SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I., p. 417).

³⁵⁹ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. Op. cit., p. 324.

Seriam os casos “fronteiriços” (“anormais psíquicos”, “psicopatas”³⁶⁰). Em função de inúmeras e intermináveis controvérsias que envolviam a própria validade da categoria (se haveria, na verdade, apenas imputáveis e inimputáveis, e não uma classe intermédia) sanção adequada (pena ou medida de segurança); controle médico ou judicial da sanção; qual o grau de intimidabilidade e compreensão do “fronteiriço” em relação à sanção, dentre outras questões, o CP terminou por adotar uma “solução de compromisso”³⁶¹ entre direito e psiquiatria: reconheceu-se a responsabilidade aos “fronteiriços”, permitindo-se ao juiz, caso a caso, reduzir a pena, sem prejuízo da aplicação obrigatória de medida de segurança (art. 76, II c/c art. 78, II, CP/1940³⁶²).

Em um esboço de crítica à confusão e promiscuidade entre as noções de “loucura” e “criminoso” (o “louco criminoso”), destacou-se a crítica de Roberto Lyra, que, dada a originalidade e vanguardismo para seu tempo, merece destaque:

Ainda admitida a *contradictio in adjecto* – louco e criminoso (o louco não é criminoso exatamente por ser louco), é a falta de tratamento ou de vigilância que conserva a loucura ou não a resguarda.

Aliás, nem todo louco comete crime.

Não se fale em incurabilidade.

Como assegurar a incurabilidade, antes de exgotar os recursos de cura que a todo dia se multiplicam?

Os “loucos” ou “natos”, se internados, e tratados, nem ao primeiro crime chegariam.

E os primários não teriam ocasião para reincidir, se vigiados e assistidos³⁶³.

Como afirmou Basileu Garcia, a grande novidade do CP 1940, seu “mais importante empreendimento”³⁶⁴ foi, de fato, a introdução das medidas de segurança. Sendo este um trabalho que se centra na análise da inimputabilidade e suas consequências, e não das sanções em si, faz-se breve exposição da nova modalidade de consequência jurídico-penal trazida por aquela legislação, seus dispositivos pertinentes, sua dinâmica de aplicação e sua relação com o

³⁶⁰ O tema da “psicopatia” ou “transtorno de personalidade antissocial” (TPAS) é grande e profundo o suficiente para demandar, por si só, uma tese inteira. Muito pontualmente, para uma breve história crítica do surgimento da categoria na psiquiatria, YAMADA, L. T. *O horror e o grotesco na psicologia – A avaliação da psicopatia através da Escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklist Revised)*, p. 40-48.

³⁶¹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 278. Um profundo resgate desta discussão encontra-se em DIAS, A.; LOPES, M. A. P. M. *Uma análise dos debates médicos e jurídicos sobre responsabilidade penal no Rio de Janeiro entre 1890 e 1942*, p. 279-321.

³⁶² Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe:

II - a periculosidade do agente.

Art. 78. Presumem-se perigosos:

II - os referidos no parágrafo único do artigo 22;

³⁶³ LYRA, R. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*, p. 150.

³⁶⁴ GARCIA, B. *Medidas de segurança*, p. 77.

critério da periculosidade. Como lecionou Ataliba Nogueira em importante estudo que embasou a construção teórica e a disciplina normativa das medidas, entendia-se que estas eram necessárias diante da insuficiência da pena criminal para sujeitos contra os quais ela não disporia de efeito inibitório³⁶⁵.

Na mesma trilha do Código Rocco, que, por sua vez, inspirou-se no Projeto Stooss para a Suíça, de 1894, o CP 1940 seguiu uma linha dualista em seu sistema de consequências para o delito: penas, de um lado, e medidas de segurança, de outro lado – mas, convergentes em situações a seguir expostas. A Exposição de Motivos deixava claro que as medidas de segurança, por serem medidas de prevenção e assistência social relativamente ao “estado perigoso”, não eram penas – estas, sim, de caráter repressivo. Hungria assim definiu as diferenças entre os dois institutos³⁶⁶:

a) a pena é consequência da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), aplicando-se exclusivamente aos *responsáveis*; a medida de segurança é consequência da periculosidade, aplicando-se tanto aos *responsáveis* quanto aos *irresponsáveis*;

b) a pena assume cunho essencialmente ético e é baseada na *justiça*; a medida de segurança, eticamente neutra, tem por fundamento a *utilidade*;

c) a pena é *sanção* e se impõe por um fato *certo*, isto é, o crime praticado; a medida de segurança *não é sanção* e se impõe por um fato *provável*, isto é, o provável retorno à prática de fato previsto como crime (segundo a regra geral)³⁶⁷;

d) a pena é prevalentemente *retributiva* (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*); a medida de segurança serve ao fim de segregação tutelar ou readaptação do indivíduo anti-social;

e) a pena, adstrita à noção *realística* ou *causal* do crime (lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente protegido), é proporcionada à gravidade deste, e, conseqüentemente, determinada no seu *quantum*; a medida de segurança, ainda que condicionada, de regra, à precedente prática de um fato previsto como crime, somente tem este em conta como um dos *sintomas* do estado perigoso individual, a cuja indeterminada duração está subordinada a sua execução;

f) a pena tem caráter necessariamente *aflitivo* (como todo *castigo*); a medida de segurança é desprovida de tal caráter, pelo menos do ponto de vista psicológico (a pena tem como *caráter jurídico essencial* o “sofrimento”, enquanto a medida de segurança é *assistência*, é *tratamento*, é *medicina*, é *pedagogia*: se acarreta algum *sacrifício* ou *restrição* à liberdade individual, não é isso um *mal* querido como tal ou um *fim* colimado, mas um *meio* indispensável à sua execução finalística);

g) a pena, além de expiatória, visa à *prevenção geral* (coação psicológica *erga omnes*, no sentido de abstenção do crime) e *especial* (escarmento, emenda de quem a sofre); a medida de segurança

³⁶⁵ ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de segurança*, p. 83.

³⁶⁶ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. III, p. 9-11.

³⁶⁷ A influência de Ataliba Nogueira neste ponto é evidente: “As penas são sanções jurídicas correspondentes à responsabilidade. As medidas de segurança não são sanções jurídicas e não correspondem à responsabilidade, mas a um *estado de perigo social*, revelado no crime e na probabilidade da sua repetição”. (ATALIBA NOGUEIRA, J.C., *Op. cit.*, p. 114).

visa tão somente à *prevenção especial* (neutralização profilática ou recuperação social do indivíduo).

Ainda inspirado no Código Rocco, o sistema adotado foi o chamado *duplo binário*, *dupla via*, *doppio binário*, *dual track* ou *duplo trilho*, no qual a medida de segurança foi normatizada ao lado da pena, tendo por referência a periculosidade, com o propósito de, como consequência à prática dos mesmos fatos, ora de complementar a pena, quando relacionada a responsáveis, ora substituí-la, quando da aplicação aos irresponsáveis³⁶⁸.

De acordo com o art. 76 do CP 1940, incisos I e II, as condições de aplicabilidade da medida de segurança eram, respectivamente: a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. A prática prévia de infração penal era excepcionada no parágrafo único do art. 76 nos casos de crime impossível (art. 14) e impunibilidade no concurso de agentes (art. 27), desde que verificada a periculosidade.

A periculosidade, então concebida como “estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de antisociabilidade”³⁶⁹, a “probabilidade de que um indivíduo cometerá ou voltará a cometer um delito”³⁷⁰ poderia ser atestada se a personalidade e antecedentes do indivíduo, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizassem a suposição de que ele voltaria a delinquir (art. 77, caput, CP 1940), ou era legalmente presumida, nos casos elencados no art. 78:

I - aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;

II - os referidos no parágrafo único do artigo 22 (semi-imputáveis);

III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

IV - os reincidentes em crime doloso;

V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

No que diz respeito aos inimputáveis por sofrimento psíquico e aos semi-imputáveis, o instrumento processual previsto para a avaliação de sua responsabilidade jurídico-penal é o *incidente de insanidade mental*, disciplinado nos arts. 149 e seguintes do CPP, ainda vigentes e inalterados. Neste incidente, o agente é submetido à avaliação pericial médico-psiquiátrica,

³⁶⁸ FERRARI, E. R. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, p. 34.

³⁶⁹ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. III, p. 8.

³⁷⁰ BRUNO, A. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, p. 21.

que deve verificar a capacidade de autodeterminação e se há nexos causal entre sua condição psíquica e a infração penal praticada. Uma vez feita a perícia, compete ao magistrado decidir a respeito da inimizabilidade do agente. Reconhecida sua irresponsabilidade do agente, dado que o Código presumia sua periculosidade, a ele devia ser imediatamente aplicada medida de segurança: se inimputável total, internação em manicômio judiciário (art. 91, caput, c/c art. 22, caput, CP 1940); se semi-imputável, internação em casa de custódia e tratamento (art. 92 e incisos, c/c art. 22, p.u, CP 1940).

Também a Lei de Contravenções Penais possuía rol de presumidamente perigosos, no Art. 14:

Art. 14. Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal:

I – o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez;

II – o condenado por vadiagem ou mendicância;

III – o reincidente na contravenção prevista no art. 50.

IV – o reincidente na contravenção prevista no art. 58.

Orgulhava-se a Exposição de Motivos, neste ponto acompanhada por Hungria³⁷¹, de que o CP 1940 teria observado o princípio da legalidade penal relativamente às medidas de segurança, ressalvada a aplicação da lei penal vigente ao tempo da execução, o que se relacionaria à natureza corretiva, tutelar da medida. Esta afirmação é manifestamente rasa, para dizer o mínimo. Por um lado, sim, as medidas de segurança foram previstas em lei (apenas em sentido muito amplo, porque tratou-se de um decreto-lei, o que já confronta aspectos materiais da legalidade); por outro lado, além da violação expressa à proibição de retroatividade *in malam partem*, a própria legislação excepcionou este princípio, não apenas no parágrafo único do art. 76 do CP: medidas de segurança relativas exclusivamente ao estado perigoso, sem prática ou

³⁷¹ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. III, p. 29.

relação com infração penal, eram uma possibilidade advinda da conjugação de outros dispositivos, como o art. 549³⁷², 751³⁷³, 752³⁷⁴, todos do CPP.

De acordo com o art. 88, caput, do CP 1940, as medidas de segurança se dividiam em duas espécies: (i) patrimoniais, a interdição de estabelecimento ou sede de associação ou sociedade e o confisco; (ii) pessoais, subdividindo-se em detentivas e não detentivas.

A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou associação, podia ser decretada por tempo não inferior a quinze dias, nem superior a seis meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação servisse de meio ou pretexto para a prática de infração penal (art. 99, caput, CP 1940). Ela consistia na proibição ao condenado, ou a terceiro, a quem ele o tivesse transferido, de exercer no local o mesmo comércio ou indústria (art. 99, §1º), sendo que a sociedade ou associação, cuja sede é interditada, não podia exercer em outro local as suas atividades (art. 99, §2º).

O confisco era medida incumbida ao juiz em casos que, embora não apurada a autoria, dever-se-ia ordenar o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistissem em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituísse fato ilícito (art. 100, CP 1940).

As medidas de segurança pessoais detentivas (art. 88, §1º, CP 1940) consistiam em internação nos seguintes possíveis estabelecimentos: (i) manicômio judiciário; (ii) casa de custódia e tratamento (verdadeira “prisão-hospital” na expressão de Basileu Garcia³⁷⁵); (iii) colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional³⁷⁶. As

³⁷² Art. 549. Se a autoridade policial tiver conhecimento de fato que, embora não constituindo infração penal, possa determinar a aplicação de medida de segurança (Código Penal, arts. 14 e 27), deverá proceder a inquérito, a fim de apurá-lo e averiguar todos os elementos que possam interessar à verificação da periculosidade do agente.

³⁷³ Art. 751. Durante a execução da pena ou durante o tempo em que a ela se furtar o condenado, poderá ser imposta medida de segurança, se:

I - o juiz ou o tribunal, na sentença:

a) omitir sua decretação, nos casos de periculosidade presumida;
b) deixar de aplicá-la ou de excluí-la expressamente;
c) declarar os elementos constantes do processo insuficientes para a imposição ou exclusão da medida e ordenar indagações para a verificação da periculosidade do condenado;

II - tendo sido, expressamente, excluída na sentença a periculosidade do condenado, novos fatos demonstrarem ser ele perigoso.

³⁷⁴ Art. 752. Poderá ser imposta medida de segurança, depois de transitar em julgado a sentença, ainda quando não iniciada a execução da pena, por motivo diverso de fuga ou ocultação do condenado:

I - no caso da letra a do no I do artigo anterior, bem como no da letra b, se tiver sido alegada a periculosidade;

II - no caso da letra c do no I do mesmo artigo.

³⁷⁵ GARCIA, B. *Medidas de segurança*, p. 98.

³⁷⁶ O anteprojeto de Alcântara Machado chegou a permitir a possibilidade de decretação de medida de segurança para inimputáveis etários (art. 15, I), bem como para menores de 21 anos, porém maiores de 18, os quais, além da pena reduzida, também ficariam sujeitos às referidas medidas (art. 16, I).

medidas de segurança pessoais não detentivas (art. 88, §2º, CP 1940), por sua vez, consistiam em: (i) liberdade vigiada; (ii) proibição de frequentar determinados lugares; (iii) exílio local.

O CP 1940 estipulava em seu art. 90 que o internado deveria ser submetido a regime de reeducação, de tratamento ou de trabalho, conforme suas condições pessoais, e que este trabalho deveria ser remunerado (art. 90, p.u).

Relativamente às medidas de segurança pessoais detentivas, a internação em manicômio judiciário destinava-se, como dito, aos inimputáveis totais por sofrimento psíquico (art. 91, caput, c/c art. 22, caput, CP 1940), e, possuía limites mínimos obrigatórios (art. 91, §1º, CP 1940³⁷⁷), devido à alegada pretensão de defesa social³⁷⁸.

A internação em casa de custódia e tratamento destinava-se aos semi-imputáveis e aos casos de crimes cometidos em estado de embriaguez por álcool ou substâncias entorpecentes análogas, se habitual a embriaguez. Seu regime de aplicação era disciplinado no art. 92, incisos I a IV³⁷⁹.

A internação em colônia agrícola, instituto de trabalho, reeducação ou ensino profissional destinava-se a reincidentes em crimes dolosos, condenados a pena de reclusão maior de cinco anos, e condenados a penas privativas de liberdade, se o crime se relaciona com a “ociosidade, a vadiagem ou a prostituição” (art. 93, CP³⁸⁰). Ela também se destinava a condenados por

³⁷⁷ I - de seis anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a doze anos;

II - de três anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a oito anos;

III - de dois anos, se a pena privativa de liberdade, cominada ao crime, é, no mínimo, de um ano;

IV - de um ano, nos outros casos.

§ 2º Na hipótese do n. IV, o juiz pode submeter o indivíduo apenas a liberdade vigiada.

³⁷⁸ FERRARI, E. R. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, p. 37.

³⁷⁹ I - durante três anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a dez anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;

II - durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a cinco anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;

III - durante um ano, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo não inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22

IV - durante seis meses, pelo menos, ainda que a pena aplicada seja por tempo menor, o condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez.

Parágrafo único. O condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22, é internado em casa de custódia e tratamento durante seis meses, pelo menos, ou, se mais conveniente, submetido, por igual prazo, a liberdade vigiada.

³⁸⁰ Art. 93. São internados em qualquer dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1º, n. III, segundo pareça ao juiz mais conveniente:

I - durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime doloso, se reincidente;

II - durante um ano, pelo menos:

a) o condenado a reclusão por mais de cinco anos;

b) o condenado a pena privativa de liberdade, se o crime se relaciona com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição.

contravenções, quando fossem motivadas por estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez; condenados por vadiagem ou mendicância (artigos 59 e 60, LCP) e reincidentes em contravenções relativas à prática ou exploração de jogos de azar (arts. 50 e 58, LCP). A internação destes tinha prazo mínimo de 1 ano (art. 15, LCP). Poderiam ser internados em manicômios judiciários ou casas de custódia e tratamento, mas pelo prazo mínimo de 6 meses, podendo o juiz, entretanto, substituir a medida pela liberdade vigiada (art. 16, caput e p.u., LCP).

A liberdade vigiada aplicava-se aos egressos das casas de custódia e tratamento, bem como das colônias agrícolas e demais estabelecimentos similares (art. 94, I, CP 1940); ao liberado condicional (inc. II); aos casos de crime impossível (art. 14) e impunibilidade no concurso de pessoas (art. 27), conforme dispunha o inciso III; ao transgressor da proibição resultante do exílio local (inc. IV); ao transgressor da proibição de frequentar determinados lugares (inc. V); se a lei não especificava a medida de segurança aplicável (inc. VI), como medida de ampla aplicabilidade disposta à discricionariedade judicial.

O exílio local consistia na “proibição de residir ou permanecer o condenado, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca em que o crime foi praticado” (art. 97, CP 1940), e a proibição de frequentar determinados lugares aplicava-se ao condenado por crime cometido sob a ação do álcool, com duração mínima de um ano (art. 98, I) e de três meses em outros casos (art. 98, II).

Uma vez que os estabelecimentos inaugurados pelas novas normas ainda demandavam a devida implementação, a Lei de Introdução ao Código Penal (D.L 3.914/1941) dispôs que onde não houvesse estabelecimento adequado para o cumprimento da internação em colônia agrícola ou estabelecimento similar, que deveria ser aplicada a medida de liberdade vigiada até que fosse tais locais fossem efetivados, ou que se transferisse o detento de estado para que cumprisse a medida no destino adequado (art. 22, caput). Em relação aos manicômios judiciários e casas de custódia e tratamento, onde estes não existissem, as medidas de segurança a eles relativas poderiam ser executadas em seções especiais de manicômio comum, asilo ou casa de saúde (art. 22, p.u).

O CP 1940 determinava no art. 82 que a execução das medidas de segurança deveria ser realizada depois de cumprida a pena privativa de liberdade (inc. I); no caso de absolvição, ou de condenação a pena de multa, depois de passada em julgado a sentença (inc. II). A execução

da medida seria suspensa se houvesse pena privativa de liberdade a ser cumprida (art. 82, §1º), e a execução de medidas detentivas precedia a de medidas não detentivas (art. 82, §2º).

Admitiu-se ainda a possibilidade de aplicação provisória de medidas de segurança (ou seja, antes mesmo de uma sentença), conforme os artigos 80, CP 1940 e arts. 373 a 380, CPP (estes ainda em vigor).

Com prazos mínimos variáveis conforme cada caso e situação prevista, ou não, em lei, as medidas de segurança possuíam duração indeterminada, sendo unicamente condicionadas à verificação, mediante exame individual, da cessação de periculosidade do indivíduo (art. 81, CP 1940 c/c art. 775, CPP). A realização deste exame era prevista para o fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança (art. 81, §1º, I); anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança (inc. II); ou, em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância (inc. III c/c art. 777, CPP) caso em que o sujeito deveria recorrer ou apelar. De acordo com o segundo parágrafo, se fosse inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos deveriam ser realizados ao final de cada período igual àquele prazo.

3.2.4.5

Críticas ao sistema de medidas de segurança do CP 1940: os caminhos tortuosos até a Reforma Penal de 1984

As medidas de segurança e a periculosidade são obras do positivismo criminológico, o qual articulou saberes jurídico-penal e médico no seio do direito penal, e a principal instituição em torno da qual estas construções se ergueram foi o manicômio judiciário³⁸¹. Sua origem histórica se relaciona ao século XIX e à consolidação da burguesia europeia no poder: os “medos burgueses” demandavam medidas aplicáveis mesmo na ausência de prévia lei escrita, mesmo sem a prática efetiva de um delito³⁸².

³⁸¹ BATISTA, N. *A lei como pai*, p. 148.

³⁸² BATISTA, V. M. *Prefácio*. In: MATTOS, V. *Crime e psiquiatria. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, p. 11.

Trata-se, de fato, de uma medida que esteve na base da estruturação legal de regimes políticos autoritários, permitindo amplas restrições à liberdade individual com mínimo ou nenhum controle judicial³⁸³. No Brasil, como Cristina Rauter sintetiza:

Um dispositivo como a medida de segurança é o resultado prático de cerca de quatro décadas de discussões nos meios jurídicos brasileiros, é a adoção de um novo critério de julgamento, baseado não no ato criminoso, mas na personalidade do delinquente. Além disso, corresponde a uma transformação na concepção de pena e de sua ação sobre uma personalidade considerada anormal: nasce a ideia de uma pena de tratamento³⁸⁴.

Ao longo da análise da doutrina brasileira ao longo do CP 1890, foi possível observar que as consequências jurídicas pensadas e propostas em relação ao inimputável por sofrimento psíquico e aos “fronteiriços” – cuja condição, aos olhos da teoria do delito à época, afetava a existência de conduta punível – nunca foram relegadas para fora do direito penal e, mais ainda, que sempre se assumiu, de forma dominante no discurso penal, que a instituição destinada a essa categoria de pessoas ostentava (e deveria ostentar) carga punitiva com viés de defesa e proteção da sociedade, sem prejuízo de eventual terapêutica médica a ser ministrada nestes locais.

Em outro giro, ao tempo do CP 1940 e nas décadas posteriores, a concepção dominante sobre estas consequências mudou radicalmente, afirmando-se, de uma parte, a inimputabilidade como condição pessoal do sujeito ligada à culpabilidade (que ainda não era plenamente normativizada) e, de outra, uma medida com natureza médica, terapêutica, assistencial e reabilitadora – sem, contudo, se deixar de discipliná-las dentro do âmbito jurídico-penal (e processual penal).

Entretanto, houve aqueles que pensaram as medidas de segurança, a punição e o próprio direito penal com outros olhares. No campo da psicanálise e da medicina legal, Júlio Porto-Carrero rejeitava em absoluto qualquer discurso de retribuição à pena e tecendo firmes críticas às funções legitimantes atribuídas ao cárcere (“*ideologias re*”). Atendendo à pergunta formulada na Conferência Penal e Penitenciária Brasileira realizada no Rio de Janeiro em 1930,

³⁸³ CARRARA, S. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, p. 48. Exemplo extremado e emblemático neste sentido é o direito penal nazista, o qual arquitetou as medidas de segurança na sua forma mais autoritária, não só as desvinculando totalmente de qualquer prática delitiva prévia (que o direito penal nazista já havia deixado de lado), rompendo com a proibição de retroatividade, como também prevendo, dentre as espécies de medidas, a castração de criminosos sexuais perigosos e a expulsão do Reich (FRAGOSO, C. F. *Autoritarismo e sistema penal*, p. 257-258).

³⁸⁴ RAUTER, C. *Criminologia e subjetividade no Brasil*, p. 74.

intitulada “*em que medida e de que modo seria possível, no systema penitenciário moderno, empregar o regimen cellular ao lado do regimen em commum?*”, Porto-Carrero declarou não ter resposta, justificando sua posição a partir da negação dos sistemas penitenciários, da pena e do direito de punir, os quais, ancorados na ideia de vingança, inviabilizariam qualquer possibilidade de reforma ou de transformação no apenado. Contudo, a alternativa que tinha em mente visava a uma espécie ampla de tratamento tutelar e reintegrativo:

qualquer systema punitivo, carcerário ou não, deve ser substituído por um regime medico, psychologico e educativo que, por meio do contacto progressivamente frequente com a família e com o grupo social conveniente, possa operar aquella readaptação e aquella reintegração³⁸⁵.

No campo do direito penal, destacaram-se, por todos, Noé Azevedo e Roberto Lyra. O primeiro tinha por inspiração Pedro Dorado Montero (autor, dentre outros títulos, do conhecido “direito protetor dos criminosos”), e, portanto, na mesma linha, sustentou a rejeição de toda e qualquer ideia de punição no direito penal. Entretanto, não deixou de apostar na ideia de periculosidade (ainda que com um olhar mais generoso e assistencial) e em um direito inteiramente de medidas³⁸⁶. Em sentido semelhante, como se verá mais a frente, Lyra, autor fundamental à criminologia e ao direito penal brasileiros³⁸⁷, também bebeu das mesmas fontes³⁸⁸; ao longo do tempo, entretanto, tornou-se progressivamente mais crítico à prisão e ao encarceramento como um todo, esgrimando não só argumentos, como sua própria sensibilidade e experiência de vida contra estabelecimentos prisionais (ou com essas características), cuja maior expressão foi a obra *Penitências de um penitenciário* (1957)³⁸⁹.

Dito isso, já nos primeiros anos de vigência do CP 1940, as contradições teóricas e normativas, bem como a inefetividade das medidas de segurança foram constatadas e afirmadas pelo campo penal, no seio do discurso técnico-jurídico.

³⁸⁵ PORTO-CARRERO, J. *Em que medida e de que modo seria possível, no systema penitenciário moderno, empregar o regimen cellular ao lado do regimen em commum?*, p. 221-222. Porto-Carrero foi uma importante voz brasileira que, pioneiramente, procurou deslegitimar a pena a partir de um olhar psicanalítico, que, ao relacionar a responsabilização penal com o inconsciente do sujeito, outra alternativa não possuía que não o repúdio à pena. Sobre esse autor e esse tema, CARVALHO, S. *Freud criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências criminais*, p. 133-134.

³⁸⁶ AZEVEDO, N. *O fundo de vingança da penologia moderna*, p. 191-208; Id., *Política criminal sem preocupações metafísicas*, p. 263-284.

³⁸⁷ Sobre este autor, conferir SERRA, C. H. A. *As ideias jurídicas de Roberto Lyra e Nelson Hungria: 1937-1964*, p. 175-184.; Id., *O Direito Penal e a criminologia em Roberto Lyra e Nelson Hungria*, p. 259-268; Id., *As idéias jurídico-penais de Roberto Lyra: a trajetória de um Humanista*, p. 1-41; BATISTA, N. *As penas de um penalista*, p. 13-26; SOUZA, A. B. G. *Roberto Lyra e o Direito Penal Econômico*, p. 49-82; SONTAG, R. “*Verbalismo de jornal*”. *Ensino do direito penal, ciência e lei em Roberto Lyra*, p. 299-332.

³⁸⁸ LYRA, R. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*, p. 233-234.

³⁸⁹ Consultou-se aqui a edição de 2013 (LYRA, R. *Penitência de um penitenciário*).

Para Basileu Garcia, se as medidas de segurança seriam meios defensivos da sociedade, não se compreendia por que razão não incluir neste rol a pena³⁹⁰. Considerando a harmonia existente entre a efetividade prática das penas e das medidas de segurança, diferenciar uma consequência da outra não seria “muito convincente”, indagando Garcia se a medida de segurança, do ponto de vista de quem a sofre, deixaria de ser recebida como uma punição, com o agravante da sua indeterminação temporal, o que sequer era admitido em relação às penas³⁹¹. Ademais, considerando que também em relação à pena o direito penal levaria em conta, para a aplicação da pena, a periculosidade, seria constatável identidade substancial entre penas e medidas de segurança a partir de um objetivo que compartilham em comum: a prevenção³⁹².

Garcia foi além, e denunciou a negativa de vigência do princípio da legalidade penal às medidas de segurança, argumentando a incoerência de se afirmar que as medidas de segurança se direcionariam ao futuro (em função da periculosidade do agente), para fazê-las depender da verificação pretérita de uma infração à lei penal³⁹³. Ademais, o autor alertou para o sério risco ao direito à liberdade individual que tais medidas ofereciam, uma vez que se evidenciou como sua existência no direito penal brasileiro seria forma transversa de burlar a vedação constitucional a penas perpétuas. Vale transcrever suas palavras neste ponto:

A dificuldade de sustentar a diferenciação ontológica (entre penas e medidas de segurança) poderia ter conduzido o legislador brasileiro a uma disciplina unitária da matéria, se não fosse o empecilho trazido pela proibição constitucional de indeterminação das penas, a qual conduz à sua eventual perpetuidade. O óbice foi, como se vê, jeitosamente arredado, chamando-se “medida de segurança” à segregação perpétua...³⁹⁴

No mesmo trabalho, Garcia não se limitou a críticas dogmáticas e normativas, denunciando também o fato de o Brasil não possuir a estrutura judiciária necessária à aplicação do então novo Código Penal. Os estabelecimentos definidos para o cumprimento das medidas de segurança não haviam sido criados, à exceção do manicômio judiciário, e mesmo assim, em apenas algumas das unidades federativas, em que já preexistia³⁹⁵.

O autor concluiu sua crítica reafirmando a corrente unitarista, no sentido de que as medidas de segurança, para que se ajustassem às suas finalidades, deveriam ser depuradas de

³⁹⁰ GARCIA, B. Op. cit., p. 78.

³⁹¹ Ibid., p. 78-80.

³⁹² Ibid., p. 81-82.

³⁹³ Ibid., p. 82-83.

³⁹⁴ Ibid., p. 87.

³⁹⁵ Ibid., p. 101.

qualquer caráter aflitivo³⁹⁶. Após equiparar o internamento à pena privativa de liberdade, terminou por defender a unificação entre penas e medidas como sistema mais adequado, desde que fossem admitidas penas relativamente indeterminadas (nos seus limites máximos), unificando-se os “meios de combate ao crime”³⁹⁷.

Noé Azevedo, por sua vez, também teceu críticas às medidas de segurança:

Mas o que se observa, nestes vinte anos de experimentação, é uma verdadeira involução do instituto das medidas de segurança, que – talvez pela falta de estabelecimentos adequados para o seu cumprimento – conservaram os mesmos característicos de tratamento aflitivo das penas propriamente ditas. Em vez do sistema penal evoluir, transformando-se em tratamento benéfico do delinquente, com predominância das medidas de segurança, como que regrediu, notando-se uma reação, de natureza marcadamente penal (...) ³⁹⁸.

Azevedo, apesar de reconhecer nas medidas de segurança restrições de liberdade similares às penas (como “modalidades novas de aprisionamento”), terminou por sustentar uma ampliação do modelo, independentemente da verificação de crimes ou contravenções, redigindo-se um código preventivo com normas mais específicas sobre a verificação do estado perigoso, em conjugação entre os saberes médicos e jurídico-penais³⁹⁹.

Entretanto, nenhum diagnóstico ostenta mais peso do que o do próprio Nelson Hungria, o qual, apesar de nos Comentários ter demonstrado manifesto otimismo em relação ao sistema dualista, às medidas de segurança e à disciplina jurídica do CP 1940, teve a honestidade intelectual de reconhecer o fracasso da implementação das medidas no Brasil (o que não o obstou de pugnar, na mesma obra, por sua efetivação futura):

Infelizmente, o nosso sistema de medidas de segurança não passou ainda (já decorridos oito anos de vigência do atual Código de *legislação de fachada* (grifo do próprio autor). À parte os superlotados manicômios judiciais, na sua maioria já instalados ao tempo do Código anterior, inexistia qualquer dos estabelecimentos reclamados pela nova diretriz de prevenção contra a delinquência⁴⁰⁰.

Roberto Lyra, a sua vez, que, em um primeiro momento de sua trajetória, chegou a sonhar romanticamente com um direito inteiramente de medidas (“em verdadeira medida de segurança hão de consistir as penas, para o completo advento da unidade das sanções”), baseadas em

³⁹⁶ Ibid., p. 109.

³⁹⁷ Ibid., p. 111-112.

³⁹⁸ AZEVEDO, N. *Política criminal sem preocupações metafísicas*, p. 266.

³⁹⁹ Ibid., p. 271-272.

⁴⁰⁰ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. III, p. 155.

periculosidade para além do delito (“o crime não continuará a centralizar o reconhecimento da periculosidade”) e indeterminadas, destinadas exclusivamente à assistência e reinserção social do condenado⁴⁰¹, não tardou a reconhecer o fracasso das instituições totais, inclusive as medidas de segurança:

A prisão uniformiza, numera, desindividualiza, despersonaliza. Nem as classificações legais são obedecidas. Em vez do mínimo de individualização ocorre o máximo de promiscuidade. *Não se respeita, sequer, a distinção entre pena e medida de segurança* (grifo nosso). Não basta atender à condição jurídica ou sanitária. Mais importantes são as condições de ordem moral, a origem, e, sobretudo, o destino do preso. O objetivo de tudo é o seu futuro. *Nos estabelecimentos de cumprimento de penas e medidas de segurança detentivas há o problema preliminar de instalação, serviços, material, pessoal e outras disponibilidades* (grifo nosso)⁴⁰².

Magalhães Noronha não deixou de pontuar as incongruências que via na concepção das medidas de segurança:

A medida de segurança não foi satisfatoriamente encarada pelo Tecnicismo Jurídico-Penal. Ao lado da teoria jurídica da pena, construiu a teoria jurídica da medida de segurança. Não há, entretanto, definição precisa: ele se coloca equidistante dos que identificam a medida de segurança com a pena e os que as separa, são providências de utilidade social e não de justiça moral; são medidas de caráter administrativo, o que é improcedente, pois Rocco não vacilou em adotá-las em seu projeto de código penal⁴⁰³.

As críticas às deficiências e artificialidades na construção das medidas de segurança aparentemente surtiram efeito, ao menos no seio da Consultoria Geral da República, órgão consultivo que auxiliava a Presidência da República, dentre outras questões, na elaboração dos indultos presidenciais. Em um primeiro parecer de 1952, o Consultor Geral Carlos Medeiros Silva opinou pela impossibilidade de a medida de segurança ser objeto de indulto, pelo simples e pontual argumento (extraído dos Comentários de Hungria) de que tal medida não era pena⁴⁰⁴. Já em dois pareceres posteriores de 1957, ambos da lavra do Consultor Antonio Gonçalves de Oliveira (apoiado na posição, dentre outros, de Noé Azevedo) passou a reconhecer a possibilidade de indulto também para medidas de segurança, não apenas pela aproximação material entre as duas sanções, mas também por um argumento de exegese literal: é que o texto

⁴⁰¹ LYRA, R. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*, p. 233-234.

⁴⁰² Id., *Penitência de um penitenciário*, p. 66-67. Não deixou, apesar dessas críticas contundentes, de apostar no parâmetro da periculosidade (muito embora depurando-o consideravelmente de seus traços mais neutralizantes e policialescos), o qual sustentou que deveria ser aprofundado. Igualmente, insistiu na inexistência de “irrecuperáveis”, “incorrigíveis”, “ineducáveis”, afirmando que o que havia, de fato, eram “irrecuperados”, “incorrigidos” (Id., *Direito Penal Científico* (Criminologia), p. 181-182).

⁴⁰³ NORONHA, E. M. *O tecnicismo jurídico-penal*, p. 107.

⁴⁰⁴ SILVA, C. M. *Indulto ou graça, cumprimento da pena, pena acessória*: parecer, p. 480-482.

constitucional de 1946, ao contrário das Cartas anteriores, dispunha, no art. 87, XIX, não mais em “indultar às penas”, mas, simplesmente, que competia ao Presidente “conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei”. Nesse sentido, os pareceres conferiram ampla interpretação a esta norma, defendendo também a possibilidade de indulto para medidas de segurança, já que a Constituição não vedava expressamente⁴⁰⁵.

Avolumadas as críticas, passamos aos projetos de mudança e reforma do CP 1940. Seu maior rival foi o anteprojeto Hungria, que viria a se tornar, posteriormente, o CP 1969, que nunca entrou em vigor.

Na leitura de Assis Toledo, em razão de um profundo quadro de mudanças sociais, econômicas e políticas que atravessou o Brasil a partir de meados dos anos 50, bem como a críticas à legislação penal de 1940⁴⁰⁶, o governo Jânio Quadros, em 1961, tomou a iniciativa no sentido de modificar o Código Penal e o Código de Processo Penal, bem como de se elaborar uma legislação própria para a execução penal. Respectivamente, os autores dos anteprojetos foram: Nelson Hungria, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra⁴⁰⁷.

O anteprojeto Hungria foi finalizado e apresentado ao governo, tendo sido publicado pelo Decreto 1.490/1962, para que fosse amplamente discutido⁴⁰⁸. A Comissão Revisora de 1965 foi formada pelo próprio autor, Nelson Hungria, Hélio Tornaghi e Heleno Fragoso, tendo sido presidida por Aníbal Bruno⁴⁰⁹. A comissão anterior, dissolvida, fora composta por Hungria, Tornaghi e Lyra, o qual, diante do golpe militar de 1964, solicitou ao então Ministro Milton Campos sua dispensa, bem como que seu anteprojeto de código de execução penal fosse arquivado, o que foi acatado. Suas palavras, justificando sua postura, são dignas de recordação:

O novo poder já se atribuiu arbítrio que não lhe daria o mais reacionário dos Códigos. Já está com tudo. Não precisa, pois, de leis propriamente ditas. Nem encontraria juristas fiéis para usurpar a representação popular. Prefiro, para o meu anteprojeto, o descanso em paz do arquivo. Minha voz oprimida e angustiada não poderá ressoar sob o troar da força⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, A. G. *Indulto – Medidas de Segurança*: Parecer, p. 434-438; Id., *Presidente da República – Concessão de Indulto – Medida de Segurança*: Parecer, p. 447-450.

⁴⁰⁶ TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 65.

⁴⁰⁷ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 479.

⁴⁰⁸ PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica, p. 82.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem. Posteriormente, esta comissão sofrera alterações, uma vez que o governo solicitara revisão final do trabalho, formando-se, então comissão com Heleno Fragoso, Benjamin Moraes e Ivo D’Aquino (FRAGOSO, H. C. *Subsídios para a história do novo código penal*, p. 11).

⁴¹⁰ LYRA, R. *Atualidade de minhas posições e propostas em direito penal e criminologia*, p. 33.

Dadas as trágicas e conturbadas circunstâncias políticas do período, o anteprojeto Hungria terminou revisado pelo próprio governo (que atropelara a comissão revisora que ele mesmo havia convocado⁴¹¹) e editado pelo D.L. 1.004/1969⁴¹². Após inúmeros adiamentos para sua entrada em vigor, o código que “foi sem nunca ter sido” acabou definitivamente revogado pelas Leis 6.416/1977 e pela Lei 6.578/1978.

Do ponto de vista político-criminal, o CP 1969, apesar de manter o viés preventivista e assistencial do CP anterior, se inclinou a tendências mais punitivas, o que se revela, por exemplo, pela redução da maioridade penal para 16 anos quando comprovado discernimento (art. 33, CP 1969), a criação de penas indeterminadas para criminosos habituais ou por tendência, cuja duração, entretanto, não podia exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta (art. 64, caput e §1º). O anteprojeto Hungria ia ainda mais longe, elevando o tempo máximo de reclusão para quarenta anos (art. 35, §1º).

Contudo, uma das maiores inovações do CP 1969 consistiu na abolição do sistema duplo binário, eliminando-se as medidas de segurança para imputáveis, adotando-se o chamado sistema vicariante, o qual recortava penas (culpabilidade) e medidas de segurança (periculosidade, aplicando-se uma ou outra, mas nunca as duas ao mesmo agente de forma cumulativa (conforme artigos 92 e seguintes). Aos semi-imputáveis o CP 1969 permitia que o magistrado escolhesse ou medida de segurança ou a aplicação de pena reduzida (art. 31, p.u c/c art. 94). Todavia, ainda foram mantidas as linhas gerais das espécies de medidas de segurança: pessoais (detentivas/não detentivas) e patrimoniais (art. 92, CP 1969).

Ninguém melhor do que o próprio pai intelectual da nova legislação para atestar o fracasso do duplo binário (ainda que de forma conformada). Apelando para o giro internacional pela unificação entre penas e medidas, Hungria manifestou simpatia ao método unitário, “mas sob a rubrica de pena”, e salvo os casos de portadores de sofrimento psíquico, para os quais “não se poderá prescindir da medida de segurança, que é o manicômio judiciário, ou o “anexo” psiquiátrico⁴¹³. Hungria repudiava, ainda, a medida de segurança como sanção única, uma vez que apenas a pena teria função intimidativa ou de prevenção geral em relação a “criminosos de ocasião, episódicos ou de emergência, passionais autênticos, políticos, simplesmente culposos, os *normais* (grifo nosso) em geral”⁴¹⁴.

⁴¹¹ Como recordou em detalhes FRAGOSO, H. C. *Subsídios para a história do novo código penal*, p. 10-12.

⁴¹² BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I. p. 479.

⁴¹³ HUNGRIA, N. *Novas teorias e diretrizes do direito penal*, p. 47.

⁴¹⁴ Idem, ibidem.

Já na fase de abertura do regime civil-militar, foi promulgada a Lei 6.416/77 (a “pá de cal” no Código de 1969, na expressão de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni⁴¹⁵), que encampou uma política criminal mais sensível à pauta de redução de danos que começava a se esboçar naquele momento histórico, abolindo o sistema de reincidência específica e reestruturando a aplicação de penas e o sursis, por exemplo⁴¹⁶.

Aquela legislação consistiu em uma minirreforma que pode ser lida como um prenúncio às reformas mais amplas que seriam definitivamente efetuadas em 1984. Sucessivamente, a partir de 1980, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel nomeou comissões para examinar e emitirem pareceres acerca do Projeto de Código de Processo Penal (naquele momento, aprovado na Câmara dos Deputados e em votação no Senado, de onde fora retirado pelo governo para maiores estudos); para compatibilizarem o texto processual com o anteprojeto de código de execuções penais; e, finalmente, a comissão para elaboração de novo CP, integrada por Francisco Serrano Neves, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Rogério Lauria Tucci, sob a presidência de Francisco de Assis Toledo. O país, enfim, começava a tentar caminhar para dias menos sombrios. A Nova Parte Geral e a Lei de Execução Penal, ambos de 1984, seriam alguns dos passos iniciais que foram dados no campo jurídico-penal.

3.2.5

Uma introdução à Reforma de 1984

Compreender o que significa a Reforma Penal de 1984 para o Brasil e para nossas ciências criminais é um desafio em relação ao qual uma metodologia meramente classificatória ou dogmática não se mostra apenas errônea, mas imprecisa mesmo. Isso porque os protagonistas daquele momento eram (e os que permanecem entre nós, ainda são) mais do que acadêmicos e pesquisadores, verdadeiros militantes engajados, que assumiram ou dialogaram com bandeiras muito profundas de transformação política e social – sem, por isso, que suas contribuições tenham sido “enviesadas” ou de qualidade inferior. Ao contrário: seu alto nível de desenvolvimento técnico é admirável precisamente pelo envolvimento democrático que não

⁴¹⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. Op. cit., p. 479.

⁴¹⁶ PIERANGELI, J. H., Op. Cit., p. 83 e 84; TOLEDO, F. A., Op. Cit., p. 66.

apenas os reformadores, mas todos os comprometidos com a Reforma demonstraram naquele período.

O presente tópico está estruturado a partir (i) da localização da Reforma de 1984 no tempo e no espaço, ou seja, relacionando-a ao momento de redemocratização; (ii) em seguida, busca-se identificar imbricações entre a Reforma e o movimento de reforma psiquiátrica (ou antimanicomial) brasileiro, para se observar o quanto, exatamente, o campo jurídico dialogou com o campo psi, o que é fundamental para se compreender as disposições normativas adotadas em sede de medidas de segurança; (iii) em um terceiro momento, a Reforma é situada cientificamente, ou seja, qual exatamente era o estado da arte dogmático e criminológico que lhe informou e subsidiou; (iv) na sequência, são analisadas – à luz dos comentaristas e doutrina do tempo da reforma – as disposições atuais relativas à inimizabilidade por sofrimento psíquico e às medidas de segurança, tanto no Código Penal quanto na Lei de Execução Penal; (v) por último, é feita análise acerca do sentido das disposições adotadas pela legislação à luz de sua trajetória histórica.

3.2.5.1

A Redemocratização e a Reforma de 1984

Em que pese o regime civil-militar de 1964 ser uma página obscura e terrível na história de nosso país, com desdobramentos, descobertas e memória ainda por ser levantada, a Reforma de 1984, bem como a legislação que lhe foi imediatamente anterior tem pouca relação *direta* com as demandas daquele momento político.

Explica-se. É que a legislação penal em si, e a teoria relativamente às ciências criminais daquele tempo mantiveram-se em relativa inércia desde o início dos anos 60 ao longo do regime. Como o poder, em sentido amplo, exercido pelo regime civil-militar era muito mais um poder *de fato* do que *de direito* - não obstante sua formalização a partir dos Atos Institucionais⁴¹⁷ -, e a legitimação do poder punitivo independia de qualquer legalidade (ao contrário do Estado Novo varguista, em que, apesar da repressão política e de seu sistema penal subterrâneo, o formato legal do Estado interventor e previdenciário era questão essencial), a questão criminal em si continuou, em linhas gerais, amarrada aos velhos debates entre escolas (clássica x

⁴¹⁷ Na síntese de Marcelo Neves, “predominava um autoritarismo puro sobre uma frágil fachada constitucional” (NEVES, M. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, p. 184; FAUSTO, B. *História do Brasil*, p. 202).

positiva)⁴¹⁸ e adormecida em função da maior *vacatio legis* da história nacional, relativamente ao CP 1969. Nilo Batista atribui esta inércia – presente desde antes, na verdade – à força do neokantismo nas ciências criminais brasileiras, sobretudo do pós-guerra⁴¹⁹.

A grande luta pela liberdade e por direitos humanos travada no seio das ciências criminais girava em torno, na verdade, dos problemas mais urgentes relativos à questão carcerária: o aumento expressivo do encarceramento brasileiro; a superlotação; as condições precárias dos presos; a inefetividade crônica da legislação penal; o aumento dos registros de infrações penais; a carência de uma legislação específica para a execução penal; o abismo entre teoria, legislação e prática.

Ao longo dos anos 60 e 70, foram realizados vários encontros, congressos e eventos nacionais para discussão da questão carcerária⁴²⁰ (destacando-se, por todos, a “Moção de Nova Friburgo”, 1970, e a “Moção de Goiânia”, 1973), onde se firmou posição entre diversos atores do sistema de justiça criminal no sentido de se pugnar por reformas relativas à aplicação e execução de penas⁴²¹. Entre 1975 e 1976, uma importante CPI destinada a diagnosticar a situação penitenciária nacional foi instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados, relatada pelo então deputado Ibrahim Abi-Ackel, chegando às mesmas conclusões críticas, pugnando pela redução da aplicação da prisão “aos casos de reconhecida necessidade, como indispensável meio de defesa social e limitada, portanto, aos crimes graves e aos autores perigosos”⁴²²; esta CPI foi mencionada expressamente na Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984 (item 4).

Já em 1975, Miguel Reale Júnior, comentando ainda sobre o CP 1969, em crítica aberta à prisão, afirmava que era “inconteste, portanto, que a prisão atua como fator dissociador e criminógeno”, e que “diante desta verdade inafastável impunha-se a opção por minimizar o encarceramento”⁴²³.

⁴¹⁸ Salvo o advento do finalismo no Brasil, mas que mesmo este, embora tenha sofrido forte rejeição inicial, passou a ser largamente adotado a partir dos anos 70 e 80, não sendo objeto de debates tão grandes quanto, por exemplo, o sistema duplo binário. Estas questões são abordadas mais adiante.

⁴¹⁹ BATISTA, N. *Novas tendências do Direito Penal*, p. 16-17.

⁴²⁰ Abordando esta história de forma aprofundada, por todos, JÚNIOR, M. R. et. al. *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 1-34; DOTTI, R. A. *A reforma do sistema de penas: antigos e novos desafios 20 anos depois*, p. 6-8.

⁴²¹ São famosas as palavras consagradas pela Moção de Nova Friburgo: “as falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo da legislação penal e processual penal, presas, ainda, à ideia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do criminoso, de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado, bem como de ser a segregação cautelar o melhor meio para garantir a eficácia da persecução criminal” (JÚNIOR, M. R. et. al. *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 4).

⁴²² *Ibid.*, p. 15-16.

⁴²³ JÚNIOR, M. R. *Das penas e sua execução no novo código penal*, p. 110, 1975.

Em tom de denúncia, e, ao mesmo tempo, pugnando por uma ciência penal mais atenta à realidade, Fragoso⁴²⁴:

Diante disso, o direito penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias entre a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de direito penal e, afinal, ele serve para quê? Como funciona efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática, vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado⁴²⁵.

O autor seguiu em críticas mais agudas ao cárcere, de um lado, reconhecendo sua completa falência, “servindo” apenas para casos residuais em que outra medida não fosse possível, e de outro, pugnando urgentemente pela elaboração de um código de execução penal, estabelecendo a condição jurídica do condenado e assegurando os direitos do preso⁴²⁶.

Por último, comentando a reforma penal em curso, Ricardo Antunes Andreucci:

Sobrepassando tudo está a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça constante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional. Inútil alongamento sobre o tema. O anátema sobre a prisão está ancorado há longo tempo na falta de imaginação que vem caracterizando as soluções repressivas⁴²⁷.

Consagrando esta bateria de críticas, nos termos da Exposição de Motivos, item 26:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal qual como no Brasil, a pena de prisão se encontra no amago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Assim, em que pese a reforma de 1984 situar-se, historicamente, no momento de redemocratização, de encerramento da ditadura (tanto que não por acaso a OAB teve importantíssimo papel na divulgação e discussão das propostas ali ventiladas), as questões por ela identificadas e enfrentadas eram, em grande medida, anteriores ao regime, e, assim, não

⁴²⁴ O autor claramente foi influenciado pela crítica criminológica do seu tempo, amadurecendo suas posições. Anteriormente, convém recordar trabalho anterior no qual, ainda nos anos 50, Fragoso ainda nutria esperanças legitimantes à pena (FRAGOSO, H. C. *O problema da pena*, p. 62).

⁴²⁵ FRAGOSO, H. C. *Ciência e experiência do direito penal*, p. 15.

⁴²⁶ Id., *Alternativas da pena privativa de liberdade*, p. 7-17.

⁴²⁷ ANDREUCCI, R. A. *Fundamentos de reforma penal*, p. 113.

representavam a este maiores ameaças ou inconvenientes. Como a gestão da questão criminal não era ainda um fator decisivo e central para o exercício de poder político (como será a partir dos anos 90)⁴²⁸, e em função do grande desgaste do regime naquele momento, pode-se afirmar que os governos militares a partir da abertura foram até razoavelmente deferentes e tolerantes à opinião e autoridade técnica dos especialistas, professores e profissionais de destaque daquele momento, apesar de boa parcela destes não se identificar politicamente com o regime.

3.2.5.2

O movimento antimanicomial brasileiro e a Reforma de 1984

A partir dos anos 60, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) fruto da unificação dos institutos de aposentadorias e pensões, o Estado passou a comprar serviços psiquiátricos do setor privado, quando, então, a doença mental tornou-se objeto de lucro. Constatou-se aumento considerável de vagas e internações em hospitais psiquiátricos privados, em especial, nos grandes centros urbanos⁴²⁹. A lógica manicomial, portanto, ainda era muito forte no país.

Nos anos 50 em diante, porém, observa-se nos países centrais um grande movimento de crítica (que assume o nome de “antipsiquiatria” ou “psiquiatria alternativa”, a depender do autor) ao saber médico-psiquiátrico convencional, tanto de fora como no seu interior. Contribuições de um vasto rol de autores, inseridos ou não na antipsiquiatria, dentre os quais Erving Goffman, Robert Castel, Michel Foucault, Thomas Szasz, Giorgio Antonucci, Franco Basaglia, Franca Ongaro Basaglia, David Cooper, Ronald Laing, cada um a partir de sua metodologia e lugar, inclusive por meio de práticas inovadoras (como o protagonismo de Basaglia na reforma psiquiátrica italiana) iniciaram um amplo empreendimento intelectual no sentido, de um lado, de criticar e desconstruir as grandes categorias centrais do saber psiquiátrico tradicional, quais sejam, os rótulos de “doença mental”/“doente mental”, as noções tutelares de “tratamento” e “cura” e, de outro, perceber a desfuncionalidade tanto de certos tratamentos psiquiátricos daquele tempo (como eletrochoques e medicação), quanto do manicômio, ou seja, como este não operava e era incapaz de operar no sentido de cura e reabilitação dos pacientes, e terminava por desempenhar funções de exclusão e neutralização

⁴²⁸ Sobre o tema, PAIVA, L. G. M. *Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal*, 1984-1990.

⁴²⁹ AMARANTE, P. *Asilos, alienados e alienistas*, p. 79-80.

social, com impacto desproporcional sobre os mais pobres e marginalizados. Este movimento prático-teórico segue vivo ainda hoje, contando com expoentes como Ernesto Venturini na Itália, Bonnie Burstow no Canadá e, no Brasil, Joel Birman.

Este movimento de crítica e reforma tem início no Brasil no período de 1978-1980⁴³⁰ e é protagonizado por inúmeros atores, principalmente do campo da saúde, como o Movimento de Trabalhadores de Saúde Mental (MTSM), com suas diversas formas de expressão⁴³¹, a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), a Federação Brasileira de Hospitais (FBH), a indústria farmacêutica e as universidades⁴³².

O fator que deflagrou o movimento de reforma psiquiátrica no Brasil foi o episódio conhecido como “Crise do DINSAM” (Divisão Nacional de Saúde Mental), órgão do Ministério da Saúde responsável pelas políticas de saúde mental. Profissionais do Centro Psiquiátrico Pedro II, do Hospital Philippe Pinel; da Colônia Juliano Moreira e do Manicômio Judiciário Heitor Carrilho entraram em greve em abril de 1978, em razão das péssimas condições de trabalho, da ausência de concursos públicos para o setor, críticas aos tratamentos disponibilizados aos pacientes, enfim, pela humanização do serviço e das condições de trabalho daqueles locais⁴³³.

Com isso, a partir de 1978 foram promovidos vários congressos e encontros na área da saúde mental, consolidando a necessidade e a demanda política por reformas no campo da psiquiatria e no tratamento da saúde mental. Vale destacar, dentre estes eventos, o I Congresso Brasileiro de Grupos e Instituições, que teve lugar no Rio de Janeiro e contou com a participação de diversas figuras de renome, como Franco Basaglia, Félix Guattari, Robert Castel, Erwin Goffman, dentre outros⁴³⁴. Basaglia, aliás, em 1979, retornou ao Brasil e conheceu o Hospital Colônia, em Barbacena, quando então imortalizou seu choque: “*estive hoje em um campo de concentração nazista. Em nenhum lugar do mundo, presenciei uma tragédia como esta*”⁴³⁵.

Apesar da força que assumiu o movimento antimanicomial no Brasil, cumpre destacar que este subalternizou e invisibilizou diversas questões atinentes a raça e gênero, em particular,

⁴³⁰ Lückmann e Rodrigues apontam que as primeiras manifestações no setor da saúde tem início em 1976, quando da constituição do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES) e do Movimento de Renovação Médica (REME) (LÜCHMANN, L. H. H; RODRIGUES, J. *O movimento antimanicomial no Brasil*, p. 402).

⁴³¹ Por exemplo, seus Núcleos Estaduais de Saúde Mental do CEBES; Comissões de Saúde Mental dos Sindicatos Médicos, o REME, a Rede Alternativas à Psiquiatria, Sociedade Psicossíntese. (AMARANTE, P. *Locos por la vida: la trayectoria de la reforma psiquiátrica en Brasil*, p. 59).

⁴³² Idem, ibidem.

⁴³³ Ibid., p. 59-60.

⁴³⁴ Ibid., p. 63-64.

⁴³⁵ ARBEX, D. *Holocausto brasileiro*, p. 15.

a relação das mulheres com a saúde mental⁴³⁶, quando, em verdade, elas participaram massivamente no movimento, tanto nas organizações de usuários e familiares, quanto em outras experiências de intervenção, políticas, culturais e sociais, provocando rupturas relativamente ao estigma de “louca”, uma das rotulações centrais ao machismo e à dominação patriarcal⁴³⁷.

De qualquer modo, é importante perceber como os movimentos de reforma psiquiátrica no Brasil têm lugar e sentido político definidos, inserindo-se no contexto amplo de abertura e redemocratização do país (apesar de se situarem no âmbito profissional da saúde). A desconstrução do paradigma manicomial, lecionam Amarante e Guljor, não se restringe à extinção dos hospitais psiquiátricos. Projeta-se um novo lugar social do louco, considerando a perspectiva de transformação da sociedade no sentido da solidariedade, da justiça social e redução das desigualdades⁴³⁸.

Importa ainda entender como Reforma Psiquiátrica consiste em um processo social complexo, que assume quatro dimensões essenciais: (i) teórico-conceitual, redefinindo-se as categorias conceituais como, por exemplo, a dicotomia normalidade/anormalidade; (ii) técnico-assistencial, rejeitando-se o isolamento e a vigilância panóptica por novas práticas calcadas no cuidado e na autonomia; (iii) jurídico-política, em que se busca redefinir e rediscutir as relações sociais e civis em termos de cidadania, direitos humanos e sociais e, por último, (iv) sociocultural, o objetivo maior da reforma psiquiátrica, que é transformar o lugar social da loucura, modificando as relações entre sociedade e loucura⁴³⁹.

A interseção entre reforma psiquiátrica, saúde mental e justiça criminal, no âmbito das medidas de segurança, entretanto, não foi propriamente articulada pelos autores da Reforma Penal de 1984, tendo sido objeto de pontuais reflexões e intuições no seio da doutrina, que timidamente foram incorporadas no Código.

Comentando o CP 1969, Heleno Fragoso, discorrendo sobre o novo sistema de penas e medidas de segurança, demonstrou rara sensibilidade com os novos saberes e críticas que estavam surgindo:

Por outro lado, se, findo o prazo da internação substitutiva, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicionante da periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo

⁴³⁶ PASSOS, R. G.; PEREIRA, M. O. *Luta Antimanicomial, Feminismos e Interseccionalidades*: notas para o debate, p. 26.

⁴³⁷ PASSOS, R. G. *Mulheres e Reforma Psiquiátrica*: o lado esquecido da história. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH – São Paulo, julho de 2011.

⁴³⁸ GULJOR, A. P.; AMARANTE, P. *Movimentos sociais e luta antimanicomial*: contexto político, impasses e a agenda prioritária, p. 635-636.

⁴³⁹ AMARANTE, P. *A (clínica) e a Reforma Psiquiátrica*, p. 48-51, p. 4-7.

indeterminado. *A antipsiquiatria está demonstrando, de forma eloquente, a necessidade de rever essas soluções de internação (que realmente é punitiva) por tempo indeterminado*⁴⁴⁰.

Porém, o grande desafio dos juristas naquele momento era, na verdade, o sistema duplo binário (que pouco tinha a ver com psiquiatria, e muito mais com “segurança pública”⁴⁴¹ e defesa social pura e simples, em sentido policialesco), que o CP 1969 havia extinguido, mas que, em função da vacância daquela legislação, permanecia vigente, apesar das reformas setoriais de 77 e 78. A crítica àquele sistema era praticamente uníssona: o duplo binário não funcionou; não foram criados os estabelecimentos necessários; tratava-se de verdadeira “burla de etiquetas” (rememorando as palavras de Eduard Kolhrausch); o critério de periculosidade era inseguro e vago, e deveria ser extirpado do sistema de penas, dentre outros argumentos⁴⁴².

Muito timidamente, a leitura da Exposição de Motivos da Parte Geral sugere que algo da crítica antimanicomial e antipsiquiátrica buscou ser incorporado nas disposições do Código:

90. O projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita.

91. Corresponde a inovação às atuais tendências de “desinstitucionalização”, sem o exagero de eliminar a internação. Pelo contrário, o Projeto estabelece limitações estritas para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitido quando o ato praticado for previsto como crime *punível com detenção*.

Já a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, por outro lado, embora igualmente tímida, foi mais consciente a respeito da violência asilar imposta aos submetidos às medidas de segurança:

⁴⁴⁰ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Tomo II, p. 619. Fragoso aprimorou e se tornou ainda mais receptivo às críticas reformistas nas suas lições, em trecho emblemático: “o juiz deve preferir, sempre que legalmente possível, o tratamento ambulatorial, *está mais do que demonstrada a nocividade da internação psiquiátrica. Os manicômios judiciais, como instituições totais, funcionam com sinal negativo, agravando a situação mental do doente* (grifo nosso). Com o notável progresso feito pela medicina com relação aos tranquilizantes, a grande maioria dos doentes mentais pode hoje permanecer em segurança com suas famílias” (FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. A nova Parte Geral, p. 411).

⁴⁴¹ A expressão está entre aspas para marcar a crítica que sobre ela recai, no sentido de sua impropriedade técnica e manipulabilidade política, por ser vazia de conteúdo material e adequação conforme a direitos e garantias fundamentais. Emblemático, nesse sentido, BATISTA, N. *Criminologia sem segurança pública*.

⁴⁴² Sobre estes argumentos, por todos, FRAGOSO, H. C. *Sistema do duplo binário: vida e morte*, p. 5-21; argumentando que o critério de periculosidade carecia de maior desenvolvimento científico, JÚNIOR, M. R. *Das penas e sua execução no novo código penal*, p. 112; afirmando que tentou-se eliminar ao máximo a periculosidade da parte geral e da execução penal, ainda JÚNIOR, M. R. *Tentativa de eliminação do critério da periculosidade*, p. 2-3; TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 73-78.

158. A pesquisa sobre a condição dos internados ou dos submetidos a tratamento ambulatorial deve ser estimulada com rigor científico e desvelo humano. O problema assume contornos dramáticos em relação aos internamentos que não raro ultrapassam os limites razoáveis de durabilidade, consumando, em alguns casos, a perpétua privação da liberdade.

Depreende-se, assim, que a Reforma Penal de 1984 assimilou muito pouco das demandas do movimento de reforma psiquiátrica, priorizando-se o fim ao duplo binário e a garantia mínima aos direitos dos pacientes submetidos a medidas de segurança. Não obstante, o saber jurídico-penal não foi completamente insensível ao movimento, o que se faz notar pela percepção clara da natureza sancionatória da medida de segurança, que se passava a sustentar (para além de eventuais finalidades terapêuticas); suas limitações legais mínimas; e por certo viés de intervenção mínima que lhe era atribuído, ao se propor a aplicação de tratamento ambulatorial o máximo possível, em consonância com os mais modernos e humanitários métodos de tratamento psiquiátrico à época disponíveis.

3.2.5.3

O “estado da arte” da teoria jurídico-penal e criminológica ao tempo da Reforma

Compreender o “estado da arte” relativamente à dogmática jurídico-penal e à criminologia ao tempo da Reforma Penal de 1984 requer situar estas teorias no tempo e no espaço, ainda que de forma muito breve e pontual.

Como que um paradoxo, mas apenas aparente, apesar de a América Latina ter vivenciado, ao longo do século XX (mais sensivelmente entre os anos 60 e 80), uma miríade de regimes ditatoriais e autoritários, os quais, a seu turno, experimentaram como reação movimentos de resistência como guerrilhas e luta armada, este também foi um momento global de afirmação (nominal) de direitos humanos, cujo maior legado em nossa região foi a assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), com amplo leque de direitos e garantias fundamentais⁴⁴³.

⁴⁴³ PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 323-326; destacando o papel proativo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na denúncia das violências de agentes de repressão nos regimes autoritários do continente, Id., *Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*, p. 100-109.

Não por acaso, mas como forma mesmo de resistência política, neste período a criminologia crítica nasceu e se ergueu no continente, combatendo não apenas a criminologia positivista de matriz italiana que ainda predominava nas faculdades de direito e nas cadeiras de medicina legal, mas também investigando e denunciando as violações de direitos humanos que ocorriam nos (e através dos) sistemas penais latino-americanos, dos sistemas de repressão política, sistemas penais formais e subterrâneos, enfim, a violência e brutalidade estatal como um todo. Também não por acaso, é fundamental lembrar que diversos profissionais, professores e pesquisadores críticos latino-americanos dedicaram suas vidas a estas bandeiras, não apenas sendo perseguidos e perdendo suas cadeiras acadêmicas, como muitos deles torturados, desaparecidos, mortos⁴⁴⁴.

Em linhas muito gerais, a criminologia crítica que aqui se desenhou e floresceu era (e ainda é, de certa forma) um mosaico predominantemente sociológico, composto, em sua base, pelo marxismo enquanto método e pelas teorias da rotulação social (“labelling approach”), dentro do chamado “paradigma da reação social”⁴⁴⁵. No seu campo encontram-se não apenas juristas, mas sociólogos, historiadores, assistentes sociais, psicólogos, pedagogos. Por essa razão, mais que um ramo do saber, que se dedicaria à produção de “verdades duras” (“Hard Science”), a criminologia crítica figuraria mais como um movimento prático-teórico⁴⁴⁶.

Interessante pontuar que neste período a criminologia crítica latino-americana já desenvolvia um frutífero diálogo com os movimentos de reforma psiquiátrica/antipsiquiatria. Na obra “Criminologia da Reação Social” (com tradução brasileira de 1983 por Ester Kosovski e prefácio de Heleno Fragoso), Lola Aniyar de Castro chegou a dedicar um capítulo inteiro ao

⁴⁴⁴ Sobre isso, CODINO, R. *Por uma outra criminologia do terceiro mundo: perspectivas da criminologia crítica no Sul*, p. 22-35; ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, p. 674-687; CASTRO, L. A. *Criminología de los derechos humanos: criminologia axiológica como política criminal*, p. 1-25; CODINO, R.; ALAGIA, A. *La descolonización de la criminología en América*, p. 260-271; sobre esta história no Brasil, ANDRADE, V. R. P. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*, p. 77-96.

⁴⁴⁵ Como que uma síntese embrionária desse paradigma, vale recordar as lições da fase mais avançada do pensamento de Roberto Lyra: “Criminoso? Prefiro falar em autor de fato previsto na lei como crime, sem pressuposto, discriminação, estigma, labéu. A antítese – não há crimes, mas criminosos – constituiu avanço sobre a tese – não há criminosos, mas crimes. É tempo de fixar a síntese – não há criminosos, mas homens”. (LYRA, R. *Direito Penal Científico* (Criminologia), p. 178). Extremamente representativas do amadurecimento desse movimento criminológico são as obras do Prof. Juarez Cirino dos Santos, respectivamente: SANTOS, J. C. *A Criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*; Id., *A criminologia radical*; Id., *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Sobre sua abordagem radical em criminologia, Id., *O discurso criminológico*, p. 119-131.

⁴⁴⁶ CARVALHO, S. *Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais*, p. 279-303; ainda com Salo de Carvalho, assumindo a virtude de a criminologia não ser ciência, Id., *Antimanual de Criminologia*, p. 97-101.

tema. Comentando as aproximações entre cárcere e manicômio, merece transcrição o seguinte trecho:

As funções da prisão e do manicômio apresentariam, pois, a nível da violência institucional que representam, um paralelismo real, reforçado pelas semelhanças que Goffman e Chapman haviam identificado e que já foram mencionados. Assim, explica Basaglia na entrevista dada a propósito do livro *Psiquiatria e Antipsiquiatria*, durante muitos séculos “loucos, criminosos, prostitutas, alcoólatras, ladrões e extravagantes de todo o tipo” eram recolhidos a um mesmo lugar onde os diferentes aspectos da sua anormalidade representavam “essa parte do homem que devia ser eliminada, erradicada e ocultada”. E, embora a prisão e o manicômio posteriormente se separem, conservaram idêntica função de defesa da norma e de afastamento dos *doentes* da sociedade normal. Nem o delinquente nem o louco, que assim são segregados e apenados, jamais tiveram dentro das instituições, reconhecimento da sua dignidade de homem⁴⁴⁷.

Comparando loucura e delinquência, ainda com Aniyar de Castro:

A função social da loucura, pois, tem um sentido semelhante ao da função social da delinquência. É significativo que ambos os movimentos, o da Nova Criminologia e da Nova Psiquiatria estejam também caminhando por estradas paralelas e que uma perspectiva mais humanista englobe toda a problemática do desvio⁴⁴⁸.

Contemporaneamente, Vera Malaguti Batista reconhece a proximidade entre a luta antimanicomial, a antipsiquiatria e a redemocratização no Brasil:

Eu me lembro que, no Rio de Janeiro, na eleição de Brizola, na eleição do Montoro em São Paulo ou do Arraes em Pernambuco, pelo Brasil afora existia um movimento contra a arbitrariedade, o autoritarismo, a truculência policial. Isso foi uma luta que tivemos análoga à luta antimanicomial⁴⁴⁹.

Entretanto, deve-se mencionar que houve resistência às novas ideias e reflexões acerca da questão criminal. Deve-se trazer as denúncias de Fragoso, que escreveu em mais de uma ocasião:

Cumprir recorrer a sanções alternativas, ampliando a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, que deve ser concedido o mais rapidamente possível. *Os juízes, que comumente tem mentalidade conservadora e reacionária, continuam abusando da prisão preventiva, e continuam a mandar as pessoas para a prisão demasiadamente, cumprindo a*

⁴⁴⁷ CASTRO, L. A. *Criminologia da reação social*, p. 177. Nessa mesma linha, Elena Larrauri, já falando desde a Espanha, observaria, alguns anos adiante, notável aproximação entre o tratamento dado pela antipsiquiatria à “doença mental”, tal qual representantes do “labelling approach” em relação ao delito: ambos seriam rótulos, etiquetas, atribuídas de modo a despolitizar os conflitos e convertê-los em problemas individuais (LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*, p. 49-50).

⁴⁴⁸ Ibid., p. 178.

⁴⁴⁹ BATISTA, V. M. *Estado penal e funções do cárcere na contemporaneidade: produção de subjetividade e de criminalidade (intervenção)*, p. 28.

*função ideológica que lhes atribui o sistema. Existe clara discrepância entre o que os juristas estão dizendo e o que os juízes estão fazendo*⁴⁵⁰ (grifo nosso).

Mais perto da Reforma, ainda com Fragoso:

*Infelizmente, os juízes e promotores, em regra, continuam a acreditar demasiadamente na pena, apesar de toda a evidencia em contrário. (...) A mentalidade demasiadamente repressiva e conservadora, que domina o corpo judiciário e que se reflete, inclusive, em juízes do Supremo Tribunal Federal (...) (grifos nossos)*⁴⁵¹.

José Henrique Pierangeli, comentando sobre críticos à Reforma de 1984, faz ressoar as percepções de Fragoso:

A reforma operada, ainda quando não passava de um anteprojeto já recebia críticas vindas de vários setores da sociedade. É incrível que até mesmo pessoas sem qualquer formação jurídico-penal se atreviam a estabelecer críticas ao sistema de penas adotado. Essas vozes vindas de todos os quadrantes do país não chegaram a nos causar qualquer surpresa, pois bem poucos atualmente estão familiarizados com a evolução da ciência do direito penal, embora se atrevam até a escrever sobre o assunto. (...) Outras vozes se levantaram em defesa da pena de morte (...) ⁴⁵².

Por sua vez, em relação à teoria do delito e dogmática jurídico-penal, assistiu-se à vitória (tardia) do finalismo. É bem verdade que anteriormente o neokantismo, em especial sua vertente autoritária de Edmund Mezger, já havia se infiltrado na moldura tecnicista então em voga e conquistado adeptos na América Latina e no Brasil a partir dos anos 40 e 50, com a tradução para o espanhol da edição de 1935 do seu tratado⁴⁵³. Em nosso país, é conhecida a adesão de penalistas como Galdino Siqueira, Aníbal Bruno, e mesmo Heleno Fragoso (este muitíssimo menos entusiasta em relação aos postulados neokantianos que os demais)⁴⁵⁴. Resistência notável a Mezger, e, principalmente, à sua teoria da “culpabilidade pela condução de vida”⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ FRAGOSO, H. C. *Ciência e experiência do direito penal*, p. 16.

⁴⁵¹ Id., *A reforma da legislação penal*, p. 12-13.

⁴⁵² PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 88-89.

⁴⁵³ BATISTA, N. *Cem anos de reprovação*, p. 167.

⁴⁵⁴ Id., Op. cit., p. 167-169; BATISTA, N. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*, p. 126.

⁴⁵⁵ Nas palavras de Mezger, “a culpabilidade jurídico-penal do autor é não apenas a culpabilidade do fato isolado, mas também uma completa culpabilidade por condução de vida, que o fez degenerar” (MEZGER, Edmund. *Die Straftat als Ganzes*, p. 688 Apud FRAGOSO, C. F. *Autoritarismo e sistema penal*, p. 248). A “culpabilidade por condução da vida” relacionava-se a casos de erros de proibição por “cegueira jurídica” (em que o autor sequer cogitava do caráter proibido ou antijurídico de seu comportamento) e que, em combinação à “teoria limitada do dolo”, pretendia justificar a punição deste autor por crime doloso, pois a culpabilidade do autor não apenas existiria na culpabilidade pelo fato, senão também na “atitude” que o autor manteve no transcurso de sua vida passada em relação ao direito em sua totalidade (MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*.

foi feita por Nelson Hungria, que inadmitia a transposição de critérios próprios da periculosidade para o âmbito da culpabilidade, por entender se tratar de parâmetros distintos para objetivos distintos, além de denunciar claramente a paternidade totalitária da proposta⁴⁵⁶.

O finalismo, grosso modo entendido como o sistema teórico do delito baseado na ideia de finalidade, cujas linhas gerais foram elaboradas por Hans Welzel, é uma doutrina que pressupõe, na lição de Juarez Tavares, duas premissas: (i) o mundo se organiza com vistas a um fim e; (ii) a explicação de todo acontecimento (fenômeno) do mundo consiste em aduzir o fim ao qual ele se dirige⁴⁵⁷. A ideia de que o ser humano, em função de seu saber causal, consegue antecipar, mesmo que de forma limitada, as consequências de sua conduta, é o traço essencial do finalismo⁴⁵⁸. Esta noção chegou a compor, num primeiro momento (anos 30), um aspecto essencial da vida social; e, num segundo momento de Welzel (pós-segunda guerra mundial), uma das chamadas “estruturas lógico-objetivas” (ou “estruturas objetivas do ser”), isto é, uma lei eterna e permanente da natureza que sempre existiu (juntamente com o livre arbítrio, o ser humano dotado de autodeterminação)⁴⁵⁹.

O finalismo, em que pese certa controvérsia histórica a respeito da simpatia de Welzel ao regime nacional-socialista⁴⁶⁰, guarda relação com o fim da Segunda Guerra Mundial. Sua

Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, p. 134-135). Conferir também ZAFFARONI, E. R. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*, p. 138-144.

⁴⁵⁶ “Surgiu, entretanto, notadamente por influência do Estado totalitário ou antiliberal, e por iniciativa da doutrina alemã, uma nova concepção de culpabilidade, fundada no estranho postulado de que o indivíduo deve prestar contas, também, de sua própria personalidade, não podendo eximir-se à punição por tê-la deixado formar-se num sentido anti-social” (HUNGRIA, N. *Um novo conceito de culpabilidade*, p. 476).

⁴⁵⁷ TAVARES, J. *Teorias do delito*, p. 53.

⁴⁵⁸ ROCHA, R. G. A. *Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses*, p. 79.

⁴⁵⁹ ROXIN, C. *Novos estudos de direito penal*, p. 116-119; TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 88-91.

⁴⁶⁰ Welzel foi um penalista que começou a publicar seus principais trabalhos nos anos 1930, com especial destaque para seus estudos sobre filosofia e direito natural, o próprio conceito final de ação e novos aportes sobre o conceito de bem jurídico (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 85; SANTOS, H. S de S. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar, p. 43-46). A ambiguidade que atravessa sua obra nesse período reside no fato de que a visão de direito penal que propôs era profundamente personalista e eticizada, isto é, centrada no desvalor da ação (e não do resultado), em um injusto pessoal e em consonância com a defesa dos valores ético-sociais elementares da sociedade. Como o regime nacional-socialista também flertava com estas proposições, permanecem grandes dúvidas históricas a respeito da filiação ou não de Welzel ao nazismo, e a funcionalidade política de suas ideias a ele. Muñoz Conde sugere que Welzel teria, de fato, desenvolvido uma concepção teórica do sistema do direito penal afim, em alguns aspectos, à ideologia nazista (CONDE, F. M. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, p. 34), posição também esboçada por Hassemer, que constatou tais afinidades sobretudo a partir do conceito de ação (HASSEMER, W. *La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana*, p. 44-45). Christiano Fragoso, ao rememorar a defesa de Welzel a um juízo de reprovação moral em sede de culpabilidade, insiste em apontar a controvérsia histórica (FRAGOSO, C. F. Op. cit., p. 247). Humberto Souza Santos, por outro lado, reconhece como injustas as críticas a uma suposta adesão de Welzel ao nazismo, uma vez que a defesa de Welzel pela promoção de valores ético-sociais não coincidiria com o coletivismo característico daquele regime, afastando-se de uma ideologização e politização total; tampouco se sustentaria a crítica de direito penal de ânimo, pois não competiria ao direito penal impor sentimentos desejáveis positivos, mas apenas respeitar os bens jurídicos previstos no Código e seu

ascensão coincide com o momento de reafirmação universal do ser humano enquanto titular de direitos, da necessidade de imposição de limites insuperáveis ao legislador, e do entusiasmo em relação a uma visão jusnaturalista do direito⁴⁶¹.

No Brasil, a teoria finalista da ação foi conhecida a partir dos anos 1950, e sofrera grandes resistências, ganhando destaque apenas a partir das obras de João Mestieri e Carlos Adalmyr Condeixa da Costa, de 1970 (ano também da tradução chilena da 11ª Edição do Tratado Direito Penal de Welzel, por Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez). A partir daí, penalistas daquele período como Reale Júnior, Luiz Luisi, Heleno Fragoso (na sua fase mais engajada, a partir dos anos 60-70), Assis Toledo, René Ariel Dotti, Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista – além, claro, de Raúl Zaffaroni (nos seus primeiros manuais e tratados) -, todos passaram a adotar as premissas finalistas em suas obras, sistema este, aliás, que – relevadas suas matizações pela incorporação tardia de postulados do funcionalismo moderado de Roxin, como a ancoragem do direito penal na finalidade político-criminal de prevenção e proteção a bens jurídicos - segue sendo predominante em nosso país e no continente, de modo geral.

Apesar de metodologicamente indiferente à operacionalidade do sistema penal, o finalismo foi apropriado e “traduzido” na América Latina e no Brasil por juristas militantes e engajados na luta por direitos humanos, pela redemocratização e pela reforma dos sistemas de justiça criminal, juristas estes sintonizados com discurso criminológico-crítico. As palavras de Heleno Fragoso, tensionando a teoria do delito (“ciência”) com a realidade prática do sistema penal (“experiência”) são dignas de nota:

Por que estamos, então, em situação de crise, se a elaboração técnica dos juristas conseguiu, como vimos, conduzir a formulação doutrinária do direito penal a um grau de grande perfeição técnica? O conjunto de normas que constitui o direito e o processo penal e a doutrina que sobre ele se realiza, cumprem também uma função ideológica, segundo a qual se apresenta a realidade do sistema punitivo de forma ilusória. O direito penal de nosso tempo sofreu o impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu à análise o próprio sistema da justiça punitiva⁴⁶².

(...). Diante disso, o direito penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias entre a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de direito penal e, afinal, ele serve para quê? Como funciona efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática, vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do

reconhecimento pela norma. (SANTOS, H. S. S. Op. cit., p. 46). Em uma investigação mais aprofundada, Javier Llobet Rodríguez demonstra que, de fato, Welzel teria sido sim um adepto do nazismo, mas de forma mais contida e moderada do que outros penalistas de seu tempo (RODRÍGUEZ, J. L. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*, p. 229-307).

⁴⁶¹ SCALCON, R. L. *Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo*, p. 31-33.

⁴⁶² FRAGOSO, H. C. *Ciência e experiência do direito penal*, p. 9.

Estado. Proclama-se, em consequência, que o direito penal é parte da política social e que constitui instrumento a ser usado com parcimônia, pelo alto custo social que a pena apresenta⁴⁶³.

Assim, o contexto da Reforma de 1984 foi marcado por duas rupturas cruciais: (i) de uma criminologia etiológica positivista, saber auxiliar e secundário em uma compreensão parcial (para dizer o mínimo) do sistema penal, passou-se a uma criminologia crítica que redireciona seu olhar, do crime e do criminoso para o sistema penal como um todo e sua realidade prática – via pela qual, diga-se de passagem, as críticas da antipsiquiatria puderam adentrar no campo jurídico; (ii) de uma teoria do delito causalista e clássica, desenhada pelas linhas do sistema Liszt-Beling e pela moldura e mentalidade do tecnicismo jurídico-penal italiano de Rocco, à incorporação, apropriação e tradução marginal de uma teoria finalista, à qual se imprimiu grande preocupação e sensibilidade para com as relações e os efeitos práticos do discurso penal na realidade. Contudo, apesar do alto desenvolvimento científico que experimentava a teoria do delito, a teoria da pena e da medida de segurança foi deixada de lado pelo campo jurídico – o que é aprofundado mais adiante. Com Fragoso, de se notar que o autor percebeu, talvez de forma intuitiva, este descompasso teórico:

Deve-se dizer que essa evolução (da teoria do delito) deixou um pouco na sombra toda a parte relativa às consequências jurídicas do delito, e, sobretudo, o que se refere à execução das penas. Essas questões foram relegadas pelos juristas a um segundo plano, pois eles entendiam que esta parte do sistema não oferecia os grandes atrativos das questões elegantes da teoria do delito. Partia-se aqui, em geral, de uma concepção retributiva da pena, completada e complementada pelas medidas de segurança⁴⁶⁴.

3.2.5.4

A inimputabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança na Reforma de 1984

Na leitura de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, a Reforma de 1984 prova, efetivamente, a vitalidade do CP 1940, uma vez que se aproveitou a estrutura do Código anterior, corrigindo soluções dogmáticas defeituosas e introduzindo novos dispositivos e inovações⁴⁶⁵. Relativamente ao sistema teórico do delito encampado pelos reformadores, em que pese a estrutura finalista ter inspirado a Parte Geral (o que se faz sentir com maior evidência, por

⁴⁶³ Ibid., p. 15.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 8.

⁴⁶⁵ Um inventário completo das modificações em sede de concurso de agentes, crime continuado, efeitos da condenação, dentre outras normas pode ser consultado em BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 482-483.

exemplo, na disciplina do erro), as maiores modificações foram realizadas no âmbito da estruturação do sistema de penas e medidas de segurança.

Embora a reforma tenha atribuído finalidades semelhantes tanto a uma como a outra consequência jurídica (a medida de segurança, apesar de reabilitadora, convive com a pena, que, além de função retributiva, também seria provida de viés reintegrativo, com *nomen iuris* “ressocialização”⁴⁶⁶, a Exposição de Motivos insiste em afirmar que se procurou obedecer ao princípio da culpabilidade, em particular, na extinção do duplo binário e na nova configuração das penas – culpabilidade e medidas de segurança - periculosidade (itens 18 e 87):

O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente os denominados crimes qualificados pelo resultado (item 18).

Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança (item 87).

No sentido da promoção do princípio da culpabilidade, a Reforma pôs termo ao duplo binário, encerrando o sistema de medidas de segurança para imputáveis e adotando o sistema vicariante para o semi-imputável, que poderia ou sofrer uma pena reduzida ou uma medida de segurança; extinguiram-se os casos de periculosidade presumida, bem como as medidas de segurança patrimoniais. Com isso, os reformadores alegaram estar alinhados com os direitos e garantias individuais, na forma de um direito penal do fato (matizado pela consideração de circunstâncias pessoais e sociais na aplicação da pena), e não de autor⁴⁶⁷. Deve-se sublinhar, no entanto, que se referiam muito mais à pena do que à medida de segurança. Comentando a Reforma vinte anos depois, Reale Júnior:

Os membros da comissão elaboradora, mormente os que mais dedicaram à formulação do novo sistema de penas, como Ricardo Antunes Andreucci, René Ariel Dotti e eu, tinham firmada convicção de que o Direito Penal fincava alicerces na ideia da Culpa em sentido lato, ou seja, a *nulla poena sine culpa*. Assim, fosse o fim da pena retributivo ou de prevenção geral, positiva ou

⁴⁶⁶ Um amplo estudo histórico e criminológico sobre as penas e medidas de segurança na Reforma de 1984 pode ser consultado em RAUPP, Mariana Mendonça. *La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l’incarcération?*; em amplo estudo sobre penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro, comentando sobre a estruturação das penas e medidas pela Reforma, CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*, p. 297-312; p. 504-506.

⁴⁶⁷ Por todos, TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 71-73.

negativa, a culpabilidade deveria ser a razão de atribuição da ação típica reprovável ao agente, fundado o juízo de censura na análise das circunstâncias do fato ocorrido e jamais se tendo em vista as possíveis atitudes delituosas futuras⁴⁶⁸.

Em relação à normativa trazida pela Reforma, a inimputabilidade por sofrimento psíquico restou assim definida:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

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

As medidas de segurança passaram a ser exclusivamente pessoais, subdividindo-se em duas espécies: (i) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (art. 96, I, CP); (ii) sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96, II, CP). Na linha do Código anterior, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta (art. 96, p.u, CP).

Na linha do sistema vicariante, são aplicadas apenas a inimputáveis por sofrimento psíquico perigosos (realizado o incidente de insanidade mental do acusado, nos termos do art. 149 e seguintes, CPP); aos semi-imputáveis que necessitem de tratamento curativo, redução de pena (art. 26, p.u) ou substituição da pena por medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial no prazo mínimo de 1 a 3 anos (art. 98, CP).

Sem a pretensão de esgotar a vasta amplitude de condições mentais e suas rotulações segundo a gramática jurídica em vigor, é possível ao menos destacar aquelas com enquadramentos mais frequentes pela literatura jurídica especializada. Em geral, são exemplos de quadros de inimputabilidade – desde que em graus significativos de afetação - a oligofrenia (casos de déficit de inteligência, cujo caso mais conhecido é a síndrome de down) e as psicoses (esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva ou maníaco-melancólica e seus quadros delirantes)⁴⁶⁹. A semi-imputabilidade, por se referir a casos “fronteiriços”, em geral é aplicada para condições de “debilidade mental”, como a oligofrenia em graus menos significativos,

⁴⁶⁸ JÚNIOR, M. R. *Tentativa de eliminação do critério da periculosidade*, p. 2.

⁴⁶⁹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 261-270.

estados incipientes, residuais e atenuados de psicoses; personalidades “psicopáticas” (Transtorno de Personalidade Antissocial – TPAS) e mesmo perturbações transitórias da saúde mental⁴⁷⁰. Quadros mais controvertidos no âmbito psi, como as “neuroses”, no plano jurídico, em geral, são atribuídos imputabilidade por se rejeitar o status de “doença mental” a estas condições, porém, não são imunes à crítica, que pugna por uma análise mais individualizada e admite a possibilidade de se reconhecer inimputabilidade ou semi-imputabilidade a depender de seu grau de afetação⁴⁷¹.

Ao inimputável (art. 26, CP) fica designado, em princípio, sua internação; se, entretanto, tiver praticado infração penal punível com detenção, o Código permite ao magistrado que o submeta a tratamento ambulatorial (art. 97, caput).

As medidas de segurança de internação ou tratamento ambulatoriais possuem prazos máximos indeterminados, perdurando sua execução enquanto não averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. Porém, elas possuem prazos mínimos, que podem ser de 1 a 3 anos, findos os quais a referida perícia deve ser realizada. Não obstante, pode a perícia ser repetida anualmente ou a qualquer tempo, caso assim determine o juiz da execução (art. 97, §1º e 2º). A LEP disciplina a cessação de periculosidade (art. 175 e seguintes), e excepciona a regra do CP, no art. 176, facultando que o juiz da execução pode, a qualquer tempo, diante de requerimento fundamentado do MP, do condenado ou seu procurador, defensor, determinar a realização do referido exame.

Estas disposições não passaram incólumes à crítica, como se observa em Zaffaroni (referindo-se ao então anteprojeto):

Devemos ter em conta que o sujeito, que incorre na situação do parágrafo único do art. 26, é culpável, se bem que possuindo culpabilidade diminuída. Surge admissível que, neste suposto, possa operar o sistema vicariante, mas o que não se pode acolher é a internação *sine die* do sujeito, que se desentenda, totalmente, da magnitude do injusto cometido. O caso, que se prevê não é o do inimputável, senão o de um sujeito, que emerge como autor de delito, em sentido estrito (...).

Confio em que é concebível utilizar o sistema vicariante, para a política criminal. E, com ele, permitir que, de modo limitado, a perigosidade corrija a culpabilidade do ato, quanto à soma de bens jurídicos comprometidos do autor, como consequência jurídico-penal de seu delito. Considero, entretanto, que isto sempre deve ter como base o máximo da pena, correspondente ao delito cometido, tratando-se de semi-imputável.

O contrário implicaria tirar, também, ao semi-imputável do direito penal e colocá-lo sob os efeitos de ilimitado direito de perigosidade, com os consentâneos riscos para as garantias individuais.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 265.

⁴⁷¹ Ibid., p. 278-280.

Não escapa ao bom critério atual, toda a problemática da instrumentação política da psiquiatria. No caso de pessoas que nem sequer são imputáveis, a questão aflora, por demais, delicada, exigindo, como mínimo, uma determinação temporal.

Acredito que, em síntese, com a disposição do parágrafo 2º, do art. 98 (atual artigo 98 do CP), se introduz uma cunha de estranha madeira, no anteprojeto. Isto é, uma assimetria, a qual se pode emendar, mediante a limitação do tempo máximo de internação do semi-imputável. Tal modicidade, prudentemente, poderia ser de um ano, no mínimo, e o máximo da pena do delito cometido, na hipótese, que excedesse a um ano⁴⁷².

Interessante perceber que mesmo os reformadores não se contentaram com estas disposições, como se nota do trecho abaixo:

Deve ser observado, contudo, que a solução normativa quanto à possibilidade de tratamento ambulatorial redundou tímida, porquanto se encerra nas hipóteses a que seria cominada a pena de detenção, o que significa, em muitos casos, o recurso à imposição de tratamento manicomial desnecessário e, portanto, nefasto⁴⁷³.

Quanto aos prazos mínimos, também os reformadores parecem ter se conformado em manter nestas disposições um resíduo retributivista:

O prazo mínimo das medidas de segurança, quaisquer que sejam, restou estipulado entre um e três anos (§1º do art. 97 do CP), o que se justifica por inato e não vencido sentido retributivo, que se imiscuiu e se manteve em tais providências.

Os prazos são, na realidade, meras presunções, evidenciando que as medidas de segurança não se desvincularam, por inteiro, da pena, permanecendo ligadas à ideia de castigo proporcional ao bem jurídico lesado, desatendido o seu sentido médico.

O condenado, nessas situações, não é um criminoso afinal, mas sim um doente mental, tendo o Estado o dever de lhe propiciar a cura, sem a incidência desnecessária de carga aflitiva⁴⁷⁴.

O Código impõe que a desinternação ou liberação seja sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, “antes do decurso de 1 ano, pratica *fato indicativo de persistência de sua periculosidade*” (grifo nosso) (art. 97, §3º, CP). René Ariel Dotti, e, mais recentemente, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni sustentam uma posição coerente aos pressupostos da Reforma: em obediência ao princípio da legalidade, este fato só pode(ria) ser um fato típico e ilícito, e não uma conduta de vida, uma mera questão de saúde individual⁴⁷⁵.

⁴⁷² ZAFFARONI, E. R. *Reflexões acerca do anteprojeto de lei, referente à parte geral do código penal do Brasil*, p. 17.

⁴⁷³ JÚNIOR, M. R. et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 291.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 292.

⁴⁷⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II, I*, p. 67.

O parágrafo 4º do art. 97 estabelece uma espécie de “regressão” de regime nas medidas de segurança, permitindo que, caso necessário para fins curativos, o juiz possa determinar a internação do agente. Por fim, no tímido art. 99, denominado “direitos do internado”, determina-se que “*o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento*”. Este estabelecimento foi designado na LEP como Hospital de Custódia e Tratamento (HCT), regido pelos artigos 99 a 101, que se limitam a descrever os destinos de inimputáveis psi e semi-imputáveis, e determinar que nestes locais os exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

3.2.5.5

Inimputabilidade por sofrimento psíquico, medidas de segurança e a Reforma de 1984: balanço histórico

Mais de 35 anos de vigência da Reforma de 1984 são suficientes para provar não só seus méritos e acertos, mas sua potência política. Ao contrário das disposições sobre medidas de segurança, é certo que seu sistema de penas sofreu (e ainda sofre) os impactos devastadores das legislações penais de pânico e de emergência, da programação criminalizante neoliberal que vem ditando os rumos e os alvos do sistema penal desde o final dos anos 80 e início dos 90 – e, mais recentemente, pela Lei 13.964/2019, intitulada “Pacote Anticrime”. De toda maneira, como reconhece Nilo Batista,

Foi uma reforma em que o reconhecimento acadêmico prevaleceu sobre o oportunismo das políticas criminais de ocasião, na qual os materiais teóricos aproveitados traziam selo de qualidade – nada de improvisações. Sobretudo, foi uma reforma ainda sob o *ethos* do desengano penalístico no mundo industrial, ao qual os professores do Projeto Alternativo alemão deram forma indelével: a pena não passa de “*amarga necessidade em uma comunidade de seres imperfeitos*”⁴⁷⁶.

Buscando fazer um balanço histórico das principais contribuições e limitações da Reforma, passa-se a uma breve exposição em tópicos, de modo a sintetizar as ideias trabalhadas ao longo do texto.

É possível afirmarmos que a Reforma foi, em alguma medida, sensível às mudanças em curso no tocante aos tratamentos disponíveis em saúde mental. Entretanto, apesar do viés humanista e engajado dos reformadores, neste ponto ela foi excessivamente tímida, limitando-

⁴⁷⁶ BATISTA, N. *Valeu, Toledo*, p. 11.

se a manter parte das disposições da legislação anterior e reduzir o alcance das medidas de segurança (sem extirpá-las da legislação).

Um fator que pode auxiliar na compreensão dessa “timidez” é a percepção da forma com que os atores do campo jurídico apreenderam os saberes críticos e as demandas da reforma psiquiátrica/antipsiquiatria. A antipsiquiatria chegou ao saber jurídico-penal pela via da criminologia crítica latino-americana, e foi pela voz desta que o diálogo entre as duas foi levado aos penalistas daquele contexto, que ainda estavam em vias de superar as amarras metodológicas de décadas de tecnicismo jurídico. Isso significa que a dogmática jurídico-penal seguiu como saber principal, mantendo a criminologia (mesmo a de recorte crítico) como saber secundário e auxiliar, e esta, em seu turno, inevitavelmente colocou a antipsiquiatria como um saber secundário e complementar em relação às suas pautas naquele momento.

Portanto, pelas lentes do campo penal, as denúncias do movimento antimanicomial ou não foram percebidas como propriamente jurídico-penais (e, por isso, não seriam de sua alçada), ou não envolviam seu saber técnico diretamente, figurando como coadjuvantes de um problema maior e tido como mais urgente, qual seja, as condições de encarceramento e as engrenagens falhas do sistema penal brasileiro no tocante à gestão da conflitividade social. No máximo, elas foram apreendidas e ganharam formato jurídico no seu aspecto mais superficial (e isso pelos poucos juristas sensíveis à antipsiquiatria): minimização da internação, garantia de tratamento médico adequado no âmbito dos estabelecimentos destinados a inimputáveis psi, afirmação do viés aflitivo das medidas de segurança e crítica/limitação ao critério de periculosidade.

O grande adversário dos reformadores naquele momento era o sistema duplo binário, e seu objetivo era encerrá-lo, de uma vez por todas, por sua manifesta falência (constada desde pelo menos 1969). Essa era uma questão tão séria e disputada que, por muito pouco, colocou a Reforma inteira a se perder⁴⁷⁷. René Ariel Dotti recorda do lobby feito por grupos opostos à nova legislação, inconformados, dentre outras razões, com a suposta soltura de condenados julgados perigosos pela justiça criminal, de acordo com o duplo-binário. Graças,

⁴⁷⁷ Inclusive, vale destacar que ela seguiu sendo criticada, ainda que por vozes minoritárias: Em oposição à abolição do sistema do duplo binário, confira-se a posição de Carlos Frederico Coelho Nogueira: “Em matéria de medidas de segurança, a sociedade e cada um de nós estaremos totalmente desprotegidos pela nova Parte Geral do Código Penal. (...) Não poderá mais ser declarada a periculosidade de réus imputáveis, por mais selvagens e revoltantes os crimes por eles praticados. Apenas porque, mentalmente, são sãos. Numa época em que a sociedade clama por segurança, dilui-se a repressão de crimes comuns, incentivando-se o incremento da criminalidade violenta” (NOGUEIRA, C. F. C. N. *Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança*, p. 142 *Apud* NUCCI, G. S. *Manual de Direito Penal*, p. 545).

principalmente, à militância de Heleno Fragoso, que encaminhou carta ao Ministro da Justiça, apelando em defesa da Reforma, foi possível manter a nova legislação incólume⁴⁷⁸.

Esta demanda e debate, portanto, não atendia a questões de saúde mental, mas sim, de “segurança pública” ou defesa social. O problema para os reformadores não era a medida de segurança para inimputáveis, era a sua aplicação e execução sobre imputáveis – quando, aí sim, e nesse contexto apenas, referiu-se à “burla de etiquetas”. A adoção do sistema vicariante para semi-imputáveis atendeu às demandas de reforma do sistema carcerário, negligenciando-se a questão manicomial no âmbito do sistema de justiça criminal.

Essa negligência se reflete na forma com que se definiu e se posicionou a imputabilidade (praticamente nos mesmos termos e pressupostos teóricos da legislação anterior); na manutenção do critério da periculosidade, ainda que adstrito às medidas de segurança (apesar de todas as críticas que desde antes lhe eram dirigidas); no apego ao viés retributivista mínimo nas medidas de segurança e na atribuição de prazo indeterminado para seu término, condicionado à cessação da periculosidade; e nos vocábulos e expressões empregados na legislação, todos impregnados por uma lógica manicomial de fundo (“doença mental”, “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, “internado”, “estabelecimento dotado de características hospitalares”, “tratamento”). É grave constatar que não se atentou, em momento algum, para a possibilidade de violação a direitos e garantias ao se manter a medida de segurança com prazo indeterminado (um dos poucos a alertar sobre isso na época foi Zaffaroni, e mesmo assim, apenas em relação a semi-imputáveis) e sequer se cogitou da proximidade desta à pena perpétua, ao contrário de outros autores brasileiros que perceberam esta questão ao criticarem as escolhas feitas pelo CP 1940.

Apesar do esforço declarado pelos reformadores, da louvável proclamação do princípio da culpabilidade e de um direito penal do fato no seio da Reforma de 1984, não foi possível extirpar a periculosidade do sistema de penas e medidas por ela inaugurado. Nas medidas, evidentemente não, como já abordado. Nas penas, a tentativa de conciliação entre direito penal do fato e direito penal de autor, culpabilidade de ato e culpabilidade de autor, como forma de “moderação” ou “humanização” do sistema, restou fracassada, como hoje já se sabe muito bem: em um sistema de justiça inquisitório, a manutenção de parâmetros incertos, vagos, de questionável validade científica – para dizer o mínimo – e abertos para servirem de ponte entre culpabilidade e dosimetria da pena (“personalidade”, “conduta social”, “circunstâncias e

⁴⁷⁸ DOTTI, R. A. *Heleno Fragoso e a Reforma Penal*, p. 29.

consequências do crime”, dentre outros) só serviu para habilitar mais poder punitivo, liberado das amarras garantistas da racionalidade e do dever de fundamentação idônea das decisões judiciais⁴⁷⁹. A aplicação da pena seguiu e segue sendo orientada pelo positivismo criminológico, hoje radicalizada basicamente com discursos de lei e ordem, mantendo-se a perversão congênita ao penalismo brasileiro entre periculosidade - critério que conhecemos desde sempre e que chegou a estruturar modelos dogmáticos inteiros, como em Vieira de Araújo - e culpabilidade - esta, que conhecemos muito pouco, e esse pouco, por décadas, não foi mais do que uma tradução da versão neokantiana normativista de Mezger, a qual, como percebera Hungria em seu tempo, não era senão periculosidade.

A negligência – compreensível, em razão do momento, das urgências e limitações daquele tempo - dos reformadores de 1984 com as medidas de segurança, hoje cobra seu preço, diante das trágicas e desumanas condições a que são submetidos portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais. Assim, no próximo tópico, serão analisadas as rupturas e permanências contemporâneas no controle jurídico-penal de inimputáveis psi e como a questão é enfrentada hoje.

3.2.6

Formas contemporâneas de compreender e controlar penalmente o sofrimento psíquico infrator no Brasil: rupturas, permanências e resistências

O entusiasmo e otimismo democrático nos anos que sucederam a Reforma de 1984, chegando ao ápice de nosso momento democrático com a promulgação da Constituição de 1988, duraram muito pouco.

Embora a Carta atual seja, de longe, a mais fértil e pródiga em direitos e garantias fundamentais de nossa história, ela, por si só, não foi capaz de extirpar o tumor do autoritarismo de regimes e tempos passados – como as sombras de hoje nos demonstram de forma terrivelmente clara. No campo jurídico-penal, isso se evidencia desde logo na adoção de mandados constitucionais de criminalização em diversas áreas – mais sensivelmente, nas diretrizes repressivas impostas à questão de drogas e na inauguração da categoria dos “crimes

⁴⁷⁹ Demonstrando os déficits de garantias e direitos no âmbito da aplicação da pena, por todos, CARVALHO, S. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena).

hediondos” (aos quais o tráfico se equiparou), sofrendo as duríssimas restrições de inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia (art. 5º, XLIII, CRFB)⁴⁸⁰.

Percebe-se, portanto, que a própria Constituição, nas suas ambiguidades e contradições políticas (uma vez que fruto de uma Assembleia Constituinte igualmente ambígua e contraditória), terminou por lançar as bases constitucionais para o hiperencarceramento que o país experimenta desde a década de 1990, conquistando posições mundiais vergonhosas e alarmantes, que convém não esquecer: segundo os dados mais recentes do Infopen 2019, somos a 3ª maior população carcerária do mundo em termos absolutos (mais de 750.000 presos); 4ª maior população carcerária feminina em termos absolutos (aproximadamente 37.000 presas), num sistema superlotado a mais da metade de sua capacidade (déficit de mais de 300.000 vagas), em que 35% são provisórios, sendo mais de 60% dessa população composta por pessoas negras, jovens (45%, aproximadamente) e de baixa escolaridade (metade do total com, no máximo, ensino fundamental completo).

Evidentemente, não foi a Constituição a única responsável pela irrealização e reversão total das esperanças e sonhos dos reformadores penais de 1984: os três poderes da República e os atores do sistema de justiça criminal aderiram em peso às pautas de criminalização e aos discursos inerentes ao Estado Penal, o braço armado do modelo político, econômico e social neoliberal que aqui, enfim, se instalou e se desenvolveu, mesmo durante governos federais mais à esquerda (período no qual, inclusive, o encarceramento foi mais aprofundado, a despeito das várias reformas penais e processuais penais que tentaram reverter o quadro)⁴⁸¹.

Se, de fato, no nosso sistema penal do capitalismo tardio⁴⁸², as *penas* (com processo e sem processo) são as que mais recebem o impacto das suas engrenagens hiperpunitivas que visam ao extermínio da juventude pobre e negra, na forma do binômio *letalidade policial/seletividade penal*, o mesmo não pode ser dito, nos mesmos termos, em relação às medidas de segurança. Não porque em relação a elas o sistema operaria de forma mais branda ou menos punitiva – elas também o são, mas com formas e mecanismos próprios –, mas porque a luta antimanicomial que ganhava corpo nos anos 70 e 80 conseguiu prosseguir e persistir, ganhando inclusive a adesão de parte dos atores no campo jurídico, os quais contribuíram e

⁴⁸⁰ Criticamente, sobre os mandados constitucionais de criminalização, CARVALHO, S. *A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações do Capitalismo Pós-industrial e Globalizado*, p. 115-126.

⁴⁸¹ Sobre isto CARVALHO, S. *A Estrutura Lógica e os Fundamentos Ideológicos do Sistema de Penas na Lei Anticrime*, p. 173-174; em maior fôlego, analisando as políticas dos governos petistas, AZEVEDO, R. G.; CIFALI, A. C. *Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal*, p. 105-127.

⁴⁸² Terminologia empregada por Nilo Batista (BATISTA, N. *Os sistemas penais brasileiros*, p. 112-113).

contribuem para que esta história seja singular, com perspectivas e possibilidades inovadoras e um pouco mais emancipatórias.

Nesse sentido, o tópico busca analisar o avanço desta luta no campo penal, primeiro, tomando por marco o advento da Lei 10.216/01 e as legislações e normas a ela posteriores e de que maneiras elas foram apreendidas por parcela dos atores (do campo jus e do campo psi) em mudanças que buscam romper com os pilares da lógica manicomial; e, segundo, estudando a formação dos discursos jurídico-penais e dogmáticos hegemônicos contemporâneos (jurisprudência e doutrina predominantes), verificando se – e, em caso positivo, como – estes discursos relegitimam e mantêm a lógica manicomial nas medidas de segurança.

3.2.6.1

A reforma psiquiátrica, o movimento antimanicomial e o giro normativo em defesa dos direitos dos portadores de sofrimento psíquico

No panorama descrito por Salo de Carvalho e Mariana Weigert, a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial provocaram rupturas significativas nas formas de intervenção sobre o sofrimento psíquico, seja no plano teórico-conceitual, redefinindo-se os sujeitos portadores de sofrimentos psíquicos, seja no plano profissional-interventivo, com novas práticas, usos e acolhimentos dos usuários dos serviços de saúde mental. No campo jurídico-penal, contudo, persistem premissas punitivas e correcionalistas que edificam o discurso dogmático da inimputabilidade e da semi-imputabilidade⁴⁸³ - como se verá de forma mais detalhada ao longo da obra. Este é um diagnóstico já suficientemente conhecido por todas e todos que estudam e militam na área, de forma que o objetivo do tópico é mais modesto e pontual, no sentido de recordar e sublinhar rupturas e contribuições contemporâneas na temática das medidas de segurança.

Com a redemocratização do país a partir dos anos 80, o fortalecimento do movimento antimanicomial se dá a partir de 1987, com a organização da I Conferência Nacional de Saúde Mental, em que temas como a reversão da tendência hospitalocêntrica e o resgate da cidadania do doente mental pautaram as discussões e orientaram a reforma psiquiátrica⁴⁸⁴.

⁴⁸³ CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. *A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal*, p. 56, 2013.

⁴⁸⁴ CARVALHO, S. *Antimanual de Criminologia*, p. 299.

Inúmeros projetos de Lei, nos âmbitos municipal, estadual e federal, foram apresentados com o objetivo de criar redes de assistência extra-hospitalares, com a progressiva extinção dos leitos manicomiais e com o estabelecimento da comunicação compulsória das internações involuntárias⁴⁸⁵. Dentre essas iniciativas, merecem destaque, no Rio Grande do Sul, a Lei Estadual 9.716/92, pioneira na consolidação das diretrizes antimanicomiais tanto no reconhecimento de direitos e garantias dos portadores de sofrimento psíquico, quanto na reestruturação da rede de atendimento, buscando modificar a lógica manicomial em favor da priorização de atendimento extra-hospitalar, composta de uma gama de possibilidades de tratamentos em meio aberto e práticas comunitárias⁴⁸⁶; e, evidentemente, a Lei 10.216/01, inspirada em grande parte pela legislação gaúcha, mas que foi fruto de um processo lento e tenso de debates⁴⁸⁷, desde a propositura do Projeto de Lei 3.657 de 12 de setembro de 1989 (Dep. Paulo Delgado)⁴⁸⁸.

As mudanças trazidas pela Lei 10.216/01 (Lei Antimanicomial, ou Lei da Reforma Psiquiátrica), seguindo a categorização de Carvalho e Weigert, podem ser classificadas segundo operem no plano teórico-conceitual ou no plano profissional-interventivo.

No plano teórico-conceitual, a Lei reformulou toda a gramática relativa à condição psíquica: de “doença mental”/“doente mental”, “louco”, passa-se ao *transtorno mental*, *sofrimento psíquico* e *portador de transtorno mental/sofrimento psíquico*. Das grandes categorias “loucura”, “doença”, passa-se à *saúde mental*; e das noções manicomiais de “tratamento/tutela”, à noção de *assistência*. Evidentemente, estas mudanças gramaticais estão diretamente relacionadas ao giro maior promovido pela legislação, que é o reconhecimento do portador de sofrimento psíquico como um *sujeito de direitos*, um cidadão, titular de igualdade formal e material, segundo sua condição especial, o que fica claro com a leitura dos artigos 1º e 2º da Lei⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Idem, ibidem.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 299-300.

⁴⁸⁷ Sobre essa história, MARTINS, L. M. *A construção das perspectivas do direito à saúde mental: análise hermenêutica dos debates legislativos da Reforma Psiquiátrica brasileira*.

⁴⁸⁸ CAETANO, H. *Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciais*, p. 116.

⁴⁸⁹ Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

No plano profissional-interventivo, a lição de Franco Basaglia, de que “a liberdade é terapêutica”, se fez sentir em inúmeros aspectos. A liberdade, concretizada em tratamento extra-hospitalares, passou a ser a regra, e a internação, a exceção (art. 4º, caput), dependendo de falha reconhecida dos primeiros e, em qualquer caso, de laudo médico justificado (art. 6º, caput), sendo devidamente regulamentada em três situações: (i) internação voluntária – com consentimento do usuário; (ii) internação involuntária – sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; (iii) internação compulsória – aquela determinada pela justiça, respectivamente previstas no art. 6º, parágrafo único, incisos I a III. Inclusive, relativamente à internação compulsória, importante frisar que sua única hipótese legal se dá no caso das medidas de segurança.

Todo e qualquer tratamento, inclusive as internações, tem por objetivo a reinserção social do paciente em seu meio (art. 4º, §1º), sendo provida assistência integral à pessoa, com serviços médicos, de assistência social, psicólogos, ocupacionais, de lazer e outros (art. 4º, §2º), estando absolutamente vedada a internação em “instituições de características asilares” (art. 4º, §3º), assim entendidas aquelas desprovidas dos serviços acima listados e que desrespeitem os direitos dos portadores de transtorno mental.

Seja qual for a modalidade de assistência à saúde mental do portador de sofrimento psíquico, que é responsabilidade do Estado, busca-se integração comunitária entre a sociedade e a família em seu atendimento (art. 3º). Nas palavras de Haroldo Caetano:

De meramente psiquiátrica, a atenção em saúde mental foi ampliada para contemplar o amparo psicossocial do indivíduo, e este, antes manejado feito objeto ao talante de interesses diversos, é agora reconhecido como sujeito, com direitos muito bem definidos; e a internação psiquiátrica, outrora utilizada com objetivos pouco nobres, tornou-se dispositivo dos serviços de saúde, de caráter excepcional e utilizado exclusivamente em benefício daquele mesmo sujeito.⁴⁹⁰

O portador de sofrimento psíquico passa a ter sua assistência prestada localmente, onde passa a ser estruturada a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), integrante do Sistema Único

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

⁴⁹⁰ CAETANO, Haroldo. Op. cit., p. 117.

de Saúde (Portaria n. 3.088/2011, Ministério da Saúde) e que deve contemplar diversos serviços de atenção à saúde mental, com destaque para os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)⁴⁹¹.

Em que pese o desfecho da principal norma antimanicomial ser de relativo êxito no Brasil, ao menos em termos socioculturais nos campos jus e psi, não se pode esquecer, primeiro, que o único país que adotou as premissas antimanicomiais e, hoje, superou a lógica asilar (não sem que suas alternativas não sejam objeto de acompanhamento, estudo e crítica) foi a Itália⁴⁹², o que coloca o Brasil em delicada posição em relação ao resto do mundo; e, segundo, das críticas e pressões que nossa reforma – e a luta antimanicomial como um todo – sofrem⁴⁹³.

De se destacar que já em 2001, no ano de sua promulgação, a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) firmou posição institucional relativamente à questão do fechamento dos hospitais psiquiátricos, instituições de características asilares – aos manicômios, em termos claros. A entidade de classe sustentou o óbvio – que muitos hospitais, por suas condições precárias, deveriam ser fechados –, mas tentou diferenciar *hospitais psiquiátricos* de *manicômios*. Os primeiros poderiam ser modernizados e aparelhados com múltiplos serviços de assistência; em relação aos segundos, seria necessária uma “avaliação caso a caso de pacientes que, mais por condições sociais que propriamente nosológicas, necessitem permanecer institucionalizados por longos períodos de tempo”. A nota arrematou com as seguintes palavras:

Simplemente fechar as portas dos hospitais, sem antes criar locais de atendimento adequado aos pacientes, com a devida requalificação dos profissionais para esse novo tipo de demanda, joga os pacientes no limbo da falta absoluta de cuidados e viola seu direito mais essencial: acesso ao melhor tratamento disponível para a sua necessidade clínica. Dentro dessa premissa, há espaço para leitos psiquiátricos que representem efetivo avanço no modelo de assistência hospitalar⁴⁹⁴.

Ainda, não se pode deixar de mencionar os fortes retrocessos por que vem passando a saúde mental no Brasil⁴⁹⁵, de forma mais contundente pelo menos desde 2016, primeiro, com o

⁴⁹¹ Ibid., p. 117-118.

⁴⁹² Sobre o panorama italiano atual, WEIGERT, M. A. B. *Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros*, p. 148-160; VENTURINI, E. *Manicômios judiciais: uma saída*, p. 13-43; DI LORITO, C.; CASTELLETTI, L.; LEGA, I. et. al. *The closing of forensic psychiatric hospitals in Italy: Determinants, current status and future perspectives. A scoping review*, p. 54-63.

⁴⁹³ Estudando os críticos à reforma psiquiátrica, por todos, GAMA, J. R.A. *A reforma psiquiátrica e seus críticos: considerações sobre a noção de doença mental e seus efeitos assistenciais*, p. 1397-1417.

⁴⁹⁴ JORGE, M. R.; FRANÇA, J. M. F. França. *A Associação Brasileira de Psiquiatria e a Reforma da Assistência Psiquiátrica no Brasil*, p. 3-6.

⁴⁹⁵ GULJOR, A. P.; AMARANTE, P. *Movimentos sociais e luta antimanicomial: contexto político, impasses e a agenda prioritária*, p. 635-656; DELGADO, P. G. *Reforma psiquiátrica: estratégias para resistir ao desmonte*, p. 1-4.

governo Temer, com cortes de gastos na área (cujo marco foi a Emenda Constitucional 95, congelando despesas públicas por vinte anos) e com reformulações das políticas públicas, restaurando a centralidade dos hospitais psiquiátricos; e, no mesmo sentido, no governo Bolsonaro, com a “Nova Política de Saúde Mental”. A Nota Técnica 11/2019 do Ministério da Saúde deixa muito clara a tentativa de retorno à lógica manicomial:

Todos os serviços que compõem a RAPS são igualmente importantes e devem ser incentivados, ampliados e fortalecidos. *O Ministério da Saúde não considera mais Serviços como sendo substitutos de outros, não fomentando mais fechamento de unidades de qualquer natureza* (grifo nosso). A Rede deve ser harmônica e complementar. Assim, não há mais porque se falar em “rede substitutiva”, já que nenhum Serviço substitui outro⁴⁹⁶.

De toda maneira, as normas de proteção aos portadores de sofrimento psíquico não se esgotam na Lei 10.216/01. Embora não sejam legislações especificamente antimanicomiais (por sua abrangência), importante citar aqui a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto 6.949/09) e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (também chamada de “Estatuto da Pessoa com Deficiência”), a Lei 13.146/2015. Em relação à última, nos importam os artigos 1º, 2º e 81:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem *impedimento de longo prazo* de natureza física, *mental*, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (grifos nossos).

Art. 81. Os direitos da pessoa com deficiência serão garantidos por ocasião da aplicação de sanções penais.

Como leciona Haroldo Caetano, o Estatuto alcança, com estas disposições, pessoas com “impedimentos de longo prazo de natureza mental”, e, assim, reforça a bandeira de lutas do Movimento Antimanicomial. No que seja “impedimento de longo prazo”, Caetano sugere suprir a lacuna legal com o art. 20, §10 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS, Lei 8.742/93), considerando como tal “aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Nota Técnica nº 11/2019-CGMAD/DAPES/SAS/MS*. Disponível em: <<http://pbpd.org.br/wp-content/uploads/2019/02/0656ad6e.pdf>> . Acesso em 12 abr. 2020, p. 3-4.

⁴⁹⁷ CAETANO, H. Op. cit, p. 124-125.

Dentre os direitos e garantias assegurados no Estatuto, destaca-se a proteção contra toda forma de violência (art. 5º) e o direito à habilitação e reabilitação (art. 14):

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

Interpretando estas disposições à luz das demandas antimanicomiais, percebe-se com Caetano que elas se voltam precipuamente contra o manicômio, e, no sensível caso das medidas de segurança, contra os manicômios judiciais, pelas violações a direitos e garantias que essas instituições realizam na vida de portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais⁴⁹⁸.

3.2.6.2

O papel dos atores do sistema penal na superação da lógica manicomial

Que o hospital psiquiátrico, os hospitais de custódia e tratamento, enfim, o manicômio (judicial ou não) sejam um retumbante fracasso e uma tragédia humanitária no Brasil, isto é consenso científico devidamente denunciado e documentado ao longo, pelo menos, das últimas quatro décadas⁴⁹⁹, de modo que a premissa tomada aqui já é do diagnóstico de suas falhas, sua ilegalidade e da necessidade urgente de efetivação das normas antimanicomiais. Por outro lado,

⁴⁹⁸ Idem, p. 126.

⁴⁹⁹ MUSSE, L. B. *Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei nº 10.216/2001*. Ministério Público Federal – MPF / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Brasília: MPF/PFDC, 2011; DINIZ, D. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Editora UnB, 2013; CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de (orgs). *Hospital de custódia: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014; CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 6ª REGIÃO (SP). *Parecer do CRP-SP sobre o encarceramento de pessoas em medida de segurança (2015)*. Disponível em <<http://www.crp.org.br/interjustica/pdfs/PARECER-CRPSP-SOBRE-MEDIDAS-DE-SEGURANCA.pdf>> . Acesso em 12 abr. 2020. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, CONSELHOS REGIONAIS DE PSICOLOGIA E CENTRO DE REFERÊNCIA TÉCNICA EM PSICOLOGIA E POLÍTICAS PÚBLICAS. *Hospitais psiquiátricos no Brasil: relatório de inspeção nacional (2018)*. Brasília, CFP, 2019.

dada a legislação em vigor e o quadro empírico subjacente, nos importa observar de que forma a lógica manicomial nas medidas de segurança é enfrentada pelos atores jus e psi.

Com pretensões meramente classificatórias, de organização didática das ideias, podemos visualizar a lógica, ou uma “racionalidade manicomial” que atravessa o discurso jus, como composta por três pilares fundamentais de legitimação: (i) um pilar *institucional*, ou seja, o local, o destino do portador de sofrimento psíquico autor de infração penal – o Hospital de Custódia e Tratamento; (ii) dois pilares *discursivos*, de *saber-poder*, sendo o primeiro, (ii.i) o *discurso* jurídico-dogmático que atravessa a disciplina da inimputabilidade por sofrimento psíquico e das medidas de segurança (*saber jus*) – objeto de análise no tópico imediatamente seguinte; e (ii.ii) o *discurso* técnico, médico-psiquiátrico (*saber psi*) que, operando de forma avaliativa, seja da (in)capacidade de responsabilidade penal (inimputabilidade, grosso modo), seja da probabilidade de reiteração da conduta delitiva (periculosidade) e eventual cessação dessa probabilidade (o exame de verificação de cessação de periculosidade), habilitam poder punitivo pretensamente tutelar/curativo.

Em relação ao *pilar institucional*, o Poder Legislativo, embora venha cumprindo com sua parcela de responsabilidade na elaboração e discussão das legislações e normas de proteção, não foi capaz de promover uma revisão e atualização completa da disciplina das medidas de segurança, que padece de graves incompatibilidades com a legislação antimanicomial em vigor, a ponto de se sustentar em parte da doutrina (como se verá em capítulo próprio) a revogação tácita de vários dispositivos do Código, além da aplicação de benefícios penais, processuais penais e de execução penal. No máximo, destacam-se o PL 5.075/01, de origem da Câmara dos Deputados, que propõe acréscimo à LEP do art. 177-A⁵⁰⁰, que limita as medidas de segurança ao máximo de pena em abstrato ao delito; e o anteprojeto de LEP (PL 513/2013, hoje remetido à Câmara dos Deputados), o qual, embora pretenda revogar todas as normas que referenciem a periculosidade (atuais artigos 177 e seguintes da LEP), no art. 171, simplesmente remete a execução destas medidas às autoridades de saúde, sem quaisquer limites ou regulação⁵⁰¹.

O Poder Executivo, apesar dos governos Temer e Bolsonaro, vinha mantendo, de forma geral, diretrizes antimanicomiais consolidadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e

⁵⁰⁰ Art. 177-A. O tempo de duração da medida de segurança não será superior à pena máxima cominada ao tipo legal de crime. § 1º. Findo o prazo máximo e não comprovada, pela perícia, a cessação da doença, o juiz declarará extinta a medida de segurança determinando, com a decretação de interdição, a transferência do internado para tratamento em estabelecimentos médicos da rede pública, se não for suficiente o tratamento ambulatorial.

⁵⁰¹ “Art. 171. Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplicou medida de segurança, ou proferida esta por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, será determinada expedição de guia de execução à autoridade de saúde competente, promovendo-se a inserção dos dados no Castro Nacional de Saúde.”

Penitenciária (CNPCP), nas Resoluções 05/2004 e 04/2010, que orientam a política penitenciária no sentido de adequação das medidas de segurança à Lei 10.216/2001. A Resolução 04/2010, inclusive, em seu art. 6º, caput, firmou que até 2020 não mais poderiam mais existir hospitais de custódia e tratamento no Brasil em funcionamento. No âmbito dos Ministérios da Justiça e da Saúde destacam-se as Portarias Conjuntas 01/2014 e 94/2014, que estipulam a inclusão de portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais nas políticas públicas de atenção à saúde.

Menção deve ser feita, também, aos decretos de indulto que, a partir de 2008, passaram a contemplar portadores de sofrimento psíquico em cumprimento de medida de segurança – respectivamente, os Decretos nº 6.706/2008; 7.046/2009; 7.420/2010; 7.648/2011; 7.873/2012; 8.172/2013; 8.380/2014; 8.615/2015; 8.940/2016; 9.246/2017 e 9.370/2018. Comum a esses Decretos está o parâmetro temporal (cumprimento de medida de segurança por tempo igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada) e, a partir do Decreto nº 8.940/2016, a determinação de que o paciente deveria ter acompanhamento psicossocial e ser encaminhado aos serviços e atendimentos em meio aberto (CAPS, ou serviço residencial terapêutico).

Contudo, a partir do governo Bolsonaro, nota-se verdadeiro retrocesso no que concerne às medidas de segurança, já que, revertendo o que se tornou uma tradição de mais de dez anos, os dois últimos Decretos de indulto de sua lavra (números 9.706 e 10.189, ambos de 2019), não contemplaram medidas de segurança, em momento algum. Mais grave ainda, a Lei 13.964/2019, apelidada “Pacote Anticrime”, de iniciativa do Executivo (mas que encarna uma combinação de projetos repressivos da lavra do Ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro e do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, pontualmente modificados no Congresso), em seu artigo 2º, altera a redação do art. 75, CP, elevando o limite máximo do tempo de cumprimento de penas privativas de liberdade no Brasil para 40 anos; como o STF, a partir do Habeas Corpus 84.219-4/SP, passou a aplicar o limite do art. 75, CP também para medidas de segurança (o que será aprofundado mais adiante), esta mudança normativa, além de terminar por reproduzir uma lógica manicomial, impacta severamente a execução destas medidas no país.

Atualmente, no momento de escrita destas linhas, diante do cenário de pandemia do SARS-COV-2 (ou COVID-19), o governo federal aprofundou ainda mais o desmonte do tratamento de saúde mental no âmbito do sistema penitenciário, a partir da extinção, por meio

da Portaria nº 1.325 de 18 de maio de 2020⁵⁰² do Ministério da Saúde (regido por um General), do Serviço de Avaliação e Acompanhamento de Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei" no âmbito da Política Nacional de Atenção às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, criado em 2014. O Serviço instituía equipes de avaliação e acompanhamento multiprofissionais que tinham, dentre outras atribuições, as de atuar na execução de medidas de segurança favorecendo o resgate de vínculos familiares dos portadores de sofrimento psíquico e trabalhar pelo fortalecimento das medidas em meio aberto, bem como pela integração da execução das sanções juntamente às Redes de Atenção à Saúde e ao SUS⁵⁰³. Com apenas uma página, a Portaria (não) justificou a extinção deste importante serviço fazendo uma breve menção à Parecer Técnico Nº 4/2019 - COPRIS/CGGAP/DESF/SAPS/MS, documento que analisava a obrigatoriedade de oferta do tratamento de “aplicação de plasma rico em plaquetas” por planos privados de saúde.

No que concerne ao sistema de justiça como um todo, são suficientemente conhecidas as posturas institucionais das Defensorias Públicas, abertamente antimanicomiais, como se depreende da Recomendação n. 06 da Comissão de Execução Penal do CONDEGE (Conselho Nacional de Defensores Gerais). Pode-se dizer que a agenda também é compartilhada no âmbito do Ministério Público dos Estados – ao menos na área de tutela coletiva -, sendo bastante conhecidas e relevantes as inspeções realizadas em hospitais psiquiátricos pelo Brasil. É, porém, no âmbito do MPF, no seio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, em 2011, que se consolidou orientação institucional abertamente antimanicomial, no famoso *Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a perspectiva da Lei 10.216/01*⁵⁰⁴.

Em seu turno, o Poder Judiciário tem forte direcionamento *administrativo* no mesmo sentido⁵⁰⁵, sendo de grande relevância o protagonismo do Conselho Nacional de Justiça. A

⁵⁰² Em trágica e irônica coincidência, data do dia nacional da luta antimanicomial.

⁵⁰³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação de Saúde no Sistema Prisional. *Serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Coordenação de Saúde no Sistema Prisional – Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p. 11-12.

⁵⁰⁴ MUSSE, Luciana Barbosa. *Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei nº 10.216/2001*. Ministério Público Federal – MPF / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Brasília: MPF/PFDC, 2011.

⁵⁰⁵ Faz-se questão de ressaltar o caráter administrativo destas diretrizes, já que, no que diz respeito ao posicionamento jurisprudencial, jurídico-penal, a questão se coloca em outros termos, como se verá adiante.

Resolução 113/2010 deu o pontapé inicial para o estímulo a iniciativas antimanicomiais no âmbito da execução de medidas de segurança, como se observa com a redação do art. 17:

Art. 17. O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

Aprofundando e disciplinando melhor esta diretriz, o CNJ editou a Recomendação 35/2011, recomendando aos Tribunais, dentre vários pontos, que “na execução da medida de segurança, adotem a política antimanicomial, sempre que possível, em meio aberto” e, que “em caso de internação, ela deve ocorrer na rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário, com observância das orientações previstas nesta recomendação”.

Em nível local, o Brasil conhece duas experiências exitosas de superação do pilar institucional da lógica manicomial, também desenvolvidas no Judiciário: despontam as iniciativas do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e operante desde 1999; e o Programa de Atenção ao Louco Infrator (PAILI), instituído em 2006 em Goiás, coordenado por sua Secretaria Estadual de Saúde, que integra o atendimento psicossocial à execução judicial das medidas de segurança pelo Tribunal de Justiça do Estado. Com mudanças aplicadas essencialmente na forma de assistência judiciária ao portador de sofrimento psíquico autor de infrações penais, e na destinação e acompanhamento das medidas de segurança, submetidas ao regime da Lei 10.216/01 e integradas à rede de saúde pública, estas duas experiências se notabilizaram tanto pelo respeito aos direitos fundamentais e garantias dos portadores de sofrimento psíquico, encerrando também as avaliações de periculosidade, como por seus resultados em termos político-criminais, que conseguiram baixíssima ou nenhuma reincidência, mesmo em crimes considerados hediondos⁵⁰⁶.

Relativamente ao pilar *discursivo*, no caso, os saberes médico-psiquiátricos se instrumentalizam primeiro na avaliação da imputabilidade, pela via processual do *Incidente de Insanidade Mental*, disciplinado a partir dos arts. 149 e seguintes do CPP (vigentes, como visto,

⁵⁰⁶ Sobre o PAI-PJ, MUSSE, Luciana Barbosa. *Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei nº 10.216/2001*. Ministério Público Federal – MPF / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Brasília: MPF/PFDC, 2011, p. 67; sobre o PAILI, em números mais atualizados, CAETANO, Haroldo. Op. cit., p. 181-182.

desde a redação original do CPP) e da avaliação da probabilidade de reiteração delitiva do sujeito (periculosidade), consistindo no *Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade* (EVCP).

Em relação ao incidente de insanidade mental e seus desdobramentos, muito embora já sejam suficientemente conhecidas as críticas relativas à sua difícil verificabilidade empírica, aos seus déficits procedimentais, que comprometem o direito ao contraditório e à ampla defesa do periciando (direitos estes que passam a depender de deferimento judicial e realização de *contraperícia*), e à impossibilidade de valoração do desenvolvimento da enfermidade (prognóstico)⁵⁰⁷, não parece haver (ainda) alternativa para uma eventual substituição, até porque, apesar de todas as suas debilidades, ele busca atender, minimamente, ao objetivo de constatação do dado de realidade existente, qual seja, a condição humana de sofrimento psíquico, o transtorno de que padece o sujeito, e sua relação com o ato praticado.

Malgrado o incidente de insanidade mental seguir em vigor, a resistência a ele é verificada pelas críticas contundentes ao vínculo inimputabilidade-periculosidade, tanto no campo psi, com pesquisas empíricas demonstrando não haver vínculo necessário entre inimputabilidade e periculosidade (mesmo no campo da psiquiatria tradicional)⁵⁰⁸, como no campo jurídico, no qual se sustenta reinterpretação do art. 97, caput, do CP, diante da revogação das hipóteses de periculosidade legalmente presumidas, defendendo-se, desse modo, que ao reconhecimento da inimputabilidade do agente não se acompanha, necessariamente, a imposição de medida de segurança, devendo esta se condicionar pela prática do injusto penal e por uma verificação individualizada e fundamentada das circunstâncias psicossociais do agente⁵⁰⁹.

Por outro lado, contra o tradicional Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade, ergue-se, desde o Rio de Janeiro, um potente e promissor adversário, o Exame Multiprofissional de Avaliação Psicossocial (EMPAP), fruto de um esforço de mais de dez anos de militância e atuação efetiva da Defensoria Pública do Estado, principalmente pela luta da Defensora Patrícia

⁵⁰⁷ WEIGERT, M. A. B. *O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança*, p. 599-601; Id., *Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros*, p. 96-98.

⁵⁰⁸ MECLER, K. et. al. *Cessation of dangerousness status: na analysis of 224 reports from the Instituto de Perícias Heitor Carrilho, Rio de Janeiro, Brazil*, p. 45-54. Não abordando a periculosidade diretamente, mas, mesmo assim, com uma percepção similar, Antonio García-Pablos de Molina: “investigações empíricas demonstram, pelo contrário, que a correlação existente entre delitos atribuídos a transtornos mentais graves (psicoses, demência, etc.), e a criminalidade da população em geral ou a referida a disfunções psíquicas menos graves (assim, abuso de certas substâncias, transtornos de personalidade etc.) é muito mais significativa e evidente no segundo caso. (...) os quadros incapacitadores explicam somente uma pequena porcentagem do total da delinquência (MOLINA, A. G. P. *O que é criminologia?*, p. 115).

⁵⁰⁹ MURTINHO, R. G. *Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia*, p. 114-123.

Magno (premiada com esta prática pelo XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, que considerou o EMPAP prática exitosa), em parceria com os demais órgãos de execução penal e em conjunto com peritos e especialistas do campo psi.

O que era um procedimento de avaliação lento, custoso (em média de 6 a 12 meses para término), de lógica manicomial e asilar, fundado no questionável critério da periculosidade, transformou-se em um procedimento econômico (com duração de, no máximo, 3 meses), efetivo, multiprofissional, livre do perigosismo positivista e centrado na lógica antimanicomial do atendimento psicossocial ao sujeito⁵¹⁰.

É importante que este esforço institucional de resistência à lógica manicomial, embora louvável e digno de comemoração, seja percebido com realismo e cautela. Isso porque ainda vigoram, tanto na psiquiatria tradicional, como no direito e na criminologia, de forma amplamente predominante, outros parâmetros e exames para verificação da periculosidade, agora fundados principalmente em lógica probabilística e atuarial. Na psiquiatria, são métodos conhecidos (e questionáveis)⁵¹¹, dentre outros, a “Psychopathy Checklist – Revised” (PCL-R)⁵¹², a “Barrat Impulsiveness Scale” (BIS-11) e o “Historical, Clinical and Risk Management Violence Risk Assessment Scheme” (HCR-20), que conta ainda com uma versão brasileira⁵¹³.

Uma forma de avaliar os resultados de todo o esforço institucional conjunto pela implementação e efetivação da legislação antimanicomial no âmbito das medidas de segurança pode ser feita através de uma singela análise do quantitativo de medidas de segurança aplicadas no Brasil e seu aumento ou redução ao longo do tempo. Se a premissa básica da lógica antimanicomial é o norte de desinstitucionalização, uma redução quantitativa global das

⁵¹⁰ Sobre o EMPAP, sua história, seus pressupostos e resultados, conferir MAGNO, P. F. C. *E assim morre o exame de cessação de periculosidade*, p. 431-443; MAGNO, P. F. C.; BOITEUX, Luciana. *Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela Defensoria Pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental*, p. 574-604.

⁵¹¹ Sobre isso, criticamente, DIETER, M. S. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*, p. 137-158.

⁵¹² A respeito deste instrumento, em particular, destacam-se as contundentes críticas levantadas por Lia Yamada. Uma vez que suas premissas edificantes partem de um paradigma etiológico e retomam os mesmos preconceitos, estereótipos e falsas premissas próprias da criminologia positivista do século XIX, não apenas ele reforça a exclusão e a neutralização promovidas pelo ambiente carcerário, como os resultados a que chegam, na prática, são muito pouco consistentes. Para mais a respeito, YAMADA, L. T., *O horror e o grotesco na psicologia – A avaliação da psicopatia através da Escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklist Revised)*.

⁵¹³ OLIVEIRA, G. C. de.; MECLER, K.; CHALUB, M.; VALENÇA, A. M. *O exame de Verificação de Cessação de Periculosidade: a importância da avaliação ampliada em um caso com conclusão contrária ao parecer da equipe assistente*, p. 324-327; TELLES, E. B.; DAY, V. P.; FOLINO, J. O.; TABORDA, J. G. V. *Reliability of the Brazilian version of HCR-20: Assessing Risk for Violence*, p. 253-256; TELLES, E. B.; FOLINO, J. O.; TABORDA, J. G. V. *Accuracy of the Historical, Clinical and Risk Management Scales (HCR 20) in predicting violence and other offenses in forensic psychiatric patients in Brazil*, p. 427-431.

medidas de segurança é um elemento que pode sugerir a hipótese de maior efetividade das políticas implementadas a partir de 2001.

Admite-se, porém, que se trata de um critério precário e superficial, já que os dados disponíveis são inexatos (com números conflitantes entre pesquisas diferentes, além de existirem Unidades da Federação que ainda não levantaram seus próprios dados) e, evidentemente, a avaliação de efetividade de políticas públicas que buscam atender uma população marginalizada, minoritária e invisibilizada não pode ser medida exclusivamente com dados *quantitativos*, mas, sobretudo, com dados *qualitativos*, isto é, relativos às condições dos estabelecimentos e da prestação dos serviços de saúde mental.

Seja como for, a seguir, são trazidos os dados disponíveis dos últimos 10 anos, atualizando-se a importante pesquisa realizada por Salo de Carvalho e Mariana Weigert em 2013⁵¹⁴:

TABELA 1:
POPULAÇÃO TOTAL DE PACIENTES EM MEDIDAS DE SEGURANÇA – BRASIL (2010-2019)

ANO	PACIENTES
2010	4.250
2011	3.938
2012	3.680
2013	3.911
2014	3.442
2015	3.297
2016	3.266
2017	3.063
2018	3.022
2019	3.127

Fonte: INFOPEN (Relatórios Analíticos)

⁵¹⁴ CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. *A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal*, p. 65.

TABELA 2:
POPULAÇÃO DE PACIENTES EM MEDIDAS DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO – BRASIL
(2010-2018)

Ano	Internações - Total	Tratamento Ambulatorial - Total	Internação - Homens	Tratamento Ambulatorial - Homens	Internações - Mulheres	Tratamento Ambulatorial - Mulheres
2010	3.370	880	3.120	527	250	353
2011	3.247	691	2.981	463	266	228
2012	2.897	783	2.691	527	206	256
2013	3.126	785	2.888	524	238	261
2014	2.947	495	2.765	351	182	144
2015	2.855	442	2.657	402	198	40
2016	2.987	279	2.712	266	275	13
2017	2.564	499	2.384	472	180	27
2018	2.433	589	2.251	564	182	25
2019	2.406	721	2.218	704	188	17

Fonte: INFOPEN – Relatórios Analíticos

A primeira pergunta a ser feita é: *o que esses números podem nos sugerir?*

Se a pesquisa levantada por Salo de Carvalho e Mariana Weigert chamou a atenção para uma queda expressiva das medidas entre 2002 e 2003 (de 8.638 para 2.668) e, de 2003 a 2010, um aumento de 2.668 para 4.250 (ou seja, quase dobrando em sete anos), de 2010 a 2019, ao contrário, o cenário foi de nova queda, com pontual aumento entre 2018 e 2019, decorrente da ampliação do tratamento ambulatorial. Entretanto, nas medidas de internação e nas de tratamento ambulatorial, os decréscimos não foram lineares (à exceção do tratamento ambulatorial relativo a mulheres), nem proporcionais: percebe-se uma curva de redução atravessada por aumentos pontuais, seguidos de quedas mais abruptas.

A queda geral das medidas de internação é um dado a se celebrar, já que aponta para certa efetividade das políticas antimanicomiais que passaram a ser implementadas a partir de 2010. Entretanto, como também percebera Thayara Castelo Branco, mesmo com números em queda, as medidas detentivas seguem muito elevadas em comparação com as medidas ambulatoriais⁵¹⁵, dado que deve ser interpretado com cautela, já que, se, por um lado, pode sugerir estar havendo uma desinstitucionalização de forma global (atingindo também as medidas ambulatoriais), por

⁵¹⁵ BRANCO, T. C. A *(Des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*, p. 171.

outro, pode levantar a hipótese de que a lógica manicomial persiste na dinâmica de aplicação das medidas de segurança.

Por fim, dos dados trazidos, complementares às pesquisas anteriormente mencionadas, impressionam menos os números em si (já que sempre, em algum grau, superficiais, imperfeitos, precários, questionáveis) e mais os fatores e eventos contemporâneos à tendência de reversão destes números, que, após alta entre 2003 e 2010, só começaram a declinar a partir de 2010. De fato, as cifras caíram vertiginosamente e brevemente após a vigência da Lei 10.216/01; mas seguiram aumentando, não se constatando qualquer redução em 2004 com a edição da Resolução 04 do CNPCP, nem em 2009, com a entrada em vigor da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. O giro só ocorre a partir do momento em que o Judiciário assume de forma mais contundente a sua parcela de responsabilidade político-criminal, a partir da Resolução 113/2010 do CNJ. O incremento verificado entre 2018 para 2019 coincide, temporalmente, com a sucessão dos governos Temer e Bolsonaro, que menosprezaram a efetivação das políticas de saúde mental no sistema penal (o último sequer editando indultos para pessoas em cumprimento de medidas de segurança). É possível, a título de hipótese, sugerir que este singelo, mas preocupante aumento tenha sido decorrência das reversões promovidas ao longo dos últimos governos federais.

Seja como for, aqui não se trata de mera sugestão, mas de *conclusão empírica* verificada pelos números: a capacidade e a *vontade* institucional do Judiciário são fundamentais para a superação efetiva da lógica manicomial na assistência a portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais. Isso porque não bastaram a mera promulgação de leis ou tratados para que o Judiciário lhe aplicasse e conferisse efetividade: foi necessário um ato normativo do próprio Poder em que ele mesmo *decidiu* reorientar sua postura e prática institucionais, através do CNJ.

Isso faz do Judiciário o ator mais poderoso e com maiores capacidades nesta luta; consequentemente, o que também assume maior grau de responsabilidade, que vai além do aspecto administrativo-executivo, mas também e principalmente em relação às formas como define e entende os contornos jurídico-penais e jurisprudenciais, no plano do discurso dogmático, que envolvem a temática, razão pela qual se passa, a seguir, à análise do discurso jurídico-penal hegemônico relativo à inimizabilidade por sofrimento psíquico e às medidas de segurança.

3.2.6.3

O discurso jurídico-penal hegemônico sobre inimputáveis por sofrimento psíquico: entre permanências, reformismos e retrocessos

Elaborar doutrina penal e teoria criminológica sem levar em conta a inevitável dimensão política do poder cuja habilitação se legitima importa em uma irresponsabilidade que incumbe ao teórico em relação à possível utilização por daqueles que estão sempre atentos para pescar discursos úteis ao seu exercício do poder (tradução nossa) (ZAFFARONI, E. R. *Introducción*. In: BINDING, K.; HOCHÉ, A. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, p. 11).

Desde o princípio do capítulo insistimos em uma abordagem metodológica da dogmática jurídico-penal que a apreendesse enquanto discurso, com inevitável impacto na realidade através de seu manejo e articulação pelos atores jurídicos do sistema penal, que legitimam e habilitam poder punitivo. Mais do que um discurso acadêmico ou manualístico, a doutrina, ciência ou o saber jurídico-penal almeja tornar-se jurisprudência, já que pretende sua acolhida por juízes; se assim o é, uma vez que recorrendo a ele se decidem conflitos, este saber passa a encarnar e viabilizar projetos políticos de poder⁵¹⁶.

Retornando ao protagonismo do Poder Judiciário em abraçar e alavancar a luta antimanicomial, notamos no tópico anterior como, por um lado, ela se dá no plano administrativo e executivo das medidas de segurança, o que é louvável e precisa ser aprofundado. Contudo, no plano jurisprudencial, o projeto político que o discurso jurídico-penal adotado pelo Judiciário concretiza no dia-a-dia parece ir de encontro ao projeto antimanicomial que busca efetivar administrativamente. É bastante elucidativa a constatação de Patrícia Magno e Luciana Boiteux no bojo de importante pesquisa empírica acerca da desinstitucionalização no Rio de Janeiro dos últimos anos, quando comentam casos de internações por tempo superior ao limite máximo cominado em abstrato ao delito:

Ao comparar tempo de internação com tipo penal, em apenas 03 casos deles, houve internação por tempo superior ao tempo máximo cominado em abstrato ao delito, porque, a despeito dos recursos manejados judicialmente, prevaleceu a decisão judicial (confirmada em 2º grau) que nega eficácia ao enunciado 527 do STJ (Casos 6, 8 e 15). No Rio de Janeiro, a tese do prazo máximo da medida de segurança ainda é espaço de disputa, uma vez que o sistema de justiça não tem respeitado o princípio da proporcionalidade que inspirou o enunciado do STJ e, via de regra, aplica a jurisprudência do STF que determina o limite máximo em 30 anos, independentemente da infração penal praticada.

⁵¹⁶ ZAFFARONI, E. R. *Prefácio*. In: TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 17.

A situação de injustiça fica mais evidente quando o tipo penal tem pena máxima baixa, como o caso 15, no qual a medida de segurança referente ao tipo penal de lesão corporal leve durou 3 anos e 4 meses, quando o máximo da pena cominada ao delito é de 01 ano⁵¹⁷.

A relevância deste relato não reside em sua dimensão quantitativa, já que, comparados com o acervo colhido pela pesquisa, são exceções; tampouco, propriamente, na dimensão qualitativa da medida imposta, pois dentre os casos analisados pelas autoras, nenhuma internação foi superior a cinco anos, o que, de modo geral, é um período de tempo relativamente curto.

O que salta aos olhos é a grave insegurança jurídica evidenciada, primeiro, no fato de haver entendimentos jurisprudenciais conflitantes a respeito do limite máximo das medidas de segurança⁵¹⁸, os quais são aplicados pelo magistrado ou pelo órgão do Tribunal de Justiça sem fundamentação adequada; e, segundo, pela irracionalidade do resultado final do Caso 15, cujo tempo de sanção restou sendo o triplo do limite máximo cominado em abstrato ao delito. É razoável supor que desfechos similares ou piores que Caso 15 ocorrem todos os dias no varejo, em casos semelhantes por todo o Brasil, figurando aquele, portanto, como paradigma em nível micro.

Não se pretende – nem sequer se poderia – com as observações críticas feitas acima, almejar à pretensão utópica de se atingir um sistema dogmático “perfeito”, com graus máximos de coerência e precisão, e apostar neste saber como forma de se alcançar segurança jurídica. Afirma Davi Tangerino, com razão, que “discursos jurídicos não são garantia *per se* de proteção individual”⁵¹⁹. Como Juarez Tavares leciona, a dogmática penal tem poderes transformadores muito limitados, não sendo possível alcançar um “estado de graça” na teoria do delito, superando todo seu déficit de racionalidade; o que é possível é, a partir da crítica, se buscar alternativas que possam instrumentalizar a defesa da liberdade e dos direitos fundamentais da pessoa humana⁵²⁰.

Nesse sentido, o presente tópico busca apontar os discursos jurídico-penais hegemônicos no tema da imputabilidade por sofrimento psíquico e das medidas de segurança, analisando, primeiro, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e a formação dos seus

⁵¹⁷ MAGNO, P. F. Carlos; BOITEUX, L. *Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela Defensoria Pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental*, p. 592-593.

⁵¹⁸ Limite, aliás, não previsto em lei, a qual estipula sua indeterminação, como já visto.

⁵¹⁹ TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 174.

⁵²⁰ TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 12.

principais entendimentos relativos às medidas de segurança. Não se pretende uma pesquisa exaustiva, mas apenas destacá-los por sua relevância, que é avaliada a partir de sua concretização em súmulas, acórdãos, ou entendimentos firmados em sede de Repercussão Geral.

Na sequência, estuda-se o que aqui se chamou, sem tanto apego a termos ou conceituações, de *doutrina jurídico-penal hegemônica*, isto é, não a “doutrina majoritária” em si, no sentido de predominar em maioria numérica ideal das opiniões dos estudiosos de ciências criminais, mas se ela é *dominante*, isto é, independente de majoritária ou minoritária, se exerce *poder de influência*, seja no ensino do direito, seja na formação da jurisprudência. Os critérios eleitos para assim classificá-la foram: (i) preferencialmente manuais; (ii) dentre estes, os mais consultados; (iii) maiores números de edições; (iv) autores tradicionais, conhecidos no próprio ramo do direito, com alguma qualificação e titulação, consagrados no mercado; (v) obras com viés manualístico ou dogmático classificatório; (vi) obras que tenham um viés de formação acadêmica, intelectual e humanística, preferencialmente voltados à graduação e pós-graduação, não tanto à preparação para certames públicos.

Ao final, o discurso jurídico-penal hegemônico brasileiro neste tema é confrontado com possibilidades e alternativas a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana, sistema do qual o Brasil faz parte, integra e tem o dever de se adequar e internalizar suas diretrizes.

A partir de 2005, observa-se uma guinada na jurisprudência do STF e do STJ sentido de se começarem a se firmar, minimamente, balizas e limites na aplicação e execução das medidas de segurança. É nesse ano que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 84.219-4/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e com voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence, consolidou o entendimento de que a medida de segurança somente poderia durar, no máximo, 30 anos, sujeitando-se, tal como a pena, ao limite legal previsto no art. 75, CP. A Primeira Turma assim concluiu em uma fundamentação composta por três momentos: (i) aproximou-se a medida de segurança das penas a partir de seu sentido material, visualizando as duas como sanções penais; (ii) sendo, substancialmente, penas, regem-se pela vedação constitucional à perpetuidade; (iii) assim, tal qual a pena, o limite máximo relativo ao qual a medida de segurança *não* poderia ultrapassar seria de trinta anos, em *analogia in bonam partem* com o art. 75, CP.

Este julgado é verdadeiro *leading case* no tema, uma vez que é recorrentemente citado em julgados posteriores que abordaram a mesma problemática, em ambas as Cortes Superiores. Entretanto, convém analisar melhor seu conteúdo, uma vez que até hoje não se entendeu corretamente seu alcance.

O caso levado a julgamento no Supremo envolvia uma mulher que, diante da prática de homicídio qualificado (art. 121, §2º, II e III, CP), cumpria medida de segurança de internação por tempo *superior a trinta anos*. A defesa da paciente provocou o Tribunal para se manifestar única e exclusivamente a respeito da aplicabilidade do limite máximo de duração para uma sanção penal, ou seja, se à medida de segurança também incidiria a vedação constitucional à prisão perpétua e se seria aplicável o teto de 30 anos, nos mesmos termos que as penas, e este assim o fez. *Não se ventilou argumentação para que o Tribunal examinasse potencial violação à proporcionalidade e à igualdade quando da aplicação de medida de segurança por tempo superior ao limite máximo cominado em abstrato para a infração penal.*

Ou seja, o que a 1ª Turma do Supremo firmou como entendimento foi simplesmente que *não pode uma medida de segurança durar mais que o limite legal previsto para penas privativas de liberdade*. Apenas isso. Desta afirmação não se presume um falso contrário, no sentido de que, então, “pode uma medida de segurança ser aplicada e durar até trinta anos”, ou “pode o magistrado aplicar uma medida de segurança com duração de trinta anos” –, e isso porque o Tribunal não examinou a medida de segurança em seus *pressupostos e parâmetros de aplicação*, mas apenas em sua *durabilidade máxima*. Porém, foi essa (falsa) leitura, *a contrario sensu*, que prevaleceu.

Isso é importante de se insistir, uma vez que se formou uma confusão muito grave sobre o alcance daquela tese. Onde o Supremo tão só criou uma *fronteira* de racionalidade mínima em relação ao tempo que uma medida de segurança *não* poderia durar (limite negativo), forjou-se uma *moldura* dentro da qual nenhuma garantia constitucional, penal ou processual penal vigora, já que seu conteúdo é a periculosidade do sujeito. Trata-se de um desvirtuamento que se deu pela própria jurisprudência do STF na temática⁵²¹, vindo a ser corroborada pela doutrina⁵²² e por Tribunais de Justiça pelo Brasil, como se observa do caso narrado por Patrícia

⁵²¹ Como consagrado, por exemplo, pela Segunda Turma, no HC 97.621-2/RS, de 2009, de relatoria do Min. Cezar Peluso: “a medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos”. No mesmo sentido, HC 98.360/RS. Este entendimento foi confirmado pelo Plenário no RE 628.658/RS de 2015, o qual, embora tenha decidido sobre aplicabilidade do indulto, invocou expressamente o HC 97.621-2/RS nos seus fundamentos.

⁵²² Como, por todos, em GRECO, R. *Código Penal Comentado*; SOUZA, A. B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Direito Penal*: volume único, p. 442.

Magno e Luciana Boiteux. Desde que o tempo não supere trinta anos, é aceitável para parte do Judiciário que o paciente de uma medida de segurança seja sujeito a um *limbo* constitucional, penal e processual penal.

De se notar que naquele momento, a Lei 10.216/01 ostentava quatro anos de vigência, e a luta e o movimento que ela encarnava, pelo menos vinte.

O absurdo, porém, só foi corrigido (parcialmente) pelo STJ dez anos depois, em 2015 – não sem mais luta, militância e denúncias sobre a tragédia dos manicômios criminais no Brasil ao longo desses anos –, com a edição da súmula 527, cujo inteiro teor é “*o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado*”⁵²³. Até aquele ano, a jurisprudência anterior majoritária inclinava-se no sentido de que a medida deveria perdurar enquanto não cessasse a periculosidade do réu⁵²⁴. E isso porque foi necessária a sensibilidade do Ministro Og Fernandes, que, pioneiramente, na relatoria do HC 143.315/RS, já em 2009, diferenciara aquele *leading case* do Supremo dos demais casos que começavam a ser levados ao STJ, abrindo a possibilidade de inovação jurisprudencial por parte deste Tribunal. Nas palavras do relator:

(após analisar o HC 84.219-4, STF) Verifica-se, pois, que a prestação jurisdicional realizada pelo Supremo Tribunal Federal no citado *mandamus* restringiu-se à causa de pedir, qual seja, limitação da duração da medida de segurança nos termos do disposto no art. 75 do Estatuto Repressivo, em razão da duração da medida de segurança da então paciente ter ultrapassado trinta anos.

Não é este o caso do presente writ. O paciente cumpre medida de segurança há mais de 16 (dezesseis) anos – desde 15.7.1993 –, pela prática do delito de lesão corporal de natureza grave⁵²⁵.

Nos precedentes que embasaram a súmula, argumentou-se que a indeterminação da medida de segurança feria, essencialmente: (i) isonomia, pois o imputável se sujeita a sanções com prazos determinados em lei, enquanto o inimputável estaria à mercê da possibilidade de perpetuação da pena; (ii) proporcionalidade, na dimensão de proibição do excesso, uma vez que a punição sobre este recairia de modo muito mais grave do que sobre o imputável.

Outras limitações importantes trazidas às medidas de segurança pela jurisprudência do STF e do STJ dizem respeito ao reconhecimento de sua indultabilidade⁵²⁶ – que, como visto,

⁵²³ Posição que, todavia, não é criação original do STJ, cujas raízes já se encontravam no pioneiro posicionamento de Luiz Flávio Gomes (GOMES, L. F. *Duração das medidas de segurança*, p. 15-24).

⁵²⁴ Como, por todos, no HC 113.998/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 16.03.2009; HC 113.459/RS, Relª. Min. Jane Silva, DJ 10.11.2008.

⁵²⁵ BRASIL. STJ, HC 143.315-RS, Rel. Min. Og Fernandes (Voto), J. 05/08/2010, DJE 23/08/2010, p. 7.

⁵²⁶ STF, RE 628.685/RS, Repercussão Geral Reconhecida; STJ, HC 321.432/MG; STJ, HC 174.342/RS.

não é propriamente uma originalidade na matéria, já que era vislumbrada desde os anos 50 do século passado -, e à admissão de sua prescritibilidade, devendo o cálculo da prescrição da pretensão punitiva ser feito com base na pena máxima em abstrato do delito, utilizando-se o art. 109, CP como referência, e a prescrição da pretensão executória, com base na duração máxima da medida de segurança (no caso, 30 anos)⁵²⁷.

Mais recentemente, em 2019, a Terceira Seção do STJ, em mais um passo importante para maior efetividade das disposições antimanicomiais, pacificou o entendimento de que mesmo inimputáveis por sofrimento psíquico que pratiquem crimes puníveis por reclusão podem ser submetidos a tratamento ambulatorial, a despeito de uma interpretação literal do art. 97, caput, CP, que deve ser enriquecida com os princípios da adequação, razoabilidade e proporcionalidade, os quais impõem que o fundamental não é a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas, sim a periculosidade, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável⁵²⁸.

Importante destacar, ao final desta brevíssima e pontual revisão de jurisprudência, duas conclusões preliminares: (i) de um lado, a medida de segurança é entendida pelos Tribunais Superiores como, efetivamente, pena, já que também é dotada de *limitação temporal*, *prescritibilidade* e *indultabilidade*, o que é um avanço importante, já que essa categorização implica, necessariamente, na atração das garantias e princípios mínimos do direito penal liberal para o seio das medidas de segurança; (ii) de outro lado, a forma com que essa aproximação foi engendrada ignorou quase que totalmente as premissas e propostas antimanicomiais defendidas para aquela sanção.

Não se cogitou em discutir a compatibilidade do Código ou da LEP com a Lei 10.216/01; não se afirmou a condição especial do portador de sofrimento psíquico; não se rejeitou o Hospital de Custódia e Tratamento como local de cumprimento da medida (apenas mais recentemente que alternativas em meio aberto e junto à rede pública vem sendo ventiladas); e, o que é mais grave, manteve-se a adoção do critério da periculosidade como parâmetro de avaliação do sujeito em cumprimento de medida de segurança.

No *leading case* do Supremo no assunto, o primado da periculosidade tanto persistiu que obstaculizou inclusive a incidência da reforma psiquiátrica, como se percebe deste trecho

⁵²⁷ STF, HC 107.432/RS; STF, HC 107.777/RS; STJ, RHC 39.920/RJ; STJ, HC 143.315/RS.

⁵²⁸ STJ, EREsp 998.128/MG.

emblemático do voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence, em que ele discorda de parte do voto do Min. Marco Aurélio, que transferia a paciente à rede pública de saúde:

Dissinto, contudo, quanto à internação imediata da paciente em hospital psiquiátrico comum da rede pública, dado o cumprimento de 30 anos de internação e a incontroversa persistência da periculosidade da paciente⁵²⁹.

Sepúlveda Pertence, então, sugeriu que a paciente fosse civilmente interditada, remetendo os autos ao MP do juízo cível, nos termos dos então vigentes artigos 1.767 e seguintes do Código Civil (hoje revogados pela Lei 13.146/2015), e *permanecesse internada no hospital onde se encontrava*⁵³⁰, o que foi ratificado, posteriormente, pelos Ministros. Esta é, também, a conclusão a que chegaram os precedentes que embasam a súmula 527, STJ, no sentido de que, extinta a medida de segurança, impõe-se a possibilidade de interdição cível, mantendo-se eventual internação, mas fora do juízo penal.

A única abertura antimanicomial que se constata pela análise dos julgados destes Tribunais, apartada eventual invocação como *obiter dictum* da Lei Antimanicomial e do direito constitucional à saúde (art. 196, CRFB), está na diretriz de desinternação progressiva (art. 5º, Lei 10.216/01 e Item 12 da Resolução 05/2004, CNPCP), que figura como argumento de reforço para reverter medidas de internação.

Assim, observa-se que o discurso jurisprudencial das Cortes Superiores, malgrado certo viés reformista e limitador que vem procurando incorporar no tratamento das medidas de segurança, termina por reproduzir e legitimar a lógica manicomial. A partir do momento em que este discurso se estrutura no fundamento comum ao direito penal liberal⁵³¹ e ao positivismo, que é a defesa social, e insiste em manter em seu interior o parâmetro perigosista de julgamento, o poder punitivo neutralizante asilar, na forma de uma terrível interdição cível (porque ainda mais desprovida de segurança jurídica e garantias fundamentais, como o trágico “Caso Champinha” demonstra⁵³²) é sempre habilitado e legitimado, em maior ou menor tempo.

A sua vez, o discurso dogmático hegemônico continua seguindo as mesmas grandes linhas-mestras da Reforma de 1984.

⁵²⁹ BRASIL. STF, HC 84.219-4/SP, Min. Sepúlveda Pertence (voto vista), J. 16/08/2005, DJ 23/09/2005, p. 301.

⁵³⁰ *Idem*, p. 301-302.

⁵³¹ A despeito deste preocupar-se, em alguma medida, na salvaguarda do indivíduo face ao poder punitivo do Estado, convém ressaltar.

⁵³² Estudo de caso a respeito em MATSUDA, F. E. *A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil*, p. 64-106.

Como anota Nilo Batista, a vitória do finalismo no direito penal brasileiro do final do século XX é incontestável⁵³³, e este segue o sistema do delito com maior adesão ainda nos dias de hoje, em que pesem os incontáveis desenvolvimentos, inovações e pesquisas sobre aspectos particulares da estrutura do delito ou da pena (fundamentação e justificação). Como certos pilares estruturais elementares seguem firmes (por exemplo, o conceito final de conduta e a culpabilidade puramente normativa, como reprovabilidade), pode-se afirmar que o finalismo se tornou e ainda é a grande *fôrma* jurídico-penal sobre a qual se moldam as categorias conceituais das teorias do delito e da pena no Brasil contemporâneo, a despeito da popularidade de posições mais afeitas a funcionalismos moderados, como o roxiniano.

Como a história discursiva que se pretende desvelar e narrar é, como dito, a do pensamento jurídico-penal *hegemônico*, isto é, predominante e influente no ensino do direito e na jurisprudência, mais especificamente sobre teoria do delito, inimputabilidade por sofrimento psíquico e medidas de segurança, teve de ser deixado de lado desta exposição todo o desenvolvimento de grandes correntes do pensamento jurídico-penal e criminológico crítico, que, por mais que possam ser partilhadas por um número grande de juristas, não são hegemônicos.

No entanto, por mais que se pretenda pontual e declaradamente limitada, esta exposição dos últimos 36 anos de direito penal e criminologia no Brasil seria muito precária se não se fizesse ao menos breve menção ao elevado desenvolvimento técnico e científico que alcançaram a dogmática crítica do direito penal, a(s) criminologia(s) crítica(s), o realismo jurídico-penal marginal, o garantismo penal, o(s) abolicionismo(s) penais, desenvolvimento este que é acompanhado do compromisso político que todas essas correntes possuem com a realização de direitos humanos e garantias fundamentais no sistema penal brasileiro.

Por outro lado, também vigoram (ainda que mais difusas, mais subterrâneas e com menor aderência na formação jurídico-penal de base) dogmáticas declaradamente reacionárias e conservadoras, que, hoje, surgem como movimentos de reação, mais ou menos enquadráveis no grande slogan ou bandeira de um “garantismo integral”, nome cujo próprio significado encarna uma falácia do espantalho, na qual seus integrantes reinterpretem o sentido de garantismo penal (precariamente lido por apenas um de seus autores, Luigi Ferrajoli), para atribuírem-no o que ele não diz, e, com isso, o reputarem “parcial” ou “enviesado”, uma vez que descuidaria da “proteção da sociedade”, “do direito das vítimas”, ou qualquer que seja a

⁵³³ BATISTA, N. *Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil*, p. 129.

justificativa de defesa social, para, assim, se defender como “garantistas” posições punitivistas. Seu grande “princípio” estruturante é o “princípio da proibição de proteção deficiente”, o qual, vertente da proporcionalidade, termina por encarnar um paradigma substitutivo do princípio da legalidade estrita, já que, em nome da aparente missão de proteção a bens jurídicos (pois, na prática, seu sentido é de lei e ordem e tolerância zero), a lei penal deixa de ser o mínimo de decência normativa e política do sistema – como, aliás, na sua conturbada história, o foi muito pouco, e menos ainda no caso do Brasil⁵³⁴.

Seja como for, no interior das balizas do discurso finalista brasileiro, corrente hoje minoritária defendida por René Ariel Dotti (e até recentemente, também Damásio de Jesus, falecido em 2020), e mantida hoje por André Estefam⁵³⁵, sustenta ser o delito composto de uma ação típica e ilícita, posicionando a culpabilidade como pressuposto da pena. Isso por três tipos de argumentos: (i) *histórico*, pois teria sido consequência do sistema finalista do delito, tal como defendido por Welzel; (ii) *lógico-sistemático*, pois a análise da culpabilidade, por esta ser um elo entre injusto e pena e por graduar sua aplicação, deveria integrar a teoria da pena, e não a teoria do delito; (iii) *jurídico-normativo*, dadas as expressões utilizadas pelo legislador brasileiro ao se referir à culpabilidade (“isenção de pena”) e, a título de exemplo, a possibilidade de punição, no tipo penal de receptação, ainda que o crime antecedente não seja punível⁵³⁶.

Entretanto, esta posição não vigorou, nem mesmo entre os reformadores de 1984⁵³⁷. O argumento histórico não convence, já que o próprio Welzel afirmou que “*o conceito de culpabilidade acrescenta ao de ação antijurídica – tratando-se de uma ação dolosa ou não dolosa – um novo elemento, que a transforma em delito*”⁵³⁸. O argumento lógico-sistemático fracassa quando, ao subtrair do delito justamente o predicado que o fundamenta do ponto de vista material político-criminal (uma conduta típica e ilícita *praticada por um sujeito de quem era exigível conduta conforme ao direito*), termina por ignorar o postulado *nullum crimen sine culpa*⁵³⁹. Por fim, o argumento jurídico-normativo é, ao mesmo tempo, *insuficiente*, já que não

⁵³⁴ Mais profundamente sobre o garantismo integral, FERRAZ, H. G.; BÉZE, P. M. G. *Reflexões sobre o Garantismo Positivo*, p. 43-58; RAMOS, B. V.; CHAVES, A. G. O. *O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli*, p. 102-126.

⁵³⁵ ESTEFAM, A. *Direito penal*, v. 1, p. 189-190.

⁵³⁶ DOTTI, R. A. *Curso de Direito Penal: parte geral*, p. 335-339; JESUS, D. *Direito penal, volume 1: parte geral*, p. 7; p. 500.

⁵³⁷ TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 80; JÚNIOR, M. R. *Instituições de direito penal*, p. 123-125.

⁵³⁸ WELZEL, H. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 109

⁵³⁹ Como anota Bitencourt, “*a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime*” (BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*, p. 438). Até os dias atuais, Dotti mantém sua posição, respondendo às críticas formulada, como em (DOTTI, R. A. *Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade*, p. 181-206).

basta a mera associação entre expressões legais e categorias conceituais para que, por indução, sejam extraídas conclusões muito mais amplas – do fato de que a expressão “isenção de pena” se refira à culpabilidade não decorre, necessariamente, que a teoria do delito adotada tenha modificado o conceito de delito; e, *inconsistente*, dado que, como lecionam João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem, “*não é cientificamente viável modificar uma teoria toda em razão de um crime específico; ao contrário, a interpretação do tipo é que deve ser conforme à teoria do delito*”⁵⁴⁰.

Na doutrina jurídico-penal hegemônica brasileira contemporânea, a imputabilidade segue as mesmas linhas firmadas ao tempo da Reforma de 84 (e mesmo antes dela), sendo definida como *a capacidade ou aptidão para ser culpável*⁵⁴¹; *a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente*⁵⁴²; *o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a faculdade de atuar de modo distinto, permitindo, assim, que lhe seja atribuída juridicamente a responsabilidade pelo injusto típico*⁵⁴³.

Segundo a posição hegemônica, já não mais se considera a imputabilidade como *pressuposto* da culpabilidade (discussão que remete ao causalismo do sistema Liszt-Beling), mas sim como *elemento* desta⁵⁴⁴. Bitencourt chega ao ponto de apontá-la como *condição central da reprovabilidade*, já que, influenciado por Santiago Mir Puig, considera que o núcleo da culpabilidade se assenta nas *condições de atribuíbilidade* do injusto, as quais, por sua vez, encarnam a ideia de “poder atuar de outro modo”, fundamento material da imputabilidade⁵⁴⁵. A antiga diferenciação entre imputabilidade e responsabilidade segue viva, ao menos para fins didáticos⁵⁴⁶, e identifica-se na imputabilidade um momento *cognoscitivo ou intelectual* (capacidade de compreensão do injusto) e um momento *volitivo* (a determinação da vontade conforme essa compreensão)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁰ MARTINELLI, J. P. O.; DE BEM, L. S. *Lições fundamentais de direito penal*, p. 637.

⁵⁴¹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 456.

⁵⁴² GRECO, R. *Curso de direito penal: parte geral*, v. 1, p. 448.

⁵⁴³ SOUZA, A. B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Direito Penal*: volume único, p. 212.

⁵⁴⁴ Contrário, Assis Toledo: “Mas o princípio da responsabilidade penal apoia-se, por sua vez, na imputabilidade do agente. Daí entendermos, contrariamente à opinião de alguns autores, que *a imputabilidade é pressuposto necessário da culpabilidade*, não simples elemento desta” (TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 314).

⁵⁴⁵ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 456-457.

⁵⁴⁶ *Idem, ibidem*; JESUS, D. Op. cit., p. 514. Capez ainda estabelece diferenciações entre imputabilidade e capacidade (esta seria mais ampla e abarcaria o desempenho de atos processuais); imputabilidade e dolo (CAPEZ, F. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*, p. 412-413).

⁵⁴⁷ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 457; PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, volume 1, p. 602.

Como já mencionado anteriormente, o Brasil incorporou o finalismo ao seu próprio modo, de maneira marginal, e sua tradução pela doutrina é contemporânea a um movimento de reformas não apenas jurídicas, mas políticas na estrutura do Estado brasileiro. Isso significa que, em termos teórico-sistemáticos, *incorporou-se, em um primeiro momento, mais as modificações estruturais no delito* (conceitos de conduta, tipicidade, culpabilidade, a nova disciplina da teoria do erro, por exemplo) *do que seus fundamentos e premissas filosóficas*. Isso é compreensível, dada a herança tecnicista e positivista ao tempo do CP de 1940, que, por exemplo, deu por encerrado o debate entre livre-arbítrio e determinismo, inclinando-se de forma explícita pelas soluções pragmáticas e conciliatórias que mais reforçassem defesa social, sem descaracterizar completamente as vestes liberais do direito penal.

Os debates finalistas de fundo só começam a ser revisitados com maior profundidade com a doutrina posterior à Reforma de 1984. A discussão sobre livre-arbítrio e determinismo, central para o finalismo europeu, mais sensivelmente no seio da imputabilidade, é retomada no Brasil e, desta vez, mais adstrita à culpabilidade, como se observa em autores como Assis Toledo⁵⁴⁸, Bitencourt⁵⁴⁹; Régis Prado⁵⁵⁰ e em tom mais conciliatório, Rogério Greco⁵⁵¹. A influência tardia de Welzel se faz sentir em todas as obras, sobretudo quanto à sua caracterização dos aspectos do livre-arbítrio (*antropológico, caracteriológico e categorial*), tomada por empréstimo de uma de suas obras finais, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*⁵⁵². Ao contrário dos tons incendiários que a polêmica da autodeterminação da vontade possuía nos debates do início do século XX, hoje, a forma com que este discurso é articulado hegemonicamente parece sugerir apenas uma tentativa de refundação filosófica da teoria do delito mais centrada na pessoa humana e na sua dignidade, o que coincide, em termos históricos e políticos, com as linhas e contornos democráticos projetados a partir da Constituição de 1988.

Definida a imputabilidade, pretende-se decompor analiticamente os elementos integrantes da inimputabilidade por sofrimento psíquico segundo a define o discurso jurídico-penal hegemônico. Como a doutrina dominante consente em seguir as linhas concretizadas no art. 26, caput e parágrafo único, utiliza-se sua redação como base para analisar o discurso.

A inimputabilidade por sofrimento psíquico, enquanto discurso, é mais do que um mero contrário negativo da imputabilidade, sendo articulada a partir dos seguintes elementos: (i) uma

⁵⁴⁸ TOLEDO, F. A. Op. cit., p. 242 e seguintes.

⁵⁴⁹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 460-465.

⁵⁵⁰ PRADO, L. R. Op. cit., p. 599.

⁵⁵¹ GRECO, R. *Curso de direito penal*: parte geral, v. 1, p. 433-435.

⁵⁵² WELZEL, H. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 117-129.

incapacidade, que pode ser (ii) *total* ou *parcial*, advinda de (iii) *causas*, e que, uma vez reconhecida, importa na utilização de um (iv) *parâmetro de julgamento* próprio para o inimputável, o qual, por fim, importa em uma *consequência jurídica* própria.

A *incapacidade* refere-se ao entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma espécie de incapacidade que é centrada e definida, também, a partir da ilicitude penal. Inimputável é o que carece *totalmente* dessa capacidade; *semi-imputável*, aquele a quem essa capacidade é apenas *parcial ou incompleta*. Assim, é uma categoria estruturada em *graus* de afetação do sujeito.

Sensível à definição seguem sendo suas *causas*. Isso porque, tal como define a lei penal, essas causas podem ser ou “doença mental” ou “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, quando da inimputabilidade total ou, quando da semi-imputabilidade, “perturbação de saúde mental” ou o mesmo “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Estes são elementos normativos extrajurídicos, que encarnam conceitos médico-psiquiátricos, próprios da psiquiatria tradicional (aferíveis pelo Incidente de Insanidade Mental) e cuja remissão mais atualizada, por sua vez, deve ser feita à 5ª edição, de 2013, do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-5. Estes conceitos são assimilados sem questionamentos pelo discurso jurídico-penal hegemônico, sem menção a releituras ou interpretações alternativas⁵⁵³.

O *parâmetro de julgamento* do inimputável ainda é a periculosidade, a qual, inclusive, é tida como *presumida* em relação ao inimputável nos termos do art. 26, caput, e *real* ou *judicial*, em relação ao semi-imputável, devendo o juiz analisar caso a caso⁵⁵⁴, e a *consequência jurídico-penal* é a medida de segurança (obrigatória, em relação ao inimputável; facultativa, em sistema vicariante, em relação ao semi-imputável), cuja duração é aferida a partir do Exame de Cessação de Verificação de Periculosidade, apontado de forma uníssona pela doutrina.

Em relação ao discurso jurídico-penal hegemônico quanto às medidas de segurança, ele é decomposto a partir das seguintes questões: (i) qual relação é estabelecida entre penas e medidas de segurança; (ii) se há e quais são as consequências jurídico-penais admitidas a partir dessa relação, bem como a relação com a jurisprudência dos Tribunais Superiores; (iii) se há sensibilidade à realidade empírica subjacente, isto é, se a doutrina reconhece problemas na forma de tratamento a inimputáveis por sofrimento psíquico e na execução das medidas de

⁵⁵³ CAPEZ, F. Op. cit., p. 414. BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 479-481; GRECO, R. Op. cit., p. 449-451; Régis Prado ainda cita uma decisão da Suprema Corte da Espanha, a qual, por sua vez, adere às mesmas fontes (PRADO, L. R., Op. cit., p. 605).

⁵⁵⁴ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 861; CAPEZ, F. Op. cit., p. 575.

segurança e, finalmente (iv) se há diálogo com a reforma psiquiátrica e, em caso positivo, em que termos ele se dá.

As medidas de segurança, à luz da doutrina, ainda são diferenciadas em termos de funções e finalidades, e sua relação com a pena já é traçada de forma explícita em termos mais substanciais, como em Régis Prado⁵⁵⁵, Nucci⁵⁵⁶ e Capez⁵⁵⁷, que a percebem como espécie de sanção penal.

A partir dessa visualização, a maioria da doutrina se alinha à jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido de se assegurarem direitos e garantias fundamentais no âmbito da aplicação e execução das medidas de segurança, subscrevendo limites máximos às medidas⁵⁵⁸ e sua prescritibilidade⁵⁵⁹. De se notar que a indutabilidade praticamente não é recordada, merecendo destaque a formidável exceção em Bitencourt, que recorda, inclusive, o papel político que desempenhou no sentido de sua influência na elaboração do Decreto 6.706/2008⁵⁶⁰, que englobou medidas de segurança. Admite-se tratamento ambulatorial mesmo para crimes punidos com pena privativa de liberdade de reclusão⁵⁶¹.

No interior do discurso jurídico-penal hegemônico observa-se pouca ou nenhuma sensibilidade à realidade empírica subjacente da aplicação e execução das medidas de segurança, havendo mesmo posições abertamente retrógradas. Reproduzindo a argumentação “ad terrorem” anterior à Reforma de 1984, em favor do sistema duplo binário, Nucci:

Temos hoje uma preocupação semelhante para os delinquentes efetivamente perigosos, sujeitos a elevadíssimos montantes de penas, que podem atingir a cifra de 100, 200, 300 e até mais anos de prisão. Será ele ressocializado necessária e automaticamente ao atingir 30 anos de cumprimento da pena, devendo ser imediatamente liberado, conforme prevê o art. 75 do Código Penal? Parece-nos que a realidade irá nos demonstrar no futuro o contrário, ou seja, quando esses sentenciados começarem a ser libertados e tornarem a delinquir, precisaremos repensar o sistema penal, possivelmente ressuscitando forma semelhante ao duplo binário. Não sendo o caso, outra medida efetiva deverá ser tomada, como já sugerimos no contexto de análise do art. 75, isto é, um livramento condicional apenas, ao final dos trinta anos, desde que não cessada a periculosidade.

⁵⁵⁵ Na citação do autor, “As medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial” (Id., Op. cit., p. 882).

⁵⁵⁶ “Espécie de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado” (Id., *Curso de Direito Penal*: parte geral, p. 941).

⁵⁵⁷ “Sanção penal imposta pelo Estado, na execução de uma sentença, cuja finalidade é exclusivamente preventiva, no sentido de evitar que o autor de uma infração penal que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir” (Id., Op. cit., p. 574).

⁵⁵⁸ PRADO, L. R. Op. cit., p. 890; BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 863-864; GRECO, R. Op. cit., p. 759; minoritário, no ponto, Nucci, que defende a indeterminação do prazo nas medidas de segurança, apegando-se à literalidade do texto legal (Id., Op. cit., p. 946).

⁵⁵⁹ PRADO, L.R. Op. cit., p. 893; BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 944-945; GRECO, R. Op. cit., p. 762-763.

⁵⁶⁰ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 865.

⁵⁶¹ GRECO, R. Op. cit., p. 756; NUCCI, G. S. *Manual de direito penal*, p. 468.

O que não se pode tolerar é a incapacidade do Direito Penal de lidar com a delinquência irrecuperável⁵⁶².

Em oposição notável, Bitencourt reconhece a precariedade da aplicação e execução das medidas de segurança no Brasil, como se extrai dos seguintes trechos de sua obra:

A nova terminologia adotada pela reforma não alterou em nada as condições dos deficientes manicômios judiciários, já que nenhum Estado brasileiro construiu os novos estabelecimentos⁵⁶³.

“Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico” não passa de uma expressão eufemística utilizada pelo legislador da Reforma Penal de 1984 para definir o velho e deficiente manicômio judiciário, que no Rio Grande do Sul é chamado de Instituto Psiquiátrico Forense. Ocorre que, apesar da boa intenção do legislador, nenhum Estado brasileiro investiu na construção dos novos estabelecimentos⁵⁶⁴.

Na verdade, a violência e a desumanidade que representam o cumprimento de medida de segurança no interior dos fétidos manicômios judiciários, eufemisticamente denominados hospitais de custódia e tratamento, exigem uma enérgica tomada de posição em prol da dignidade humana, fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade assegurados pela atual Constituição Federal⁵⁶⁵.

No mesmo sentido é o diálogo com a reforma psiquiátrica de 2001 e as novas normas de proteção a pessoas portadoras de deficiência, o qual ainda é muito precário, e quando é, ou é avesso a ela, ou extremamente raso. Mais radical, Nucci chega a rejeitar totalmente qualquer possibilidade de incidência da Lei 10.216/01 no âmbito das medidas de segurança, sustentando uma mera “composição” de seus dispositivos no espaço mais limitado da execução das medidas em si:

A Lei 10.216/2001 não revogou, nem modificou o disposto no Código Penal, no tocante aos inimputáveis (ou semi-imputáveis), autores do injusto penal, que recebem medida de segurança. Em primeiro lugar, a mencionada Lei tem caráter civil, e não penal. Destina-se a regular as internações voluntárias, involuntárias e judiciais no âmbito cível. Em segundo, os direitos expostos nessa Lei são perfeitamente compatíveis com o escopo da Lei de Execução Penal. Quer-se a cura da pessoa sujeita à medida de segurança, devendo-se respeitar os seus direitos como paciente em tratamento, seja internado, seja em liberdade. Por outro lado, atualmente, a imposição de internação ou tratamento ambulatorial tem obedecido ao critério médico e não somente ao texto legal do art. 97 deste Código. Em suma, a Lei 10.216/2001 concorre com o cenário das medidas de segurança, previstas e disciplinadas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, não havendo colidência, mas simples composição de seus dispositivos⁵⁶⁶.

⁵⁶² NUCCI, G. S. *Manual de direito penal*, p. 466.

⁵⁶³ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 861.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 862.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 865.

⁵⁶⁶ NUCCI, G. S. Op. cit., p. 474.

Rogério Greco, a seu turno, faz brevíssima menção à Lei 10.216/01:

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 mental⁵⁶⁷.

O autor segue, e, mesmo tendo citado a Lei Antimanicomial, parece sustentar premissas e argumentos próprios da lógica asilar:

Apesar da deficiência do nosso sistema, devemos tratar a medida de segurança como remédio, e não como pena. Se a internação não está resolvendo o problema mental do paciente ali internado sob o regime de medida de segurança, a solução será a desinternação, passando-se para o tratamento ambulatorial, como veremos a seguir. 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 convivem⁵⁶⁸.

Diante do exposto, é possível constatar que o discurso jurídico-penal hegemônico em matéria de inimputabilidade e medidas de segurança opera como verdadeiro fator de bloqueio ao avanço da luta antimanicomial, seja porque lhe é indiferente, seja porque a incorpora mal ou pouco, ou, no pior dos casos, seja porque lhe é abertamente refratário.

3.2.6.4

Aberturas e possibilidades a partir do direito internacional dos direitos humanos: os Casos Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006) e Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005), Corte IDH⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ GRECO, R. Op. cit., p. 755-756.

⁵⁶⁸ Idem, p. 759.

⁵⁶⁹ Há de se agradecer, especialmente, a três alunas da Faculdade Nacional de Direito: Eloísa Canedo, Ana Clara Motta e Isabela Silva, integrantes do Projeto de Pesquisa que desenvolvi em meu tempo de Professor Substituto da FND-UFRJ, o “Laboratório de Ciências Criminais e Direitos Humanos” (LABCCRIM-DH), vinculado ao Núcleo Interamericano de Direitos Humanos. Os dois casos foram estudados pelas três em brilhante pesquisa, sob minha orientação, relativa à jurisprudência nacional e interamericana relativa à periculosidade e portadores de sofrimento psíquico, que ora se faz referência. Elas desenvolveram o trabalho, apresentado na 9ª SIAC-UFRJ (Semana de Integração Acadêmica) em 2018, intitulado “*Por uma releitura das medidas de segurança à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos: notas sobre os casos Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005) & Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006), Corte IDH*”, que tive o prazer e a honra de orientar. O trabalho foi muito elogiado em sua apresentação, tendo sido merecidamente premiado com nota máxima e menção honrosa.

Apesar de a jurisprudência e a doutrina persistirem na relegitimação dos pilares da lógica manicomial na inimputabilidade por sofrimento psíquico e nas medidas de segurança, verificam-se alternativas e possibilidades oferecidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), concretizadas nos Casos Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006) e Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005).

O Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil foi o primeiro caso envolvendo uma vítima portadora de sofrimento psíquico⁵⁷⁰ perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e ao mesmo tempo, a primeira vez em que, junto à Corte, o Brasil foi condenado internacionalmente, em 4 de julho de 2006.

O caso trata de um portador de sofrimento psíquico, Damião Ximenes Lopes, que veio a falecer, em 04 de outubro de 1999, em circunstâncias trágicas durante internação na “Casa de Repouso Guararapes” (hospital psiquiátrico privado), localizada em Sobral, Ceará, conveniada junto ao Sistema Único de Saúde – SUS. Diante da omissão e conivência estatal em dar respostas jurídicas aos familiares de Damião, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi acionado.

Por meio de denúncia da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Corte IDH reconheceu que o Brasil violou o direito à vida (art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH) e o direito à integridade física e moral (art. 5º, CADH) de Damião Ximenes Lopes, e, em relação aos seus familiares, igualmente, o direito à integridade física e moral (art. 5º, CADH) e o direito às garantias judiciais e à proteção judicial (art. 8º e 25, CADH). A Corte também reconheceu como ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos na Convenção por ação ou por omissão (art.1.1, CADH). Finalmente, foi também reconhecida a responsabilidade internacional do Estado, bem como o dever de indenizar pelos danos materiais ou imateriais, além das custas e gastos com o processo.

Em que pese toda a farta bibliografia existente sobre o caso⁵⁷¹, convém exercitar um olhar interessado nos seus possíveis desdobramentos que possam subsidiar interpretações inovadoras em matéria de inimputabilidade por sofrimento psíquico e medidas de segurança.

⁵⁷⁰ A Corte utiliza a expressão “pessoa portadora de deficiência mental”; contudo, para que seja mantida coerência ao longo do texto, bem como maior obediência à normativa antimanicomial, mantém-se a expressão “portador de sofrimento psíquico”.

⁵⁷¹ Por todos, BORGES, N. *O Caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos*; resumidos, PAIVA, C. C. F.; HEEMAN, T. A. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*, p. 212-217; LEGALE, S. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*, p. 306-314; DEPPE, G. *Ximenes Lopes vs. Brasil (2006-2010): A Primeira*

A Corte reconheceu a *vulnerabilidade intrínseca de portadores de sofrimento psíquico*, agrupando-os junto a demais grupos vulneráveis, como crianças, pessoas em condição de extrema pobreza e povos indígenas:

103. A Corte Interamericana considera que toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atender às obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre, como a deficiência.

Além disso, reconheceu aos portadores de sofrimento psíquico o *direito ao respeito à dignidade e à autonomia, e a um atendimento médico eficaz*, o que implica em deveres positivos prestacionais por parte do Estado:

128. Os Estados têm o dever de assegurar atendimento médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental. Essa obrigação se traduz no dever estatal de assegurar seu acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivos possível; e à prevenção das deficiências mentais.

129. Em virtude de sua condição psíquica e emocional, as pessoas portadoras de deficiência mental são particularmente vulneráveis a qualquer tratamento de saúde e essa vulnerabilidade se vê aumentada quando essas pessoas ingressam em instituições de tratamento psiquiátrico. Essa vulnerabilidade aumentada se verifica em razão do desequilíbrio de poder existente entre os pacientes e o pessoal médico responsável por seu tratamento e pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das doenças psiquiátricas.

Neste norte, a Corte reconheceu o *direito a cuidados mínimos e condições de internação dignas*, nos termos dos Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental das Nações Unidas (parágrafos 131 e 132).

Por fim, de se notar a consagração dos *deveres do Estado com relação aos portadores de sofrimento psíquico*, notadamente, os deveres de *cuidar* (parágrafos 138-140), os deveres de *regular e fiscalizar* (parágrafos 141-146) e o dever de *investigar* (parágrafos 147-150).

Em relação ao dever de cuidar, são dignos de nota a diretriz geral estipulada pela Corte, como se observa abaixo:

108. Todas as circunstâncias acima citadas exigem que se exerça uma estrita vigilância sobre esses estabelecimentos. Os Estados têm o dever de supervisionar e garantir que em toda instituição

psiquiátrica, pública ou privada, seja preservado o direito dos pacientes de receberem tratamento digno, humano e profissional e de serem protegidos contra a exploração, o abuso e a degradação.

109. O tratamento de saúde mental deve estar disponível para toda pessoa que dele necessite. Todo tratamento de pessoas acometidas de deficiência mental deve se destinar ao melhor interesse do paciente, deve ter por objeto preservar sua dignidade e sua autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar sua qualidade de vida.

Finalmente, é importante anotar que a Corte, ao estabelecer e definir outras formas de reparação (medidas de satisfação e garantias de não-repetição), reconheceu os esforços brasileiros no sentido de reformar seu atendimento em saúde mental, não apenas em relação ao local dos fatos, mas em nível nacional, com especial menção à Lei 10.216/01, expressamente invocada no parágrafo 243.

Trata-se de um julgado valioso e promissor para a luta antimanicomial no âmbito das medidas de segurança. De se notar que a Corte IDH em momento algum ressaltou ou afastou expressamente portadores de sofrimento psíquico em cumprimento de medidas de segurança de sua sentença ou de suas fundamentações, tampouco os Juízes Sérgio García Ramírez e Antonio Augusto Cançado Trindade em seus votos anexados à sentença.

Em relação ao voto de García Ramírez, uma análise mais acurada pode revelar até mesmo uma perspectiva criminológico-crítica implícita em seu julgamento, com certa aproximação tácita entre a questão criminal e a questão (anti)manicomial:

20. Salientei que o encontro entre o suposto ou provável delinqüente e o Estado julgador e executor expõe a região mais nebulosa para o império dos direitos humanos: enfrentam-se o “crime” e a “lei”; é previsível o destino do enfrentamento. *No entanto, talvez seja mais densa a penumbra, a propósito desse império, no encontro entre o Estado terapeuta e o doente mental: chocam-se a razão e a ausência de razão, a sanidade e a loucura* (grifo nosso). O final do lance também é previsível (tradução nossa).

21. Entre o ser humano privado de razão e o Estado dotado de poder – não apenas a força física do guardião, mas a força científica do tratante - só existe a linha divisória dos direitos humanos e a disposição do Estado de cumprir o encargo de garante que lhe atribui a Constituição. A Sentença se referiu a alguns aspectos desta questão ao mencionar o “desequilíbrio intrínseco de poder entre uma pessoa internada e as pessoas que detêm a autoridade (que) se multiplica muitas vezes nas instituições psiquiátricas” (tradução nossa).

Consequentemente, García Ramírez invocou expressamente o princípio da legalidade (em geral, não apenas penal) como trincheira de defesa dos direitos humanos de portadores de sofrimento psíquico:

25. Por sua condição humana e a despeito de sua enfermidade, o doente mental conserva direitos que só é legítimo se afetar por meio de medidas legalmente previstas e rigorosamente acreditadas, consequentes com as características do padecimento e as necessidades do tratamento, razoáveis e moderadas na maior medida possível, que evitem o sofrimento e preservem o bem-estar. A evolução do delinquente ou do menor de idade, que finalmente saíram do império da força – ou da pura benevolência, no melhor dos casos – para ingressar no do direito e da razão, investidos de faculdades exigíveis e garantias acessíveis, não se apresentou com a mesma diligência, se acaso alguma, e intensidade, seja esta a que for, no âmbito dos pacientes psiquiátricos, muito mais expostos que aqueles ao império do custódio e da decisão do profissional (tradução nossa).

Assim, a partir do Caso Damião Ximenes Lopes, o rol de direitos e garantias fundamentais decorrentes da própria condição humana, de sujeito portador de sofrimento psíquico é substancialmente enriquecido, atribuindo-se ao Estado deveres prestacionais correlatos, independentemente de ter praticado ou não infrações penais, circunstância que, à luz da coerência que a Corte imprime em sua jurisprudência, elevaria ainda mais seu grau de vulnerabilidade, já que assim integram também um grupo vulnerável mais amplo, qual seja, a população de criminalizados como um todo. Mais ainda, é feita remissão explícita à Lei 10.216/01, reforçando ainda mais seu papel paradigmático na luta antimanicomial, bem como seu potencial expansivo em relação aos direitos dos portadores de sofrimento psíquico.

Entretanto, não se desconsidera ser possível vislumbrar argumentação refratária à aplicabilidade do Caso Damião Ximenes Lopes no âmbito jurídico-penal brasileiro. Não somente em razão do fato de o caso não envolver um portador de sofrimento psíquico autor de infração penal, mas, principalmente, porque a Corte, naquele momento, não analisou a convencionalidade do parâmetro de julgamento de inimputáveis psi, a periculosidade. Como a medida de segurança pressupõe periculosidade, o Caso Damião Ximenes seria adstrito ao reconhecimento de direitos humanos e sua implementação prática nas instituições, locais, e na forma de oferta dos serviços de saúde mental para inimputáveis por sofrimento psíquico em cumprimento de medidas de segurança. Entretanto, a jurisprudência da Corte IDH é suficientemente rica para nos trazer um segundo caso, cujos desdobramentos podem oferecer subsídios para reforçar o contraponto à periculosidade. Trata-se do Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, de 2005.

Fermín Ramirez foi condenado a pena de morte pela suposta prática de estupro e homicídio contra a menor de idade Grindi Jasmín Franco Torres. Sua condenação foi baseada no disposto no art. 132 do CP da Guatemala que, além de tipificar e sancionar o crime de assassinato, estabelece:

Art. 132, item 8: Ao réu de assassinato se lhe imporá prisão de 25 a 50 anos. No entanto, ser-lhe-á aplicada a pena de morte no lugar do máximo de prisão quando as circunstâncias do fato e da ocasião, a maneira de execução e os motivos determinantes revelarem uma maior *periculosidade* do agente (tradução nossa).

O Ministério Público denunciou Fermín apenas pelo crime de estupro qualificado pela morte da vítima, não pelo crime de homicídio. A sentença condenatória foi proferida logo após um debate oral e público, quando se discutiu tão somente a ocorrência do crime de estupro. No primeiro dia do debate, porém, o Tribunal advertiu às partes sobre a *possibilidade* de modificar a qualificação jurídica do crime, mas sem especificar qual delito poderia surgir desta mudança.

Encerrados os debates, preclusa a oportunidade de a acusação pleitear a *requalificação jurídica* do fato, ainda assim ele requereu a imposição da pena de morte pelo crime de homicídio, mas em sede de *alegações finais*. Esta manobra processual foi acolhida pelo Tribunal, pegando a Defesa de Fermín totalmente desprevenida, uma vez que não fora informada da possível consequência advinda da modificação superveniente da acusação.

Dada a evidente violação ao devido processo legal (na normativa da Convenção, contemplado nos artigos 8º e 25), este caso costuma ser trabalhado no âmbito do direito processual penal, uma vez que, dentre os pontos analisados pela Corte estão o alcance e as dimensões do princípio da congruência/correlação entre acusação penal e sentença, o que foi inovador em sua jurisprudência⁵⁷².

Com menor repercussão na criminologia e no direito penal⁵⁷³, mas, de fundamental importância para novas reflexões em matéria de medidas de segurança e inimputabilidade, são as considerações feitas pela Corte a respeito da periculosidade e sua adequação ou não às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais especificamente ao princípio da legalidade penal (art. 9º, CADH). Convém transcrever as palavras do Tribunal:

⁵⁷² Por todos, BADARÓ, G. H. R. I. *Correlação entre acusação e sentença*, p. 217-219.

⁵⁷³ O Caso Fermín Ramírez e as considerações da Corte sobre periculosidade costumam surgir em reflexões sobre a agravante da reincidência e sua constitucionalidade/convencionalidade. Na criminologia crítica, anotações sobre o caso foram feitas por Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino, no capítulo sobre positivismo criminológico, onde o relacionam ao julgamento pela Suprema Corte argentina do caso “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa - causa Nº 1573” (Zaffaroni integrante), no qual se assentou a inconstitucionalidade do art. 52 do CP argentino, que previa uma pena acessória para reincidentes múltiplos, já que se entendeu que a periculosidade que ele encarnava consistia em uma “declaração de inimidade que retirava da pessoa sua condição humana e violava todos os seus direitos fundamentais” (CODINO, R. CASTRO, L. A. *Manual de Criminologia Sociopolítica*, p. 126-127). Caio Paiva relaciona o caso a reflexões a respeito da constitucionalidade da reincidência (Id., Op. cit., p. 93), e Rodrigo Roig tece considerações a ele no âmbito da aplicação do princípio da culpabilidade na execução penal (ROIG, R. D. E. *Execução Penal: teoria crítica*, p. 72-73).

94. No entendimento desta Corte, o problema que coloca a invocação da periculosidade não apenas pode ser analisado à luz das garantias do devido processo, dentro do art. 8 da Convenção. Essa invocação tem maior alcance e gravidade. De fato, constitui claramente uma expressão do exercício do *ius puniendi* estatal sobre a base das características pessoais do agente e não do fato cometido, quer dizer, substitui o Direito Penal de ato ou fato, próprio de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal de Autor, que abre a porta ao autoritarismo precisamente em uma matéria em que estão em jogo bens jurídicos de maior hierarquia (tradução nossa).

A Corte prosseguiu e considerou que caso se admitisse que uma pessoa fosse punida por algo que pudesse fazer no futuro a título de probabilidade (prognóstico que é efetuado, na melhor das hipóteses, por perícia psicológica ou psiquiátrica), ela passaria a ser punida não pelo que fez, mas pelo que é, o que constitui um retrocesso inaceitável em matéria de direitos humanos (parágrafo 95). Assim, “a introdução no texto penal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e a aplicação de certas sanções é incompatível com o princípio da legalidade penal e, por fim, contrário à Convenção” (par. 96).

Dentre as condenações sofridas, importa destacar que a Corte IDH impôs a realização de novo julgamento a Fermín Ramírez, suprimida qualquer referência à periculosidade, em obediência ao princípio da legalidade (pontos resolutivos 7, 8 e 9).

Ainda mais contundente foi o voto de Sérgio García Ramírez, no qual se lançou críticas à periculosidade, tanto do ponto de vista dogmático, percebendo seu abandono a partir das “mais modernas correntes do direito penal de orientação democrática – modernas, sem embargo, com quase um século de vigência”, que se firmam na culpabilidade do agente (par. 34), como do ponto de vista criminológico-crítico, pontuando os riscos que o positivismo traz à liberdade e à democracia (par. 35).

García Ramírez apontou de forma clara em seu voto as duas perspectivas em relação às quais pode ser a periculosidade analisada: (i) *vulneração ao direito de prova e defesa*, pois não permitiu oportunidade de contradição ao réu; (ii) *transgressão do princípio da legalidade penal*, pois este se baseia no fato praticado, e não em fatos possíveis ou prováveis de serem praticados (par. 37).

A importância do Caso Fermín Ramírez para a inimizabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança é, assim, evidente: o rechaço radical da Corte IDH ao paradigma perigosista atinge em cheio o centro nervoso do discurso jurídico-penal hegemônico brasileiro na matéria, e, com isso, se favorece sua superação, seja a partir de iniciativas prático-profissionais (como o desenvolvimento e aprimoramento do EMPAP na execução de medidas),

seja a partir de uma reformulação teórica mais profunda das próprias estruturas dogmáticas do discurso jurídico-penal e suas categorias conceituais – a culpabilidade, de forma geral, e, em particular, a imputabilidade.

Apesar do Caso Fermín Ramírez não envolver diretamente o Brasil, e o Caso Damião Ximenes Lopes não se referir a portadores de sofrimento psíquico em cumprimento de medidas de segurança, ainda assim, a Corte IDH não pode ser afastada do diálogo entre reforma psiquiátrica e direito penal, uma vez que não apenas o Brasil integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁵⁷⁴, como as considerações que lançou nestes casos atingem diretamente os pilares da lógica manicomial. Infelizmente, o desprezo foi exatamente o que ocorreu, e ainda ocorre por parte do discurso jurídico-penal hegemônico, que ignora as potencialidades advindas da jurisprudência da Corte IDH.

3.2.7

Loucura, crime e seu controle penal no Brasil: síntese crítica do tópico

1. A história da inimizabilidade por sofrimento psíquico no Brasil é a história das tensões, contradições e conciliações jurídicas e políticas que emergem a partir de duas disputas discursivas imbricadas: a *fundamentação e justificação do poder de punir*, de um lado, e a *autoimagem do direito penal, a estrutura conceitual da teoria do delito*, do outro⁵⁷⁵;

2. Sabe-se como o intervencionismo penal decorrente do modelo “penal welfare”, próprio dos países centrais a partir da segunda metade do século XIX, passou a exigir do poder punitivo formas de exercício de controle social que pudessem ser utilizadas *antes* da prática da conduta desviante, e, conseqüentemente, dirigidas não contra infrações passadas, mas contra a prática de possíveis infrações *futuras*; relacionadas à *pessoa* do desviante, não ao seu ato. É nesse

⁵⁷⁴ Defende-se, inclusive, como forma de se efetivar direitos humanos, um maior rigor e efetividade no dever de controle de convencionalidade difuso por parte dos juízes brasileiros, no sentido de máxima observância da CADH e da jurisprudência contenciosa e consultiva da Corte IDH, por constituir um Tribunal Constitucional Transnacional, como sustenta e demonstra Siddharta Legale (Id., Op. cit).

⁵⁷⁵ Como Davi Tangerino também constata, “o buscado pelo direito penal é essa maturidade psicológica, eis que todas as teorias veem, no direito penal, um instrumento de manutenção da paz por meio da incorporação, pelos sujeitos, da lei em sentido lato. Esse é um denominador de todas as teorias da pena que oscilarão quanto ao emprego do sujeito como meio ou como fim (retribuição *versus* prevenção); quanto ao destinatário principal (indivíduo ou sociedade); e quanto ao recurso mais eficiente (terror por meio da pena, na versão negativa ou reafirmação do valor por meio da condenação, na versão positiva) (TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 169).

contexto que foram forjadas as molduras teóricas e prático-assistenciais do *correcionalismo*, cujo conteúdo discursivo legitimante é preenchido pela criminologia positivista, que nasce e se desenvolve a partir da confluência entre saberes médico-psiquiátricos e jurídico-penais, e os articula com o objetivo – comum ao direito penal – de “luta contra o crime” e “defesa social”;

3. As demandas de ordem a que a nova fundamentação e justificação do poder de punir buscavam atender esbarravam numa barreira normativa, principiológica e epistemológica inerente ao discurso jurídico-penal dogmático: o princípio da legalidade;

4. O princípio da legalidade, sobre o qual se assenta o próprio direito penal, pressupõe uma *punição retrospectiva* determinada que se fundamenta, se justifica e se quantifica a partir da violação aos valores mais caros da ordem jurídica (encarnados na norma penal) praticada por um *sujeito, que, supondo-se motivável pela norma*, (e, assim, dela consciente), escolheu a conduta ilícita mesmo assim;

5. Um *sujeito não motivável pela norma penal* que viola os valores fundamentais da ordem jurídica, em relação ao qual se exige um *controle prospectivo indeterminado*, medido apenas por suas condições pessoais que indicariam o que ele pode fazer ou tornar a fazer: estes são elementos, em princípio, incompatíveis com a legalidade penal – logo, antagônicos à autoimagem do direito penal e sua estrutura conceitual clássica. Essa incompatibilidade é visualizada a partir dos registros históricos na forma das críticas e denúncias aos resultados político-criminais de absolvição (em regra, por jurados leigos, numa estrutura processual de Júri) dos chamados “crimes loucos”, da “loucura criminosa”, dos “perigosos” delinquentes não enquadráveis nas fôrmas clássicas do direito penal. Surge, assim, a necessidade de reforma e inovação no discurso jurídico-penal, impactando sua autoimagem e sua estrutura conceitual;

6. Essas inovações e reformas no discurso jurídico-penal envolviam arranjos que contemplassem (i) uma *categoria conceitual*, uma qualificação jurídica referente não mais aos atos mas aos sujeitos não motiváveis (inimputabilidade); (ii) um *parâmetro de julgamento* adequado para se abordar o delinquente e sua individualidade, qualificando situações de desvio possível ou provável (periculosidade); e (iii) uma *consequência jurídica* vinculada a este

parâmetro, com natureza, fundamentos, justificativas e características distintas da pena (chamadas “medidas correccionais”, “medidas de segurança”, etc.). Feitos os arranjos e encaixadas as peças no quebra-cabeças da legitimação discursiva da defesa social, tornou-se possível (e mesmo conveniente) ignorar a detestável consequência autoritária oriunda daquelas deformidades teóricas igualmente autoritárias: *a punição pelo que se é e não pelo que se fez*, o controle jurídico-penal prospectivo do sujeito não motivável pela norma penal⁵⁷⁶. Este resultado teórico aberrante – com consequências empíricas trágicas - passou e ainda passa relativamente despercebido por praticamente todos os sistemas teóricos do delito, mesmo aqueles mais centrados na pessoa humana, como o finalismo, que, embora matizado por correntes funcionalistas moderadas, ainda predomina no Brasil;

7. As chamadas “lutas de escolas”, classicismo x positivismo, livre-arbítrio x determinismo, à luz de seus objetivos político-criminais comuns de defesa social, foram contendas mais aparentes do que efetivas, sendo o discurso jurídico-penal debatido entre elas não mais do que um exercício de retórica. Essa afirmação se prova a partir dos discursos dos autores que, em nome da defesa social e premidos da necessidade do controle (ou, em casos extremos, extermínio) de indesejáveis defenderam, por oportunidade e conveniência político-criminal, a imputabilização do portador de sofrimento psíquico e seu controle em instituições penais comuns (a exemplo de Vieira de Araújo, Pedro Lessa e Nina Rodrigues);

8. Não foi aparente, porém, a disputa política entre as agências e atores do sistema penal e entre os saberes sobre a questão criminal; não sobre o *resultado teórico ou prático* dos discursos em si, mas sobre a sua *produção, domínio e autoridade política*. Isso fica evidenciado em inúmeros momentos, desde a resistência de Tobias Barreto ao positivismo de Lombroso, passando por seu debate póstumo com Nina Rodrigues a respeito da inimputabilidade; seguindo pelas críticas da emergente criminologia positivista ao CP 1890, até se chegar à vitória do modelo tecnicista de Rocco consagrado no CP 1940, que foi capaz de, a um só tempo, definir a proeminência do saber jurídico-penal técnico sobre todos os demais, realizar as adaptações necessárias à autoimagem do direito penal (atribuindo-lhe status de “ciência”, cujo objeto único era o direito posto) e à sua estrutura conceitual sem relegar o positivismo criminológico, manifesto em suas premissas, fundamentos e funcionalidades. Essa consolidação da dogmática como saber

⁵⁷⁶ O Professor Davi Tangerino alcunha a medida de segurança como “quisto” na teoria do delito.

principal relativo à questão criminal, iniciada com o CP 1940, atravessou a nossa história e seus reflexos são sentidos até hoje no tratamento atinente à inimputabilidade por sofrimento psíquico e às medidas de segurança;

9. O sequestro asilar manicomial no Brasil e o *discurso jurídico-penal que o legitimou* são marcados por singularidades históricas. Num país com as marcas e cicatrizes trazidas de seu passado escravocrata, num país de berço político liberal-conservador, o mais próximo que se chegou a um modelo correcionalista de “penal welfare”, de Estado de Bem-Estar Social, não só em termos normativos, como prático-assistenciais, foi com a legislação e as reformas penais da Era Vargas – não à toa, momento a partir do qual se passa a defender a natureza não punitiva das medidas de segurança (mas, paradoxalmente, mantendo-as sob disciplina de uma legislação penal). Até aquele momento, porém, a tradição brasileira anterior tendia a visualizar a consequência jurídica sobre o portador de sofrimento psíquico como sanção, com carga preventiva e punitiva, por razões de periculosidade que consistiram no principal argumento para a criação dos manicômios criminais, afastando-se os portadores de sofrimento psíquico do convívio comum pelo suposto risco que ofereciam a si próprios, aos demais e à sociedade;

10. Isso significa que o sequestro asilar manicomial no Brasil e o *discurso jurídico-penal que o legitimou* iniciaram sua trajetória não a partir de um paradigma assistencialista de cura e terapia, mas a partir de um paradigma repressivo de neutralização (e mesmo extermínio). A verdade dessa afirmação se faz provar pelas palavras emblemáticas de Hungria, atribuindo à medida de segurança o papel de “neutralização profilática” (como se fosse possível que uma neutralização pudesse ser “profilática” – para quem? Para o neutralizado é que não é), e, ao mesmo tempo, reconhecendo a “legislação de fachada” que se tornou em nosso país – o que, dada a forma com que foram introduzidas e legitimadas, não poderia ter sido motivo de surpresa;

11. A história da inimputabilidade por sofrimento psíquico no Brasil também revela como a grande categoria estruturante do direito penal brasileiro, ressalvado o penalismo clássico ao tempo do Império⁵⁷⁷, foi a periculosidade positivista. Com raríssimas vozes em oposição, ela

⁵⁷⁷ Até porque foi anterior à chegada do positivismo no Brasil; seu legado sofreu consideravelmente com as críticas ao CP 1890.

atravessou todas as construções dogmáticas, os mais diversos aspectos da teoria do delito, não se restringindo aos inimputáveis por sofrimento psíquico. A forma mais representativa de sua concretização no ordenamento foi através do sistema duplo binário, definido para as medidas de segurança no CP 1940, cuja superação só se deu em 1984;

12. Consequentemente, o direito penal brasileiro conheceu muito pouco a culpabilidade, a levou pouco a sério, e quando de fato a conheceu, a importou em sua versão mais autoritária e perigosista, a *culpabilidade pela condução da vida*, da lavra do neokantismo de Mezger. Nesse momento, porém, observou-se resistência por parte de Hungria, o qual, embora tivesse denunciado o totalitarismo da proposta, limitou-se a criticar a indevida promiscuidade entre culpabilidade e periculosidade, sem ter percebido que as críticas que fez à primeira eram plenamente aplicáveis à segunda. Contudo, restou vencido: *a equivalência funcional entre culpabilidade e periculosidade* já era uma realidade brasileira, que restou ainda mais reforçada a partir daquela importação doutrinária;

13. As medidas de segurança brasileiras possuem uma marca histórica de nascença importante: constituíram-se como solução jurídico-penal para, em nome de defesa social, burlar a vedação constitucional às penas de morte e perpétua (mais especialmente esta última), o que fica evidenciado a partir da comparação entre as propostas positivistas mais radicais de neutralização (Vieira de Araújo, Lessa) com a engenharia teórica e intelectual que modelou o CP 1940 – muito embora sua gestação e paternidade jurídica, declaradamente, tenham procurado muito mais a correção e a emenda (ideias mais simpáticas aos elaboradores daquele Código) do que a neutralização;

14. As relações entre o saber jurídico-penal brasileiro e a realidade operacional do sistema penal sempre foram problemáticas, em particular, na forma com que tratou e trata a inimputabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança. Entretanto, o saldo histórico dessa relação é o nascimento e desenvolvimento de uma dogmática mais consequente e engajada com a transformação da realidade empírica subjacente. Da indiferença e sujeição ao saber médico-psiquiátrico, do sinistro elogio de Costa e Silva ao manicômio de Barbacena em 1930, passou-se aos olhos mais sensíveis de Roberto Lyra, de Hungria, à liderança e vanguarda dogmática e

criminológico-crítica de Heleno Fragoso, e à combativa atuação dos reformadores de 1984, além de sucessivas gerações na criminologia crítica e no direito penal;

15. É a partir dessa sensibilidade para com a operacionalidade do sistema penal que o penalismo brasileiro conseguiu unir esforços para combater e, finalmente, derrotar em 1984 a vigência do sistema duplo binário, que, ao ampliar o alcance das medidas de segurança mesmo para imputáveis, a banalizou, e, com isso, terminou por desmoralizar e expor o próprio sistema punitivo às suas feridas e contradições, entre as funções que declara pretender realizar, e o que de fato é produzido por suas engrenagens. Infelizmente, naquele momento, o potencial da denúncia ínsito à expressão “fraude de etiquetas”, atribuído às medidas de segurança para imputáveis, não foi aprofundado o bastante para alcançar também as medidas para inimputáveis por sofrimento psíquico, mesmo com toda a luta antimanicomial que naquele momento histórico começava a ganhar força;

16. O avanço e aprofundamento da luta antimanicomial brasileira, reconhecidos seus êxitos ao longo das últimas décadas, encontra uma forte barreira no discurso jurídico-penal hegemônico das medidas de segurança e da inimputabilidade por sofrimento psíquico. Apesar de, institucionalmente, destacarem-se compromissos, iniciativas e avanços importantes no âmbito dos três Poderes, a lógica manicomial ainda é reproduzida pela jurisprudência dos tribunais superiores e pela doutrina dominante, mesmo tendo sido reconhecidos limites e interdições ao exercício de poder punitivo pela via das medidas de segurança;

17. Convém frisar: não se questiona aqui a realidade empírica do sofrimento psíquico e da condição mental, que compõem um dado do sujeito, lhe afetando em sua saúde e percepção do mundo, e a isso deve o direito penal ser sensível. Porém, o discurso jurídico-penal hegemônico ainda apreende essa realidade subjetiva de uma forma autoritária: atribui ao sujeito um rótulo (inimputabilidade) que o desqualifica enquanto pessoa humana, já que o insere automaticamente no limbo da periculosidade – que não é questionada –, suprimindo seus direitos e garantias; insiste em uma terminologia (“doença mental”, “perturbação de saúde mental” ou “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”) conceitualmente frágil na

própria psiquiatria⁵⁷⁸ e que é incompatível com a legislação atual que rege a temática; e, finalmente, ignora aportes e contribuições do próprio sistema regional de direitos humanos, o qual integra e deve observância.

3.3

Entre “punição” e “proteção”: a construção da inimputabilidade etária e da responsabilidade infracional no Brasil

Procede-se agora à análise da formação histórica dos saberes e poderes imbricados na construção do discurso relativo à inimputabilidade etária e, conseqüentemente, na edificação da justiça juvenil brasileira⁵⁷⁹. Trata-se de um tema, em parte, já visitado anteriormente⁵⁸⁰, de modo que a presente imersão se detém de forma mais aprofundada e centrada no discurso dogmático em si, e como, no seio do saber jurídico-penal, a questão juvenil foi pensada. A partir da conhecida subdivisão paradigmática em *fases*, *etapas* ou *doutrinas*, analisa-se como se deu a construção jurídico-dogmática da inimputabilidade etária e da responsabilização infracional.

3.3.1

Fase indiferenciada

3.3.1.1

O surgimento da categoria “infância”

⁵⁷⁸ Destacando problemas relativos à forma com que são definidas “doenças mentais”, inseridas as novas condições psíquicas no manual, aos diagnósticos, à sua confiabilidade, por todos, BURSTOW, B. *Psychiatry and the business of madness*, p. 73 e seguintes. A mesma autora chega a denunciar, por vezes, as discriminações que ocorrem na definição do DSM: “finalmente, e o que não surpreende dado o que sabemos sobre a psiquiatria e sobre quem tem o poder de nomear, não apenas estes critérios patologizam o cotidiano (ver, por exemplo, o Transtorno de Ansiedade Generalizada) e não apenas rotineiramente patologizam o desvio (ver Transtorno Desafiador de Oposição, Esquizofrenia, Transtorno de Personalidade Borderline), eles são descaradamente sexistas, racistas, classistas e transfóbicos (Ibid., p. 92).

⁵⁷⁹ Seguindo a linha de Ellen Rodrigues (RODRIGUES, E. C. C. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*, p. 22), a qual empreendeu percurso semelhante, será analisado o conjunto de interações sociais, contingências e relações de poder que contribuíram para a conformação dos discursos a respeito da inimputabilidade etária e da edificação da justiça juvenil brasileira.

⁵⁸⁰ Em particular, em FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*.

Voltar o olhar ao passado do tratamento da infância e juventude é uma empreitada que implica fazer emergirem cargas muito grandes e terríveis de sofrimento por que passaram e ainda passam crianças e adolescentes. De acordo com Lloyd deMause, “*quanto mais se retrocede no passado, menor é o nível da puericultura e mais expostos estão crianças e adolescentes à morte violenta, ao abandono, aos golpes, ao terror e aos abusos sexuais*”⁵⁸¹.

No mundo ocidental, a ideia de infância – e, por conseguinte, a concepção de uma categoria diferenciada de sujeitos – tem início, conforme Phillipe Ariès, por volta do século XVII, uma vez que ela não existia na sociedade medieval (conheceu-se, na verdade, a ideia de afeição pela criança, mas não da *infância* em si)⁵⁸². Por volta do século XVIII, passam a se verificar na família preocupações relativas à higiene e à saúde física, corroborando desta forma a progressiva construção de uma parcela diferenciada e especial de pessoas⁵⁸³.

Até fins do século XIX, o tratamento penal dado a crianças em relação aos adultos era predominantemente indiscriminado, seja no campo normativo, seja no momento de execução das penas. Na leitura de Méndez, se o século XVII “descobre” a escola como lugar de produção de ordem e homogeneização da categoria criança, o século XIX se ocupará da tarefa de identificar e elaborar mecanismos que acolham os que se encontram, de alguma maneira, fora deste nascente sistema escolar⁵⁸⁴.

Esta etapa, que se pode nomear *indiferenciada*⁵⁸⁵, seguiu pelo século XIX até o início do século XX, com a promulgação da Lei 10.903/1919 na Argentina, conhecida como Ley Agote⁵⁸⁶, a primeira legislação específica para crianças e adolescentes⁵⁸⁷. Observa-se nesta transição o nascimento de diversos tribunais especializados para a infância e juventude, com destaque para o *Juvenile Court Act of Illinois*, o primeiro tribunal deste tipo, criado em 1899, em Chicago, nos Estados Unidos⁵⁸⁸.

No Brasil, o século XIX ratificou a descoberta da especificidade da infância e da adolescência como idades da vida, e em dicionários da década de 1830, os termos “criança”, “adolescente” e “menino” já começavam a aparecer, sendo a peculiaridade da infância motivo

⁵⁸¹ DEMAUSE, L. *The evolution of childhood*, p. 1.

⁵⁸² ARIÈS, P. *Centuries of childhood: a social history of family life*, p. 128-133.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 133.

⁵⁸⁴ MÉNDEZ, E. G. *Infância e cidadania na América Latina*, p.48-49.

⁵⁸⁵ SPOSATO, K. B. *O Direito Penal Juvenil*, p.27.

⁵⁸⁶ Em homenagem ao Dr. Luís Agote, médico e deputado; é um Código de Menores, similar ao Código “Mello Mattos” brasileiro (1927), elaborado em homenagem ao magistrado de mesmo nome.

⁵⁸⁷ MÉNDEZ, E. G. *Op. cit.*, p. 21

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 51.

para polêmicas e controvérsias cuja temática central era a oposição entre educação e instrução⁵⁸⁹.

Por outro lado, a colonização e a escravidão produziram formas muito distintas de surgimento e categorização da noção de “infância”, sobretudo no tocante à juventude negra. Para as crianças escravas, o tempo da “infância” consistia, em linhas gerais, em um intervalo breve entre os primeiros anos de vida e o ingresso precoce no mundo do trabalho precário, braçal, marcado pelo rompimento dos laços familiares (pois eram muitas vezes vendidas desde cedo), humilhações e castigos, principalmente pelos filhos dos senhores, a quem serviam de “brinquedos” ou “animais de estimação”⁵⁹⁰. A criança escrava não era, portanto, objeto de proteção por parte da sociedade, estando seu destino traçado enquanto propriedade individual do senhor, como patrimônio e mão-de-obra⁵⁹¹.

3.3.1.2

O Código Criminal de 1830 e sua apreensão pela doutrina e jurisprudência dominantes

Feitas essas considerações, a partir do século XIX, o Brasil conheceu sua etapa indiferenciada, primeiramente, a partir do Código Criminal de 1830.

Ao longo do período imperial, a distinção no tratamento de adultos, crianças e adolescentes que cometiam delitos era praticamente inexpressiva – quanto a aspectos jurídicos, a Constituição de 1824 era omissa quanto à infância e juventude, e o Código Criminal, em seus artigos 10 e 13 estipulava que menores de 14 anos eram *inimputáveis*; porém, os que apresentassem *discernimento*⁵⁹² eram imputáveis, devendo ser recolhidos às Casas de Correção até completarem 17 anos. Nos artigos 34 e 35 estabeleciam-se penas mais brandas para jovens entre 14 e 17 anos e, para os acima de 17, mas menores de 21 anos, o Código previa uma atenuante (art. 18, item 10).

⁵⁸⁹ MAUAD, A. M. *A vida das crianças de elite durante o império*, p. 140, 150.

⁵⁹⁰ FALEIROS, E. T. S. *A criança e o adolescente*. Objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império, p. 203-207; ARIZA, M. B. A. *Crianças/Ventre Livre*, p. 169-175; GOÊS, J. R. de; FLORENTINO, M. *Crianças escravas, crianças dos escravos*, p. 177-191.

⁵⁹¹ FALEIROS, E. T. S. Op. Cit., p. 206.

⁵⁹² O discernimento seria, numa definição corrente, “aquela madureza de juízo que coloca o indivíduo em posição de apreciar, com retidão e critério, as suas próprias ações” (VIEIRA, O. *Os menores perante o código penal*, p. 27).

Do ponto de vista do direito comparado, é reconhecida a influência do art. 66 do Código Penal francês de 1810 na disciplina brasileira da imputabilidade. A legislação francesa havia fixado a idade de 16 anos para o início da responsabilização penal, admitindo que, entre 7 e 16 anos, caso verificado o discernimento, poderia ser o menor de idade, segundo as circunstâncias, ou conduzido a uma casa de correção, ou entregue aos seus pais. Menores de 7 anos estavam livres de qualquer imputabilidade, segundo o art. 23, §2º daquela legislação (sem similar no Código brasileiro).

Do ponto de vista dogmático, a imputabilidade, no modelo rudimentar objetivo-subjetivo já visto, era atrelada à ação, e a idade penal mínima refletiria um grau de “desenvolvimento do senso moral do homem”⁵⁹³, o qual, fundamentando-se na biologia e na constituição “psíquico-fisiológica” do sujeito, atestaria a internalização das noções de “bem” e “mal”, “justo” e “injusto”⁵⁹⁴. Seu estabelecimento pela lei penal, em um patamar “intermédio”, em abstrato e dirigido a todos os indivíduos era justificada, à luz da doutrina clássica, essencialmente por razões de justiça e de segurança jurídica⁵⁹⁵. Por via jurisprudencial, estipulou-se uma “inimputabilidade absoluta” relativa a menores de 7 anos, que sequer poderiam ser processados criminalmente, o que era controvertido na doutrina: Thomaz Alves Júnior denunciava o defeito do código em não ter fixado legalmente este patamar⁵⁹⁶; Paula Pessoa, em comentário, elogiava o legislador brasileiro por ter deixado a imputabilidade das crianças para a apreciação judicial, afirmando ainda, a respeito de eventual ausência de discernimento, que “se o *direito repressivo*

⁵⁹³ AZEVEDO, M. M. C. *O Código Penal do Império do Brasil com observações sobre alguns de seus artigos pelo Doutor Manoel Mendes da Cunha Azevedo*, p. 121.

⁵⁹⁴ JUNIOR, T. A. *Anotações theoricas e práticas ao Código Criminal*, Tomo I, p. 218-219; PESSOA, V. A. P. *Código Criminal do Império do Brasil comentado*, p. 39. Sobre eventuais diferenças entre os patamares etários do direito penal e do direito civil – daquele menor do que deste –, argumentava-se, com Ortolan, que naquele exigia-se a “noção do justo”, que vem mais cedo; neste, exige-se a “noção do útil”, que viria mais tarde. (JUNIOR, T. A. *Op. cit.*, p. 219; p. 39).

⁵⁹⁵ Mendes da Cunha chega a se valer do direito comparado, criticando o sistema inglês por ter levado à pena capital duas crianças, de dez e de nove anos de idade, que praticaram homicídio e ocultação de cadáver, afirmando que os fundamentos do caso (gravidade dos delitos e discernimento) “servem antes para provar a iniquidade da sentença do que o interesse de combater a ideia perigosa de que os menores podem impunemente delinquir” (AZEVEDO, M. M. C. *Op. cit.*, p. 124).

⁵⁹⁶ Segundo a jurisprudência da época, destaca-se o Recurso de Revista 1.827, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça em que se absolveu um carcereiro em um processo de responsabilidade por ter deixado fugir uma criança menor de 6 anos de idade, a qual, pela mínima idade, não poderia ser reputada criminosa (PESSOA, V. A. P. *Op. cit.*, p. 38). Crítico ao Código, Alves Júnior: “quando se entender que o Código não merece reforma tão completa, não se pode ao menos deixar de achá-lo defeituosíssimo quando não limita a idade em que a imputabilidade absoluta é negativa, porque uma tal lacuna é sem dúvida um absurdo revoltante contra as leis do bom senso e da natureza, e dá lugar ao barbaro espectáculo de se ver sentado um menino de 7 annos no escalbello dos réos!!” (JUNIOR, T. A. *Op. cit.*, p. 218).

perde, de certo modo, a sua acção, o direito de correção é empregado em presença da idade do réu”⁵⁹⁷.

A menoridade era aferida na data do fato⁵⁹⁸, e sua prova se dava exclusivamente pela certidão de batismo, inadmitindo-se qualquer outro meio probatório para evitar uma decisão de pronúncia⁵⁹⁹. Entendia-se que a inimputabilidade etária era causa de inversão do ônus probatório (“in pejus”): sendo o réu menor de catorze anos ou havendo dúvida sobre sua idade, era ônus da defesa a prova da menoridade⁶⁰⁰.

O critério do discernimento, cuja origem a doutrina remetia ao brocardo do direito romano “*malitia supplet aetatem*”⁶⁰¹, era razoavelmente imune a críticas, e sua aferição se dava pelo Júri, por quesitação, consoante o art. 62 do Código de Processo Criminal (após a reforma de 1841)⁶⁰². Preliminarmente, porém, para que menores de 14 anos pudessem ser julgados isentos de responsabilidade no juízo de formação de culpa (1ª fase do rito do Júri), discutia-se se eram necessários a prova da casualidade do crime e a inexistência de discernimento⁶⁰³; ou, se apenas a inexistência deste⁶⁰⁴, sendo vedado, de qualquer forma, a consequente aplicação de pena correcional pelo juiz naquela fase processual⁶⁰⁵.

Curiosamente, o Código deixara uma lacuna que não passou despercebida pela doutrina: é que ele punia de forma mais branda o *autor* entre 14 e 17 anos, mas nenhuma punição era legalmente prevista no caso de o agente ser *cúmplice*. Diante disso, Mendes da Cunha afirmava não ser possível sua punição, por força da legalidade⁶⁰⁶, no que foi acompanhado por Alves Júnior, o qual, inobstante, denunciou o “contrassenso dos princípios do direito penal”, uma vez

⁵⁹⁷ PESSOA, V. A. P. Op. cit., p. 39.

⁵⁹⁸ Segundo o Aviso de 17 de outubro de 1863, cf. TINÔCO, A. L. F. *Código criminal do Império do Brasil anotado*, p. 31; JUNIOR, T.A. Op. cit., p. 221.

⁵⁹⁹ Acórdão da Relação da Corte 248 de 18 de fevereiro de 1876, Paula Pessoa, p. 38; em outro sentido, Alves Júnior discorreu ser a menoridade questão de fato, e não de direito, e, por isso, apreciável por qualquer outro meio probatório, para além do documental (JUNIOR, T. A. Op. cit., p. 220).

⁶⁰⁰ Ibid., p. 220-221.

⁶⁰¹ “*Impubes furtum facere potest, si jam doli capax sit quia malitia supplet aetatem*” (AZEVEDO, M. M. C. Op. cit., p. 122); Vieira de Araújo trouxe outro: “*pueri impuberes proetoris arbitratu puniuntur – malitia supplet aetatem*” (ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada*, p. 212). Curioso perceber que, entre os romanos, a verificação da malícia e do dolo entre infantes (menores de 7 anos) habilitava castigos corporais ministrados por meio de uma varinha, medida que, contudo, não era encarada como pena, mas como medida educativa (TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 45).

⁶⁰² Art. 62 - Se o réo fôr menor de 14 annos, o Juiz de Direito fará a seguinte questão: - O réo obrou com discernimento?

⁶⁰³ Acórdão da relação de São Paulo 111, 13 de agosto de 1875, PESSOA, V. A. P. Op. cit., p. 38;;

⁶⁰⁴ Id., Op. cit., p. 41.

⁶⁰⁵ Id., Op. cit., p. 38-41.

⁶⁰⁶ AZEVEDO, M. M. C. Op. cit., p. 129.

que a lacuna “demonstra grande injustiça praticada pelo legislador, deixando em tal caso impune, quando punido é sempre o menor de 14 anos!”⁶⁰⁷.

3.3.1.3

Em defesa da segurança jurídica e por uma crítica à seletividade: a inimputabilidade etária em Tobias Barreto

Novamente, como na inimputabilidade por sofrimento psíquico, convém destacar em separado as considerações de Tobias Barreto, por sua originalidade e distinção frente ao pensamento então dominante.

Para Barreto, a imputabilidade (por ele denominada teoria da imputação) baseava-se na premissa empírica de que “o homem normal, chegando a uma certa idade, legalmente estabelecida” adquiria a *madureza* e capacidade precisas tanto para conhecer o valor jurídico de suas ações e livremente determinar-se a praticá-las⁶⁰⁸. A liberdade de vontade em Barreto, como apontado na análise da inimputabilidade por sofrimento psíquico, é uma premissa normativa (mas com fundo empírico) de construção do próprio direito.

As condições fundamentais de uma ação criminosa imputável eram as únicas seguintes: (i) o conhecimento da ilegalidade da ação querida (*libertas judicii*); (ii) o poder o agente, por si mesmo, deliberar-se a praticá-la, quer comissiva, quer omissivamente (*libertas consilii*)⁶⁰⁹.

A imagem de um sujeito imputável fundava-se na ideia de uma pessoa em “exercício regular de suas funções”, e, que, portanto, possuiria (i) a consciência de si mesmo; (ii) a consciência do mundo externo; (iii) a consciência do dever e (iv) a consciência do direito⁶¹⁰.

Barreto também distinguia com muita clareza as situações de inimputabilidade etária em relação às transitórias e por sofrimento psíquico, já que estas remetem a um estado que, “na maioria dos casos, é um estado de perda das duas primeiras formas da consciência ou da normalidade mental”⁶¹¹. Já a inimputabilidade de pessoas “de tenra idade”, e “de todas aquelas que não atingiram um desenvolvimento suficiente” a sua vez, fundam-se no problema da

⁶⁰⁷ JUNIOR, T. A. Op. cit., p. 221-222.

⁶⁰⁸ BARRETO, T. *Menores e loucos*, p. 8.

⁶⁰⁹ Idem, *ibidem*.

⁶¹⁰ Ibid., p. 12-13.

⁶¹¹ Idem, *ibidem*.

existência em grau suficiente da consciência do dever ou consciência do direito⁶¹². Por essa distinção, Barreto criticou o “erro de método” do art. 10, uma vez que reuniu em uma só categoria “*diversas classes de sujeitos irresponsáveis que não se deixam reduzir a um denominador comum*”⁶¹³.

Mais originais e bastante avançadas para o seu tempo foram as considerações político-criminais de Barreto a respeito da inimputabilidade etária, em dois aspectos fundamentais: *a necessidade de fixação de um patamar etário em abstrato pelo legislador e a legitimidade e validade do critério do discernimento*. Suas críticas e considerações se fundaram em um par de razões, tanto de *segurança jurídica* como de *seletividade penal*, que foram articuladas em conjunto.

A defesa de Barreto pela fixação em abstrato de um patamar etário merece destaque:

Consideradas *in abstracto*, estas razões são de peso; mas *in concreto*, com relação a este ou aquelle paiz, diminuem muito de importância. Porquanto os males, que sem duvida resultam de taxar-se, por meio da lei, uma espécie de maioridade em materia criminal, são altamente sobrepujados pelos que resultariam do facto de entregar-se ao critério de espíritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da má fé pueril.

Em todo caso, antes correr o risco de ver passar impune, por força da lei, quando commetta algum crime, o *gymnasiasta* de treze annos, que já fez os seus versinhos e sustenta o seu *namorico*, do que se expor ao perigo de ver juizes estúpidos e malvados condemnarem uma creança de dez annos, que tenha porventura *feito uma arte*, segundo a phrase de família, e isso tão somente para dar pasto a uma vingança⁶¹⁴.

Se razões de “justiça individual” ou “combate à impunidade” apontariam para a desnecessidade de um patamar etário, Barreto percebeu que a questão envolvia, de um lado, insegurança jurídica manifestada pelo risco de decisões judiciais contraditórias ou não fundamentadas (em condenações de “juízes estúpidos e malvados”, “ao critério de espíritos ignorantes e caprichosos”), e, de outro, seletividade, uma vez que a ausência de limites etários não se prestaria aos fins propostos, mas sim, produziria injustiça e desigualdade em pequenos casos no varejo. É curioso, porém, que seus argumentos tenham cedido diante de considerações que muito se aproximavam das propostas levantadas pelo positivismo criminológico (mesmo que não fosse partidário daquelas ideias), uma vez que, *de lege ferenda*, propôs o

⁶¹² Ibid, p. 13.

⁶¹³ Idem, ibidem.

⁶¹⁴ Ibid., p. 15.

estabelecimento de patamares etários diferentes segundo a diversidade de influências “mesológicas, climatéricas e sociais” do país⁶¹⁵.

Quanto ao discernimento, Barreto mostrou-se contrário. Ao mesmo tempo em que respeitava a influência do Código Penal francês, denunciava os defeitos tanto do critério quanto da forma de importação feita pelo Brasil, novamente combinando críticas baseadas em insegurança jurídica e seletividade.

O nosso Código seguiu o exemplo da maioria dos povos cultos, e fixou também a menoridade de quatorze annos, como razão peremptória de escusa por qualquer acto delictuoso. Em termos technicos, o Código estabeleceu também, em favor de taes menores, a “presumptio juris et de jure” da sua immaturidade moral. É, porém, para lastimar que, aproveitando-se da doutrina do art. 66 e seguintes do Code Pénal, o nosso legislador tivesse, no art. 13, consagrado a singular theoria do discernimento, que pôde abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espectáculo doloroso⁶¹⁶.

Como quer que seja, o certo é que, pelo direito criminal francez, um rapaz de quinze annos, que já conhece todos os encantos da vida parisiense, que já entra, com todo o conhecimento de causa, na gruta mystica e perfumosa, em que habita alguma *deusa*, que até já sabe a fonte onde Diana se banha, e vai espreital-a núa, não obstante o perigo de ser devorado pelos cães, caso commetta um homicídio, *s'il est decide qu'il a agi sans discernement*, será absolvido; podendo apenas ser, *selon les circonstances, remis á ses parens ou conduit dans une Maison de correction...* Ao passo que isto alli succède, entre nós, pelo contrario, um pobre matutinho da mesma idade, cujo maior grão de educação consiste em estender a mão e pedir a *benção* a todos os mais velhos, principalmente ao vigário da freguezia e ao coronel dono das terras, onde seu pai cultivava a *mandioca*, se porventura perpétra um crime de igual natureza, se por exemplo mata com a *faquinha de tirar espinhos* o moço rico da *casa grande*, que elle encontrou beijando sua irmã solteira, obre ou não com discernimento, será julgado como criminoso!⁶¹⁷

Neste último trecho, de se notar a profunda sensibilidade de Barreto em não apenas criticar a seletividade manifesta em decisões distintas para casos iguais, que atingiriam, novamente, o varejo do sistema. Contudo, ele fez mais: a contraposição entre o exemplo do rapaz francês que teve melhor sorte do que o caso brasileiro do “matutinho” que mata “com a faquinha de tirar espinhos” o “moço rico da casa grande”, traz tamanha riqueza de detalhes que pode ser interpretado como uma denúncia pioneira do racismo estrutural, cuja marca maior era impressa pelo sistema penal brasileiro.

⁶¹⁵ Ibid., p. 15-16.

⁶¹⁶ Ibid., p. 14.

⁶¹⁷ Ibid., p. 17.

3.3.1.4

A inimizabilidade etária e sua manipulação em um regime escravista: sobre a “Lei Nefanda” e o Aviso n. 190 de 1852

É ainda interessante observar qual papel a imputabilidade desempenhava em relação à punição penal dos escravos, mais especialmente no tocante à questão etária, o que demanda análise apartada.

Como se sabe, o Brasil não conheceu um “Código Negro”, um Código com disposições e regras específicas para regular a escravidão⁶¹⁸. No Brasil imperial, a legitimação da escravidão se deu através de interpretação jurídica relativamente à proteção constitucional do direito de propriedade, considerando ser o escravo “coisa” e não “pessoa”⁶¹⁹.

Pelo fato de ser inconcebível que o direito penal que punisse “coisas”, perante o direito penal o escravo precisava ser “pessoa”. Assim, a imputabilidade operou como verdadeiro atestado de “cidadania penal” atribuída ao escravo para que o exercício de poder punitivo público sobre ele pudesse ser legitimado. Como comenta Maurício Dieter, essa “promoção” não refletiu uma conquista humanitária, mas sim uma mera concessão teórica para autorizar a sua punição⁶²⁰.

Uma questão que foi debatida pela jurisprudência e doutrina da época foi justamente a respeito de *quando* essa punição era autorizada, no caso de escravos menores de idade. Trata-se de uma controvérsia que poderia ser tida como meramente aparente, diante da redação clara do art. 10, parágrafo 1º do Código Criminal de 1830, mas que só foi levantada após a entrada em vigor da Lei de 10 de junho de 1835 e definitivamente resolvida quase vinte anos depois, com o Aviso 190 de 12 de julho de 1852, que atestou a obriedade e a validade geral da redação do Código imperial. Este debate transcende o campo jurídico-dogmático, razão pela qual merece maior aprofundamento.

A Lei de 10 de junho de 1835 pode ser classificada como verdadeira legislação penal de exceção, mas que durou até o fim da escravidão, como inúmeras do mesmo tipo⁶²¹. Ela ampliava o alcance da pena de morte para escravos que matassem ou de qualquer modo ferissem seus

⁶¹⁸ Exemplos marcantes foram o Código Negro francês, de 1685; a Real Cédula espanhola de 1789 e Código Negro cubano de 1843.

⁶¹⁹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 423.

⁶²⁰ DIETER, M. S. *Sistema econômico e tutela penal do escravo no Brasil Imperial*, p. 618.

⁶²¹ Por um levantamento desta extensa legislação, conferir BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al., Op. cit. p. 438-439; BATISTA, V. M. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*, p. 193-199.

senhores, familiares e agregados, ao mesmo tempo em que previa um procedimento muito mais célere, sem possibilidade de recurso em caso de condenação. Por suas características avessas aos princípios liberais do Código Criminal, ela foi apelidada de “*Lei Nefanda*”⁶²². Uma Lei assim tão rigorosa suscita questionamentos relativos aos motivos e contexto em que foi elaborada. Deve-se voltar no tempo alguns anos, para o contexto da referida legislação.

A década de 1830 foi extraordinariamente intensa: com a abdicação de Pedro I e o advento da Regência, movimentos separatistas e revoltas locais tomaram lugar por todo o Brasil. Dentre estes movimentos e revoltas, nos interessam particularmente duas rebeliões escravas notórias: a *Revolta das Carrancas*, de 1833 (Minas Gerais), e a *Revolta dos Malês*, de 1835 (Bahia)⁶²³. A primeira foi uma marcante e sangrenta insurreição de escravos em ricas fazendas do interior de Minas, em que não apenas foram mortos os fazendeiros senhores, mas suas famílias, inclusive crianças pequenas; a segunda, um grande levante de escravos em Salvador com pretensões mais amplas de tomada do poder. As duas foram severamente reprimidas, com trágicas consequências.

É verdade que o início do século XIX no Brasil, mesmo antes da Independência, foi marcado por inúmeras rebeliões e insurreições escravas (principalmente na Bahia)⁶²⁴. Este quadro, porém, se ampliou consideravelmente no início dos anos 1830, e o controle social e repressivo sobre escravos tornou-se agenda política prioritária, principalmente em razão do temor das elites em relação ao “haitianismo”, o medo de que no Brasil pudesse ocorrer uma revolução tão sangrenta e violenta quanto a revolução haitiana de 1791.

Foi, assim, a figura do escravo fugido, insubordinado e rebelde que iria encarnar o principal medo social das elites urbanas e rurais (conceitualmente trabalhado como “medo branco”). Tal pavor não era inocente, nem fruto de mera coincidência: era politicamente funcional aos interesses da elite escravocrata, uma vez que reforçava a manutenção da escravidão num momento político global em que ela começava a perder legitimidade,

⁶²² Por uma bibliografia especializada a respeito da lei, por todos, RIBEIRO, J. L. *No meio das galinhas as baratas não têm razão*: a lei de 10 de junho de 1835, os escravos e a pena de morte no império do Brasil (1822-1889); PIROLA, R. F. *A lei de 10 de junho de 1835: justiça, escravidão e pena de morte*. Em resposta a Ricardo Pirola, RIBEIRO, J. L. *Como não escrever a história do Brasil*. ANDRADE, M. F. *A pena de morte e a revolta dos escravos de Carrancas: a origem da “lei nefanda”* (10 de junho de 1835), p. 264-289.

⁶²³ Sobre elas, conferir ANDRADE, M. F. Op. cit.; REIS, J. J. *Revoltas escravas*, p. 395; MATTOSO, K. M. Q. *Ser escravo no Brasil: séculos XVI-XIX*, p. 187-190; BATISTA, V. M. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*.

⁶²⁴ Destacam-se as revoltas dos haussás, e, posteriormente, pelos nagôs, entre 1807 e 1820 na Bahia, além de outras revoltas ocorridas entre 1814 e 1835; só na década de 1820 contabilizam-se mais de vinte levantes de escravos (REIS, J. J. Op. cit., p. 392-395).

principalmente a partir da forte pressão inglesa pelo seu término, e enfraquecia os movimentos políticos a ela contrários⁶²⁵.

A “Lei Nefanda” guarda relação com este contexto geral, consistindo em um desdobramento direto dos eventos ocorridos na Revolta das Carrancas e, de forma indireta, na Revolta dos Malês: o Projeto de Lei que a ela deu origem, em 1833, foi elaborado poucos meses após a primeira, e sua tramitação acelerou-se após a segunda⁶²⁶.

Quase vinte anos depois, em 12 de maio de 1852, um juiz municipal da Província de São Paulo comunicou ao Presidente da Província a respeito da dúvida que tivera em relação ao alcance do art. 1º da “Lei Nefanda”, se ele estaria sujeito também às normas gerais do Código Criminal. Tratava-se de um caso de homicídio praticado por Ambrosiana, escrava menor de idade, contando com 13 para 14 anos, que matara a mulher do capataz do seu senhor, Antonio de Camargo. O Imperador, respondendo à solicitação do Presidente da Província da São Paulo, emitiu em 12 de julho de 1852 o Aviso n. 190, o qual consolidou que “*sendo as disposições do Art. 10 do Código Criminal igualmente concebidas em termos gerais, e além disso fundadas nos princípios de humanidade, claro estava que serão também applicaveis aos escravos*”.

Se apenas em 1852, em um caso aparentemente isolado, “pacificou-se” a interpretação do art. 10, parágrafo 1º do Código Criminal de 1830, teria a “Lei Nefanda”, por interpretação ampliativa, alcançado escravos menores de 14 anos por duas décadas consecutivas, sem as restrições do Código Criminal?

Uma resposta categoricamente afirmativa careceria de elementos e dados históricos suficientes neste momento. Porém, algumas questões devem ser levadas em consideração: de fato, (i) a maioria dos casos registrados e arquivados da “Lei Nefanda” data das décadas de 1860-1870, e desse número, não constava nenhum caso envolvendo réu escravo menor de 14 anos⁶²⁷; (ii) ao mesmo tempo, as principais obras doutrinárias e de comentários à jurisprudência posteriores ao Aviso 190 o mencionam expressamente ao abordarem a inimputabilidade etária,

⁶²⁵ Em detalhes sobre esse contexto de medo branco, abordando principalmente o papel da imprensa na manipulação desse medo, BATISTA, V. M. Op. cit., p. 169-188.

⁶²⁶ Como Nilo Batista e Raúl Zaffaroni esclarecem, não procede a opinião corrente de que a Lei de 10 de junho de 1835 teria sido consequência da revolta malê (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 439). Na verdade, ela é consequência direta da revolta das carrancas, e a revolta malê apenas acelerou sua tramitação legislativa (ANDRADE, M. F. Op. cit.; BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. Op. cit., p. 439.)

⁶²⁷ PIROLA, R. F. *A lei de 10 de junho de 1835: justiça, escravidão e pena de morte*, p. 356-357.

apesar de não trazerem qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial envolvendo a exegese da “Lei Nefanda” em relação ao Código Criminal⁶²⁸.

É possível que o Aviso 190 e a controvérsia da inimputabilidade etária de escravos diante da Lei Nefanda tenha sido num caso pontual. Porém, é igualmente possível a existência de casos de escravos menores de idade condenados pela Lei, seja porque (i) na prática, é provável a ocorrência de dificuldades probatórias da menoridade, dificuldades essas que podem ter redundado na punição penal de menores de 14 anos como se adultos fossem, ou que suas idades fossem deliberadamente elevadas por seus julgadores para este propósito; (ii) ou, porque o fato de os principais manuais da época terem mencionado o Aviso pode sugerir que o tema era relevante o suficiente para ser mencionado e aclarado para os operadores do direito.

Seja como for, mais importante que esclarecer se a inimputabilidade etária do escravo foi ou não “pacificada” com o Aviso 190, é perceber como essa discussão dogmática que atravessou essa categoria conceitual foi um desdobramento jurídico de questões políticas e econômicas de fundo. A inimputabilidade etária só foi questionada em relação a escravos, questionamento esse surgido exclusivamente por força de uma das várias leis penais de “emergência permanente” voltadas à repressão contra insurreições escravas, num contexto político e econômico de disputa pela manutenção do regime escravocrata.

3.3.1.5

O destino dos inimputáveis etários

Quanto às instituições para internação, os jovens eram recolhidos sem distinção com adultos e, na falta de vagas nas Casas de Correção (ou até mesmo na falta destas, como denunciado por Vieira de Araújo), o mais comum era recolhê-los nas Casas de Detenção⁶²⁹, administradas pela própria polícia, isso quando não eram deixados à própria sorte logo recém-

⁶²⁸ JUNIOR, T. A. *Anotações theoricas e práticas ao Código Criminal*, Tomo I, p. 222-223; TINÔCO, A. L. F. *Código criminal do Império do Brazil anotado*, p. 25; SOUZA, B. F. H. *Lições de Direito Criminal*, p. 14; PESSOA, V. A. P. *Código Criminal do Império do Brazil comentado*, p. 38.

⁶²⁹ A título ilustrativo, em 1861 foi criado o “Instituto de Menores Artesãos”, ligado à Casa de Correção e dela dependente. Neste instituto ficavam em comum “vadios, vagabundos, abandonados e órfãos”, e podemos dizer que foi um primeiro esboço, ainda que bem precário, de separação de jovens e adultos. Foi abolido em 1865, dado como “incompatível com a Casa de Correção”; os jovens que lá estavam foram entregues ao Ministério da Marinha (MOTTA, M. B. *Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil*, p. 280-286). Tornou-se comum os jovens serem entregues às Casas de Detenção, quando “pequenos delinquentes” e à Marinha, quando “pequenos vagabundos” (RIZZINI, I. *O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes*, p. 14.).

nascidos, pelo sistema das *Rodas dos Expostos*⁶³⁰. Um olhar mais acurado merece, porém, a Lei do Ventre Livre (Lei 2.040 de 1871) e seus desdobramentos sobre o controle da juventude negra.

No que representou uma definição de rumo na política do Império, em direção ao fim da escravidão - ainda que a passos muito lentos e tímidos -, a Lei do Ventre Livre declarava livres os filhos de mulher escrava nascidos após a lei (os chamados “ingênuos”), rompendo com a doutrina legal do “*partus sequitur ventrem*” (“o filho segue o ventre da mãe”)⁶³¹. Foi uma lei bastante disputada, vista pela classe social dominante como um grave risco de subversão da ordem⁶³².

De todo modo, a lei restou aprovada, e nada tinha de liberal: a criança permaneceria sob a autoridade do senhor de sua mãe que teria a obrigação de dele cuidar e tratar até que atingisse a idade de oito anos completos (art. 1º, §1º). Atingindo esta idade, o senhor tinha duas opções: ou libertar o filho da escrava e conceder-lhe liberdade plena, ou utilizar-se dos serviços da criança até que completasse 21 anos. O poder do senhor se estendia até mesmo aos filhos das filhas das escravas, que também estariam sob sua responsabilidade durante o período de serviço da mãe; caso esta venha a falecer, aqueles poderiam ser colocados à disposição do governo (art. 1º, §3º). Em caso de alienação da mãe, seus filhos lhe acompanhavam, sub-rogando-se o novo senhor nas obrigações do anterior (art. 1º, §5º) e, em toda alienação, sob pena de nulidade, era proibido separar os cônjuges, e os filhos menores de 12 anos, do pai ou da mãe (art. 4º, §7º); e no caso de castigos excessivos sobre os filhos da escrava, perderia o senhor o poder sobre eles (art. 1º, §6º).

O art. 2º, caput da lei dispunha que o governo poderia entregar a associações por ele autorizadas os filhos das escravas que, nascidos na data da lei, fossem cedidos ou abandonados por seus senhores, ou tirados do poder destes por consequência do art. 1º, §6º. O parágrafo 1º do art. 2º, por sua vez, assegurava a essas associações o direito aos serviços gratuitos das crianças até que completassem 21 anos, podendo alugar estes serviços, mas sendo obrigadas a

⁶³⁰ A *Roda dos Expostos* surgiu na França, chegou a existir em Portugal e foi trazida para o Brasil no séc. XVIII (criada pioneiramente na Santa Casa da Bahia em 1726 e na Santa Casa do Rio de Janeiro, em 1738). Ela foi criada com o propósito de salvar a vida de recém-nascidos abandonados, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados, inserida em um sistema legal e assistencial dos expostos até a sua maioridade. Registros históricos atestam que existiu, pelo menos em São Paulo, até 1948. A Roda era, em realidade, um grande “infanticídio disfarçado”, uma vez que seus índices de mortalidade eram altíssimos. Sobre isso, DEL PRIORE, M. *História das crianças no Brasil*, p. 98; FALEIROS, E. T. S. *A criança e o adolescente*. Objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império, p. 208-216.

⁶³¹ ARIZA, M. B. A. *Crianças/Ventre Livre*, p. 169.

⁶³² FAUSTO, B. *História do Brasil*, p. 186.

criar e tratar desses menores de idade, constituir-lhes um pecúlio, e, findo o tempo de serviço, procurar-lhes “apropriada colocação. Essas associações estariam sujeitas à inspeção dos juízes de órfãos, quanto aos menores de idade (art. 2º, §3º); na sua falta, estariam sujeitas à mesma inspeção as casas de expostos e as pessoas encarregadas dessas crianças pelos juízes de órfãos (art. 2º, §3º), mantendo o governo o direito de recolhimento dos menores de idade a estabelecimentos públicos (art. 2º, §4º).

Como era de se esperar, raríssimos foram os casos em que o senhor optou pela indenização; além disso, proliferaram fraudes dos registros obrigatórios de nascimento que comprovariam a condição de liberdade dos “ingênuos”, omitindo-se ou falseando-se datas. Como Marília Ariza observa, apesar de assinalar o fim inescapável da escravidão, a Lei do Ventre Livre teve o efeito de prolonga-la até o limite de suas possibilidades⁶³³.

Em princípio, pareceria fora de propósito analisar a Lei do Ventre Livre relativamente às consequências da inimputabilidade penal etária ao tempo do Império. Contudo, um olhar mais detido pode reler essa legislação pela ótica do sistema paralelo de controle social que ela inaugurava, ainda que forma incipiente, e pela ideologia que a inspirava.

Que se trata de uma lei racista, isso é uma obviedade. Menos óbvio, porém, é perceber que ela trazia os primeiros esboços de um sistema pretensamente tutelar e geneticamente racista, direcionado para crianças e adolescentes negros. De se notar a desconsideração da família da criança negra nascida após a lei em favor da autoridade do senhor e/ou do Estado, que detinham a autoridade paternal de saber “o que seria melhor para ela”; a redução da infância negra a um período prévio de adaptação à exploração de sua mão de obra, seja pelo senhor, seja pelo Estado, através de associações tutelares; e, por fim, a criação de um juízo que teria jurisdição para gerenciar, controlar, e disciplinar a juventude negra “liberta”. Não à toa, ainda que de forma incipiente, foi voltado a esta população que o termo “menor” começou a ser cunhado e utilizado; e não à toa, aquelas serão as principais características do sistema tutelar desenhado ao longo dos 50 anos seguintes, já nos anos finais da República Velha, para o controle de crianças e adolescentes – em sua esmagadora maioria, negros - autores de infrações penais.

3.3.2

Fase tutelar

⁶³³ ARIZA, M. B. A. *Crianças/Ventre Livre*, p. 174.

3.3.2.1

A República Velha e a primeira legislação menorista brasileira

Muito embora a fase tutelar do tratamento infracional de crianças e adolescentes seja normalmente trabalhada a partir do advento dos “tribunais de menores” e dos seus respectivos códigos, a história brasileira no tema, principalmente quando analisada a partir do controle e dos saberes penais, demanda abordagem distinta. É que a normativa e as práticas disciplinares juvenis específicas foram precedidas de discursos jurídico-penais e criminológicos difusos que, apesar de cronologicamente contemporâneos a legislações próprias ainda da etapa penal indiferenciada, guardavam afinidade com a nova ordem de ideias que começava a ganhar força. Compreender as desarmonias e tensões entre os atores, seus discursos e as normas então positivadas é fundamental para fazer emergir as disputas de projetos político-criminais de controle social subjacentes ao debate dogmático da inimputabilidade etária, razão pela qual, primeiro, são trabalhadas as mudanças legislativas, e, na sequência, os discursos jurídico-penais e criminológicos.

Como visto no tópico anterior, a passagem da Monarquia para o regime republicano, embora pouco tenha contribuído para alterar, na prática, as relações de poder anteriormente estabelecidas, inaugurou novas práticas de controle e novos discursos que, pautados por ideais positivistas e higienistas – principalmente provenientes da medicina social e da psiquiatria -, e perfumados com um pretenso objetivo “civilizatório”, passaram a orientar o exercício do poder na jovem República, o que se evidenciou no teor do Código Penal de 1890.

Elaborado e promulgado às pressas, com uma precária técnica legislativa e ainda bastante dependente das linhas gerais do Código Criminal de 1830, o primeiro código penal republicano, no que concerne ao tratamento da inimputabilidade etária, acabou se revelando anacrônico ao novo estado da arte das ideias e propostas em matéria de justiça juvenil e, assim, foi nossa segunda legislação ainda num marco penal indiferenciado – o qual, por sua vez, já não era mais compartilhado pelos atores jurídicos.

Pela nova codificação, os menores de 9 anos eram absolutamente inimputáveis (art. 27, §1º); entre 9 e 14 anos, com a demonstração de *discernimento*, já era possível sua punição penal, com o consequente recolhimento a estabelecimentos disciplinares industriais pelo tempo que o juiz achasse conveniente, desde que não ultrapassasse 17 anos (art. 27, §2º c/c art. 30); entre 14 e 17 anos, o Código previa uma pena mais branda, chamada cumplicidade (art. 65) e, pelo art.

399, §2º, maiores de 14 anos podiam ser recolhidos a estabelecimentos industriais até 21 anos; e maiores de 17 e menores de 21 anos faziam jus a uma atenuante (art. 65, §11). Era um sistema que, na perceptiva análise de Nilo Batista, tornava possível, na prática, a prisão de uma pessoa dos seus 9 aos 21 anos⁶³⁴.

Em São Paulo criou-se, no ano de 1902, o *Instituto Disciplinar*, não só para criminosos menores de 21 anos, mas também aos “pequenos mendigos, vadios, viciosos, abandonados, maiores de nove e menores de 14 anos”, que lá deveriam ficar até completarem 21 anos⁶³⁵. Já no Rio de Janeiro, até meados da década de 1920, os menores de idade presos pela polícia eram encaminhados aos estabelecimentos subordinados à 2ª Seção da Diretoria da Justiça do ministério da Justiça e Negócios Interiores: a *Escola Premunitória Quinze de Novembro* (1899), a *Colônia Correccional de Dois Rios* (1902) e a *Escola de Menores Abandonados* (1907). Juntavam-se a estas outros dois possíveis destinos, que eram as *Casas de Detenção* e o *Depósito de Presos*⁶³⁶.

Ao longo das décadas seguintes, o sistema indiferenciado então em vigor passou a sofrer críticas cada vez mais severas, não apenas quanto à mistura entre jovens e adultos, às insuficiências e ilegalidades dos estabelecimentos existentes, mas passando pela própria ideia de punição e repressão a crianças e adolescentes por meio do aprisionamento⁶³⁷. Observa-se nesta transição o nascimento de diversos tribunais especializados para a infância e juventude, com destaque para o *Juvenile Court Act of Illinois*, o primeiro tribunal deste tipo, criado em 1899, em Chicago, nos Estados Unidos⁶³⁸.

É também digno de nota o Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em Paris, em 1911, que contou com a presença de ilustres políticos e juristas da época. Nesse Congresso se assentou não apenas a necessidade da criação de tribunais especializados (o que ocorreu ao longo das primeiras décadas do século XX), como também da elaboração de

⁶³⁴ BATISTA, N. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, p. 39-43.

⁶³⁵ SANTOS, M. A. C. *Criança e criminalidade no início do século XX*, p. 224. Este estabelecimento foi fruto de proposta e militância de Cândido Motta, o qual, positivista, propugnava uma proposta correccional para a questão juvenil, mas, ainda atrelada ao sistema de controle penal (DIAS, R. F. *Pensamento criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade*, p. 338).

⁶³⁶ RIZZINI, I. *O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes*, p.15.

⁶³⁷ Ibid., p.17. Sobre essa mudança de paradigma em profundidade, por todos ALVAREZ, M. C. *A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores*.

⁶³⁸ MÉNDEZ, E. G. *Infância e cidadania na América Latina*, p. 51.

um Direito, de um conjunto de normas próprias, peculiares ao tratamento daquele sujeito inimputável, o menor de idade⁶³⁹.

É nesse contexto que a proposta passou a ser reeducativa e recuperacional, e, no Brasil, três são os marcos dessa nova postura: a Lei 4.242/1921, que eliminou o critério do discernimento e considerou a pessoa menor de 14 anos totalmente isenta de responsabilidade penal; a criação do juizado de menores pelo Decreto 16.272/1923; e a criação do primeiro Código de Menores pelo Decreto 17.943-A/1927 (“Código Mello Mattos”). Inaugurava-se, no Brasil, a etapa tutelar no tratamento jurídico à infância e juventude, cujo traço marcante era, conforme Karyna Sposato, “concentrar na autoridade do juiz de menores o poder de decidir, em nome da criança, sobre o que é melhor para ela”⁶⁴⁰.

O “Código Mello Mattos”, ao trazer tratamento jurídico específico para crianças e adolescentes, se mostrava inovador. Criaram-se dispositivos de intervenção sob a forma de normas jurídicas e procedimentos judiciais que atribuíam ao Estado o poder de atuar sobre a juventude e intervir sobre sua família⁶⁴¹.

O novo Código, já abandonada a teoria do discernimento, categorizava a infância e juventude em “delinquentes” e “abandonados”, sendo que os menores de 14 anos eram absolutamente inimputáveis (art. 68, caput). Os “menores delinquentes” entre 14 e 18 anos eram submetidos a procedimento infanto-juvenil diferenciado (art. 1º e art. 69) e, entre estes, os menores entre 16 e 18 anos que cometessem crimes graves e fossem considerados perigosos eram encaminhados a estabelecimentos para condenados menores de idade, ou na falta destes, em prisão comum com separação dos adultos, pelo tempo de duração necessário até se regenerarem, sem exceder a pena máxima cominada (art. 71). Vale apontar que podia o juiz, no caso de pessoa entre 14 e 18 anos sentenciada à internação ou reforma e na falta de estabelecimento adequado, antecipar seu desligamento ou prolongá-lo até o máximo legal, conforme a “personalidade moral do menor”, a “natureza da infração”, entre outras circunstâncias (art. 87). Já os “menores abandonados” eram aqueles que se enquadravam nas situações descritas no art. 26 do diploma, sendo submetidos às medidas dos artigos 55 e

⁶³⁹ *1er Congrès International des Tribunaux pour Enfants – Paris, 29 Juin – 1er Juillet 1911. Actes du Congrès.* Org.: KLEINE, Marcel. Naquele Congresso, diversos juristas e pensadores se manifestaram por uma legislação e tribunais específicos para crianças e adolescentes. Por todos, Collard mencionava como a Bélgica pretendia implantar tais medidas (Ibid., p. 96-103); M.A. Duval e Marcel Kleine discutiam legislação juvenil específica para tratar juridicamente de menores de idade, que pretendia implantar na França tribunais juvenis (respectivamente, p. 127 e p. 153).

⁶⁴⁰ SPOSATO, K. *O direito penal juvenil*, p.33.

⁶⁴¹ Ibid., p. 38.

seguintes. Assim, o Código de Menores de 1927 consiste no marco histórico formal da inserção da periculosidade no tratamento à infância e à juventude no Brasil.

Vistas as inovações legislativas, passa-se ao estudo dos discursos jurídico-penais e criminológicos que atravessaram a questão juvenil e a inimizabilidade etária, buscando observar como os atores visualizaram e legitimaram as novas formas de controle social sobre a juventude. Sabe-se que estes discursos tiveram influência direta na legislação anterior, de modo que sua análise apartada, embora possa ser criticável, se justifica tão somente para que se perceba com maior nitidez o protagonismo e as disputas internas nos discursos dogmáticos e criminológicos a respeito da engenharia intelectual do controle menorista brasileiro. Propõe-se, portanto, alguns eixos de análise: (i) a imagem do “delinquente juvenil” e sua construção; (ii) parâmetros de análise de sua conduta (“discernimento” e periculosidade); e (iii) a consequência jurídica do desvio, suas críticas, legitimação e características.

A partir do advento do positivismo criminológico – que fornece todo o substrato teórico à construção da justiça juvenil -, o menor de idade desviante começou a ser percebido com um olhar híbrido, simultaneamente pedagógico e médico⁶⁴². Ao mesmo tempo em que ele era um sujeito em formação, no qual as noções sobre o mundo estavam em construção, e, assim, considerando sua ingenuidade, inocência e despreparo para a vida adulta, justificava-se não sua punição ou neutralização, mas sua correção, convivendo-se com um olhar carregado de medo e consternação diante de ofensas chocantes ou extremas praticadas por menores de idade, em relação às quais pensou-se um projeto político-criminal oposto, fundado em neutralização⁶⁴³.

⁶⁴² Sônia Camara nos conta sobre como a Liga Brasileira de Higiene Mental (já estudada no tópico anterior), definiu a infância como “a idade de ouro da higiene mental”, tendo estudado as “tendências criminais de natureza morfológica, funcional e psíquica como fatores para a “criminalidade juvenil” (CAMARA, S. *Sob a Guarda da República*: a infância minorizada no Rio de Janeiro da década de 1920, p. 233).

⁶⁴³ Tal concepção perigosista neutralizante foi levada às últimas consequências pela *Reforma Penal para a Juventude* na Alemanha Nazista de 1939, em que se chegou a permitir a punição de jovens como se adultos fossem no caso de, sendo graves delinquentes, se tratar de um feito com “caráter criminal particularmente reprovável”, ou, “quando a punição do menor, igualada a adulto, seja necessária para a defesa do povo” (GRISPIGNI, F.; MEZGER, E. *La reforma penal nacional-socialista*, p. 77-80). Kirchheimer apontou que, apesar da mudança de ênfase, dos motivos pessoais ou da vontade do agente para as circunstâncias externas da ofensa, o propósito de dissuasão prevalecia sobre quaisquer outras considerações, ao que a interpretação oficial fazia predominar considerações de “proteção da comunidade” (KIRCHHEIMER, O. *Criminal Law in National Socialist Germany*, p. 183). Nesse sistema, doutrinas que sublinham o tipo de criminoso ganharam reconhecimento oficial: o “parasita de guerra”, o “delinquente juvenil precocemente perigoso”, e o “criminoso brutal”, como eles apareciam nos decretos de guerra, eram tipos criminosos para os quais a impressão pictórica prevalecia sobre definições legais precisas (*Idem*, p. 183). Este método levou ao uso de antecedentes para estabelecer a culpa em relação ao crime, e a culpa, no caso, não se referia àquele crime em particular, mas a toda a carreira e modos de vida anteriores do criminoso (*Idem, ibidem*). Em um macabro elogio a essas disposições, Filippo Grispigni se perguntava sobre “quantos menores de 18 não foram condenados à morte por aplicação desta norma!” (GRISPIGNI, F.; MEZGER, E. *Op. cit.*, p. 81). O Decreto de Simplificação e Padronização da Justiça Criminal Juvenil, de 1943 (vigência a partir de 1º de Janeiro de 1944), atendendo a anseios punitivistas de redução da delinquência juvenil mais severa,

Esse hibridismo é perceptível nos discursos da época. Vieira de Araújo, ainda nos últimos sopros de vida jurídica do Código Criminal de 1830, não rejeitava o estigma de criminoso sobre loucos e menores de idade:

dizer, por exemplo, que não são criminosos os menores de certa idade e os loucos, é negar o alcance dos nossos sentidos, ou parecer indiferente á toda influencia que o crime pode exercer no ambiente social⁶⁴⁴.

Essa premissa impactava a própria construção da imputabilidade, já que a necessidade político-criminal de controle já não podia encontrar limites na lei ou em qualquer princípio penal de garantia. Em nome deste objetivo, Vieira de Araújo divergiu de Tobias Barreto quanto à premissa de segurança jurídica que embasava a construção da imputabilidade:

esta ultima proposição, fundamento do systema (referindo-se a passagem anterior, de que “na dúvida fique impune o culpado, mas não seja condenado o inocente”), que pressupõe por via de regra uma innocencia problemática na vida diurna, pouco convincente, quando se trata de grandes atentados, poderia muito bem ser invertida sem injustiça em benefício da segurança social”.

Seja como for, o estado a que chegou a sciencia actual não permite acceitar neste ponto, como se tem pretendido, que em Estados vastos como o Brasil, que conta regiões sujeitas a influencias as mais diversas, desde o clima ardente sob o sol do equador na Amazônia até o europeu nas províncias do Sul onde o thermometro desce abaixo de zero, desde as cidades cultas do littoral e da margem dos grandes rio navegáveis até os mais ínvios e inhospitos sertões – se deva fixar em uma lei penal épocas de imputabilidade as mais elevadas poesíveis de modo que não se abranjem ellas todos os criminosos excluão sempre os innocentes⁶⁴⁵.

Ao mesmo tempo em que, a partir da ideia de “delito natural”, Vieira de Araújo exigia que medidas fossem tomadas também contra inimputáveis⁶⁴⁶, no caso específico de menores de idade, propugnava que o intuito era sua correção, mas “caso seja isto possível”: “a emenda ou melhora, uma vez realizada, dará lugar á reversão do indivíduo á sociedade, no caso contrario,

aprofundou a lógica anterior e radicalizou sua abrangência, permitindo ao juiz a aplicação do Código Penal a toda pessoa menor de 18 anos, desde que o “são sentimento do povo” assim o demandasse por conta de suas “sérias intenções criminosas” ou em razão da gravidade do delito; o mesmo aplicando-se caso o adolescente, embora não possuindo o mesmo desenvolvimento intelectual e moral de um adulto, a averiguação de sua personalidade e da infração demonstrasse que ele era um “delinquente grave com caráter anormal” e que a “proteção do povo” exigisse tal ação. Ninguém menos do Edmund Mezger elogiou tal decreto, afirmando que a “experiência prática mostrou a necessidade de reduzir a idade de responsabilização. Uma série de casos provou a necessidade de usar a pena de morte contra aqueles menores de 16 anos que previamente eram sujeitos a sentenças de mais de 10 anos”. Como era previsível, não houve qualquer redução da criminalização registrada da juventude alemã; ao contrário, os números apenas aumentaram com o avançar da Guerra (W., R. G. *Serious Juvenile Crime in Nazi Germany*, p. 262-263).

⁶⁴⁴ ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada*, p. 210.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 215.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 220.

ao seu sequestro indeterminado ou perpétuo”⁶⁴⁷. Já às vésperas do CP 1890, Araújo defendeu como proposta justamente as linhas que seriam seguidas por aquele Código, marcando-se a inimputabilidade absoluta aos 9 anos⁶⁴⁸.

Posição similar foi sustentada por Nina Rodrigues, em importante debate póstumo travado com Tobias Barreto. Exponente máximo da criminologia positivista e racista brasileira, Rodrigues vinculou a infância desviante ao “delinquente nato” lombrosiano⁶⁴⁹ (origem histórica do termo “menor” no Brasil⁶⁵⁰), e, por isso, restringia a proposta corretiva em favor da neutralização de forma muito clara. Resgatando Garofalo e o debate positivista a respeito da prevenção delitiva através da educação, criticando a popularidade do jargão em voga naquele momento, “para cada escola que se abre, fecha-se uma prisão”, concordava com o positivista italiano e afirmava ser a proposta um “absurdo”, e que, na verdade, poderia mesmo contribuir “para aperfeiçoar a criança no crime”, já que não seria capaz de conter fatores delitivos biológicos ou orgânicos; além disso, não seria a educação, mas o senso moral que deveria ser alvo de política pública⁶⁵¹.

Paradoxalmente, se Nina Rodrigues subscrevia o ideário positivista de Garofalo e Lombroso, ele articulou o mesmo arsenal teórico para criticar o estado de coisas do sistema penitenciário baiano. Com o objetivo de demonstrar a urgência da necessidade de reformas, instituindo-se os estabelecimentos agrícolas especiais para menores de idade (que não existiam), Rodrigues procedeu à análise criminológica e médica de quatro inimputáveis etários que praticaram homicídios, analisando desde o histórico familiar e pessoal até raça, sexualidade, e dimensões cranianas dos jovens. Todos foram rotulados como “congenitamente perversos”, ao mesmo tempo em que Rodrigues denunciara a “lapidação do cárcere” em sua formação⁶⁵².

⁶⁴⁷ Ibid., p. 220.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 222

⁶⁴⁹ Outros autores também o fizeram, como Lemos Britto: “não é que consideremos todos os menores delinquentes anormais; mas é certo e indiscutível hoje que as influências ancestrais pesam sobre o destino dos descendentes” (BRITTO, L. *Obras Completas: Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias*, vol. I, p. 272 *Apud* DIAS, R. F. *Pensamento criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade*, p. 175) e Lima Drummond, que distinguia entre “menores no estado normal” e no “estado anormal” (VIANNA, P. D. *Direito criminal: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro*, p. 48 *Apud* DIAS, R. F. Op. cit., p. 274).

⁶⁵⁰ Com Vera Malaguti, foi ao longo da edificação (positivista) da justiça juvenil brasileira na década de 20 que a palavra menor passa a se associar a crianças pobres, a serem tuteladas pelo Estado para a preservação da ordem e asseguramento da modernização capitalista em curso. (BATISTA, V. M. *Díficeis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, p. 60).

⁶⁵¹ RODRIGUES, N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 185-188.

⁶⁵² Ibid., p. 198-207.

Em outro diapasão, positivistas como Aureliano Leal e Augusto Viveiros de Castro, embora não desconhecêssem a problemática da “perversão infantil” (que, em Leal, foi motivo para sua defesa de um “asilo perpetuo para os menores affectados de tendencias criminosas obstinadas ou de loucura moral”⁶⁵³), mostravam um pouco mais de sensibilidade e otimismo com ideais correcionais e não punitivos⁶⁵⁴; Viveiros de Castro, inclusive, chegou a enfrentar o debate da educação, reconhecendo que, na verdade, a mera *instrução primária* não seria o suficiente para prevenção delitiva, sendo fundamental uma educação com onde o menor de idade seria moralmente reformado e pudesse “aprender um officio que lhe assegurasse meios de vida honestos e lucrativos”⁶⁵⁵.

No direito penal, os primeiros discursos mais contundentes que se inclinam em postular uma visão mais pedagógica sobre a infância – no seio de obras do campo penal - tiveram início, de fato, nos anos 20 em diante. Representativas, nesse ponto, as palavras de Costa e Silva:

O problema da *infancia impropriamente chamada criminosa* (grifo nosso), posto em moda (como se disse) na segunda metade do século passado, constitue ainda hoje preocupação universal. Por unanime convicção, se entende actualmente que o menor não deve estar sujeito a penas e castigos, mas tão somente a medidas educativas e reformadoras. Por isso, com razão, se affirma que para os menores a noção da pena desapareceu e foi substituida pelo tratamento correccional⁶⁵⁶.

Vasco Vasconcellos, em comentários sobre a inimputabilidade etária, foi mais radicalmente favorável à correção, rejeitando o estigma de periculosidade e perversão que o positivismo lombrosiano lhe atribuía. Vale conferir suas palavras:

Não chegamos a afirmar como Lombroso que (grifo nosso): os germens da loucura moral e da criminalidade se encontram, não por exceção mas normalmente, na creança, e que esta é um ser privado de senso moral, apresentando todos os caracteres do louco moral e do criminoso nato, tendo a mesma violencia na paixão, seus vícios principais são: a cólera, a inveja, a mentira, a

⁶⁵³ LEAL, A. *Germens do Crime*, p. 291.

⁶⁵⁴ Aureliano Leal sugeria, em tom de patriotismo: “abrigue-se a creança em um tecto de moralidade; colloque-se-a em um ambiente puro e regenerador; castigue-se-a methodica e relativamente; pregue-se-lhe os princípios da moral social; eduque-se-a nos princípios do dever; prepare-se-a nas verdades da honra e, então, confiemos no futuro da Pátria e na paz da sociedade, que não será mais amiudadamente perturbada pelos facinoras perversos que tanto a assaltam presentemente” (*Idem*, p. 301). Augusto Viveiros de Castro, como em um desabafo, afirmou: “E' preciso dizer a verdade, clara e franca, sem phrases amaneiradas, sem arabescos de estylo que attenuem as cores escuras e sombrias do quadro. Nem a policia, nem a magistratura, nem os philanthropos se incommodam com a sorte dos menores, assumpto que não interessa somente a attenção curiosa do psychologo mas affecta de modo importante os destinos de um povo livre.” (VIVEIROS DE CASTRO, A. *A nova escola penal*, p.340).

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 350-351.

⁶⁵⁶ COSTA E SILVA, A. J. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. I, p. 178-179.

privação do senso moral, o egoísmo, a crueldade, a preguiça, a vaidade, a obscenidade e a imitação.

É profundamente exagerada essa concepção do sábio anthropologista (grifo nosso), que, nesse, como em muitos outros pontos de sua doutrina, se deixou impressionar exclusivamente pelos casos pathologicos, ou pela idéa fixa dos indivíduos degenerados ou anormaes⁶⁵⁷.

Ainda sobre a figura do “delinquente juvenil”, convém se destacar como se percebia o marco etário eleito pela legislação. Se se afirmava a influência do Código Zanardelli no ponto (por vezes de forma crítica)⁶⁵⁸, e se a doutrina dominante justificava os diferentes marcos etários estipulados ao redor do mundo com base em diferenças “mesológicas”, “sociais”, de “cultura”, variando de “povo a povo”⁶⁵⁹, Vasco Vasconcellos, observando as mesmas diferenças etárias, argumentou criticamente ser essa “uma questão de puro e méro arbitrio”⁶⁶⁰.

Quanto à tensão entre os critérios do discernimento e da periculosidade, são muitas as ambiguidades que atravessam a questão. Se, de um lado, era opinião unânime que o desviante menor de idade devesse ser julgado a partir de suas características pessoais que demonstrassem maior ou menor grau de “perversão” (a partir de análise de sua personalidade, hereditariedade, família, meio, conduta social, etc.)⁶⁶¹, o tratamento do discernimento ora se aproximava da periculosidade (confundindo-se com ela), ora se distanciava, em tom crítico.

⁶⁵⁷ VASCONCELLOS, V. S. *As dirimentes do Código Penal*, p. 32.

⁶⁵⁸ Ibid., p. 25; Crítico, Nina Rodrigues, em trecho que merece transcrição: “O nosso código penal vigente, inspirado (perdoe-me o legislador), mal copiado do código penal italiano, trouxe-nos, portanto, um progresso reduzindo a menoridade de quatorze a nove anos. Progresso, porque a sociedade habilitou-se por esse modo a reprimir ações anti-sociais de indivíduos, que, mesmo no ponto de vista do livre arbítrio, já se deviam considerar responsáveis. Mas principalmente progresso, porque, de acordo com os preceitos da teoria positivista dos meios preventivos, ou dos substitutivos penais, quanto mais baixa fôr a idade em que a ação da justiça, ou melhor do Estado se puder exercer sobre os menores, maiores probabilidades de êxito terá ella, visto como poderá chegar ainda a tempo de impedir a influência deletéria de um meio pernicioso sobre um caracter em via de formação, em época portanto em que a ação deles ainda possa ser dotada de eficácia (RODRIGUES, Nina. *Op. cit.*, p. 189).

⁶⁵⁹ SIQUEIRA, G. *Direito Penal Brasileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. I, p. 354.

⁶⁶⁰ VASCONCELLOS, V. S. *Op. cit.*, p. 26.

⁶⁶¹ Michel Foucault compreendeu os nascentes tribunais de menores como “tribunais da perversidade e do perigo” (FOUCAULT, M. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975), p. 34-35). Internacionalmente, a noção de “infância perigosa e em perigo” – e, que, por consequência, demandaria intervenção judicial “profilática” – se mostrou presente no importante Congresso Internacional de Tribunais de Menores, de 1911. No Congresso, destaca-se o discurso de Paul Deschanel, alertando para o tratamento da infância perigosa e em perigo moral, (Ibid., p. 49-50); Henderson também alertava para “as condições e perigos das famílias de trabalhadores e de pobres”, (Ibid., p. 57); Durbig, Presidente do Tribunal de Munique, apontava que a vigilância das crianças em perigo passou a ser questão de “interesse geral” (Ibid., p. 111); Duval postulava que se devia tomar às mãos a causa de reeducar e reformar estes “seres débeis”, para que não se tornem incuráveis e perigosos (Ibid., p. 141); e, finalmente, é emblemática a colocação de Marcel Kleine: “tanto que a criança delinquente seja um fenômeno isolado, não parece útil constituir a seu uso organismos judiciários especializados; mas, do momento em que o número de crianças trazidas à justiça aumentou, ao ponto de constituir, na cidade moderna, um sintoma de perigo social, foi necessário procurar nos métodos novos o meio de frear a marcha ao crime da criança, hoje delinquente,

Imiscuindo os dois critérios, Nina Rodrigues, após constatar a “rapidez da maturidade orgânica nas raças inferiores e na absoluta impossibilidade consequente de modificá-las então”, e criticando o “absurdo” de o Código igualar o desenvolvimento do norte (onde “predominam o índio, o negro e os seus mestiços”) ao desenvolvimento mental do sul (onde “dominam os descendentes dos colonos alemães e italianos”)⁶⁶², o autor sugere o abandono total de limites etários à menoridade, substituindo-os integralmente pelo exame do discernimento⁶⁶³.

Em outra posição, para autores mais inseridos no campo jurídico-penal, o discernimento possuía traços distintivos, aproximando-se muito rudimentarmente de uma noção de culpabilidade, ou de potencial consciência da ilicitude. Para estes, a avaliação do discernimento passou a ser mais claramente atrelada à verificação da consciência, no menor de idade, das noções de justo e injusto⁶⁶⁴, da distinção do bem e do mal⁶⁶⁵. O conteúdo do discernimento – isto é, o que, exatamente, deveria ser avaliado –, era controvertido: para Macedo Soares, o “justo” e o “injusto” não eram em sentido geral, mas sim, jurídico, “especialmente em relação ao fato objeto do processo”. Com essa corrente, o discernimento seria entendido como “*faculdade de entrever a penalidade da acção segundo a lei positiva*”, sob o ponto de vista do ato praticado e não apreciado sob um ponto de vista geral⁶⁶⁶. Já Galdino Siqueira, após revisitar a controvérsia, acabou por defender uma percepção mais ampla do critério, como “juízo moral e, pois, como juízo theorico e pratico” sobre a ilegalidade do fato⁶⁶⁷, acompanhado de Vasco Vasconcellos⁶⁶⁸.

As críticas levantadas contra o critério do discernimento pelo discurso jurídico-penal foram essencialmente duas: (i) *vagueza e obscuridade*, pois não fornecia base sólida para se decidir sobre a punição⁶⁶⁹; (ii) *dispensabilidade* do parâmetro diante dos novos projetos

amanhã criminosa.” (Ibid., p. 154). No Brasil, como exemplos, Vasco Vasconcellos chegava a classificar os menores de idade segundo suas “índoles”, “inclinações” e “sentimentos”, destacando personalidade, instrução, hereditariedade (VASCONCELLOS, V. S. Op. cit., p. 27-28); Costa e Silva atribuí a delinquência juvenil não à “maturidade de intelligencia que faltava ao menor, mas a dos sentimentos moraes, a do character, ainda em formação” (Id., Op. cit., p. 177); Galdino Siqueira afirmava que “em relação aos menores, sobretudo, a sua criminalidade advém de causas hereditárias, ou do influxo deletério do meio em que se formam e se creem” (SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 360).

⁶⁶² RODRIGUES, N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*, p. 189.

⁶⁶³ Ibid., p. 191. Experimento prático levado a efeito em termos similares aos propostos por Rodrigues não poderia ter se dado em outro lugar que não a Alemanha Nazista, mais especialmente a partir das reformas legislativas promovidas em sua Justiça Juvenil a partir de 1939 e, posteriormente, 1943 (como visto anteriormente), e elogiado por ninguém menos que Mezger.

⁶⁶⁴ MACEDO SOARES, O. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, p. 74.

⁶⁶⁵ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 358.

⁶⁶⁶ MACEDO SOARES, O. Op. cit., p. 74.

⁶⁶⁷ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 358.

⁶⁶⁸ VASCONCELLOS, V. S. Op. cit., p. 34.

⁶⁶⁹ COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 177; SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 361.

político-criminais traçados para controle do desvio da infância e juventude, que, na verdade, exigiam e se encaixavam com o parâmetro positivista da periculosidade⁶⁷⁰.

Por último, quanto à consequência jurídica do desvio juvenil, paulatinamente observou-se o acúmulo de críticas quanto ao sistema de júri responsável pela aplicação de sanções sobre menores de idade; a transição entre uma percepção mais nítida de pena, para o afastamento completo da noção de repressão, com críticas contundentes quanto à situação geral do sistema de justiça voltado ao menor de idade⁶⁷¹.

A despeito de não ser nosso objeto de estudo o *processo de criação dos tribunais de menores*, uma primeira observação diz respeito às críticas formuladas quanto à submissão dos menores de idade ao sistema do tribunal do júri e, conseqüentemente, na legitimação do julgamento por um juiz singular especializado na questão juvenil.

Dentre os inúmeros argumentos que legitimaram a construção do “juiz menorista”, nos interessa em especial o desconforto e constrangimento com as decisões tomadas pelo júri, as quais, em sua maioria, tenderiam à absolvição pura e simples dos réus menores de idade, sem que outras medidas correcionais pudessem ser aplicadas⁶⁷². Trata-se de denúncia similar às

⁶⁷⁰ Afirmou Vasco Vasconcellos: “a distinção de menores que agem com discernimento ou menores que agem sem elle, pouco importa ao Estado, cuja missão principal deve ser graduar a reabilitação do menor conforme a idade, procurando, entretanto, um criterio objetivo, para a responsabilidade do delinquente; da mesma forma que na loucura não é possível classificar enfermidades mentaes para deduzir o gráo de responsabilidade do louco, assim reconhecido pelos processos da psiquiatria”(VASCONCELLOS, V. S. Op. cit., p. 31); no mesmo sentido, SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 361. Costa e Silva, a sua vez, como que afirmando a legitimidade da periculosidade: “o principal defeito do critério do discernimento consistia em se contentar elle com o desenvolvimento intellectual do menor. Para que este fosse criminalmente responsavel pelos actos praticados, era sufficiente, como se exprimiam os franceses, “la conscience d’un délit, le sentiment de l’infraction” (a consciência do delito, o sentimento da infração – tradução livre). A maior ou menor fraqueza da vontade, a maior ou menor resistência ás próprias inclinações e aos impulsos provindos do exterior não eram tomadas na merecida consideração. Ora, na generalidade dos casos, não era a maturidade da intelligencia que faltava ao menor, mas a dos sentimentos moraes, a do character, ainda em formação” (COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 177).

⁶⁷¹ Internacionalmente – e no campo jurídico-penal -, destacou-se, pioneiramente, Max Ernst Mayer, o qual, em intervenção no Congresso Anual da Sociedade Renanowestfaliana, em 1912, defendeu a criação de tribunais de menores com competência absoluta no trato das infrações praticadas por menores de idade, e sustentou publicamente a supressão plena das penas para todos os menores de dezoito anos. (HASSEMER, W. *Reseña biográfica*. In: MAYER, M. E. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 34-35).

⁶⁷² Nas palavras próprio juiz Mello Mattos: “há uma grande vantagem pratica na sujeição, entre nós, dos menores até 18 annos ao regimen correcional especial: - sempre o jury os absolve, systematicamente, deixando-os na impunidade e no caminho da reincidência: a passo que submettidos ao novo regimen, a regeneração delles pela reeducação e pelo habito do trabalho é muito provável” (ALVAREZ, M. C. *A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores*, p. 77-78); comparando o juiz a um médico e o criminoso a um doente, Noé Azevedo, em defesa dos tribunais de menores, criticou o júri pois não faria sentido “uma assembleia de leigos votar o remédio para o enfermo” (Id., *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)*, p. 136-137). No direito penal, interessantes as pontuações de Costa e Silva, não só elogiando a figura do juiz de menores, como o fato de ser ele “pessoa estranha á carreira da judicatura” (COSTA E SILVA, A. J., Op. cit., p. 180), e defendeu que a competência desses tribunais não poderia ficar restrita aos menores de idade que tivessem praticado infrações penais (Idem, *ibidem*).

absoluções do júri no caso de portadores de sofrimento psíquico, porém, com diferenças substanciais: no caso dos “loucos criminosos”, o que era denunciado era a suposta incoerência de se absolver réus que seriam “mais perigosos” que imputáveis, o que afrontava não apenas questões correcionais e de tratamento médico, mas necessidades de defesa social e neutralização; já no caso dos menores de idade, denunciava-se muito mais a suposta negligência e abandono que as absolvições pura e simples representavam, uma vez que esse sistema não permitiria a aplicação de medidas correcionais e pedagógicas demandadas para a infância.

Quanto à natureza repressiva ou correcional das consequências jurídicas sobre desviantes menores de idade, se, por exemplo, Vieira de Araújo não ousava tergiversar ao chamá-las de “pena”⁶⁷³, a doutrina que lhe foi posterior propugnava justamente o contrário. Galdino Siqueira foi incisivo: “*não é de repressão que necessita a infância, mas sim de educação e protecção*”⁶⁷⁴; Vasco Vasconcellos, no mesmo sentido, afirmou que “*o grande papel da sociedade consiste, emfim, não em castigar e punir, mas em melhorar, em salvar pela preciosa arte educativa o joven criminoso*”⁶⁷⁵; e Costa e Silva arrematou, afirmando que “*por unanime convicção, se entende actualmente que o menor não deve estar sujeito a penas e castigos, mas tão somente a medidas educativas e reformadoras*”⁶⁷⁶.

Quanto à sensibilidade para com as carências e a precariedade no tratamento da questão juvenil, Vieira de Araújo denunciou a inexistência de Casas de Correção para menores de idade⁶⁷⁷; Galdino Siqueira criticou o descompasso entre as novas propostas e a legislação brasileira de seu tempo⁶⁷⁸ e Macedo Soares, em comentário ao art. 30 do Código de 1890, fez referência a acórdão do Supremo Tribunal Federal que, em 1898, concedera ordem de Habeas Corpus, considerando constrangimento ilegal “manter-se na Casa de Detenção, por falta de estabelecimento adequado, o menor sentenciado a ser recolhido em estabelecimento industrial disciplinar”, impondo-se o relaxamento de sua prisão e, se estivesse sujeito à jurisdição orfanológica, sua apresentação ao juiz competente⁶⁷⁹.

⁶⁷³ ARAÚJO, J. V. *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada*, p. 220-223; de forma mais implícita, RODRIGUES, N. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*, p. 198-199.

⁶⁷⁴ SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 361

⁶⁷⁵ VASCONCELLOS, V. S. de. Op. cit., p. 40.

⁶⁷⁶ COSTA E SILVA, A. J. Op. cit., p. 178.

⁶⁷⁷ “Qual pode ser a utilidade das casas de correcção (*não as temos para cumprir o art. 13*), que por triste jogo de palavra se poderia chamar de corrupção official?” (ARAÚJO, J. V. Op. cit., p. 221).

⁶⁷⁸ “Mas a todos esses ensinamentos se mostrou alheio o legislador brasileiro, mantendo a rotina, quando devia adoptar medidas eficazes para a repressão da criminalidade dos menores” (SIQUEIRA, G. Op. cit., p. 362).

⁶⁷⁹ SOARES, O. M. Op. cit., p. 85.

Em obra específica e fundamental sobre a questão juvenil, Evaristo de Moraes exclamou:

Aqui, no Brasil, ainda temos – até mesmo na Capital Federal – de suportar essa abominação, que consiste em manter menores de 14 e 15 anos, processados ou condenados, nas prisões ordinárias, em inevitável contacto com velhos reincidentes, sujeitos, mais ou menos, à tarifa das penalidades instituídas para adultos, sob a guarda de funcionários que não dispõem do mais insignificante preparo para a reeducação de caracteres precocemente transviados⁶⁸⁰.

Muito embora a nova legislação, em geral, pretendesse buscar alguma proteção a crianças e adolescentes, suas novidades ficaram apenas no papel. Confira-se o relatório do Juiz de Menores Saboia Lima, que ora se transcreve:

infelizmente, não tenho podido atender às conclusões dos exames, porque todos eles são no sentido de dar tratamento médico ao menor, interná-lo em preventório, dar instrução profissional às suas possibilidades intelectuais, internar em estabelecimentos especiais. Ora, o Juizado está completamente desaparelhado para esse fim. O menor não é amparado. Fazemos, apenas, estatística, publicidade e reclame⁶⁸¹.

É, aliás, emblemático que logo no primeiro processo julgado pelo juiz Mello Mattos, o mesmo tenha sentenciado que, “como não existe estabelecimento próprio para menores delinquentes, permaneça o réu na Seção Especial da Casa de Detenção em que se acha”⁶⁸².

Foi tendo em vista este contexto que, a partir dos anos trinta do século passado, procurou-se implementar políticas sociais para crianças e adolescentes de maneira mais efetiva, consolidando-se a nova abordagem no Decreto-Lei n. 3.799/1941, que criou o SAM – Serviço de Assistência ao Menor).

3.3.2.2

O aprofundamento da etapa tutelar na “Era Vargas” e o SAM (Serviço de Assistência ao Menor)

O Serviço de Assistência ao Menor – SAM -, concebido no Estado Novo, foi o alicerce para a infraestrutura de atendimento a crianças e adolescentes. Sob orientação correcional

⁶⁸⁰ MORAES, E. *Criminalidade na infância e na adolescência*, p. 67.

⁶⁸¹ ROSA, A.; LOPES, A. C. B. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e Garantias Constitucionais, p. 332.

⁶⁸² BATISTA, V. M. Op. cit. p. 61.

repressiva, o sistema baseava-se em reformatórios, casas de correção, patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos.

A criação do SAM foi mais uma iniciativa social característica do estado interventor varguista e coincidiu cronologicamente com a promulgação do CP 1940 e do CPP 1941 e demais leis extravagantes que se alinharam à legislação menorista capitaneada pelo Código Mello Mattos, observando-se, assim, o fechamento harmônico de um sistema de justiça juvenil de cunho tutelar, parte integrante do *welfarismo penal* do período. Vale rememorar essa trajetória.

Em 1940, o Código Penal, dando continuidade ao Código de Menores de 1927 e à Consolidação das Leis Penais de 1932 (art. 30), manteve o limite etário em 18 anos, considerando-os “penalmente irresponsáveis” e sujeitando-os à legislação especial⁶⁸³. Em 1941, a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/41) em seu art. 7º, regulamentou o art. 71 do Código Mello Mattos⁶⁸⁴⁻⁶⁸⁵, marco introdutório formal da periculosidade no sistema de justiça juvenil brasileiro. Chama a atenção, para além do viés “reedutivo”, a aplicação, quanto à revogação da medida, do disposto no então CP de 1940 sobre a revogação de medida de segurança (art. 7º, §3º da Lei de Introdução). A diferença entre o art. 71 do Código de Menores e este dispositivo é sutil, mas digna de nota: o art. 71 da Lei Menorista ainda utilizava a palavra “pena” para se referir a essa medida aplicada para os adolescentes que se enquadrassem na norma; a Lei de Introdução já não dispunha assim, aproximando explicitamente as sanções aplicadas a adolescentes das medidas de segurança.

Em 1943, o Decreto-Lei 6.026 promoveu mudanças substanciais na disciplina da matéria, trazendo novas disposições acerca das medidas aplicáveis aos menores de 18 anos. Destaca-se

⁶⁸³ A Exposição de Motivos do CP 1940 é curta e sucinta: “Não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à *pedagogia corretiva* de legislação especial”.

⁶⁸⁴ Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circunstancias do facto e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.

⁶⁸⁵ Art. 7º - No caso do art. 71 do Código de Menores (decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), o juiz determinará a Internação do menor em seção especial de escola de reforma.

§ 1º A internação durará, no mínimo, três anos.

§ 2º Se o menor completar vinte e um annos, sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal.

§ 3º Aplicar-se-á, quanto á revogação da medida, o disposto no Código Penal sobre a revogação de medida de segurança.

o art. 2º, que se valia da periculosidade do adolescente para estipular a forma de intervenção judicial⁶⁸⁶. Se os “motivos e as circunstâncias do fato” e as “condições do menor” não evidenciassem periculosidade, as medidas aplicáveis poderiam ser mais brandas e, em tese, menos repressivas: o juiz poderia deixar o adolescente com “o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assumisse a sua guarda, ou mandar interna-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional” ressalvando-se a possibilidade de se revogar ou modificar a decisão a qualquer tempo (art. 2º, “a”).

Porém, se os mesmos elementos dispostos anteriormente evidenciassem periculosidade, a medida aplicável seria mais repressiva, devendo o adolescente ser “internado em estabelecimento adequado até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público”, o Juiz declarasse a cessação da periculosidade.

O mesmo Decreto-Lei autorizava, em casos excepcionais, que o juiz internasse o “menor perigoso” em “seção especial de estabelecimento destinado a adultos”, até que se declarasse a cessação de sua periculosidade.

Na hipótese de o adolescente atingir a maioridade sem que houvesse sido declarada a cessação da periculosidade, o Decreto-Lei (art. 2º, §2º) remetia ao art. 7º, §2º e 3º da Lei de Introdução ao Código Penal, seguindo-se a disciplina relativa às medidas de segurança.

Dispositivo do Decreto-Lei 6.026 permitia ao juiz, ainda que cessada a periculosidade e desligado o adolescente do estabelecimento de internação, impor-lhe “vigilância”, podendo mesmo cassar o desligamento no caso de inobservância das condições ou de nova revelação de periculosidade (art. 2º, §3º).

⁶⁸⁶ Art. 2º São as seguintes as medidas aplicáveis aos menores de 14 a 18 anos:

a) se os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciam periculosidade, o Juiz poderá deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou mandar interna-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão;

b) se os elementos referidos na alínea anterior evidenciam periculosidade o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o Juiz declare a cessação da periculosidade.

§ 1º Em casos excepcionais, o Juiz poderá mandar internar o menor perigoso em seção especial de estabelecimento destinado a adultos, até que seja declarada a cessação da periculosidade, na forma da alínea b deste artigo.

§ 2º Completada a maioridade sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, observar-se-ão os parágrafos 2º e 3º do art. 7 do decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

§ 3º O Juiz poderá sujeitar o menor desligado em virtude de cessação da periculosidade a vigilância, nas condições e pelo prazo que fixar, e cassar o desligamento no caso de inobservância das condições ou de nova revelação de periculosidade.

Não é de se surpreender, portanto, que o penalismo e a criminologia da Era Vargas contribuíram para o aprofundamento da lógica tutelar menorista, e mais, insistindo explicitamente no manejo do critério da periculosidade para o julgamento dos desviantes menores de idade.

No campo criminológico (mais especificamente na sua interface com a medicina legal), encontram-se famosos estudos brasileiros que buscavam traçar as relações existentes entre o crime e os estados biopsicológicos e sociais de crianças e adolescentes, desembocando todos em visões não apenas positivistas, mas, por vezes, eugênicas. Leonídio Ribeiro, médico do Rio de Janeiro, estudando as influências do meio e as razões biológicas, as “causas da criminalidade”, sustentava que na campanha “em favor da criança” em que estavam os médicos, era opinião unânime que a medicina e os médicos teriam papel preponderante e eficiente⁶⁸⁷. Por isso, afirmava que as penitenciárias passaram cada vez mais a alargar os domínios da antropologia criminal e da psicotécnica, de tal modo que uma prisão pudesse ser, antes de tudo, “um hospital e uma escola”, capaz de realizar a “regeneração dos criminosos”⁶⁸⁸. Ribeiro também propugnava que a medicina e a pedagogia poderiam, pela assistência precoce às crianças “degeneradas”, ou “doentes”, suprimir grande parte dos motivos que poderiam conduzi-las a reações antissociais, e, assim, evitando que se tornassem “elementos perigosos para a sociedade”⁶⁸⁹. Finalmente, transcreve-se o seguinte trecho, que elucida bem o viés de suas ideias:

ao critério jurídico puro, que só nos tem permitido até agora a repressão e a punição dos criminosos adultos, devemos preferir, por todos os motivos, o critério social e humanitário, que visa, antes de tudo, defender o homem e a sociedade de seus elementos inúteis e perigosos⁶⁹⁰.

Desde o campo penal (mas também falando a partir de uma criminologia), as palavras de Aníbal Bruno foram significativas nesse sentido:

A criminalidade da infância e da adolescência já ganhou novos rumos. Um clássico afirmou que ela saiu definitivamente do Direito Penal. O que hoje domina na matéria é o tema do perigo e o dever de assistência para com os menores. Não é possível que esse maravilhoso despertar da consciência pelos fatos bio-psicológicos, que das escolas subiu aos Tribunais de Menores e criou uma legislação e uma justiça superiormente humanas e, sobretudo racionais, não alcance a opinião comum e os juristas que meditam sobre o crime dos adultos⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ RIBEIRO, L. *A criança e o crime*, p. 54

⁶⁸⁸ Ibid., p. 55.

⁶⁸⁹ Ibid., p. 57.

⁶⁹⁰ Ibid., p. 59.

⁶⁹¹ BRUNO, A. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, p. 28.

No seu tratado, Bruno prosseguiu reafirmando a desvinculação da temática juvenil com o direito penal e reforçando o paradigma da periculosidade sobre o desviantes menores de idade⁶⁹².

No exato mesmo sentido, Ataliba Nogueira, em obra antecedente ao Código Penal de 1940, propugnava explicitamente a aplicação de medidas de segurança para menores de idade (que deveriam ser considerados perigosos por presunção legal absoluta)⁶⁹³, elogiando os Projetos de Sá Pereira, que buscaram essa aproximação, e, em nome de argumentos de direito comparado, repudiando a opção legislativa por apartar esses sujeitos da disciplina geral do Código Penal⁶⁹⁴.

Compartilhando dessa visão, considerando a especialização do autor na temática, Noé Azevedo:

Em relação aos menores, já se faz a mais ampla aplicação da teoria da periculosidade. Tanto os que já cometeram faltas ou crimes, como os que ainda não delinqüiram, ficam sujeitos às medidas de proteção e amparo, criadas pelo legislador. Internam-se tanto os menores delinqüentes como os abandonados, que se acham em estado perigoso⁶⁹⁵.

Galdino Siqueira, no seu Tratado de Direito Penal, tecera elogios à nova legislação e ao novo paradigma tutelar, afirmando a desnecessidade da fixação de um período de inimputabilidade absoluta, já que ao sinal de “inclinações perigosas”, já se autorizava o tratamento correccional; por outro lado, seu entusiasmo foi acompanhado da percepção de que as mudanças se restringiram apenas ao Rio de Janeiro e alguns estados, citando assim a falta de estabelecimentos adequados na maior parte do país⁶⁹⁶.

Magalhães Noronha, em comentários à inimputabilidade etária, assumiu plenamente as ideias tutelares e as levando às últimas consequências, tecendo considerações pretensamente criminológicas que chegam a ser carregadas de preconceito. Em que pese a sua defesa de “proteção” e amparo à juventude para fora do direito penal, referia-se aos menores de idade

⁶⁹² Id., *Direito penal, parte geral*. V. 1, Tomo 2º, p. 163-165.

⁶⁹³ ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de segurança*, p. 123.

⁶⁹⁴ Ibid., p. 244-254.

⁶⁹⁵ AZEVEDO, N. *Política criminal sem preocupações metafísicas*, p. 267-268.

⁶⁹⁶ SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, p. 426-428.

como “gerados em ventres famélicos corroídos pela sífilis e pelo álcool, fisicamente destituídos de condições necessárias para os embates da existência”⁶⁹⁷.

Nelson Hungria, por sua vez, para além do repertório tutelar que também adotava, teceu considerações dignas de nota. De forma bastante autêntica, Hungria reconheceu e admitira que a irresponsabilidade penal dos menores de 18 anos era um preceito que resultava “menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal”⁶⁹⁸.

Em um esboço do que se poderia chamar hoje de “coculpabilidade”, Hungria percebeu na questão infracional uma parcela de responsabilidade da própria sociedade: “*O delinquente juvenil é, na grande maioria dos casos, um corolário do menor socialmente abandonado, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa*”⁶⁹⁹.

Buscando romper com a influência positivista no tratamento da juventude, repudiou o que chamara de “*apriorismo*” lombrosiano, isto é, a ideia de que todas as tendências para o crime teriam início na primeira infância; porém, também não admitia tese radical em sentido contrário, que propugnava a “salvação da criança” como solução para a criminalidade⁷⁰⁰.

Por fim, Hungria não era indiferente à questão social relativa à infância, denunciando as condições de pobreza e miséria que atingiam a juventude, e imputando ao Estado a responsabilidade de agir para reverter esse quadro⁷⁰¹.

Retornando à questão assistencial, é verdade que até 1945, apesar de todas as críticas, o SAM teria respondido bem às finalidades para as quais foi criado⁷⁰². Entretanto, a partir de 1945, o SAM entrou em decadência⁷⁰³, apresentando diversos problemas estruturais de funcionamento a um ponto tão grave que o STF, pelo próprio Ministro Nelson Hungria, se pronunciou a respeito no HC 38.193/GB, julgado pelo Pleno em 25 de Janeiro de 1961,

⁶⁹⁷ NORONHA, E. M. *Direito penal, volume I: introdução e Parte Geral*, p. 170.

⁶⁹⁸ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Tomo II, p. 359.

⁶⁹⁹ Ibid., p. 360.

⁷⁰⁰ Idem, ibidem.

⁷⁰¹ Ibid., p. 361-366.

⁷⁰² BATISTA, V. M. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, p. 62-69.

⁷⁰³ Rizzini no traz relatos de Paulo Nogueira Filho, ex-diretor do SAM, em que este faz várias denúncias, dentre as quais se destaca a afirmação de que, com exceção de meia dúzia de estados, dominavam os “núcleos de sinecuristas designados para cargos hipotéticos”, isto é, agências do SAM que inexistiam de fato, a não ser para efeitos de designação pessoal. Verdadeiros “afilhados políticos”, que, por procuração recebiam seus ordenados do Tesouro, no Rio de Janeiro, sem ter nada a fazer, nem ao menos recebiam qualquer instrução ou ordem de trabalho. Merece destaque ainda o apelido popular do SAM: “Sem Amor ao Menor”. (RIZZINI, I. *Meninos desvalidos e meninos transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas*, p. 266). Vera Malaguti resume o sistema como “instituição total, que sempre funcionou da forma mais cruel, seja na figura de maus-tratos, tortura ou descaso absoluto” (BATISTA, V. M. Op. cit., p. 67).

impetrado por uma mãe para garantir que seu filho não fosse internado em estabelecimento inadequado e sem curso ginásial:

Sabe-se o que é o SAM: uma escola para o crime, uma fábrica de monstros morais. Superlotado e sob o regime da mais hedionda promiscuidade, a sua finalidade prática tem sido a de instruir para o vício, para a reação para o crime, para todas as infâmias e misérias. (...) Não apenas o SAM, senão também os 17 pseudorreformatórios que ele superintende, falharam redondamente nos seus objetivos. Deveriam ser arrasados, desde o teto até os alicerces, para que recomeçasse tudo de novo e sob moldes inteiramente diversos. Senhor Presidente, ainda que tivéssemos de romper com os textos claros e positivos da lei, não poderíamos vacilar em conceder este habeas corpus, para evitar que o paciente seja de novo internado no SAM⁷⁰⁴.

Na oportunidade, a maioria dos Ministros do Supremo concluiu pela existência de constrangimento ilegal e concedeu a ordem.

Prosseguindo, verifica-se que, pelo Decreto-Lei 2.024/1940, anterior ao SAM, foi criado um órgão diferenciado, o “Departamento Nacional da Criança”. A dicotomia oficial entre as categorias “menor” e “criança” (até hoje muito empregada pelo senso comum) já evidenciava a quem se destinava um e outro órgão, deixando claro que se tratava de outra parcela da população, alvo de medidas de outra natureza daquelas dirigidas à infância. Na divisão de atribuições, o DNC estava voltado para a ação preventiva, visando evitar a ruptura na estabilidade familiar e a produção de “menores abandonados”⁷⁰⁵.

Por conta de seus inúmeros problemas estruturais, desmontou-se o SAM em 01 de dezembro de 1964 pela Lei 4.513, que criou em seu lugar a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), e, em 1979 foi promulgado novo Código Menorista, que elevava a lógica tutelar à segunda potência, formalizando o que se chamou de *doutrina da situação irregular*.

3.3.2.3

Ditadura Militar: segurança nacional, FUNABEM e a “doutrina da situação irregular”

Esse período foi marcado por duas preocupações: de um lado, as várias denúncias e críticas contra o sistema de atendimento desenvolvido pelo SAM, que levaram à elaboração de

⁷⁰⁴ Disponível em FUCK, L. F. *Memória Jurisprudencial*: Ministro Nelson Hungria, p. 58-60.

⁷⁰⁵ RIZZINI, I. Op. cit., p. 272.

um novo modelo substitutivo, a FUNABEM⁷⁰⁶, que, criada pela Lei 4.513 de 1º de dezembro de 1964, visava “formular e implantar uma política nacional do bem estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executarão essa política”⁷⁰⁷; por outro lado, o golpe militar de 1964 produziu um novo pacto político-social em que o Estado aprofundou o seu caráter autoritário, conforme a chamada *doutrina da segurança nacional* que, amplamente utilizada pelo governo militar, se legitimava pela luta contra os “inimigos internos” e a ameaça comunista, fazendo com que o Estado estivesse preparado para, “de maneira eficaz, anular pressões e antagonismos dentro do cenário político”⁷⁰⁸.

Dito de outro modo: no fundo, a criação da FUNABEM, das demais políticas e legislação do período militar estava também relacionada à doutrina da segurança nacional, segundo a qual a questão da juventude pobre se encaixaria na doutrina da defesa do Estado⁷⁰⁹. A FUNABEM passou a atuar como a propagadora nacional da ideologia oficial, com discurso fortalecedor de representações negativas da juventude pobre, prenhe dos discursos darwinistas sociais e dos determinismos da virada do século. Pode-se dizer que ela foi responsável pelo *marketing* das políticas sociais da ditadura, no contexto dos “fatores psicossociais” da política de segurança nacional.

Acerca da legislação menorista a partir de 1964, observa-se, primeiro, tentativas de recrudescimento, que se manifestam em dois momentos: primeiro, na redução da maioria penal condicionada ao discernimento, esboçada no anteprojeto Hungria e incorporada no CP 1969; e, segundo, na polêmica a respeito da Lei 5.258/1967.

O CP 1969, no seu art. 33, reduziu a idade de imputabilidade para 16 anos, quando o jovem já tivesse revelado “suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento” (ou seja, ressuscitando o velho critério do discernimento), o que seria aferido através de exame criminológico. A Exposição de Motivos do Código, no item 17, assim justificou a medida:

O limite da imputabilidade foi mantido, como regra geral, nos dezoito anos. Excepcionalmente, pode ser declarado imputável o menor de dezesseis a dezoito anos se revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta.

⁷⁰⁶ Sobre ela, em profundidade, RODRIGUES, G. A. *Os filhos do mundo: a face oculta da menoridade* (1964-1979).

⁷⁰⁷ ROSA, A. M.; LOPES, A. C. B. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e Garantias Constitucionais, p. 335-336.

⁷⁰⁸ BATISTA, V. M. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, p. 69.

⁷⁰⁹ Idem, *ibidem*.

A tendência geral da legislação é a de fixação da menoridade penal nos dezesseis anos. O VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, em 1953, fixou em dezesseis anos o limite para a aplicação de pena (cf. VIe Congrès Internactional Compte Rendu des Discussions, Milão, 1957, página 310). Vários códigos atuais fixam esse limite em quatorze anos, como é o caso da lei alemã. Repetindo, de certa forma, o que já se disse, com toda a procedência, *parece certo que a possível redução do limite da imputabilidade a dezesseis anos aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens* (grifo nosso).

Esse dispositivo foi alvo de intensa disputa e polêmica, podendo-se afirmar que acabou amplamente repudiado pela comunidade jurídica. Alyrio Cavallieri, um dos maiores representantes menoristas⁷¹⁰ que, num primeiro momento, lhe foi simpático, mudando de posição ao longo do debate, assim sintetizou seu argumento:

Humildemente, subo a Canossa, confesso *mea culpa*, e, já tendo elogiado o dispositivo que hoje condeno (o art. 33 do Anteprojeto, que reduzia a idade penal), só tenho a meu favor uma justificação: àquele tempo eu não era juiz de menores. Bastou que convivesse seis meses com os menores infratores para reformular minha posição. Abramos créditos aos penalistas que fizeram o Código Penal; não são menoristas; se o fossem, compreenderiam nossas razões. Não é sem pena que nenhum juiz de menores, nenhum curador, assistente social, psicólogo especializado, diretor de estabelecimento de reeducação – ninguém é a favor do artigo 33⁷¹¹.

Aquela tentativa de redução da maioridade penal também não passou despercebida por Roberto Lyra, o qual, em que pese também se alinhar a um pensamento menorista, ofereceu resistência aos influxos de punição penal sobre menores de idade:

Se a solução (para a criminalidade de menores de idade) dependesse apenas das sanções seríamos o país do mundo menos atingido. Os critérios mais exigentes – intelectual (discernimento), cronológico (presunção da responsabilidade pela idade), político (apuração específica e individualizada da periculosidade) foram experimentados. A irresponsabilidade não exclui o rigor, quando necessário, mas de caráter assistencial, conforme o caso. *A solução não será reduzir a idade, mas, sim, assegurar até aos menores entre 18 e 21 (responsáveis) anos condenados por crime ou contravenção tratamento curativo, educativo, laborativo, etc.). Se os estabelecimentos de internação para menores irresponsáveis não o asseguram, não seria nas prisões que o encontraríamos* (grifo nosso)⁷¹².

⁷¹⁰ Alyrio Cavallieri foi o maior expoente brasileiro e, sem dúvida, um dos maiores menoristas latino-americanos do século XX. Ele foi um personagem fascinante e de estudo indispensável para a compreensão do desenvolvimento da Justiça Juvenil brasileira; sua biografia e obra mereceriam uma investigação histórica e jurídica à parte. Contudo, é suficiente apontar que foi um atuante e generoso juiz de menores, além de um grande jurista, Professor da cadeira de Direito do Menor inaugurada na Universidade Gama Filho em 1975; disciplina considerada, à época, inovadora.

⁷¹¹ CAVALLIERI, A. *A menoridade e o novo Código Penal*, p. 35.

⁷¹² LYRA, R. *Direito Penal Científico* (Criminologia), p. 185.

Na sequência, cumpre recordar a polêmica Lei 5.258/67⁷¹³ que, prevendo, em seu art. 2º internação por prazo não inferior a dois terços do mínimo da pena privativa de liberdade na hipótese da prática de infração penal cominada com pena de reclusão, subvertia, na leitura de Alyrio Cavallieri, “todos os princípios conhecidos de Direito do Menor e se contradizia, determinando reeducação por prazo determinado”, além de provocar problemas de proporcionalidade no tratamento⁷¹⁴. Essas e outras imperfeições culminaram em sua alteração, pela Lei 5.439/68, fazendo com que se repetissem, essencialmente, as previsões do Decreto-Lei 6.026/1943.

Porém, o fato é que todas as políticas e todo o discurso elaborado para a criança e o adolescente assumiram seu completo arranjo jurídico pela Lei 6.697, de 8 de fevereiro 1979: um novo Código de Menores, que consolidou a “doutrina da situação irregular”, definida como *“aquela doutrina em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social”*⁷¹⁵.

Concretizando a doutrina da situação irregular, o Código se aplicava a três diferentes casos, de acordo com o art. 1º: jovens de até dezoito anos de idade que se encontrassem em situação irregular (situação que compreendia não apenas a prática de infração penal, mas também condutas sociais contrárias aos “bons costumes”, situações de impossibilidade ou maus tratos familiares, entre outras); jovens entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei; e, por fim, jovens independentemente de sua situação, caso em que aplicar-se-ia medidas de proteção.

As medidas aplicáveis ao menor em situação irregular, pelo artigo 13 do Código distribuíam-se em advertência; entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição de regime de liberdade assistida; colocação em casa de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Permitia-se por esse sistema não só a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais, como também sua continuidade no sistema

⁷¹³ Conforme Alyrio Cavallieri, a referida lei teria sido promulgada em razão do impacto do famoso caso Aída Cury, que envolveu adolescente, contando com forte clamor da imprensa (CAVALLIERI, A. *Direito do Menor*, p. 143).

⁷¹⁴ CAVALLIERI, A. Op. cit., p. 143-144.

⁷¹⁵ SARAIVA, J. B. C. *Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral*. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil, p. 48.

destinado aos adultos. A lógica da correção do delinquente era levada às últimas consequências pela doutrina da situação irregular, marca decisiva da etapa tutelar no Brasil⁷¹⁶.

Apesar de todas as críticas, é importante que se perceba que a marca distintiva da etapa tutelar da justiça juvenil brasileira (que atravessou toda a legislação menorista anterior ao ECA), e que se adequava bem a um modelo de *penal welfare* (que foi, em grande medida, o sistema penal brasileiro anterior ao advento do neoliberalismo), era a consideração da intervenção estatal sobre a criança, o adolescente e sua família, e a aposta nesta prática, como um *bem*: não como uma medida repressiva, neutralizante, ou retributiva, mas como algo positivo, socialmente edificante, uma medida de “bondade”, caritativa, a sujeitos tidos como débeis, fragilizados, em posição de inferioridade por suas condições sociais, familiares, econômicas.

A confiança e a aposta na intervenção menorista estatal, apartada do direito penal, eram tão grandes que, mais do que combater propostas de redução da maioridade penal, a posição menorista defendia o *aumento* progressivo da maioridade penal⁷¹⁷, ao objetivo de “*retirar o menor do Direito Penal*”. Nesse sentido, as palavras de Cavallieri:

Montanhas se removem em nome da ideia generosa: o menor deve ser tirado do Direito Penal. A proposição é irretocável, pois ninguém deseja que o menor sofra uma pena criminal. Mas é impossível, por mais que choremos lágrimas de sangue e arranquemos os cabelos, jamais será possível afastar o menor de um ‘Direito Penal’ entre aspas, ou seja, que passe o absurdo, um Direito Penal sem pena. Tudo se compõe, tudo se harmoniza desde que coloquemos o menor delinquente no Direito Penal, aceitando todos os seus postulados, menos a PENA, substituindo-a pela reeducação. É absurdo? Sim, tão absurdo quanto a triste realidade da existência dos menores delinquentes⁷¹⁸

Do ponto de vista dogmático, o menorismo em voga à época, à despeito de todo o desenvolvimento da teoria do delito no Brasil, foi pouco cuidadoso com as expressões “imputabilidade” e “responsabilidade”; se Hungria e a doutrina que lhe seguiu equiparou as duas categorias, Cavallieri, em parte seguindo as mesmas premissas, fez questão de firmar que o menor de idade seria, em realidade, *irresponsável*, e não inimputável, propriamente: “Ele é irresponsável penalmente – isto é, não responde pelo seu ato sofrendo pena criminal, mas

⁷¹⁶ SPOSATO, K. B. *O Direito Penal Juvenil*, p. 49.

⁷¹⁷ É significativo o posicionamento firmado no 8º Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores de 1970: (item 12) “O Congresso recomenda que, no futuro, toda tendência seja no sentido de que a idade da responsabilidade penal seja aumentada e nunca diminuída”. (CAVALLIERI, A. *Direito do Menor*, p. 374).

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 114.

responde por ele, sob outras formas, submetendo-se a um tratamento através de medidas de Direito do Menor, sentenciadas pelo juiz”⁷¹⁹.

Entretanto, se menoristas como Cavallieri, mesmo que em nome do “bem” do menor de idade, propugnavam o afastamento deste do direito penal, a temática juvenil não era deixada de lado por penalistas e criminólogos, que percebiam contradições e problemas envolvendo o tratamento da questão.

Roberto Lyra, em acurada percepção, manifestou-se contrariamente à expressão “delinquência juvenil”:

Quanto à expressão – “delinquência” infantil e juvenil – respondi: - GRAVEN conserva a expressão, porque é clara e, em si, exata... Desde a minha tese para o Cuarto Congreso Panamericano del Niño (Santiago, 1925) combato a expressão que, além de tudo, é, não só obscura, como tumultuária e inexata. No Brasil, menor de 18 anos não é delinquente. Que se entende por jovem? Marc Ancel quer que a menoridade termine aos 25 anos. De duas, uma. Ou nos ateremos ao conceito legal e, então, subordinaremos as indagações às peculiaridades de cada país, ou ficaremos no plano científico, em que é geral a repulsa à palavra. Admira, porém, o cuidado pela exatidão, quando até os conceitos de criminoso, crime e sanção foram desapropriados pela medicina, sob a complacência dos juristas. Se devo alterar alguma coisa, a esse respeito, em minha contribuição, é a referência a irregularidade e a desajustamento. Irregularidade antes de ensinar e prover a regularidade? Desajustamento de quem não foi ajustado?⁷²⁰

Em crítica pioneira, Augusto Thompson chegou a denunciar a precariedade e descaso do atendimento da FUNABEM, em importante estudo criminológico-crítico:

De inconsistência em inconsistência, vão as diretrizes teóricas sendo distorcidas, chegando-se, sem sentir, a um quadro que é a própria negação da postura proposta: o menor passa a ser objeto de atendimento, em lugar de sujeito do processo de modificação; à falta de referenciais teóricos, usam-se rotinas no lugar de uma metodologia; visa-se a obter desligamentos em vez de mudanças (em linguagem psiquiátrica, altas em vez de curas); o grau de eficiência dos estabelecimentos passa a ser medido de acordo com sua aptidão para conduzir o processo de forma calma, ordeira e pacífica, pouco importando se isso está sendo obtido à custa do sacrifício de qualquer tentativa no sentido de dar-lhe um cunho reeducativo ou regenerador⁷²¹.

Não apenas no campo acadêmico, mas sobretudo no campo literário e artístico, são memoráveis as denúncias à FUNABEM e ao sistema de justiça juvenil oferecidas no clássico “Infância dos mortos”, de José Louzeiro, cuja obra foi adaptada pelo premiado filme “Pixote, a

⁷¹⁹ Ibid., p. 135.

⁷²⁰ LYRA, R. *Atualidade de minhas posições e propostas em direito penal e criminologia*, p. 18.

⁷²¹ THOMPSON, A. *O trabalho da FUNABEM com menores infratores numa visão crítico-criminológica*, p. 75. Posteriormente, o autor se tornaria um dos maiores representantes da criminologia da reação social no Brasil, com seu clássico Id., *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos*.

Lei do Mais Fraco” (1980) e, em especial, no livro biográfico de Anderson Herzer (“A queda para o alto”, de 1982, adaptado no filme “Vera”, de 1986), escritor e poeta transexual, ex-interno da FEBEM. Internado na Unidade Educacional Maria Auxiliadora, o autor, em mais um exemplo do que poderia ser chamado de “convict criminology”, fornece um relato extremamente rico em detalhes a respeito do sistema de justiça juvenil da época. Transparecem denúncias da superlotação⁷²², da forma de tratamento dos internos⁷²³, a mistura indiscriminada entre internos⁷²⁴, de violências LGBTfóbicas⁷²⁵, e, inclusive, de um terrível imbricamento entre as lógicas menorista, machista e manicomial, apontando casos de menores de idade transferidas da FEBEM para hospitais psiquiátricos⁷²⁶.

De volta ao campo jurídico-penal, foi Heleno Fragoso que já visualizava e antecipava problemas de fundo no discurso e práticas menoristas. O penalista afirmou, a respeito da visão tutelar, que “a realização dessa filosofia generosa não tem dado os resultados que se pretendia alcançar”⁷²⁷. Denunciando a falta de aparelhamento do Estado para cumprir com suas propostas de assistência e cuidado à infância, bem como a desigualdade e a miséria social, concluiu que os problemas que já atingiam as prisões eram projetados também para as soluções de

⁷²² “Aquele era um quartinho pequeno, sem condições de suportar a quantidade de menores detidos e, pouco a pouco, esse número aumentava, sendo que junto com as meninas ficavam as crianças, incluindo recém-nascidos” (HERZER, A. *A queda para o alto*, p. 43).

⁷²³ “Relatar... relatar, apenas, não é o suficiente para que as pessoas possam sentir o quanto é constrangedora a visão de um local onde as pessoas são como objetos sem uso... depositadas” (Ibid., p. 46).

⁷²⁴ “A Unidade Educacional Maria Auxiliadora abrigava, naquela época, aproximadamente 200 menores. Esse é o motivo pelo qual existe certa generalização entre todos os menores, pois não somente nessa Unidade, como também em todas as Unidades da FEBEM, existem mais ou menos essa quantidade de menores e, ao contrário do que muitos pensam, a FEBEM não tem, pelo menos por enquanto, condições ou meios de recuperação, devido à diversidade de hábitos próprios de cada menor.

A FEBEM cuida de menores infratores, menores deficientes, menores abandonados, menores que são recolhidos tarde da noite nas ruas; no final é evidente que não se consiga fazer nada por nenhum deles, pois essa mistura de pessoas transforma todos num só grupo, e não em grupos de deficientes, de abandonados, de menores trazidos das ruas, apenas um grupo de menores *marginalizados*” (grifo do autor) (Ibid., p. 52).

⁷²⁵ “Mas, apesar de almoçarmos perto dos meninos, as normas da casa proibiam qualquer diálogo entre os dois grupos; até mesmo se algum menino fizesse algum gracejo a alguma menina e o inspetor visse, tirava o menor do refeitório ou, às vezes, lhe dava alguns chutes e tapas, ali dentro do refeitório; no mesmo passo em que dizia ao menor coisas que o humilhavam perante todos os outros, por exemplo: de ‘viado’, perguntava se estava querendo dar o *** e outros termos típicos, comuns na FEBEM” (Ibid., p. 43).

⁷²⁶ “Enquanto estive na FEBEM, outro fato muito desagradável, mas que éramos obrigados a ver sem nada poder fazer ou opinar: *menores completamente sãs serem enviadas ao sanatório*” (grifo do autor).

Sei que se torna difícil acreditar que um órgão, especializado em regenerar menores, tentar fazê-los ver a vida e as circunstâncias das coisas ruins, enfim, um local que, pelo nome, dá apoio e segurança ao menor, possa fazer tal coisa. Mas, infelizmente, confirma-se o ditado: “um livro não se reconhece pela capa”.

Dos casos que me recordo foram: Maria, Inês, Alzira, Célia, Fátima, Jussara, entre outras, mas essas são as que mais me afetaram, saber de tal destino.

Quando saí da FEBEM, não tive notícia de nenhuma delas, a não ser de Alzira, que foi, pela primeira vez, estando completamente sã, e, após o seu retorno, não se reconhecia mais a menor.

Todas as vezes em que ela voltava contava-nos que tomava diversos remédios e injeções, choques, portanto retornava impregnada” (Ibid., p. 89).

⁷²⁷ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, Tomo II, p. 613.

internamento para os menores de idade. Dadas essas circunstâncias, e considerando o ponto de vista subjetivo do jovem que recebia a consequência jurídica, Fragoso afirmou em sentido crítico que “o internamento correcional é sempre sentido pelo menor como pena. Ele constitui o último recurso judicial no caso de jovens delinquentes perigosos”⁷²⁸.

Mais contundentes foram suas críticas ao critério de periculosidade então aplicado a desviantes menores de idade. Antes do advento do Código de 1979, Fragoso já considerava as disposições previstas no Código de 1927 e na Lei de Introdução ao CP de 1941, que se baseavam na periculosidade, como “particularmente odiosas e intoleráveis, tendo dado lugar a graves abusos, em matéria de crimes contra a segurança nacional”⁷²⁹.

Após o Código de Menores de 1979, e já no contexto da Reforma de 1984, em uma interpretação corajosa e de vanguarda, nas suas Lições, Fragoso rejeitou veementemente o emprego do critério da periculosidade quando relacionado a menores de idade:

O CP vigente (1984) eliminou, como se sabe, as medidas de segurança detentivas para imputáveis, de modo que não há medida legal alguma que possa ser aplicada ao menor de 21 anos, mesmo que se declare não haver cessado sua periculosidade. Ele deve ser simplesmente libertado. Deve-se dizer que essas disposições sobre internação depois que o menor se torna imputável são extremamente perigosas e devem ser aplicadas com a maior cautela. O exame para verificar a cessação de periculosidade é, cientificamente, uma temeridade. (cf. nº 390, *infra*). O vigente Código de Menores não fala em periculosidade, referindo-se apenas a menores “em situação irregular”, a qual deve ser, nos casos graves, verificada por uma equipe interprofissional, que realizará um estudo do caso. Esperamos que as disposições da lei conduzam à proscrição dos exames de cessação da periculosidade, substituindo-os por exames que tenham conteúdo científico⁷³⁰.

Por todo o exposto, numa síntese do que representou a etapa tutelar e a “doutrina da situação irregular”, nas palavras de Carvalho, Fernandes e Mayer:

Ao concluir que determinada parcela da juventude brasileira (parcela, de regra, pobre e com acesso precário a bens básicos como saúde, moradia e educação) estaria em “situação irregular”, o Estado delegava a si mesmo o poder de atuar coercitivamente sobre essa população vulnerável, impondo diversas medidas de caráter punitivo, dentre as quais o sequestro involuntário em instituições de recolhimento. Assim, a punição de “menores” (e de suas famílias) consistia na “solução” particularizada de problemas cujas origens eram majoritariamente estruturais. E, como resposta à pobreza, à miséria e à exclusão social, a única alternativa oferecida pelo Estado é a segregação marginalizadora das crianças e dos adolescentes rotulados como “irregulares”. Desse modo, o poder público eximia-se da responsabilidade de desenvolver políticas públicas que

⁷²⁸ Id., p. 613-615.

⁷²⁹ Id., p. 617.

⁷³⁰ FRAGOSO, H. *Lições de Direito Penal*. A nova Parte Geral, p. 204-205.

garantissem direitos e, ao invés de incluí-los socialmente, produzia o aumento da exclusão por meio do recolhimento coercitivo⁷³¹.

3.3.4

Etapa penal juvenil (“garantista”)

3.3.4.1

A consolidação normativa da doutrina da proteção integral: uma caminhada internacional e nacional

A etapa tutelar seguiu século XX adentro, até que, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, e já a partir dos anos 60, organizações internacionais e movimentos sociais começaram a denunciar as deficiências crônicas do modelo. Tornou-se um divisor de águas o paradigmático *caso Gault*, de 1967, nos Estados Unidos, em que um adolescente de dezesseis anos foi internado, sem direito de defesa até a maioridade, por ter se dirigido a uma vizinha, pelo telefone, com palavras de baixo calão, fato que, para um adulto, teria terminado em uma multa de vinte dólares. Afirmou-se ali que a garantia do devido processo legal deve valer também para adolescentes julgados em cortes juvenis⁷³².

Aos poucos, a noção de infância e adolescência foi sendo reconstruída sob novo paradigma. Nos anos 80, a sociedade civil se organizou em torno desta problemática e movimentos não governamentais passaram a denunciar o tratamento brutal dado pelo Estado às crianças, a falência das entidades de internação e os extermínios de crianças e adolescentes que ocorriam⁷³³.

⁷³¹ CARVALHO, S.; FERNANDES, E. G. e MAYER, D. B. *Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral*, p. 20.

⁷³² BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro, I*, p. 316. Analisando o caso *Gault* e seus desdobramentos, Barry Feld argumenta que, embora ele tenha sido uma “domesticação constitucional” da Justiça Juvenil dos Estados Unidos, ele contribuiu para transformar essa Justiça de uma agência de bem-estar social para uma instituição judiciária e prestou-se a mudar a percepção do adolescente não mais como um beneficiário, mas um devedor da Justiça. Assim, ironicamente, legitimou-se a imposição de decisões ainda mais repressivas, o que é verificado pelos *leading cases* subsequentes e pelas mudanças legais e estruturais por que passou o sistema de justiça criminal americano a partir dos anos 70 e 80 (FELD, B. C. *Bad kids: race and the transformation of the Juvenile Court*, p. 98, 106-107). Para mais informações do caso *Gault*: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁷³³ LIMA, J. D. A; MINADEO, R. *Ressocialização de menores infratores: considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação*, p. 66.

No Brasil da redemocratização e abertura política não foi diferente: um forte movimento em favor da infância e juventude no país questionou os paradigmas e métodos empregados até então para tratar esta classe de pessoas. Formou-se o *Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, que chegou a contar com o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); constatou-se a falência do modelo da FUNABEM e construiu-se forte oposição à doutrina da situação irregular, o que já se manifestava de forma embrionária na Reforma Penal de 1984⁷³⁴, chegando enfim à Constituição de 1988 as concepções fundamentais da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, conquista da Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e da campanha “Criança Constituinte” lançada pela UNICEF⁷³⁵.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é a grande norma internacional na matéria, que, ratificada pelo Estado brasileiro pelo Decreto 99.710/1990, integra o ordenamento jurídico pátrio com força vinculativa. Dentre seus inúmeros avanços, no que afeta o “centro nervoso” da lógica tutelar, qual seja, o julgamento de crianças e adolescentes a partir da sua “periculosidade”, destaca-se a ruptura promovida pelo art. 40.1⁷³⁶, que impõe tratamento digno a toda criança “a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais”, de modo a “promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros”. Em que pese o dispositivo se referir, em outros momentos, à “culpa”, ou à declaração de culpa da criança – que mais parecem se referir a questões processuais de imputação do ato infracional -, é a norma do art. 40.1 que guarda mais afinidade com a culpabilidade, em especial, à sua dimensão de circunstância judicial de aplicação da pena. Vale ressaltar ainda o art. 40.3, “b”, que orienta que o tratamento a esses jovens seja feito,

⁷³⁴ O item 23 da Exposição de Motivos é suficientemente claro nesse sentido: “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

⁷³⁵ OLIVEIRA, S. D.; ROMÃO, L. F. F. *A história da criança por seu conselho de direitos*, p. 26-27.

⁷³⁶ Art. 40.1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

sempre que possível, sem recorrer a procedimentos judiciais, desde que respeitadas as garantias legais e os direitos humanos ⁷³⁷.

A Constituição de 1988, por sua vez, rompeu radicalmente com o modelo anterior, consagrando explicitamente a “doutrina da proteção integral”, assegurando uma série de direitos e garantias no art. 227 (dentre os quais se destaca o próprio “caput”⁷³⁸ e o §3º, inc. V ⁷³⁹) e elevando a inimputabilidade penal de menores de 18 anos ao nível constitucional (art. 228 ⁷⁴⁰). Entretanto, a Carta não criou, em relação à Justiça Juvenil, um sistema próprio e explícito de princípios de garantias similar ao das penas ⁷⁴¹.

Na sequência da Constituição de 1988, compõem o sistema de proteção integral brasileiro o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei do SINASE – Lei 12.594/2012).

Nessas normas, os princípios reitores são, essencialmente, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos em especial condição de desenvolvimento e, como corolário lógico, o superior interesse destes últimos, a indicar tratamento jurídico que não represente desprezo a seus direitos, e, menos ainda, estigmatização ou exclusão ⁷⁴².

Em relação ao sistema de responsabilização juvenil infracional, voltado para adolescentes - pessoas entre 12 e 18 anos -, este viés protetivo se manifesta em termos de direito material, de direito processual e de execução (no que se poderia chamar de “execução” socioeducativa, regulada pela Lei do SINASE).

No que diz respeito ao direito material, em especial, o ato infracional, destacam-se as garantias da legalidade (art. 103 e 106, ECA); culpabilidade (art. 112, §1º e 3º) e proporcionalidade (art. 35, I, segunda parte, Lei do SINASE).

⁷³⁷ Art. 40.3, “b” - A adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

⁷³⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷³⁹ Art. 227, §3º, V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

⁷⁴⁰ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁷⁴¹ CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. *As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo*, p. 463.

⁷⁴² SHECAIRA, S. S. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*, p. 44-65.

Em relação à sanção (a “medida socioeducativa”), verifica-se sua referência em torno à responsabilização do adolescente e sua integração social (art. 1º, §2º, Lei do SINASE); o respeito aos postulados de brevidade e excepcionalidade das medidas de privação de liberdade (art. 227, §3º, V, CRFB e art. 121, caput, ECA); a imprescindibilidade de sua individualização (art. 35, VI, Lei do SINASE) e intervenção mínima (art. 35, VII, Lei do SINASE). Estas orientações, dentre outras, consolidam-se em um rol amplo, variado, e taxativo de medidas socioeducativas, previsto no art. 112 do ECA, cuja medida de aplicação mais excepcional e restrita é a medida de internação.

Quanto ao processo socioeducativo, o sistema brasileiro consagra direitos individuais e garantias processuais fundamentais nos artigos 106 a 111 do ECA. Traços distintivos deste procedimento consistem na observância da celeridade (no caso de adolescente internado provisoriamente – antes de sentença condenatória -, o procedimento tem o prazo improrrogável de 45 dias – arts. 108 e 183, ECA) e a possibilidade de remissão, isto é, a possibilidade de perdão (remissão pura e simples); suspensão ou extinção do processo (cumulada ou não com medida socioeducativa), segundo os requisitos do art. 126, ECA.

Sobre a execução das medidas socioeducativas, uniformizada e consolidada em uma lei – no caso, a Lei 12.594/2012 – Lei do SINASE -, destaca-se a necessidade de reavaliação periódica das medidas (art. 43, Lei do SINASE), que assegura ao adolescente autor de ato infracional a possibilidade de revisão de sua atual situação e constitui, dessa forma, ponto fundamental para um viés mínimo de ressocialização ou reintegração do adolescente ao meio social, vistos aqui como direitos fundamentais destes sujeitos.

Quanto a referências à periculosidade, o ECA e a Lei do SINASE (Lei 12.594/2012) retiraram totalmente do direito relativo à infância e adolescência qualquer referência à periculosidade ou a seus elementos constitutivos. Porém, estas leis não criaram uma disciplina específica para uma culpabilidade do adolescente.

Pelo Estatuto, a medida socioeducativa é aplicável pela capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e gravidade da infração (art. 112, §1º ⁷⁴³), podendo-se, analogicamente, aplicar o art. 100, caput do diploma, que fornece uma diretriz pedagógica à aplicação das medidas, reforçando-se vínculos familiares e comunitários⁷⁴⁴. É também digno

⁷⁴³ Art. 112, § 1º - A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

⁷⁴⁴ Art. 100 - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

de nota que o art. 189 não faz qualquer referência a excludentes de culpabilidade⁷⁴⁵, tal como o art. 386, VI, CPP⁷⁴⁶, devendo este ser aplicado por analogia.

A Lei do Sinase, por sua vez, é um diploma bastante fértil em sentido programático, trazendo balizas mínimas para a aplicação de medidas socioeducativas e para a configuração de uma culpabilidade para o adolescente – notadamente, art. 1º, §2º⁷⁴⁷ e art. 35⁷⁴⁸. Entretanto, também não trouxe uma disciplina específica para a referida categoria conceitual.

Por todo esse complexo normativo nacional e internacional, caracterizou-se essa etapa como “etapa penal juvenil” ou garantista, caracterizada pela *doutrina da proteção integral*. Na lição de Karyna Sposato⁷⁴⁹, esta doutrina seria ilustrada por seis aspectos principais: reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; institucionalização da participação comunitária pelos Conselhos de Direitos; hierarquização da função judicial, com transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal; municipalização da política de atendimento; eliminação de internações não vinculadas ao cometimento de delitos ou contravenções; incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a

⁷⁴⁵ Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato ato infracional;
- IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

⁷⁴⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

⁷⁴⁷ Art. 1º, § 2º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

⁷⁴⁸ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

- I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
- IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

⁷⁴⁹ SPOSATO, K. B. Op. cit. p. 61.

presença obrigatória de advogado e do Ministério Público na função de controle e contrapeso. Destaca-se ainda a impossibilidade absoluta de internação conjunta de adolescentes com adultos (art. 185, ECA).

3.3.4.2

O expansionismo punitivo sobre adolescentes e suas principais linhas discursivas no Brasil contemporâneo

Malgrado os inegáveis avanços em garantias e direitos fundamentais a partir da etapa garantista e do advento da doutrina da proteção integral, o fato é que a realidade empírica subjacente do Brasil contemporâneo, que, como é notório, faz muito da legislação nacional e internacional praticamente letra morta, é ainda mais complexa e inquietante.

Desde os anos 90, o Brasil vive uma expansão penal vertiginosa (por um sem número de fatores, que, neste momento, descabe aprofundar)⁷⁵⁰, observando-se constante crescimento nas populações carcerárias adulta e juvenil (considerando adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de restrição de liberdade), com proporções mais expressivas em relação ao sistema juvenil. Apenas para ficarmos nos números absolutos em si (já que qualitativamente as condições de cumprimento de medidas socioeducativas são notoriamente deficitárias, para dizer o mínimo), entre 1995 e 2015, a população carcerária adulta se elevou de 148,8 mil para 698.618 mil, em um aumento de 369%; no mesmo período, entre 1996 e 2015, o número de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas restritivas de liberdade (internação, internação provisória e semiliberdade) saltou de 4.245 para 26.209, em um impressionante aumento de 517%⁷⁵¹. Comparando, a sua vez, o número de presos em regime fechado e o de adolescentes em medidas de internação no período de 2006 a 2014, o primeiro subiu de 163.805 em 2006 para 249.888 em 2014, simbolizando um aumento de

⁷⁵⁰ O debate criminológico sobre as razões do fenômeno é acalorado e segue em aberto; entretanto, verifica-se certo consenso em perceber a relação entre a escalada punitiva brasileira com o ingresso do país em um modelo econômico, social e político aproximado ao neoliberalismo. Sobre esse debate, por todos, CARVALHO, S. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena).

⁷⁵¹ CARVALHO, S. *Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case)*, p. 4-5; MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Brasil. Presidência da República. *Levantamento Anual SINASE 2015*, p. 5. Importa ressaltar que hoje, possivelmente (à falta de dados mais completos), estes números estejam em queda no sistema socioeducativo, conforme apontam os últimos relatórios disponíveis do Levantamento Nacional de 2017 - 26.109 adolescentes em medidas de meio fechado (Idem. *Levantamento Anual SINASE 2017*, p. 12).

52,6%, enquanto o segundo passou de 10.469 em 2006 para 16.902 em 2014, um aumento de 61,4%⁷⁵².

Finalmente, ambos os sistemas são superlotados, mas com proporções distintas: no sistema adulto, em 2019, foram 755.274 pessoas privadas de liberdade para 442.349 vagas⁷⁵³; já no sistema juvenil, as realidades variam conforme a finalidade das instituições e as regionalidades – se unidades de internação provisória no Brasil somam 4.486 vagas, com uma taxa de 87,98% (3.947 internos), no Rio de Janeiro, por exemplo, essa taxa sobe para 219,83% (116 vagas para 255 internos); as unidades de internação por tempo indeterminado, por sua vez, contam com superlotação de 11,91% (16.161 vagas com 18.086 internos), proporção que sobe para 60,07% no Rio de Janeiro (1.423 internados por prazo indeterminado para apenas 889 vagas)⁷⁵⁴.

No contexto brasileiro contemporâneo de pandemia do SARS-COV-2 (ou COVID-19), o CNJ editou a Resolução nº 62/2020, que, em seu art. 10, I, estipulou o seguinte procedimento a ser adotado para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito do sistema socioeducativo:

(...)separação de pessoa que apresentar sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19 e sua devida notificação à Secretaria Municipal de Saúde.

Ocorre que tal Recomendação, no comentário de Tatiana Emmerich, parece ignorar justamente a realidade empírica acima descrita, isto é, de superlotação e de condições precárias e insalubres de cumprimento de medidas socioeducativas, notadamente as de internação, já que o que propõe como medida sanitária encontra significativas dificuldades de implementação prática, sendo o mais adequado, na leitura da autora, a adoção de medidas redutoras de

⁷⁵² SOUZA, F. S. V. *Entre leis, práticas e discursos: um estudo sobre o julgar em execução de medida socioeducativa de internação no Rio de Janeiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 87-88.

⁷⁵³ Sabe-se da indeterminação jurídica e dos problemas práticos a respeito do conceito (indeterminado) de “vaga” no sistema penitenciário; como o objetivo é apresentar um painel geral, basta registrar um mero alerta a respeito do altíssimo grau de manipulação pelas autoridades penitenciárias do que se considera “vaga”.

⁷⁵⁴ DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 maio 2020; CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros*. Brasília, CNMP, 2019, p. 22-23; 29-30.

superlotação (na esteira do paradigmático HC Coletivo 143.988 AGr/ES⁷⁵⁵), sob pena de se permitirem violações ainda mais graves e irreversíveis de direitos humanos e fundamentais no âmbito daquele sistema⁷⁵⁶.

No que diz respeito às investidas de expansão sobre adolescentes autores de ato infracional, completamente opostas aos ideais normativos vigentes, podemos identificar duas tendências punitivistas: (i) *expansão do sistema penal adulto*, via propostas de redução da maioria penal; e (ii) *expansão do sistema de Justiça Juvenil*, que, de um lado, é representado por propostas de aumento do tempo de internação, mas que, por outro lado, já é verificado na realidade empírica a partir do próprio comportamento proativo dos atores do sistema de Justiça Juvenil⁷⁵⁷.

Não se pretende fazer uma análise exaustiva de todos os projetos de punição e repressão em matéria juvenil, e tampouco sobre todos os discursos punitivistas sobre a questão⁷⁵⁸; mas, sim, identificar as principais tendências que, de alguma forma, envolvem ou perpassam o campo jurídico-penal de forma mais sensível.

Do lado da expansão do sistema penal adulto via redução da maioria, descartando-se discursos mais emotivos, irrefletidos ou verdadeiramente “toscos” (como discursos mais autoritários de linha “lei e ordem” e “tolerância zero”, que, na verdade, tendem a predominar), observa-se certa construção discursiva forte e razoavelmente consistente: um discurso que enxerga no adolescente, nos seus 15 ou 16 anos, um adulto, sujeito autodeterminado (“livre”, “capaz”, já “maduro”)⁷⁵⁹, que, conhecedor das normas sociais fundamentais de convivência (na forma de “valores sociais” ou um “mínimo ético social”, que as normas penais representariam⁷⁶⁰), por sua violação, mereceria uma reprimenda em sentido forte, no caso, a

⁷⁵⁵ Julgado que, dando continuidade a uma jurisprudência mais sensível à superlotação carcerária (cujo marco recente é a ADPF 347), impôs medidas redutoras de superlotação no sistema socioeducativo a partir de uma premissa fundada no princípio *numerus clausus*, que norteia a execução de sanções afliativas limitando-a ao número de vagas disponibilizado pelo Estado, número este que, excedido, passa a violar direitos humanos e fundamentais.

⁷⁵⁶ SOUZA, T. L. E. *Questionamentos acerca da aplicabilidade da Recomendação nº. 62 do CNJ em ambientes socioeducativos de privação de liberdade: isolamento social vs. superlotação*, p. 51.

⁷⁵⁷ Cf desenvolvido anteriormente em SOUZA, F. S. V.; FERRAZ, H. G. *A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP*, STJ, p. 257-284.

⁷⁵⁸ Por todos, CAPPI, R. *Motifs du controle et figures du danger: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien*; Id., *Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010)*, p. 10-27.

⁷⁵⁹ A título ilustrativo, Cappi constatou que o argumento do “discernimento” figura simplesmente em todas as proposições de redução da maioria penal (Id. *Motifs du controle et figures du danger: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien*, p. 154-157).

⁷⁶⁰ Representação eticizante do Direito Penal que se remete à Hans Welzel (WELZEL, H. *Verdad y límites del derecho natural*, p. 239).

pena afliitiva, determinada segundo o grau de reprovação ético-jurídica por sua conduta ilícita⁷⁶¹. Por suas características repressivas, encarna, de certo modo, as premissas da chamada *racionalidade penal moderna*⁷⁶².

Mais recentemente, tendências de redução da maioria penal vêm ganhando força. Até hoje, na história política brasileira, nenhum candidato à presidência se mostrou tão simpático ou favorável à redução da maioria penal como Jair Bolsonaro, que definiu sua posição explicitamente em seu programa de governo. Seu Ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, ex-juiz federal Sérgio Moro se alinhou ao novo presidente, e defende, também a redução da maioria para crimes hediondos e equiparados⁷⁶³. Não é por outro motivo que a PEC 04/2019⁷⁶⁴ tem como um dos redatores um de seus filhos, o senador Flávio Bolsonaro (ex-PSL/RJ, atualmente sem partido).

Trata-se de um movimento que encontra no próprio discurso penal hegemônico uma forte resistência, como se depreende da grande parcela de autores e autoras que sustentam ser a inimputabilidade etária firmada pela Constituição aos 18 anos uma cláusula pétrea implícita⁷⁶⁵,

⁷⁶¹ Forma de responsabilização penal que foi consolidada na dogmática penal (TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 249).

⁷⁶² Importa aprofundar mais este ponto. Nas palavras de Pires, “a teoria da racionalidade penal moderna (RPM) é uma teoria sociológica sistêmica que descreve a emergência de um sistema de ideias formado pelas teorias modernas da pena e que apresenta esse sistema de ideias como um “obstáculo epistemológico” (Bachelard) à reconstrução – ou à “evolução de patamar” (Simondon) – do sistema de Direito Criminal, tal como ele se diferenciou e se construiu na Europa e nas américas a partir dos séculos XII e XIII” (PIRES, A. *A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil*, p. 136). Ela é composta por três pilares, na leitura de Xavier: (i) um direito de punir, que assume a forma de uma obrigação de punir; (ii) essa obrigação é substancializada de forma mais dura do que uma intervenção qualquer; (iii) a ideia de “proteção da sociedade”, que seria exercida pelo Direito Penal, que guarda uma visão hostil do infrator, concebido como inimigo da sociedade (XAVIER, J. R. F. *Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais*, p. 449-452).

⁷⁶³ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-11/moro-converge-com-bolsonaro-sobre-maioridade-penal-e-posse-de-armas>

⁷⁶⁴ A PEC 04/2019 foi aprovada logo no primeiro mês do atual mandato presidencial. Ela propõe tornar penalmente imputáveis pessoas com mais de dezesseis anos, sem fazer ressalvas quanto aos crimes praticados nem estabelecimentos a que as penas devem ser cumpridas. De acordo com seu texto de justificativa, “as eleições gerais de 2018 mostraram que a população brasileira exige do parlamento nacional o endurecimento das leis do código penal e da execução penal. Sabe-se que a principal função do Estado em uma nação democrática é garantir o respeito e a execução da Lei para todos. Nada é mais prioritário, hoje no Brasil que tomar as medidas necessárias para barrar o avanço da criminalidade e responsabilizar os criminosos por seus crimes”. PEC 04/2019. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7916543&ts=1553282774532&disposition=inline> >

⁷⁶⁵ Nesse sentido, consideram a inimputabilidade etária uma cláusula pétrea implícita Dotti (DOTTI, R. A. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 412-413); Moraes e Teixeira (MORAES, M. C. B.; TEIXEIRA, A. C. B. *Comentário ao artigo 227*, p. 2.138); VERONESE, J. R. P. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?* : o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate, p. 93-95; ROSA, A. M.; LOPES, A. C. B. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e Garantias Constitucionais, p. 317-319; SPOSATO, K. B. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*, p. 196-203; SHECAIRA, S. S. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*, p. 141-142 e SARAIVA, J. B. C. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. Adolescente e ato infracional, p. 47; RODRIGUES, E. C. C. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*, p. 225-226. Além disso,

pois esta representaria não só uma garantia de igualdade material, como uma norma a que o Estado brasileiro não poderia retroceder, sob pena de violação ao princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Do lado da expansão do sistema juvenil, observa-se um discurso baseado em um suposto ideal de “proteção”, presente tanto nos projetos de aumento do tempo de internação⁷⁶⁶, quanto nos próprios discursos dos operadores do sistema, que, hoje, legitimam a aplicação e manutenção de medidas socioeducativas a partir de uma combinação entre lógicas e práticas tutelares (dogmaticamente expressadas a partir do persistente manejo do parâmetro da periculosidade, seja de forma implícita, ou explícita⁷⁶⁷) com o emprego de parâmetros e critérios da justiça de adultos, no que vem se chamando de “colonização da justiça juvenil pela justiça comum”⁷⁶⁸.

também se manifestaram nesse sentido o IBCCRIM (http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf) e o Instituto Carioca de Criminologia (<http://www.anf.org.br/18283>).

⁷⁶⁵ Por todos, SPOSATO, K. B. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*, p. 162.

⁷⁶⁶ Criticando esses projetos de aumento sob o prisma constitucional da proporcionalidade – alguns chegam a estipular internações por até 10 anos –, vale conferir DAVID, D. F.; ZAMBAZI, L. H. *Inconstitucionalidade paralela: o aumento do tempo de internação*, p. 187-205.

⁷⁶⁷ Como formas implícitas do uso da periculosidade, alguns exemplos são ilustrativos: se em 2007 o STJ pareceu reconhecer o caráter sancionatório, punitivo das medidas socioeducativas, o que é representado simbolicamente pela edição da Súmula 338, entendendo que as medidas socioeducativas são prescritíveis, em 2016, quando do julgamento do HC 346.380-SP, a Terceira Seção modifica suas premissas, sustentando que, em razão do caráter “pedagógico” e “protetivo” das medidas socioeducativas, a aplicação das medidas socioeducativas de internação deveria ser imediato, bastando uma sentença condenatória, independente de apelação. Trata-se de um raciocínio tutelar, fundado em periculosidade, que termina por violar gravemente o direito à presunção de inocência de adolescentes autores de atos infracionais (sobre isso, SOUZA, F. S. V.; FERRAZ, H. G. Op. cit.). Outra questão envolve a internação por reiteração (art. 122, II, ECA). Como “reiteração” é diferente de “reincidência”, sempre se entendeu, de forma predominante, que não bastaria um ato infracional anterior, mas, sim, dois, para que se justificasse uma internação. A 6ª Turma do STJ, afirmando um propósito “educativo” e “protetivo” às medidas de internação, admitiu a internação por reiteração mesmo diante da prática de apenas um ato infracional anterior (HC 347.434-SP, 2016).

Em relação a formas explícitas de utilização do critério, são incontáveis os julgados (não somente de Tribunais estaduais, mas do STJ e do próprio Supremo) que aplicam medidas socioeducativas mais severas justificadas, dentre outros argumentos, na suposta “personalidade voltada para a prática de atos infracionais”, expressão geneticamente ligada à periculosidade. Sobre isso, FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 127-140. Sobre o contexto familiar do adolescente como, também, uma fonte para o parâmetro da periculosidade, COSTA, A. P. M.; GOLDANI, J. M. *A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo familiar ainda se faz presente?*, p. 87-103.

Não apenas no sistema de justiça o emprego do parâmetro de periculosidade chama a atenção. Tatiana Emmerich, em sua dissertação, contruía a partir de caso prático-profissional em que atuou desde a fase policial até recursal, informa que, no Rio de Janeiro, as delegacias possuem um documento denominado ficha de “dados declarados”, que contém todas as informações pessoais dos adolescentes autores de infrações penais, realizadas no momento em que o jovem chega à delegacia. Há um tópico neste documento, chamado de “grau de periculosidade”, graduado pelo agente policial ou delegado de polícia, nivelando os adolescentes em graus, “leve”, “médio” e “alto”. Em seu estudo, os adolescentes que acompanhou ficaram registrados com o nível médio de periculosidade, em tese por serem considerados “traficantes” e pelo local de sua apreensão ter sido em uma favela (SOUZA, T. L. E. *O papel da defesa na justiça juvenil infracional: da teoria à prática*, p. 150).

⁷⁶⁸ Como, por exemplo, aplicar ou manter medidas socioeducativas com base na “gravidade do ato praticado”, ou na ideia de “proporcionalidade” (porém, em sentido punitivo). SOUZA, F. S. V. *Entre leis, práticas e discursos:*

De toda forma, nesse discurso, a medida socioeducativa, em regra, não seria uma pena (sequer teria carga afliativa, retributiva)⁷⁶⁹ e sua aplicação se daria em nome do “bem” do adolescente, o qual deveria ser “reeducado” ou “ressocializado”. Não sendo a sanção juvenil uma pena, o discurso não é penal, e, assim, ainda que imbuído das “melhores e mais nobres intenções” (o que dificilmente se acredita, considerando a realidade letal da Justiça Juvenil brasileira), esse discurso liberta a prática judicial da observância e respeito estrito às garantias penais e processuais penais fundamentais, que passam a se opor, em tensão, aos objetivos de correção e prevenção delitiva atribuídos à Justiça Juvenil. Essa seria uma forma de *(neo)menorismo*, que, ainda que sob novas vestes jurídico-formais e nova perfumaria argumentativa em tempos pós-1988, insiste em se fundar em paradigmas que remontam aos códigos de menores de 1927 e 1979. Nesse sentido, um exemplo ilustrativo é encontrado em Jorge Trindade, autor que, dentre outras afirmações, a despeito da virada normativa promovida pelo complexo normativo em matéria juvenil, insistiu na visão discriminatória do “menor com família desestruturada”, em que a “figura do pai” seria essencial para evitar a delinquência⁷⁷⁰, e atribuiu ao Estado-juiz papel eminentemente protetor, e não punitivo:

ademais, não importaria a qualificação legal, somente a personalidade do menor, e que não existe uma medida determinada para um delito concreto, pois nesse caso não é a infração penal que conta, mas a educação do menor e como evitar que volte a delinquir. (...) as decisões tomadas pelo Estado judicial especial tem caráter educativo, e seu objetivo é favorecer a reinserção social, levando sempre em consideração a personalidade dos interessados⁷⁷¹.

um estudo sobre o julgar em execução de medida socioeducativa de internação no Rio de Janeiro, p. 236; PIRES, A. *A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil*, p. 146-151.

⁷⁶⁹ Em que pese defender direitos e garantias ao adolescente autor de ato infracional, Veronese, por exemplo, entende não ser a medida socioeducativa uma sanção penal, mas, sim, uma medida de caráter pedagógico, que visa ao resgate da pessoa humana (VERONESE, J. R. P. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?*: o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate, p. 263).

⁷⁷⁰ As citações seguintes do autor são emblemáticas: “Partimos da ideia de que a família organiza a transmissão de valores, que fracassa no delinquente (...) nesse sentido, supomos que a delinquência juvenil seja um fenômeno que, dentre muitos outros, expressa uma desmedida na falta ou no excesso de figura paterna.” (TRINDADE, J. *Delinquência Juvenil: uma abordagem transdisciplinar*, p. 151); “para nós, entretanto, fica a ideia de que a impossibilidade de aquisição da noção de lei decorre de uma falha ou prejuízo no processo de internalização do grande não paterno fundante da cultura e da ordem, que a criança, não encontrando dentro de si, vai buscar fora, no mundo exterior, pois é imprescindível um continente para seus conteúdos”(Ibid., p. 155-156); “não podendo suportar o sofrimento psíquico de um viver mutilado pela ausência da lei, agora interna e já externa, restará para a criança, inscrita num mundo que é social e cultural, a alternativa inconsciente da delinquência como sintoma. Em medidas extremas, encontrará o caminho da loucura, enquanto forma de se alienar do mundo para aplacar o sofrimento que a condenação de estar marcado pela lei primeva o sentença; ou, então, buscará a via do suicídio, praticando diretamente a interrupção de sua própria existência, carregada de uma dor psíquica insuportável, ou, indiretamente, realizando atividades perigosas de confronto com forças punitivas implacáveis; em qualquer das duas hipóteses, destruindo-se a si mesma antes de ser destruída.” (Ibid., p. 156).

⁷⁷¹ Ibid., p. 56.

3.3.4.3

Um “direito penal juvenil”? Esboços e propostas dogmáticas de limitação ao poder punitivo sobre adolescentes autores de atos infracionais

Como “reação político-jurídica” nascida (principalmente) no campo acadêmico aos avanços repressivos do sistema penal adulto e do sistema juvenil a partir do final dos anos 80 até os anos 2000 na América Latina e no Brasil, passou-se a se sustentar a construção de um direito relativo à justiça juvenil que a visualizasse, sobretudo, a partir de seus aspectos punitivos. O nome dado a esse direito foi “direito penal juvenil”, edificado a partir de uma fundamentação *normativa*, centrada na Constituição, nos Tratados Internacionais (por todos, Pacto de São José da Costa Rica e Convenção sobre os Direitos da Criança) e na legislação infraconstitucional – ECA/SINASE; e de uma fundamentação *teórica/filosófica/epistemológica*, consubstanciada no garantismo penal de matriz liberal, de Luigi Ferrajoli, como modelo ideal de minimização de violência e maximização da liberdade, bem como de direitos sociais.

É, por exemplo, o que sustenta João Batista Costa Saraiva, partidário do “Direito Penal Juvenil”, que afirma ser este ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e seu aclaramento decorreria de operações hermenêuticas⁷⁷². Acusa o jurista que setores partidários da autonomia do Direito da Criança, em nome da manutenção de espaços de poder e invocando discursos por vezes autoritários (baseados no princípio do “superior interesse da criança”, sem conteúdo jurídico definido), seriam contra o Direito Penal Juvenil, o que justificaria atropelos a garantias processuais e constitucionais. Essa resistência se fundaria, de certa maneira, em uma *cultura menorista* ainda presente, originária dos códigos anteriores. Abandonar um Direito Penal Juvenil equivaleria a abandonar os conceitos introduzidos pelas normas do ECA, desconsiderar a normativa internacional na matéria e significaria duas opções: ou o apego a dogmas do menorismo ou um discurso de abolicionismo penal⁷⁷³.

Na mesma linha, Karyna Sposato também sustenta a expressão “Direito Penal Juvenil”. Nas palavras da professora:

Diz-se ‘novo Direito Penal Juvenil’ porque este se vê vinculado aos mesmos objetivos e à mesma missão do direito penal moderno, como proteção do cidadão diante do arbítrio público. Por isso vincula-se à Constituição Federal, aos direitos fundamentais e à lei e assume alguns dos postulados de Ferrajoli no que tange à minimização de brutalidades seja de intervenções sociais

⁷⁷² SARAIVA, J. B. C. *Compêndio de Direito Penal Juvenil*. Adolescente e ato infracional, p. 88.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 89-92.

seja das intervenções jurídico-penais. O fundamento central é a concepção de crianças e adolescentes como pessoas humanas e, assim, também sujeitos de direitos ⁷⁷⁴.

Há quem, por outro lado, defenda ser inadequada esta terminologia.

Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes afirmam ser este ramo do ordenamento, na verdade, um “Direito Infracional”. Os juristas argumentam que, com a edição da Convenção Internacional da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Direito Infracional teria ganho sua autonomia, não podendo mais ser considerado um apêndice do Direito Penal ⁷⁷⁵. Nas palavras dos autores,

As garantias precisam ser trabalhadas a partir da autonomia do Direito Infracional e não de um ilusório Direito Penal Juvenil. Respeitar a diferença pressupõe que o discurso seja sério e enfrente algumas questões que são, de fato, omitidas, como, por exemplo, o fundamento da medida socioeducativa ⁷⁷⁶.

Para além das críticas às posições dos professores da linha do Direito Penal Juvenil ⁷⁷⁷, Morais da Rosa e Brito Lopes também o rechaçam por enxergar neste um modelo de discurso legitimante de poder punitivo, edificado a partir de uma racionalidade punitivo-penal.

Mário Luiz Ramidoff critica a corrente penal juvenil, uma vez que esta se pretenderia ver aplicada aos moldes de um Direito Penal mínimo adaptado, como um regime sancionatório punitivo para acalmar os ânimos dos que postulam a redução da maioria penal. Ademais, um Direito Penal Juvenil escolheria, equivocadamente, ao retratar a medida socioeducativa como sanção penal, o paradigma da repressão/punição como marco teórico, o que não seria muito diferente da perspectiva menorista e tenderia a reforçar um tratamento jurídico baseado em lógicas de violência ⁷⁷⁸.

Josiane Veronese, considerando que a Constituição de 1988 inaugurou um sistema jurídico autônomo, trazendo uma forma diferenciada de compreensão acerca do ato infracional e de sua responsabilização, percebe este ramo do Direito como integrante do Direito da Criança

⁷⁷⁴ SPOSATO, K. B. *O Direito Penal Juvenil*, p. 67.

⁷⁷⁵ ROSA, A. M.; LOPES, A. C. B. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais, p. 27.

⁷⁷⁶ Ibid., p. 33.

⁷⁷⁷ Em suma, os referidos autores careceriam de base teórica consistente em garantismo jurídico; seriam adeptos de posições menoristas – mesma crítica desferida pelos adeptos do Direito Penal Juvenil – e quase sempre lhes faltaria visão crítica, uma vez que ignorariam os avanços promovidos pelo desenvolvimento da Criminologia Crítica.

⁷⁷⁸ RAMIDOFF, M. L. *Direito penal juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva*, p.152-155.

e do Adolescente; não seria necessário o recurso ao Direito Penal e seu conjunto de punições uma vez que o ECA (e, mais recentemente, o SINASE) prevê um sistema próprio, não punitivo, mas protetivo e responsabilizador⁷⁷⁹. Dessa forma, por se tratar de um universo diferenciado, a jurista entende que a Lei 8.069/1990 não contemplaria a medida socioeducativa como uma sanção penal, e tampouco estas medidas teriam origem nas chamadas “penas alternativas”⁷⁸⁰. Ademais, o garantismo pretendido sob o nome de “Direito Penal Juvenil” já estaria na realidade no texto constitucional, no ECA e na Lei do SINASE; o Direito Penal, pelos vícios históricos do penitenciarismo, de visões repressivas e punitivistas, seria imprestável para servir de modelo para o Direito da Criança e do Adolescente⁷⁸¹.

Em síntese, para essa corrente de autores, considerar a justiça juvenil como um sistema de direito penal e a medida socioeducativa como sanção significaria atrair todos os problemas históricos e estruturais do direito penal adulto para o sistema socioeducativo, na linha dos autores que defendem a existência de um recrudescimento maior no plano das práticas a partir desta aproximação, significando um aumento do poder punitivo, através da absorção de uma racionalidade retributiva, ao invés de sua redução⁷⁸².

Sem embargo, na pertinente observação de Ana Carolina Albuquerque de Barros, não é o reconhecimento teórico e discursivo de um “direito penal juvenil” que promoveria retrocessos na justiça juvenil, seja a paradigmas indiferenciados ou menoristas. A autora argumenta que é a prática concreta, na verdade, que demonstra como os atores do sistema movimentam a normativa do ECA de modo a se legitimar maiores intervenções (seletivas) na esfera de liberdade dos adolescentes⁷⁸³.

Como já defendi anteriormente⁷⁸⁴, insisto na possibilidade de se engendrar um norte teórico próprio para a construção de um direito de contenção e redução de poder punitivo em relação à justiça juvenil, partindo-se do próprio direito penal enquanto piso mínimo de direitos e garantias fundamentais, criminologicamente referenciado e político-criminalmente orientado, sem que se caia nas armadilhas inerentes à racionalidade tutelar ou à racionalidade punitivo-penal. Assumindo-se a natureza punitiva da medida socioeducativa, como modalidade de

⁷⁷⁹ VERONESE, J. R. P. *Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?*, p. 260.

⁷⁸⁰ Ibid., p. 263.

⁷⁸¹ Ibid., p. 269-270.

⁷⁸² SOUZA, F. S. V. *Entre leis, práticas e discursos: um estudo sobre o julgar em execução de medida socioeducativa de internação no Rio de Janeiro*, p. 72.

⁷⁸³ BARROS, A. C. A. *Culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 34.

⁷⁸⁴ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no direito penal juvenil*, p. 52-57.

sanção penal, sublimando-se o (circular) embate entre “punir” e “educar” a partir da deslegitimação da punição e da consideração da reeducação enquanto direito do apenado, e, inspirando-se na diferenciação sustentada por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni entre lei penal, poder punitivo e direito penal⁷⁸⁵, não há problemas ao se referir a um “direito penal juvenil”, desde que por ele se entenda *o ramo da ciência jurídico-penal responsável pela elaboração e sistematização teórica de todo saber penal juvenil, com vistas à redução e contenção de poder punitivo exercido sobre adolescentes autores de atos infracionais*⁷⁸⁶.

Essa percepção da matéria encontra subsídios importantes no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais especificamente, na jurisprudência da Corte Interamericana, razão pela qual passa-se, na sequência, a trazer as lições e possibilidades jurídico-penais produzidas por aquele sistema no tocante a adolescentes submetidos à justiça juvenil.

3.3.4.4

Aberturas e possibilidades a partir do direito internacional dos direitos humanos: um modelo interamericano de Justiça Juvenil e suas características

No que se refere aos adolescentes autores de atos infracionais, é possível visualizar-se, no seio da jurisprudência da Corte Interamericana, para além de um direito penal juvenil, um amplo e verdadeiro *modelo interamericano de justiça juvenil*, baseado no seguinte grupo de casos, elencado por razões de relevância e recorrência no âmbito daquele Tribunal: *Villagrán Morales vs Guatemala* (1999-2001); *OC 17/02*; *Bulacio vs Argentina*, 2003; *Instituto de Reeducação do menor vs Paraguai* (2004); *Mendoza e outros vs Argentina*, 2013⁷⁸⁷.

O caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (1999) foi o primeiro caso contencioso em que Corte Interamericana reconheceu a criança (no léxico internacional, pessoa menor de dezoito anos) como sujeito de direitos. Em relação aos fatos, o caso tratou do sequestro, tortura e assassinato de 5 jovens moradores de rua realizados por membros da Polícia Nacional da Guatemala em 15 de junho de 1990.

Em condenação ao Estado da Guatemala pelas violações à CADH, à Convenção Interamericana sobre Prevenção e Punição da Tortura (1985) e a Convenção Internacional sobre

⁷⁸⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito Penal Brasileiro*, I., p. 40.

⁷⁸⁶ FERRAZ, H. G. Op. cit., p. 57.

⁷⁸⁷ Os casos resumidos encontram-se disponíveis para consulta no portal do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ): <<https://nidh.com.br/>>.

os Direitos da Criança (1986), a Corte se valeu de interpretação extensiva e sistemática da CADH, preenchendo de conteúdo o art. 19⁷⁸⁸, reconhecendo e consagrando o direito à vida às crianças e todos os demais direitos correlatos, de cunho material e processual e estipulando obrigações negativas e positivas do Estado em respeitar e garantir tais direitos, bem como a obrigação legislativa de adaptação do direito interno guatemalteco ao direito internacional dos direitos humanos em matéria juvenil.

A Opinião Consultiva 17/02 foi a primeira vez em que a Corte IDH, no exercício de sua função consultiva, reconheceu a criança como sujeito de direitos. O problema enfrentado pela Corte nessa consulta foi a convencionalidade dos ordenamentos de certos países sujeitos à Corte, que possuíam legislações juvenis de cunho tutelar, que ainda se vinculavam à doutrina da situação irregular.

Foram definidos cinco pontos nessa consulta: (i) definição de criança, que, para a Corte, é toda pessoa menor de 18 anos⁷⁸⁹; (ii) igualdade, que só pode ser entendida em sentido material; (iii) o interesse superior da criança, que afirma a consideração do desenvolvimento e do exercício pleno dos seus direitos como critérios reitores para a elaboração de normas e aplicação destas em todas as ordens relativas à sua vida⁷⁹⁰; (iv) os deveres da família, sociedade e do Estado para a garantia dos direitos da criança⁷⁹¹; e (v) o devido processo legal substantivo, atribuindo-se mais direitos à criança em razão de sua condição de proteção.

O Caso Bulacio vs. Argentina (2003) tratou sobre apreensão policial de menores de idade. Em 19 de abril de 1991, na cidade de Buenos Aires, a Polícia Federal Argentina realizou uma detenção massiva, uma “batida policial” (tradução livre da palavra *razzia*⁷⁹²) de mais de oitenta pessoas, nas imediações do estádio Club Obras Sanitarias de la Nación, local onde se daria um show de rock. Entre os detidos estava Walter David Bulacio, 17 anos de idade, que foi conduzido para uma delegacia policial (mais especificamente, na sua “sala de menores”), local em que sofreu diversas lesões, em especial na cabeça. Bulacio sofreu traumatismo craniano,

⁷⁸⁸ Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

⁷⁸⁹ Parágrafo 30

⁷⁹⁰ Parágrafo 137, ponto 2

⁷⁹¹ Parágrafo 78

⁷⁹² “Razzia” é um termo em espanhol de difícil tradução exata para o português, e, ainda mais, para o contexto brasileiro. No momento, basta compreendê-la como uma forma de detenção policial extremamente autoritária que agrega elementos tanto de uma “batida policial” (ação de forças policiais sobre grupos de pessoas, estejam ou não praticando delitos, ou em “mera suspeita”), como da “prisão por averiguação” (em que a polícia realizava detenções, igualmente arbitrárias, sem imputação de um fato criminoso ou em flagrante delito), com a finalidade de registro e verificação de antecedentes criminais).

chegou a ser hospitalizado, mas não resistiu, falecendo uma semana depois. A família de Bulacio (na época, adolescente, com todo um futuro diante de si, dedicado aos estudos e trabalhando como “caddie” em um campo de golfe) restou profundamente abalada: todos entraram em depressão, sendo que o pai perdeu o emprego, tentou suicídio três vezes e faleceu, em 2000, por problemas cardíacos e a irmã mais nova tornou-se bulímica, também tentando suicídio em duas ocasiões.

Ainda em 1997, foi feita denúncia do caso junto à CIDH, a qual, em 2000, pelo Informe 72, apontou o desrespeito, pelo Estado argentino, do direito à vida, integridade pessoal, liberdade pessoal, garantias judiciais, proteção à criança e proteção judicial, bem como a obrigação de respeitar os direitos humanos (respectivamente, artigos 4º, 5º, 7º, 8º, 19, 25 e 1º, todos da CADH), exigindo a adoção de todas as medidas necessárias para evitar a impunidade das violações sofridas por Bulacio e seus familiares. Frustrado seu atendimento, a CIDH formalizou demanda junto à Corte em 2001.

Felizmente, restou possível, em 26 de fevereiro de 2003, a celebração de um acordo entre o Estado argentino, a CIDH e os representantes dos familiares da vítima, em que o Estado reconheceu sua responsabilidade internacional.

A Corte IDH, reconhecendo o acordo celebrado entre as partes, concluiu que o Estado argentino violou (como ele mesmo admitiu): (i) o *direito à liberdade pessoal* (art. 7º), por Bulacio ter sido detido de maneira ilegal e arbitrária por uma “batida policial” sem ordem judicial, sem ser informado de seus direitos e sem que se tenha dado aviso a seus pais ou ao juiz de menores sobre a detenção; (ii) o *direito à integridade pessoal* (art. 5º), por ter sido lesionado por agentes policiais e submetido a maus tratos; (iii) o *direito à vida* (art. 4º), pelo Estado, em posição de garante, não ter observado um apropriado exercício do dever de custódia; (iv) o *direito à proteção judicial e às garantias judiciais* (arts. 8 e 25), por não se ter informado imediatamente o juiz de menores a respeito de sua detenção e pela privação, aos familiares de Bulacio, dos recursos judiciais efetivos para esclarecer as causas de sua detenção e posterior morte; (v) o *direito às medidas especiais de proteção em favor dos menores de idade* (art. 19), que, a partir da jurisprudência firmada pela OC 17/02, não foram adotadas em favor de Bulacio, como menor de 18 anos.

Em suma, como aspecto fundamental do caso Bulacio vs. Argentina destaca-se *o controle de convencionalidade realizado sobre o procedimento e a prática de apreensão policial, em particular, de pessoas menores de idade*. No contexto argentino à época dos fatos, mais

precisamente na cidade de Buenos Aires, a polícia, em relação a menores de idade, atuava com fundamento no *Memorando 40*, de 1965, o qual tinha por finalidade o registro dos apreendidos nestas *razzias*, situações de detenção coletiva e generalizada motivadas por averiguações de identidade ou por contravenções policiais⁷⁹³. A mesma polícia tinha a faculdade de (i) notificar, de forma secreta, o juiz de menores a respeito das crianças ou adolescentes detidos, colocando-os a sua disposição; ou (ii) simplesmente, registrá-los e devolvê-los aos seus pais, o que, no entanto, poderia ou não acontecer. A Corte IDH enfatizou que esta era uma prática incompatível com o respeito aos direitos fundamentais, entre outros, da presunção de inocência, da existência de ordem judicial para apreender, salvo hipótese de flagrância, e da obrigação de notificar os responsáveis pelos menores de idade.

Com o caso *Bulacio vs. Argentina*, a Corte começava a aplicar a jurisprudência consolidada na OC 17/02 sobre sistemas concretos de Justiça Juvenil. Em 2003, no caso *Bulacio*, frisou-se, essencialmente, o dever de respeito, pela atuação policial em relação a menores de idade, aos postulados do devido processo legal.

Em 2004, no caso *Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*, chegou à Corte a oportunidade de avaliar o sancionamento e a forma de execução das medidas aplicáveis a menores de 18 anos autores de infrações penais.

O Instituto de Reeducação del Menor “Coronel Panchito López” foi uma instituição paraguaia, responsável pela internação de menores infratores. As denúncias foram recebidas pela CIDH em 1996 e tratavam de diversos fatores que motivaram, posteriormente, uma declaração da CIDH, a qual dizia que o Instituto “Coronel Panchito López” *representou a manutenção de um sistema de detenção contrário a todos os padrões internacionais relativos à privação de liberdade de crianças*⁷⁹⁴. Os menores internos do Instituto estavam reclusos em condições inadequadas para qualquer parâmetro internacional, estavam inseridos em um contexto cheio de situações precárias, como a superlotação, a superpopulação, a insalubridade, a falta de infraestrutura adequada, guardas penitenciários em quantidade insuficiente e incapacitados para trabalhar com jovens menores de dezoito anos. Chegaram a ocorrer três incêndios no Instituto, os quais levaram diretamente à morte nove garotos, além de um deles ter sido vítima de arma de fogo, baleado por um dos guardas, e, devido aos incêndios, mais trinta e oito tiveram ferimentos e/ou saíram intoxicados. Por fim, a totalidade ou parte das

⁷⁹³ No caso, contravenções editadas pela própria Polícia Federal Argentina, que, por sua vez, tinha o poder de deter pessoas por sua violação.

⁷⁹⁴ Parágrafo 4 da sentença.

vítimas sobreviventes de cada um dos incêndios foram transferidas para penitenciárias de adultos, sem nem mesmo terem sido, em sua maioria, condenadas. Logo, diante de todos os ocorridos já citados, e a partir da tramitação do processo na CIDH, a mesma alegou que o Estado do Paraguai, responsável pelo Instituto de Reeducción, entre agosto de 1996 e julho de 2001, cometera ofensa aos arts. 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal), relacionando-os com o art. 1.1, e igual violação aos arts. 7º (liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), ao já abordado art. 19 e, por último, ao art. 25 (proteção judicial).

A Corte IDH realizou a análise da violação dos arts. 4º e 5º da CADH, em relação aos arts. 19 e 1.1 da mesma. Dadas as particularidades do caso, a Corte IDH entendeu ser pertinente analisar tais dispositivos em conjunto, relacionando, prioritariamente, o direito à vida e à integridade pessoal dos adultos e dos jovens ali internados, privados de liberdade no Instituto. De fato, ao se tratar dos jovens internos, por conta das diversas violações cometidas, estes *“possuem os direitos humanos que correspondem a todos os seres humanos (...) e têm mais direitos especiais derivados de sua condição, os quais correspondem aos deveres específicos da família, da sociedade e do Estado”*⁷⁹⁵. Por conta de seu desenvolvimento físico e emocional, crianças e adolescentes necessitam de proteção especial – e por conta disso, no presente caso, os arts. 4º e 5º devem ser vistos sob a luz do art. 19, que trata dos direitos da criança. Além do mais, a Corte IDH também tomou como base para sua análise a Convenção sobre os Direitos da Criança, das Nações Unidas, o Protocolo de São Salvador (protocolo adicional à CADH, o qual trata de matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ambos ratificados pelo Paraguai. A Corte IDH alegou, então, que quem for detido, interno, possui o direito de viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhe o direito à vida e à integridade pessoal.

A Corte IDH também entendeu que a privação da liberdade pessoal, assim sendo uma restrição de direitos, deve ser rigorosamente limitada, visto que toda restrição a um direito humano só é justificável ao Direito Internacional quando é necessária à manutenção de uma sociedade democrática. Entretanto, quando a violação da liberdade ofende outros direitos, como o direito à vida, à integridade pessoal, à religião e o devido processo legal, tal situação afronta o Direito Internacional – o que significa que, mesmo que uma pessoa se encontre em situação de privação de liberdade pelo Estado, detida em razão do cometimento de algum delito, o Estado deve assegurar os demais direitos e garantias fundamentais. Ademais, o Estado também tem o dever de adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los, o que é estabelecido pelo

⁷⁹⁵ Parágrafo 147 da sentença.

art. 1.1 da CADH, e, como no presente caso, ao se tratar, também, da violação desses direitos de crianças e adolescentes, há, por parte do Estado, uma obrigação adicional, estabelecida pelo art. 19: além de assumir maior cuidado e responsabilidade por parte dos jovens em conflito com a lei, a proteção da vida do menor de idade requer que o Estado se preocupe com a qualidade de vida que o mesmo levará enquanto privado de liberdade, visto que seu direito à vida e à integridade pessoal não se extinguiu por conta de sua condição de detenção ou aprisionamento⁷⁹⁶.

Por último, no caso *Mendoza e outros vs. Argentina*, de 2013, a Corte firmou contornos mínimos de um sistema de aplicação de medidas a crianças autoras de infrações penais conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em 14 de maio de 2013, a Corte IDH declarou internacionalmente responsável o Estado argentino por violações de direitos humanos cometidas ao impor penas de privação perpétua de liberdade a cinco pessoas por delitos cometidos durante a infância (César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández, Saúl Cristian Roldán Cajal e Claudio David Nuñez).

A Corte assim decidiu pelas seguintes razões: (i) os Códigos processuais penais aplicados não permitiam uma revisão ampla das sentenças por um juiz ou tribunal superior; (ii) não foi dada adequada atenção médica a Lucas Matías Mendoza, o que levou à perda de sua visão; (iii) duas das pessoas referidas foram submetidas a tortura durante seu encarceramento, sem que o Estado tenha investigado estes fatos adequadamente (iv) e por não se ter investigado adequadamente a morte de Ricardo David Videla Fernández, enquanto este se encontrava sob custódia do Estado.

Para além da estipulação de deveres de reparação às vítimas e de investigação dos delitos praticados contra elas (o que será devidamente analisado ao final), no que diz respeito ao sistema de Justiça Juvenil, o Caso “Mendoza e outros” consagra um verdadeiro controle de convencionalidade operado pela Corte IDH sobre a legislação juvenil argentina, declarando-a incompatível com a CADH e impondo sua modificação pelo Estado.

Vale ressaltar, para esclarecer os fatos submetidos a exame pela Corte, que os referidos menores de idade, para além de restar provada sua origem pobre e socialmente marginal,

⁷⁹⁶ Parágrafos 154, 155, 158 e 160 da sentença.

praticaram crimes graves durante seu período de menoridade (como, por exemplo, roubo qualificado e homicídio qualificado).

No Caso “Mendoza e outros”, a Corte IDH analisou, primeiramente, a maioria na Argentina. À época dos fatos, segundo a legislação então vigente, as vítimas deveriam ter recebido tratamento especial como menores de idade até cumprirem a maioria aos 21 anos. Tal fato e a forma com que se deveria se dar esse “tratamento especial” não restou esclarecido pelo representante do Estado argentino.

Em um segundo momento, analisou-se brevemente a Lei 22.278/1980, modificada pela última vez em 1989 pela Lei 23.742. Trata-se de uma lei de responsabilização juvenil, concebida e promulgada pela última ditadura militar, ainda hoje vigente, aplicável a menores de idade que, no momento da comissão do fato delitivo que se lhes imputa ainda não tenham cumprido 18 anos de idade.

A Lei 22.278/1980 estabelece as seguintes distinções: (i) a partir dos 18 anos, regime penal adulto; (ii) abaixo de 18 anos, regime diferenciado. Estabelecem-se dois subgrupos: (a) menores de 16 anos, que não são puníveis e (b) menores entre 16 e 18 anos, que são puníveis, desde que tenham praticado delito de ação pública a que seja cominada uma pena maior a dois anos de prisão.

A Corte IDH criticou severamente o formato tutelar da referida legislação, uma vez que ela não prevê limitação temporal para as medidas. Um menor de idade, ao completar 18 anos, e tendo sido submetido a tratamentos tutelares por um período de pelo menos um ano, pode vir a sofrer uma pena dentre as previstas no Código Penal argentino (cf. art. 4º, Lei 22.278). A pena passa a depender, fundamentalmente, de indicadores subjetivos como os que caracterizam o período de tratamento tutelar.

Passando às considerações da Corte, verifica-se que ela retomou a jurisprudência firmada no Caso Villagrán Morales e OC 17/02, baseando sua sentença nos princípios do interesse superior da criança, autonomia progressiva e participação da criança, como informadores relevantes no desenho e operação de um sistema de responsabilidade penal juvenil. Corolários a estes postulados, a Corte enunciou o princípio de tratamento diferenciado entre adultos e menores de idade, e, conseqüentemente, o *princípio da proporcionalidade* como orientador da sanção cabível a menores de idade que tenham praticado delitos durante a menoridade.

Indo além da mera afirmação da proporcionalidade, o ponto da sentença está nos *critérios desenvolvidos para verificar ou não a arbitrariedade das sanções de privação de liberdade aplicadas a menores de idade*. A Corte enumerou três parâmetros para essa análise: a) *”ultima ratio” e máxima brevidade*, no maior sentido restritivo possível; b) *delimitação temporal desde o momento de sua imposição*, proibindo-se a aplicação de penas privativas de liberdade com duração indeterminada ou que redundem na privação de dito direito de forma absoluta; c) *revisão periódica das medidas de privação de liberdade de menores de idade*. Ou seja, para a Corte IDH, uma sanção de privação de liberdade contra menores de idade não é arbitrária quando ela é o mais breve e excepcional possível; é delimitada temporalmente desde sua imposição e possibilita sua revisão periódica.

A medida de privação de liberdade relativa a menores de idade deve obedecer, também, ao *princípio do interesse superior da criança e a máxima satisfação de seus direitos*, tendo por finalidade sua *reintegração social*.

O que se destaca do Caso “Mendoza e Outros x Argentina” são suas implicações para os desenhos principiológicos, normativos e institucionais de um sistema de justiça juvenil de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Ainda que de forma mais incidental, a Corte forneceu parâmetros concretos e explícitos para uma responsabilização juvenil convencionalmente adequada e, com isso, firmou um precedente com enorme potencial de alcance e desdobramento, principalmente no que diz respeito aos debates parlamentares e propostas legislativas de recrudescimento punitivo sobre crianças e adolescentes.

A partir do grupo de casos abordado de forma bem resumida, é possível perceber e definir as seguintes características de um modelo interamericano de justiça juvenil, às quais o Brasil se vincula: (i) *as categorias penais e processuais penais são pensadas e aplicadas em sentido limitativo, garantidor*. Legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, devido processo, um direito e processo penal juvenil representam e viabilizam garantias, e não meros microssistemas punitivos sobre menores de 18 anos; por isso mesmo, são piso e não teto em relação a direitos fundamentais; (ii) *existe uma “presunção de afluência” em relação a medidas e procedimentos aplicáveis a crianças autoras de infrações penais, uma vez que se parte do princípio de que qualquer medida aplicável e seus procedimentos são, em princípio, punições em sentido forte* (mesmo e principalmente aquelas aplicadas em procedimentos alternativos ou substitutivos), e, portanto, deve-se assegurar, sempre, direitos e garantias fundamentais; (iii) *maior tendência a repudiar vagueza, cláusulas abertas e, conseqüentemente, a*

discrecionariade judicial: juízes e promotores de infância e juventude não são “protagonistas” em função de um suposto “bem-estar da criança”, mas garantidores de seus direitos, com poderes limitados pela lei, constituições e tratados internacionais.

As potencialidades de reforço a direitos e garantias fundamentais a partir do modelo interamericano de justiça juvenil, acima desenhado em contornos muito gerais, se infiltram no saber jurídico-penal a partir do estudo da inimputabilidade etária. O direito penal é, assim, fomentado a se redefinir e a se reorientar do ponto de vista político-criminal, notadamente no âmbito dos elementos estruturais do conceito analítico de delito.

3.3.5

Menoridade, crime e seu controle penal no Brasil: síntese crítica do tópico

1. A história da inimputabilidade etária é a história das tensões, conflitos e conciliações entre os projetos políticos de punir, corrigir e/ou neutralizar a juventude desviante.

2. Ao longo da etapa penal indiferenciada, a inimputabilidade etária foi pensada no seio do próprio direito penal de acordo com uma função predominantemente retributivista de pena, razão pela qual se fundou o critério do *discernimento*, que pretendia condicionar a punição penal segundo a proximidade a um ideal de sujeito livre, racional e normativamente motivável, pressuposto pelo direito penal. Com base no discernimento, recortou-se a juventude entre “quase adultos” e “não adultos”: os primeiros sofreriam uma pena atenuada e/ou correcional, e os segundos seriam impunes ou relegados a outras formas de controle social.

3. O advento do positivismo criminológico impactou este arranjo de forma profunda. As lentes médico-psiquiátricas e pedagógicas pelas quais se passou a enxergar a juventude de modo geral (e de modo específico, a juventude desviante) não eram compatíveis nem com o discurso jurídico-penal, nem com a pena em sentido retributivo. A um sujeito que começava a ser pensado de forma diferente e autônoma em relação ao adulto foram necessárias formas, discursos e práticas de controle social mais amplas, *para além do direito penal*.

4. A partir da etapa tutelar, com o início da edificação do sistema de justiça juvenil, e firmada a necessidade política de controle e disciplina da juventude para além da infração penal, o ideal retributivo foi substituído pelos ambíguos, problemáticos e circulares ideais de correção e neutralização: correção e pedagogia para os “corrigíveis” e neutralização para os “incorrigíveis”. Consequentemente, o parâmetro capaz de permitir um controle social formal mais fluido, apto a classificar e transitar entre essas duas categorias de sujeitos foi a periculosidade, segundo a qual ou o critério do discernimento foi funcionalizado (como em Nina Rodrigues), ou abandonado (porque desnecessário), como acabou sendo a partir de 1921 no Brasil.

5. Com a consolidação da justiça juvenil a partir do menorismo, para o direito penal, a inimputabilidade etária acabou representando não mais do que um rótulo, um juízo político-criminal de escolha a respeito de quais sujeitos se quer submeter ao controle repressivo do poder punitivo penal, e a partir de qual momento, considerando-se minimamente o grau de seu desenvolvimento orgânico e biopsicológico, bem como a gravidade e excepcionalidade dos atos praticados. Rotulando o sujeito como inimputável etário, o discurso jurídico-penal se liberava completamente da responsabilidade político-criminal por seu controle: a consequência jurídica do desvio não era pena, o “menor” não praticava delito e, assim, não era criminoso⁷⁹⁷.

6. A percepção de uma aproximação substancial entre o sofrimento encarnado na punição penal e a realidade prática das medidas correcionais aplicadas aos desvios praticados por menores de idade, desvinculadas de qualquer observância a direitos e garantias fundamentais (justamente por não serem lidas como penais ou punitivas), foi o principal fator de impulso às lutas internacionais e nacionais por reformas na justiça juvenil, o que, na América Latina e no Brasil,

⁷⁹⁷ Como sintetiza Bustos Ramírez: “Desde a perspectiva penal, consequentemente, se estabeleceu nos códigos que o menor de idade era inimputável, quer dizer que não tinha capacidade para assumir responsabilidade e por conseguinte, deveria estar fora do âmbito penal. O que, a sua vez, significava que estavam fora também de todas as garantias estabelecidas nas Constituições e as leis a respeito das pessoas. O menor de idade era colocado à margem do direito, a respeito dele se ditavam simplesmente leis para protegê-lo e certamente a proteção não precisa de limites e tampouco a defesa contra perigosos, pelo contrário, há que se tomar todas as medidas que sejam necessárias para lograr que saia de condição infra-humana e impedir que se desenvolva sua periculosidade”. (tradução livre) (BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *El derecho penal del niño-adolescente: estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente*, p. 8-9).

coincidiu historicamente com o momento político de superação de regimes ditatoriais autoritários e se refletiu principalmente em consequências normativas e teóricas sobre este campo, no qual passou-se a formar – não sem controvérsias – a proposta de um subsistema no direito penal, intitulado “direito penal juvenil”.

7. Do ponto de vista normativo, a *doutrina da proteção integral* estabeleceu o menor de idade enquanto sujeito de direitos, eixo sobre o qual deve gravitar todo o ordenamento jurídico. Por isso, essa doutrina importou em inovações teóricas fundamentais, que vão desde mudanças de gramática (de “menores” a crianças e adolescentes), até mudanças dogmáticas, que envolvem a própria forma de construção dos saberes jurídicos relativos à área, como no caso do “direito penal juvenil”.

8. No Brasil contemporâneo, a afirmação normativa da doutrina da proteção integral resiste – e desde sempre resistiu - a um cenário empírico de forte expansionismo punitivo sobre adolescentes autores de infrações penais, que sofrem os influxos de demandas repressivas pela redução da maioridade penal e pela ampliação do híbrido controle punitivo-correcional da própria justiça juvenil. Estes dois movimentos de expansão afetam tanto a compreensão do juízo de inimizabilidade etária (seus fundamentos e funcionalidade político-criminal) e a consequente construção normativa e discursiva da responsabilidade infracional do adolescente, questões em relação às quais o direito penal é responsável ou por omissão (ao subtrair a justiça juvenil dos seus objetos de reflexão e teorização) ou por ação (através da construção de modelos legitimantes e punitivos de direito penal juvenil).

9. Principalmente a partir das linhas gerais desenhadas pelo modelo interamericano de justiça juvenil, construído pela jurisprudência da Corte IDH, percebe-se um grande estímulo normativo e teórico a inovações e aperfeiçoamentos no sistema de responsabilização infracional, que envolvem, em particular, uma profunda revisão sobre o juízo de inimizabilidade etária, desde em seus fundamentos materiais, sua inserção e localização sistemática na teoria do delito até sua funcionalidade político-criminal no marco da doutrina da proteção integral.

3.4

Ainda “menores e loucos”? Uma síntese entre proximidades, diferenças e possibilidades entre os juízos de inimizabilidade etária e por sofrimento psíquico

Após mais de um século desde a grande obra de Tobias Barreto, confirma-se o que naquele autor era ainda pouco mais do que uma intuição: a existência de relações de afinidade entre as construções da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico ao longo da história do saber jurídico-penal e criminológico brasileiro. Tais relações, porém, são marcadas por grande complexidade, uma vez que se percebem tanto semelhanças como diferenças entre as duas construções. Primeiro, passa-se às similaridades:

1. As duas inimputabilidades se baseiam e importam em um controle do desvio para além do direito penal (ou além do delito). Elas se referem a duas classes de sujeitos que não se enquadram na moldura pressuposta pelo princípio da legalidade e pelo próprio direito penal.
2. Consequentemente, o desvio praticado por portadores de sofrimento psíquico e menores de idade autores de infrações penais foi compreendido não à luz dos seus feitos, mas do que poderiam, eventualmente, vir a fazer. A periculosidade positivista se encaixou neste novo arranjo, e o rótulo de “perigosos” lhes foi automaticamente imposto, sendo, em relação aos primeiros, legalmente presumido e, aos segundos, mantido na prática do sistema de justiça criminal. Tal critério ainda é o fundamento e o principal parâmetro de aplicação para as medidas terapêuticas ou correcionais aplicadas a estes sujeitos.
3. Sendo a periculosidade a lente a partir da qual são analisadas as condutas de portadores de sofrimento psíquico e de menores de idade, as medidas correcionais e terapêuticas a eles impostas são reguladas segundo a cessação do estado perigoso, que, nos primeiros atende explicitamente pela previsão do “Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade” (EVCP), e, nos segundos, implicitamente, nos exames avaliativos da conduta social do adolescente. Por isso, as medidas correcionais e terapêuticas aplicadas a essas classes de sujeitos foram desenhadas considerando-se um formato aplicativo similar: tempo mínimo

determinado (resíduo retributivista) e tempo máximo indeterminado⁷⁹⁸, executando-se a medida enquanto perdure o estado perigoso.

4. Portadores de sofrimento psíquico e menores de idade autores de atos infracionais foram e ainda são classificados segundo sua “corrigibilidade”: caso rotulados de “incurrigíveis” (em regra, quando da prática de um “crime louco”, “horrendo”, incompreensível pelo direito penal), as medidas a eles aplicáveis passam a se caracterizar pela função de neutralização, que pode superar qualquer limite legal ou jurisprudencial.

5. Observa-se aproximação entre a edificação tutelar da justiça juvenil e a lógica manicomial imposta aos portadores de sofrimento psíquico, bem como entre suas respectivas fases de superação (“doutrina da proteção integral”/etapa penal juvenil” e reforma psiquiátrica/luta antimanicomial). Nos dois casos, observam-se críticas comuns ao sistema de júri que era responsável pelo julgamento e punição destes sujeitos e a defesa de um juiz singular para julgamento e acompanhamento assistencial; do ponto de vista crítico, lutou-se pela percepção da aproximação substancial entre os sequestros manicomiais e menoristas às punições penais; e nos dois casos, portadores de sofrimento psíquico e menores de idade autores de atos infracionais deixaram de ser considerados objetos de proteção, assistência e tutela para passarem ao status de sujeitos de direito em condição especial de vulnerabilidade (pela menoridade ou pela condição psíquica).

6. Desde o ponto de vista dogmático, a inimputabilidade por sofrimento psíquico e a inimputabilidade etária transitaram conjuntamente através dos sistemas teóricos do delito, deixando de ser atributos ligados à ausência de uma *ação* ou fato para serem qualidades pessoais de um *sujeito*. A teoria do delito foi ainda capaz de excepcionalmente sustentar, pelas mais diversas razões de conveniência político-criminal, a imputabilidade plena de menores de idade e de portadores de sofrimento psíquico, o que demonstra um manejo político similar inerente a esses juízos de inimputabilidade.

⁷⁹⁸ No caso das medidas socioeducativas, o ECA expressamente limita a internação a um prazo máximo de 3 anos, e inviabiliza a aplicação de qualquer medida após 21 anos de idade. Entretanto, a internação não é determinada de maneira rígida pela sentença judicial, e, portanto, dentro do limite máximo legal, é executada indefinidamente.

7. As violações a direitos humanos que atingem inimputáveis etários e por sofrimento psíquico se assemelham sobretudo no aspecto da (in)visibilidade: por serem populações muito menores comparativamente à população carcerária geral, as violações que sofrem tendem a ser esquecidas, minimizadas, ou não devidamente priorizadas (na contramão do que orienta toda a normativa internacional e nacional na matéria).

8. Desde o ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, são visualizadas alternativas e potencialidades comuns no tratamento de portadores de sofrimento psíquico e adolescentes autores de atos infracionais. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos converge em ambos os casos em reconhecer a inconvenção da parâmetro da periculosidade como critério de julgamento, o que fomenta espaço a novos modelos de responsabilização a esses sujeitos.

Entretanto, as inimputabilidades se diferenciam nos seguintes pontos:

1. A inimputabilidade por sofrimento psíquico e as medidas de segurança foram projetadas internamente ao direito penal, a partir do controle e do discurso penal, porém, *não se prescindindo do controle punitivo ou de sua disciplina normativa*, ainda que se insistindo em uma legitimação discursiva assistencial e terapêutica. Já a inimputabilidade etária e os tribunais de menores foram projetados externamente ao direito penal, apartando-se totalmente os menores de idade, a ponto de se defender a existência de um outro direito totalmente autônomo e distinto (que, na etapa tutelar e ao longo da “doutrina da situação irregular”, foi chamado de “direito do menor”).

2. Os ideais de correção não foram os mesmos entre as duas classes de inimputáveis. Ao portador de sofrimento psíquico prevaleceram objetivos de terapia, cura e contenção; ao menor de idade, pedagogia, reinserção e moralização. Esta última ideia, aliás, integra uma noção de

“moldagem” ou “formação de caráter”, que consiste na principal função atribuída aos tribunais de menores.

3. Historicamente, no Brasil, a medida de segurança foi uma burla oportunista à vedação constitucional à prisão perpétua. As medidas correccionais a menores de idade, a seu turno, foram pensadas como medidas autônomas e funcionais a projetos políticos de educação e disciplina da juventude pobre e negra.

4. A inimputabilidade por sofrimento psíquico se relaciona a uma política de defesa social de exceção contra sujeitos não subsumíveis de nenhum modo à autoimagem do direito penal (paradigmas dos “crimes loucos” ou “crimes sem razão”). A inimputabilidade etária se relaciona a uma política de defesa social geral contra sujeitos em relação aos quais o discurso jurídico-penal escolhe admitir ou não o enquadramento em sua autoimagem. A consequência da primeira é a fratura da autoimagem do direito penal, negando-se a própria legalidade, mas se mantendo, paradoxalmente, o controle e a disciplina normativa penal, materialmente punitivos. A consequência da segunda é a exclusão completa do controle penal, importando na ativação de mecanismos e dispositivos paralelos de controle, que só se aproximam do controle penal no plano empírico.

5. A periculosidade que é empregada em relação a portadores de sofrimento psíquico ainda possui previsão legal expressa e é utilizada na prática forense pelos atores jurídicos e no discurso jurídico-penal hegemônico, o que, a despeito de todos os esforços institucionais pelo avanço da reforma psiquiátrica e da luta antimanicomial, termina por construir uma forte “blindagem manicomial” sobre a disciplina e a prática das medidas de segurança. A periculosidade empregada em relação a menores de idade não possui qualquer previsão legal e é avessa aos ideais encarnados expressamente pelo complexo normativo na matéria, sendo fruto de mera construção jurisprudencial que insiste em interpretar as normas juvenis existentes conforme lentes tutelares.

6. Os papéis atribuídos ao juiz e sua forma de atuação segundo a etapa tutelar da justiça juvenil e segundo lógica manicomial não se assemelham. No primeiro caso, sustentava-se a imagem de um “juiz-pai”, paternal, que agisse como um “pai de família”, e, por isso, os procedimentos na justiça juvenil deveriam ser necessariamente informais, simples, rápidos e eficientes. No segundo caso, o juiz se aproximava da figura do médico, o que tendia a atrair para o seio do discurso jurídico-penal e das práticas punitivas tanto a gramática médica como seus procedimentos. No primeiro caso, a autoridade do juiz derivava da “autoridade do pai”; no segundo, a autoridade do juiz dependia, se relacionava e disputava com a autoridade do discurso médico-científico (“ciência”).

7. As etapas, doutrinas ou movimentos de superação das lógicas tutelares e manicomiais, a despeito de suas similitudes, não compartilham nem os mesmos referenciais teóricos, nem os mesmos objetivos político-criminais. A reforma psiquiátrica e a luta antimanicomial guardam vínculos mais estreitos com a criminologia crítica e, assim, possuem horizontes mais definidos em um sentido abolicionista, flertando com movimentos penais no mesmo sentido. A “doutrina da proteção integral”, não necessariamente; em realidade, do ponto de vista histórico, esta se aproximou muito mais do garantismo penal, modelo que acaba por legitimar a punição penal.

8. Em relação à inimizabilidade etária, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (em particular, a jurisprudência da Corte IDH), se inclina a um modelo próprio de justiça juvenil, que tende a fomentar o desenvolvimento de uma dogmática própria para essa questão; em relação à inimizabilidade por sofrimento psíquico, o DIDH permite apenas a promoção de reformas pontuais no sistema de justiça criminal já existente e no discurso jurídico-penal.

4

Reorientações na teoria do delito para uma responsabilização de adolescentes e portadores de sofrimento psíquico em conformidade com direitos e garantias fundamentais

As imprecisões, incoerências e incômodos dogmáticos e criminológicos inerentes às construções dominantes da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico sugerem a existência de problemas congênitos e estruturais na formulação dominante da própria categoria da imputabilidade, razão pela qual, no presente capítulo, passa-se a um levantamento das principais propostas de sua readequação no plano dogmático.

A partir deste ponto, a abordagem passa a ser classificatória, uma vez que se buscam aportes não apenas brasileiros, mas também da doutrina estrangeira, de autores que trouxeram reflexões originais sobre o tema e que não apenas podem, como devem ser levados em consideração para que o exercício de reflexão e construção de soluções e alternativas para o próprio direito penal brasileiro possa ser o mais abrangente possível.

Diante da variedade muito ampla de novas ideias, e das especificidades em relação a inimputáveis etários e por sofrimento psíquico, deu-se continuidade ao recorte de tratamento entre as duas inimputabilidades. Em um primeiro momento, são mapeadas as propostas em sede de inimputabilidade por sofrimento psíquico; ao final, as propostas em relação à inimputabilidade etária.

4.1

Portadores de sofrimento psíquico

As reorientações dogmáticas em relação a esta categoria de inimputáveis são bastante amplas, variando consideravelmente tanto nas consequências sistemáticas para a teoria do delito como em relação aos seus fundamentos e objetivos político-criminais. De todo modo, elas foram agrupadas, primeiro, em vista do seu posicionamento topográfico e inserção temática, e, em seguida, conforme suas consequências ou fundamentos materiais.

Assim, analisam-se primeiramente as modificações que se situam no âmbito da culpabilidade e da aplicação da pena, dentro das quais se observa uma subdivisão entre propostas de refundação material e redefinição conceitual da imputabilidade, de um lado, e propostas mais pragmáticas com vistas mais imediatas à redução de danos, de outro. Essa última forma de classificação busca destacar o fato de que um aspecto comum a essas propostas é menos a busca de grandes reformulações teóricas sobre o delito e o sujeito, e mais o desenvolvimento de alternativas dogmáticas mais modestas, porém, pensadas e destinadas à viabilização de direitos e garantias a inimputáveis por sofrimento psíquico.

Na sequência, investigam-se as reformulações localizadas no âmbito da teoria da conduta, que variam desde propostas ontológico-naturalistas até propostas contemporâneas fundadas em leituras sobre teoria das normas, teoria do discurso e sobre o conceito de pessoa deliberativa.

Ao final, verificam-se as propostas que deslocam a imputabilidade do campo penal para o campo processual penal, para que, por último, seja possível uma síntese e análise crítica geral.

4.1.1

Modificações em matéria de culpabilidade e aplicação da pena

4.1.1.1

Propostas de refundação material e redefinição conceitual da imputabilidade

No rol dos autores que buscaram reformular a imputabilidade como um todo (mas mantendo-a no âmbito da culpabilidade e da aplicação da pena), destacam-se, na América Latina, Juan José Bustos Ramírez (atualizado por Hormazábal Malarée) e Jaime Couso Salas e, na Espanha, Lucía Martínez Garay. Embora a doutrina brasileira não adote as concepções traçadas pelos autores hispânicos, destacam-se, com abordagem similar, os trabalhos de Leandro Gornicki Nunes.

A imputabilidade em Bustos Ramírez⁷⁹⁹ é compreendida a partir de sua funcionalidade no seio de uma construção muito maior, que é a caracterização da culpabilidade enquanto um

⁷⁹⁹ As primeiras lições autênticas e originais do autor no tema da imputabilidade foram publicadas em 1982, num pequeno grande artigo intitulado “La imputabilidad en un estado de derecho”, em sua coletânea “Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal” (BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, p. 87-114). Optou-se por partir das obras mais atualizadas de seu pensamento, uma vez que em nada infirmaram as proposições inicialmente delineadas, ao contrário, esclareceram ou aprofundaram aquelas ideias primeiras.

juízo de responsabilidade (e não de reprovação). Essencial a essa construção é o seu afastamento em relação à dicotomia livre-arbítrio e determinismo.

Para Bustos Ramírez, a culpabilidade sempre foi considerada um juízo que surge por aspectos negativos da pessoa (em sua “maldade”), que, sendo livre e podendo escolher agir conforme o Direito, delibera pela prática do injusto. Contudo, como o livre-arbítrio não é passível de prova no processo penal, o problema de sua existência torna-se uma questão de fé⁸⁰⁰.

Já quanto ao sujeito que não é livre, e, portanto, determinado em suas ações, se lhe julga perigoso ou não. Contudo, o juízo de periculosidade, da mesma forma que o livre-arbítrio, também acaba se tornando uma questão de fé e, portanto, indemonstrável em um processo penal⁸⁰¹.

A partir desta diferença, para Bustos Ramírez, erigiu-se um Direito Penal em que, para os culpáveis são outorgadas todas as garantias e direitos enquanto para os perigosos se lhes nega em absoluto⁸⁰².

O objetivo passa a ser então superar o debate entre partidários do livre-arbítrio e deterministas, dado que ambas as tendências ignorariam a realidade do sujeito no mundo⁸⁰³. O livre-arbítrio se refere a um homem de qualidades absolutas, fora de tempo e lugar, irreal, metafísico; e o determinismo se refere a um homem atado a uma causalidade cega, indiscutível e inalterado, também irreal. Ambas as concepções escapariam ao âmbito científico, ambas as tendências seriam marcadamente individualistas e estigmatizadoras e, em verdade, renegariam o homem como tal⁸⁰⁴.

Propõe-se, assim, determinar o conteúdo da culpabilidade a partir do indivíduo em sociedade, podendo-se compreender o homem apenas enquanto vive em sociedade⁸⁰⁵. No injusto se trata do bem jurídico definido como uma síntese normativa de uma relação social determinada; na culpabilidade, por seu turno, se trata de considerar o homem concreto que se

⁸⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 67.

⁸⁰¹ Idem, ibidem.

⁸⁰² Idem, ibidem.

⁸⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, p. 328.

⁸⁰⁴ Ibid., p. 327-328.

⁸⁰⁵ Ibid., p. 330.

vincula dentro desta relação social concreta⁸⁰⁶. Nesse arranjo, a culpabilidade figura como “uma questão totalmente alheia ao delito”, uma vez que não constituiria uma exigência como a tipicidade ou a antijuridicidade, necessárias para estabelecer o fato punível, senão uma exigência em relação ao sujeito autor deste fato; logo, a culpabilidade dá lugar a toda uma teoria dedicada ao sujeito responsável⁸⁰⁷.

Colocada a questão nestes termos, a culpabilidade deixa de ser um juízo de reprovação, e passa a ser um *juízo de responsabilidade* que envolve assignar a responsabilidade do sujeito e a da sociedade, tanto pelo papel que lhe atribuiu, como pelos controles de todo tipo que lhe impôs⁸⁰⁸.

O que passa a interessar, portanto, é a *pessoa responsável frente ao sistema penal-criminal*, e sua responsabilidade depende das tarefas concretas que lhe exige o sistema⁸⁰⁹. Por isso, o que importa é o que pode exigir o sistema social, o Estado, de uma pessoa frente a uma situação concreta⁸¹⁰. Não se trata mais de buscar um fundamento à responsabilidade nas características do indivíduo que o fazem merecedor dela, senão o inverso, isto é, verificar *se o Estado está legitimado para exigir responsabilidade ao sujeito concreto pelo injusto praticado*⁸¹¹.

A partir destes pressupostos, a conceituação hegemônica da imputabilidade enquanto “capacidade de culpabilidade” não atende nem aos fundamentos materiais da teoria do sujeito responsável, nem aos seus objetivos político-criminais. Esta concepção seria demasiadamente normativa, porque enfatiza a norma, a ação (praticada por uma pessoa considerada individualmente a que se pressupõe livre arbítrio, e não como ser social), em detrimento do sujeito responsável⁸¹². Opera-se uma estigmatização, tanto das pessoas tidas como incapazes, a que se consideram inimputáveis ou irresponsáveis, como das pessoas imputáveis, porque

⁸⁰⁶ Ibid., p. 332. Deve-se ressaltar que os autores visualizam a culpabilidade como “uma questão totalmente alheia ao delito”, uma vez que não constituiria uma exigência como a tipicidade ou a antijuridicidade necessária para estabelecer o fato punível, senão uma exigência em relação com o sujeito mesmo autor deste fato; logo, a culpabilidade dá lugar a uma teoria sobre o sujeito responsável (Ibid., p. 312). Aparta-se, respeitosamente, desta configuração, uma vez que, mesmo em Welzel, a culpabilidade é um elemento integrante do delito: “todo feito penal é uma ação contrária à sociedade, pela qual o autor, como personalidade, é responsável. Responsabilidade pessoal (culpabilidade) por um feito contrário à sociedade (o injusto) são os dois componentes fundamentais do delito” (WELZEL, H. *Derecho Penal: parte general*, p. 57).

⁸⁰⁷ Ibid., p. 312

⁸⁰⁸ Idem, ibidem.

⁸⁰⁹ Ibid., p. 335.

⁸¹⁰ Idem, ibidem.

⁸¹¹ Ibid. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 67.

⁸¹² Ibid. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, p. 339.

idealmente livres e autodetermináveis, violando dessa maneira o princípio da igualdade⁸¹³. Consequentemente, esta dicotomia entre as pessoas terminar por possibilitar uma intervenção abusiva e discriminatória por parte do Estado⁸¹⁴: sobre inimputáveis por sofrimento psíquico, com as medidas de segurança; sobre inimputáveis etários, com medidas educativas, ambas ancoradas na velha periculosidade positivista.

Dessa forma, para que a imputabilidade se encaixe na teoria do sujeito responsável, deve-se partir do homem como ator social. Esta categoria encarna um problema social e, definitivamente, político, sobre o qual influíram novas orientações significativas, tanto da sociologia das subculturas como da antipsiquiatria⁸¹⁵.

Assim, a imputabilidade encerraria, na verdade, um choque entre sujeitos que se referenciam por mundos e regras distintas, que entram em conflito agudo com o sistema social hegemônico; nesse sentido, ela conceitua-se como um *juízo de incompatibilidade da consciência social de um sujeito manifestada em seu atuar com relação ao ordenamento jurídico*⁸¹⁶. Por outro lado, sua ausência, a inimputabilidade, se compreende como um “juízo de *compatibilidade* da consciência social do sujeito manifestada em seu atuar em relação ao ordenamento jurídico”, já que ocorrem interferências, por motivos de idade ou de sofrimento psíquico, que impedem que se considere a incongruência entre a consciência social do sujeito e o ordenamento⁸¹⁷.

Do ponto de vista sistemático, esta refundação e reformulação conceitual não implica em mudanças significativas nas causas de exclusão de culpabilidade. A imputabilidade passa a figurar na chamada “exigibilidade sistêmica”, onde as excludentes seguem essencialmente as mesmas (anomalia ou alteração psíquica, transtorno mental transitório, intoxicação plena, alteração da percepção e menoridade)⁸¹⁸.

Entretanto, nas medidas de segurança o impacto se mostra mais contundente. Isso porque a imputabilidade, quando afastada do determinismo, interdita o juízo de periculosidade, tudo por incompatível com o princípio da igualdade. Na visão de Bustos Ramírez, com a expressão “periculosidade criminal” só se pode se referir a “pessoas que requerem da parte do Estado

⁸¹³ Idem, *ibidem*.

⁸¹⁴ Ibid. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004, p. 128.

⁸¹⁵ Ibid. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, p. 340.

⁸¹⁶ Ibid., p. 341.

⁸¹⁷ Ibid., p. 342.

⁸¹⁸ Ibid., p. 351-358.

cooperação concreta para resolver seus conflitos sociais no futuro”⁸¹⁹. Assim, as consequências da inimputabilidade no tocante às medidas de segurança (que não chegam a ser descartadas do direito penal), não prescindem do respeito aos direitos e garantias fundamentais, como se depreende das palavras do autor:

O juízo de inimputabilidade não altera que a responsabilidade seja sempre pelo fato cometido e, portanto, a inimputabilidade apenas implica que o sujeito dentro das garantias de um Estado de direito responda conforme a regras que se adaptem a sua própria configuração do mundo, que certamente não de ser medidas de tipo psicossocial. Logo, se não de se aplicar as garantias do Estado de direito, devem ser aplicados os outros requisitos de responsabilidade para qualquer sujeito, que são em princípio alheios a uma abordagem estigmatizante como é o juízo de imputabilidade⁸²⁰.

Em sentido similar, deve-se agregar a contribuição de Jaime Couso Salas. Para este autor (que se inspira em Bustos Ramírez, mas também agrega as contribuições de Urs Kindhäuser e Klaus Günther⁸²¹), a culpabilidade se baseia, de um lado, nas premissas desenhadas pela teoria do sujeito responsável, segundo a qual o que interessa são as condições de exigibilidade do sistema social em relação ao agente; e, de outro lado, na qualidade e legitimidade dos procedimentos democráticos de elaboração e exigibilidade de obediência às normas penais. Nesta relação entre indivíduo e norma, e entre indivíduo e Estado é que se encontra o juízo de culpabilidade⁸²².

Para Couso Salas, a imputabilidade se estrutura pela motivabilidade normal do autor pela norma segundo a fase vital de desenvolvimento em que se encontra, suas características psíquicas e seu estado de consciência, três requisitos cumulativos⁸²³.

Esse autor, assim como Bustos Ramírez, é bastante sensível aos riscos do perigosismo positivista, de modo que ele percebe com clareza a relação que existe entre um aumento do âmbito da inimputabilidade e um consequente aumento da aplicação de um direito de medidas⁸²⁴. Dessa forma, para Couso Salas, o “ótimo garantista” seria uma aplicação consequente do princípio “não há pena sem culpabilidade” a respeito dos inimputáveis, e a desapareção da segunda via (direito de medidas), ao menos na forma e intensidade punitiva que

⁸¹⁹ Ibid. *Lecciones de derecho penal, volumen I: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*, p. 216.

⁸²⁰ Ibid. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, p. 359-360.

⁸²¹ Sobre estes autores, em profundidade, FERRAZ, H. G. *Culpabilidade e Estado Democrático de Direito*, p. 147-171.

⁸²² COUSO SALAS, J. *Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez*, p. 153-179.

⁸²³ Ibid. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología*, p. 445.

⁸²⁴ Ibid., p. 449.

este mantém. A implicação necessária deste raciocínio seria, em sua percepção, uma diminuição drástica de sentenças absolutórias por inimputabilidade, no caso de delitos graves; porém, igualmente não faria sentido observar o princípio da culpabilidade se, de qualquer maneira, se pretenda aplicar uma sanção equivalente no âmbito da segunda via⁸²⁵. Coerente com sua proposição, Jaime Couso também repudia veementemente a periculosidade positivista e os consequentes rótulos estigmatizantes que faz recair sobre inimputáveis⁸²⁶.

Lucía Martínez Garay, em investigação sobre a imputabilidade no direito penal, busca refundar materialmente a categoria e dar-lhe uma nova definição. O grande argumento da autora é exigência de respeito ao princípio fundamental da igualdade, que também informaria a culpabilidade penal, no sentido de obrigação a tratar desigualmente os desiguais⁸²⁷. A partir dessa premissa, a autora propõe as seguintes definições para a imputabilidade/inimputabilidade:

Imputabilidade é exigibilidade de conduta adequada a direito por não se encontrar alterada de maneira relevante a estrutura dos processos psíquicos – cognitivos e afetivos – da decisão de vontade que deu lugar à realização do delito. Em consequência, a inimputabilidade é a inexigibilidade de conduta adequada a direito, por alteração patológica suficientemente relevante, desde o ponto de vista do princípio da igualdade – em seu aspecto como diferenciação –, da estrutura dos processos psíquicos cognitivos e/ou afetivos da decisão de vontade que deu lugar à conduta delitiva⁸²⁸.

Os objetos principais da tese da autora são as situações de inimputabilidade ou de imputabilidade (culpabilidade) reduzida em função de alterações psíquicas (ex: embriaguez derivada de álcool ou uso de entorpecentes), que não apenas careceriam de fundamentação material mais consistente, como seriam mal resolvidas pela jurisprudência espanhola⁸²⁹. Dentre as consequências dogmáticas mais importantes de sua proposta, destaca-se (i) a consideração de hipóteses de erro ou medo condicionados ou patológicos como casos próprios de inimputabilidade (e não como casos de concurso de eximentes); (ii) uma compatibilização entre a teoria da “*actio libera in causa*” com o princípio da culpabilidade, uma vez que a punição daquele que voluntariamente provoca um estado de inimputabilidade se fundaria no fato de que o agente não se encontraria em condições de inferioridade a respeito dos demais para adequar sua conduta ao direito; e (iii) a admissão de que alterações estruturais dos processos psíquicos

⁸²⁵ Ibid., p. 449-450.

⁸²⁶ Ibid., p. 451-452.

⁸²⁷ MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, p. 374-375.

⁸²⁸ Ibid., p. 365.

⁸²⁹ Ibid., p. 451-452.

de cognição e afetividade provenham não apenas de transtornos mentais endógenos ou individuais, mas também de casos de socialização deficiente e de falta de comunicação com o entorno social que da mesma deriva, na medida em que impeçam o completo desenvolvimento das habilidades mentais da pessoa⁸³⁰.

Martínez Garay também estuda criticamente as medidas de segurança e os prognósticos de periculosidade. A autora também percebe a carência e insuficiência de segurança científica quanto a métodos que permitam averiguar com segurança a probabilidade de reiteração delitiva, e lança questionamentos à legitimidade tanto da periculosidade como das próprias medidas de segurança no direito penal⁸³¹.

No Brasil, em aproximação similar de refundação da culpabilidade e da imputabilidade, Leandro Nunes desenvolveu um novo fundamento ético-material para a primeira a partir da ética da alteridade de Emmanuel Levinas, com uma releitura antropológica realizada pela ética da libertação de Enrique Dussel⁸³². O autor parte de um diagnóstico de fracasso histórico das teorias tradicionais vinculadas à dogmática eurocentrista, pois seriam refratárias à realidade social e estrutural de países da periferia do capitalismo neoliberal. Uma vez que vinculadas a juízos de reprovação, reforçariam técnicas de gestão disciplinar da pobreza e contribuem para a ampliação da violência estrutural e institucional, negando a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade. Trata-se de uma proposta decolonial – e, por isso mesmo, marginal – para a culpabilidade⁸³³.

Em sua leitura, embora os elementos estruturais do conceito analítico de delito sigam os mesmos, no que diz respeito à culpabilidade, seu conteúdo muda. Esta passa a ser um “juízo de responsabilidade que fundamenta uma relação de alteridade: culpável será todo comportamento que venha a negar a vida do outro, incluindo a resposta oficial do Estado”⁸³⁴.

⁸³⁰ Ibid., p. 453.

⁸³¹ Id. *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*, p. 1-77.

⁸³² NUNES, L. G. *Teoria da culpabilidade e alteridade: um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal*.

⁸³³ Nas palavras de Nunes: “ou seja, ao invés da preservação do modelo social e econômico vigentes, da simetria hegemônica opressora, dependente da criminalização de sujeitos excluídos, um novo fundamento material da culpabilidade deve ser pensado a partir da exterioridade do outro, a partir daqueles que são a maioria e que estão igualmente em situação de exclusão” (Id. *Culpabilidade e alteridade: limites da criminalização em um direito penal humano*, p. 121-122).

⁸³⁴ Id. *Teoria da culpabilidade e alteridade: um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal*, p. 110.

Em relação à imputabilidade propriamente dita, em que pese sua conceituação seguir a mesma (capacidade de compreensão da ilicitude do fato e poder determinar-se de acordo com essa compreensão), seus pressupostos são revistos. Argumenta Nunes que somente indivíduos com *simetria comunicacional* (para além da consensualidade do círculo hegemônico) e *inserção social* (satisfação das necessidades reais) podem entender o caráter ilícito do fato e ter o poder de determinar-se de acordo com esse entendimento⁸³⁵.

Simetria comunicacional diz respeito à validade intersubjetiva da razão discursiva e, portanto, somente um sujeito com capacidade de cumprimento das regras do consenso intersubjetivo poderia ser responsabilizado por violações a bens jurídicos, uma vez que ele seria capaz de compreender o que faz. Já a *inserção social* (poder de não fazer o que faz) se vincula à desigualdade material, à verificação das condições concretas de vida entre pessoas em comunidade⁸³⁶.

Quanto às situações de inimputabilidade, o autor as mantém incólumes na mesma categoria, modificando sua forma de compreensão. A inimputabilidade por sofrimento psíquico, desenvolvida pelo autor nos termos tradicionais (referindo-se aos transtornos mentais como “anomalias psíquicas decorrentes de doença mental”, ou “oligofrenia” – desenvolvimento mental retardado com déficit cognitivo”), é relacionada ao desprovimento, por parte destes sujeitos, de simetria comunicacional, devido aos fatores biológicos e psíquicos que os acometem⁸³⁷.

Consequentemente, e de acordo com a proposta ética que defende para a culpabilidade, Nunes reconhece a alta vulnerabilidade desses sujeitos, rejeitando desde logo a aplicação de medidas de segurança e do juízo de periculosidade. É proposta a adoção de outra forma de tratamento ao sujeito doente mental ou oligofrênico, como o acolhimento familiar e/ou estatal em instituições abertas à exterioridade desse outro, como garantia de cidadania ao doente mental⁸³⁸, o que guarda afinidade com a bandeira antimanicomial (a despeito de o autor não modificar sua gramática em relação aos portadores de sofrimento psíquico).

Quanto à inimputabilidade etária, após criticar os movimentos de redução de maioria penal, que buscam maior punição em relação a adolescentes autores de atos infracionais, Nunes sustenta que os menores de dezoito anos careceriam tanto de simetria comunicacional como de

⁸³⁵ Ibid., p. 111.

⁸³⁶ Ibid., p. 111-112.

⁸³⁷ Ibid., p. 114.

⁸³⁸ Ibid., p. 115.

inserção social, lhes faltando a maturidade física e mental necessária para se protegerem e agirem em sociedade⁸³⁹.

Finalmente, quanto à embriaguez, o autor entende que ela priva o sujeito em sociedade da necessária simetria comunicacional (igualdade no agir comunicativo) para o estabelecimento de responsabilidade penal; além disso, afasta a teoria da “*actio libera in causa*” por sua artificialidade, consistindo em responsabilização objetiva⁸⁴⁰.

4.1.1.2

Propostas pragmáticas de redução de danos: uma “imputabilização” (diferenciada) do inimputável por sofrimento psíquico

É bem verdade que, de forma um tanto rudimentar, foram autores como Luiz Flávio Gomes e Eduardo Reale Ferrari que primeiro lançaram no Brasil as bases doutrinárias para a defesa da incidência dos princípios penais fundamentais em relação às medidas de segurança. Gomes foi pioneiro ao sugerir que a medida de segurança deveria seguir a proporcionalidade, e, por isso, devia obediência à proibição constitucional de penas perpétuas e tinha por limite máximo a pena do delito cominada em abstrato⁸⁴¹. Eduardo Reale Ferrari seguiu caminho parecido, sustentando a mesma limitação temporal, mas num trabalho de maior fôlego⁸⁴². Pode-se dizer que estes autores inauguraram as fundações para uma posição “imputabilizante” no âmbito das medidas de segurança no direito penal brasileiro.

Foi, porém, Amilton Bueno de Carvalho quem aprofundou e radicalizou a incidência de princípios penais de garantia em relação a inimputáveis por sofrimento psíquico. Em acórdãos proferidos em apelação na 5ª Câmara Criminal do TJRS, o então desembargador propôs uma aproximação entre penas e medidas de segurança, a partir da fixação, como limite temporal máximo, da quantidade de pena determinada após individualização, inclusive em relação a inimputáveis. Inicialmente, procede-se à dosimetria, como se imputável fosse, e, após, a substituição pela medida de segurança cujo prazo máximo seria o fixado⁸⁴³.

⁸³⁹ Ibid., p. 116-118.

⁸⁴⁰ Ibid., p. 122-125.

⁸⁴¹ GOMES, L. F. *Duração das medidas de segurança*, p. 19-20.

⁸⁴² FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

⁸⁴³ TJRS, Apleção-Crime nº 70005127295, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 06.11.2002; TJRS, Apelação Criminal nº 70019141866, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 09.05.2007; TJRS Agravado em Execução nº 70025703414, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton

Desde a perspectiva de uma “imputabilização garantista” (diferenciada), o mais importante trabalho acadêmico que defendeu esta proposta é da lavra de Virgílio de Mattos. Dedicando-se ao estudo crítico das medidas de segurança e do parâmetro de periculosidade no direito penal, revisitando a herança positivista proveniente da criminologia italiana dos séculos XIX e XX, bem como o surgimento do manicômio criminal (referenciando-se, sobretudo, na psiquiatria alternativa de Franco Basaglia), o autor, em relação às suas proposições dogmáticas, sugere duas premissas em relação às quais o direito penal deveria se erigir: (i) assegurar o direito à autonomia e à responsabilidade do imputado e (ii) compreender que o conceito de periculosidade não possui nenhum fundamento científico⁸⁴⁴.

Em relação ao primeiro passo, o autor entende ser inaceitável a afirmação de que um transtorno mental, mesmo grave, faça com que o imputado não possa responder pelos próprios atos, enquanto se avalia se há alguma correlação entre o transtorno mental e o fato definido como crime alegadamente cometido, de modo a determinar o modo mais adequado de imposição do limite penal. Em relação à periculosidade, ela seria fruto muito mais de um “preconceito oracular sobre o futuro comportamento problemático do cidadão problemático” do que propriamente uma situação concreta⁸⁴⁵.

A alternativa preconizada pelo autor passa a ser, portanto, que “todos os cidadãos devem ser considerados imputáveis, para fins de julgamento penal, com todas as garantias a ele atinentes”⁸⁴⁶, caso em que a imputabilidade encarnaria uma espécie de “direito ao processo” como reconstrução dos eventos que nele culminaram; direito ao contraditório e ampla defesa; e, em caso de condenação, imposição de pena com limites fixos, possibilitando-se a aplicação de todas as medidas e institutos penais cabíveis (por exemplo, detração, progressão de regime, livramento condicional, transação penal, sursis processual e extinção da punibilidade).⁸⁴⁷

Admite-se que o sofrimento psíquico seja considerado na forma de redução de pena: “quando muito, poderá o transtorno mental do imputado servir como atenuante genérica, se

Bueno de Carvalho, J. 09.10.2008; TJRS, Apelação-Crime nº 70044818409, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 21.10.2011.

⁸⁴⁴ MATTOS, V. *Crime e psiquiatria. Uma saída*: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, p. 167.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 167-168.

⁸⁴⁶ Mattos é tão radical nesta posição que sustentou a não recepção do art. 26 do CP pela Constituição, haja vista a proibição de penas perpétuas (*Idem*, p. 152).

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 168.

houver relação entre a patologia e o crime, devendo a pena imposta ser cumprida, se o caso assim o exigir e apenas em período de crise, em hospital penitenciário geral”⁸⁴⁸.

Na sequência, destaca-se Paulo Jacobina, que, ao estudar as contradições e incongruências das medidas de segurança, radical e simplesmente propôs a inconstitucionalidade delas no direito brasileiro, sem, no entanto, dedicar mais linhas a um sistema alternativo de responsabilização⁸⁴⁹. Contemporaneamente, o argumento foi retomado por Haroldo Caetano, que estende sua crítica também à periculosidade, reafirmando um direito penal de ato baseado na culpabilidade⁸⁵⁰. Estas concepções, ainda que não o afirmem expressamente, se baseiam em uma aproximação substancial entre imputáveis e inimputáveis, e entre penas e medidas, de modo a se sustentar a exigência de respeito a direitos e garantias fundamentais.

A seu turno, Paulo Queiroz, de forma autêntica e original, promoveu verdadeiros giros e releituras em seu manual, direcionando suas críticas tanto à inimputabilidade quanto à disciplina das medidas de segurança.

Para Queiroz, a imputabilidade não só é elemento (e não pressuposto) da culpabilidade, como o autor defende que, caso se verifiquem outras eximentes de culpabilidade, não se deve aplicar medida de segurança. Ou seja, a inimputabilidade por sofrimento psíquico não seria um óbice à verificação das demais causas de exclusão da culpabilidade⁸⁵¹. Segue sustentando ainda a obrigatoriedade de redução de pena para casos de semi-imputabilidade (já que seria um direito

⁸⁴⁸ Idem, ibidem.

⁸⁴⁹ Convém transcrever o trecho seguinte: “Então, ou a medida de segurança, como medida ou restritiva de liberdade individual, tem seu fundamento em outro mandamento constitucional, ou é simplesmente inconstitucional, pois nenhum mandamento constitucional autoriza a aplicação de restrição ou privação de liberdade sem sentença penal condenatória transitada em julgado – o que não existe, no caso da medida de segurança. Como foi discutido no capítulo anterior, o fundamento constitucional da medida de segurança, frente aos princípios de cidadania, da dignidade da pessoa humana, da subjetividade e pessoalidade da culpa e do Sistema Único de Saúde, é muito difícil – senão impossível – de vislumbrar”. (JACOBINA, P. V. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*, p. 126).

⁸⁵⁰ CAETANO, H. *Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários*.

⁸⁵¹ QUEIROZ, P. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, p. 379. Essa posição, principalmente quanto aos seus aspectos dogmáticos, encontra defensores também na Espanha. Asier Urruela Mora, ao investigar a imputabilidade no direito penal e discutir a aplicação de medida de segurança ao inimputável que agisse em inexibibilidade de conduta diversa, filia-se a Mir Puig, sustentando que, se ao inimputável não se pode exigir mais do que aos próprios imputáveis, sancionar os primeiros seria discriminatório e injustificável face à completa isenção de responsabilidade dos segundos. Urruela Mora observa que afirmar a necessidade de medida de segurança nesse caso seria, no fundo, sustentar um ideal terapêutico às medidas de segurança, concepção que não mais se sustenta, uma vez que as finalidades de medidas assistenciais poderiam se realizar de modo mais efetivo com instrumentos não penais, próprios de outras esferas do direito (URRUELA MORA, Asier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatria y genética*, p. 167-169). Vale ressaltar que, a despeito desta posição, o autor sustenta o léxico e os parâmetros próprios da lógica manicomial, insistindo na gramática das “doenças mentais” e na manutenção do parâmetro da periculosidade quanto à inimputáveis.

do réu)⁸⁵²; a consideração da medida de segurança como sanção penal, importando na necessidade de observância dos princípios penais de garantia, bem como no respeito ao princípio da igualdade, no sentido de se afastar a medida de segurança na hipótese de uma pena não ser aplicável⁸⁵³.

É interessante sublinhar que o autor busca incorporar contribuições da antipsiquiatria em sua interpretação da inimputabilidade por sofrimento psíquico. Fazendo referência expressa a Thomas Szasz, sustenta que inimputabilidade não se confundiria com alienação mental, e, assim, aquela admitiria gradações; além disso, aportando Nietzsche, defende que “não existem fenômenos psiquiátricos, mas apenas uma interpretação psiquiátrica dos fenômenos”; desta feita, inimputabilidade não seria, a rigor, um estado mental mas uma atribuição a esse título⁸⁵⁴.

Em relação às medidas de segurança, Queiroz foi pioneiro ao defender a aplicação da Lei Antimanicomial em sua disciplina. Propôs, dentre outras considerações, que (i) fosse afastado qualquer sentido de castigo em relação às medidas de segurança, em razão de sua finalidade de reinserção social; (ii) defendeu, com base na Lei Antimanicomial, a excepcionalidade da internação e o tratamento ambulatorial como regra; (iii) afirmou a revogação tanto dos prazos mínimos das medidas de segurança, como da fixação das espécies de medidas cabíveis em abstrato, a partir do tipo de delito e de pena, dada a incompatibilidade destas medidas com o princípio da utilidade terapêutica do internamento (art. 4º, §1º, Lei 10.216/01)⁸⁵⁵. Por fim, fez coro à solução propugnada por Amilton Bueno de Carvalho, e sustentou que o prazo máximo das medidas de segurança fosse aquele derivado da aplicação individualizada da pena caso a caso, substituindo-a pela medida de segurança cabível⁸⁵⁶.

Na linha de Bueno de Carvalho, Mattos e Queiroz, Salo de Carvalho e Mariana Weigert aprofundam e inovam a perspectiva por eles desenhada. Para os autores, a inimputabilidade figura como piso e não teto de direitos – justamente a condição especial dos portadores de sofrimento psíquico exige sua ampliação significativa⁸⁵⁷.

Em função da Lei Antimanicomial, entendem os autores terem sido revogados os dispositivos do CP que afirmam a ausência absoluta de responsabilidade penal do usuário do

⁸⁵² QUEIROZ, P. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, p. 380.

⁸⁵³ Ibid., p. 527-528.

⁸⁵⁴ Ibid., p. 529.

⁸⁵⁵ Ibid., p. 525-526.

⁸⁵⁶ Ibid., p. 530-532.

⁸⁵⁷ CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. *A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal*, p. 76.

sistema de saúde mental que praticou um delito⁸⁵⁸. Além disso, diante das mudanças de paradigma promovidas pela mesma lei, a noção de periculosidade teria sido substituída pela de prevenção⁸⁵⁹.

A consideração do portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos pela reforma psiquiátrica implica, dessa forma, que ele seja visto como sujeito responsável em um amplo sentido: responsável pelos seus atos passados, pelo seu processo terapêutico e pelos seus projetos futuros. O reconhecimento de sua capacidade de responsabilização busca evitar sua coisificação, considerando, por óbvio, a atribuição de efeitos jurídicos compatíveis com o grau ou nível que esta responsabilidade “sui generis” pode gerar a ele⁸⁶⁰.

Do ponto de vista processual, portanto, os autores defendem não que o portador de sofrimento psíquico autor de infração penal seja absolvido (em sentença de absolvição imprópria), mas sim, condenado por sentença, na qual o limite máximo de pena é aquele estipulado ao final do procedimento de dosimetria e aplicação da pena⁸⁶¹.

Indo além, Salo de Carvalho e Mariana Weigert sustentam a incidência de todos os substitutos processuais previstos na Lei 9.099/95 quando cabíveis (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo); e, ademais, todos os pressupostos do delito, inclusive a culpabilidade, devem ser analisados⁸⁶².

O procedimento de dosimetria da pena seria igual ao dos imputáveis, frisando que se deve verificar se há efetiva relação entre os elementos da culpabilidade e o crime praticado e em caso positivo analisar de que forma o sofrimento psíquico influenciou na consciencia e dirigibilidade da conduta⁸⁶³.

O tratamento jurídico-penal do portador de sofrimento psíquico seguiria, assim, diretrizes similares às da semi-imputabilidade, aplicando-se causa de diminuição de pena como prevê o art. 26, p.u, CP⁸⁶⁴.

Ao final, na verificação do regime de pena cabível e sua eventual substituição por medida de segurança (como preconizam Amilton Bueno de Carvalho e Paulo Queiroz), seria possível a determinação de cumprimento em regime ambulatorial sempre que aos imputáveis fosse

⁸⁵⁸ Ibid., p. 77.

⁸⁵⁹ Ibid., p. 77-78.

⁸⁶⁰ Ibid., p. 79.

⁸⁶¹ Ibid., p. 80.

⁸⁶² Ibid., p. 83.

⁸⁶³ Idem, ibidem.

⁸⁶⁴ Ibid., p. 84.

permitido usufruir do regime aberto ou substituir a PPL por PRD; inclusive, a própria PRD pode ter cunho terapêutico, o que tornaria desnecessária a conversão da pena em medida de segurança⁸⁶⁵. Ainda, a quantidade de sanção imposta atuaria como limite máximo de sanção e como regulador da extinção da punibilidade pela prescrição em concreto⁸⁶⁶.

Para Salo de Carvalho e Mariana Weigert, a Lei Antimanicomial acaba por possibilitar duas quebras de paradigma. Na primeira quebra, em *perspectiva garantista-minimalista*, a habilitação do tratamento do portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos, definindo estratégias penais e processuais penais de paridade de tratamento – tendo em vista uma verdadeira culpabilidade *sui generis* reconhecida ao portador de sofrimento psíquico -, além da otimização de formas não institucionais de execução das medidas de segurança; na segunda, em *perspectiva abolicionista*, a retirada integral do usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei do sistema penal, permitindo um novo espaço de análise e valoração da responsabilidade jurídica do inimputável, alheia à lógica punitiva e carcerocêntrica do sistema penal⁸⁶⁷.

Como um desdobramento da segunda ruptura cogitável a partir da Lei Antimanicomial, os autores sugerem um passo a mais: admitir a exclusiva responsabilização jurídica do portador de sofrimento psíquico no âmbito cível ou na esfera administrativa, não se excluindo a possibilidade de tratamento inclusive coercitivo (involuntário ou compulsório) na rede de saúde pública⁸⁶⁸. Nesse sentido, a forma com que a Lei 10.216/01 instrumentaliza a responsabilidade e a resposta jurídica ao ato lesivo praticado pelo portador de sofrimento psíquico tornaria desnecessária qualquer espécie de intervenção penal⁸⁶⁹.

Do ponto de vista criminológico, Mariana Weigert acrescenta que sobre o portador de sofrimento psíquico autor de infrações penais repousam dois estigmas: “louco” e “criminoso”. O segundo estigma interditaria o avanço das reformas psiquiátricas e antimanicomiais em relação às medidas de segurança. Nas palavras da autora:

⁸⁶⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁸⁶⁷ Ibid, p. 88. Tendo em vista a própria dispensabilidade das medidas de segurança segundo esta perspectiva, Salo de Carvalho esclarece que, caso se mantenha a intervenção penal aos ilícitos praticados por portadores de sofrimento psíquico, “a preservação do rótulo ‘medida de segurança’ só tem sentido se otimizar os direitos dos pacientes”; ou seja, segundo Carvalho, “a única vantagem da manutenção da categoria medida de segurança é o controle jurisdicional de sua execução” (CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*, p. 530).

⁸⁶⁸ CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. Op. cit., p. 88.

⁸⁶⁹ Ibid., p. 89.

não fosse o crime o grande estigma vinculado ao portador de sofrimento psíquico que comete delito não haveria qualquer diferença entre os loucos infratores e os não infratores. A todos, indistintamente, seria aplicada a Lei de Reforma Psiquiátrica, o que fica claro não ocorrer⁸⁷⁰.

Há de se acrescentar, na mesma esteira de uma responsabilização penal *sui generis* do portador de sofrimento psíquico uma posição que, dando sequência e reafirmando os argumentos até aqui apresentados, pretende aprofundar as conquistas da reforma psiquiátrica revisitando o debate do limite temporal máximo às medidas de segurança.

A partir do argumento de que tanto a posição do STF (analogia ao art. 75, CP), quanto a posição do STJ (súmula 527, limite máximo cominado em abstrato) afrontam a proporcionalidade, já que geram consequências piores para inimputáveis em determinadas situações, além do respeito ao *favor rei*, que impõe tratamento melhor ao réu, João Paulo Martinelli, Leonardo de Bem e Rodrigo Roig sustentam que o procedimento mais adequado seria realizar a dosimetria da pena também para o inimputável por sofrimento psíquico, mas considerando que o limite máximo temporal não deve ultrapassar a pena mínima cominada ao delito em abstrato⁸⁷¹. Segundo essa posição, o inimputável deve receber, no mínimo, tratamento similar a um imputável com melhores condições pessoais e subjetivas, de modo que a aplicação da pena poderia reduzi-la para abaixo do mínimo legal cominado, mas nunca acima.

Por sua vez, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, que subscrevem a posição até aqui traçada⁸⁷², propõem mudanças pontuais e apresentam críticas à forma com que a inimputabilidade por sofrimento psíquico foi construída pelo saber jurídico-penal.

Primeiro, importa destacar o conceito de imputabilidade delineado pelos autores: “imputabilidade é *ausência de* (grifo nosso) impedimento psíquico à compreensão da ilicitude ou à autodeterminação da conduta segundo tal compreensão”⁸⁷³. Sutilmente, a imputabilidade passa a ser definida de forma negativa, isto é, não a partir de algo que ela afirmaria existir (uma

⁸⁷⁰ WEIGERT, M. A. B. *Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros*, p. 200.

⁸⁷¹ DE BEM, L. S.; MARTINELLI, J. P. O. *A lei de reforma psiquiátrica - uma promessa ainda distante da realidade*, p. 16, abr./mai. 2016; Id., *Lições fundamentais de direito penal*, p. 1027; ROIG, R. D. E. *Execução Penal: teoria crítica*, p. 519.

⁸⁷² Os autores também criticam a posição do STJ consolidada na súmula 527, uma vez que a fixação do máximo de pena cominada em abstrato como “limite tácito” às medidas de segurança termina por habilitar poder punitivo de forma genérica pela máxima quantificação possível (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 67).

⁸⁷³ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, II, p. 251.

“capacidade” ou “aptidão”), mas a partir da inexistência de fatores que a obstaculizariam (a condição psíquica, etária, o impedimento biopsicológico).

Além disso, os autores têm o cuidado de tratar a problemática da imputabilidade sendo conscientes de que esta categoria sofre pressões consideráveis tanto de agências do sistema penal como por agências do sistema de saúde. Por essa razão, defendem que é tarefa do direito penal conter o poder punitivo que delas emana, o que significa que a dogmática deve levar em conta o dado ôntico da patologia, das alterações não patológicas da compreensão e do auto-controle, tendo o cuidado de filtrar elementos punitivos presentes de forma explícita ou implícita nos discursos das ciências psi e comportamentais⁸⁷⁴.

De toda forma, os autores reafirmam as premissas até agora trabalhadas, bem como o impacto da Lei Antimanicomial na disciplina das medidas de segurança. Além da redução obrigatória de pena no caso de culpabilidade diminuída (semi-imputabilidade)⁸⁷⁵, defende-se a derrogação tácita dos dispositivos penais incompatíveis com a nova legislação, como o art. 97 do CP.

De *lege ferenda*, concordam Nilo Batista e Raúl Zaffaroni que o ideal seria a remessa de todos os conflitos, criminalizados ou não, que envolvessem portadores de transtorno mental ao juiz de família, valendo-se de instrumentos jurídicos não punitivos (como os institutos da interdição, curatela, assistência, tratamento, reparação do dano *ex delicto*, etc). Em importante afirmação que sintetiza a ambiguidade inerente à inimputabilidade por sofrimento psíquico, lecionam os autores:

Se o inimputável não compreende que a conduta por ele empreendida é ilícita, por que o sistema penal a ressignifica precisamente pela ilicitude, distinguindo-a assim arbitrariamente das demais manifestações interativas, porém não típicas, dele?⁸⁷⁶

Por último, deve-se mencionar o anteprojeto alternativo de Nova Parte Geral do Código Penal, elaborado por Luís Greco, Frederico Horta, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt⁸⁷⁷. Embora assuma as vestes legislativas de um possível projeto de lei, no fundo, essa é uma obra de valor doutrinário e dogmático, cujas contribuições no direito penal não são desimportantes para o debate aqui delineado.

⁸⁷⁴ Ibid., p. 250.

⁸⁷⁵ Ibid., p. 265.

⁸⁷⁶ Ibid., p. 267.

⁸⁷⁷ GRECO, L.; HORTA, F.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; QUANDT, G. *Reforma da Parte Geral do Código Penal: Uma proposta alternativa para debate* (2017).

O anteprojeto começa dando nova redação ao artigo 26 do CP⁸⁷⁸, substituindo a antiga terminologia “doença mental”/”desenvolvimento mental incompleto ou retardado” por transtorno ou alteração mental. O parágrafo único se transforma num primeiro parágrafo, mantendo a disciplina da semi-imputabilidade⁸⁷⁹. No mesmo artigo, manteve-se a adoção da teoria da “actio libera in causa” para casos de inimputabilidade provocada pelo agente, mas com contornos mais definidos⁸⁸⁰.

Em relação às medidas de segurança, o anteprojeto procura incorporar e adequar a disciplina penal ao regime da Lei Antimanicomial, sendo consciente da reforma psiquiátrica, ao menos em sua exposição de motivos. Dentre as mudanças mais significativas e consentâneas com a reforma, altera-se a gramática referente ao sujeito, ao se empregar a terminologia “pessoa portadora de transtorno mental”; o art. 97, por inteiro, ganhou nova redação, rompendo com o sistema de prazos mínimos e com o recorte abstrato entre as medidas de segurança, mas, de forma limitadora, impondo que a internação seja empregada quando necessária, e desde que a lei comine pena privativa de liberdade para o fato previsto como crime (art. 97, caput e §1º); e no parágrafo 5º, adotou-se a solução preconizada por Amilton Bueno de Carvalho, estipulando que “o juiz ou tribunal fixará o tempo máximo de duração da medida de segurança, não superior à pena que seria aplicada ao agente, se imputável fosse”.

O anteprojeto é, em geral, mais simpático à Lei Antimanicomial, como se constata pela maior flexibilidade em relação à possibilidade de desinternação e em relação aos prazos para realização de perícia, que podem se dar a qualquer tempo, desde que a necessidade terapêutica assim indique (§§2º e 4º). Porém, na contramão da reforma psiquiátrica, ele manteve o paradigma da periculosidade no âmbito das medidas de segurança, de forma irrefletida. A desinternação ou liberação de tratamento ambulatorial ainda é condicionada pela cessação de periculosidade (art. 97, §1º-A); e a desinternação ou liberação condicional também possui prazo em abstrato (1 ano), tempo em que a medida de segurança pode ser restabelecida se o agente “praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade” (§3º), mantendo-se a mesma

⁸⁷⁸ Art. 26 – É isento de pena o agente que, por transtorno ou alteração mental, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁸⁷⁹ §1º – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de transtorno ou alteração mental, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁸⁸⁰ Incapacidade provocada

§ 2º – O disposto no caput e no § 1º não se aplica se o agente deu causa à situação ali descrita querendo nela praticar um fato ilícito ou assumindo o risco de fazê-lo.

§ 3º – Se o agente provocou sua alteração mental sendo-lhe previsível a prática do fato ilícito, não se aplica o § 1º, e o disposto no caput não impede a punição por crime culposos.

fórmula aberta e em tensão com a legalidade, já que, como Batista e Zaffaroni comentam em relação às disposições atuais, esse “fato indicativo” só poderia ser um fato típico⁸⁸¹.

Diante da miríade de argumentos e posições analisadas, para esta perspectiva comum de uma “imputabilização diferenciada” do inimputável por sofrimento psíquico, é pertinente a colocação de Winfried Hassemer, que sintetiza os fundamentos e objetivos político-criminais desta vertente:

A maior tarefa político-criminal e jurídico-constitucional face ao desenvolvimento da execução da pena e da execução da medida hoje não consiste mais na reativação da oposição entre culpabilidade e periculosidade, mas no desenvolvimento de instrumentos que façam com que o delinquente se depare com uma consequência jurídico-penal, que seja a resposta mais precisa possível para o seu ato e a sua personalidade, e que, por outro lado, garanta que o delinquente – tanto em relação à medida como também à pena – será protegido contra intervenções desproporcionais aos seus direitos. Diante desta tarefa a diferença entre penas e medidas é secundária⁸⁸².

4.1.2

Reformulações em sede de teoria da conduta

Neste tópico, enquadram-se proposições que deslocam a imputabilidade para o *locus* da conduta (ou ação). De início, vale deixar claro que apesar destas alternativas não necessariamente terem sido desenhadas em razão da luta antimanicomial (ou sequer considerando suas propostas para a saúde mental), seu levantamento é importante para, de um lado, se perceber como este resultado dogmático foi justificado pelos mais distintos referenciais teóricos, e, de outro, precisamente através deste esforço descritivo e comparativo, para que as reflexões dogmáticas sobre a categoria sejam mais informadas e fundamentadas.

4.1.2.1

Proposta ontológico-naturalista: uma revisão do finalismo em Miguel Reale Júnior

Miguel Reale Júnior que, como visto, é um dos precursores do finalismo no Brasil, segue em sua doutrina as linhas gerais das lições de Welzel, mas imprime modificações substanciais no que diz respeito à teoria da conduta.

⁸⁸¹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II*, II, p. 67.

⁸⁸² HASSEMER, W. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 319.

Partindo da premissa finalista básica de que a ação constitui estrutura lógico-objetiva a que o direito deve respeitar, estabelece que toda ação humana é final. Isso implica em que o dolo se inclui na ação e, conseqüentemente, no tipo penal⁸⁸³.

Para Welzel, esse dolo seria “natural”, ou seja, destituído de conteúdo valorativo, sendo apenas um “querer objetivo”. Por isso, segundo esta concepção, o inimputável agiria com dolo, praticaria uma ação voluntária, a despeito de não reprovável, e poderia ser sujeito a uma medida de segurança⁸⁸⁴.

É deste arranjo que discorda Reale Júnior, para quem a ação humana é provida de sentido, como expressão da finalidade que se materializa na escolha conscientemente realizada e do emprego dos meios consonantes com os fins propostos pelo agir. Por isso, todo comportamento seria teleológico e axiológico, e, assim, a intencionalidade integraria a ação⁸⁸⁵.

Conseqüentemente, “agir” só seria próprio de pessoas imputáveis. Segundo afirma Reale Júnior, inimputáveis em virtude de doença mental não agiriam, na medida em que, em razão de sua condição psíquica, não possuiriam a capacidade de avaliar o sentido e o significado do fato que pratica. “Os homens normais, destituídos de doença mental, agem, escolhendo meios para a consecução de fins com conhecimento do significado valorativo da conduta que concretizam; o inimputável não age, pratica fato previsto como crime”⁸⁸⁶.

Do ponto de vista sistemático, portanto, à luz da teoria da ação, a imputabilidade passa a ser considerada como um pressuposto da ação⁸⁸⁷, dado distintivo da pessoa humana⁸⁸⁸. A conduta do inimputável geraria uma “incompreensibilidade do fato como ato do agente”, sendo impossíveis as conexões reais e objetivas de sentido que ligam o fato à pessoa⁸⁸⁹. Acrescenta-se ainda (embora de forma paradoxal), considerações de cunho normativo, pois Reale Júnior sustenta que, do ponto de vista da norma penal, esta pressuporia um processo de comunicação entre emissor e receptor, e este, enquanto destinatário, dependeria de uma capacidade de motivação; uma dessintonia nesta formulação, em razão de grave transtorno mental do receptor, importaria a necessidade de medidas curativas⁸⁹⁰.

⁸⁸³ JÚNIOR, M. R. *Instituições de direito penal*, p. 127-128.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 129.

⁸⁸⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁸⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 130.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 206.

⁸⁸⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 207.

4.1.2.2

Propostas normativistas: releituras a partir da teoria das normas, da teoria do discurso e do conceito de pessoa deliberativa

Neste tópico, agrupam-se propostas que deslocam a imputabilidade para a conduta, mas que assim o fazem a partir de outras premissas e referenciais teóricos.

Uma leitura comum a esta vertente é uma certa percepção política e sociológica do direito e da sociedade que parte, grosso modo, ou das estruturas e pressupostos das próprias normas jurídicas, ou das relações que se estabelecem entre normas e cidadãos em um Estado Democrático de Direito (desde um ponto de vista ideal). Em ambos os pontos de partida, a visualização do sujeito como pessoa se relaciona ao seu reconhecimento e responsabilização pelas normas jurídicas, em especial as penais (que a ele se referem), o que demanda dele certa aptidão individual para ser delas destinatária.

Desde um ponto de vista mais vinculado à teoria das normas, encontra-se na doutrina alemã a contribuição de Joachim Renzikowski, o qual, a partir da ideia de que o destinatário das normas deve poder, de algum modo, ser influenciado pela ordem contida na norma, sustenta que aqueles que não podem conhecê-la, ou que, apesar do seu conhecimento, não estejam em condições de se motivar de acordo com ela, são inimputáveis⁸⁹¹, o que significa que a imputabilidade deixa de ser um problema de culpabilidade para ser um pressuposto da conduta.

No Brasil, a contribuição pioneira de Alexis Augusto Couto de Brito, inspirada nas lições de Urs Kindhäuser sobre culpabilidade, sugeriu o mesmo deslocamento.

Em um estudo que pretende questionar criticamente a normatividade da culpabilidade e promover uma abordagem de sua justificação a partir do agir comunicativo, uma provocação inicial do autor à imputabilidade se refere à sua inserção sistemática enquanto elemento da culpabilidade. Para Couto de Brito, seria problemática a justificação da imputabilidade enquanto um critério normativo e mantê-la na culpabilidade quando, no próprio tipo penal, já se encontrariam elementos normativos que exigiriam o discernimento do autor já na valoração do agir⁸⁹².

⁸⁹¹ RENZIKOWSKI, J. *Direito penal e a teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*, p. 49.

⁸⁹² BRITO, A. A C. *Culpabilidade*. *Evolução e Análise Crítica Atual*, p. 230-231.

O autor parte da premissa de que o direito, em uma democracia, é um produto da autonomia comunicativa dos cidadãos, e a infração, a lesão da autonomia dos demais concidadãos⁸⁹³. Se isto é assim, desde uma perspectiva normativa, a imputabilidade poderia ser retirada do conceito de culpabilidade. Nas palavras do autor:

A imputabilidade apresenta-se muito mais como *pressuposto da conduta* (grifo do autor), assim entendida a manifestação da autodeterminação em um discurso comunicativo. Talvez pudéssemos despertar o debate nesse sentido, considerando-a como a capacidade de atuar comunicativamente, entendendo-se e fazendo-se entender e com consciência e influência de seu mundo da vida⁸⁹⁴.

Dessa forma, a imputabilidade representaria muito mais a possibilidade de integrar o agir comunicativo, precedente, portanto, do próprio agir⁸⁹⁵.

Destacam-se, ainda, as mais recentes contribuições de Juarez Tavares. Em um recorte simples, pode-se dividir seu pensamento em dois períodos: uma fase mais marcadamente finalista, que se inicia a partir dos anos 70⁸⁹⁶ e avança até a terceira edição da obra “teoria do crime culposo”, em 2009; e uma fase marcadamente pós-finalista, que vai desta obra aos dias atuais. Importa ressaltar, porém, que resenhar o pensamento jurídico-penal de Tavares não é tarefa simples, considerando que suas reflexões, além de bastante autênticas, se atualizaram (e ainda se atualizam) no tempo, não sendo possível seu enquadramento simplório em modelos estáticos e ideais de teoria do delito.

Em sua fase finalista, Tavares trabalhava a imputabilidade no marco proposto por aquele sistema teórico do delito, sem considerações mais profundas (que tampouco o finalismo se colocava), chegando a considerar, por exemplo, como pacífica a admissão da vontade por parte do inimputável⁸⁹⁷.

Em “Teorias do Delito” (1980), Tavares reiterou sua inserção teórica enquanto finalista, mas já trazia considerações bastante singulares para o momento em que escrevia. Em análise e observação crítica à concepção de “responsabilidade pelo fato” de Maurach, Tavares chegou a elogiar o benefício que aquela construção trazia para os inimputáveis, uma vez que naquele estrato analítico, baseado no princípio da exigibilidade de outra conduta, o autor alemão propôs

⁸⁹³ Ibid., p. 242.

⁸⁹⁴ Ibid., p. 251.

⁸⁹⁵ Ibid., p. 259.

⁸⁹⁶ Representativas deste momento foram suas famosas traduções das obras de Johannes Wessels, em 1976 (WESSELS, J. *Direito penal: parte geral; aspectos fundamentais*), e de Francisco Muñoz Conde, em 1988, em parceria com Luiz Régis Prado (MUÑOZ CONDE, F. *Teoria Geral do Delito*).

⁸⁹⁷ TAVARES, J. *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*, p. 31.

a análise prévia do estado de necessidade exculpante, da coação irresistível, da atuação em cumprimento a ordem de superior hierárquico, do excesso escusável de legítima defesa e de casos de colisão exculpante de deveres, restando à culpabilidade propriamente dita a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude⁸⁹⁸.

Em obras de transição e abandono paulatino dos marcos e pressupostos do finalismo, destaca-se “As controvérsias em torno dos crimes omissivos”, de 1996 e seu pequeno grande artigo intitulado “Culpabilidade: a incongruência dos métodos”, publicado em 1998 pela Revista Brasileira de Ciências Criminais. O trabalho era uma resposta e um comentário crítico a outro trabalho publicado no mesmo periódico, “A culpabilidade no direito penal atual e no futuro”, de Klaus Günther.

No seu primeiro estudo de fôlego sobre os crimes omissivos (o segundo é o “Teoria dos Crimes Omissivos”, de 2012), Tavares, ainda apegado ao finalismo, nem por isso deixou de fazer coro às críticas desferidas contra a concepção final de ação, insuficiente (“claudicante”, nas palavras do autor) quanto ao tratamento da omissão, uma vez que incorreu no mesmo erro da teoria causal, que a considerava um dado do ser (categoria ôntica), quando, em verdade, ela seria um dado de valor (categoria axiológica)⁸⁹⁹.

Em relação à busca de um fundamento material para a categoria conceitual da culpabilidade, Günther, mediante o recurso ao reconhecimento da capacidade da pessoa deliberativa de atuar como cidadão e como pessoa capaz de direito, fazia depender a validade da norma do processo democrático de sua produção, e, assim, desmistificaria o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo por meio de uma visão política. Esse empreendimento teórico, na leitura de Juarez Tavares, consistia em uma construção que valia para uma sociedade democrática quanto aos processos de elaboração legislativa e, ao mesmo tempo, alicerçada em sólidas bases de igualdade econômica, social, cultural, étnica e religiosa⁹⁰⁰. Entretanto, qualquer que fosse a interpretação que se desse a essa abordagem política da culpabilidade, seria indispensável que se pudesse pensá-la não apenas dentro de um processo de participação democrática, mas dentro das diversidades materiais do contexto social no qual se desenvolvem essas pretensões de validade; do contrário, o discurso seria meramente

⁸⁹⁸ TAVARES, J. *Teorias do delito*, p. 84-85.

⁸⁹⁹ Ibid. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, p. 29-30.

⁹⁰⁰ Ibid. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, p. 155.

formal, formulado para uma sociedade democraticamente ideal, quando a realidade demonstra exatamente o contrário⁹⁰¹.

Ainda com Tavares, a grande questão não seria a identidade da pessoa, mas a consideração do contexto social no qual se realiza o fato injusto e se insere a pessoa do autor. A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação/elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos⁹⁰².

Isso posto, o autor trouxe como sugestão duas ordens de proposições à culpabilidade:

(i) o processo de imputação como culpabilidade deve ser delimitado também pela demonstração de que a pessoa imputada, tendo em vista sua capacidade e o papel social que desempenha na situação concreta, possa preencher efetivamente os elementos positivos do processo de imputação, de cuja formulação normativa pudesse concretamente participar, apesar de seu desajuste; (ii) a imputação como culpabilidade se torna desnecessária na medida em que os conflitos tenham sido solucionados por outro modo, com a participação da comunidade⁹⁰³.

Como José Danilo Tavares Lobato observa ao comentar o percurso teórico de Tavares em relação à teoria da ação, em “Teoria do Injusto Penal” (2000), a conduta, enquanto categoria autônoma, se diluiu na categoria mais ampla de injusto, a partir da qual o autor buscou reconstruir a história da teoria do delito⁹⁰⁴. Nesse sentido, compreende-se por que se observa como a culpabilidade e a imputabilidade (que não faziam parte de suas reflexões para os fins almejados pela obra) foram consideravelmente deixados de lado. Em comentário sobre a legitimidade de uma norma hipotética que reduzisse a idade de responsabilização penal, Tavares afirmou que a imputabilidade “diz respeito às condições acerca da capacidade de entender e querer a partir de uma estrutura pessoal de higidez mental e maturidade, cujos parâmetros são definidos normativamente”⁹⁰⁵.

Se na culpabilidade e no injusto, Tavares já se despedia largamente do finalismo, esse processo se consolida a partir da terceira edição de outra de suas grandes obras, “teoria do crime culposo” (2009), que começara anteriormente como “direito penal da negligência” (1985). E é

⁹⁰¹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰² Ibid., p. 156.

⁹⁰³ Idem, *ibidem*.

⁹⁰⁴ LOBATO, J. D. T. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*, p. 64.

⁹⁰⁵ TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*, p. 163-164.

a partir da retomada e revisão do conceito de ação na teoria do delito que a transição de seu pensamento se firmou em definitivo.

Para entender o giro que o autor começava a promover no conceito de ação (cujos desdobramentos seriam aproveitados ao máximo nas suas obras contemporâneas), é preciso compreender seus pontos de partida e pontos de chegada, percebendo como seu discurso dogmático é construído e a partir de que premissas e finalidades.

O grande objetivo de Juarez Tavares com a teoria do delito em geral e com o conceito de ação em particular é que ele possa servir como um filtro de legitimidade a toda e qualquer criminalização. Esse sistema de filtro precisa operar considerando dois aspectos, direcionando-se a responder duas perguntas a respeito da criminalização: (i) como se criminaliza, relativo à legitimidade da norma (aspecto jurídico-normativo) e (ii) quem é criminalizado, relativo à idoneidade (ou aptidão) do destinatário da norma (aspecto ontológico).

Para isso, a aplicação de poder punitivo pelas agências do sistema penal (“fato”, ou “ser”) precisa ser apreendida a partir de uma moldura teórica (“dever ser”) que, erigida a partir da proteção à pessoa humana, posta como centro do ordenamento jurídico, possa servir tanto (i) como um critério corretivo de criminalizações secundárias em cada caso concreto, quanto (ii) um programa político-criminal mais amplo, cujo horizonte seja uma programação criminalizante em conformidade com o Estado Democrático de Direito. Portanto, uma teoria crítica do direito e, mais especialmente, crítica do direito penal.

Diante disso, o referencial teórico adequado para esses propósitos só pode ser uma teoria crítica da sociedade e do direito na qual a pessoa humana figure como seu núcleo fundante.

Juarez Tavares buscou, então, principalmente na filosofia da linguagem de Habermas (mas não apenas neste autor, e não somente na filosofia da linguagem), o substrato teórico e os parâmetros de racionalidade adequados para a construção de um sistema dogmático do delito adequado para os propósitos (i) e (ii).

No que diz respeito ao conceito de ação, Tavares repudiou todas as construções da ação até então desenvolvidas. Não convém retomar seus argumentos um por um, porém, o mais contundente é que, no fundo, nenhuma atenderia de forma suficiente ao seu objetivo maior de uma teoria crítica do direito penal centrada na proteção à pessoa humana, concreta, considerada em seu contexto social.

Assim, retomando a autonomia da categoria da ação na teoria do delito, Tavares propôs o que vai se chamar de conceito “dogmático” de ação (ou “performativo”, ou “garantista”): “ação é toda conduta conscientemente orientada em função de objetos de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito”⁹⁰⁶.

Como anota Renato Gomes de Araújo Rocha, trata-se de uma concepção nem totalmente extrapenal, nem plenamente normativista. É um conceito que busca cumprir tanto a função de possibilitar a avaliação negativa da legitimidade das normas quanto possuir um vínculo com um sistema normativo de garantias e, assim, agrega traços empíricos e normativos⁹⁰⁷. Na leitura de Tiago Joffily, o conceito é crítico-dialético: “crítico” porque parte da ideia de que a ação não pode ser encarada como substrato que legitima a incriminação, mas sim, ao contrário, como critério de limitação do poder punitivo estatal, tal como todos os demais elementos do delito; “dialético”, porque não trata a ação como um dado puramente ôntico (logo pretípico) nem um dado puramente normativo (logo exclusivamente típico), mas sim uma conjugação de ambos, que se implicam mutuamente⁹⁰⁸.

Como Artur Gueiros sintetiza, o conceito proposto por Tavares se assenta em três eixos principais: (i) a ação enquanto atividade organizada (sociabilidade); (ii) a ação como um processo comunicativo (marcado pela comunicabilidade e pela performatividade) e (iii) a ação como conduta volitiva (característica que decorre das duas anteriores, como um ato de vontade)⁹⁰⁹.

Prosseguindo em sua fase pós-finalista, destacam-se trabalhos mais pontuais que deram continuidade aos seus desenvolvimentos sobre culpabilidade. Em “culpabilidade e individualização da pena” (2011), publicado na coletânea “Cem anos de reprovação”, que compilava trabalhos apresentados em seminário de mesmo nome realizado na EMERJ, Juarez Tavares revisitou as proposições materiais sobre culpabilidade esboçadas nos anos anteriores e aprofundou seus aspectos em matéria de aplicação da pena. Para o autor, neste momento, a imputabilidade ainda se situava na culpabilidade, e sua conceituação seguia a mesma⁹¹⁰.

No mesmo ano de 2011, em singelo, mas importante artigo no Boletim do IBCCRIM, discorrendo sobre a responsabilidade e a responsabilização no direito penal, referindo-se, no

⁹⁰⁶ TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*, p. 231-232.

⁹⁰⁷ ROCHA, R. G. A. *Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses*, p. 227.

⁹⁰⁸ JOFFILY, T. *O resultado como fundamento do injusto penal*, p. 153.

⁹⁰⁹ SOUZA, A. B. G. *A teoria da ação na doutrina de Juarez Tavares: a construção de um direito penal de garantia*, p. 294-295.

⁹¹⁰ TAVARES, J. *Culpabilidade e individualização da pena*, p. 136.

caso, à culpabilidade, Tavares examinou ainda mais as consequências dogmáticas provenientes da filosofia da linguagem, em citações que merecem transcrição:

No fundo, a responsabilidade não é fruto de uma atribuição moral, de qualificação do indesejável, mas a consequência da própria assunção pelo sujeito dos limites impostos em torno de sua atividade, daí não haver responsabilidade quando a pessoa imputada não tenha podido participar consensualmente do processo de sua geração por meio da norma.

Poderíamos concluir dizendo que a atribuição de responsabilidade não pode se esgotar em ato puramente argumentativo do julgador nem se fundar exclusivamente na capacidade pessoal do sujeito atuar de outro modo, mas sim, principalmente na avaliação do contexto em que ele se encontra, de seus compromissos diante da lesão ou do perigo ao bem jurídico, sob o ângulo de um Estado que lhe assegure um mínimo de subsistência e que o acolha em um processo de comunicação, de modo a permitir-lhe participar também, em igualdade de condições, da elaboração das normas que imponham limites a sua própria conduta⁹¹¹.

A partir de 2012 até os dias atuais, as baterias das críticas jurídico-penais de Tavares começam a se apontar de forma contundente a uma simples, mas poderosa qualificação tanto atribuída ao direito penal como ao sistema penal de forma um tanto irrefletida: sua pretensa “racionalidade”. Tavares passou a se questionar a respeito do que seria “racionalidade”, no tocante à questão criminal: quais seus termos, premissas e pressupostos, se seria o direito penal “racional” e, ao mesmo tempo, se haveria uma “racionalidade” possível ao direito penal.

Insistindo na filosofia da linguagem e na ideia da racionalidade a partir do processo de comunicação, Tavares sustenta que ela se centralizaria no reconhecimento da autonomia do agir em face do entendimento mútuo com os outros⁹¹².

Ao invés de propor uma racionalidade para o direito penal (que seria impossível diante da irracionalidade da pena e do fenômeno punitivo), Tavares sugeriu a anunciação dos limites críticos de sua suposta racionalidade, isto é, reconhecer e formular elementos que fossem capazes de evitar que as normas criminalizadoras servissem de instrumento mais arbitrário do poder. É o que Tavares chamou de “golpe de liberdade” em face das tendências de irracionalidade, o qual propôs fosse dado a partir da reformulação dos elementos do direito penal em pelo menos três planos: (i) reelaboração do conceito de conduta; (ii) reformulação do conceito de injusto; (iii) alteração dos fundamentos da culpabilidade e de sua relação com a pena⁹¹³.

⁹¹¹ Id., *O princípio da responsabilidade*, p. 2.

⁹¹² Id., *A racionalidade, o direito penal e o poder de punir*: os limites da intervenção penal no estado democrático, p. 869.

⁹¹³ Ibid., p. 882.

Naquele momento, Tavares ainda não havia trabalhado em maior profundidade a inimputabilidade por sofrimento psíquico e, assim, procedeu ainda timidamente, remetendo para a conduta, por exemplo, casos de povos originários culturalmente distintos, (casos que integram os chamados “delitos culturalmente motivados”) nos quais sustentou que não haveria ação penalmente relevante por carência de performatividade, já que o contexto que orientaria a conduta do sujeito seria tão diverso, e nele a pessoa estaria tão imersa, que sua conduta não poderia ser considerada pelo direito penal⁹¹⁴.

Em uma pequena obra geral de 2015, Juarez Tavares continuou seus desenvolvimentos dogmáticos na conduta e na culpabilidade. Em relação à conduta, o conceito de 2009 foi mantido, bem como seu peculiar caso de exclusão por ausência de performatividade (“quando o sujeito não puder tematizar seus objetos no contexto”), no qual os casos delitos culturalmente motivados se inseririam⁹¹⁵.

Em relação à culpabilidade dos delitos comissivos dolosos, Tavares lançou uma importante provocação teórica ao reconceituar a imputabilidade, que seria “um juízo político sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente frente às normas criminalizadoras”⁹¹⁶. Seguindo ainda as mesmas nomenclaturas tradicionais adotadas pela legislação (“doença mental”/“desenvolvimento mental incompleto ou retardado”), Tavares resgatou Maurach (como inspiração teórica) e propôs que a inimputabilidade só deveria ser declarada quando o agente não pudesse ter sua culpabilidade excluída pela ausência da consciência da antijuridicidade e pela inexigibilidade de conduta conforme ao direito, de maneira a beneficiar todos aqueles reputados como inimputáveis⁹¹⁷.

2017 foi um ano crucial para o pensamento penal de Tavares. Neste ano destacam-se três contribuições do autor que já anunciavam os novos rumos de sua teoria do delito para os anos posteriores. Primeiro, um artigo na Revista Portuguesa de Ciência Criminal, publicado na edição de janeiro/abril daquele ano, intitulado “A questão da racionalidade e a teoria do delito no estado democrático”, no qual o autor revisitou seus escritos de 2012 e os aprofundou consideravelmente, desta vez, reposicionando explicitamente a categoria da imputabilidade para dentro da conduta, que passou a consistir em uma “etapa negativa de verificação do próprio injusto penal”⁹¹⁸. Este era, realmente, um passo lógico que faltava ser dado em sua teoria da

⁹¹⁴ Ibid., p. 883.

⁹¹⁵ Id., *Teoria do delito*, p. 28-31.

⁹¹⁶ Ibid., p. 97.

⁹¹⁷ Ibid., p. 98-99.

⁹¹⁸ Id., *A questão da racionalidade e a teoria do delito no estado democrático*, p. 34.

ação, já que causava certo estranhamento, à luz de suas premissas teóricas e filosóficas, que a análise do sujeito (destinatário) da norma criminalizadora restasse atrelada à culpabilidade, quando era da própria estrutura lógica da norma a pressuposição de certas qualidades pessoais do sujeito, que permitissem considerá-lo uma “pessoa deliberativa”. Entretanto, a inimputabilidade por sofrimento psíquico permanecia não enfrentada.

Entre 24 e 26 de maio de 2017 teve lugar no Rio de Janeiro o Seminário Internacional “Defensoria no Cárcere e a Luta Antimanicomial”, que contou com a participação de diversos juristas de peso, tanto penalistas como constitucionalistas. Dentre eles, Juarez Tavares, que discorreu sobre novas proposições em matéria de teoria do delito no tocante a inimputáveis por sofrimento psíquico⁹¹⁹.

Tavares iniciou sua intervenção analisando como a medida de segurança e o juízo de periculosidade se enquadravam (ou não) no direito penal. Mencionando Dirk Fabricius, que já afirmava a impossibilidade real de se estabelecer um juízo de periculosidade sobre quem quer que seja, Tavares afirmou ser a periculosidade estranha à psiquiatria e à psicologia, consistindo em uma noção advinda do século XIX que nenhum respaldo teria na moderna psiquiatria. Nesse sentido, indagou-se se a periculosidade seria um fundamento válido a se autorizar uma medida de segurança.

Considerando que desde o final do século XIX buscava-se estabelecer que a diferenciação entre pena (que se vinculava à culpabilidade) e medida de segurança (que se vinculava à periculosidade), na verdade, entre uma e outra consequência, as diferenciações seriam bastante difíceis. Na percepção de Tavares, tanto o Projeto Stooss do final do Século XIX como o Programa de Marburgo de Franz von Liszt tentaram diferenciar as penas e medidas, mas, de forma infrutífera.

A verdade estaria com a crítica de Kohlrausch, que denunciara o “embuste de etiquetas”: assim, para Tavares, entre pena e medida de segurança não haveria qualquer diferença relevante para sustentar uma distinção ontológica entre uma e outra.

Em relação à teoria do delito, por sua vez, Tavares debruçou-se sobre a teoria final da ação de Welzel, e observou que antes da teoria finalista, a imputabilidade constituía pressuposto da culpabilidade. Antes da culpabilidade, dever-se-ia verificar se o sujeito era ou não imputável. Assim, quando se afirmava que alguém agia dolosamente, era necessário se afirmar

⁹¹⁹ Id., *Palestra concedida no Seminário Internacional “Defensoria no Cárcere e a Luta Antimanicomial” junto à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, maio de 2017.

previamente se a pessoa era imputável. Caso não fosse, não se cogitava nem de dolo ou culpa, à luz da teoria causal de ação.

A partir da teoria final da ação, a culpabilidade deixou de ser constituída pelo dolo e pela culpa para se tornar um puro juízo de reprovação com base na afirmação do poder de agir de outro modo. Isso criou um embaraço: a necessidade de verificar, previamente à imputabilidade, se o agente atuou de maneira dolosa, já que o dolo passou a integrar o conceito de injusto.

A pergunta que fez Juarez Tavares foi, então, a seguinte: o inimputável atua com dolo? Tavares exemplificou: o esquizofrênico, que vê um automóvel como um “monstro”, atua com dolo? Onde está o elemento objetivo que indica estar o inimputável atuando contra um bem de uma pessoa ou uma pessoa? Para o dolo, segundo Tavares, deve-se identificar um objeto. Para este esquizofrênico, seu objeto de referência não guardaria correspondência com a realidade.

Assim, notou Tavares que, a partir de 1950, o dolo foi presumido para os inimputáveis, o que demandaria uma reavaliação global da teoria do crime.

Retomando a relação entre inimputabilidade e diferenciações culturais, pessoas inseridas em contextos culturais diversos, defendeu Tavares que a imputabilidade ou o elemento cultural deveriam ser prévios à tipicidade, pressupostos à noção de injusto.

Haveria, assim, pressuposta ao injusto, a exigência de que a pessoa esteja em condições de efetivamente compreender a norma proibitiva, criticar a norma proibitiva e efetuar sobre ela uma autocrítica de sua conduta em face de sua compreensão da norma proibitiva. Nem um esquizofrênico, nem uma comunidade indígena não integrada poderiam fazer isso. Por isso, o conceito de ação e a própria estrutura do delito deveriam ser reformulados para se adequar a estrutura do delito a essa realidade.

Tavares foi além. A partir da defesa de uma teoria do crime adequada à realidade latino-americana, afirmou que a teoria do delito brasileiro teria sido cooptada pela teoria alemã, em uma forma de colonização pelo eurocentrismo. Assim, sustentou a antecipação da imputabilidade para o campo do injusto, não fazendo mais parte da culpabilidade, ainda que seu significado seja incerto (Tavares exemplificou esta afirmação ao mencionar como Roxin, por exemplo, defendeu a indemonstrabilidade do poder agir de outro modo).

Assim, o conceito de conduta deveria ser reformulado: não poderia ser causal, nem final, e deveria retratar a realidade da pessoa em face do seu contexto local, de suas heranças culturais,

de sua estabilidade psíquica de outras pessoas que com ela convivem. Estes seriam elementos que o conceito jurídico-penal de ação não poderia prescindir.

Tavares então finalizou sua fala recordando a discussão a respeito da vigência do artigo 97 do Código Penal, considerando a Lei Antimanicomial. Para ele, diante da nova legislação e das mudanças então promovidas, o dispositivo teria sido revogado.

Em 21 de setembro do mesmo ano, Juarez Tavares proferiu conferência na PUC-Rio a respeito dos “delitos culturalmente motivados”⁹²⁰.

Iniciando sua fala a partir de 4 casos reais emblemáticos envolvendo delitos praticados com motivação cultural (imigrantes na Europa e nos EUA, membros integrantes de povos originários), Tavares propôs investigar como o direito penal encarava e, de certo modo, ainda encara estas situações complexas.

O palestrante afirmou que o direito penal apreende estas situações a partir de duas características básicas: (i) O sujeito autor do crime não é identificado em face de sua herança cultural, mas sim, como uma pessoa neutra, ideia que seria proveniente do iluminismo, já que este movimento considerou que todas as pessoas, com base na igualdade, deveriam ser portadoras de direito, e objetos de incidência de normas penais nos países em que se encontrassem; portanto, uma atitude de *neutralidade quanto ao sujeito*⁹²¹; (ii) o direito penal teria sido concebido como um direito eminentemente territorial (apesar de hoje este traço ser bastante mitigado, em função do direito penal internacional, do Tribunal Penal Internacional e de tratados e convenções internacionais). De qualquer modo, a criminalidade básica é eminentemente territorial, o que também consiste em uma herança do iluminismo, já que o Estado-nação representaria o interesse geral de uma população; portanto, *territorialidade quanto à aplicação da lei penal*.

No grupo de casos levantado por Tavares, observou o palestrante que, segundo a doutrina alemã pertinente no tema, verifica-se um delito culturalmente motivado quando se esteja diante das seguintes condições: (i) que as regras de conduta tenham sido aprendidas pela pessoa dentro de determinado grupo; (ii) que essas regras de conduta imperem no momento em que a pessoa realiza a conduta culturalmente motivada; (iii) que o grupo ao qual a pessoa pertença considere

⁹²⁰ TAVARES, J. *Palestra “Delitos Culturalmente Motivados” dada na PUC-Rio*. Rio de Janeiro, Setembro de 2017.

⁹²¹ Esclareceu Tavares que o sujeito seria, sim, identificado e individualizado, mas apenas na fase de aplicação da pena. No momento de cominação da pena no Parlamento, o direito penal não se ocupa de características essenciais ou distintivas da pessoa.

essa pessoa como membro do grupo; (iv) que no momento de realização da atividade, que ela ainda pertença ao grupo; (v) e que esse grupo seja decisivo para que ela conserve o aprendizado originário dos costumes anteriores em detrimento do aprendizado das normas do local em que ela se encontra.

No grupo de casos levantado, as soluções dadas pelo sistema de justiça criminal não teriam sido corretas, na leitura de Juarez Tavares, uma vez que as categorias manejadas (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) não forneceria as soluções mais justas e adequadas. O palestrante então lançou algumas técnicas para avaliar estes casos específicos.

Buscando subsídios na filosofia da linguagem, Tavares iniciou sua proposição a partir da premissa de que quando o poder público enuncia uma norma jurídica, ela deve portar atributos tais que possibilitem uma discussão da sociedade em torno do consentimento acerca dessa ordem jurídica. Ou seja, se os destinatários da norma podem assimilar essa ordem jurídica, se podem criticá-la, se podem fazer uma autocrítica de sua conduta em face da conduta que a ordem jurídica considera indevida e se também estão nas mesmas condições que as outras de assimilação dessa ordem jurídica.

Na visão de Tavares, a questão cultural não afetaria o dolo, mas sim a relação entre pessoa e estado, pessoa e ordem jurídica. Em termos dogmático-penais, esse problema seria melhor resolvido no âmbito da conduta. Isso porque a ação no direito penal seria uma muito mais do que uma causação voluntária, uma produção de efeitos, a externalização de uma finalidade ou uma prática socialmente relevante.

O grupo de casos de delitos culturalmente motivados, bem como, acrescentou Tavares, os casos de portadores de sofrimento psíquico (no exemplo do psicótico que via um monstro num automóvel que iria devorá-lo), apenas seria solucionado adequadamente mudando a conceituação de conduta. Naquela palestra, Tavares propôs que *“conduta é aquela pela qual o sujeito realiza uma atividade estando subordinado esse sujeito às regras especificadas na ordem jurídica na qual aquela conduta foi caracterizada como criminosa”*. Se uma conduta não se integra na ordem jurídica, não participa da ordem jurídica, ela está fora do direito penal.

Tavares então defendeu que a teoria do delito devesse ser reestruturada, uma vez que, seguir as premissas elementares de sua construção, forjadas no século XIX, a tornaria incapaz de acolher pessoas com origens culturais próprias.

Ao final da palestra, Tavares foi indagado por um aluno que lhe perguntou se o grupo de casos que apresentara não seria solucionável a partir do erro de proibição. O palestrante então respondeu que as pessoas criminalizadas naqueles casos não estariam em erro; na verdade, elas estariam tão impregnadas de sua cultura que seriam incapazes de referenciar suas condutas a partir das orientações de “certo” e “errado”, “justo” e “injusto” postas pelo ordenamento. Elas não estariam em posição de poderem fazer uma autocrítica de sua conduta em face de outra cultura, e, assim, não ostentariam um falso juízo de realidade, mas, sim, praticariam condutas que deveriam ser tidas como penalmente irrelevantes.

2018 e 2019. Anos de lançamento de três obras que enfim consolidam a trajetória do pensamento de Tavares no que diz respeito à conduta e à imputabilidade: em 2018, a primeira, original, intitulada “Fundamentos de teoria do delito” e a segunda, a quinta edição revisada e ampliada do seu clássico “Teoria do crime culposos”; em 2019, a quarta edição do seu também clássico “Teoria do injusto penal”. Os três trabalhos encerram o aperfeiçoamento de seu conceito de ação performática, consagram e esclarecem melhor como casos de exclusão de conduta penalmente relevante tanto a inimputabilidade quanto as situações de delitos culturalmente motivados, e lançam diversas outras revisões e novidades em suas reflexões dogmáticas, que, dada sua abrangência e profundidade, não serão aqui resenhadas. De toda forma, algumas considerações sobre a construção dogmática de Juarez Tavares no tocante à ação e à imputabilidade devem ser retomadas.

Segundo as premissas teóricas de Juarez Tavares, criminalizar é, de certa forma, um ato comunicativo, pois envolve, de um lado, texto, discurso, norma, e, de outro, um destinatário. Dessa maneira, criminalizar pressupõe, portanto, uma norma penal legítima e um destinatário idôneo.

Se um destinatário idôneo é pressuposto no próprio ato de criminalização, concretizado na norma penal, isso significa que, do ponto de vista dogmático, o conceito de conduta (que não é pretípico ou puramente ontológico, mas que integra o injusto, figurando em seu primeiro estrato analítico) precisará, necessariamente, se enriquecer mais a partir de dados da pessoa humana em seu contexto, o que o torna um filtro sistemático mais robusto do que em outros sistemas teóricos do delito.

Argumenta Tavares que se o conceito de conduta é jurídico (como hoje se sabe), mas composto, em parte, por aspectos ontológicos, e em parte, normativos, isso significa que “conduta”, para o direito penal, só pode significar “conduta penalmente relevante”. Disso

decorre uma consequência importante: afirmar que existe uma “conduta penalmente relevante” não tornaria ninguém mais ou menos “sujeito de direito”, mais ou menos “pessoa”, mais ou menos titular de garantias e direitos fundamentais. Cuida-se apenas de um juízo que atestaria a mera existência de uma conduta que satisfaz as exigências de legitimidade necessárias para se proceder aos demais estratos analíticos do delito.

Consciente de que a afirmação de inexistência de conduta penalmente relevante abriria um flanco teórico em que se poderia contra-argumentar que casos de ausência de ação afastariam mesmo uma conduta humana, ou mesmo a existência de uma pessoa, Tavares esclarece que a conceituação da conduta para fins de direito penal importa em diferenciar (normativamente) o sujeito como “entidade natural” e o sujeito como “pessoa responsável”. Ambos seriam dotados de dignidade e um Estado democrático não poderia excluir pessoa alguma dos direitos fundamentais⁹²², mas apenas a segunda poderia ser penalmente responsabilizada, uma vez que a ela se reconhece uma racionalidade centrada na autonomia para tomar decisões, autonomia essa que só adquire significado dentro do contexto social no qual o sujeito realiza suas ações⁹²³.

Nas três obras, consolidando o desdobramento do seu conceito performático de ação ao longo de uma jornada intelectual de mais de dez anos, a (in)imputabilidade passa a ser então reposicionada para dentro da ação, e situada como caso de ausência de performatividade, juntamente com os casos de delitos culturalmente motivados⁹²⁴. Justifica Juarez Tavares essa mudança considerando a necessidade de reformulação metodológica da teoria do delito, incluindo-se o sujeito na configuração objetiva do delito⁹²⁵.

No que se refere à inimputabilidade por sofrimento psíquico, Tavares leciona que aqueles que, em virtude de grave anomalia mental, não possam participar do discurso, e, assim, orientar-se pelos objetos de referência da norma, não praticam ação, estando assim, fora do injusto penal, não havendo necessidade de se esperar até o exame da culpabilidade para este afastamento⁹²⁶.

⁹²² TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 136.

⁹²³ Ibid., p. 140-141.

⁹²⁴ Ibid., p. 152-153. Trata-se de uma inimputabilidade com fundamento totalmente distinto daquela pioneiramente elaborada pelo positivismo criminológico, como foi abordado em relação a Nina Rodrigues, por exemplo. De todo modo, convém destacar o pioneirismo de Raúl Zaffaroni nesta temática, por ter sido de sua sugestão a incorporação do art. 15 do Código Penal peruano de 1991 na seguinte redação: “quem por sua cultura ou costumes comete um fato punível sem poder compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se segundo essa compreensão, será eximido de responsabilidade. Quando, por igual razão, essa possibilidade se acha diminuída, a pena será atenuada” (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 284).

⁹²⁵ TAVARES, J. Op. cit., p. 146.

⁹²⁶ Ibid., p. 160.

Segundo o autor, sobretudo por obra do finalismo, consolidou-se uma “estrutura ficcionista do delito”, a qual, a partir da inclusão da vontade na ação, também a estendera aos inimputáveis⁹²⁷.

Analisando a inimputabilidade por sofrimento psíquico e o impacto da reforma psiquiátrica, Tavares, nesse ponto, segue e aprofunda argumentos que já esboçara ou que já foram lançados pela doutrina, insistindo na revogação do art. 97 do CP pela Lei 10.216/01; no desacordo em relação à Súmula 527, STJ, afirmando que a regra vigente é a do tratamento ambulatorial e desinternação no menor prazo possível, mas ressalvando que o limite fixado pela súmula somente poderia servir para coibir abusos de internação⁹²⁸.

Em argumentação ainda mais radical, sustenta Tavares que a inclusão da inimputabilidade como caso de ausência de ação estaria em conformidade com o sentido da Lei de Saúde Mental, uma vez que seguiria suas diretrizes no sentido de excluir o portador de sofrimento psíquico do âmbito das medidas penais de segurança, a fim de possibilitar seu tratamento em condições assemelhadas ao de pessoa mentalmente sadias ou que apresentem leves distúrbios psíquicos⁹²⁹. Em si, as medidas de segurança sequer fariam sentido em um sistema crítico e democrático do delito, razão pela qual estariam também em desacordo com a legislação de saúde mental⁹³⁰. De todo modo, ainda que se imponha ao portador de sofrimento psíquico, excepcionalmente, medida de segurança, esta não pode implicar em restrição de outros direitos constitucionais e assegurados pela Lei de Inclusão Social (Lei 13.146/2015), como o exercício de direitos políticos⁹³¹.

É de se notar que nem o conceito de imputabilidade, nem sua disposição normativa, nem a categoria da semi-imputabilidade sofreram modificações substanciais.

A despeito de seu reposicionamento, a inimputabilidade por sofrimento psíquico seguiu sendo definida, basicamente, como uma aptidão, ainda que vinculada à compreensão da norma jurídica criminalizadora⁹³², e, valendo-se de normativas da OMS, Tavares subscreve a

⁹²⁷ Ibid., p. 161.

⁹²⁸ Ibid., p. 165-166

⁹²⁹ Ibid., p. 166.

⁹³⁰ Ibid., p. 166.

⁹³¹ Ibid., p. 167. Com solução similar (mas sem adentrar nos pormenores dogmáticos), Thayara Castelo Branco questiona a corrente de autores que “questionam o controle (penal) mas não conseguem desvencilhar-se dele enquanto referencial”, criticando, assim, o posicionamento de Virgílio de Mattos, Salo de Carvalho e Mariana Weigert. Em citação da autora no tocante ao tratamento da inimputabilidade por sofrimento psíquico: “vislumbra-se, por enquanto, um único horizonte: não há saída por dentro do sistema (penal) vigente que não seja violenta. ‘Dignidade humana é exigência de vida propriamente humana’. E por ser assim, não há nenhuma via penal-psiquiátrica que suporte e sustente isso” (BRANCO, T. C. A *(Des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*, p. 244-253).

⁹³² Ibid., p. 163.

substituição da noção de doença mental pela de “transtornos mentais e de comportamento”⁹³³. A semi-imputabilidade (“imputabilidade diminuída”), para Tavares, não exclui ação, e implica em favor do agente a diminuição de pena de um a dois terços⁹³⁴.

As mudanças na ação importaram em mudanças na culpabilidade, a começar pela sua percepção não mais como juízo de “reprovação”, mas sim, como juízo de limitação⁹³⁵.

Tavares propõe diferenciar entre imputabilidade (que se situaria na ação) e “capacidade de culpabilidade”, esta sim, conceituada como um juízo político sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente em face de suas deficiências⁹³⁶. Feita esta conceituação, o autor trata da “inimputabilidade diminuída” (que seria a tradicional semi-imputabilidade ou culpabilidade diminuída), caso em que sustenta ser obrigatória a diminuição de pena. Considerando ainda a Lei de Saúde Mental, caso se opte pela substituição da pena, a consequência deve ser o acolhimento em programa de planejamento psicossocial e de atendimento especial, para se possibilitar sua rápida recuperação, sem internação; mesmo assim, não seria cabível a estipulação de prazo mínimo, e o prazo máximo não poderia ultrapassar o tempo máximo de pena cominada ao delito⁹³⁷. A despeito da redução de culpabilidade, esta ainda assim poderia ser excluída caso se verifique ausência de potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta conforme ao direito, questões que devem ser analisadas após o primeiro filtro da culpabilidade. Dessa forma, e novamente invocando Maurach, não se aplica medida de segurança caso, nas mesmas condições, uma imputável não poderia ser responsabilizada pelo delito⁹³⁸.

Em relação aos problemas jurídico-penais da embriaguez, Tavares (como antecipara em Teoria do Crime Culposos), observa que não necessariamente porque o sujeito se embriagou, a ele poderá ser imputado um delito, seja na forma de dolo ou culpa, o que sugere que a abordagem da questão parece se remeter ao injusto e à tipicidade⁹³⁹, sem prejuízo da problemática da “*actio libera in causa*”, a qual seria incompatível com o princípio da culpabilidade em crimes omissivos, dado ser, no fundo, caso de responsabilidade objetiva⁹⁴⁰. Ressalvando uma interpretação limitadora desta teoria, Tavares sustenta que apenas no caso de

⁹³³ Ibid., p. 162.

⁹³⁴ Ibid., p. 164.

⁹³⁵ Ibid., p. 458.

⁹³⁶ Ibid., p. 455.

⁹³⁷ Ibid., p. 457.

⁹³⁸ Idem, ibidem.

⁹³⁹ Ibid., p. 458-461.

⁹⁴⁰ Ibid., p. 463.

completa homogeneidade entre o crime realizado e o crime previamente programado seria possível sua imputação dolosa⁹⁴¹.

De certo modo, como resposta à parcela da doutrina que trata os delitos culturalmente motivados no âmbito da culpabilidade (como casos de “erros de proibição culturalmente motivados”, ou “erros de compreensão”)⁹⁴², Tavares não discorda inteiramente desta posição. Isso porque a solução dogmática variará conforme o grau de desvinculação do sujeito em relação à ordem jurídica vigente: em casos extremos, não há performatividade, logo, não há conduta; quando, porém, o grupo a que pertence o sujeito possua maior proximidade com a ordem jurídica vigente, suas condutas poderão ser analisadas seja no campo do erro de proibição, seja no da inexigibilidade de conduta diversa⁹⁴³.

Finalmente, diante de mudanças tão profundas na teoria do delito, convém analisar como o autor visualizou a inimputabilidade etária, relativamente a menores de dezoito anos.

No que diz respeito a essa parcela da população, afirma Tavares que o raciocínio não se altera. Diante de decisão legal, estão os adolescentes fora do injusto penal, desde logo, a partir de ausência de conduta penalmente relevante. Contudo, segundo o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, não há qualquer impedimento em se buscar para o preenchimento dos atos infracionais os mesmos elementos que poderiam ser aplicados aos imputáveis, como a estrutura da tipicidade, da antijuridicidade e da própria culpabilidade. Isso não implicaria, na leitura do autor, a consideração de que os adolescentes tenham o mesmo tratamento de imputáveis, mas sim que os elementos do delito podem servir de parâmetros limitadores da caracterização do ato infracional⁹⁴⁴.

4.1.3

A imputabilidade para além do direito penal: a capacidade de compreender o significado do processo penal

⁹⁴¹ Ibid., p. 463-464.

⁹⁴² BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 131; ZAFFARONI, E. R. et al. *Manual de Derecho Penal*, p. 736; BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 407-408; QUEIROZ, P. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, p. 369-370.

⁹⁴³ TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 481.

⁹⁴⁴ Ibid., p. 164-165.

O terceiro tipo de proposições relativas à imputabilidade busca compreendê-la enquanto *capacidade para compreender o significado do processo penal*. O autor principal desta vertente é o espanhol Gonzalo Quintero Olivares.

Na obra intitulada “Locos y Culpables”, Quintero Olivares enunciou diversas críticas à concepção da imputabilidade como capacidade de culpabilidade, considerando-a construída sobre pressupostos dificilmente sustentáveis, e que termina por discriminar negativamente o incapaz de culpabilidade em relação ao capaz⁹⁴⁵.

Os argumentos do autor são essencialmente os seguintes⁹⁴⁶: (i) as concepções contemporâneas de enfermidade mental não coincidem com o conceito normativo de “incapacidade de compreensão do ilícito”. Não apenas uma variedade de transtornos permitiria sim essa compreensão, como, em seu entender, o fato de se encarcerar pessoas que acabam por apresentar transtornos mentais provaria que sua condição psíquica não obstou a considerá-las inculpáveis; (ii) o conceito tradicional de imputabilidade traria dificuldades de distinção entre imputáveis e inimputáveis, além de tornar obscuras as fronteiras com os casos de erro de proibição; (iii) a artificialidade dos rótulos de imputável e inimputável⁹⁴⁷; (iv) as consequências mais gravosas que derivam para o sujeito a partir da sua consideração como incapaz de culpabilidade – seja pela desconsideração de outras causas de exculpação, ou pela irrelevância que é dada aos demais elementos do injusto⁹⁴⁸, como também pela aplicação da medida de segurança, cuja quantidade acaba por se referenciar sempre ao cometimento de um delito doloso, nunca se cogitando da possibilidade de imprudência.

⁹⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables*, p. 62 e ss.; 102 e ss. *Apud* MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, p. 105.

⁹⁴⁶ MARTÍNEZ GARAY, L. *Op. cit.*, p. 105-106.

⁹⁴⁷ Como afirma o autor, “não se é imputável ou inimputável como um dado comum, do mesmo modo que não se é devedor ou credor, ou arrendatário ou arrendador. (...); não se é imputável em abstrato e à margem e previamente ao delito, senão que a condição de imputável se pode examinar ou decidir somente a partir do fato do cometimento de um delito. “Imputável” é uma qualificação jurídica, não natural ou social.” (QUINTERO OLIVARES, G. *Op. cit.*, p. 159 *Apud* MARTÍNEZ GARAY, L. *Op. cit.*, p. 105-106).

⁹⁴⁸ O autor denuncia a “rotina objetivista” com que se trata tudo relacionado ao louco, exemplificando em dois casos: (i) a contradição de se lhe imputar subjetivamente um roubo, admitindo que teve consciência em relação aos seus elementos subjetivos do tipo para, na sequência, julgá-lo inimputável com base na sua falta de aptidão compreender o sentido das coisas e (ii) a legítima defesa putativa, que, é reconhecida quando praticada por alguém em sanidade mental, mas desconsiderada totalmente quando praticada por um enfermo mental, como se fosse inadmissível a solução mais simples, qual seja, a aplicação da mesma qualificação e resposta punitiva que à pessoa em sanidade, diferenciando-se apenas na execução da pena (QUINTERO OLIVARES, G. *Op. cit.*, p. 141 e s., *Apud* MARTÍNEZ GARAY, L. *Op. cit.*, p. 108-109).

Diante desses defeitos, Quintero Olivares propõe que se considere inimputável apenas aquele cujo transtorno mental seja de tal maneira que lhe impeça a compreensão do sentido do processo penal. Vale transcrever suas palavras:

A única compreensão possível da imputabilidade passa pela redução desse conceito jurídico-penal a uma única coisa: a capacidade para o processo, capacidade que se traduz na aptidão para compreender que esse ato público é a maneira que a sociedade tem para enfrentar a uma pessoa com seus atos, se se prova que os cometeu, e para dar explicações deles ante cidadãos iguais entre si. As garantias do processo (presunção de inocência, atividade probatória externa, igualdade de armas, etc.) são a sua vez o estatuto processual que pertence a cada cidadão, também ao louco, como condição essencial do sistema democrático (tradução nossa)⁹⁴⁹.

Para os demais casos, sustenta Quintero Olivares que devem ser reconduzidos os casos que habitualmente se analisam na imputabilidade para outros estratos analíticos do delito, sempre que possível, além de posicionar a imputabilidade de modo que ela seja o último elemento a ser investigado no momento da culpabilidade, reduzindo-a ao máximo como isenção de culpabilidade⁹⁵⁰. Além disso, a responsabilidade da pessoa deverá ser medida com os mesmos parâmetros que se empregam a respeito dos imputáveis, e com as diferenças de que sua patologia psíquica determine serão tidas em conta unicamente na hora de selecionar a sanção e determinar seu modo de execução⁹⁵¹.

Diante dos termos em que sua proposta dogmática é construída, ela pressupõe um sistema monista de sanções, no qual seja previsto apenas um tipo de sanção penal aplicável, com características que se modulariam em função da situação psíquica do sujeito⁹⁵². Como explica o autor:

O sistema penal deverá caminhar para um sistema unitário de responsabilização, no qual a unidade se plasmará tanto na unidade do processo, com a valoração de todos os componentes da conduta e a aplicação de algumas mesmas regras – é inadmissível que as regras de determinação da pena apenas sejam aplicáveis aos culpáveis – para logo chegar à unidade da reação repressiva-preventiva, em cuja execução sem dúvida haverá que estabelecer os meios adequados para a separação e classificação dos condenados com base, em primeiro lugar, em sua saúde mental⁹⁵³.

Jaime Náquira Riveros anota que é curioso o fato de Quintero Olivares não ter retomado suas ponderações sobre imputabilidade acima analisadas (que datam de 1999), em seus escritos

⁹⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, G. Op. cit., p. 134 *Apud* MARTÍNEZ GARAY, L. Op. cit. p. 106.

⁹⁵⁰ MARTÍNEZ GARAY, L. Op. cit., p. 108-109.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 107.

⁹⁵² *Idem*, *ibidem*.

⁹⁵³ QUINTERO OLIVARES, G. Op. cit., p. 161 *Apud* MARTÍNEZ GARAY, L. Op. cit., p. 107.

mais recentes, como seu manual sobre a parte geral do direito penal espanhol publicado em 2010⁹⁵⁴. Nesta obra, Quintero Olivares parece ter retornado às posições tradicionais no tema, já que, além de conceituar a culpabilidade como um “juízo personalidade de reproche individual sobre o fato típico e ilícito”, conceitua a imputabilidade como “a capacidade do sujeito para compreender a ilicitude do fato ou para atuar conforme a essa compreensão”⁹⁵⁵.

No Brasil, é Fernanda Goulart Lamarão quem incorporou parte das lições de Quintero Olivares em sua dissertação de mestrado, que teve como objetivo desvelar como a confluência entre os saberes médicos e os discursos jurídicos elegeu seus alvos preferenciais e fundamentou, num viés jurídico, criminológico e médico, uma reação punitiva diferenciada contra o portador de sofrimento psíquico na nossa margem⁹⁵⁶.

No tópico 2.2 de sua dissertação, intitulado “loucos e culpáveis” (demarcando desde já a influência do autor espanhol), Lamarão procedeu a uma revisão histórica da inimputabilidade por sofrimento psíquico no direito penal brasileiro, com vistas a lançar críticas e proposições dogmáticas⁹⁵⁷.

A autora critica a manutenção da loucura no âmbito da imputabilidade, que opera como pressuposto da culpabilidade, uma vez que ela acaba provocando a automática exclusão da análise das demais facetas da culpabilidade. Como percebe Lamarão, “sendo inimputável por doença mental, o sujeito automaticamente é envolvido pelas tramas do poder punitivo”⁹⁵⁸.

Para resolver este problema, a autora invoca as lições de Quintero Olivares, em trechos que merecem transcrição:

Considerando, finalmente, que a imputabilidade é um conceito jurídico e construído para estabelecer a vinculação subjetiva entre as pessoas e os atos delitivos, não tem sentido se referir a ela como uma condição natural ou social. No entanto, não é essa a maneira habitual de contemplar a questão, uma vez etiquetado como inimputável, o indivíduo é considerado perigoso e será alvo de um tratamento jurídico-penal específico.

É preciso, portanto, reformular a noção de imputabilidade, dando-lhe um sentido político-criminal. Se a ciência penal, acertadamente, aponta que há sujeitos que podem e que não podem ser responsabilizados por seus atos, a imputabilidade pode ser definida como a capacidade de compreender o significado do processo penal. Assim, apesar de outros campos do conhecimento fortalecerem as críticas ao tratamento conferido aos sujeitos com sofrimento psíquico, a imputabilidade como conceito jurídico construído para instaurar um liame entre as pessoas e os

⁹⁵⁴ NÁQUIRA RIVEROS, J. *Imputabilidad y alteración de la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad criminal*, p. 71.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁵⁶ LAMARÃO, F. G. *A cura como pena: uma análise crítica da imputabilidade penal e da resposta punitiva direcionada ao indivíduo com sofrimento psíquico*, p. 11.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 69 e s.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 79-80.

atos delitivos, não deve se basear em noções puramente filosóficas, psiquiátricas, em suma, pré-jurídicas⁹⁵⁹.

Lamarão avança para além do autor europeu, destacando a incompatibilidade das medidas de segurança e da periculosidade com a dogmática penal (desde uma leitura baseada na teoria da racionalidade penal moderna)⁹⁶⁰; reforçando a aplicação da Lei Antimanicomial neste campo⁹⁶¹ e subscrevendo as propostas de Virgílio de Mattos e Paulo Queiroz sobre o tratamento mais favorável aos inimputáveis, pois conferem a tais sujeitos direitos materiais e garantias processuais previstas aos imputáveis⁹⁶².

Além disso, inserindo-se num marco abolicionista, Lamarão afirma não serem suficientes propostas de médio alcance, sendo necessário promover o afastamento da lógica punitiva e carcerocêntrica do sistema penal e disponibilizar a assistência ao sujeito com sofrimento psíquico num espaço alheio ao pensamento jurídico-penal, o que não importa na sua completa escusa pelos atos cometidos; aliás, Lamarão insiste na importância para a atividade terapêutica que o indivíduo se responsabilize pelos atos passados, pelo rumo do projeto terapêutico e pelos seus projetos futuros, a fim de se evitar o seu assujeitamento e coisificação, restituindo-se ao indivíduo a tarefa e o direito de levar a cabo sua loucura⁹⁶³.

4.1.4

Análise crítica

1. As reformulações da imputabilidade, da culpabilidade ou da conduta são temas de debate dogmático que não necessariamente guardam qualquer relação com uma leitura crítica das medidas de segurança ou da inimputabilidade por sofrimento psíquico. Dentre os que fazem essa leitura, destaca-se a predominância de um repúdio (ou ao menos considerável reserva) ao juízo de periculosidade e do entendimento de certo impacto da Lei 10.216/01 no campo penal. O quanto, exatamente, se dá este impacto, ainda é matéria controvertida e em discussão.

⁹⁵⁹ Ibid., p. 80.

⁹⁶⁰ Ibid., p. 86.

⁹⁶¹ Ibid., p. 113.

⁹⁶² Ibid., p. 114.

⁹⁶³ Ibid., p. 115.

2. Dentre as linhas propositivas acima trabalhadas, destacam-se importantes provocações tanto de crítica criminológica (em alguma sintonia com postulados da luta antimanicomial) como de crítica à dogmática ou de dogmática crítica.

3. As provocações de crítica criminológica são mais contundentes no grupo de autores que trabalha o problema ou no campo da culpabilidade e da aplicação de pena, ou que deslocam a imputabilidade para o processo penal. Estes autores denunciam as consequências por vezes mais danosas que o juízo de inimputabilidade acarreta para portadores de sofrimento psíquico, e, assim, a partir da responsabilidade político-criminal que atribuem à dogmática, a utilizam de maneira a instrumentalizar a imputabilidade de modo que ela viabilize, no plano discursivo, a proteção de que estes grupos vulneráveis são merecedores e titulares.

4. As provocações de dogmática, isto é, que evidenciam as contradições e incoerências da imputabilidade na própria teoria do delito são maiores no grupo de autores que propõe a consideração desta categoria no campo da ação (a despeito de ser apenas Juarez Tavares quem mais adere à luta antimanicomial). De fato, a fórmula consolidada pelo finalismo, e pouco questionada pela doutrina, de que o inimputável (i) agiria, isto é, praticaria conduta conscientemente dirigida a uma finalidade; (ii) com tipicidade subjetiva; (iii) e de forma ilícita, para apenas na culpabilidade se verificar que ele não possuía capacidade de entender (ou compreender) o caráter ilícito do seu agir ou com base nele se determinar, esse arranjo só pode ser aceita a título de ficção, pois uma teoria que é capaz de reconhecer uma conduta final ou dolosa, por exemplo, num esquizofrênico que acha que se defende de uma entidade maligna quando na verdade se trata de uma pessoa, é uma teoria para a qual “vontade” e “finalidade” simplesmente podem assumir qualquer significado. Acaba-se por objetivar o injusto de forma extrema e afastar-se explicitamente do princípio da culpabilidade como garantia de uma vinculação subjetiva entre autor e fato.

5. A respeito da primeira corrente teórica trabalhada, é correta a busca por um novo conceito e um novo fundamento material para a imputabilidade, considerando os problemas acima denunciados. Entretanto, a forma com que esta linha trabalha a questão não é totalmente acertada, tendo em vista três razões: (i) em relação aos novos conceitos, ou eles não se afastam

tanto dos conceitos tradicionais (como em Jaime Couso Salas e Leandro Nunes), ou eles assumem pouca ou nenhuma capacidade de rendimento, pois terminam por ampliar o alcance da exigibilidade de conduta diversa mantendo a imputabilidade praticamente como mero rótulo (caso de Bustos Ramírez); (ii) em relação aos novos fundamentos, por pertinente que seja uma leitura fundada no princípio da igualdade (como em Martínez Garay) ou na ética da alteridade (Leandro Nunes), ignora-se a tensão com a legalidade e a culpabilidade que os casos de inimputabilidade permanente provocam; e (iii) do ponto de vista sistemático, a insistência na manutenção da imputabilidade no campo da culpabilidade acaba por ignorar o problema do “injusto objetificado” pelo qual o inimputável por sofrimento psíquico é obrigado a responder.

6. Ainda nesse primeiro grande grupo de autores, o subgrupo orientado por uma “imputabilização diferenciada” como perspectiva pragmática de redução de danos acerta quando denuncia claramente a situação de desigualdade que é imposta aos portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais, e em perceber a necessidade de se pensar estratégias de limitação a partir do próprio discurso jurídico-penal. Entretanto, ao se propor a aplicação dos demais institutos de teoria do delito aos inimputáveis (tipicidade, ilicitude, culpabilidade), ao se sugerir que a avaliação da inimputabilidade seja feita por último, ao se propor certa gradação entre o injusto praticado pelo inimputável e sua respectiva sanção, e que sua responsabilização seja diferenciada, tudo isso parece indicar a necessidade de modificações que devem ser feitas de forma estrutural na teoria do delito e em suas categorias – questões ignoradas por essa vertente, que acaba manejando a dogmática de forma pontual e acessória para fins político-criminais contingentes.

7. A corrente de autores que insere a imputabilidade no campo da ação, a seu turno, tem justamente o mérito de perceber que os problemas desta categoria conceitual são estruturais à teoria do delito e, portanto, demandam soluções dogmáticas mais profundas. Além disso, saber se alguém é sujeito para fins de direito penal, afirmar sua condição de pessoa perante o poder punitivo são, de fato, problemas teóricos que não podem ser abordados apenas para se responder a razões ou objetivos político-criminais de momento. Entretanto, também são percebidos problemas e questionamentos consideráveis nesta linha de autores.

(a) Existe o risco de, num caso de ausência de ação, considerar-se o agente como “não pessoa” (problema particularmente sensível e evidente na construção de Reale Júnior, que apela artificialmente para uma diferenciação entre o sujeito “agir” e “praticar fatos previstos como crimes”). O único autor atento a este risco é Juarez Tavares, que, porém, precisa criar uma correção normativa a esse possível defeito normativo, distinguindo as pessoas humanas entre “sujeitos enquanto entidades naturais” e “sujeitos enquanto pessoas responsáveis”, frisando que ambos são titulares de direitos e garantias fundamentais. A questão que fica, porém, é até que ponto é válido e legítimo, no âmbito da ação, distinguir seres humanos normativamente (ainda que de forma matizada como o faz Tavares, colhendo elementos ontológicos para sua argumentação);

(b) Não se esclarece adequadamente como pode o inimputável ou agir justificadamente (em legítima defesa, por exemplo), ou ser tido como autor de uma agressão injusta (já que, levando a concepção às últimas consequências, a rigor, contra um inimputável caberia apenas estado de necessidade);

(c) Inaugura-se um problema de concurso de pessoas, pois uma vez que o inimputável não pratica conduta, a acessoriedade da participação fica descoberta. Seguindo fielmente a proposição, um imputável não poderia ser considerado partícipe e sequer concorrente (ao menos à luz da teoria da acessoriedade limitada) na conduta de um inimputável. Na hipótese de concorrência de um inimputável, somente seria admissível autoria mediata, o que também cria dificuldades para essa construção, pois nem sempre será visualizável uma relação de subordinação instrumental entre autor mediato e autor imediato;

(d) Curiosamente, com o deslocamento da imputabilidade para a conduta, essa concepção manteve na culpabilidade os problemas de semi-imputabilidade, sendo que os casos que se encaixam nessa categoria também envolvem déficits cognitivos similares;

(e) Remeter a imputabilidade ao espaço da conduta implica em transformações na culpabilidade. Ou se entende que ela é composta apenas de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – o que parece mais coerente –, ou se procede substituindo categorias conceituais. É o que faz Juarez Tavares: a imputabilidade passa para a conduta e a culpabilidade passa a ser integrada pela “capacidade de culpabilidade”, elemento em muitos aspectos similar, no qual se inserem os casos de culpabilidade diminuída (semi-imputabilidade);

(f) A despeito do deslocamento da imputabilidade para a ação, esta não sofreu modificações nem em sua conceituação nem em seu fundamento material, o que seria desejável considerando que conduta e culpabilidade, embora próximas, devem se distinguir, ao menos do ponto de vista analítico;

(g) Não se explica suficientemente por que a inimputabilidade e a semi-imputabilidade devem se alocar em categorias tão distintas e separadas no delito;

(h) Ignoram-se eventuais efeitos que o déficit de consciência do semi-imputável possa provocar em campos subjetivos do injusto, como no dolo/culpa, ou na consciência a respeito das causas de justificação (para quem admita a necessidade de elementos subjetivos nesse âmbito);

(i) Não se teve o devido cuidado com a menoridade como causa de inimputabilidade. A exceção louvável, mais uma vez, é de Juarez Tavares, o qual, porém, propõe somente uma aplicação corretiva da teoria do delito, tomada por empréstimo, para limitar a imputação de atos infracionais pela justiça juvenil. O autor não aprofunda as consequências desse argumento, deixando inexplorados os termos pelos quais a teoria do delito seria aplicada, considerando se tratar de sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento;

(j) Ignora-se a elaboração de soluções coerentes para casos de inimputabilidade transitória, como os problemas de embriaguez ou intoxicação por entorpecentes, que, embora possuam características totalmente distintas dos casos de inimputabilidade permanente, ainda são artificialmente agregadas na imputabilidade;

8. Por fim, a linha de autores que trabalha a imputabilidade como “capacidade de compreensão do significado do processo penal”, a despeito de corretamente perceber os defeitos em que a construção tradicional incorre, também padece de problemas não suficientemente esclarecidos:

(a) Se, desde o princípio da culpabilidade, o que interessa para a imputação objetiva e subjetiva de um fato a uma pessoa é, em linhas gerais, o grau de consciência que ela tem sobre o injusto e o vínculo subjetivo que se estabelece entre injusto e sujeito, qual o sentido e a que interessa, para o direito penal, conhecer o significado do processo penal? Qual a relevância desse conhecimento?

(b) Por que se manter no âmbito do direito penal uma categoria conceitual cujo conteúdo passou a ser processual penal?

(c) O que é “conhecer o significado do processo penal”? O que seja “processo penal” é objeto de inúmeras conceituações doutrinárias – ou seja, valorativas, normativas -, que não se baseiam em dados ontológicos e, ao fim e ao cabo, podem ser preenchidas pelo que legisladores, juízes, ou alguns doutrinadores quiserem que seja;

(d) Como reforçaram Martínez Garay e Náquira Riveros, esse conceito também não resolve os casos de inimputabilidade transitória, tendo sido forjado pensando-se em enfermidades permanentes;

(e) Da mesma forma que se afirma que o portador de sofrimento psíquico poderia compreender a ilicitude do fato, por que então ele não poderia compreender o significado do processo penal?

9. A maior questão, porém, que engloba dissonâncias entre a crítica criminológica e dogmática crítica está na percepção, ou não, do inimputável por sofrimento psíquico como uma pessoa responsável e na sujeição de seus feitos ao sistema penal – questão essa que só faz sentido para os autores comprometidos em levar, de algum modo, as conquistas da reforma psiquiátrica para o direito penal.

10. Essa questão, porém, é abordada de forma confusa e pouco clara e, por isso, merecem maior aprofundamento. De início, convém deixar claro que tanto os partidários de uma “imputabilização diferenciada”, quanto a posição de Tavares, ao remeter a inimputabilidade por sofrimento psíquico para a conduta, tendem a concordar em orientar a dogmática segundo um horizonte político-criminal abolicionista (seja de curto ou longo prazo), procurando abdicar da gramática e da lógica punitiva para esses casos. Porém, diferenciam-se em pontos sensíveis.

11. A posição de Juarez Tavares, por radicalmente humanista que seja – já que excluir a conduta de inimputáveis por sofrimento psíquico sugere afastar de plano estes sujeitos do sistema penal – possui fragilidades em três aspectos: (i) a leitura que faz da reforma psiquiátrica e seu impacto no direito penal é muito particular, pois hiperdimensiona o horizonte abolicionista em detrimento de estratégias de redução de danos, já que permite apenas ou a excluir a conduta (inimputabilidade), ou a reduzir a pena na culpabilidade (semi-imputabilidade); (ii) observa-se uma confusão conceitual de fundo entre “direito penal” enquanto saber jurídico, “sistema penal” (o conjunto de agências penais) e “poder punitivo”. Se é correto limitar a sujeição de

portadores de sofrimento psíquico ao poder punitivo e às agências do sistema penal, isso não implica em afastá-los do direito penal enquanto saber jurídico, cuja função é instrumentalizar direitos fundamentais e, assim, ser sua ferramenta de defesa contra o arbítrio estatal; (iii) por isso, a forma com que remete a imputabilidade à conduta, se, de um lado, robustece a força limitadora deste estrato analítico, de outro, termina por restringir em demasia o potencial de limitação das demais categorias estruturantes da teoria do delito.

12. Em outro sentido, embora dogmaticamente simples e objetiva (já que deixa de lado, propositalmente, as minúcias teóricas de se o inimputável pratica conduta penalmente relevante, por exemplo), a posição de uma “imputabilização diferenciada” parte da premissa de que o direito de ser pessoa de que o portador de sofrimento psíquico é titular pode, sim, fazer dele uma pessoa responsável (desde que nos seus próprios termos, considerando suas peculiaridades) perante o sistema penal, que não deixa de ser deslegitimado enquanto forma de solução de conflitos. Mais do que isso, as garantias e direitos de que o portador de sofrimento psíquico é titular decorrem precisamente da denúncia da lógica tutelar manicomial inerente às medidas de segurança. Por isso, além de se propor abordagens diferenciadas em toda a teoria do delito – o que sugere que a imputabilidade, referida a estes sujeitos, adquire dimensões e potencialidades maiores do que permitem seu atual enquadramento sistemático e conceitual -, essa posição tende a projetar um sistema monista ou unitário de sanções.

4.2

Adolescentes autores de atos infracionais e o direito penal juvenil: entre o abandono e a reformulação dogmática da imputabilidade em modelos de responsabilização diferenciada

Em relação aos inimputáveis etários observa-se já de partida um consenso no sentido de que sua responsabilização deve ser, de alguma forma, própria ou diferenciada. Para isso, de maneira geral, propõe-se um certo exercício de sensibilidade jurídica na análise das categorias do delito quando um menor de idade é agente.

Por outro lado, no tema da imputabilidade, o “incômodo” dogmático com um sujeito penalmente inimputável que, inevitavelmente, responde por seus atos em um sistema de justiça especial promove uma ruptura entre os autores, percebendo-se a formação de dois grandes

modelos de enquadramento sistemático: (i) num primeiro modelo de responsabilização infracional, que conta com a adesão de boa parcela da doutrina brasileira, a imputabilidade é simplesmente dispensada, sem prejuízo da manutenção dos demais elementos e categorias do delito; (ii) num segundo modelo, de maior repercussão entre autores estrangeiros, mas que conta com certa filiação brasileira, a imputabilidade é mantida, mas percebida de forma igualmente especial, no que se poderia chamar de imputabilidade “sui generis”, que asseguraria uma configuração diferenciada da teoria do delito quando aplicada aos menores de idade. Foi considerando esta subdivisão que o tópico busca abordar estas duas linhas dogmáticas e seus principais defensores.

4.2.1

Modelos que dispensam a imputabilidade

Dentre os pioneiros a propor um modelo de imputabilidade dispensável para as infrações praticadas por menores de idade, Válder Ishida construiu o seguinte raciocínio: sendo o adolescente autor de ato infracional inimputável perante o Direito Penal, à lei infracional seria aplicável o conceito de crime como fato típico e antijurídico⁹⁶⁴, já que não seria preenchido o requisito da culpabilidade (inimputabilidade), pressuposto de aplicação da pena⁹⁶⁵. A imputabilidade penal se iniciaria somente aos 18 anos, aplicando-se ao adolescente a presunção absoluta da incapacidade de entender e determinar-se, adotando-se o critério biológico⁹⁶⁶. Não obstante, sustenta Ishida que, com a ocorrência de excludentes de tipicidade, antijuridicidade e de culpabilidade, não se permite a aplicação de medidas socioeducativas⁹⁶⁷.

Sérgio Salomão Shecaira, ao observar a Constituição repetir, em seu art. 228, o que o legislador ordinário já estipulara no art. 27, CP, dispondo acerca da inimputabilidade penal etária aos menores de 18 anos, entende que essas disposições arrefeceram a doutrina penal no tema, que raramente teceria comentários sobre a culpabilidade dos adolescentes, inibindo-se a discussão sobre a responsabilidade dos atos praticados por estes menores de idade⁹⁶⁸.

⁹⁶⁴ Na linha do entendimento de Ariel Dotti e de Damásio de Jesus, que, como visto anteriormente, sustentam ser a culpabilidade não um elemento ou requisito do delito, mas um pressuposto da pena.

⁹⁶⁵ ISHIDA, V. K. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*, p. 254.

⁹⁶⁶ Ibid.

⁹⁶⁷ Ibid., p. 255.

⁹⁶⁸ SHECAIRA, S. S. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*, p. 158.

O autor nota ainda que, antes da legislação atual, o sistema guardava uma harmonia intrínseca, já que a inimputabilidade penal de adolescentes (e, por conseguinte, o defendido afastamento do direito menorista do direito penal) compatibilizava-se com o ideal tutelar em voga. Porém, com a Constituição de 1988, com o abandono da categoria “menor” e a elevação dos menores de idade a sujeitos de suas ações, considerando-se crianças ou adolescentes, promoveu-se uma substancial alteração doutrinária que, na visão do autor, ainda não aconteceu plenamente⁹⁶⁹.

Apesar do aparente paradoxo de que a responsabilização do adolescente seja sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal (quando é ele mesmo que nega imputabilidade no caso), Shecaira entende que sem este instrumental, a atribuição de responsabilidade ao autor de ato infracional restaria debilitada, ainda mais porque adolescentes são sujeitos especialmente protegidos pela Constituição. O que se deve levar em conta é que, pela imposição constitucional de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as peculiaridades da personalidade juvenil devem ser consideradas para a correta aplicação das noções de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de atuação conforme o direito⁹⁷⁰.

Sobre o juízo de inimputabilidade em si, Shecaira filia-se ao entendimento de Reale Júnior, ou seja, considerando-a não como um pressuposto da culpabilidade, nem como obstáculo à culpabilidade, mas sim um *dado distintivo da pessoa humana*, constituindo um *pressuposto da ação*⁹⁷¹.

A seu turno, João Batista Costa Saraiva argumenta que uma vez que o ato infracional é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, logicamente é exigida a observância dos elementos da infração penal, notadamente a conduta típica, antijurídica e culpável⁹⁷². Em princípio, para que o adolescente sofra a ação estatal visando a sua socioeducação, a conduta que praticou deverá ser, necessariamente, reprovável, o que demanda a análise dos elementos da culpabilidade, mas, excluída a imputabilidade penal⁹⁷³. De toda forma, Saraiva frisa que se o mesmo fato redundar em isenção de pena para um adulto, não faz sentido redundar em medida socioeducativa para o adolescente⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁷⁰ SHECAIRA, S. S. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*, p. 159-160.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 158-159.

⁹⁷² SARAIVA, J. B. C. *Compêndio de direito penal juvenil*. Adolescente e ato infracional, p. 78-79.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 79-80.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 80-81.

Explorando a hipótese de um adolescente autor de ato infracional portador de transtornos psíquicos, Costa Saraiva afirma que sua condição mental incapacitante não lhe permite fazer-se sujeito a uma medida socioeducativa, razão pela qual se torna impossível a aplicação de medida socioeducativa, devendo-se aplicar medida de proteção de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 101, V, ECA)⁹⁷⁵.

Desde outros referencias teóricos, Alexandre Moraes da Rosa e Ana Christina Brito Lopes, de forma crítica, sustentam que seria impossível a configuração do ato infracional como conduta típica, antijurídica e culpável tal qual sustentaria a doutrina dominante do Direito Penal, pois culpabilidade e responsabilidade não seriam sinônimos⁹⁷⁶, sendo a última a sujeição à sanção como consequência da conduta, que no caso infracional seria diferenciada⁹⁷⁷. A responsabilidade infracional, na visão dos autores, deve se dar conta de que excluir a imputabilidade (penal) não pode gerar uma responsabilidade objetiva – o que, assim, sugere que se dispense a imputabilidade como elemento integrante do ato infracional. Seja como for deve-se apurar, caso a caso e no limite do possível, a “vontade do agente”, buscando-se a culpabilidade infracional em face da responsabilidade pelo ato – e não pelo agente⁹⁷⁸.

Ellen Rodrigues, em sua tese de doutorado a respeito da responsabilização infracional de adolescentes, afirma que se a Constituição recorta a inimputabilidade penal etária aos dezoito anos de idade, e se se considera tal recorte um direito fundamental do adolescente, sustentar ser ele dotado de imputabilidade seria uma contradição, característica de correntes mais aproximadas de um modelo de responsabilidade penal juvenil⁹⁷⁹.

Assim, a autora rechaça a construção de uma (in)imputabilidade penal diferenciada e propõe que se trabalhe com alternativas teóricas de superação dos limites metafísicos e normativos impostos à culpabilidade no contexto brasileiro, que obstam o reconhecimento de seu papel político de contenção de poder punitivo, sugerindo novos direcionamentos acerca do estudo da culpabilidade no âmbito da Justiça Juvenil, que abarquem elementos para um juízo de responsabilidade pessoal e para a compreensão da culpabilidade a partir de sua função política de oferecer garantias ao sujeito frente ao arbítrio estatal – desdobramentos do princípio

⁹⁷⁵ Ibid., p. 197-200.

⁹⁷⁶ ROSA, A. M.; LOPES, A. C. B. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais, p. 36.

⁹⁷⁷ Ibid., p. 239-240.

⁹⁷⁸ Ibid., p. 242.

⁹⁷⁹ RODRIGUES, E. C. C. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*, p. 240-241.

do Superior Interesse, da Proteção Integral e dos demais princípios que norteiam e limitam a ação do Estado em face dos adolescentes⁹⁸⁰.

Interessante notar que essas são construções que tendem a predominar entre autores brasileiros, em vista do contexto empírico e normativo nacional.

4.2.2

Modelos de imputabilidade “sui generis”

Em sentido oposto, modelos de imputabilidade “sui generis” são minoritários no Brasil, mas abundantes na literatura estrangeira (notadamente hispano-americana), que já se encontra bastante amadurecida, tendo desenvolvido construções dogmáticas e argumentos em torno dessa posição.

Estudando a imputabilidade em relação a menores de idade, Bustos Ramírez já sustentava não lhes serem aplicáveis as fórmulas tradicionais da inimputabilidade como “falta de capacidade de conhecer o injusto” ou “falta de capacidade de atuar em consequência com o conhecimento do injusto”, uma vez que seriam ficções, negando suas realidades⁹⁸¹.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, afirmava o autor que a inimputabilidade dos jovens deveria partir da premissa de que se trata de pessoas que gozam do reconhecimento de dignidade e de todos os direitos que lhes são inerentes⁹⁸². Além disso, em um segundo nível, o juízo de inimputabilidade impõe que se reconheça ao jovem uma capacidade de resposta combinada pela satisfação de suas necessidades, devido a sua especial situação dentro do sistema social; assim, sancioná-lo pelo seu injusto (delito), conforme as garantias correspondentes, não admitiria se falar em sua “irresponsabilidade”⁹⁸³.

Encerrou Bustos Ramírez com a seguinte diretriz:

A inimputabilidade do jovem não impede sua responsabilidade nem que se lhe aplique um Direito Penal. Por isso mesmo não se aplicam todas as garantias do Direito Penal em geral, além de seu aprofundamento em virtude da situação especial em que se encontra o jovem frente ao Estado⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Ibid., p. 245-246.

⁹⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Imputabilidad y edad penal*, p. 5.

⁹⁸² Ibid., p. 6.

⁹⁸³ Ibid., p. 7.

⁹⁸⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Imputabilidad y edad penal*, p. 8.

Alessandro Baratta, analisando a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o ECA, sustentava que aquele tratado consagrara uma responsabilidade penal, ainda que atenuada em relação a dos adultos, mas de mesma natureza, e isso porque em ambos os casos se estaria diante de uma resposta à realização culpável de uma figura delitiva e de uma restrição de direitos, uma sanção negativa⁹⁸⁵.

Se se trata de responsabilidade penal, ainda que atenuada, não de se respeitar todos os filtros previstos pelo Direito Penal de adultos para a atribuição de responsabilidade penal a uma determinada pessoa. Para o autor, os filtros seriam quatro⁹⁸⁶: (i) prova da realização do delito; (ii) a realização do delito deve ser contrária à lei, ou seja, a conduta deve ser típica e antijurídica; (iii) o adolescente, da mesma forma que o adulto, para que se lhe possa atribuir aquela responsabilidade penal atenuada, deve ter aquela “*capacidade de culpabilidade*”, ou seja, a capacidade de querer e entender a ação que está levando adiante, conhecendo a antijuridicidade; e (iv) o comportamento deve ser culpável, não sendo suficiente a mera constatação da capacidade de entender e querer.

Especificamente em relação à imputabilidade, Baratta afirmou que haveria confusão no uso dos termos “imputabilidade” e “inimputabilidade”, pois seriam usados de forma confusa para designar situações distintas: de um lado, a capacidade de responsabilidade penal, e de outro, a capacidade de culpabilidade. Diante disso, o autor propôs que o termo *imputabilidade* deveria ser reservado para a primeira acepção, e os termos “*capacidade de culpabilidade*” (ou “capacidade de entender e querer”) para a segunda⁹⁸⁷. Assim, as normas em questão estariam se referindo à segunda forma de responsabilidade, uma vez que não faria sentido se fossem interpretadas como uma presunção absoluta de incapacidade de entender e querer; seriam, isto sim, uma regulação da capacidade de responsabilidade penal em geral, isto é, da possibilidade de ser sujeito de sanções negativas previstas para diferentes estratos de idade ou não ser sujeito de qualquer sanção negativa⁹⁸⁸.

Eduardo Pesce Lavaggi, escrevendo sobre o Projeto de Código da Infância e Adolescência uruguaio (hoje, a Lei 17.823/04), estudou a conveniência ou inconveniência da adoção da

⁹⁸⁵ BARATTA, A. *Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia*. A propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, p. 9-10.

⁹⁸⁶ Ibid., p. 10.

⁹⁸⁷ Ibid., p. 13.

⁹⁸⁸ Idem, ibidem.

culpabilidade, em um sentido normativo, no Direito Penal Juvenil⁹⁸⁹. Lavaggi partiu do conceito de culpabilidade normativa pura para posteriormente analisar as mais modernas enunciações da culpabilidade que poderiam se derivar do mesmo. Apesar de entender que a teoria normativa pura cumpriria uma função limitativa do poder punitivo estatal, uma vez que só se castigaria a comissão do injusto quando era exigível do sujeito a atuação de acordo com a norma, tratar-se-ia de uma concepção criticável pelo seu conteúdo eticizante, que acaba reprovando a má consciência individual ⁹⁹⁰.

Por essa crítica, Lavaggi passou a trabalhar o que chamou de “moderna formulação da culpabilidade normativa” (“culpabilidade social”), que, acolhida em especial por autores hispano-americanos, e partindo de uma matriz normativa, admitiria a incidência de fatores socioculturais por meio do juízo de exigibilidade⁹⁹¹. Dialogando com Zaffaroni, Bustos Ramírez, Muñoz Conde e Gonzálo Fernandez, Lavaggi defendeu a penetração destes fatores socioculturais e de realidade social na culpabilidade, admitindo se tratar de culpabilidade de autor, mas com sinal negativo, em uma perspectiva redutora de poder punitivo ⁹⁹².

A respeito do juízo de imputabilidade, percebeu Lavaggi, na esteira do pensamento de Bustos Ramírez, que a inimputabilidade como uma “incapacidade de conhecer a ilicitude e atuar conforme a este conhecimento” carregaria em si a tendência de desconhecer o caráter de pessoa do adolescente, isto é, um ser autônomo dotado de direitos e obrigações, reforçando sua estigmatização, tornando-o dependente do Estado, o que iria à contramão do respeito a sua dignidade⁹⁹³.

Considerando as críticas a essa visão, a inimputabilidade teria adquirido outra dimensão, uma vez que a dignidade do adolescente como pessoa implica em sua consideração como sujeito responsável, mas com um diverso nível de responsabilidade, imposto por razões de política criminal, o que se pauta com um diverso nível de exigibilidade⁹⁹⁴.

Carlos Uriarte, reforçando a ideia de *alteridade* no Direito Penal⁹⁹⁵, anota que, em consonância com o *princípio da autonomia progressiva*, consagrado pela Convenção

⁹⁸⁹ PESCE LAVAGGI, E. A. *Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil*, p. 362.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 363-364.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 364.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 364-366.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 368.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 369.

⁹⁹⁵ Em uma bela passagem, nas palavras do autor: “si el otro no puede optar (no le concedemos campos de opciones), se nos queda en el mundo de las cosas (lo cosificamos). En realidad, porque yo opto el otro opta; o soy porque el otro es, y viceversa. Opción sin alteridad de opción es opción de nada (...) Dignidad es, pues, mi opción,

Internacional dos Direitos da Criança⁹⁹⁶, o jovem deixaria de ser um incapaz (que significava basicamente *não ser algo*) e passaria a *ser algo em si*, isto é, um ser com capacidade em desenvolvimento, de acordo a sua peculiar situação vital. Consequentemente, o adolescente se posiciona ante o sistema penal (poder punitivo exercido pelos adultos) como um sujeito de direitos e necessidades, com maiores possibilidades de se colocar como ativo, autônomo e responsável⁹⁹⁷.

O autor anota ainda que todos os direitos que o Direito Penal Juvenil consagra cumprem a função de limitar e conter o exercício de poder punitivo do mundo adulto, com a exigência fundamental de não servirem de obstáculo aos processos de realização pessoal do jovem⁹⁹⁸.

Neste norte, um adolescente que viva um processo vital de crescente autonomia pessoal torna-se capaz e por isso pode apreciar o caráter ilícito do ato ou determinar-se segundo sua apreciação, devendo o adolescente ser concebido como um sujeito responsável, com capacidade e direito a optar ou, pelo menos, a motivar-se pela norma⁹⁹⁹.

Uriarte defende, então, que no Direito Penal Juvenil, a culpabilidade deve funcionar como um limite ao exercício de poder punitivo; como limite, formula-se como reprovabilidade, que pressupõe: capacidade (conceituada como autonomia progressiva e com limite da idade mínima), possibilidade de conhecer a antijuridicidade e inexigibilidade de conduta diversa. Todos estes elementos devem ser pensados em termos gradativos, ajustáveis ao caso concreto, até porque a reprovabilidade é, por definição, graduável e permeia os aspectos que a integram¹⁰⁰⁰.

Desde o direito penal juvenil chileno, Héctor Hernández Basualto sustenta que tanto nas categorias que dizem respeito ao injusto (tipicidade, antijuridicidade), como nas restantes categorias relativas ao exame de culpabilidade, deve-se, por imperativo de proporcionalidade e

la opción del otro y la posibilidad de su recíproca percepción y realización” (URIARTE, C. E. *Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil*, p. 54).

⁹⁹⁶ Entende-se o *princípio da autonomia progressiva* como o princípio que orienta ao reconhecimento progressivo da capacidade de autodeterminação do sujeito adolescente; entendê-lo como capaz de tomar decisões de fazer escolhas adequadas a cada etapa da vida que esteja atravessando. Este princípio encontra fundamentos na doutrina da proteção integral, isto é, na responsabilidade dos adultos, através do Estado, da sociedade e da família, de garantirem condições para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes; e na própria dignidade da pessoa humana, pela compreensão do sujeito como capaz de fazer escolhas, de participar dos processos sociais como protagonista, conviver em família e contribuir com sua individualidade em meio à coletividade, de forma cidadã (COSTA, A. P. M. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*, p. 210-212).

⁹⁹⁷ URIARTE, C. E. Op.cit, p.77.

⁹⁹⁸ Idem, ibidem.

⁹⁹⁹ Ibid., p. 78.

¹⁰⁰⁰ Ibid., p. 79-80.

igualdade, se fazer adequações necessárias para se assegurar um tratamento penal justo para os adolescentes¹⁰⁰¹.

No que tange à imputabilidade, assumindo uma construção diferenciada, Hernández Basualto verifica que a inimputabilidade por enfermidade mental relativa a adolescentes deve sofrer uma profunda revisão, diante da singularidade deste estado quando se apresenta em um indivíduo adolescente: sua imaturidade, sua labilidade, sua relativa falta de estabilidade emocional e, conseqüentemente, a possibilidade de reações irracionais próprias de uma etapa de vida de transição obriga a que se atribua um peso consideravelmente maior a alterações mentais que, tratando-se de adultos, não pareceriam tão significativas¹⁰⁰².

Jaime Couso Salas, por sua vez, baseando-se nas contribuições da Psicologia do desenvolvimento e da Criminologia sobre a diferente situação em que se encontra o adolescente em comparação ao maior de idade, sustenta que em matéria de responsabilidade penal especial, a categoria mais sensível a modificações é a culpabilidade, que, em adolescentes, deve ser menor, em razão de suas diferenças físicas, psicológicas e emocionais¹⁰⁰³. De fato, o autor verifica que a ideia de uma culpabilidade diminuída é amplamente aceita no direito comparado, até mesmo em tradições de “common law”, ao se vedar ou limitar a imposição de penas graves a adolescentes¹⁰⁰⁴.

Aprofundando esta ideia, Couso Salas analisa as exigências de julgamento diferenciado dos adolescentes em relação aos diversos elementos da categoria sistemática da culpabilidade. No que se mostra como uma imputabilidade diferenciada, o autor inicia levantando a hipótese de se oferecer ao adolescente, maior da idade mínima de responsabilização, de demonstrar que,

¹⁰⁰¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. *El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”*, p. 201.

¹⁰⁰² Ibid., p. 208.

¹⁰⁰³ COUSO SALAS, J. *La especialidad del Derecho Penal de adolescentes*. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo, p. 288. O autor se espelha na Observação Geral 10, parágrafo 10, do Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas: “10. In all decisions taken within the context of the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a primary consideration. Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs. *Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law* (grifo nosso). These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system and require a different treatment for children. The protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety.”

¹⁰⁰⁴ O autor faz menção, em especial, ao acolhimento progressivo desta ideia pela Suprema Corte americana, que rechaçou a imposição de pena de morte a menores de 18 anos, e de pena perpétua a estes sujeitos, por delitos que não sejam de homicídio, partindo das diferenças psicológicas e de experiência entre adolescentes e adultos, das quais se depreende a menor culpabilidade dos primeiros (COUSO SALAS, J. Op. cit., p. 297-298).

apesar de ser cronologicamente adolescente, não contaria com a maturidade necessária para responder como um imputável¹⁰⁰⁵.

Ainda na imputabilidade, o autor sustentou que privações temporais de razão devem apreciar-se de forma especial em adolescentes, seja declarando seu efeito eximente, seja concedendo-lhes eficácia atenuante, o que é exemplificado pelo autor para casos de inimputabilidade por embriaguez alcoólica, quando se deve considerar que concentrações de álcool insuficientes para afetar a imputabilidade de um adulto, poderiam, sim, ser tomadas em conta para um adolescente¹⁰⁰⁶.

Beatriz Cruz Marquez, ao estudar o Direito Penal Juvenil espanhol (edificado a partir da Lei Orgânica 5/2000 com as reformas promovidas pela Lei Orgânica 8/2006), entende que neste ramo, a culpabilidade reflete a dimensão garantista do princípio do interesse superior do adolescente, pois não deixa de ser manifestação das peculiaridades de sua culpabilidade, enquanto um indivíduo que se encontra em uma fase de desenvolvimento da personalidade sumamente delicada e que não dispõe ainda dos mesmos instrumentos que a pessoa adulta para ajustar seu comportamento conforme à norma penal¹⁰⁰⁷. A conduta delitiva do adolescente se encontra estreitamente ligada à fase evolutiva em que se encontra, caracterizada pela aquisição de habilidades e afrontamento de estresse e transições complexas, o que justifica uma intervenção diferente da prevista para um adulto diante de um mesmo delito; isso não apenas em termos quantitativos, por uma “menor culpabilidade”, mas principalmente em termos qualitativos, garantindo a continuidade de seu livre desenvolvimento e autônomo como pessoa, mediante o fomento de suas capacidades e interesses e o oferecimento da assistência necessária para que supere ou minimize, material ou psiquicamente, os obstáculos que poderiam colocá-lo em perigo¹⁰⁰⁸. É necessário, portanto, quando da determinação e medição de sua culpabilidade, observar as implicações das circunstâncias pessoais no processo de aquisição do grau de amadurecimento suficiente, para compreender o caráter injusto do comportamento realizado e para ajustá-lo conforme a dita compreensão¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ Ibid., p. 303. Note-se que, apesar da semelhança, esta sugestão não se confundiria com o velho critério do discernimento, porque este é um elemento que, sendo verificado, redundaria em responsabilização. Possibilitar uma demonstração de inimputabilidade por imaturidade pelo adolescente, a seu turno, teria consequência oposta, não redundando em responsabilização penal diferenciada.

¹⁰⁰⁶ Ibid., p. 305.

¹⁰⁰⁷ CRUZ MÁRQUEZ, B. *Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente*, p. 244.

¹⁰⁰⁸ Ibid., p. 245.

¹⁰⁰⁹ Ibid., p. 246.

Descartando a prevenção especial positiva, e excluindo a prevenção geral negativa e positiva, seja na forma de intimidação como na forma de reforço de vigência da norma, a autora sustenta que, na verdade, a finalidade preventivo-geral do direito penal de menores encontraria seu fundamento na necessidade social de exigir responsabilidade penal ao menor que infringe a norma, apesar de dispor da capacidade de atuar conforme a ela – aqui, proporcionalidade e culpabilidade, como garantias irrenunciáveis em um Estado de Direito, figuram como limites à demanda punitiva manifestada pela sociedade em um momento concreto¹⁰¹⁰. Devem-se considerar em todo caso, com independência da gravidade do fato cometido, as circunstâncias pessoais e familiares do adolescente, assim como seus interesses e habilidades, ao objeto de minimizar os efeitos estigmatizantes da intervenção punitiva e de evitar interferências no desenvolvimento autônomo de sua personalidade, assim como na construção da própria identidade¹⁰¹¹.

Criticando a legislação espanhola, que impõe internação fechada para a prática de crimes mais graves¹⁰¹², a autora percebe que essa normativa vulnera o interesse superior do adolescente, além de prescindir da valoração das peculiaridades que possa apresentar o menor no aspecto cognitivo e ou volitivo da imputabilidade, como no resto dos elementos que a configuram (conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Aqui estaria o principal erro destas disposições, ou seja, na pretensão de responder a um delito cometido por um adolescente com um esquema de culpabilidade na medida de um adulto, mas rebaixado quantitativamente¹⁰¹³.

Tratando especificamente da responsabilidade juvenil, considerando que o Direito Penal Juvenil espanhol importa exatamente as causas de isenção ou extinção da responsabilidade previstas no Direito Penal comum (art. 5.1, Lei Orgânica 5/2000), percebe a autora o protagonismo assumido por cada um dos elementos da culpabilidade, na medida em que esta constitui um juízo de reprovação ao autor da conduta delitiva por não ter acomodado sua conduta à norma penal apesar de ter podido fazê-lo, além das peculiaridades da fase adolescente provocarem numerosas matizações a respeito¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Ibid., p. 246-247.

¹⁰¹¹ Ibid., p. 247.

¹⁰¹² No caso de homicídio, assassinato, agressões sexuais, terrorismo e outros crimes sancionados com pena de prisão igual ou superior a 15 anos, o juiz é obrigado a impor internação fechada, completada com liberdade vigiada, nos termos do art. 10.2, Lei Orgânica 5/2000 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>)

¹⁰¹³ CRUZ MÁRQUEZ, B. *Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente*, p. 253.

¹⁰¹⁴ Ibid., p. 257.

Além de constatar a existência de um consenso em relação à culpabilidade “diminuída” do menor infrator, Cruz Marquez sustenta que isto não reflete em sua totalidade a magnitude das implicações dos câmbios experimentados ao longo da fase adolescente, que acarretam em diferenças qualitativas seja na percepção da norma infringida e suas consequências, como na vivência da intervenção penal ¹⁰¹⁵. Consequentemente, não basta comprovar que o menor dispôs de capacidade para compreender o caráter injusto do fato e para atuar conforme a dita compreensão; a valoração concreta da culpabilidade exige que se analise a dinâmica e a natureza da conduta delitiva à luz das singularidades do processo evolutivo de cada adolescente em particular ¹⁰¹⁶.

Asunción Colas Turégano, também escrevendo desde o contexto espanhol, expressamente afirma que ao se considerar responsável o maior de catorze anos (consideradas suas peculiaridades), consequentemente há de se estimar que ele é titular de uma imputabilidade específica, definida e condicionada por sua imaturidade, o que iria ao encontro da normativa internacional na matéria, em especial, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 ¹⁰¹⁷.

No Brasil, Fuller, Dezem e Martins defendem que o ato infracional, para além de requerer a demonstração da conduta típica, depende ainda da ilicitude do fato e da reprovabilidade do adolescente, que ora denominam culpabilidade juvenil, que dispensaria a imputabilidade por idade ¹⁰¹⁸. Esta imposição seria um desdobramento da regra da Diretriz de Riad nº 54, que obriga a que não seja delito e nem seja punido o ato cometido por adolescente quando não o for em relação a um adulto ¹⁰¹⁹. Os elementos da culpabilidade seriam aplicáveis ao adolescente, com a ressalva de que, na hipótese de inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não seria aplicável medida socioeducativa (tampouco medida de segurança), mas apenas medida de proteção consistente em tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial ¹⁰²⁰.

Segundo Karyna Sposato, no Direito Penal Juvenil, a culpabilidade e a responsabilidade representam que as medidas socioeducativas devem ter como pressuposto o agir infracional do

¹⁰¹⁵ Ibid., p. 258.

¹⁰¹⁶ Ibid., p. 258-259.

¹⁰¹⁷ COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho penal de menores*, p. 181.

¹⁰¹⁸ FULLER, P. H. A.; DEZEM, G. M.; MARTINS, F. *Estatuto da criança e do adolescente*. Difusos e coletivos, p. 92-93.

¹⁰¹⁹ Diretrizes de Riad, 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem (tradução nossa).

¹⁰²⁰ FULLER, P. H. A.; DEZEM, G. M.; MARTINS, F. Op. cit., p. 92-94.

adolescente, que há de ser um agir típico, antijurídico e culpável e, como no Direito Penal comum, não pode haver sanção sem prévia demonstração de culpabilidade ¹⁰²¹. O princípio da culpabilidade deve valer também para a imposição as medidas socioeducativas ¹⁰²².

Aprofundando o estudo da culpabilidade no Direito Penal Juvenil brasileiro, Sposato aduz que a ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores de idade permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares de forma generalizada tem favorecido a percepção (errônea) na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução ¹⁰²³.

Na visão de Sposato, a rejeição da periculosidade como fundamento ou limite da pena, nos Estados democráticos de Direito, entra em contradição com a imposição de sanções preponderantemente preventivas fundadas no caráter fluido do estado perigoso, como ocorre com os menores de 18 anos. A exigência democrática de que a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidam a qualidade e quantidade da sanção, seria estranhamente afastada da imposição de medidas coercitivas e sancionatórias aos adolescentes autores de infração penal ¹⁰²⁴.

Aplicada à responsabilidade penal dos adolescentes, a análise da culpabilidade se revestiria de dupla faceta: reconhece o adolescente como ser humano titular de direitos fundamentais e confere um fundamento à imposição das medidas socioeducativas, limitando o poder punitivo e as chamadas funções preventivas de tais sanções ¹⁰²⁵.

Sposato entende que embora a responsabilidade penal dos adolescentes tenha assento nos mesmos pressupostos da responsabilidade penal dos adultos, em razão da idade e da condição peculiar de desenvolvimento, a responsabilidade dos primeiros deve ter um caráter especial, sobretudo pela intensificação dos aspectos educativos de sua intervenção ¹⁰²⁶.

Neste norte, ao se dedicar à categoria da imputabilidade, Sposato sustenta que se a imputabilidade do menor de idade não é completa, trata-se uma imputabilidade *sui generis*; não meramente uma imputabilidade diminuída (independentemente de que seja também possível

¹⁰²¹ SPOSATO, K. B. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*, p. 102.

¹⁰²² Id., *O Direito Penal Juvenil*, p. 104.

¹⁰²³ Id., *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*, p. 84.

¹⁰²⁴ SPOSATO, K. B. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*, p. 140-141.

¹⁰²⁵ Ibid., p. 162.

¹⁰²⁶ Ibid., p. 163.

apreciar no adolescente outra causa de inimputabilidade completa ou incompleta), destacando-se que este elemento dogmático possui uma série de fatores condicionantes, que influem sobre a capacidade de entender e querer, e por isso, seria possível afirmar que na imputabilidade concorreriam fatores de ordem biológica, psicológica, e inclusive sociológica, uma vez que contribuiriam para conformar a capacidade intelectual e volitiva necessária para ser imputável¹⁰²⁷. Reafirmando este posicionamento, Sposato leciona:

Importante destacar que a inimputabilidade penal etária não exclui dos adolescentes tais capacidades, mas tão somente funciona como fundamento para um sistema específico de responsabilidade penal que combina razões de caráter psicopedagógico com critérios de imputabilidade e de prevenção especial de finalidade predominantemente educativa. Portanto, a diferença da reação penal para os menores de idade em relação aos adultos é de natureza qualitativa e não unicamente quantitativa. Se assim o fosse, a inimputabilidade penal etária se aproximaria da semi-imputabilidade, que dá margem a uma redução da pena originalmente imposta ao adulto imputável. Em definitivo, não é este o caso; o adolescente possui sua imputabilidade *sui generis* o que o faz titular de uma resposta penal diferenciada do adulto, quantitativa e qualitativamente¹⁰²⁸.

Em suma, considerando que a medida socioeducativa possui natureza penal, que o ato infracional não difere em substância de um crime ou contravenção penal, e que esta imputabilidade *sui generis* do adolescente não seria óbice à verificação dos demais elementos que compõem a estrutura da culpabilidade, Sposato conclui no sentido da existência de uma culpabilidade especial para os adolescentes e que responde, em última análise, à ideia de que, se o adolescente é sujeito de direitos, dele não pode ser subtraído o direito fundamental de ser responsável pelos seus atos¹⁰²⁹.

Em trabalhos anteriores, destaquei a perplexidade em se sujeitar o adolescente a uma responsabilização penal especial, mas reputando-o penalmente inimputável. A partir dos subsídios críticos da doutrina de Bustos Ramírez, cheguei a questionar a própria necessidade de se manter a dicotomia entre imputáveis e inimputáveis no direito penal. Sustentei quanto aos adolescentes a manutenção da inimputabilidade penal, *desde que ela significasse e acarretasse não somente a aplicação das garantias constitucionais previstas para o imputável, mas também um complexo adicional de garantias, próprias do sujeito inimputável*. No caso dos adolescentes, suas garantias adicionais decorrem do princípio do superior interesse e dos deveres de proteção do Estado. Portanto, seria concebível se falar em um *direito fundamental*

¹⁰²⁷ Ibid., p. 164.

¹⁰²⁸ Ibid., p. 165.

¹⁰²⁹ Ibid., p. 206-208.

à *inimputabilidade penal*, que, no Direito brasileiro, ocorre aos dezoito anos (art. 228, CRFB) e que, portanto, é *cláusula pétrea* - embora não expressa -, insuscetível à alteração por Emenda Constitucional¹⁰³⁰.

Entretanto, se é verdade que o adolescente é penalmente inimputável, a concepção de uma *imputabilidade penal juvenil* (ou “diferenciada”, ou “*sui generis*”)¹⁰³¹ possibilitaria identificar que sua funcionalidade instrumental seria reconhecer e concretizar a proteção à personalidade do adolescente, obstaculizando que seja tratado de forma pior do que um adulto¹⁰³².

Assim, partindo da existência de uma imputabilidade penal juvenil, aponte e analise suas correspondentes hipóteses de exclusão: *inimputabilidade etária* (para pessoas com menos de doze anos de idade); *inimputabilidade por sofrimento psíquico* (“doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, art. 26, CP); e *inimputabilidade por embriaguez*, todas em conformidade com os princípios da proteção integral, do superior interesse do adolescente, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da autonomia progressiva¹⁰³³.

No que diz respeito à inimputabilidade etária, sustentei que não apenas o marco penal de 18 anos, mas também os 12 anos necessários para início da responsabilização penal juvenil consubstanciam cláusula pétrea, passíveis de aumento, mas jamais de diminuição. Quanto à inimputabilidade por sofrimento psíquico, a consequência deve ser a aplicação de medida de proteção, com todas as garantias asseguradas na legislação antimanicomial. Quanto à inimputabilidade por embriaguez, postulei critérios e soluções diferenciadas em seu tratamento: resumidamente, exclusão da teoria da *actio libera in causa* do Direito Penal Juvenil e possibilidade de exculpação no caso de embriaguez culposa completa, ou até mesmo incompleta¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 197. Também nesse sentido, BARROS, A. C. A. *Culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 151. A autora sustenta, por isso, que “sua previsão constitucional (da inimputabilidade penal etária aos dezoito anos) não é capaz de obstar a responsabilização penal de adolescentes no âmbito de um sistema de responsabilização distinto que, ainda que de caráter penal, esteja assentado em bases democráticas e garantistas, que reconheça o adolescente como sujeito titular de direitos fundamentais e que se coloque como mecanismo de contenção do poder punitivo estatal, contribuindo para combater a vulnerabilidade dos jovens frente às agências de criminalização secundárias” (Idem, ibidem).

¹⁰³¹ Recentemente, Ana Carolina Albuquerque de Barros referiu-se a essa categoria como “imputabilidade estatutária”, própria do Direito Penal Juvenil, para os adolescentes sujeitos a medidas socioeducativas (BARROS, A. C. A. Op. cit., p. 152).

¹⁰³² FERRAZ, H. G. *Entre punição e proteção: por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais*, p. 638., jul. 2018.

¹⁰³³ Ibid., p. 638.

¹⁰³⁴ Resumidamente, Ibid., p. 638-639; Id., *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 195-207.

4.2.3

Análise crítica

1. Em uma grande parcela de autores, tanto entre os que defendem um modelo de imputabilidade dispensada, quanto aqueles que afirmam uma imputabilidade “sui generis”, parece vigorar a seguinte premissa meta-dogmática: *da interpretação da norma jurídico-penal positivada é que se deve construir uma teoria do delito a ela correspondente*. Por correta que seja, uma obediência cega esta premissa gera consequências indesejáveis tanto em um quanto em outro modelo.

2. Em respeito à premissa construtiva que adotam, os autores adeptos dos modelos de imputabilidade dispensada acabam sustentando remendos teóricos para reparar as deficiências sistemáticas provocadas pela filiação sem ressalvas ao imperativo constitucional da inimputabilidade penal de menores de dezoito anos. Para não se afirmar que o adolescente seja, em alguma medida, imputável (ainda que em seus próprios termos), afirma-se que ele possuiria uma “relativa capacidade” (que nada mais é do que a mesma categoria cujo nome se evita afirmar); rejeita-se a imputabilidade, mas, em nome do princípio da culpabilidade, defende-se a aplicação de todas as demais categorias conceituais (inclusive as causas de exclusão da categoria que restou excluída, que são remetidas para outros espaços, como a exigibilidade de conduta diversa).

3. A posição de um modelo de imputabilidade “sui generis” se sustenta, na maioria de seus autores, a partir de uma afirmação normativa contundente, positivada pelo legislador, de que o sistema de justiça no qual se insere o adolescente que praticou a infração é *penal*, dependendo-se de uma legislação que carregue expressamente esse rótulo. É o que ocorre nos países de onde escrevem a maior parte dos autores estrangeiros. O defeito maior dessa posição é que a aproximação entre medidas correcionais aplicadas a menores de idade e as penas aplicadas a adultos não se dá por batismo legislativo, mas sim no plano fático, diante das características e grau de afluência semelhantes que compartilham entre si.

4. Tanto em um quanto em outro modelo, essa premissa meta-teórica de que a maioria de seus autores parte deve ser tomada com ressalvas. O texto normativo positivado não pode ser ignorado, mas também não pode ser tido de forma absoluta. A teoria do delito é uma ferramenta à serviço do Estado de Direito e da proteção à pessoa humana, mais especificamente, daquele que comete um delito, em resistência ao avanço das pulsões do Estado de Polícia. Por isso, todo e qualquer dado normativo só interessa na medida em que permitir à dogmática a maior promoção possível do Estado de Direito com o mínimo de déficits em coerência e contradições internas.

5. Embora em ambos os modelos se encontrem autores filiados a esta percepção redutora da teoria do delito, os déficits apontados acima parecem ser minimizados em modelos de imputabilidade “sui generis”, pois estes conferem um pouco mais de largueza e espaço para as construções teóricas do delito, e neles são encontrados mais subsídios dogmáticos para a elaboração de soluções jurídicas adaptadas à realidade empírica e ao grau de autonomia do menor de idade autor de infrações penais.

6. Se a partir da inimputabilidade etária é defendida toda uma aplicação diferenciada da teoria do delito para sujeitos que são submetidos a sistemas de responsabilização infracional, esta posição sugere que a imputabilidade, enquanto categoria conceitual, no que se refere a menores de idade, encontra-se em posição sistemática inadequada, pois sua manutenção na culpabilidade se limita a projetar desdobramentos apenas a esse elemento do delito. Se entre adultos e adolescentes, análises de elementos e situações do injusto não parecem ser as mesmas – por exemplo, a tipicidade subjetiva (dolo e culpa nas suas respectivas espécies) não é equiparável entre adultos e adolescentes; tampouco o exercício de causas de justificação; ou mesmo as situações de erro -, a imputabilidade, em seu aspecto etário, parece merecer uma roupagem teórica mais robusta e autêntica para que se permita explorar suas dimensões e potencialidades para além de seu enquadramento sistemático e conceitual corrente.

4.3

Síntese crítica do capítulo

Nesse capítulo, buscou-se identificar as principais tendências dogmáticas contemporâneas de revisão da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico. Passa-se a uma síntese crítica, apontando similaridades e diferenças entre os dois movimentos. Primeiro, as similaridades:

1. Os dois movimentos dogmáticos são expressões importantes de inconformismo com a imputabilidade segundo os formatos definitivamente assentados pelo finalismo (e que seguem essencialmente os mesmos até hoje). Este inconformismo se deve a pelo menos três razões: (i) uma “capacidade de culpabilidade” segundo parâmetros cognitivos e volitivos é empiricamente questionável e normativamente excludente das categorias de pessoas que, devido a esta exclusão, sofrem déficits agravados de direitos e garantias fundamentais; (ii) seu fundamento material, qual seja, o livre-arbítrio, é rechaçado por sua inverificabilidade e pela incompatibilidade com os fins e objetivos atribuídos ao direito penal e (iii) seu afastamento em casos de menoridade e de sofrimento psíquico redundando na sujeição do inimputável a medidas que são substancialmente penais, mas desprovidas de limites normativos consistentes.

2. As posições críticas esboçadas para inimputáveis por sofrimento psíquico e inimputáveis etários compartilham do abandono e crítica à periculosidade positivista em nome de uma defesa mais contundente de um direito penal do fato, atrelado à culpabilidade do agente.

3. Observa-se duas grandes proximidades: uma primeira, entre as vias de “imputabilização diferenciada” para inimputáveis etários (através de um “direito penal juvenil”) e por sofrimento psíquico; e uma segunda, entre o modelo de imputabilidade dispensada e as posições que remetem a imputabilidade para a conduta (Juarez Tavares) ou a subtraem do direito penal (Quintero Olivares e Fernanda Lamarão). As duas alternativas coincidem na busca de um horizonte político-criminal abolicionista, mas divergem em relação às formas de arranjo teórico e sistemático na teoria do delito, o que as aproxima tanto em virtudes quanto em deficiências.

4. As perspectivas de imputabilização diferenciada do portador de sofrimento psíquico e a defesa de uma imputabilidade “sui generis” do adolescente tendem a projetar consequências dogmáticas para além da culpabilidade, afetando a estrutura da teoria do delito por inteiro, o que sugere que esta seja revisada também desde um ponto de vista estrutural.

Quanto às diferenças verificadas:

1. De forma dominante, as discussões sobre imputabilidade no direito penal juvenil partem da desconstrução e do repúdio ao critério da periculosidade positivista; já as mesmas discussões quanto a portadores de sofrimento psíquico, não necessariamente. Como visto, a propositura de um novo conceito, fundamento material ou enquadramento sistemático guarda não implica, por si só, em se rechaçar a lógica manicomial expressa na periculosidade e nas medidas de segurança.

2. As discussões sobre imputabilidade no direito penal juvenil ostentam funcionalidade político-criminal explícita, tendo em vista a inserção do menor de idade em sistemas de responsabilização diferenciada. As discussões da mesma categoria, quando relativas a portadores de sofrimento psíquico, apenas de forma eventual: as modificações esboçadas na imputabilidade muitas vezes se deram exclusivamente por razões estritamente dogmáticas.

3. Os modelos dogmáticos de revisão da inimputabilidade etária passam necessariamente pelo debate de superação da lógica tutelar e menorista; logo, possuem referenciais criminológicos e político-criminais mais definidos. Por outro lado, nem todas as soluções dogmáticas traçadas para inimputáveis por sofrimento psíquico visam a um horizonte antimanicomial.

4. Observa-se que diante do inconformismo em relação ao enquadramento hegemônico da imputabilidade foram traçadas mais posições e alternativas quanto a portadores de sofrimento

psíquico do que quanto a menores de idade. As razões para este volume mais expressivo de produção teórica parecem remeter às formações históricas do sequestro e dos discursos manicomiais e tutelares. O sofrimento psíquico foi apreendido pelo discurso e pelo controle penal, embora tenha sido justificado de forma híbrida: em parte “terapia”, em parte retribuição penal. Já a menoridade passou a ser projetada para fora do sistema penal, enquadrada em sistemas paralelos de controle social, cujo status de ramo especial do direito penal apenas recentemente foi sustentado.

5. De forma predominante, os problemas e críticas relativas à inimputabilidade por sofrimento psíquico abriram possibilidades para mudanças estruturais na teoria do delito: conceitos, fundamentos materiais e enquadramento sistemático. Já os problemas e críticas relativos à inimputabilidade etária renderam frutos dogmáticos mais limitados: em geral, aplicações eventuais da teoria do delito para preencher o vácuo de garantias fundamentais a que são sujeitos menores de idade na justiça juvenil.

5

Para além de “menores” e “loucos”: propostas realistas-marginais de reformulação dogmática da imputabilidade no direito penal

Neste último capítulo busca-se construir novas perspectivas e horizontes à teoria do delito, considerando-se as insuficiências tanto da concepção dominante de imputabilidade (e, conseqüentemente, suas relações com a disciplina das medidas de segurança e socioeducativas), como das tendências contemporâneas de sua revisão.

5.1

Premissa metodológica: uma compreensão teleológico-funcional redutora da teoria do delito

Categorias conceituais e elementos estruturais da teoria do delito não são temas jurídicos “inocentes” ou elaborações intelectuais “descompromissadas”. A construção teórica do delito, além de situada histórica, política e socialmente em um contexto e um lugar, depende de prévia definição de questões primordiais, meta-dogmáticas: estabelecer quais as relações entre o saber penal e os dados de realidade, e de que forma eles são levados em conta; qual o sentido da punição, como ela é compreendida e apreendida; e, conseqüentemente, qual funcionalidade assume o saber diante dela.

Tradicionalmente, como visto, a dogmática jurídico-penal esteve associada ao objetivo político-criminal de realização de “segurança jurídica”, entendida aqui como previsibilidade decisória¹⁰³⁵. Não apenas esse é um objetivo de legitimidade e realização questionáveis¹⁰³⁶, como sua concretização depende do sentido político que a ele se vincule: este sentido pode ser democrático ou autoritário¹⁰³⁷. No primeiro caso, a ideia de segurança jurídica pode ser criticável, mas realizável em alguma medida, sendo meio para fins, para a garantia de direitos humanos e fundamentais; no segundo, ela é inviável, reduzindo-se à segurança da vontade do

¹⁰³⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 152-153.

¹⁰³⁶ Cf. ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*.

¹⁰³⁷ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. Op. cit., p. 153-154.

Estado e de seus membros contra os desobedientes da ordem estabelecida, e, assim, de “segurança jurídica” não mais se trata.

A teoria do delito é, nada mais, nada menos do que uma ferramenta. Ela instrumentaliza, em sentido técnico-jurídico, o conteúdo ideal proclamado pelos princípios fundamentais que atravessam o saber penal, cuja legitimação é política e que advém do núcleo duro da ideia de estado de direito (ou estado democrático de direito, ou estado constitucional de direito), que se contrapõe a um “estado de não direito”, desprovido de garantias, cujo nome atenderia, em termos gerais, a um “estado policial”, ou “estado de polícia”. O estado de direito se coloca em resistência, em oposição ao avanço do estado de polícia, e nesse exercício de resistência, a teoria do delito assume a imagem metafórica de um filtro, ou, nas palavras de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, um “*dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito*”¹⁰³⁸. Contudo, se, em última instância, essa contenção não for racionalmente realizada pelos operadores do sistema, a teoria do delito (enquanto parte da ciência e dogmática do direito) ainda é capaz de cumprir um derradeiro, mas importante papel político de denúncia: *desnudar o que se apresenta como um ato nu de poder*¹⁰³⁹.

A elaboração dessa contenção teórica não depende da afirmação de uma teoria de justificação da pena (retribuição ou prevenção). Da afirmação de limites ao exercício do poder punitivo não decorre, necessariamente, sua legitimação. A um modelo teórico de filtragem redutora corresponde uma resposta agnóstica ou negativa à pena: no plano dos discursos oficiais, não apenas é dispensável indagar por que ou para que punir, como, no que diz respeito à construção dogmática em si, essa questão se torna mesmo irrelevante. Portanto, relativamente ao aspecto funcional atribuído à construção dogmática que aqui se utiliza, parte-se de uma teoria agnóstica ou negativa da pena¹⁰⁴⁰, que enxerga a pena a partir de seu único aspecto relevante: sua operacionalidade real. Sendo a pena “*uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*”¹⁰⁴¹, a dogmática jurídico-penal passa a assumir viés teleológico-funcional redutor, programação político-criminal que atinge a todas as particularidades construtivas do sistema teórico do delito¹⁰⁴².

¹⁰³⁸ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 20.

¹⁰³⁹ Ressalvadas divergências de perspectiva político-criminal, incorpora-se esta síntese tal qual esboçada por GRECO, L. *Dogmática e ciência do direito penal*, p. 29.

¹⁰⁴⁰ Como desenvolvida em FERRAZ, H. G. *Direito penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena*, p. 55-96.

¹⁰⁴¹ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 99.

¹⁰⁴² Id., *Direito penal brasileiro II*, I, p. 60.

Quanto aos elementos que compõem o sistema teórico do delito, no marco do funcionalismo teleológico-redutor, parte-se de premissa forjada pelo finalismo (mas não assumida com o mesmo vigor jusnaturalista que lhe conferira Welzel): a ideia mais modesta de que o direito, a despeito de seus elementos normativos, se constrói em respeito a dados da realidade, ônticos, que existem no mundo e que não estão à disposição do legislador, do jurista ou de quem quer que seja. Tais dados não se referem apenas ao criminalizado, mas, também e principalmente ao sistema penal, aos mecanismos de criminalização e sua legitimação discursiva, isto é, os conceitos e categorias de que se vale o direito penal¹⁰⁴³.

Isso não significa que a construção conceitual possa ser feita “de qualquer forma”, ou a partir de uma incorporação cega de qualquer teoria “crítica” que possa ser “útil” ao objetivo político-criminal maior de contenção e redução de poder punitivo. Esse exercício limitador vincula-se à promoção do Estado Democrático de Direito (consequentemente, de proteção à pessoa humana), e, portanto, é desta noção maior que se extraem os imperativos normativos que preenchem de conteúdo e sentido a teoria do delito.

De toda forma, reconhece-se que qualquer dogmática jurídico-penal (e mesmo um modelo teleológico-funcional redutor não é diferente) representa um modelo de decisão – nesse sentido, similar a uma teoria da decisão –, razão pela qual guarda em si a pretensão de se concretizar em jurisprudência, em ser aplicável no cotidiano judicial¹⁰⁴⁴. Por isso, sua construção, para além dos atributos de completude lógica, compatibilidade legal, ou harmonia jurídica¹⁰⁴⁵, comuns a todo sistema dogmático, demanda certo grau de simplicidade e facilidade de compreensão, seja na engenharia intelectual dos conceitos, seja na formulação das soluções jurídico-penais para problemas concretos.

Diante do exposto, pelos fins aqui almejados, mostra-se suficiente assumir como *dados da realidade os sofrimentos psíquicos ou condições peculiares de saúde de que possa padecer o sujeito* (deixando à cargo da perícia especializada sua tarefa de descrever e categorizar cada transtorno e seu impacto no sujeito); a *menoridade*, que reflete *imaturidade*, fase da vida que atinge o adolescente e que lhe acarreta em inúmeras singularidades individuais e sociais; e a *vulnerabilidade perante o poder punitivo que ambas as condições pessoais necessariamente impõem aos seus respectivos (ou simultâneos) titulares*. “Doença mental”, “doente mental” e “menor” são rótulos, e, como tais, sem prejuízo de sua eventual impropriedade, são

¹⁰⁴³ Id., *Direito penal brasileiro*, I, p. 174-176.

¹⁰⁴⁴ ZAFFARONI, E. R. *Prefácio*. In: TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 16-17.

¹⁰⁴⁵ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro*, I, p. 152.

dispensáveis do Direito Penal. As ideias de “aptidão”, “capacidade”, “incapacidade”, bem como a categoria “periculosidade”, são empiricamente incertas, de legitimidade normativa questionável (como a periculosidade), ou simplesmente desimportantes (como “aptidão”, “capacidade”, “incapacidade”) – não porque não existam ou não possam existir, mas porque o direito penal não depende delas para formular suas soluções, seja porque as apreende de forma quase pressuposta (em razão de sua estrutura normativa), ou, simplesmente, porque elas não são de sua alçada, sendo próprias de especialistas da área psi ou infanto-juvenil.

Como *dados normativos*, deve-se levar em consideração os *vetores protetivos a grupos vulneráveis* (dentre os quais se incluem os menores de idade e os portadores de sofrimento psíquico), estampados desde o Direito Internacional dos Direitos Humanos até a Constituição da República e demais leis ordinárias (p.ex., a Lei Antimanicomial, o ECA, a Lei 12.594/2012 – Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo).

Diante desses dados ônticos e normativos, se a inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico foram trabalhadas separadamente, tendo em vista suas diferenças, agora elas não só podem como devem ser reconstruídas conjuntamente e de forma estrutural à teoria do delito, ou seja, a partir das similitudes observadas tanto em suas formações históricas (o que inclui o próprio saber jurídico-penal) como pela análise dos modelos dogmáticos contemporâneos que propuseram sua reformulação. As proximidades verificadas que confluíram para modelos semelhantes de “imputabilização diferenciada”, justificam que a reconstrução teórica do delito seja empreendida, agora, de forma global, enfrentando-se simultaneamente as questões que atravessam as duas inimputabilidades. Tal metodologia atende ao objetivo político-criminal de máxima contenção de poder punitivo de maneira mais promissora, uma vez que não só permite um tratamento mais seguro e previsível das soluções (pois estruturais e não contingenciais), mas também porque abre as portas para o aproveitamento comum de normas e inovações que atravessam tanto uma como outra forma de inimputabilidade.

5.2

A imputabilidade como um elemento autônomo da teoria do delito

Como demonstrado no capítulo anterior, seja qual for a perspectiva crítica que se adote, é notória a defesa de que o inimputável etário ou por sofrimento psíquico não seja desprovido de direitos e garantias fundamentais – notadamente, o respeito à legalidade, lesividade,

culpabilidade, devido processo, dentre outras – de que são titulares os imputáveis. Mais do que isso, tais garantias são piso, e não teto: deve-se acrescentar mais direitos e mais garantias dada a especial condição do inimputável (o transtorno mental de que é portador, ou, no caso dos adolescentes, a imaturidade, que atende na Constituição e demais normas pela expressão “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”).

Destas premissas, extraídas do próprio discurso jurídico-penal, projetam-se consequências para toda a teoria do delito: por exemplo, insiste-se na imputabilidade como um elemento da culpabilidade e não seu pressuposto, o que implica na avaliação de suas demais excludentes; ou sustenta-se uma aplicação diferenciada mais ampla da teoria do delito e seus elementos estruturais.

Se uma categoria conceitual ostenta tamanha capacidade de rendimento (já que projeta consequências sobre toda a teoria do delito), propõe-se, então, reconhecê-la enquanto *elemento autônomo*, fora da culpabilidade, mas parte integrante do conceito analítico de delito. Porém, atestar sua capacidade de rendimento não basta para o seu “batismo jurídico-penal” enquanto componente do delito; deve-se reconhecer sua autonomia e autenticidade também em face dos demais estratos analíticos do conceito.

Em uma primeira abordagem, a imputabilidade pareceria ter a ver com a ação (ou conduta), uma vez que as duas, muito resumidamente, se referem ao sujeito e encarnam certo aspecto de subjetividade e consciência que atravessa, necessariamente, o delito. Entretanto, elas não se confundem.

A análise da ação é tão carregada de dados ônticos que, de fato, atestar a inexistência de ação beira, no limite, a não se reconhecer um fato da vida como um feito humano – e, assim, abre-se uma porteira bastante perigosa que tende a equiparar a ausência de ação à negativa de reconhecimento de uma pessoa enquanto sujeito. Toda concepção normativizada de conduta, que a preenche em excesso com dados normativos (ex: a relação norma-destinatário, concepções comunicativas de conduta, etc.) acaba demandando do jurista um remendo teórico para evitar esse risco, que consiste em construir uma (meta) diferenciação normativa demarcando quem pode ser sujeito para fins de direito penal, mas ressaltando que todos, indistintamente, são sujeitos merecedores de tutela e proteção. Se esse risco e seu remendo teórico são aceitáveis, essa é uma questão a respeito de qual teoria da conduta é mais correta ou conveniente se adotar, questão que, dados os limites do presente trabalho - e em respeito a todos os posicionamentos no debate -, não se pretende adentrar.

De outra partida, a imputabilidade também é composta de dados ônticos (o sofrimento psíquico, a menoridade, p.ex.), mas informada por dados normativos peculiares (os vetores de proteção a grupos vulneráveis) e possui operacionalidade radicalmente distinta, diante da projeção de consequências para além de si própria. Além disso, e esta talvez seja a diferença maior, conduta ou ação *se reconhece*, é um *objeto* que se valora; imputabilidade *se afirma*, é a *valoração do objeto*. Reconhecer a existência de uma ação humana é uma operação intelectual significativamente diversa da afirmação de imputabilidade; de um lado, o atestado de um feito humano no mundo; de outro, um rótulo que recai sobre o sujeito (imputável/inimputável) e que lhe acarreta em consequências no plano do delito (culpabilidade/periculosidade) e no plano das consequências (penas/medidas).

Sendo um rótulo, seria possível imaginar, então, que a imputabilidade se situaria na tipicidade, que opera de forma similar, já que a tipificação de uma conduta, enquanto criminalização, não é muito diferente da imputabilização de um sujeito. Entretanto, há uma diferença crucial entre os dois juízos: a imputabilidade incorpora, fatalmente, dados ônticos em sua construção; já na tipicidade, essa incorporação é diversa. A valoração normativa da tipicidade é diferente (por exemplo, a dicotomia entre dolo e culpa, o conceito e os elementos da culpa, a análise da afetação do bem jurídico, a dominabilidade ou imputação objetiva, dentre outros temas). Em comum entre tipicidade e imputabilidade encontra-se a análise da afetação de consciência e vontade do sujeito, mas que não justifica a diluição da segunda na primeira.

Por fim, com a antijuridicidade, a imputabilidade não guarda nada em comum, considerando ser a primeira uma análise das permissões do ordenamento diante da prática de uma conduta típica, análise essa que se funda na categoria geral do exercício regular de direito¹⁰⁴⁶.

Sem o intuito de propor toda uma teoria do delito própria, ou se filiar a dada teoria da conduta, da tipicidade, ou das demais categorias do delito, o argumento desenhado aqui, para os propósitos do trabalho, é mais simples e direto: *seja pelas consequências que acarreta, por suas implicações e imbricações na teoria do delito e para fora dela, seja pelo modo como é empregada pelo discurso jurídico-penal, a imputabilidade é muito mais do que se sustenta que ela seja*¹⁰⁴⁷: é chegada a hora de reconhecer vida e residência jurídica ao “fantasma errante” que tanto assombrou Frank e a doutrina jurídico-penal.

¹⁰⁴⁶ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 28.

¹⁰⁴⁷ Embora mantendo-a na culpabilidade, Alejandro Alagia parece compartilhar de intuição semelhante quanto à categoria: “Neste esquema (referindo-se à dogmática esboçada pelo que chamou de “Escola Latino-americana”),

5.2.1

Fundamentos materiais

Sendo a imputabilidade uma categoria autônoma, há de se investigar quais seriam os seus fundamentos materiais, isto é, o que justificaria sua existência e conceituação.

Se a disputa entre livre-arbítrio e determinismo é, como foi demonstrado, apenas aparente, para a qual a doutrina jurídico-penal desde há muito vem respondendo de forma agnóstica (sobretudo a brasileira), outra deve ser sua fonte de legitimação.

Desde a realidade empírica do processamento e da execução de medidas de segurança e socioeducativas a inimputáveis, o déficit agravado de garantias e direitos a inimputáveis etários e por sofrimento psíquico consiste em um dado ôntico a se levar em consideração pela construção dogmática, e, dada a funcionalidade do saber jurídico-penal, um fato que justifica um tratamento diferenciado e melhorado desses sujeitos, dada sua maior vulnerabilidade.

Com Lucía Martínez Garay, concordamos que a imputabilidade é informada pelo princípio constitucional e convencional da igualdade, porém, vamos além da autora: não apenas em sua dimensão de tratamento desigual a pessoas desiguais ou em situação de desigualdade (em um aspecto redistributivo), mas também em sua *dimensão de reconhecimento*. Na síntese de Nancy Fraser, “*o objetivo é constituir um mundo aberto à diferença, onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito*” (tradução nossa)¹⁰⁴⁸. É exatamente o que se passa com menores de idade¹⁰⁴⁹ e portadores de sofrimento psíquico, além de demais grupos vulneráveis, sujeitos a opressões e violências estruturais. Quando essas violências são praticadas por agências do sistema penal, legitimadas pelo discurso jurídico-penal, impõe-se à teoria do delito não apenas a tarefa de, simplesmente, instrumentalizar um tratamento melhorado a essas pessoas, mas de fazer ser reconhecida a

a inimputabilidade encontra por fim coerência no quadro geral da culpabilidade penal. *Mas a maior riqueza que desfruta esta categoria radica na orientação para regular ou cancelar o gozo destrutivo expiatório sobre indivíduos ou grupos inferiorizados* (tradução e grifo nossos)” (ALAGIA, A. *Foucault moriu em América* (poder punitivo, derecho penal y colonialidad), p. 23).

¹⁰⁴⁸ FRASER, N. *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, participation*, p. 1. Para um estudo mais amplo sobre as teorias do reconhecimento (sobretudo as de Taylor, Honneth e Fraser), por todos, THOMPSON, S. *The Political Theory of Recognition: A Critical Introduction*.

¹⁰⁴⁹ Estudando os direitos fundamentais de adolescentes autores de atos infracionais, Ana Paula Motta Costa compartilha da mesma premissa, defendendo o reconhecimento das identidades dos adolescentes (COSTA, A. P. M. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*, p. 44-53).

condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, reconhecer a condição e os direitos da pessoa portadora de transtorno mental, reconhecer e respeitar o pertencimento a grupos étnico-culturais distintos; enfim, *reconhecer* o sujeito imputável. A dogmática não pode mais ser neutra quanto ao sujeito, como tem sido desde seu nascedouro, como acertadamente criticou Juarez Tavares. “*As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza*”, afirma Boaventura Souza Santos¹⁰⁵⁰, e o elemento que viabiliza e dá concretude a este direito, na teoria do delito, deve ser a imputabilidade.

Por isso, a imputabilidade não é uma categoria dispensável do direito penal. Como já sustentei antes, “a inimputabilidade penal pode, ainda, ser mantida, desde que ela signifique e acarrete não somente a aplicação das garantias constitucionais previstas para o imputável, mas também um complexo adicional de garantias, próprias do sujeito inimputável”¹⁰⁵¹. Portanto, distinguir sujeitos em função de uma rotulação normativa só faz sentido se essa diferenciação servir para reconhecer e tratar com igualdade grupos vulneráveis, relativamente aos quais o direito possui deveres de proteção.

Apesar de a ideia de livre-arbítrio ser criticada, não se ignora que também informam a imputabilidade o princípio da autonomia e da liberdade individual, admitindo-se, assim, algum grau de capacidade e de liberdade no agir humano, os quais, porém, não são imprescindíveis para as elaborações e desenvolvimentos dogmáticos. Como Tobias Barreto já percebera, “*para firmar a doutrina da imputação, o direito aceita a liberdade como um postulado da ordem social; e isto lhe é bastante*”¹⁰⁵².

5.2.2

Conceito

Têm razão os autores que perceberam que às insuficiências das concepções majoritárias de imputabilidade e de um emprego diverso da categoria no direito penal, deve corresponder-lhe uma nova conceituação. É incoerente sustentar um conceito que consiste, em linhas gerais, em uma “aptidão”, se se admite uma análise posterior e casuística dos demais elementos da

¹⁰⁵⁰ SANTOS, B. S. *As tensões da modernidade*, p. 12.

¹⁰⁵¹ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 197.

¹⁰⁵² BARRETO, T. *Menores e loucos*, p. 8.

teoria do delito; se se remete a imputabilidade para a conduta, parece problemático sustentar um transplante de tal grandeza mantendo o mesmo conceito da categoria conceitual que ela ostentava na culpabilidade; e se aos inimputáveis se defende uma aplicação mais benéfica da teoria do delito, então, o conceito hegemônico é insuficiente em relação à sua operacionalidade.

Propomos, assim, um novo conceito: imputabilidade penal é o *juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão*. Vejamos os seus elementos integrantes:

1. *Juízo de atribuição de um fato a um sujeito*

Verificada a existência de ação, ou conduta humana, o passo seguinte é atribuir ou imputar este fato a um sujeito que dele será autor, considerando suas características subjetivas: *um liame subjetivo entre fato e sujeito*.

Em princípio, este sujeito é uma pessoa humana, natural, de carne e osso. Não se pretende adentrar nos meandros do debate da responsabilização penal da pessoa jurídica, porém, para quem admita que o ente ideal possa ser penalmente responsável¹⁰⁵³, o conceito proposto também parece ser possível de aproveitamento no direito penal econômico: basta pensarmos no rol de pessoas jurídicas em relação às quais o direito econômico tende a garantir maior grau de proteção e tutela, uma vez que mais vulneráveis ao mercado¹⁰⁵⁴, como pequenas empresas. Se

¹⁰⁵³ Por todos, SOUZA, A. B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Direito Penal*: volume único, p. 125-129; discorrendo amplamente, o clássico SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*: teoria do crime para pessoas jurídicas. Este autor trabalha a imputabilidade da empresa a partir do marco da teoria dos sistemas de Luhmann, afirmando que é penalmente imputável a empresa cujo sistema organizativo interno é suficientemente complexo a ponto de ser autorreferencial em relação a si e ao seu entorno (Ibid., p. 32-36). O autor chega a comparar a inimputabilidade de uma criança a de uma pessoa jurídica cujo sistema organizacional não seja suficientemente complexo (Ibid., p. 36). A concepção do autor, embora pertinente pelo esforço comparativo, ignora a maior vulnerabilidade (no caso, econômica) a que se sujeitam pequenas empresas, pessoas jurídicas, reconhecida, por exemplo, no art. 173, §4º, CRFB (“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”).

¹⁰⁵⁴ Em densa análise sobre o papel da criminologia no capitalismo financeiro (“totalitarismo financeiro”, na expressão dos autores), Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos também destacam a maior “vulnerabilidade” (em sentido um pouco diverso daquele aqui empregado) das pessoas jurídicas menores (pequenas e médias empresas – P.M.E) em face do poder punitivo, uma vez que estas carecem da capacidade para elaborar aparatos de controles internos (compliance) e cumprir com os externos, além de baixas possibilidades de exercer pressão ou “lobby” político, administrativo e judicial (ZAFFARONI, E. R.; SANTOS, I. D. *La nueva crítica criminológica*: Criminología en tempos de totalitarismo financiero, p. 92).

parece intuitivo que a atribuição penal de um fato ao sujeito pessoa jurídica não possa ser o mesmo para todo e qualquer ente, pois cada um é titular de condições particulares que afetam o próprio cometimento do delito, então, existe uma categoria conceitual implícita na teoria do delito (inclusive quando esta é aplicável às pessoas jurídicas), que encarna esta ideia. Essa categoria pode ser a noção aqui proposta de imputabilidade.

2. *Que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia*

Este juízo de atribuição opera definindo *posições jurídicas*, isto é, estabelecendo de que modo e em que termos serão aplicadas as demais categorias do delito, da tipicidade à culpabilidade. Essas são posições *subjetivas*, pois vinculadas ao sujeito ao qual o fato é imputado; são *especiais*, porque dependem de atributos particulares do sujeito; e são posições *de garantia*, pois seu sentido é explicitamente limitador, de forma mais reforçada e ampliada.

O emprego da expressão “posições jurídicas”, enquanto conceito próprio da teoria do direito, se justifica porque a imputabilidade não estabelece meramente direitos subjetivos, mas, sim, verdadeiras garantias e direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva que, como leciona Alexy, se interessa pelas “*características normativas* de pessoas e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas ou entre pessoas e ações”¹⁰⁵⁵.

3. *Em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade*

O sofrimento psíquico de que padece o sujeito, ou sua imaturidade, ou seu pertencimento e integração a um grupo étnico-cultural próprio, são dados ônticos pessoais que conferem um status normativo diferenciado ao sujeito que dele é titular: tratam-se de *condições pessoais de*

¹⁰⁵⁵ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 185. Segue o autor: “Normas podem ser consideradas, de forma bastante geral, como qualificações de pessoas ou ações. Nesse sentido, pode-se dizer que uma norma que proíbe *a* de fazer *h* confere a *a* a característica jurídica de ser alguém ao qual é proibido fazer *h*. Essa característica da *a*, que pode ser expressa por meio do predicado monádico complexo “alguém ao qual é proibido fazer *h*” é uma *posição* (grifo nosso), na qual *a* é colocado por meio da norma. Se houvesse apenas posições desse tipo, com certeza não valeria a pena falar de posições. O interesse surge apenas quando não se trata mais de características, mas de relações, que podem ser expressadas por predicados diáticos como “...tem um direito a *G* em face de...” ou por predicados triádicos como “...tem em face de ... um direito a ...”. A seguir será demonstrado que é *aconselhável conceber os direitos subjetivos como posições e relações desse tipo*” (Idem, ibidem).

vulnerabilidade, que inserem o sujeito em um (ou mais) grupos vulneráveis e merecedores de tratamento ou especial proteção pelo Estado, que é obrigado a prover essa especial proteção em razão dos deveres prestacionais que lhe são projetados pelos vetores normativos nacionais e internacionais na matéria.

Os elementos “definição de posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia” e “em função de condições pessoais de vulnerabilidade” buscam representar e dar concretude conceitual ao fundamento de igualdade material e autonomia, que, como proposto, são os vetores axiológicos que informam a imputabilidade.

4. Presentes ao tempo da ação ou omissão

Só se justifica atribuir uma posição jurídica subjetiva especial de garantia se seu titular tiver nela, e em razão dela, praticado o fato, no tempo do fato. O acometimento posterior de uma condição pessoal de vulnerabilidade pode atingir o processamento e uma eventual execução de pena, importando em deveres especiais de proteção pelo Estado ou mesmo sua responsabilização (ex.: o desenvolvimento de transtornos mentais em decorrência de degradantes condições de encarceramento), mas nenhuma relação guarda com a prática do fato. O rótulo de delito (no qual se insere a imputabilidade, na qual se verificam as condições pessoais de vulnerabilidade em seu cometimento) e suas consequências se referem a um fato praticado por alguém, não meramente a um estado de existência. Logo, é no momento da ação ou omissão que estas condições pessoais de vulnerabilidade devem se fazer presentes.

5.2.3

Posicionamento sistemático

Tem razão a doutrina que afirma que a imputabilidade, dadas as suas características e funcionalidade, não pode remanescer no plano da culpabilidade. Como visto, ela não se confunde com a ação, ou com a tipicidade, ou com a antijuridicidade.

De fato, a imputabilidade situa-se próxima da conduta, e, a depender da concepção que se adote, de duas, uma: ou ela realmente se insere na conduta, mas como um elemento a mais,

devendo ser reconhecida sua autonomia e traços distintivos; ou, como preferimos, ação e imputabilidade não se imiscuem, sendo a segunda um elemento autônomo por si só, que sucede à análise da ação, mas se antepõe ao juízo de tipicidade, já que as consequências que projeta atingem da tipicidade para frente. Esta não é uma posição nova: Galdino Siqueira já a sustentou¹⁰⁵⁶, sem, contudo, explorar a fundo as consequências de seu arranjo sistemático.

Pode-se indagar que dado o aspecto de consciência e vontade que lhe são comuns, por que motivo a imputabilidade não afetaria também questões atinentes à ação e, portanto, por que não simplesmente inserir uma na outra. A razão é sutil: as excludentes de conduta obstam ao reconhecimento de uma conduta humana, indistintamente, independentemente da existência de sofrimento psíquico, ou menoridade, ou pertencimento a um grupo étnico-cultural, a menos que esta condição seja de tal ordem que o ato praticado seja equiparável a um estado de inconsciência ou ato reflexo (como seria, por exemplo, um transtorno mental gravíssimo, em estado de debilidade muito severo, ou a infantilidade e reduzido grau de desenvolvimento de uma criança). Não se pode dizer o mesmo da imputabilidade, pois nesta, se são projetadas consequências para toda a teoria do delito, a condição subjetivo-pessoal do agente não pode ser totalmente incapacitante.

5.2.4

Subespécies de imputabilidade e suas principais características

Como defendemos que a imputabilidade penal é o juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão, não mais se

¹⁰⁵⁶ Nas suas primeiras lições, Galdino Siqueira sustentou que o crime seria composto dos seguintes elementos: (i) sujeito ativo ou agente do crime; (ii) sujeito passivo ou ofendido; (iii) objeto do crime; (iv) a ação ou omissão; (v) a imputabilidade, que, em sua percepção, era “o laço moral que permite referir a ação ou omissão ao agente e consistente na vontade inteligente e livre; e (vi) a culpabilidade, falta mais ou menos grave do dever ou da obrigação do agente (dolo ou culpa) (SIQUEIRA, G. *Direito Penal Brasileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. I, p. 152-153). O Galdino do Tratado, por sua vez, já reproduzia mais fielmente as lições da dogmática alemã, notadamente a partir de Mezger, e, por isso, conceituou o delito diferentemente, dissecando-o nos seguintes elementos: (i) ação humana; (ii) contrária ao direito; (iii) culposa; (iv) sancionada com pena. Culpa confundia-se com culpabilidade, e a imputabilidade deixou de ser tratada de forma autônoma, sendo concebida como pressuposto da culpabilidade (Id., *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral, Tomo I, p. 238-239).

concebe a existência de “inimputáveis”. A inexistência de imputabilidade se confunde com a inexistência de ação; portanto, reconhecida esta, passa-se à verificação daquela.

Também a dicotomia “imputáveis e inimputáveis” não mais faz sentido no direito penal, porque o que interessa não é o rótulo, em si, mas sim quais as implicações do rótulo tendo em vista as condições pessoais de vulnerabilidade de cada um, presentes ao tempo da ação ou omissão. Por isso, tem razão Virgílio de Mattos quando percebeu que perante o direito penal todos devem ser afirmados imputáveis. A única dicotomia possível de se reconhecer é entre uma forma ordinária, e formas especiais ou extraordinárias de imputabilidade, cada uma definindo qual a posição jurídica subjetiva e especial de garantia de seu titular perante o poder punitivo.

5.2.4.1

Imputabilidade ordinária

A forma ordinária de imputabilidade é não mais do que o juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que, no caso, atingiu a maioria penal (ou a idade penal de responsabilização plena – no Brasil, maiores de 18 anos) e não é afetado por qualquer sofrimento psíquico ou outra condição pessoal de vulnerabilidade ao tempo da ação ou omissão. Como imputável ordinário, faz jus à aplicação dos institutos da teoria do delito, mas sem variações particulares nos elementos de sua definição. O conceito analítico de delito é composto, assim, de uma ação *ordinariamente imputável*, típica, ilícita e culpável.

5.2.4.2

Imputabilidade extraordinária (ou especial)

São imputáveis extraordinários ou especiais todos aqueles titulares de condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão. No caso, como exemplos mais notórios, adolescentes (menores de idade que já atingiram a idade suficiente para serem responsabilizados no sistema de justiça juvenil – no Brasil, pessoas entre 12 e 18 anos de idade) e portadores de sofrimento psíquico. Embora o trabalho não tenha se dedicado ao estudo desses grupos, também podem figurar neste rol, como propôs Juarez Tavares, os integrantes de povos

originários, ou imigrantes pertencentes a outro grupo étnico-cultural envolvidos em casos de delitos culturalmente motivados.

Embora sejam esses os casos mais conhecidos, o conceito proposto demonstra uma potente capacidade de rendimento ao viabilizar sua aplicação para casos de evidente vulnerabilidade pessoal que, no entanto, não podem ser simplesmente categorizados como de imputabilidade plena, e tampouco seriam subsumíveis com exatidão ao campo da saúde mental para fins de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, segundo os parâmetros dominantes no direito penal: é o caso, por exemplo, do *Transtorno do Espectro Autista* (TEA – CID 11 – 6A02), grupo de distúrbios do desenvolvimento neurológico de início precoce, caracterizado por comprometimento das habilidades sociais e de comunicação, além de comportamentos estereotipados por uma mutação geneticamente herdada¹⁰⁵⁷. O TEA não é “doença” ou transtorno mental; por muito tempo, e até hoje, alguma parte da medicina legal insiste no equívoco histórico da aproximação com quadros de esquizofrenia¹⁰⁵⁸. Na verdade, a condição integra o grupo de *Transtornos Globais de Desenvolvimento*. Segundo o DSM-5, Código 299, o autismo possui até três níveis gravidade: do menos grave ao mais grave, passa-se do “exige apoio” (1), “exige apoio substancial” (2) e “exige muito apoio substancial” (3). A característica básica do TEA, que é o *déficit de sociabilidade*, ou seja, de *reconhecer o que é socialmente aceitável*, coloca o autista em condição pessoal de vulnerabilidade nos termos aqui propostos, e o habilita a titularizar garantias e direitos perante o poder punitivo que decorrem desta condição. No caso dos autistas, o Brasil possui legislação específica para este grupo vulnerável: é a Lei 12.764/2012 (Lei Berenice Piana), que, em seu artigo 3º, assegura aos autistas direitos fundamentais (de forma não exaustiva), dentre os quais, para os fins deste trabalho, vale destacar a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer (art. 3º, I); a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração (art. 3º, II) e o rol de direitos relativos ao acesso à saúde (art. 3º, III, alíneas “a”-“e”). Evidentemente, cada caso é único e singular, e apenas o diagnóstico médico poderá delimitar de forma precisa o grau de afetação do TEA em cada indivíduo. Seja como for, pessoas autistas que, até o momento, por sua condição, não encontravam tratamento jurídico-penal adequado à luz da legislação vigente, da doutrina e jurisprudências hegemônicas, hoje, a partir da reconfiguração conceitual aqui proposta, poderão contar, ao menos na teoria do delito, com o reconhecimento

¹⁰⁵⁷ GRIESI-OLIVEIRA, K., SETIÉ, AL. *Transtornos do espectro autista: um guia atualizado para acompanhamento genético*.

¹⁰⁵⁸ FRANÇA, G. V. *Medicina Legal*, p. 1321.

e visibilidade desse transtorno, e com um enquadramento dogmático no mínimo mais sensível e cuidadoso¹⁰⁵⁹.

Crianças (pessoas menores de 12 anos, na legislação brasileira) e portadores de sofrimentos psíquicos gravemente debilitantes ou incapacitantes, que seriam os autênticos casos de inimputabilidade, passam a ser casos de inexistência de ação¹⁰⁶⁰. Isso não significa não se tratarem de pessoas ou sujeitos, mas sim que seus feitos no mundo não satisfazem a requisitos mínimos de racionalidade e sentido conforme a representações (elementos comuns a todas as concepções finalistas e pós-finalistas de ação). Por essa razão, essas pessoas não podem ser submetidas ao controle penal (nem a qualquer outro), sendo titulares de direitos e proteção jurídica não apenas específicos, mas ainda mais reforçados.

A imputabilidade extraordinária projeta consequências no plano do injusto, da culpabilidade e da aplicação da sanção penal, implicando no dever de se assegurar não apenas os mesmos direitos e garantias do imputável ordinário, mas em se reconhecer uma posição jurídica subjetiva e especial de garantia, em relação à qual incidem mais direitos e garantias inerentes à condição pessoal de vulnerabilidade do sujeito. Aqui, o conceito analítico de delito é composto de uma ação *extraordinariamente (ou especialmente) imputável*, típica, ilícita e culpável.

5.3

Consequências sistemáticas gerais na teoria do delito

A partir dos argumentos aqui lançados, poder-se-ia cogitar se o conceito proposto, dada sua funcionalidade, implicaria em uma tarefa hercúlea de reformulação de todos os conceitos subsequentes à imputabilidade, de todos os demais elementos do delito (ex.: para imputáveis ordinários, o injusto e a culpabilidade seria uma, e para imputáveis extraordinários, outra). Não é essa a nossa proposta, até porque tal empreendimento hiperdimensionaria a teoria do delito e do discurso jurídico-penal a um nível de exaustão, tornando-a demasiadamente complexa e, assim, inaplicável.

¹⁰⁵⁹ Para mais informações a respeito dos direitos das pessoas portadoras do TEA, por todas e todos, MOURA, F. B. *A efetivação dos direitos das pessoas com autismo*.

¹⁰⁶⁰ Como já se defendia, por exemplo, para oligofrenias profundas e moderadas, epilepsia (dependendo da forma) e demências (dependendo da progressão) (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II*, p. 264-273).

Porém, é certo que a refundação material da imputabilidade e sua reformulação conceitual aqui defendida trazem consequências inevitáveis às vigas mestras da teoria do delito, pois implicam em rearranjos sistemáticos que se projetam inclusive para a teoria da pena. São estes rearranjos e consequências que se passa a abordar, a começar da culpabilidade, já que foi desse elemento que a imputabilidade foi primeiramente retirada.

5.3.1

Consequências na culpabilidade

5.3.1.1

A “exclusão da exclusão”: não existem “inimputáveis”, tampouco “semi-imputáveis”

Como afirmado anteriormente, se a imputabilidade é um juízo de atribuição de um fato a um sujeito, a inimputabilidade se confunde com a inexistência de conduta, e a dicotomia “imputáveis/inimputáveis” é abandonada do direito penal. Porém, mais uma consequência é notada: a “semi-imputabilidade” também é dispensada.

A construção histórica da semi-imputabilidade também baseou-se na ideia de imputabilidade como “aptidão”, e consistiu, como visto anteriormente, em um arranjo jurídico-penal inventado para abarcar “casos difíceis”, em que a capacidade de compreensão da ilicitude do fato ou a determinação do sujeito de acordo com essa compreensão eram controvertidos: notadamente, o caso dos “psicopatas”, ou portadores de transtorno de personalidade antissocial (TPAS)¹⁰⁶¹, ou toda e qualquer condição psíquica de feições incertas que afetasse o sujeito parcialmente ao tempo da ação ou omissão.

¹⁰⁶¹ Neste ponto, convém esclarecer ao leitor a razão pela qual não foram dedicadas maiores linhas à problemática dos psicopatas até o momento. Não se desconhece e tampouco se menosprezam os incontáveis casos chocantes de crimes brutais, trágicas situações para as quais pouca ou nenhuma solução jurídica para além de uma sanção afliativa é satisfatória (e nem mesmo essa, provavelmente, o será). Porém, duas razões nos motivam para que esta questão não seja muito mais do que uma nota de rodapé alongada. Primeiro, porque diante dos inúmeros debates no campo médico-científico a respeito da possível existência de disfunções neurológicas no cérebro de pessoas categorizadas com tal transtorno (ver, por todos, PEMMENT, J. *The neurobiology of antisocial personality disorder: The quest for rehabilitation and treatment*, p. 1-4), a solução da possibilidade de redução de pena fundada em diminuição de culpabilidade, associada a um tratamento individualizado do sujeito diante de suas particulares individuais, parece ser adequada para atender, de um lado, à necessidade político-criminal de resposta ao injusto praticado e, de outro, ao respeito a eventuais particularidades individuais e às condições de saúde mental do agente, que não pode ser estigmatizado (inclusive, vale destacar pesquisas empíricas que demonstram a maior tendência a mitigação de pena quando o julgador se vê diante de evidências neurobiológicas a respeito do T.P.A.S – nesse sentido, ASPINWALL, L. G.; BROWN, T. R.; TABERY, J. *The double-edged sword: does biomechanism increase or*

Uma vez que a imputabilidade não mais se baseia na aferição de uma “aptidão”, não apenas os casos de “semi-imputabilidade” passam a ser compreendidos como hipóteses de imputabilidade extraordinária, como o rótulo perde sua importância, significando aquilo que parte da doutrina já vinha percebendo: “semi-imputabilidade” nada mais é do que uma culpabilidade diminuída (ou reduzida), cuja redução de pena não é facultativa como sugere o art. 26, p.u, CP, mas obrigatória¹⁰⁶². O *quantum* de redução de pena, ou sua substituição, é coerente com o conceito de imputabilidade aqui proposto: o grau de afetação do sujeito pelo sofrimento psíquico, condição de vulnerabilidade pessoal de que é titular, condiciona a redução de pena, que pode ser tão maior ou menor quanto for aquele.

5.3.1.2

Casos de embriaguez e demais transtornos psíquicos transitórios

A embriaguez, na lição de Paulo Busato, é “a intoxicação aguda e transitória, causada pelo álcool ou outra substância de efeitos análogos, que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento”¹⁰⁶³. O autor classifica a embriaguez, primeiro quanto à iniciativa do agente, que pode ser (a) voluntária, quando o agente se embriaga deliberadamente; (b) preordenada, quando o agente se embriaga para cometer um delito; (c) culposa, quando o sujeito excede seu limite de tolerabilidade sem intenção ou (d) fortuita, quando decorrente de caso fortuito ou força maior¹⁰⁶⁴. Quanto aos graus de afetação dos sentidos, a embriaguez pode ser (a) incompleta, quando implica no relaxamento dos freios inibitórios; (b) completa, produzindo ausência de

decrease judges’ sentencing of psychopaths?, p. 846-849). Dessa solução, perfilhada na atualidade por, dentre outros, Haroldo Caetano (que afasta a medida de segurança, mantendo a análise de culpabilidade reduzida, como defende em Id., *Loucura e direito penal*: pistas para a extinção dos manicômios judiciais, p. 161-164), discordam Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, uma vez que relevam o papel que as graves distorções que a psicopatia provoca no campo da atividade afetiva do sujeito justificariam sua inimputabilidade, pois se o psicopata não é capaz de internalizar valores, não seria lícito permitir ao direito penal que lhos exija dele (Id., *Direito penal brasileiro II*, II, p. 276). Segundo, porque mais importante que abordar os contornos dessa condição psíquica – cujos delineamentos não se sabe ainda muito bem – é perceber e criticar os *efeitos estigmatizantes e neutralizantes projetados pelo rótulo*, principalmente através das agências e dos atores do sistema penal. Nesse sentido, fundamental, PACHECO, P. J. *Pesquisas do cérebro e psicopatias*: a potencialidade do criminoso justificada por saberes científicos. Destacando o impacto que diagnósticos imprecisos e arbitrários de psicopatia produzem sobre o devido processo legal e à paridade de armas, redundando em condenações injustas (muitas vezes a penas de morte), WAYLAND, K.; O’BRIEN, S. D. *Deconstructing antisocial personality disorder and psychopathy*: a guidelines-based approach to prejudicial psychiatric labels, p. 519-588.

¹⁰⁶² Como também o reconhece Juarez Tavares (Id., *Fundamentos de teoria do delito*, p. 456-457). Juarez Cirino dos Santos se refere à “capacidade relativa de culpabilidade” (SANTOS, J. C. *Direito Penal*: Parte Geral, p. 289).

¹⁰⁶³ BUSATO, P. C. *Direito Penal*: parte geral, p. 565; BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1, p. 491.

¹⁰⁶⁴ BUSATO, P. C. Op. cit., p. 565.

consciência e vontade livres; e (c) comatosa, provocando a inconsciência, o sono profundo¹⁰⁶⁵. O Código Penal apenas exclui culpabilidade na hipótese de embriaguez completa e fortuita (art. 28, §1º); quando incompleta e fortuita, admite redução de pena (art. 28, §2º), disposições complementadas pela Lei de Drogas (Lei 11.343/06), nos seus artigos 45 e 46, quando a intoxicação for devida a ingestão de drogas; e quando preordenada, prevê uma agravante (art. 61, II, “I”). A chamada “embriaguez patológica” se relaciona a problemas psíquicos relativos à dependência química ou alcoólica, razão pela qual é equiparada a um transtorno mental¹⁰⁶⁶.

Tradicionalmente, o enquadramento sistemático dos problemas jurídico-penais de embriaguez sempre foi remetido à imputabilidade, pois sustentava-se que esta condição afetava a aptidão individual para a compreensão da ilicitude do fato ou a determinação do sujeito segundo essa compreensão. Esse enquadramento é equivocado.

Independentemente do conceito de imputabilidade aqui proposto, uma embriaguez total (completa ou comatosa) e involuntária não é um problema de culpabilidade, mas de ação. É inadmissível reconhecer uma “finalidade”, um “sentido”, um “significado”, uma “orientação segundo um objeto de referência”, ou qualquer concepção de ação pós-finalista a quem age como um instrumento do álcool ou da substância entorpecente a que foi involuntariamente submetido a consumir, pois a se admitir a existência de ação, então “ação humana” pode ser qualquer coisa. A única concepção de ação que mais facilmente admite a existência de conduta nesse caso é uma concepção puramente mecanicista, causalista de ação, que a reduz a um movimento corporal mecânico voluntário (no caso, o ato de ingerir a bebida, que, meramente preparatório, é irrelevante para o direito penal). Como tal sistemática não é mais admissível, por razões já consagradas em mais de 100 anos de teoria do delito, a opção mais coerente é reconhecer que a embriaguez total e involuntária se remete à conduta, como causa de sua exclusão, similar a um estado de inconsciência.

Já os problemas de embriaguez involuntária parcial; ou embriaguez voluntária, seja total ou parcial, e a controvertida teoria da “actio libera in causa” também não pertencem à imputabilidade. Eles podem ser tratados sem maiores problemas no modesto âmbito da *capacidade psíquica de dolo* (ou de tipicidade)¹⁰⁶⁷, diante da indiscutível afetação da consciência e vontade que a ingestão de substâncias entorpecentes produz sobre o sujeito.

¹⁰⁶⁵ Idem, ibidem.

¹⁰⁶⁶ Idem, ibidem.

¹⁰⁶⁷ “A capacidade psíquica de delito abrange a capacidade psíquica de ação, a capacidade psíquica de dolo e a capacidade psíquica de culpabilidade” (BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II, II*, p. 239).

Parece mesmo ser este o âmbito mais adequado para se tratar a questão, haja vista, por exemplo, que casos de embriaguez na condução de veículos automotores que tanto despertam debates sobre os limites entre o dolo eventual e a culpa (consciente) costumam ser tratados nesse espaço.

Se a imputação de um delito pressupõe que o agente, no momento do fato (dito de outra forma, na sua execução) não esteja acometido de condições que o impeçam de dirigir, consciente e voluntariamente, sua conduta a um resultado, então, a bem da verdade, a voluntariedade da embriaguez, mesmo nos casos de preordenação (como na “*actio libera in causa*”), não importa; o que importa é o grau de afetação biopsíquica da embriaguez no momento do fato, que pode ser total ou parcial. Uma embriaguez total, seja voluntária, seja preordenada, deve ser considerada simplesmente atípica por falta de dolo. Uma embriaguez parcial, por outro lado, pode ensejar, nas circunstâncias, a ocorrência de um erro de tipo psiquicamente condicionado, vencível ou invencível; ou um erro de proibição, igualmente vencível ou invencível.

De toda maneira, remeter os problemas de embriaguez à ação (total e involuntária) e à tipicidade e culpabilidade (parcial, seja voluntária ou não) permite uma investigação mais ampla e individualizada de cada situação particular de embriaguez, potencializando a capacidade redutora da teoria do delito de forma melhor do que a mantendo na culpabilidade, ou na imputabilidade, o que, aqui, já não mais tem cabimento.

5.3.1.3

A exigibilidade de conduta diversa

O terceiro elemento da culpabilidade amplia-se e se enriquece consideravelmente dado o conceito de imputabilidade ora proposto.

No direito penal juvenil, propus critérios e parâmetros diferenciados para se analisar as situações de inexigibilidade quanto a adolescentes (coação moral irresistível, obediência hierárquica e falta de motivabilidade¹⁰⁶⁸), concluindo que quanto a estes sujeitos as possibilidades de exculpação seriam, como um todo, mais abrangentes¹⁰⁶⁹. Admiti maior flexibilidade para a verificação de coação moral resistível e irresistível, dada a menor capacidade de resistência à coação do adolescente; na obediência hierárquica, diante da quase

¹⁰⁶⁸ TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 204

¹⁰⁶⁹ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 223-235.

absoluta impossibilidade de se verificar adolescentes em situação de subordinação administrativa em relação de direito público, três casos de exculpação supralegal assimilados a situações de obediência: (i) situações de obediência em relações privadas de trabalho; (ii) situações de obediência em contexto familiar e (iii) situações de obediência em organizações ou associações criminosas¹⁰⁷⁰.

Aproximações similares podem ser esboçadas quanto a portadores de sofrimento psíquico, condição pessoal particularmente importante na averiguação de *situações de falta de motivabilidade*¹⁰⁷¹, uma vez que a efetivação de políticas públicas de saúde mental, de amparo à estrutura de acolhimento e tratamento e a formação e oferta de profissionais especializados é questão de responsabilidade prioritária do Estado, cujas deficiências e carências, neste âmbito, podem influenciar decisivamente para o cometimento do delito, o que precisa ser levado em conta quando da análise da exigibilidade de conduta diversa.

5.3.1.4

A “culpabilidade pela vulnerabilidade”

Uma vez que o conceito proposto de imputabilidade também se centraliza em uma análise de vulnerabilidade, convém esclarecer que o sentido de “vulnerabilidade”, para os fins propostos pela concepção de imputabilidade ora defendida, diz respeito apenas a condições de caráter pessoal (ou predominantemente pessoal), como são a imaturidade e o sofrimento psíquico.

¹⁰⁷⁰ Id., *Entre punição e proteção*: por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais, p. 641-642.

¹⁰⁷¹ Trabalhando um realinhamento da culpabilidade no Direito Penal comum, Davi Tangerino elabora uma nova causa de exclusão da culpabilidade (no caso, supralegal), denominada pelo autor de “*falta de motivabilidade*”. Tangerino sustenta que “*determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível não podem receber o rótulo de delitos*”. Assim, a “falta de motivabilidade” é uma espécie de perda da possibilidade de exercício do poder punitivo estatal em virtude de sucessivas e reiteradas falhas de todos os seus braços (educacional, de saúde, assistência social, trabalho, lazer, higiene, habitação, etc.), que redundaram na impossibilidade absoluta de um determinado projeto de vida ético e moral conforme ao Direito. Os requisitos da falta de motivabilidade são os seguintes: (i) O injusto deve ser cometido inspirado por um projeto de vida ético e moral em sentido estrito, isto é, o valor moral associado ao projeto de vida deve ser associado ao autorrespeito e deve incluir, sempre, o outro; (ii) Os valores morais que informam o projeto de vida ético sejam legitimados no seio do grupo social de que faz parte o agente (excluindo-se aqueles que, apesar de inseridos em um ambiente motivador pela proibição, escolhem um projeto ilícito) e (c) O projeto de vida ético, moral e ilegal deve ser exculpado quando, por parte do Estado, não foram criadas condições que compelissem o agente a formar um outro projeto de vida ético e moral, porém condizente com o Direito. (TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 199-205).

A “culpabilidade pela vulnerabilidade”, a seu turno, consiste em um juízo corretivo e integrativo da própria culpabilidade pelo injusto e que se baseia na ideia de que a responsabilidade pelo ilícito penal não pode ser estabelecida em desconsideração à operacionalidade do sistema penal concreto, no qual o sujeito se insere, e que opera de forma seletiva, de acordo com estereótipos, ou fatos aberrantes, ou, se tratando de crimes mais complexos, delinquência econômica e política, entre outros casos, segundo disputas de poder. O elemento chave para a aferição e medição de responsabilidade, segundo esta construção, reside na avaliação do “*esforço para a vulnerabilidade*” dispendido pelo sujeito: *quanto menor o esforço para colocar-se vulnerável, menor a responsabilidade; maior o esforço, maior a responsabilidade*¹⁰⁷².

Sem pretensão de discutir a “culpabilidade pela vulnerabilidade” e a conveniência na sua adoção perante a teoria do delito como um todo, fato é que a vulnerabilidade de que ela trata é de cariz eminentemente *social*, isto é, são as condições ou estados sociais em que se insere o sujeito e que se relacionam menos ao seu agir individual pelo injusto e mais à operacionalidade seletiva das agências de criminalização.

Por tudo isso, o conceito proposto de imputabilidade é não só compatível com a ideia de “culpabilidade pela vulnerabilidade” (pois se tratam de vulnerabilidades distintas que se referem a aspectos distintos do injusto e do sujeito), como é mais harmônico a ela e, assim, confere maior harmonia sistemática à teoria do delito. Pensemos, por hipótese, em um portador de sofrimento psíquico autor de infração penal: na imputabilidade, será verificada sua condição psíquica e como ela afeta toda a estrutura do delito, condicionando a análise de seus elementos; ao final, na culpabilidade pela vulnerabilidade, a mesma condição de sofrimento psíquico é analisada não mais do ponto de vista pessoal, mas social, e, assim, o desamparo e exclusão social que afetam boa parte dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil (com mais intensidade, aqueles e aquelas autores de infrações penais), os colocam em elevada posição de vulnerabilidade, para a qual seu esforço será mínimo, ensejando assim possibilidades ainda maiores de responsabilização diferenciada, ou mesmo exculpação.

Em outro exemplo que demonstra o rendimento desta concepção, desta vez, extraído da própria prática forense infracional, convém destacar o voto do Desembargador Siro Darlan na

¹⁰⁷² Sobre isso, FERRAZ, H. G. *Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias*, p. 41-73.

apelação nº0014070-88.2015.8.19.0067¹⁰⁷³. Se, para imputáveis ordinários (como assim os percebemos), a eficácia mitigadora da culpabilidade pela vulnerabilidade tende a se limitar às ocasiões em que a culpabilidade participa da individualização da pena (art. 59, CP; art. 66, CP)¹⁰⁷⁴, no caso em análise, relativo a tráfico de drogas envolvendo adolescentes, Darlan, em que pese ter empregado o léxico dogmático da (antiga e superada) coculpabilidade, atribuiu-lhe *eficácia exculpante*, justificando sua decisão a partir da percepção do elevado grau de violência a que são submetidos menores de idade quando inseridos nas estruturas delitivas organizadas do comércio varejista de drogas. A partir da proposta aqui sustentada, percebe-se mais claramente a teoria e a estrutura de delito implícita na decisão: aos adolescentes em apreço (imputáveis extraordinários) o julgador lhes atribuiu a prática de atos infracionais relativos a tráfico de drogas, aos quais, em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade presentes ao tempo da ação (no caso, a imaturidade inerente à adolescência), foram reconhecidas posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia (que atraem a aplicação da normativa nacional e internacional de proteção a direitos humanos e fundamentais) que se projetaram por todos os estratos analíticos do delito, atingindo de forma diferenciada o elemento da culpabilidade. Dadas as circunstâncias do caso, o grau de impacto na estrutura do delito promovido por essas posições foi o maior possível, ao ponto obstarem a afirmação de existência de culpabilidade - consequentemente, de uma infração penal (ato infracional). Embora Darlan tenha restado vencido por seus pares, seu voto reforça e demonstra a aplicabilidade prática da tese aqui sustentada.

5.3.2

Consequências no injusto

No plano do injusto também se levantam questões pontuais que assumem novas feições diante do conceito e da posição sistemática proposta para a imputabilidade. Na verdade, considerando que a imputação do fato no plano típico já antecipa a investigação de certos aspectos subjetivos e cognitivos pessoais relativos ao agente, pois ela, sim, pressupõe certa capacidade intelectual mínima para a compreensão do injusto, a formulação de imputabilidade

¹⁰⁷³ CONJUR. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-20/estado-responsavel-jovens-traffic-siro-darlan-votos>>. Acesso em 18 maio. 2020.

¹⁰⁷⁴ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et. al. *Direito penal brasileiro II*, II, p. 221.

que aqui se propõe enriquece tal investigação, que deverá levar em conta as condições de vulnerabilidade pessoais do sujeito.

A projeção de consequências no plano do injusto é percebida também por Silva Sánchez que, embora desde outros referenciais e premissas, não deixa de considerar a diferença entre a danosidade social ou lesividade social entre feitos praticados por inimputáveis e imputáveis (o autor exemplifica comparando injustos praticados por jovens, de um lado, e adultos, de outro). Postula o autor que não apenas são feitos diferentes em matéria de culpabilidade, como “a própria quantidade de injusto é diversa em um e em outro caso”¹⁰⁷⁵. Ademais, não seriam de todo desconhecidas as advertências de que anomalias psíquicas podem ter relevância normativa em níveis sistemáticos anteriores à culpabilidade, isso quando constituam déficits na imputação do fato como obra do agente¹⁰⁷⁶.

5.3.2.1

A posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios

Uma vez que a imputabilidade deixa de ser compreendida como uma “capacidade” (com esta noção não se confundindo), a temática dos crimes omissivos impróprios – filiando-se à doutrina que enquadra a omissão como uma questão de tipicidade, não se reconhecendo omissão pré-típica¹⁰⁷⁷ - ganha novos horizontes e perspectivas. Se, segundo a doutrina tradicional, um portador de sofrimento psíquico ou adolescente, por serem inimputáveis, muito dificilmente eram concebidos como garantidores – sequer podendo ocupar esta posição -, o enquadramento destes sujeitos como imputáveis especiais não necessariamente lhes subtrai a possibilidade de titularizar deveres de agir, de forma absoluta. Um adolescente, ou uma pessoa com sofrimento psíquico, a depender da maturidade ou da condição mental, pode sim ser reconhecida, em princípio, responsável pelo resguardo ou proteção de bens jurídicos de outras pessoas. A questão é que no plano do poder de agir, suas possibilidades são muito mais reduzidas, e, assim, é nesse âmbito que as condições pessoais de vulnerabilidade podem afetar decisivamente a imputação do fato, no sentido de sua exclusão. Relativamente ao portador de sofrimento psíquico, convém anotar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) reformou o Código Civil, inserindo o instituto da “tomada de decisão apoiada”

¹⁰⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad*, p. 2.

¹⁰⁷⁶ Ibid., p. 4.

¹⁰⁷⁷ BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 349-350.

(art. 1783-A), que permite à pessoa com deficiência a eleição pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. A análise da “tomada de decisão apoiada” pode vir a ser relevante diante de um caso de omissão imprópria praticada por portador de sofrimento psíquico.

5.3.2.2

Características e particularidades do sujeito na imputação objetiva (ou dominabilidade do fato)

No grande tema da imputação objetiva (ou dominabilidade do fato, a depender da filiação teórica¹⁰⁷⁸), a anteposição necessária da imputabilidade impõe a verificação prévia das condições pessoais de vulnerabilidade do sujeito, o que significa que toda a imputação do injusto se orientará, sempre, de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso. Parâmetros objetivos de prognose póstuma objetiva como o “homem prudente”, ou standards compartilhados de risco e de ação, não perdem relevância, mas as limitações desenhadas a partir deles devem consistir em um “pisso”, e não “teto” de direitos.

Não se compreende por que a verificação da lesividade do fato (que é o singelo propósito político-criminal que aviva a imputação objetiva ou a dominabilidade), que deve agregar, necessariamente, dados subjetivos relativos ao agente (desde que objetiváveis), tenha seu alcance e potencialidade redutora restringidas através da utilização de parâmetros que, no fim das contas, tendem a desprezar o sujeito concreto, real, ao qual se imputa o fato. Esse desprezo ou se dá por razões sistemáticas, ou puramente estéticas à teoria do delito, por exemplo, remetendo o sujeito à culpabilidade, mas tais razões não se bastam em si mesmas.

5.3.2.3

Anotações pontuais na tipicidade e antijuridicidade

Quanto à tipicidade subjetiva, todos os aspectos subjetivos de seus elementos (dolo, culpa, extrafinalidades, aquiescência, por exemplo) deverão levar em consideração as

¹⁰⁷⁸ Como em BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 251-259.

condições de vulnerabilidade pessoais do agente e como elas afetam o seu agir. Não é possível ser exaustivo neste ponto, pois cada caso apresentará nuances específicas tendo em vista suas peculiaridades individuais: novamente, sem prejuízo algum às formulações e limitações gerais já elaboradas ou em construção.

A título ilustrativo, aponta-se caso real¹⁰⁷⁹ no qual o réu, portador de esquizofrenia paranoide (já tendo sido internado momentos anteriores, inclusive por alcoolemia), convencido de que a casa do seu vizinho, ao lado de onde morava, lhe pertencia, em dado momento, tomado por surto, se dirigiu à residência da vítima e, desentendendo-se com ela, lhe desferiu lesões em sua cabeça utilizando um pedaço de madeira. A despeito do laudo do Exame de Insanidade Mental ter afirmado expressamente que “seu relato das circunstâncias dos fatos demonstra com clareza sua *interpretação delirante dos fatos* (grifo nosso) - e suas motivações persecutórias - dirigidas à vítima, de maneira sistematizada e de longa trajetória até sua efetivação” (fls. 32), o magistrado imputou ao réu a prática de tentativa de homicídio qualificado, submetendo-o a medida de segurança de internação com prazo mínimo de 1 ano. Entretanto, como afirmar a presença de dolo (no caso, de matar) – o qual depende, em qualquer concepção (volitiva ou cognitiva) de uma interpretação minimamente escoreta da realidade - diante da afirmação médico-pericial de que esta sequer existiu?

A concepção tradicional de imputabilidade ignora responder a essa questão, afirmando a presença de dolo de forma praticamente objetiva e desprezando uma análise pormenorizada da representação mental do portador de sofrimento psíquico, autorizando – como foi o desfecho do caso – a consequente imposição de medida de segurança. O conceito aqui proposto, por outro lado, evita tal automatismo, reconhecendo a afetação da tipicidade subjetiva nestes casos. Uma análise mais cuidadosa da representação mental do agente passa a assumir relevância jurídico-penal – em razão de sua posição subjetiva especial de garantia -, influenciando o processo de imputação do fato ao sujeito, que passa a levar em conta sua condição pessoal de vulnerabilidade (no caso, a esquizofrenia paranoide, além de seu trágico contexto social como um todo).

No Exame de Insanidade Mental do referido caso, constatou-se mínima compreensão da realidade do evento, que, na representação do réu (embora delirante), se tratou de uma lesão

¹⁰⁷⁹ Processo nº 0004805-80.2017.8.19.0006, Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. O processo tramitou pela 1ª Vara Criminal de Barra do Piraí e teve apelação desprovida pela 8ª Câmara Criminal daquele Tribunal. Os autos foram consultados livremente através do sistema processual eletrônico, mediante utilização do Certificado Digital de Acesso (Token) de minha titularidade.

corporal grave (até porque, em seu exame, afirmou o réu que buscaria, posteriormente, obter dinheiro da vítima – fls. 31). Independentemente de se validar ou não essa tese, fato é que este caso ilustra como a concepção dominante de imputabilidade apresenta graves fragilidades, uma vez que limita a interpretação jurídica da realidade do sofrimento psíquico aos seus efeitos sobre a compreensão da ilicitude do fato, quando, em verdade, a análise da própria representação dos fatos é fundamental para seu diagnóstico e exame médico, os quais não podem ser ignorados ou apreendidos parcialmente pelo saber jurídico-penal sem justificativas consistentes.

Quanto à antijuridicidade e às causas de justificação, a concepção de imputabilidade aqui proposta reorganiza a matéria e permite uma compreensão mais cuidadosa quanto aos casos tradicionais de condutas de inimputáveis abrigadas por excludentes de ilicitude. A doutrina dominante, corretamente, sempre reconheceu que o inimputável podia agir coberto por causas de justificação, já que a análise da imputabilidade era posterior, situando-se na culpabilidade.

O problema é que este raciocínio equipara situações justificantes inviáveis de equiparação: por exemplo, a legítima defesa de um portador de sofrimento psíquico ou de um adolescente não se iguala a de um maior de dezoito anos, capaz, sem qualquer condição psíquica que lhe afete¹⁰⁸⁰. Resolver o problema remetendo peculiaridades subjetivas da reação defensiva à elementos da culpabilidade (como, por hipótese, afirmar um “excesso escusável” em função da especial condição de desenvolvimento do adolescente) desconsidera que a própria reação defensiva é afetada por condições pessoais de vulnerabilidade, e compreender aquela depende da análise prévia destas.

¹⁰⁸⁰ Problemas relevantes podem ocorrer quando da métrica interpretativa utilizada para avaliar o requisito da “moderação” no âmbito de uma legítima defesa, por exemplo. Caso emblemático julgado pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Processo nº 0001549-96.2013.8.24.0082) ilustra o argumento. Dois sobrinhos, um imputável e um semi-imputável, defendem-se das agressões de seu tio; porém, o irmão semi-imputável alonga a ação defensiva imoderadamente, desferindo socos e pontapés sobre a vítima alguns momentos após a cessação da agressão. Parece evidente que o juízo de análise da atualidade da agressão, bem como do emprego dos meios necessários para um exercício moderado da defesa não é o mesmo entre imputáveis e semi-imputáveis ou inimputáveis (pelo fato de os segundos, segundo aqui se defende, portarem condições pessoais de vulnerabilidade), o que demandaria, no mínimo, uma análise mais criteriosa a respeito da possibilidade de se reconhecer um excesso exculpante motivado por medo ou perturbação psíquica por parte do irmão semi-imputável (análise essa que se impõe por deterem posições subjetivas especiais de garantia). Entretanto, o órgão julgador, à unanimidade, ignorou essa diferença fundamental, dando provimento parcial ao recurso defensivo tão somente para limitar temporalmente a medida de segurança de tratamento ambulatorial aplicada em no máximo cinco anos.

5.3.3

Consequências na teoria do erro

Optou-se por enquadrar os casos de erro de tipo e de proibição em um mesmo tópico apartado, uma vez que em ambos se mostra presente algum déficit cognitivo que acomete o sujeito e lhe obsta conhecer (ou poder conhecer), seja os elementos objetivos do tipo (erro de tipo), seja da ilicitude do fato (erro de proibição), e as peculiaridades de cada um interessam menos do que seus aspectos comuns. Mais importante do que sustentar aqui a investigação e elaboração diferenciada dos critérios de verificação de cada erro – como já fiz, por exemplo, quanto a adolescentes em erro de proibição, defendendo as possibilidades para erros de proibição culturalmente condicionados¹⁰⁸¹ –, uma questão merece atenção: os chamados “erros psicologicamente condicionados” (ou por incapacidade psíquica)¹⁰⁸².

O portador de sofrimento psíquico, a depender de sua condição pessoal, pode supor situações de fato, ou assumir certos fatos como lícitos, e com base nesta apreciação equivocada dos elementos objetivos do tipo ou da ilicitude, agir. Seu caso, porém, consistiria em um erro permanente, já que seu estado pessoal permanentemente o colocaria em erro. Diante disso, a doutrina dominante tende a criar uma diferença entre erros, recortando entre *eventuais* e *permanentes*, argumentando que a permanência da condição mental que obstaculiza a cognição excepciona a teoria do delito, considerando-se que, nesses casos, o injusto seria meramente objetivo, sucedido da aplicação possível de uma medida de segurança diante da periculosidade do autor¹⁰⁸³. A pergunta que deve ser feita é: para quê? *Qual a relevância desta distinção?* Se o déficit cognitivo existe, não importa se ele é eventual ou permanente, importa é que ele seja grave e sua afetação subtraia do agente qualquer possibilidade de evitá-lo, o que basta para afastar a imputação em obediência ao princípio da culpabilidade.

Assim, a verificação de erros de tipo ou proibição se atém exclusivamente a verificar o falso juízo de representação por parte do sujeito, ou dos elementos objetivos do tipo, ou da ilicitude do fato, e sua permanência é irrelevante, podendo excluir o injusto ou a culpabilidade para imputáveis ordinários e extraordinários – para estes, com ainda maior alcance, pois se nas mesmas circunstâncias um imputável ordinário também incidiria em erro, tal juízo hipotético

¹⁰⁸¹ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 220-222; Id., *Entre punição e proteção: por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais*, p. 639-640.

¹⁰⁸² BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro II*, I, p. 292-293.

¹⁰⁸³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Normas y acciones en Derecho Penal*, p. 114.

aproveita aos imputáveis extraordinários, dada sua especial posição jurídica subjetiva de garantia, que os iguala e diferencia, aproveitando todas as excludentes em seu favor.

5.3.4

Consequências no concurso de pessoas

A concepção de imputabilidade aqui defendida projeta consequências também no concurso de pessoas, mais especificamente no tema da acessoriedade da participação e da autoria mediata.

Como se sabe, a comunicabilidade de circunstâncias entre autor e partícipe depende do nível de acessoriedade entre uma e outra conduta, e, para tanto, estipulou-se uma gradação teórica: mínima, limitada, máxima e hiperacessoriedade, segundo os elementos do conceito analítico de delito. A teoria mais aceita e que encontra respaldo no direito penal brasileiro é a teoria da acessoriedade limitada, segundo a qual admite-se que a conduta do partícipe é acessória para além do tipo (mínima), abrangendo também o nível da ilicitude, dispensando-se elementos da culpabilidade (máxima) ou punibilidade (hiperacessoriedade).

Ocorre que a teoria da acessoriedade limitada se vincula a uma concepção tradicional e dominante de delito, segundo a qual a imputabilidade é aptidão de culpabilidade e nesta se insere ou como pressuposto, ou como elemento. Assim, a inimputabilidade do agente era irrelevante: desde que a conduta do autor fosse típica e antijurídica, afirmava-se a possibilidade de participação, sem prejuízo de uma posterior ausência de culpabilidade, que atrairia o problema para o plano de uma autoria mediata, na qual a inimputabilidade figura como uma de suas formas, desde que fosse o inimputável utilizado como instrumento da vontade do homem de trás.

Com as mudanças conceituais e sistemáticas propostas, a compreensão da acessoriedade do partícipe e da autoria mediata deverá também sofrer alterações. Ainda é possível reconhecer participação na conduta de um imputável extraordinário (do mesmo jeito que a teoria da acessoriedade limitada o faz), mas, dadas suas condições pessoais de vulnerabilidade ao tempo da ação ou omissão, que colocam o portador de sofrimento psíquico ou o adolescente em posições subjetivas especiais de garantia, o espaço da autoria mediata se amplia, pois a prática delitiva conjunta com estes sujeitos lhes afeta o próprio desenvolvimento, e, a depender desta

afetação, coloca-lhes em situação de inexigibilidade de conduta diversa. O mesmo argumento foi lançado de forma embrionária quanto a adolescentes em situação de obediência envolvidos em associações ou organizações criminosas¹⁰⁸⁴, e pode ser aproveitado de forma mais abrangente para todos os casos de imputabilidade especial.

5.4

Impactos no sistema de penas e medidas

Se a imputabilidade, nos termos e fundamentos defendidos, impacta a teoria do delito, e, como decorre da legalidade, não há pena sem delito, o sistema de sanções penais, coerentemente, também é afetado, ao menos em duas frentes: (i) *político-criminal*, desestabilizando a vinculação automática entre infração e pena e propugnando um sistema unitário de sanções; e (ii) *dogmática*, rejeitando a periculosidade e fincando a culpabilidade como limite ao poder punitivo.

5.4.1

Um direito penal para além da lógica punitiva: a dispensabilidade *a priori* da sanção

Sempre que possível, a solução de um dado conflito deve poder prescindir de uma sanção penal aflitiva. Essa singela afirmação nada mais é do que a explanação do conteúdo do conhecido princípio da intervenção mínima, que, ao reconhecer o direito penal como o ramo mais grave do ordenamento (ou particularmente grave)¹⁰⁸⁵, confere certa orientação político-criminal redutora ao saber jurídico-penal e que vem sendo incorporada – ainda que muito timidamente – no sistema penal brasileiro, sobretudo via iniciativas de Justiça Restaurativa.

Essa orientação, que depende de um referencial teórico crítico e agnóstico, ao menos no plano da fundamentação e justificação da pena, é dogmaticamente incorporada no nível da culpabilidade e do vínculo subjetivo que este elemento estabelece entre o sujeito, o injusto que

¹⁰⁸⁴ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 231-232.

¹⁰⁸⁵ Debate abordado por Luís Greco em GRECO, L. *Comentário ao estudo de Schünemann “O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!” – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*, p. 201-210.

praticou (dadas as circunstâncias concretas em que o praticou), e a sanção. Existem propostas neste sentido, que ou remetem à culpabilidade o papel de averiguar a desnecessidade de pena¹⁰⁸⁶, ou, de forma ainda mais ampla, projetam consequências para o processo penal, redesenhando toda a estrutura processual para viabilizar alternativas à pena em sentido forte¹⁰⁸⁷.

Tais propostas, contudo, foram elaboradas no marco do direito penal “comum”, ou, ao menos, pressupondo um sujeito imputável (seguindo o conceito predominante de imputabilidade enquanto capacidade de compreender a ilicitude ou de se determinar conforme aquela compreensão). Em relação a ele, todo o percurso do injusto e da culpabilidade teve de ser percorrido, para que, ao final, se verificasse a dispensabilidade da pena.

Considerando os termos propostos para a imputabilidade, defende-se que em relação ao imputável ordinário vigora uma dispensabilidade *a posteriori* da punição, que depende da análise de cada estrato analítico do delito para que apenas ao final sejam verificados desdobramentos e soluções alternativas ao conflito. O mesmo não ocorre com imputáveis extraordinários.

Se a imputabilidade define uma posição jurídica especial de garantia segundo as condições pessoais de vulnerabilidade do sujeito ao tempo da ação ou omissão, esta posição afeta, desde logo, a imputação e a sanção. No direito penal juvenil, observa-se uma dispensabilidade *a priori* da punição, não apenas pela possibilidade de remissão logo no início do procedimento infracional (arts. 126 e seguintes, ECA), mas pela orientação explícita adotada no art. 35, II da Lei 12.594/2012, firmando a excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição dos conflitos. Se estas orientações valem para adolescentes, é perfeitamente possível seu aproveitamento para portadores de sofrimento psíquico.

Dessa maneira, a concepção de imputabilidade proposta amplia, diversifica e reforça o sistema de filtros composto pela teoria do delito e da aplicação da pena, pois reconhece como premissa que os fatos praticados por imputáveis extraordinários devem desde já ser subtraídos do sistema penal ou do sistema de justiça juvenil, se possível e antes de qualquer investigação do seu enquadramento como infração penal. A condição de vulnerabilidade que estes sujeitos ostentam os torna vulneráveis também (e principalmente) perante as agências do sistema penal, e não podem ser submetidos à violência inerente a elas, apenas em último caso.

¹⁰⁸⁶ TAVARES, J. *Fundamentos de teoria do delito*, p. 504-511.

¹⁰⁸⁷ TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*, p. 225-246.

É possível se indagar por que a pena não seria dispensável *a priori* também para imputáveis ordinários. Na verdade, essa classificação não pretendeu afirmar um dado recorte punitivo, mas meramente reconhecê-lo. Nada obsta que também para imputáveis ordinários, ou mesmo independentemente de qualquer teoria do delito, possa vir a ser a pena sempre dispensável *a priori*; infelizmente, ela não o é ainda. As razões para isso não diferem das justificativas atribuídas ao poder de punir, e, por isso, são dispensáveis; basta reconhecer que elas existem e que se situam fora do direito penal. Contudo, para imputáveis extraordinários, os vetores de proteção a direitos humanos, seja no plano do direito internacional, como no direito interno, admitem, viabilizam e fomentam esta dispensabilidade. Assim, ao menos para os fins aqui desenhados para a imputabilidade, é suficiente constatar que a operacionalidade da sanção difere: quanto a imputáveis ordinários, ela tende a ser dispensável apenas *a posteriori*, esgotada a análise do injusto e da culpabilidade; a imputáveis extraordinários, reconhece-se sua dispensabilidade *a priori*, e, portanto, a imputação do delito e a aplicação da sanção tornam-se exclusivamente ferramentas de limitação ao poder punitivo diante de um conflito que não foi possível ser solucionado de outro modo.

5.4.2

Adeus à periculosidade (e ela já vai tarde): por um direito penal do fato e da culpabilidade

Não há mais lugar na teoria do delito para a periculosidade – e nem nunca houve, de fato, como foi possível perceber ao final do segundo capítulo. Entretanto, a brecha pela qual viabilizou-se sua manutenção na contemporaneidade foi através do sistema vicariante, cuja porteira se localiza, precisamente, na concepção dominante de imputabilidade: aos “aptos” de culpabilidade, a imputação do injusto segundo a teoria do delito e a fixação de uma pena determinada, tudo devendo-se observância à legalidade; aos “inaptos”, sua incapacidade de compreensão da ilicitude do fato, ou a autodeterminação segundo aquela compreensão termina por lhes suprimir a própria capacidade de ser sujeito, tornando-os fontes de riscos e perigos, e, contra estas, não cabem penas, mas medidas, moldáveis segundo a aptidão para a reiteração delitiva, juízo de muito duvidosa legitimidade e cientificidade, para dizer o mínimo.

O conceito de imputabilidade proposto fecha em definitivo essa porteira. A imputabilidade passa a se inserir no marco da legalidade, lesividade e culpabilidade, e, assim,

não opera habilitando poder punitivo desmedido ou paralelo, mas sim, reforçando os limites a ele, definindo posições jurídicas especiais de garantia segundo as condições pessoais de vulnerabilidade do sujeito.

Fechada “a porta de entrada da personalidade no direito penal”, como os olhos autoritários de Mezger perceberam, não resta outro lugar à periculosidade a não ser fora do direito penal, deixando seus eventuais defensores na desconfortável posição teórica de terem de sustentar um mesquinho critério administrativo e policialesco de controle social neutralizante, amargamente e explicitamente antidemocrático.

5.4.3

A “neutralização da neutralização”: pelo fim das “medidas” e rumo a um sistema unitário de sanções

Hassemer teve razão ao perceber que a oposição entre penas e medidas, e culpabilidade e periculosidade era irrelevante diante da missão maior do direito penal, qual seja, a proteção do sujeito contra intervenções desproporcionais a seus direitos¹⁰⁸⁸.

O conceito de imputabilidade proposto baseia-se na premissa político-criminal afirmada por Hassemer, mas a amplia consideravelmente, uma vez que o fim da dicotomia entre imputáveis e inimputáveis e o afastamento definitivo da periculosidade do direito penal convergem a um modelo punitivo unitário, isto é, um sistema monista de sanções, no qual o que existem são penas, independente do que o digam (ou escondam) o legislador ou o juiz. Entretanto, a posição jurídica especial de garantia, própria de imputáveis extraordinários em razão de sua condição pessoal de vulnerabilidade, projeta consequências para uma modelagem própria deste sistema relativamente a estes sujeitos, que aqui será abordada em suas características essenciais.

Primeiramente, *a sanção de um imputável extraordinário não pode ser pior e sequer igual a de um imputável ordinário*, pois em sendo igual, já despreza o imperativo de igualdade material e acaba por desconsiderar as condições de vulnerabilidade do sujeito que demandam tratamento diferenciado. A Lei 12.594/2012 trouxe um importante subsídio normativo nesse sentido quando estabelece no art. 35, I que o adolescente não pode receber tratamento mais

¹⁰⁸⁸ HASSEMER, W. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*, p. 319.

gravoso do que o conferido ao adulto. Sendo adolescentes e portadores de sofrimento psíquico integrantes da mesma classe de imputáveis, o que vale para os primeiros não só pode como deve ser incorporado para os segundos.

Em segundo lugar, dado que a condição pessoal de vulnerabilidade que acomete imputáveis especiais norteia e desenha a sanção a partir de um projeto político-criminal de inclusão social e reinserção – como, no caso dos adolescentes, é definido no art. 1º, §2º, da Lei 12.594/2012 - *a sanção não pode ser definida segundo razões retributivistas e, assim, prazos mínimos* (como se percebe nas atuais disposições do Código relativas às medidas de segurança, ou na medida socioeducativa de liberdade assistida – art. 118, §2º, ECA) *são incompatíveis*. A responsabilidade pela infração penal, aferida concretamente e individualmente, estabelece um limite máximo de intervenção segundo a culpabilidade do agente. Fixada a máxima resposta cabível, o procedimento aplicativo da sanção ou a mantém como teto, ou a reduz, ou a dispensa – solução que esbocei para adolescentes autores de atos infracionais¹⁰⁸⁹ e que pode ser aproveitada para portadores de sofrimento psíquico. Quanto a esses, em particular, como não há uma sistemática própria tal qual o ECA estabelece, a tese de Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli ganha especial relevância, pois estabelece que os portadores de sofrimento psíquico deverão ter a pena calculada segundo a dosimetria em concreto, mas firmando como teto máximo de intervenção o mínimo que um imputável ordinário estaria sujeito, forjando-se uma operação similar àquela que propus aos adolescentes, admitindo apenas a manutenção, redução ou dispensa da sanção em tese cabível.

Definidas estas balizas elementares, pouco importa o “nomen iuris” a ser dado às sanções, se penas ou medidas: ambas estarão sujeitas aos limites impostos pela legalidade, lesividade, culpabilidade, intervenção mínima e deverão incorporar vetores protetivos próprios da condição de vulnerabilidade pessoal do sujeito definidos pelo juízo de imputabilidade.

¹⁰⁸⁹ FERRAZ, H. G. *A culpabilidade no Direito Penal Juvenil*, p. 243-248; Id., *Entre punição e proteção: por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais*, p. 643.

6

Conclusão

Em primeiro lugar, são respondidas as perguntas formuladas na introdução:

1. *Do ponto de vista dogmático, é a imputabilidade uma categoria conceitual? Caso seja, sob qual elemento ou funcionalidade comum reunir suas hipóteses de exclusão?*

A imputabilidade é um elemento estrutural do conceito analítico de delito, sistematicamente posicionada entre a conduta e o juízo de tipicidade. Ela não admite hipóteses de exclusão, pois sua inexistência se confunde com situações de ausência de conduta. A imputabilidade apenas admite formas ordinárias ou extraordinárias. Sua funcionalidade comum subjaz na incorporação do princípio da igualdade, em vertente material, implicando em tratamento diferenciado e melhorado a pessoas em situações e condições diferenciadas.

2. *Em perspectiva criminológico-crítica, questiona-se: 2.1 Como se dão e a que se devem as peculiaridades das violências punitivas que se exercem sobre inimputáveis? Seriam distorções que se relacionariam, também, às próprias formações históricas, político-sociais e econômicas e na estruturação científico-dogmática da imputabilidade? 2.2 Caso a resposta à pergunta anterior seja afirmativa, a dogmática jurídico-penal, no plano teórico-normativo, é capaz de contribuir para corrigir tais distorções? Se sim, a partir de quais fundamentos epistemológicos, teóricos e metodológicos?*

2.1 As peculiaridades das violências punitivas exercidas sobre os então inimputáveis etários e por sofrimento psíquico evidenciam que elas são dotadas de maior intensidade, a qual não se dá necessariamente em termos quantitativos, mas sim, em especial, qualitativos, uma vez que seu afastamento dos mecanismos formais de controle social penal lhes submete a sistemas que operam por lógicas distintas – no caso, manicomial e tutelar. O fato de que a operacionalidade de tais lógicas se realiza de forma explícita à margem da legalidade e das

garantias jurídico-penais confere peculiar gravidade à violência estatal, deixando o então inimputável em situação pior, nesse aspecto, do que a de imputáveis.

A distorção dos ideais tutelares e manicomiais, que alegadamente se justificavam em nome de uma maior “proteção” aos inimputáveis, em práticas punitivas neutralizantes guarda relação direta com as formações históricas, político-sociais e econômicas e na estruturação científico-dogmática não apenas da categoria da imputabilidade, mas da própria estrutura teórica do delito, a qual foi insuportavelmente manipulada para prescindir da moldura rígida de imputação e responsabilização estabelecidas a partir da legalidade penal. As medidas de segurança e a periculosidade positivista consistem nas maiores expressões dessa manipulação.

2.2 A dogmática jurídico-penal não apenas é capaz, ela é responsável prioritária na correção dessas distorções, uma vez que se foi ela que as incorporou e legitimou no discurso jurídico-penal, é ela que deve, agora, se reformar. Não porque o discurso jurídico, ou o direito, em sentido mais amplo, seja capaz de modificar ou encerrar opressões e violências estruturais, mas sim porque a resistência por direitos e garantias fundamentais se dá também através do discurso jurídico, que não pode deixar de ser disputado.

Entretanto, esse exercício de resistência não pode ser feito às cegas. Nesse ponto, os subsídios epistemológicos, teóricos e metodológicos são fornecidos por instrumentais em dois planos: no plano criminológico-crítico, a criminologia crítica latino-americana e a antipsiquiatria; no plano dogmático-crítico, o funcionalismo teleológico-redutor.

3. *No que diz respeito a questões de índole político-criminal, deve o Direito Penal continuar a se ocupar de inimputáveis etários e por sofrimento psíquico, ou subtraí-los de sua disciplina dogmática e normativa? No caso de resposta afirmativa à primeira pergunta, deve-se manter o juízo de imputabilidade; ou redesenhar o conceito de imputabilidade; ou trabalhar uma categoria conceitual inédita; ou, pura e simplesmente, dispensar a imputabilidade do Direito Penal?*

Do ponto de vista político-criminal, adolescentes, portadores de sofrimento psíquico e demais pessoas integrantes de grupos vulneráveis devem ser subtraídas do sistema penal o máximo possível, o que não significa que o direito penal, enquanto saber jurídico, não deva

delas se ocupar. A teoria do delito é uma ferramenta democrática de defesa contra todo poder punitivo irracional, ilegal, inconstitucional e inconvencional; portanto, a possibilidade de seu uso é de direito de todos.

Por essas razões, o juízo de imputabilidade deve ser mantido, porém, reformulado nos termos seguintes:

(a) A imputabilidade é o juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão.

(b) Seu fundamento material é o princípio da igualdade, em sua dimensão material, nos aspectos de redistribuição e reconhecimento.

(c) Sistemáticamente, o conceito analítico de delito passa a ser definido como ação (ordinariamente ou extraordinariamente) imputável, típica, ilícita e culpável.

(d) A imputabilidade pode ser ordinária ou extraordinária (especial), segundo a condição de vulnerabilidade pessoal do sujeito ao tempo da ação ou omissão, sobre a qual incidem vetores normativos de proteção que colocam o sujeito em posição jurídica subjetiva e especial de garantia.

(e) A partir do conceito proposto, projetam-se consequências sobre toda a teoria do delito, bem como ao sistema de penas e medidas, que reorientam e reforçam os limites jurídico-penais ao poder punitivo em benefício de todos aqueles que, ao tempo da ação ou omissão, estavam em condição pessoal de vulnerabilidade.

Por muito tempo, o direito penal foi indiferente às diferenciações que excluem e neutralizam, e, nas sombras de seu majestoso edifício teórico liberal e iluminista, forjaram-se lógicas, parâmetros e categorias conceituais funcionais a preconceitos e discriminações contra

grupos vulneráveis, que, no Brasil e no direito penal brasileiro, habilitaram e legitimaram violências estruturais muito graves e singulares. Uma delas, a imputabilidade, então entidade “fantasmagórica” da teoria do delito, que nela abria as portas para outras assombrações, como a periculosidade.

Porém, “assombrações” e “fantasmas” não são mais do que projeções mesquinhas e assustadas sobre aquilo que não se compreende, sobre aqueles que não se expressam da maneira hegemônica, não se comunicam ou se comportam segundo os padrões estabelecidos, que subvertem a ordem posta. Mais do que medo do “outro”: medo da potência do outro, medo do que o outro revela de nós mesmos.

Ao medo, coragem. Da diferença que exclui e neutraliza, sustenta-se a diferença que reconhece, inclui, protege e resguarda: um imperativo ético-jurídico que não advém de um “Olimpo” de ideias abstratas ou reflexões jusfilosóficas idealistas, mas, sim, que nasce através das lutas e condições históricas de sujeitos concretos, em especial, os mais vulneráveis. Entretanto, é inevitável que todo saber é, em alguma medida, mutável, e toda construção jurídica, provisória, sujeita a erros e modificações posteriores, pelas mais diversas razões. Espera-se que, aqui, ao menos este erro não se tenha cometido: o de ser indiferente.

7

Referências bibliográficas

AGOZINO, Biko. Imperialism, crime and criminology: towards the decolonisation of criminology. **Crime, Law & Social Change** 41: 343-358, 2004.

_____. **Counter-colonial criminology**: a critique of imperialista reason. Londres: Pluto Press, 2003.

ALAGIA, Alejandro. **Foucault murió en América** (poder punitivo, derecho penal y colonialidad). Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com/doctrina/44149-foucault-murio-america-poder-punitivo-derecho-penal-y-colonialidad>> . Acesso em 15 jun. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALVAREZ, Marcos César. **A emergência do Código de Menores de 1927**: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia, Dissertação de Mestrado, 1989.

_____. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930). Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia, Tese de Doutorado, 1996.

_____. O homem delinquente e o social naturalizado: apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. **Teoria & Pesquisa**, Jul./Dez., 2005, p. 71-92.

_____; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República. In: **Justiça e História**, v. 3, n. 6. Porto Alegre: 2003.

AMARANTE, Paulo. Asilos, alienados e alienistas. In: _____ (org.). **Psiquiatria social e reforma psiquiátrica**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994, p. 73-84.

_____. A (clínica) e a Reforma Psiquiátrica. In: _____. (Org.). **Archivos de Saúde Mental e Atenção Psicossocial**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, v. 1.

_____. **Locos por la vida**: la trayectoria de la reforma psiquiátrica en Brasil. Buenos Aires: Editora Madres de Plaza de Mayo, 2006.

ANDRADE, Marcos Ferreira de. A pena de morte e a revolta dos escravos de Carrancas: a origem da “lei nefanda” (10 de junho de 1835). **Tempo**, Niterói, v. 23, n. 2, p. 264-289, Maio, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social**: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 16, nº. 30, jun. 1995, p. 24-36.

_____. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão.** Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 3ª Ed., Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Fundamentos de reforma penal. **Ciência penal**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 106-115., 1981.

ANITUA Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARANHA, J. M. **Preleções de Direito Criminal.** Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906.

ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada.** Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889.

_____. O estupro violento. Esboço theorico do art. 222 do Código Criminal. A gênese anthropologica do delicto. **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência.** 50º vol., 1889.

_____. **A Constituição Federal e as Sciencias Penaes:** Discurso pronunciado no Congresso Nacional na Sessão de 28 de Janeiro de 1891. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

_____. **Código Penal Commentado theorica e praticamente.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert Editora, 1897.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARIÈS, Philippe. **Centuries of childhood: a social history of family life.** Trad. de Robert Baldick. Nova York: Alfred A. Knopf, 1962.

ARIZA, Marília B. A. Crianças/Ventre Livre. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos. **Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 169-175.

ASPINWALL, Lisa G.; BROWN, Teneille R.; TABERY, James. The double-edged sword: does biomechanism increase or decrease judges' sentencing of psychopaths? **Science**, v. 337, 2012, p. 846-849.

ASSIS, Machado de. O Alienista. In: _____. **50 contos de Machado de Assis selecionados por John Gledson.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ATALIBA NOGUEIRA, J. C. **Medidas de segurança.** São Paulo: Saraiva & Cia., 1937.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. O poder médico-judiciário. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens. **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado.** 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 285-293.

AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. **O Código Penal do Império do Brasil com observações sobre alguns de seus artigos pelo Doutor Manoel Mendes da Cunha Azevedo.** Recife: Imprensa: Recife, Typographia Commercial de Meira Henriques, 1851.

AZEVEDO, Noé. O fundo de vingança da penologia moderna. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 39, 1944, p. 191-208;

_____. Política criminal sem preocupações metafísicas. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 45, 1950, p. 263-284.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas, Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, Mar. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 11, Brasília, maio-agosto 2013, p. 89-117.

BANDEIRA, Esmeraldino. Sentenças Indeterminadas. In: _____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A proposito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. **Capítulo Criminológico**: Revista de las Disciplinas del Control Social, Maracaibo, v. 23, 1-2, p.1-18, jan./dez. 1995.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Lima. **Diário do Hospício; O cemitério dos vivos**. Prefácio Alfredo Bosi; organização e notas Augusto Massi, Murilo Marcondes de Moura. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

BARRETO, Octavio Hamilton Tavares. Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 25, 1917.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: _____. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 129-152.

_____. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

_____. **Estudos de Direito**. Publicação Posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C. – Editores proprietários. 1892. Obra consultada: Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BARROS, Ana Carolina Albuquerque de. **Culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. Dissertação de Mestrado, 2019.

BASAGLIA, Franco. La institución de la violencia. In: _____. **La institución negada**: informe de un hospital psiquiatrico. 2ª ed. Trad. de Jaime Pomar. Barcelona: Barral Editores S.A., 1972, p. 129-169;

_____. **La condena de ser loco y pobre:** alternativas al manicomio. Buenos Aires: Topía Editorial, 2008.

BASSO, Priscilla Mathes. **Crime e loucura:** a psiquiatria forense e a medicalização da periculosidade criminal. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, 2014.

BASTOS, Filinto. **Breves Lições de Direito Penal:** de conformidade com o programa adotado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. **Ciências Penais:** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 113-133, jul./dez. 2004.

_____. Valeu, Toledo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 140, p. 11., jul. 2004.

_____. Os sistemas penais brasileiros. In: _____. (org.). **Novas tendências do direito penal:** artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 103-116.

_____. Novas tendências do Direito Penal. In: _____, **Novas tendências do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 11-26.

_____. A lei como pai. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 145-158.

_____. Cem anos de reprovação. In: _____; NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação.** Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161-180.

_____. **Criminologia sem segurança pública.** Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/427879227/BATISTA-Nilo-Criminologia-Sem-Seguranca-Publica>> . Acesso em 01 jul. 2020.

_____. As penas de um penalista. In: BÉZE, Patricia Mothé Gliocche (org.). **Direito Penal:** coleção Direito UERJ 80 anos, 2015, p. 13-26.

_____. Apresentação. In: CODINO, Rodrigo; ALAGIA, Alejandro. **La descolonización de la criminología en América.** Buenos Aires: Ediar, 2019, p. 19-25.

_____. **Machado de Assis, criminalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2018.

_____; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____; _____. **Direito penal brasileiro II, I.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____; _____. **Direito penal brasileiro II, II.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis.** Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

_____. **O medo na cidade do Rio de Janeiro:** dois tempos de uma história. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Prefácio. In: MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. Estado penal e funções do cárcere na contemporaneidade: produção de subjetividade e de criminalidade (intervenção). In: CIARALLO, Cynthia Rejanne Corrêa Araujo; NASCIMENTO, Deise Maria do et. al (orgs.). **Atuação do psicólogo no sistema prisional**. Brasília: CFP, 2010, p. 25-32.

_____. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Euclides da Cunha e a chacina fundacional da República brasileira. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens. **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao Professor Geraldo Prado. 2ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 979-983.

_____. O positivismo como cultura. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: vol. 8, nº 2, maio-agosto, 2016, p. 293-307.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. A lei de reforma psiquiátrica - uma promessa ainda distante da realidade. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 17, n. 97, p. 09-23., abr./mai. 2016.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **The social construction of reality**: a treatise in the sociology of knowledge. 3ª reimp. Londres: Penguin Books, 1991.

BETHENCOURT, Francisco. **Racismos**: das cruzadas ao século XX. Trad. de Luís Oliveira Santos, João Quina. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BINDING, Karl. **Die normen und ihre Übertretung**. Leipzig, 1914, Band 2.

_____; HOCHÉ, Alfred. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Trad. de Bautista Serigós, rev. e intro de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Buenos Aires: Ediar, 2009.

BIRMAN, Joel. Genealogia da reprovação – sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 85-101.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Nadine. **O Caso Damião Ximenes**: uma análise sócio-jurídica do acesso à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito. Dissertação de Mestrado, 2008.

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

BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: _____. VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito Penal**: Aspectos Jurídicos Controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 229-262.

BRITTO, Lemos. **Obras Completas**: Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias, vol. I. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BUONICORE, Bruno Tadeu. Direito penal e possibilidade: o neurodeterminismo e seu déficit de normatividade para a fundamentação da culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 141, p. 15-60., mar. 2018.

BURSTOW, Bonnie. **Psychiatry and the business of madness**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.

BUSATO, Paulo (org). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. A culpabilidade por condução de vida na obra de Aníbal Bruno. In: AMBOS, Kai; MENDES, Paulo de Sousa (orgs.). **O passado e o futuro na teoria do delito de Aníbal Bruno**. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017, p. 79-108.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introducción al derecho penal**. Fundamentos para un sistema penal democrático. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009.

_____. **Imputabilidad y edad penal**. Disponível em: <http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/imputabilidad_y_edad_penal.pdf>, Acesso em 14 abr. 2020.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. **Bases críticas de un nuevo derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982.

_____. **El derecho penal del niño-adolescente**: estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal, volumen I**: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid: Editorial Trotta, 1997

_____; _____. **Lecciones de Derecho Penal, Volumen II**: teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1999.

_____; _____. **Nuevo sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2004.

CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**: pistas para a extinção dos manicômios judiciários. Tese de Doutorado. Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, 2018.

CAMARA, Sônia. **Sob a Guarda da República**: a infância menorizada no Rio de Janeiro da década de 1920. Rio de Janeiro: Quartet, 2010.

CÂMARA, Phaelante. Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v.I, 1891.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011;

_____. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo-SP, vol.1, n.1, p.10-27, jan 2014.

CARBONIERI, Divanize. Pós-colonialidade e decolonialidade: rumos e trânsitos. **Revista Labirinto**, Ano XVI, v. 24, nº 1 (jan-jun), 2016, p. 280-300.

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro: Eduerj / Edusp, 1998

CARLÉS, Roberto Manuel. Ver el árbol o ver el bosque? El realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para un modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 261-271.

CARVALHO, Salo de. A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações do Capitalismo Pós-industrial e Globalizado. In: KARAM, Maria Lucia. (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças do Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 115-126.

_____. A hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 165-172.

_____. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 279-303.

_____. Freud criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências criminais. **Revista Direito e Psicanálise**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 133-134, jul./dez., 2008.

_____. **O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010..

_____. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A Estrutura Lógica e os Fundamentos Ideológicos do Sistema de Penas na Lei Anticrime. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Tiago. (OrgS.). **Projeto de Lei Anticrime: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019, p. 173-202.

_____, et al. Avanços e desafios da Justiça Penal Juvenil no Rio Grande do Sul: estudo de caso. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 145-155.

_____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012, p. 461-479.

_____; _____. A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 48, p. 55-90, 2013.

CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Criminología de los derechos humanos**: criminologia axiológica como política criminal. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (eds). **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

CAVALLIERI, Alyrio. A menoridade e o novo Código Penal. **Revista de Informação Legislativa**, jul-set, 1970, p. 27-44.

_____. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology**. Vol. 17, nº 1, Jan. 1977, p. 1-15.

CODINO, Rodrigo. Por uma outra criminologia do terceiro mundo: perspectivas da Criminologia Crítica no sul. Trad. de Salo de Carvalho. **Revista Liberdades**, São Paulo, Edição nº 20, set./dez. 2015, p. 22-35.

_____; ALAGIA, Alejandro. **La descolonización de la criminología en América**. Buenos Aires: Ediar, 2019.

_____. CASTRO, Lola Aniyar de. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. Trad. de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. **Derecho penal de menores**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, CONSELHOS REGIONAIS DE PSICOLOGIA E CENTRO DE REFERÊNCIA TÉCNICA EM PSICOLOGIA E POLÍTICAS PÚBLICAS. **Hospitais psiquiátricos no Brasil**: relatório de inspeção nacional (2018). Brasília, CFP, 2019.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 6ª REGIÃO (SP). **Parecer do CRP-SP sobre o encarceramento de pessoas em medida de segurança (2015)**. Disponível em

<<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/PARECER-CRPSP-SOBRE-MEDIDAS-DE-SEGURANCA.pdf>> . Acesso em 12 abr. 2020.

COOPER, David. **Psiquiatria y Antipsiquiatria**. Trad. de Jorge Piatigorski. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1985.

CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de (orgs). **Hospital de custódia: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

_____.; GOLDANI, Júlia Maia. A influência do contexto familiar nas decisões judiciais a respeito de atos infracionais de adolescentes: o intervencionismo familiar ainda se faz presente? **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 14, n. 1, jan-jun. 2015. p. 87-103.

COSTA, Fernando José da. Tobias Barreto: polêmicas e direitos da mulher. In: **Criminologia no Brasil**. Coordenação de Sérgio Salomão SHECAIRA, Davi de Paiva Costa TANGERINO, Alvinio Augusto de SÁ. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 19-33.

COSTA, Jurandir Freire. **História da psiquiatria no Brasil: um corte ideológico**. 5ª ed., rev. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado, v. I**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, Obra Consultada: Ed. fac. Sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología**. Valencia: 2006

_____. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1º Semestre), p. 267-322.

_____. Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 11, 2009, p. 153-179.

CRIVELLI, Aníbal Ezequiel. **Derecho Penal Juvenil**. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2014.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. **Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente**. **AFDUAM** (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), Madrid-Espanha, nº 15, 2011, p. 241-269.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, Rio de Janeiro, Ano 1, v. 1, junho 2013, p. 65-73.

DAVID, Décio Franco; ZAMBLIAZI, Larissa Horn. Inconstitucionalidade paralela: o aumento do tempo de internação. In: BUSATO, Paulo César (Org). **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 187-205.

DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. **Neurociências, liberdade e direito penal**: a propósito do conceito de culpa. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e a sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DEL PRIORE, Mary. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1991.

_____.; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2010.

DELGADO, Pedro Gabriel. Reforma psiquiátrica: estratégias para resistir ao desmonte. **Trabalho, educação e saúde**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, 2019, p. 1-4.

DEMAUSE, Lloyd. The evolution of childhood. In: _____ (ed.). **The history of childhood**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2006, p. 1-73.

DEPPE, Gustavo. Ximenes Lopes vs. Brasil (2006-2010): A Primeira Condenação do País na Corte IDH. In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Claudio Martins. **Direitos humanos na prática interamericana**: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 101-106.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na Primeira República**: o Brasil em defesa da sociedade. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

DIETER, Maurício Stegemann. Sistema econômico e tutela penal do escravo no Brasil Imperial. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 613-647., 1º e 2º semestres. 2012.

_____. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história; Prefácio Nilo Batista; Posfácio Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**: censo 2011. Brasília: Editora UnB, 2013.

DI LORITO, Claudio; CASTELLETTI, Luca; LEGA, Ilaria et. al. The closing of forensic psychiatric hospitals in Italy: Determinants, current status and future perspectives. A scoping review. **International Journal of Law and Psychiatry**, n. 55, 2017, p. 54-63.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Heleno Fragoso e a Reforma Penal**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002233854-heleno_fragoso_reforma_penal.pdf> . Acesso em 10 abr. 2020

_____. A reforma do sistema de penas: antigos e novos desafios 20 anos depois. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 140, p. 6-8., jul. 2004.

_____. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André. **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 181-206.

DUARTE, Evandro Piza. Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 203-235, abr. 2017.

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. In: _____; CARVALHO, Salo de. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72-83.

DUSSEL, Enrique. **1492: el encubrimiento del Outro** – hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Plural Editores, 1994.

SOUZA, Tatiana Lourenço Emmerich de. **O papel da defesa na justiça juvenil infracional: da teoria à prática**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

_____. Questionamentos acerca da aplicabilidade da Recomendação nº. 62 do CNJ em ambientes socioeducativos de privação de liberdade: isolamento social vs. superlotação. In: VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. **Crise Pandêmica & Direitos Humanos Fundamentais Volume II: Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (Tomo II)**. Rio de Janeiro, 2020, p. 50-53.

ESTEFAM, André. **Direito penal, v. 1**, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

FALEIROS, Eva Teresinha Silveira. A criança e o adolescente. Objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 203-222.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Colaboração de Sérgio Fausto. 14ª ed. atual. e ampl. 1ª reimp. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

FELD, Barry C. **Bad kids: race and the transformation of the Juvenile Court**. Nova York: Oxford University Press, 1999.

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

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Direito penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 55-96., out. 2018.

_____; BÉZE, Patricia Mothé Gliocche. Reflexões sobre o Garantismo Positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. **O direito em movimento**. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 43-58.

_____. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 41-73., mai./jun. 2016.

_____. Culpabilidade e Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 16, n. 64, p. 147-171., jan./mar. 2017.

_____. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. Entre punição e proteção: por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 627-648., jul. 2018.

FERRI, Enrico. **The positive school of criminology**: three lectures given at the University of Naples, Italy on April 22, 23 and 24, 1901. Trad. de Ernest Untermann. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1913.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação de Mestrado. Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie à l'âge classique**. Paris: Éditions Gallimard, 1972.

_____. **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. Trad. de Denize Lezan de Almeida, revisão técnica de Georges Lamazière. 5ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

_____. **A arqueologia do saber**. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3ª ed., 6ª reimp. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2012.

_____. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: _____. **Ditos e Escritos V**: Ética, sexualidade e política. Org.: Manoel Barros da Motta., Trad. de Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 1-24.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal e Criminologia. **Revista da Faculdade de Direito**, v.6, 1954, p. 181-194.

_____. O problema da pena. **Revista Forense** n.º 161, set/out de 1955, p. 56-62.

_____. Subsídios para a história do novo código penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 7-12., jul./set. 1971.

_____. Ciência e experiência do direito penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 7-17, jul./dez. 1978.

_____. Alternativas da pena privativa de liberdade. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 29, jan-jun., 1980, p. 5-17.

_____. Sistema do duplo binário: vida e morte. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 5-21., jul./dez. 1981.

_____. A reforma da legislação penal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 9-15, jan-jun., 1983.

_____. **Lições de Direito Penal.** A nova Parte Geral. 9ª ed, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Reimpressão. Montevideu-Buenos Aires: ed. B. de F., 2002.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, participation. Discussion Paper FS I 98-108 **Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung**, 1998. Disponível em <<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:denamed168-ssoar-126247>>, acesso em 14 abr. 2020.

FUCK, Luciano Felício. **Memória Jurisprudencial:** Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. **Estatuto da criança e do adolescente.** Difusos e coletivos. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAMA, Jairo Roberto de Almeida. A reforma psiquiátrica e seus críticos: considerações sobre a noção de doença mental e seus efeitos assistenciais. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1397-1417, 2012.

GARCIA, Basileu. Medidas de segurança. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 40, 1945, p. 77-112.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, 1999, p. 59-80.

_____. **Punishment and welfare:** a history of penal strategies. Aldershot: Ashgate Publishing Company Limited, 1985.

_____. **La cultura del control:** crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad. de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, S.A, 2005

GAROFALO, Raffaele. **Criminology.** Trad. de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown and Company, 1914.

GENELHÚ, Ricardo. **O Direito Penal e o médico, v.1:** introdução histórico-criminológica. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume I. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOÉS, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo. Crianças escravas, crianças dos escravos. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil.** 7ª Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 177-191.

GÓES, Luciano. **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues:** o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica:** teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. **Revista de julgados e doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 5, p. 15-24., jan./mar. 1990

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O tecnicismo jurídico e sua contribuição ao direito penal. **Revista Liberdades**, nº 15, jan./abr., 2014, p. 178-191.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

_____.; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. **Reforma da Parte Geral do Código Penal**: Uma proposta alternativa para debate (2017). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/proposta-alternativa-reforma-parte.pdf>>, acesso em 14 abr. 2020.

_____. Comentário ao estudo de Schünemann “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In: **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 201-210.

_____. Dogmática e ciência do direito penal. In: _____. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Tradução e organização de. VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 23-29.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, v. 1. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRIESI-OLIVEIRA, K., SETIÉ, AL. **Transtornos do espectro autista**: um guia atualizado para acompanhamento genético. Einstein: São Paulo, 2017.

GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. **La reforma penal nacional-socialista**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Rodrigo Codino. Buenos Aires: Ediar, 2009.

GROSGOUEL, Ramon. What is racism? **Journal of world-systems research**, v. 22, ed. 1, 2016, p. 9-15.

GULJOR, Ana Paula; AMARANTE, Paulo. Movimentos sociais e luta antimanicomial: contexto político, impasses e a agenda prioritária. **Cadernos do CEAS**, Salvador/Recife, n. 242, p. 635-656, set./dez., 2017.

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 28, p. 1052-1077., set./dez. 2017.

HASSEMER, Winfried. La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 46, n. 1, 1993, p. 35-80.

_____. Reseña biográfica. In: MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 27-36.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. **Revista de Derecho**, Valparaíso, Chile, Vol. XX, nº 2, p. 195-217, Dez. 2007.

HERZER, Anderson. **A queda para o alto**. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

HUNGRIA, Nélson. O direito penal no Estado Novo. **Revista Forense**, v. 38, n. 85, p. 265–272, jan./mar., 1941.

_____. Direito penal e criminologia. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 5-19, abr./jun. 1963.

_____. Novas teorias e diretrizes do direito penal. **Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, v. 2, n. 4, p. 43-52, jan./abr. 1968

_____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, v. 1, Tomo II**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Um novo conceito de culpabilidade. In: _____. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, v. 1, Tomo II**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 475-484.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, v. III**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. A criminalidade dos homens de cor no Brasil. (conferência pronunciada no “Centro de Estudos de Medicina Social”, em 24 de março de 1950). In: _____. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, v. III**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 273-297.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESPMU, 2008.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. rev. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; COSTA, Rodrigo de Souza. A discussão em torno da maioria penal: um debate entre políticas públicas, simbolismos e neurociência. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 07, nº 02, 2015, p. 902-921.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

JORGE, Miguel R.; FRANÇA, Josimar M. F. França. A Associação Brasileira de Psiquiatria e a Reforma da Assistência Psiquiátrica no Brasil. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2001, v. 23, nº 1.

JÚNIOR, Miguel Reale. Das penas e sua execução no novo código penal. **Ciência penal**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 106-117., 1975.

_____. et. al. **Penas e medidas de segurança no novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 140, p. 2-3., jul. 2004.

_____. **Instituições de direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUNIOR, Thomaz Alves. **Anotações theoricas e práticas ao Código Criminal**, Tomo I. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & Cia., 1864.

KANE, Robert (ed). **The Oxford Handbook of Free Will**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho. In: _____, MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho**. Montevideu-Buenos Aires: B de F Editorial, 2011, p. 211-231.

KIRCHHEIMER, Otto. Criminal Law in National Socialist Germany. In: **The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer**. Ed. de William E. Shceuerman. Berkeley, Loas Angeles: University of California Press, 1996, p. 172-191.

KLEINE, Marcel (org). **1er Congrès International des Tribunaux pour Enfants – Paris, 29 Juin – 1er Juillet 1911. Actes du Congrès**. Paris: Imprimerie Typographique A. Davy, 1912.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. **Lua Nova**, São Paulo, n. 68, 2006, p. 205-254.

LAING, Ronald. **L'io diviso: Studio di psichiatria esistenziale**. Trad. de David Mezzacapa. Turim: Giulio Einaudi editore s.p.a., 2010.

LAMARÃO, Fernanda Goulart. **A cura como pena: uma análise crítica da imputabilidade penal e da resposta punitiva direcionada ao indivíduo com sofrimento psíquico**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: _____. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005, p. 8-23.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. México D.F: Siglo Veintiuno editores, S.A., 1992.

LEAL, Aurelino. **Germens do Crime**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896

LEAL, Jackson da Silva. **Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil – Pesquisa nas Revistas Capítulo Criminológico (1973-1990) e Doutrina Penal (1977-1990)**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LESSA, Pedro. **O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905.

LIMA, Aluísio Ferreira de; PONTES, Maria Vânia Abreu. O caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, Florianópolis, v. 7, n. 16, p. 01-13, 2015.

LIMA, João de Deus Alves de; MINADEO, Roberto. Ressocialização de menores infratores: considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº 10, maio/agosto de 2012, p. 59-86.

LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 51-68., set./dez. 2012.

LOBO, Lília Ferreira. **Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn; RODRIGUES, Jefferson. O movimento antimanicomial no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 12 (2), 2007, p. 399-407.

LYRA, Roberto. **Introdução ao Estudo do Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946

_____. Atualidade de minhas posições e propostas em direito penal e criminologia. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 9-48, abr./jun. 1966.

_____. **Direito penal científico** (criminologia). Rio de Janeiro: José Kofino, 1974.

_____. **Penitência de um penitenciário**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2013.

MACEDO SOARES, Antonio Joaquim de. A reincidência perante o novo Código Penal. **Revista O Direito**, n. 55/530, 1891.

MACEDO SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910, Obra Consultada: Ed. fac. Sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

MACHADO, Alcântara. Projeto do Código Criminal brasileiro. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo**, 34(2), 1938, p. 193-494.

_____. O projeto do Código Criminal perante a crítica. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 35(1), 1939, p. 39-96.

_____. **Para a história da Reforma Penal Brasileira**. São Paulo, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MACHADO, Iuri Victor Romero; MARTINS, Daniel Fauth Washington; ALMEIDA, Bruna de Assis. Adolescentes são responsáveis? Um enfoque neuropsicológico. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Menoridade penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.345-365.

MACHADO, Roberto. **Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MAGALDI, Felipe Sales. A Unidade das Coisas: Nise da Silveira e a genealogia de uma psiquiatria rebelde no Rio de Janeiro, Brasil. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Museu Nacional, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Tese de Doutorado, 2018.

MAGNO, Patrícia F. Carlos. E assim morre o exame de cessação de periculosidade. In: XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, 2017, Florianópolis. **Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria Pública: em defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade**, 2017. p. 431-443.

_____; BOITEUX, Luciana. Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela Defensoria Pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental. **Revista Brasileira de Políticas Públicas (RBPP)**, v. 8, p. 574-604, 2018.

MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. In: KINDHÄUSER, Urs; _____. **Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, p. 115-146.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. **La imputabilidad penal**: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

_____. La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. **InDret**, v.2, 2014, Barcelona, p. 1-77

MARTINS, Laércio Melo. **A construção das perspectivas do direito à saúde mental**: análise hermenêutica dos debates legislativos da Reforma Psiquiátrica brasileira. Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional. Dissertação de Mestrado, 2017.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade**: periculosidade e controle social no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2009.

MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MATTOSO, Katia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil**: séculos XVI-XIX. Trad. de Snia Furhmann. Petrópolis: Vozes, 2016.

MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013, p. 137-173.

McCONVILLE, Seán (org.). **The use of punishment**. Devon, Portland: Willian Publishing, 2003.

MECLER, Kátia et. al. Cessation of dangerousness status: na analysis of 224 reports from the Instituto de Perícias Heitor Carrilho, Rio de Janeiro, Brazil. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2017, n. 39, p. 45-54.

MELO, Walter. Nise da Silveira e o campo da Saúde Mental (1944-1952): contribuições, embates e transformações. **Mnemosine**, v.5, nº2, 2009, p. 30-52.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Trad. de Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998;

_____. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por qué una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://www.mpdf.t.m.p.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf>, p. 7-23.

MEZGER, Edmund. Die Straftat als Ganzes. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1938.

_____. **Derecho penal**: libro de estudio – parte general. Trad. de Conrado A. Finzi, Revisado por Ernesto R. Gavier e Ricardo C. Nuñez. Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Brasil. Presidência da República. **Levantamento Anual SINASE 2015**.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: Parte General. 8ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Tratado de criminología**. 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

_____. **O que é criminologia?** Trad. de Danilo Cymrot. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Evaristo de. **Criminalidade na infância e na adolescência**. 2ª ed, modificada e ampliada. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.124-2.137.

MOTTA, Candido. **Classificação dos criminosos**. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva**: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MOURA, Fabíola Borges de. **A efetivação dos direitos das pessoas com autismo**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

_____. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4ª ed. rev. e ampl. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: Parte General. 8ª ed. rev e atual. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

MURTINHO, Rodrigo Gomes. **Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia**. Dissertação de Mestrado. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005.

MUSSE, Luciana Barbosa. **Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei nº 10.216/2001**. Ministério Público Federal – MPF / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Brasília: MPF/PFDC, 2011.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. **Imputabilidad y alteración de la percepción**: exención y atenuación de la responsabilidad criminal. Universidad de Granada. Programa de Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal. Tese de Doutorado, 2013.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____.; FILHO, Gisálio Cerqueira. Cultura jurídica, cultura religiosa no brasil e Criminologia e poder político. **Diálogos – Revista do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História**, v. 11, n. 3, 2007, p. 19-37.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança. In: JESUS, Damásio E. de. (coord). **Curso sobre a reforma penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 142 *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense

NORONHA, E. Magalhães. O tecnicismo jurídico-penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 101-109, abr./jun. 1963.

_____. **Direito penal, volume 1**: introdução e Parte Geral. 38ª ed., rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Leandro Gornicki. Culpabilidade e alteridade: limites da criminalização em um direito penal humano. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 105-127, jan./jun., 2016.

_____. **Teoria da culpabilidade e alteridade**: um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. Tese de Doutorado, 2017.

ODA, Ana Maria Galdini Raimundo; DALGALARRONDO, Paulo. Juliano Moreira: um psiquiatra negro frente ao racismo científico. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2000, 22(4), p. 178-179.

OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Indulto – Medidas de Segurança: Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, v. 49, 1957, p. 434-438.

_____. Presidente da República – Concessão de Indulto – Medida de Segurança: Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, v. 52, 1958, p. 447-450.

OLIVEIRA, Gustavo Carvalho de.; MECLER, Kátia; CHALUB, Miguel; VALENÇA, Alexandre Martins. O exame de Verificação de Cessação de Periculosidade: a importância da avaliação ampliada em um caso com conclusão contrária ao parecer da equipe assistente.

Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, São Paulo, v. 19, n. 2, jun. 2016, p. 322-341.

OLIVEIRA, Siro Darlan de; ROMÃO, Luis Fernando de França. **A história da criança por seu conselho de direitos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

OOSTERHUIS, Harry, LOUGHNAN, Arlie. Madness and crime: historical perspectives on forensic psychiatry. **International Journal of Law and Psychiatry**, 2013, p. 1-16.

PACHECO, Pedro José. **Pesquisas do cérebro e psicopatias**: a potencialidade do criminoso justificada por saberes científicos. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Tese de Doutorado. 2011.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil**: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

PASSOS, Rachel Gouveia. **Mulheres e Reforma Psiquiátrica**: o lado esquecido da história. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH – São Paulo, julho de 2011.

_____; PEREIRA, Melissa de Oliveira. Luta Antimanicomial, Feminismos e Interseccionalidades: notas para o debate. In: _____. (orgs). **Luta antimanicomial e feminismos**: discussões de gênero, raça e classe para a reforma psiquiátrica brasileira. Rio de Janeiro: Autografia, 2017, p. 25-51.

PEMMENT, Jack. The neurobiology of antisocial personality disorder: The quest for rehabilitation and treatment. **Aggression and Violent Behavior**, 2012, p. 1-4.

PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. **Revista de Ciencias Penales**: Montevideo, v. 4, p.361-370, 1998.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código Criminal do Império do Brasil comentado**. 2ª ed. aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A.A. da Cruz Coutinho, 1885.

PESSOTTI, Isaias. **A loucura e as épocas**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

_____. **O século dos manicômios**. São Paulo: Editora 34, 1996

_____. **Os nomes da loucura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve e C., 1857.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: _____. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100-128.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. São Paulo, **Novos Estudos Cebrap**, n. 68, mar. 2004, p. 39-60.

_____. A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil. **Plural**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 24.1, 2017. p. 124-160.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meios de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Programa de Pós-graduação em Direito, Tese de Doutorado, 2013.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. **A lei de 10 de junho de 1835**: justiça, escravidão e pena de morte. UNICAMP, Programa de Pós-graduação História. Tese de Doutorado, 2012.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO-CARRERO, Júlio. Em que medida e de que modo seria possível, no systema penitenciário moderno, empregar o regimen cellular ao lado do regimen em commum? In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Décimo congresso penal e penitenciário internacional**: contribuição do Brasil, 1930, p. 217-222.

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**: Parte Geral, volume 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 77-93, jul.-dez., 2006.

_____. **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. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Direito. Tese de Doutorado. 2012.

PRESTES, Severino. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Júnior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert &C. – Editores, 1897.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 11ª ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad-racionalidad. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo. **Aníbal Quijano**: textos de fundación. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014, p. 60-70.

_____. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo. **Aníbal Quijano**: textos de fundación. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014, p. 109-158.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Locos y culpables**. Pamplona: Aranzadi, 1999.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva. **Revista da ESMESC**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 9, n. 15, p.151-169, 2003.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Direito.UnB**, jan-abr., 2020, V. 04, N. 1, p. 102-126.

RAUPP, Mariana Mendonça. **La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération?** Université d'Ottawa. Tese de Doutorado. Faculté des sciences sociales, Programa de Doutorado em Criminologia, 2015.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REIS, João José. Revoltas escravas. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos. **Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 392-399.

REZNIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e a teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. Organização de Alaor LEITE, Adriano TEIXEIRA, Augusto ASSIS. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RIBEIRO, João Luiz. **No meio das galinhas as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835, os escravos e a pena de morte no império do Brasil (1822-1889)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Como não escrever a história do Brasil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/37039563/COMO_N%C3%83O_ESCREVER_A_HIST%C3%93RIA_DO_BRASIL_JO%C3%83O_LUIZ_RIBEIRO> . Acesso em 12 abr. 2020.

RIBEIRO, Leonídio. A criança e o crime. **Revista de Medicina**, São Paulo-SP, v. 19, n. 63, 1937, p. 52-62.

RIZZINI, Irma. O Surgimento das instituições especializadas na internação de menores delinquentes. In: ZAMORA, Maria Helena (org.). **Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005, p. 13-34.

_____. Meninos desvalidos e meninos transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: _____; PILLOTI, Francisco. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 225-286.

ROCHA, Renato Gomes de Araújo. **Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. **Os filhos do mundo: a face oculta da menoridade (1964-1979)**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 2ª ed, reimpressão. Salvador: Guanabara Waissman Koogan, Ltda. 1894.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. Trad. de Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch Teoria, 2019.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal**: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROORDA, João Guilherme Leal. **Os vadios de Santana**: o controle penal da vadiagem no início do século XX na Cidade do Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

_____. Criminologia, direito penal e história: possibilidades de entrecruzamentos à luz do controle social da vadiagem no início do século XX. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 4, n.1, 2016, p. 21-34.

ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e Garantias Constitucionais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed., 1ª reimp. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite; trad. de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Ana Luiza Gonçalves dos; FARIAS, Francisco Ramos de. Criação e extinção do primeiro Manicômio Judiciário do Brasil. **Revista Latino-americana de Psicopatologia Fundamental**. 2014, vol.17, n.3, p. 515-527.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf>. Acesso em 14 abr. 2020

_____; MENESES, Maria Paula (orgs). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **A criminologia radical**. (1ª ed. 1981). 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

_____. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O discurso criminológico. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 119-131.

_____. **Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século XX. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Contexto, 2013, p. 210-230.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral**. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2ª Ed, rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e ato infracional. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**: modelos opostos de fundamentação do Direito Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SCHWARTZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. O Direito Penal e a criminologia em Roberto Lyra e Nélson Hungria. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, v. 1, n. 2, p. 259–268, jul./dez., 1996.

_____. As idéias jurídico-penais de Roberto Lyra: a trajetória de um Humanista. **Trágica**: Estudos sobre Nietzsche, Rio de Janeiro, v. 1, p. 1-41, 2005.

_____. As ideias jurídicas de Roberto Lyra e Nélson Hungria: 1937-1964. In: NEDER, Gizlene. **História & direito**: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 175-184.

_____. As revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 72, p. 207-252., mai./jun. 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Exclusão moderna e prisão antiga. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi de Paiva Costa e _____. (coords.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 3-17.

_____. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Carlos Medeiros. Indulto ou graça, cumprimento da pena, pena acessória: parecer. **Revista de Direito Administrativo**, v. 32, 1953, p. 480-482.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. **Entre leis, práticas e discursos:** um estudo sobre o julgar em execução de medida socioeducativa de internação no Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito, Dissertação de Mestrado, 2018.

_____.; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 257-284., mar. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOZZO, Máximo. A manera de epílogo. Cuestiones de responsabilidad entre dispositivo penal y dispositivo psiquiátrico. Materiales para debate desde Argentina. **Delito y Sociedad: revista de ciencias sociales**, n. 13, 1999, p. 163-182.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

SZASZ, Thomas. **The manufacture of madness: a comparative study of the inquisition and the mental health movement**. Nova Iorque: Harper & Row, 1970.

_____. **The Myth of Mental Illness: foundations of a theory of personal conduct**. Ed. ver. Nova Iorque: Harper & Row, 1974.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 21-32., abr./jun. 1972.

_____. **Teorias do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, p.145-156, out./dez. 1998.

_____. **Teoria do crime culposos**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo e NASCIMENTO, André (org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 121-152.

_____. O princípio da responsabilidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 229, p. 2., dez. 2011.

_____. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no estado democrático. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio da Silva (orgs). **ESTUDOS críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos pelo seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe, 2012, p. 867-886.

_____. **Teoria do delito**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

_____. A questão da racionalidade e a teoria do delito no estado democrático. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 27, n. 1, p. 9-38., jan./abr. 2017.

_____. **Palestra concedida no Seminário Internacional “Defensoria no Cárcere e a Luta Antimanicomial” junto à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, maio de 2017.

_____. **Palestra “Delitos Culturalmente Motivados” dada na PUC-Rio.** Rio de Janeiro, Setembro de 2017.

_____. **Fundamentos de teoria do delito.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELLES, Elaine de Borba; FOLINO, Jorge Oscar; TABORDA, José Geraldo Vernet. Accuracy of the Historical, Clinical and Risk Management Scales (HCR 20) in predicting violence and other offenses in forensic psychiatric patients in Brazil. **International Journal of Law and Psychiatry**, v. 35, 2012, p. 427-431.

_____; _____. DAY, Vivian Peres. Reliability of the Brazilian version of HCR-20: Assessing Risk for Violence. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 31, n. 3, 2009, p. 253-256.

THOMPSON, Augusto. O trabalho da FUNABEM com menores infratores numa visão crítico-criminológica. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 63-77, jul./dez. 1978.

_____. **Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THOMPSON, Simon. **The Political Theory of Recognition: A Critical Introduction.** Cambridge, Malden: Polity Press, 2006.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brasil anotado.** Rio de Janeiro: Imprensa Industrial – Rua da Ajuda n. 75., 1886. Obra consultada: Ed. fac.-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5ª ed., 18ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência Juvenil: uma abordagem transdisciplinar.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

URIARTE, Carlos E. Culpabilidad y Derecho Penal Juvenil. **Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária**, Montevideo, n. 15, p.53-94, out. 2005.

URRUELA MORA, Asier. **Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatria y genética.** Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004.

VALLE, Manoel Maria de Moraes. **A mendicidade**, Tese, Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Tipografia do Ostensor Brasileiro de J. J. Moreira, 1846.

VARGAS PINTO, Tatiana. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010), p. 475-501.

VASCONCELLOS, Vasco Smith de. **As dirimentes do Código Penal.** São Paulo: Livraria Acadêmica, 1923.

VENTURINI, Ernesto. Manicômios judiciários: uma saída. In: _____; OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATTOS, Virgílio de. **O louco infrator e o estigma da periculosidade**. Brasília: CFP, 2016, p. 13-43.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? : o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIANNA, Paulo Domingues. **Direito criminal: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915.

VIEIRA, Octaviano. **Os menores perante o código penal**. São Paulo: Duprat, 1906.

VIEIRA, Ulisses Falcão. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, 1929.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto. **A nova escola penal**. Rio de Janeiro: Livraria Modsrka, 1894.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão, T. I**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & C.- Editores 16 e 18, 1899, Obra Consultada: Ed. fac. Sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

_____. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**, 1905, t. 11.

WAITE, Robert G. Serious Juvenile Crime in Nazi Germany. In: WETZELL, Richard F (org). **Crime and Criminal Justice in Modern Germany**. Berghahn Books Inc.: Nova Iorque, 2014, p. 247-269.

WAYLAND, Kathleen; O'BRIEN, Sean D. Deconstructing antisocial personality disorder and psychopathy: a guidelines-based approach to prejudicial psychiatric labels. **Hofstra Law Review**, v. 42, n. 2, 2013, p. 519-588.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 595-611.

_____. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Psicologia, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956

_____. Verdad y límites del derecho natural. *Dianóia*, México, D.F, v. 10, nº 10, 1964, p. 228-240.

_____. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral; aspectos fundamentais**. Tradução de Juarez TAVARES. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 10ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015, p. 438-463.

YAMADA, Lia Toyoko. **O horror e o grotesco na psicologia** – A avaliação da psicopatia através da Escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklikst Revised). Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Dissertação de Mestrado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reflexões acerca do anteprojeto de lei, referente à parte geral do código penal do Brasil. **Ciência penal**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 13-19, 1981.

_____. **Criminología**: aproximación desde un margen. Vol I. Bogotá: Temis, 1988.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, 17/18, p. 39-46., anual. 2010.

_____; et al. **Manual de Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. La criminologia como curso. In: _____ (org.). **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 1-37.

_____. Introducción. In: BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Trad. de Bautista Serigós, rev. e intro de _____. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 7-46.

_____. In: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 15-24.

_____. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

_____; SANTOS, Ílison Dias dos. **La nueva crítica criminológica**: Criminología en tempos de totalitarismo financiero. Quito: El Siglo, 2019.