

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Isabela Fernandes Xavier

MEDIDA DE SEGURANÇA:
Análise e recorte sobre o caso Ximenes Lopes

Ouro Preto
2023

Isabela Fernandes Xavier

MEDIDA DE SEGURANÇA:

Análise e recorte sobre o caso Ximenes Lopes

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos, Direito Processual Penal e Direito Penal.

Orientador: Prof. Luiz Henrique Manoel da Costa

Ouro Preto

2023



FOLHA DE APROVAÇÃO

Isabela Fernandes Xavier

MEDIDA DE SEGURANÇA

Análise e recorte sobre o caso Ximenes Lopes

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito

Aprovada em 22 de fevereiro de 2024

Membros da banca

Especialista - Luiz Henrique Manoel da Costa
Doutora - Beatriz Schettini
Mestre - Fabiano Cesar Rebuzzi Guzzo

Luiz Henrique Manoel da Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 22/02/2024.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Henrique Manoel da Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 07/03/2024, às 10:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0679313** e o código CRC **0A2AFCA8**.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Imaculada, por todo apoio, estímulo e cuidado.

Às minhas irmãs: Bárbara e Marcela, por todo incentivo e suporte.

À meu orientador, o professor Luiz Henrique, por sua disponibilidade, escuta, ensinamentos, paciência e disposição em me auxiliar neste momento uno. Sua orientação e tempo despendido foram substanciais para que esse trabalho de conclusão de curso se tornasse possível.

Às minhas amizades, por toda a presença e estímulo.

À Universidade Federal de Ouro Preto, o corpo docente do Departamento de Direito e toda a equipe, pelo excelente trabalho.

“As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”.
(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O presente trabalho trata das evidentes desconformidades do instituto da medida de segurança dentro do antigo sistema penalista, que utiliza da periculosidade (vista aqui como inconstitucional) como critério para descontinuar sanção penal e que não discrimina limite temporal máximo para cumprimento de medida de caráter sancionador. Além disso, analisa as incongruências do instituto da medida de segurança através do código processual penalista e da lei de execuções penais, lidando aqui com o fenômeno da derrogação. O presente trabalho de conclusão de curso se presta também à analisar a tratativa da pessoa com deficiência mental através da sistemática civilista, analisando a alteração que o Estatuto da Pessoa com Deficiência implicou à Teoria das Capacidades Civis, o próprio EPD, o Código Civil e a Lei Antimanicomial, com ponderações acerca do contexto histórico antecedente ao movimento da luta antimanicomial brasileira. Todas essas ditas incongruências entre os dispositivos citados foram analisadas através do princípio da dignidade humana. Escolheu-se como marco referencial da pesquisa o Caso Ximenes Lopes vs Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vez que a hipótese aqui trabalhada é a de que a decisão da Corte atuou no sentido de suprimir tal problema. A hipótese seguinte é que a Resolução nº 487 do CNJ objetiva implementar o que decidiu a Corte.

Palavras-chave: Medida de Segurança; Princípio da Dignidade Humana; Inimputabilidade.

ABSTRACT

The present work deals with the evident disconformities of the institute of the security measure within the old penalist system, which uses the hazardous (seen here as unconstitutional) as a criterion to discontinue criminal sanction and that does not discriminate against the maximum time limit for compliance of sanctioning measure. In addition, it analyzes the inconsistencies of the Institute of the Security Measure through the penal procedural code and the law on criminal executions, dealing here with the phenomenon of derogation. This course conclusion paper also lends itself to analyzing the treatment of the mentally disabled person through civic systematics, analyzing the change that the Statute of the Person with Disabilities implied to the Theory of Civil Capabilities, the EPD itself, the Civil Code and the anti-asylum Law, with weightings about the historical context preceding the movement of the Brazilian anti-asylum movement. All these inconsistencies between the above-mentioned provisions have been analyzed by the principle of human dignity. The case *Ximenes Lopes versus Brazil* judged by the Inter-American Court of Human Rights had been chosen as a reference point in the research since the hypothesis worked out here is that the Court's decision acted in the sense of suppressing such a problem. The following hypothesis is that CNJ Resolution 487 aims to implement what had been decided by the Court.

Key words: Safety Measure; Principle of Human Dignity; Non-imputability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CAPs – Centros de Atenção Psicossocial

CC – Código Civil

CDPD – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituição da República

DJe – Diário do Judiciário eletrônico

EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência

HC – Habeas Corpus

HCTP – Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

LEP – Lei de Execução Penal

MP – Ministério Público

ONU – Organização das Nações Unidas

PcD – Pessoa com deficiência ou pessoas com deficiência

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS BASILARES	12
3 A INSANIDADE MENTAL NA LEI CIVIL	18
3.1 Lei que estabeleceu a política antimanicomial (Lei nº 10.216/2001)	18
3.2 A incapacidade no Código Civil	28
3.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência	36
4 A INSANIDADE MENTAL NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	40
4.1 Código Penal	40
4.2 Código de Processo Penal	49
4.3 Lei de Execução Penal	55
5 A PROBLEMÁTICA	63
6 A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO XIMENES LOPES	80
7 A RESOLUÇÃO Nº 487/2023 DO CNJ	90
8 CRÍTICAS	97
9 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

Considerando a medida de segurança como espécie de sanção penal, que, conforme art. 96 do CP, pode dizer à respeito à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; ou sujeição a tratamento ambulatorial.

Considerando a Teoria das Capacidades como a previsão legal de quem é capaz e incapaz para exercício de direitos nos termos do Código Civil, sendo que sua alteração trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD (a Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015) diz respeito à reformulação que excluiu as pessoas com deficiência mental do rol dos absolutamente incapazes, e transpõem-se para o rol das incapacidades relativas a pessoas que, mesmo por causa permanente, não puderem exprimir sua vontade; de modo que agora não mais existe hipótese de incapacidade civil absoluta relacionada exclusivamente à saúde mental e que a deficiência por si só não implica em presunção de incapacidade.

Considerando avaliação biopsicossocial a empregada pelo art. 2º, § 1º do EPD, ou seja, aquela realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, que para avaliar deficiência deverá obrigatoriamente considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e, por fim, a restrição de participação.

Considerando inimputável como o agente isento de pena 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' (art. 26, CP).

Considerando a sentença de 4 de julho de 2006 da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Caso Ximenes Lopes vs Brasil como notória para a não repetição de violações de direitos basilares em relação às pessoas com deficiência.

Considerando a Resolução nº 487/2023 do Conselho Nacional de Justiça como tentativa de proporcionar implementar a decisão da Corte no direito interno.

¹ Art. 2º. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

Diante desse contexto apresentado, propõe-se a análise das incompatibilidades deles resultantes. Incompatibilidades aparentes, como por exemplo a questão de que na sistemática penalista basta avaliação pericial médica para se ver satisfeita a conclusão quanto à inimputabilidade ou não do agente, enquanto na sistemática civilista a aferição da deficiência deverá ser biopsicossocial. O exame médico pericial que é realizado na esfera penal é insatisfatório para aferição segundo o que o EPD preceitua.

É necessária a aferição da inimputabilidade pois é a partir dela que a sistemática penalista irá poder agir, em teoria, para proteger essa pessoa, de maneira a não submetê-la à retribuição penal. Devido ao reconhecimento de que determinadas pessoas não devem ser sujeitas à penas por conta da incapacidade de entender ou de se determinar de acordo com esse entendimento, de forma que não podem ser consideradas responsáveis do ponto de vista penal.

Dada as evidentes incompatibilidades entre sistemas e também as observadas quando consideradas apenas a sistemática penal, objetiva-se aqui discorrer sobre essas ocorrências, haja vista ser evidente a necessidade de compatibilização.

A hipótese aqui levantada é de que a Decisão da CIDH é no sentido de como se deve resolver as incompatibilidades do sistema e de que a Resolução nº 487 do CNJ atuaria no sentido de implementar a decisão da Corte.

O marco teórico que permeia todos os âmbitos do presente trabalho é o princípio da dignidade humana e da isonomia. Assim sendo, tal tese guiará a condução de todo o trabalho, recorrentemente referenciada e utilizada como critério para a avaliação.

A elaboração da monografia nessa problemática se justifica na medida em que busca a proteção, promoção e efetivação de direitos humanos, além de ser um meio de enriquecer os debates acadêmicos acerca da temática.

Concluindo-se a monografia, busca-se a produção de novas ideias e reflexões, ambicionando propostas de tentativa de resolução que sejam suficientes para resolver os problemas já expostos.

É necessário, assim, perquirir quais ressalvas e objeções ao texto legal são de fato fundamentadas na cautela e proteção de direitos, e as que se baseiam na visão, ultrapassada e equivocada, de que as pessoas com deficiência,

genericamente falando, não detém autonomia e devem ser mantidas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

Esta monografia objetiva uma articulação de forma lógica, encaminhando-se para uma teoria que lhe dê sustentação. Buscando teorias que divergem em pontos específicos ou mesmo em sua centralidade/totalidade, além de análise de posição doutrinária.

Assim sendo, o gênero da pesquisa é teórico, cujo embasamento se dá substancialmente na análise de conteúdos bibliográficos. A análise de fontes primárias (produções doutrinárias) e secundárias (leis e julgados) – tendo por meta um estudo minucioso e reflexivo.

Dessa forma, a pesquisa utilizada visa decompor a problemática e destrinchá-la para sua minuciosa compreensão (observando conceitos e interpretações diversas acerca do texto legal), a fim de propor soluções/alternativas a serem implementadas acerca dos problemas que forem vislumbrados no decorrer investigativo da pesquisa.

Desta feita, a Monografia está organizada em nove capítulos. O primeiro se prestando à Introdução, abrindo então com princípios basilares, principalmente acerca da dignidade humana e da isonomia (Capítulo 2), para então expor a tratativa da insanidade (utilizando-se aqui de termo usado no Código de Processo Penal) na sistemática civilista (Capítulo 3), discorrendo sobre antecedentes históricos que ensejaram no movimento de luta antimanicomial brasileira, usando-se principalmente do Hospital Colônia de Barbacena para ilustrar o tratar da pessoa com transtorno mental de outrora, para enfim tratar do Código Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Então, analisa-se a insanidade mental a partir do viés penalista (Capítulo 4), tratando em específico do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Dessa forma, os Capítulos 2, 3 e 4 ambicionaram ser teóricos-descritivos, para então o Capítulo 5 problematizar livremente acerca dos institutos já trabalhados. Finalmente, segue-se para a análise da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ximenes Lopes vs Brasil (Capítulo 6), seguindo-se para exame acerca da Resolução nº 487 do Conselho Nacional de Justiça (Capítulo 7). Novamente, reserva-se um capítulo para novas críticas acerca dos temas tratados (Capítulo 8) para, por fim, vir o fechamento do trabalho na Conclusão (Capítulo 9).

2 PRINCÍPIOS BASILARES

Antes de cuidar acerca do que existe hoje na Lei Penal e no Código Processual Penal a respeito da insanidade mental, ou seja, de como o Código Penal trata e classifica a inimputabilidade e como o Código de Processo Penal averigua/constata tal inimputabilidade, vê-se como necessário explicar aqui sobre conceitos basilares e constitucionais, usados aqui também como marco teórico do presente trabalho. Comunicando que o marco/substrato teórico/linha mestra utilizado é o princípio da isonomia e a dignidade humana.

Quadra aqui, para maior esclarecimento sobre o tema, comento sobre o princípio da isonomia.

Fato é que, por conta do princípio constitucional da isonomia, exposto no *caput* do art. 5º da CR, diante da máxima de que “todos são iguais perante a lei”² (BRASIL, 1988), o preceito da igualdade deve sempre se manter nas vistas tanto do legislador, como também do aplicador da lei.

Diante da afirmação aristotélica de que igualdade seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, vê-se, então, como inerente à efetivação do princípio da isonomia, que haja certa discriminação legal para que o princípio de fato opere.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro “o conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, questiona, a partir da supracitada afirmação, “que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia”. Indaga-se, então, ainda nas palavras do jurista, “quais as discriminações juridicamente intoleráveis”. Ainda nas palavras de Bandeira de Mello (2021, p.17):

as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2021, p. 17)

² A Constituição da República, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, explana no *caput* do art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Prosseguindo, faz-se imperativa a análise de se há fundamento lógico para a adoção de determinado *discrímén*, vez que a partir de determinado elemento tomado como fator de desigualação é que se atribui determinado tratamento jurídico, exigindo-se ainda que haja correlação com os interesses constitucionais (MELLO, 2021).

Entende-se que há que ter correlação entre o elemento de *discrímén* e os efeitos jurídicos atribuídos à tal, ou seja, há que se ter um *nexo* plausível. Mello afirma: “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (MELLO, 2021, p. 39). Dessa forma, diz-se ser preciso que a discriminação jurídica guarde uma adequação lógica com o fator diferencial para que não se afronte o princípio da isonomia. Em suma: há que ter conexão entre o critério desigualador e a desigualdade jurídica dele resultante, pois é nisso que se funda o poder-dever da lei de conceder tratamento específico a uma determinada categoria de indivíduos.

Para concluir o raciocínio, considera-se importante citar mais uma vez Mello (2021), com exemplificação para aclarar:

Por derradeiro cumpre fazer uma importante averbação. **A correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, “pura”, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas.** Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se correlaciona juridicamente com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. **Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade.** (MELLO, 2021, p. 39) (Grifos nosso).

Continuando-se, percebe-se que a juridicidade de uma norma diferenciadora funda suas repercussões práticas de tratamento díspares nos interesses constitucionalmente protegidos, aqui tratando-se do princípio constitucional da isonomia. Não podendo haver, pois, discriminação legal aleatória mas sempre pautada num critério lógico. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2023, p. 292): “o

que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça”. Por todo o aqui exposto, subscreve-se com a afirmativa de Mello de que “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais” (MELLO, 2021, p. 45).

Avançando-se, versa-se agora sobre o princípio da dignidade humana.

O inciso terceiro do artigo primeiro do texto constitucional explana ser fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Dito isso, admite-se que a dignidade humana detém de uma ideia de onipresença no direito. Faz-se então necessário tratar sobre o que seria tal conceito fundamental e sua consequente interpretação constitucional, vez que esta não está estabelecida expressamente na carta magna.

Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2020), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), exige “que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando a pessoa como um fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou interesses de terceiros”. Ainda segundo o doutrinador, os teóricos do constitucionalismo contemporâneo afirmam que os direitos “apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana. Afirmam, portanto, que a dignidade seria um superprincípio (...)”.

Barroso (2013) afirma que atualmente a dignidade humana é compreendida através do “pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco”. E ainda avança: “a dignidade humana, um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos”.

Por vezes a dignidade da pessoa humana é tida como um conceito abstrato, nas palavras de Barroso (2013), “ainda resta a imputação de que a dignidade é um slogan vago”, e, justamente por isso, pode-se considerar árdua a conceituação de tal fundamento da República Federativa Brasileira, mas faz-se válido o esforço da tentativa de conceituação para a interpretação da presente monografia, apesar das diversas linhas e entendimentos acerca de tal fundamento. Mais uma vez citando o neoconstitucionalista presidente do Supremo: “o trabalho a ser feito consiste em encontrar um conteúdo mínimo para a dignidade humana, que possa garantir a sua

utilização como um conceito significativo e conseqüente, compatível com o livre arbítrio, com a democracia e com os valores seculares (laicos)” (BARROSO, 2013, p. 115).

Considera-se aqui a dignidade como um princípio jurídico constitucional, sendo então um valor fundamental, mas não absoluto³. Nas palavras de Barroso (2013):

(...) uma vez que a dignidade é tida como o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas. Vale lembrar que ela normalmente deve prevalecer, mas nem sempre será esse o caso. É melhor reconhecer esse fato do que tentar negá-lo através de argumentos circulares. (BARROSO, 2013, p. 118).

Faz-se válido também aludir às reflexões kantianas relacionadas à conceituação de dignidade humana. Para o filósofo, a dignidade se funda na autonomia, que diz respeito à capacidade de autodeterminação conforme a representação de certas leis. Dessa forma, coisas ou são substituíveis ou não o são, e não o sendo, tem dignidade. A ideia é a de que todo homem é um fim em si mesmo, não devendo, então, ser usado como meio e não podendo ser substituído por ser dotado de um valor intrínseco absoluto - a dignidade.

Segue conceito de dignidade humana elaborado por Barroso (2013, p. 120): “a dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como a autonomia de cada indivíduo, limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.

Considerando-se que o valor intrínseco relaciona-se com o aqui já citado entendimento de que o homem é um fim em si mesmo e nunca como um meio (seja para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais alheios). Dessa forma, explana Barroso (2013): “ela independe até mesmo da própria razão, estando

³ Exemplificando para aclarar: quando uma pessoa é condenada à prisão, parte de sua dignidade foi sacrificada, no caso em questão, a sua liberdade de ir e vir. Dessa forma, percebe-se que a dignidade humana não é absoluta, havendo situações em que ela ceda parcialmente.

presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental”. No plano jurídico, o valor intrínseco está relacionado⁴ à igualdade perante a Lei, implicando na proibição de discriminações ilegítimas acerca da capacidade mental e também relacionado com o direito fundamental à integridade física e psíquica. Vale-se de menção de Barroso (2013) sobre tal pauta:

O direito à integridade física abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes. É no âmbito desse direito que se desenvolvem discussões sobre prisão perpétua, técnicas de interrogatório e condições nas prisões. (BARROSO, 2013, p. 123).

Considerando-se autonomia, pela definição de Barroso:

o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. (...) A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (**a capacidade mental de tomar decisões informadas**), a independência (**a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais**) e a escolha (**a existência real de alternativas**) (BARROSO, 2013, p. 126). (Grifos nossos).

Considerando que o valor comunitário está conectado à ideia de que a comunidade/Estado estabelece “metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa” (BARROSO, 2013, p. 131), sendo que tais restrições se justificam por conta dos seguintes objetivos: “(1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e (3) a proteção dos valores sociais compartilhados” (BARROSO, 2013, p. 131). Logo, a restrição da autonomia pessoal se funda no objetivo de impedir comportamentos nocivos, ou seja, a ideia de dano aos outros traz legitimidade à restrição.

Conclui-se, nas palavras de Barroso (2013, p. 335):

a dignidade humana foi aqui caracterizada como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que (1) fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e (2) exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos - ou entre direitos e metas coletivas - , bem como no caso de desacordos morais. A bem da verdade, o princípio da dignidade humana, como aqui elaborado, tenta proporcionar um roteiro para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos

⁴ Aclara-se aqui que, segundo Barroso (2013), o valor intrínseco no plano jurídico está relacionado também ao direito à vida; na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo ou idade; no respeito pela diversidade cultural, linguística.

difíceis, sem a pretensão de ser capaz de suprimir ou resolver os desacordos morais, uma tarefa inatingível.

Vê-se como válido aqui tratar em específico de um dos quatro vetores definidos na obra de Bernardo Gonçalves (2020) da dignidade da pessoa humana, sendo o 'direito ao reconhecimento', que trata sobre

a concepção de que as injustiças podem se dar **não** apenas no campo da redistribuição de bens, mas também no campo do reconhecimento. Aqui o olhar que as pessoas lançam sobre as outras pessoas (o olhar que nós lançamos sobre "o outro" ou "o tarjado" de diferente) podem diminuí-las em sua dignidade. (GONÇALVES, 2020, p. 468)

Sobre a questão do reconhecimento, Barroso (2013, p. 121) explana que "as minorias têm direito às suas identidades e diferenças, bem como o direito de serem reconhecidas. Não há dúvida de que a dignidade humana corrobora tal entendimento".

Assim sendo, mais uma vez reitera-se que a linha mestra da presente monografia será pautada nos princípios da dignidade humana e da isonomia, vez que, se é que existe a possibilidade transformadora do Direito, esta só se vale se atrelada a tais princípios.

Isto posto, avança-se:

3 A INSANIDADE MENTAL NA LEI CIVIL

Após todo o exposto acima, explora-se agora a matéria pelo ponto de vista civilista.

Desta forma, optou-se em abrir tal capítulo tratando da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, conhecida como Lei Antimanicomial; que antecede o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), e, então, a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3.1 Lei que estabeleceu a política antimanicomial (Lei nº 10.216/2001)

Opta-se aqui por, antes de adentrar-se na Lei nº 10.216/2001, tratar do contexto que antecede tal lei, discorrendo alguns fatos históricos relevantes, objetivando-se não descrever pormenorizadamente cada um dos temas, mas aludir à eles dentro dessa perspectiva histórica.

Na Europa do século XVIII foi que iniciou-se o modelo de manicômio: um espaço destinado aos doentes mentais. Com o passar do tempo, intensificar-se-ia a ideia de medidas corretivas para com o comportamento dos doentes mentais.

Desta maneira, o Brasil tratava os pacientes com doença mental a partir do modelo herdado da família real portuguesa⁵, baseado na psiquiatria europeia - os pacientes tinham seus direitos básicos desrespeitados e eram vítimas de maus tratos. A psiquiatria viria a ser estudada no Brasil somente no início do século XIX.

Inicia-se na Itália a partir da segunda metade do século XX um posicionamento a favor de uma transformação na sistemática de funcionamento dos manicômios, impulsionado principalmente pelo psiquiatra Franco Basaglia: a ideia de colocar a pessoa no centro dos debates e não mais a doença, grande fator estigmatizante. Surge então o projeto de desinstitucionalização, objetivando devolver a liberdade aos pacientes para que estes voltem a usufruir do convívio social.

A jornalista Daniela Arbex, em seu livro “Holocausto Brasileiro”⁶ expõe o horror do internamento à força no Hospital Colônia de Barbacena, fundado em 1903⁷, no qual cerca de 70% dos pacientes não tinham diagnóstico de doença

⁵ Pedro II, assim chamado o primeiro hospício, foi instituído em 1841.

⁶ ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro. 1 ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

⁷ E foi desativado em 1994.

mental⁸, tendo que enfrentar tortura, violência e, em alguns casos, a morte; num genocídio que chegou a 60 mil mortos⁹. Daniela ainda apresenta similaridades do local à um campo de concentração: as pessoas eram levadas em vagões de carga, vítimas de internamento forçado, tendo suas cabeças raspadas e o uso de uniformes. A situação era realmente deplorável: adultos e crianças¹⁰ chegavam a situações extremas, como comer ratos, beber do esgoto e urina, dormir sobre capim, lidar com espancamentos e violações. O sistema era desumano. Espera-se que um tratamento seja digno, humanizado, visando e priorizando sempre a melhora do paciente. Dito isso, percebe-se que o mínimo não era garantido no Colônia.

O contista mineiro e médico Guimarães Rosa também atuou na cidade de Barbacena. Foi ele quem criou o termo “trens de doido” fazendo justamente referência ao modo como as pessoas chegavam no Hospital Colônia. Vale ainda a menção de seu conto “Sorôco, sua mãe, sua filha”, publicado em 1962 no livro “Primeiras estórias”. Defende-se que se vale fazer breve comentário sobre o conto por vislumbrar a literatura como um produto da sociedade que - como obra cultural da época - acaba por evidenciar verdades sobre a mesma; em outras palavras, vê-se aqui que não raro a literatura retrata temáticas que dizem respeito às condições sociais, nesse sentido “a literatura é também um produto social, exprimindo condições de cada civilização em que ocorre” (CANDIDO, 2006, p. 29). A obra literária de Rosa surge aqui como denúncia social, o que contribui inegavelmente à reflexão sobre a temática, no tocante a problemas que afetam a sociedade brasileira.

Retomando, no conto há a descrição do “trem de doido”, com grades e colocado no final do comboio¹¹, nas palavras de Rosa: “num dos cômodos as janelas sendo de grades, feito as de cadeia”. Rosa diz: “Para onde ia, no levar as mulheres,

⁸ Havia uma falta de critério para as internações. Os pacientes internados eram comumente deserdados socialmente, por motivos como, por exemplo: apresentar tristeza, homossexualidade, mães solteiras, alcoólatras, pobres, negros, mendigos.

⁹ Os internos morriam de frio, fome, doença e eletrochoque (relata-se que os eletrochoques eram tantos e tão fortes que às vezes a sobrecarga derrubava a rede do município).

¹⁰ Segundo a jornalista Daniela Arbex, houveram pelo menos trinta e três crianças no Colônia.

¹¹ Essa descrição feita por Rosa coincide com as descrições que Edson Brandão, pesquisador de história regional, membro da Academia Barbacenense de Letras e curador do Museu da Loucura, se deparou durante suas pesquisas. Coincide também com o relato do maquinista Mário Lara no documentário “Holocausto Brasileiro”, no qual ele conta que havia um vagão separado exclusivamente para os doentes mentais. Relata que nas tábuas de fora desse vagão continha o escrito: “vagão para loucos”.

era para um lugar chamado Barbacena, longe. Para o pobre, os lugares são mais longe”.

Conta ainda:

O que os outros se diziam: que Sorôco tinha tido muita paciência. Sendo que não ia sentir falta dessas transtornadas pobrezinhas, era até um alívio. Isso não tinha cura, elas não iam voltar, nunca mais. De antes, Sorôco aguentara de repassar tantas desgraças, de morar com as duas, pelejava. Daí, com os anos, elas pioraram, ele não dava mais conta, teve de chamar ajuda, que foi preciso. Tiveram que olhar em socorro dele, determinar de dar as providências de mercê. Quem pagava tudo era o Governo, que tinha mandado o carro. Por forma que, por força disso, agora iam remir com as duas, em hospícios.

Intrigante tal trecho do conto, vez que relata-se¹² que muitos dos pacientes encaminhados ao Hospital de Barbacena eram pessoas consideradas incômodas/um fardo para alguém ou parte da sociedade, (e.g. filhas que perderam a virgindade antes do casamento, bem como mulheres que engravidavam de seus patrões), aquele indivíduo responsável pelo “envio” daquela pessoa se veria livre de um estorvo (ARBEX, 2013). No trecho em que Rosa diz “elas não iam voltar, nunca mais”, também em muito se assemelha com a realidade dos pacientes do Hospital de Barbacena, já que mais de 60 mil pessoas chegaram a morrer no manicômio.

Vale dizer que há quem interprete o conto como se Sorôco tivesse tomado a difícil decisão de despachar a mãe e a filha para Barbacena, como se se tratasse de um retrato da dor da separação, experienciada principalmente por Sorôco, principalmente por ele não ter nenhum outro parente fora as duas. Mas a interpretação que aqui se faz é em outro sentido: Sorôco, como tantos outros, via o Hospital de Barbacena como um lugar para depositar pessoas indesejáveis. Sorôco, apesar de receber a compaixão das pessoas, em verdade se sentira aliviado por se ver livre das duas consideradas “transtornadas pobrezinhas”, enganando-se de estar fazendo o melhor também para as duas “pobrezinhas”.

Ainda sobre o Hospital de Barbacena, vale mencionar as fotos publicadas em 1961 pelo fotógrafo Luiz Alfredo na revista “O Cruzeiro”, na matéria intitulada “A sucursal do inferno”, imagens que escancaram de maneira dura a funcionalidade do Colônia, sendo nítido como o lugar era um depósito de pessoas, com o descaso aos mais basilares direitos. Nas fotos clicadas está eternizado como aqueles sujeitos pareciam simplesmente não serem reconhecidos como sujeitos. A já citada fala de

¹² Tanto no livro, como no documentário homônimos: “Holocausto brasileiro”.

Bernardo Gonçalves (2020) aqui muito bem se enquadra, “a concepção de que as injustiças podem se dar (...) no campo do reconhecimento. Aqui o olhar que as pessoas lançam sobre as outras pessoas (o olhar que nós lançamos sobre ‘o outro’ ou ‘o tarjado’ de diferente) podem diminuí-las em sua dignidade”. Mostrava-se evidente o desrespeito à dignidade de terceiros, situação que viria a se perpetuar por décadas, quisá justamente pelo olhar da sociedade, de maneira geral, de que aquelas pessoas que ali estavam, eram, aos olhos de muitos, “menos pessoas”.

O então deputado mineiro Paulo Delgado, quem realizou o Projeto da Lei Antimanicomial, explica: “o preconceito contra o doente mental estava sustentado em dois pilares: a periculosidade, ideia de que todo doente mental é perigoso e a incapacidade civil absoluta, que o doente mental não sabe fazer nada, só dá trabalho”¹³.

Assim sendo, o preconceito que envolvia o doente mental viabilizava com que sua dignidade fosse continuamente desrespeitada. Simplesmente podendo-se inúmeros direitos em detrimento de uma suposta doença mental¹⁴.

O lidar com os pacientes do Hospital de Barbacena era tão deplorável que, em 1979, o psiquiatra italiano Franco Basaglia, referência mundial na busca pela humanização e reforma do sistema de saúde mental, visitou o Colônia e afirmou: “estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo presenciei uma tragédia como esta”.

Há ainda a questão de que o Hospital de Barbacena tinha acoplado a ele um cemitério, circunstância que pode ser indicativa de que nunca esteve presente a perspectiva de ressocialização, mas sim que as pessoas ali findariam suas vidas. As pessoas eram depositadas no manicômio e ali ficavam: desidratadas, desnutridas, vendo-se forçadas a lidar com odores fétidos, dormir empilhadas e morrer de frio. A partir de 1930 o hospital passou por uma tremenda superlotação: o espaço que era inicialmente projetado para 200 pessoas, estava então abrigando 5 mil. Inicia-se uma história de extermínio, resultando num genocídio de mais de 60 mil pessoas. Ademais, mais de 1.800 cadáveres foram vendidos pelo Colônia para faculdades de medicina, entre os anos de 1969 e 1980. Registros do próprio hospital indicam a média de dezesseis falecimentos por dia no período de maior lotação.

¹³ Fala retirada do Programa Antes & Depois da Lei #50 - Lei Antimanicomial. O programa é produzido pela Coordenadoria de Rádio e TV do STJ.

¹⁴ Diz-se aqui suposta por, no caso do Hospital de Barbacena, cerca de 70% dos pacientes não possuem qualquer laudo atestando doença mental.

Geraldo Magela Franco, que foi funcionário do hospital, “admite que o tratamento de choque e o uso de medicações nem sempre tinham finalidades terapêuticas, mas de contenção e intimidação” (apud ARBEX, 2013, p. 35). Acrescenta ainda que: “no caso dos remédios, a gente dava quando o doente apresentava algum tipo de alteração. Em situações de epilepsia, aplicávamos uma injeção. Se o cara, às vezes, se exaltava, ficava bravo, a gente dava uma injeção para ele se acalmar” (apud ARBEX, 2013, p. 35).

O médico Ronaldo Simões Coelho admite que “(...) os eletrochoques eram dados indiscriminadamente. Às vezes, a energia elétrica da cidade não era suficiente para aguentar a carga. Muitos morriam, outros sofriam fraturas graves” (apud ARBEX, 2013, p. 36).

Havia, inclusive, Ofício¹⁵ determinando que os pacientes adotem o “leito único”, feito de capim.

Mostra-se que em ambiente manicomial a pessoa era objetificada, usurpando-se dela continuamente, da internação ao fim da vida, seu caráter humano. Evidencia-se tal fato pela questão de que muitos pacientes eram rebatizados no Colônia: perdiam seu nome de nascimento, perdiam parte de sua própria identidade.

Então, é nesse contexto que surge no Brasil a Luta Antimanicomial, que mobilizou-se no sentido de que a internação de pacientes com transtornos mentais passasse a ocorrer apenas quando estritamente necessário, nos casos mais pontuais e graves, aqueles em que o convívio da pessoa com deficiência psicossocial na sociedade mostra-se perigoso para terceiros e para essa si própria. Nessa conjuntura foi promulgada a Lei n° 10.216, de 6 de abril de 2001, também conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

A proposta foi apresentada na Câmara dos Deputados em 1989 pelo então deputado mineiro Paulo Delgado, sendo transformada em Lei Ordinária em 2001. O projeto de lei pretendia revogar as disposições em contrário, especialmente aquelas constantes no Decreto-Lei n° 24.559, de 3 de julho de 1934, que previa “não é permitido conservar mais de três doentes mentais em um domicílio” (art. 3°, § 4°, Dec-lei 24.559/1934) e outros pontos questionáveis, como também dizer que tais

¹⁵ Esse ofício está presente no Museu da Loucura.

estabelecimentos destinariam-se a receber “os psicopatas, os toxicômanos e intoxicados habituais, que, para tratamento, por motivo de seu comportamento ou pelo estado de abandono em que se encontrem, necessitem de internação e não a recusarem de modo formal”, dentre outros.

A justificativa do projeto de lei foi a seguinte:

O hospital psiquiátrico especializado já demonstrou ser recurso inadequado para o atendimento de pacientes com distúrbios mentais. Seu componente gerador de doença mostrou ser superior aos benefícios que possa trazer. Em todo o mundo, a desospitalização é um processo irreversível, que vem demonstrando ser o **manicômio plenamente substituível por serviços alternativos mais humanos, menos estigmatizantes, menos violentos, mais terapêuticos.** A experiência italiana, por exemplo, tem demonstrado a viabilidade e factibilidade da extinção dos manicômios, passados apenas dez anos de existência da "Lei Basaglia". A inexistência de limites legais para o poder de seqüestro do dispositivo psiquiátrico é essencial à sobrevivência do manicômio enquanto estrutura de coerção.

No Brasil, os efeitos danosos da política de privatização paroxística da saúde, nos anos 60 e 70, incidiram violentamente sobre a saúde mental, criando um parque manicomial de quase 100.000 leitos remunerados pelo setor público, além de cerca de 20.000 leitos estatais. A interrupção do crescimento desses leitos é imperativa para o início efetivo de uma nova política, mais competente, eficaz, digna e ética, de atendimento aos pacientes com distúrbios mentais.

Apesar de todas as dificuldades estruturais e políticas, a rede psiquiátrica pública demonstrou, a partir do início dos anos 80, ser capaz de propor e sustentar novos modelos de atendimento em saúde mental, que levem em conta os direitos e a liberdade dos pacientes. Todos os planos e políticas, entretanto, desde o paradigmático "Manual de Serviços" do antigo INPS, em 1973, de que foi co-autor o Prof. Luiz Cerqueira, pioneiro da luta antimanicomial, não têm feito outra coisa senão "disciplinar" e "controlar" a irrefreável e poderosa rede de manicômios privados, impedindo de fato a formulação para a rede pública, de planos assistenciais mais modernos e eficientes.

Propõe-se aqui o fim desse processo de expansão, que os mecanismos burocráticos e regulamentos não lograram obter, e a construção gradual, racional, democrática, científica, de novas alternativas assistenciais. O espírito gradualista da lei previne qualquer fantasioso "colapso" do atendimento à loucura, e permite à autoridade pública, ouvida a sociedade, construir racional e quotidianamente um novo dispositivo de atenção.

A problemática da liberdade é central para o atendimento em saúde mental. Em vários países (nos Estados Unidos exemplarmente), a instância judiciária intervém sistematicamente, cerceando o poder de seqüestro de psiquiatria. No Brasil da cidadania menos que regulada, a maioria absoluta das mais de 600.000 **internações anuais são anônimas, silenciosas, noturnas, violentas, na calada obediência dos pacientes.** A Defensoria Pública, que vem sendo instalada em todas as comarcas, deverá assumir a responsabilidade de **investigar sistematicamente a legitimidade da internação-seqüestro, e o respeito aos direitos do cidadão internado.**

A questão psiquiátrica é complexa, por suas interfaces com a Justiça e o Direito, com a cultura, com a filosofia, com a liberdade. Se considerarmos toda a complexidade do problema, esta é uma lei cautelosa, quase conservadora. **O que ela pretende é melhorar - da única forma possível - o atendimento psiquiátrico à população que depende do Estado para cuidar de sua saúde, e proteger em parte os direitos civis**

daqueles que, por serem loucos ou doentes mentais, não deixaram de ser cidadãos. (Grifo nosso)

A Lei 10.216/2001 foi um marco, pois foi a partir dela que o tratamento aberto começou a ser possível. Paulo Delgado, que também foi constituinte, explica que o Projeto foi exatamente para garantir ao cidadão brasileiro os direitos já previstos na Constituição. Em suas palavras:

a espinha dorsal da Constituição brasileira seriam os direitos individuais, os direitos dos cidadãos brasileiros; e não a organização do Estado. Todas as Constituições do mundo, quase que sem exceção, colocam a organização do Estado, a estrutura dos três poderes à frente dos direitos individuais. A Constituição brasileira, neste caso, é inédita no mundo. Por isso, ali faltava, nas leis complementares e nas leis infraconstitucionais, faltava uma categoria de pessoas. No artigo 5º: ‘todos são iguais perante a lei, inclusive os doentes mentais’. Eu tentei na verdade introduzir os doentes mentais já no texto constitucional e não consegui, na emenda da época¹⁶.

Assim sendo, a Lei garante aos pacientes com doença mental atendimento adequado, independente da raça, cor, sexo, orientação sexual, religião e política. Garante também acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde de acordo com as necessidades do paciente, sendo o tratamento humanitário, com foco na recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; protegendo a pessoa contra qualquer forma de abuso ou exploração. Por fim, garante o sigilo nas informações prestadas. Vislumbra livre acesso aos meios de comunicação disponíveis, devendo ser fornecidas informações a respeito de sua doença e seu tratamento, sendo que o tratamento deve ser em ambiente terapêutico menos invasivo, sendo prioritário o tratamento em serviços comunitários de saúde mental.

Após todo o exposto, segue-se análise da letra da Lei Antimanicomial, especificamente daqueles artigos mais relevantes para a matéria aqui trabalhada. Seu primeiro artigo é uma reiteração do caput do art. 5º da Constituição, de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Observa-se:

Art. 1ª 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.

¹⁶ Fala retirada do Programa Antes & Depois da Lei #50 - Lei Antimanicomial. O programa é produzido pela Coordenadoria de Rádio e TV do STJ.

Segue-se então o art. 2º comunicando acerca da necessidade de transparência quanto ao tratamento e qualquer atendimento empregado à pessoa doente mental.

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;

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.

Vale fazer o destaque em relação ao inciso II, que explicita que o intuito é sempre proporcionar a inserção social do indivíduo. Importante também é o inciso V, que reitera que a hospitalização involuntária deve ser motivada. Por fim, destaca-se também os incisos VII e VIII, sobre o necessário acesso à informação acerca da doença e tratamento; bem como que os meios utilizados sejam os menos invasivos possíveis.

O art. 4º é importantíssimo. Segue-se o mesmo, na íntegra:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

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

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Vê-se então que a Lei Antimanicomial estabelece que a internação é a última medida, quando todos os outros possíveis recursos forem esgotados e não se

mostrarem satisfatórios. Todo o tratamento auferido será sempre objetivando a reinserção social do indivíduo. Vale também a especial menção do parágrafo segundo, que defende que a assistência deve ser integral e, conseqüentemente, multiprofissional. Por fim, o parágrafo terceiro defende a desinstitucionalização, deixando claro não ser mais possível a existência de estabelecimentos como o Hospital Colônia de Barbacena. Segue-se para análise do art. 6º:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001).

Como já exposto no presente capítulo, outrora foi usual internações não motivadas e sem qualquer diagnóstico. Dessa forma, o artigo acima visa que não mais ocorram internações arbitrárias. Mostra-se claro que ainda está prevista a internação involuntária, ou seja, sem o consentimento do paciente; mas independente de qual seja o tipo de internação, é necessário que haja explicitamente seus motivos em laudo médico circunstanciado. Prosseguindo-se, segue-se agora análise do artigo oitavo:

Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.
§ 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.
§ 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento. (BRASIL, 2001).

Vê-se então que para que ocorra a internação é necessária avaliação médica. O responsável técnico do estabelecimento tem a responsabilidade de comunicar o Ministério Público do Estado sempre que houver internação ou desinternação involuntária. Segue-se então, para a análise do artigo nono:

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. (BRASIL, 2001).

Observa-se então que a Lei Antimanicomial prevê que pode ocorrer internação compulsória a partir de determinação do poder judiciário; mas, conforme expressa dicção do artigo, será determinada “de acordo com a legislação vigente”; qual seja, nos termos da lei.

Já o art. 10 da Lei:

Art. 10. Evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência. (BRASIL, 2001).

Certamente a redação do artigo décimo teve em conta coibir a ocorrência de situações semelhantes a remessa de cadáveres advindos do Hospital de Barbacena para a Universidade Federal de Juiz de Fora em março de 1970, em que nenhum dos familiares das vítimas autorizou a comercialização dos corpos¹⁷.

Por fim, o artigo 11, que se segue:

Art. 11. Pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde. (BRASIL, 2001).

Tal artigo é a reiteração do direito à autonomia sobre o próprio corpo. Mais uma vez denota-se a importância da regra legal citada, a exemplo do que se dava enquanto existia o manicômio em Barbacena, não sendo incomuns mortes diárias, e, nesse contexto, chegou a haver venda de cadáveres sendo vendidos para escolas de medicina¹⁸.

¹⁷ ARBEX, Daniela. A venda de cadáveres. In: Holocausto brasileiro.

¹⁸ Além disso, quando as faculdades de medicina passaram a não mais ter interesse nos corpos, já que já haviam comprado muitos, com o objetivo de que as ossadas de novos mortos fossem comercializadas, começaram, dentro do próprio pátio do Colônia e na frente de outros pacientes, a decompor em ácido corpos de pacientes que morreram (ARBEX, 2013).

3.2 A incapacidade no Código Civil

O Código Civil de 2002, já em seu primeiro artigo, prescreve que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002). A personalidade e a capacidade de direito se iniciam a partir do nascimento com vida¹⁹. Antes de tudo, explicita-se que entende-se por capacidade de direito a aptidão que a pessoa tem para adquirir e exercer direitos e deveres na ordem civil. Como toda pessoa é²⁰, indistintamente, dotada de personalidade jurídica, por conseguinte também é dotada da aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, possui aptidão para participar de relações jurídicas. (TEPEDINO, 2022). Nesse sentido, a capacidade de direito só se perde com a morte, de forma que o artigo sexto do CC estabelece que “a existência da pessoa natural termina com a morte”²¹ (BRASIL, 2002).

Afere-se então que a personalidade existe pela própria condição de pessoa, inclusive estando desvinculada sobre essa pessoa ter capacidade de fato ou não. Explica-se: há distinção entre capacidade de ter direitos e a capacidade de exercê-los, ou seja, é necessário verificar tanto a capacidade de direitos e deveres da ordem civil, bem como a possibilidade da pessoa os exercer por si mesma.

Nesta feita, há a capacidade de fato e a capacidade de direito.

A chamada capacidade de direito é a aptidão que a pessoa tem para adquirir e exercer direitos e deveres na ordem civil. Já a capacidade de fato, é a “possibilidade de a pessoa exercer por si os seus direitos”. (TEPEDINO, 2022, p. 111).

Como toda pessoa é, indistintamente, dotada de personalidade jurídica, por conseguinte também o é dotada da aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, possui aptidão para participar de relações jurídicas. Mas fato é que nem todas as pessoas dispõem de capacidade de fato, de forma que o direito

¹⁹ O artigo 2º do Código Civil de 2002 sustenta que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sendo que estende-se por nascituro aquele que está por nascer e o legislador ressalva os direitos do nascituro desde a concepção.

²⁰ Dessa forma, “o Código Civil brasileiro exige o nascimento com vida como requisito para a aquisição da personalidade e a titularidade própria de direitos” (TEPEDINO, 2022, p. 119).

²¹ Sendo que considera-se morte o encerramento da atividade cerebral, mesmo que outros sistemas vitais não tenham cessado, através, por exemplo, por manutenção do suporte vital por meio de aparelhos (TEPEDINO, 2022).

vê-se como responsável em ditar a maneira de suprir a incapacidade quando existente.

Dessa forma, observa-se então a diferenciação de capacidade em dois tipos: a chamada capacidade de direito, em que a pessoa adquire direito(s), podendo ou não exercê-lo(s), e a capacidade de exercício (ou de fato), em que nela a pessoa exerce o próprio direito. Logo, a capacidade de fato diz respeito à possibilidade de exercer por si seus direitos.

O professor Nelson Rosenvald (2015, p. 226), explica:

Surgem as categorizações: a capacidade de direito como aptidão genérica para a titularidade de direitos e obrigações na órbita civil e a capacidade de fato (ou de agir), até hoje tida como a aptidão para o exercício pessoal dos atos da vida civil, sem assistência ou representação. (ROSENVALD, 2015, p. 226).

O ordenamento jurídico reconhece ao indivíduo a capacidade para adquirir e exercer os direitos por si mesmo (de forma direta), ou por intermédio (pela representação), ou com a assistência de um terceiro.

Tendo sido analisada a capacidade de direito e capacidade de fato, há que se falar também sobre incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Importante destacar que a incapacidade é usada como mecanismo protetivo. Dito isso, adianta-se então que, em caso de pessoa absolutamente ou relativamente incapaz, a capacidade de direito sempre estará presente, mas não a de fato, sendo que para a prática dos atos da vida civil, os absolutamente incapazes devem estar representados, enquanto basta para os relativamente incapazes estarem assistidos.

Então, diferenciam-se em dois os níveis de incapacidade, sendo: absoluta ou relativa. Nesta feita, quando absoluta, os atos da vida civil serão efetuados em nome e melhor interesse da pessoa absolutamente incapaz através de um representante definido por lei. Já quando relativa, os atos da vida civil serão praticados diretamente pela própria pessoa relativamente incapaz, que estará assistida por pessoa designada justamente para este fim. (TEPEDINO, 2022).

O rol dos absoluta e relativamente incapazes foi significativamente alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, a partir de preceitos do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque, alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil, reformulando por completo a Teoria das Capacidades Civis.

Afere-se então que a Lei n.º 13.146 de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), confere profundas mudanças a tais artigos, implicando assim em reformulação da Teoria das Capacidades vigente até então. Excluem-se as pessoas com deficiência mental do rol dos absolutamente incapazes, e transpõem-se para o rol das incapacidades relativas as pessoas que, mesmo por causa permanente, não puderem exprimir sua vontade. Agora é certo afirmar que não mais existe hipótese de incapacidade civil absoluta relacionada exclusivamente à saúde mental e que a deficiência por si só não implica em presunção de incapacidade. Avança-se com explicação melhor detalhada:

A popularmente denominada Convenção de Nova Iorque é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, juntamente com seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Ela equivale à emenda constitucional por força do § 3º do artigo 5º da Constituição da República, que dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

A Convenção de Nova Iorque, para ver realizada sua premissa de defesa em relação aos direitos reprodutivos, sexuais, matrimoniais e parentais, teve em sua elaboração integrantes dos movimentos das pessoas com deficiência, legisladores e operadores do Direito que objetivavam ir ao combate da afronta à cidadania e dignidade que as pessoas com deficiência (PcD) tinham de enfrentar. A partir de tais premissas, a Convenção alcançou assinatura em 163 (cento e sessenta e três) países em dezembro de 2006, na sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque. (TOMASEVICIUS FILHO, 2021).

Em seu Artigo 1º, o diploma esclarece que:

[...] o propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (BRASIL, 2009).

A Convenção, em sua integralidade, pretende sempre reforçar a ideia de busca da igualdade das pessoas com deficiência em relação às demais. Dessa forma, a partir do momento em que a CDPD adquiriu status constitucional, viu-se

necessário que a legislação infraconstitucional espelhasse os seus princípios. E, para que assim fosse feito, como bem pontua Eduardo Tomasevicius Filho (2021, p.28):

[...] seriam necessários inúmeros ajustes, alterações, supressões, re-interpretações e novos diplomas legais. Um debate que se concentrou em torno da elaboração de um Estatuto da Pessoa com Deficiência – projeto que tramitou por mais de dez anos no Congresso Nacional – nos moldes de seus equivalentes já aprovados e que agrupavam, alteravam e introduziam os instrumentos para assegurar os direitos dos idosos e das crianças e adolescentes. Com inúmeras idas e vindas, e após pressão de vários segmentos organizados da sociedade civil junto aos legisladores, uma nova proposta rebatizada de Lei Brasileira de Inclusão – LBI – foi finalmente debatida e aprovada pelo Congresso Nacional, sendo promulgada em 2015 como a Lei nº 13.146. (TOMASEVICIUS, 2021, p. 28).

Conseqüentemente, fez-se necessário regulamentar seus artigos visando a aplicação integral do Direito e procurar o preenchimento de possíveis lacunas jurídicas/legais/procedimentais decorrentes da aplicação prática do EPD. Além disso, a CDPD estipula já em seu artigo 1º que:

[...] pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2009).

Com tal definição, reforça-se aqui que a aferição de deficiência deve e somente pode ser em sentido amplo. Além disso, com tal definição, a Convenção trouxe novo conceito de PcD para o ordenamento jurídico brasileiro e, como bem expressa-se Eduardo Tomasevicius Filho (2021, p. 57):

[...] assim, com eficácia revogatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária, uma vez que no Brasil a Constituição Federal de 1988 estabeleceu estatuto privilegiado de sujeito de direito às pessoas com deficiência, mas optou por não defini-las, o que favoreceu o acolhimento de paradigmas médicos em sede infraconstitucional, por meio dos Decretos n.o 3.298/99 e n.o 5.296/2004, que passaram a definir a pessoa com deficiência da seguinte forma [...] (TOMASEVICIUS, 2021, p. 57)

Como bem sinalizado por Eduardo Tomasevicius Filho (2021, p. 55):

Por muito tempo adotou-se o modelo médico como identificador da pessoa com deficiência pela sua incapacidade e grau que ela o afetava. Tal modelo foi responsável, em grande parte, pela resistência da sociedade em aceitar a necessidade de mudar suas estruturas e atitudes para incluir em seu seio as pessoas com deficiência. (TOMASEVICIUS, 2021, p. 55)

A propósito, como muito bem reconhecido na alínea “e” do Preâmbulo da Convenção “a deficiência é um conceito em evolução” e “resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (BRASIL, 2009). Ou seja, pela deficiência se tratar de um conceito multifatorial, um laudo/atestado médico, por mais ampla que seja sua tentativa de se fazer ser, não será o suficiente para elucidar em que medida se dá ou não a sua existência. Ele, tomado exclusivamente, levaria à dedução de que a deficiência seria uma questão concernente àquele indivíduo, o que aparentemente não o é, posto que a deficiência só existiria a partir do momento em que a sociedade falha em se fazer inclusiva à todas as pessoas em igualdade de condições, vez que deveria sempre se objetivar e viabilizar a plena participação. A PcD, como qualquer outra, tem que ter sua inclusão social promovida e, caso assim não o seja, verifica-se evidente falha social.

Dito isso, o Decreto n.º 5.296/2004, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras²² de deficiência ou com mobilidade reduzida, em seu art. 5º assim definia:

§ 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

²² Observa-se aqui utilização de terminologia já ultrapassada, o que faz sentido considerando-se o ano do Decreto. Essa terminologia, contudo, deve ser evitada. Aqui no trabalho somente é empregada quando fizer referência à forma com que consta na legislação.

1. comunicação;
 2. cuidado pessoal;
 3. habilidades sociais;
 4. utilização dos recursos da comunidade;
 5. saúde e segurança;
 6. habilidades acadêmicas;
 7. lazer; e
 8. trabalho;
- e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e
- II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.
- § 2º O disposto no caput aplica-se, ainda, às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, gestantes, lactantes e pessoas com criança de colo.

Vê-se, então, a evidente taxatividade utilizada. Ora, de acordo com a definição trazida no artigo primeiro da Convenção, a deficiência não se pode configurar por meio de alusão a determinadas características físicas, se limitando a isso, mas sim nas barreiras existentes da relação entre a PcD e a sociedade. É a interação com diversas barreiras que apontará se a pessoa é ou não PcD. Vale a menção a seguir de Eduardo Tomasevicius Filho (2021, p. 59) ainda sobre tal problemática:

Por conta disso, esta concepção legislativa pode ser lida a partir da análise da forma como os indivíduos foram estigmatizados, como aqueles que são identificados por alguma característica física ou moral, entendida como negativa pela sociedade na qual estão inseridos. Esta reflexão sobre as dificuldades de construção da identidade pessoal e social das pessoas, estigmatizadas como diferentes por um atributo (ou a falta dele), resulta em discriminação e marginalização. (TOMASEVICIUS, 2021, p. 59).

Apesar de na Convenção de Nova Iorque haver a citação de que a existência de barreiras são requisitos para a deficiência, não há em seu interim o que exatamente entenderia-se por barreiras. Assim sendo, segue-se aqui a definição que o Estatuto da Pessoa com Deficiência traz em seu art. 3º, V, sobre barreiras:

[...] qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: (BRASIL 2015)

Ainda no próprio Estatuto, há a especificação de que as barreiras podem ser urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas.

Fato é que a capacidade jurídica se perfaz como regra, de forma que, em caso de não existir a capacidade, essa deve para todos os efeitos ser devidamente aferida e comprovada. Assim sendo, a falta/ausência de discernimento vai implicar na incapacidade. O Direito brasileiro (e não só ele), questionou-se sobre a aplicação da incapacidade civil decorrente do transtorno mental.

Além disso, o discernimento mostra-se como requisito essencial para a máxima autonomia privada. E, na mesma medida em que se faz necessária a proteção das pessoas relativamente incapazes, essa proteção não pode ser confundida como meio de anulação da autonomia e expressão da vontade das pessoas relativamente incapazes, o que acabaria por ser um afronte à dignidade da pessoa humana.

Vale aqui mencionar que o enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil já ditava que “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Desta feita, vê-se sentido em estender tal entendimento também aos relativamente incapazes, visto que estes, quando comparados ao absolutamente incapazes, já gozam de maior autonomia, o que faz com que a vontade desses sujeitos seja também relevante, sendo averiguada e promovida através de assistência.

Além disso, expõe-se que quando constatado discernimento, em qualquer grau que esse se apresente, deve-se ser preservado, de modo que, caso haja incapacidade, deve-se discriminar sobre quais atos ela irá ou não recair.

Continuando, o Código Civil de 2002, dispõe em seu artigo 104, inciso I²³, que a validade do negócio jurídico requer agente capaz e o artigo 166, inciso I²⁴, que será nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz. Desta forma, para que o ato tenha validade, faz-se necessário que a pessoa incapaz seja representada. Isso implica dizer que mesmo quando haja manifestação volitiva da pessoa absolutamente incapaz (ou seja, manifestação que resulta da vontade), caso seja realizado um ato sem o intermédio de representante, este será

²³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz.

²⁴ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz.

considerado nulo. Em se tratando de nulidade absoluta, esta pode ser suscitada a qualquer tempo, vez que o negócio nulo não pode produzir nenhum efeito jurídico, de forma que caso porventura tenha produzido efeitos no mundo fático, a partir do reconhecimento judicial da nulidade, há que se haver a retirada desses efeitos.

Já o artigo 171 do Código Civil, inciso I, afirma ser anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente e o 177 do Código Civil, do capítulo Da Invalidez do Negócio Jurídico, explana que:

A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade. (BRASIL, 2002).

Portanto, caso haja negócio jurídico por pessoa absolutamente incapaz sem representação o ato será nulo, enquanto se houver negócio jurídico por pessoa relativamente incapaz sem assistência, o ato será anulável. O fato de o Código Civil fazer ser nulo ou anulável tais negócios jurídicos justifica-se na proteção dos absolutamente e relativamente incapazes, vez que parte-se da (críticável) ideia de que eles não teriam vontade idônea para praticar por si só os atos da vida civil (TEPEDINO, 2022).

Em relação às situações existenciais, Gustavo Tepedino (2022, p. 113) considera que “a subtração da capacidade de fato acaba por suprimir o próprio direito”, vez que, quando a pessoa não pode exercer por si só direitos existenciais (o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto) haverá a supressão/impossibilidade de que a pessoa possa enfim exercer tais direitos, o que implica, em última análise, na eventual supressão deles. Observa-se então a existência de uma diferenciação em relação à ser titular do direito e ao seu exercício, de modo a ser possível que haja uma dissociação entre a titularidade e o exercício do próprio direito. Nesse raciocínio é que o legislador fez a diferenciação da aplicação do regime das incapacidades em relação às questões patrimoniais e/ou negociais e as existenciais. Desta forma, não ter capacidade de fato para exercer pessoalmente acerca de questões patrimoniais e/ou negociais vai incidir somente no aumento da proteção da pessoa não plenamente capaz de exercer o ato - situação incompatível de ocorrer para com os atos existenciais, por dizerem respeito ao íntimo do indivíduo, fazendo com que caso eles não o pratiquem por si próprios tais atos, esses atos nunca estarão satisfeitos

quando praticados por terceiros, mesmo que visando melhor interesse da pessoa não plenamente capaz.

E, levando-se sempre em consideração que “a promoção da realização da dignidade da pessoa humana consubstancia o fim último do ordenamento” (TEPEDINO, 2022, p. 112), fez-se necessária a reconstrução do regime das incapacidades, a fim de proporcionar ao incapaz maior consideração às suas vontades e escolhas. Mas, para que o maior respeito às escolhas e à autonomia não implicasse desproteção, fez-se também necessário que haja medidas protetivas quando o sujeito for incapaz de externalizar sua vontade ou mesmo incapaz de optar por qualquer que seja a razão.

Ou seja, são necessários meios para as pessoas que não tenham total discernimento sejam protegidas, mas também que seja viabilizado o exercício de seus direitos existenciais, sempre – para isso, Gustavo Tepedino considera ser necessário adotar “como parâmetro o concreto discernimento, não [(...)] padrões abstratos”(TEPEDINO, 2022, p. 114) . Em suma: “a incapacidade, como mecanismo protetivo, deve se ajustar às necessidades do incapaz, o que se mostra especialmente relevante nas situações existenciais” (TEPEDINO, 2022, p. 114).

3.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência

Antes de iniciar-se comento sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), trata-se aqui brevemente sobre o termo pessoa com deficiência (PcD).

O termo “pessoas com deficiência” faz parte do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência realizada pela ONU em 2006, ratificada com equivalência de emenda constitucional no Brasil, no ano de 2009. A deficiência, ou melhor, os diferentes impedimentos físicos, sensoriais, intelectuais ou mentais, como tantas outras características humanas, tem um amplo espectro. Se diz pessoa com deficiência de modo a remeter a ideia que toda pessoa é um conjunto de características; então, recortar e lidar com apenas uma delas é limitante e acaba por fazer com que se perpetuem estereótipos. Em outros termos, deve-se olhar para a pessoa, o indivíduo e não para a deficiência. Além disso, parece ainda haver o desconhecimento de que certas terminologias têm potencial de reforçar a segregação e a exclusão. Assim sendo, o termo PcD esclarece que há algum tipo de deficiência sem que isso inferiorize quem a tenha. O termo ‘portador de deficiência’ e

‘portador de Síndrome’, são imperfeitos por não transmitirem a realidade como deveriam. Ressalta-se enfim que a diferença entre usar o termo ‘portador de deficiência’ e ‘pessoa com deficiência’ é simples, mas fundamental: ressalta-se a pessoa à frente de sua deficiência; valoriza-se a pessoa acima de tudo, independentemente de suas condições físicas, mentais, sensoriais ou intelectuais. Não se rotula a pessoa por suas características, mas reforça-se o indivíduo acima de suas restrições. Em suma, a pessoa com deficiência antes de ter deficiência é, acima de tudo, simplesmente: pessoa. A construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva deve permear também pelo cuidado com a linguagem, por na linguagem se expressar, voluntária ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas.

Prosseguindo-se, de acordo com a Lei nº 13.146 de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), considera-se relativamente incapazes as pessoas alcançadas por doença que as impede de exprimir sua vontade. Fato é que deve-se presumir a sanidade mental, fazendo com que seja necessário provar-se quando a relativa incapacidade está presente, que faz com que a pessoa não consiga ter plena higidez mental para entender e comportar-se de acordo com este entendimento.

Então, é assegurado à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (vez que o EPD promoveu grande alteração na teoria das incapacidades, mudando substancialmente o paradigma de tratamento dado àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade).

O EPD reforça então que deve-se ver a pessoa com deficiência como sujeito de iguais direitos aos de outras pessoas, o que coaduna ao princípio da dignidade humana, princípio que justamente norteia o texto Constitucional. Dessa forma, desconstrói-se a presunção de que a deficiência é fator determinante da incapacidade cível.

Recapitula-se: primeiro a Convenção de Nova Iorque foi incorporada como norma constitucional e posteriormente veio a implementação da Lei ordinária (o EPD). Sendo que foi a Convenção que fez surtir a necessidade da reformulação da dita Teoria das Capacidades, tendo esta sido efetivada pelo EPD. Ou seja, o rol dos absoluta e relativamente incapazes foi significativamente alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, a partir de preceitos do Decreto nº 6.949 de 25 de

agosto de 2009, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque, alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil, reformulando por completo a Teoria das Capacidades Civas.

A redação original era a que se segue:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002)

Já a atual é a seguinte:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2015)

Afere-se então que a Lei n.º 13.146 de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), confere profundas mudanças a tais artigos, implicando assim em reformulação da Teoria das Capacidades vigente até então. Excluem-se as pessoas com deficiência mental do rol dos absolutamente incapazes, e transpõem-se para o rol das incapacidades relativas a pessoas que, mesmo por causa permanente, não puderem exprimir sua vontade. Agora é certo afirmar que não mais existe hipótese de incapacidade civil absoluta relacionada exclusivamente à saúde mental e que a deficiência por si só não implica em presunção de incapacidade.

Os artigos 3º e 4º do CC tiveram de ser revistos para se enquadrarem no EPD, que em seu artigo primeiro preceitua ser destinado 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” (BRASIL, 2015).

Observa-se então que além da retirada de termos ultrapassados e segregadores (“excepcionais”), há também modificação material, vez que agora a relativa incapacidade não está atrelada ao desenvolvimento mental incompleto, mas sim à causa transitória ou definitiva que impeça a expressão da vontade - obviamente, a PcD também pode vir a se enquadrar em qualquer um dos incisos do artigo quarto, não apenas ao III. Mas, independente do inciso que leve à pessoa à condição de relativamente incapaz, pela letra da lei o que se pode inferir é que a pessoa será considerada plenamente capaz para os atos existenciais.

4 A INSANIDADE MENTAL NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicia-se aqui a análise acerca da tratativa da insanidade mental a partir da sistemática penalista.

4.1 Código Penal

Como explanado no começo do presente Capítulo, parte-se do raciocínio de que a dignidade humana é um conceito amplo que deve nortear tanto a criação quanto a aplicação da Lei; e que o princípio da isonomia implica na possibilidade de desigualação legal para que atinja-se no caso concreto a isonomia.

Dando continuidade, agora faz-se possível tratar da insanidade mental correlacionada com o Código Penal Brasileiro. Para tal, faz-se necessário adentrar no que considera-se atualmente crime de acordo com o atual código penalista, qual seja: a conduta que viole a lei penal posta, devendo tal conduta ser típica, antijurídica e culpável.

Conduta diz respeito ao comportamento humano (o que implica dizer que pessoa jurídica não tem conduta), podendo se constituir em um fazer (daquilo que a norma proíba) ou um não fazer (daquilo que estaria obrigado). A conduta pode ainda ser dolosa ou culposa, a primeira ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, I, CP) e a segunda ocorre quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II, CP).

A tipicidade diz respeito ao modelo abstrato de conduta previsto pela lei penal, assim sendo, está associada ao princípio da legalidade, que impõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. É através do tipo penal que o Estado faz valer o seu *ius puniendi* (prerrogativa sancionadora, literalmente o poder de punir do Estado).

A ilicitude diz respeito à contrariedade da conduta do agente com o ordenamento jurídico, que acaba por causar lesão ou perigo de lesão a um bem juridicamente protegido. Fato é que há causas legais para a exclusão da ilicitude, são elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito.

Por fim, a culpabilidade, que é aqui o que mais interessa, diz respeito ao juízo de reprovação sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Dessa forma, a culpabilidade é elemento estrutural do crime, que tem relação com a imputabilidade.

Sendo três os elementos que integram a culpabilidade: a imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Além do juízo de reprovação, ao tratar da culpabilidade há também que se falar sobre a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade diz sobre a possibilidade de culpabilidade, ou seja, de se atribuir ao agente a responsabilidade pela conduta ilícita. O artigo 26 do CP explana que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Observa-se então que há dois elementos para que haja a inimputabilidade: o intelectual e o volitivo. O primeiro dizendo sobre a capacidade de entendimento da ilicitude do fato e o segundo sobre a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Além disso, observa-se ainda que a imputabilidade está ligada à questão de o agente ter doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, CP) ou ser menor de 18 (dezoito) anos (art. 27, CP²⁵ e art. 228, CR²⁶). Desta feita, considera-se penalmente imputável o agente que tiver 18 anos completos e que estiver em estado de perfeita higidez mental.

Há ainda a condição de semi-imputabilidade (também conhecida como responsabilidade diminuída), exposta da seguinte maneira no parágrafo único do artigo 26 do CP: “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”. Ou seja, tal condição está associada à capacidade de entendimento ou autodeterminação, e, não sendo esta plena, a lei versa que deverá então ocorrer uma redução na pena. O que faz em fim último que o agente semi-imputável seja condenado, diferentemente do inimputável, que é absolvido (embora tal absolvição seja tecnicamente imprópria). Além disso,

²⁵ Art. 27, CP - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

²⁶ Art. 228, CR - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

observa-se aqui que o legislador utilizou o termo “pode”, indicando que fica facultado ao juízo a decisão de se ocorrerá ou não tal redução.

Continuando, o CP ainda versa sobre questões não excludentes da imputabilidade penal, discriminadas nos incisos I e II do artigo 28 da seguinte maneira: “I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos”.

O inciso primeiro do supracitado artigo trata aqui acerca dos crimes passionais, ou seja, a perturbação mental quando advinda de emoção ou paixão não afasta a imputabilidade do réu.

Enquanto o inciso segundo contém ainda dois parágrafos, que se seguem:

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Observa-se então que diferencia-se a embriaguez em voluntária e involuntária, sendo que esta última implica na inimputabilidade do agente. A voluntária, que versa o caput, mesmo quando for completa, permite a punição do agente.

Ou seja, o raciocínio se dá na seguinte medida: quando ocorre a embriaguez voluntária, o agente foi o causador de se colocar naquele estado, e, o sendo, mesmo que esteja completamente embriagado a ponto de não entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será responsabilizado criminalmente. Já na embriaguez involuntária, por ser proveniente de caso fortuito ou força maior, é afastada a culpabilidade do agente se ele for completamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento e afastada parcialmente quando o agente não estiver completamente embriagado, possuindo ainda alguma capacidade de entendimento e autodeterminação.

Continuando a tratar do que explana o Código Penal e aqui interessa para o presente trabalho, faz-se imperativo explicar acerca das chamadas medidas de segurança, apresentadas no Título IV do CP.

Tratando-se de agente inimputável, o sujeito deve ser absolvido por conta da ausência de culpabilidade. A sentença que absolve o inimputável é considerada sentença absolutória imprópria, vez que a ele é imperativa a aplicação da medida de segurança. Afirma-se, então, que a medida de segurança somente é aplicada para os inimputáveis (como já esclarecido, é o agente caracterizado no art. 26 do CP²⁷).

O art. 41 do CP trata acerca da superveniência de doença mental, explicando que o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. Ou seja, o legislador considera que, havendo sentença penal à pessoa que, ao tempo do fato, era hígida mentalmente, mas durante o curso da condenação que foi acometida por doença mental, esta deve ser encaminhada à HCTP.

Já o art. 42 do CP explana que computa-se na pena de medida de segurança o tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, o tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro.

De acordo com o art. 96, CP, são duas as espécies de medidas de segurança, que seguem discriminadas nos incisos I e II do mesmo artigo, a saber:

Art. 96. As medidas de segurança são:
I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
II - sujeição a tratamento ambulatorial. (BRASIL, 1984)

Observa-se, então, que são duas as espécies de medidas de segurança: as detentivas e as restritivas. Como intuitivo, as detentivas são às que se prestam ao estipulado no inciso I do referenciado artigo (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado), enquanto as restritivas dizem respeito ao estipulado no inciso II do mesmo artigo (sujeição a tratamento ambulatorial).

Fato é que o inimputável pode praticar conduta típica e ilícita, mas não culpável. Desta forma, se o agente inimputável pratica injusto típico, este deverá ser absolvido, vez que não se fazem presentes todos os elementos necessários para se justificar a aplicação de pena. Acontece que considera-se tal absolvição como

²⁷ 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.

sentença absolutória imprópria, vez que o agente em questão é condicionado à se submeter à medida de segurança.

O pressuposto das medidas de segurança é que estas tenham caráter/finalidade curativa, questão que ainda há de ser objeto de críticas no capítulo 5 do presente trabalho de conclusão de curso.

O parágrafo único do artigo 96 do CP expõe que “extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta”. Ou seja, no caso de extinção de punibilidade, conseqüentemente não há mais que se haver imposição de medida de segurança²⁸.

Há que se falar ainda sobre a mudança na tratativa do instituto da medida de segurança enquanto vigente a íntegra do código penalista de 1940²⁹ e a atualmente vigente, de acordo com a mudança provocada pela Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984, que altera dispositivos do Código Penal de 1940. Explica-se: em 1940 era empregado o sistema do duplo binário/duplo trilho, de forma que a medida de segurança era imposta ao agente considerado perigoso que havia praticado um fato previsto como crime. Ocorre que a medida de segurança era executada depois de cumprida a pena privativa de liberdade ou; sendo caso de absolvição ou de condenação a pena de multa, seria imposta depois de passada em julgado a sentença (conforme pode-se aferir através do antigo art. 82 do CP de 1940³⁰). Já a partir da reforma penal de 1984, o sistema adotado é o vicariante, no qual a medida de segurança é aplicada ao invés da pena, para aquele inimputável que tenha praticado conduta típica e ilícita. Atualmente, a medida de segurança está relacionada à periculosidade do sujeito, vez que entende-se por não haver culpabilidade.

Na vigência da antiga parte geral do Código Penal, Basileu Garcia, autorizado comentarista de então, afirma que as medidas de segurança eram “o mais importante empreendimento do Código Penal de 1940” (GARCIA, 1945, p. 77); considerando ademais que “a pena aproxima-se bastante da medida de segurança”,

²⁸ Elenca-se no art. 107 do CP os casos de extinção de punibilidade, sendo estes: pela morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; pela prescrição, decadência ou preempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; e pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

²⁹ Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

³⁰ Art. 82. Executam-se as medidas de segurança: I - depois de cumprida a pena privativa de liberdade; II - no caso de absolvição, ou de condenação a pena de multa, depois de passada em julgado a sentença.

sem contudo “não traduzir castigo”, justificando que “foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa social, atendendo à preocupação de prestar ao delinquente uma assistência reabilitadora”. Na sequência, a reforma da parte geral do Código Penal, abandonando o duplo binário pelo sistema vicariante representou um relativo avanço em relação ao modelo anterior. Ora, apesar de aqui defender-se que a reforma penal de 1984 se faz mais conforme com a Constituição de 1988, no sentido de ter sido por essa recepcionada, perseveram dúvidas quanto aos fins verdadeiramente alcançados pela aplicação das penas e das medidas de segurança e quanto à natureza jurídica destas.

Basileu Garcia considera que (ainda na perspectiva do sistema duplo binário) as medidas de segurança tem o intuito de representar meios assistenciais e de cura daquele considerado “indivíduo perigoso”, para que finalmente possa se readaptar à coletividade (GARCIA, 1973, p. 593/594).

Comparando-se ainda a pena com a medida de segurança, observa-se que a pena está atrelada ao princípio da proporcionalidade, no seguinte sentido: o juízo deve aplicar a pena de maneira proporcional à gravidade do fato cometido e às condições pessoais do agente. Então, a pena preocupa-se com o fato pretérito. Já a medida de segurança, se perpetua através de sua perspectiva de análise da periculosidade do agente, voltando-se a possível fato futuro, já que a periculosidade se pauta na eventualidade maior ou menor de reincidência.

Ainda segundo Basileu (1973, p. 79):

As penas são proporcionadas à gravidade do delito. Quer na sua fase cominatória, nos textos abstratos da lei, quer na sua fase de aplicação pelo juiz, existe relativa proporcionalidade entre a maior ou menor potencialidade lesiva da infração e a respectiva pena. Ao revés, no que concerne às medidas de segurança, não há indeclinável relação entre o delito e a maior ou menor intensidade de tais medidas, que, sob a influência de um critério estritamente subjetivista, se proporcionam tão só à periculosidade do criminoso. Este pode ser um indivíduo deveras temível e ter praticado uma infração insignificante. Nem por isso estará livre de medida de segurança das mais rigorosas, com restrição a um dos seus mais valiosos bens jurídicos, particularmente a liberdade.

Por tal assertiva pode-se aferir que a medida de segurança relaciona-se à periculosidade do agente, ao passo que a pena diz respeito ao crime em si: o próprio fato típico e a culpabilidade do agente de acordo com o caso concreto.

Rogério Greco (2023, p. 715) explana que “não podemos afastar da medida de segurança, além da sua finalidade curativa, aquela de natureza preventiva

especial, pois, tratando o doente, o Estado espera que este não volte a praticar qualquer fato típico e ilícito”. Tal questão será novamente trabalhada no Capítulo 5 da presente Monografia.

Retomando agora a análise acerca das medidas de segurança a partir do atual texto legal, há que se dizer sobre a questão da imposição de medida de segurança para o inimputável, de forma que o artigo 97 do CP impõe que “se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

Assim sendo, pelo caput do art. 97 do CP, é intuitivo aferir que será discricionário ao juízo a aplicação de tratamento ambulatorial apenas para crime punível com detenção. Apesar de o texto legal assim dispor, penalistas como Rogério Greco creem “que independentemente dessa disposição legal, o julgador tem a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável, não importando se o fato definido como crime é punido com pena de reclusão ou de detenção” (2023, p. 715).

Então, sendo duas as espécies de medidas de segurança, aquele agente não culpável que receber sentença absolutória imprópria, e, sendo-lhe imposta a medida de segurança, segundo o entendimento acima exposto, ficará à mercê do critério do juízo acerca de qual das duas espécies há de ser aplicada. Vê-se então que a responsabilidade pela decisão de qual há de ser o suposto (diz-se aqui suposto, pois, em tempo oportuno, a presente monografia aproveitar-se-á da oportunidade de fazer críticas acerca do modelo médico, no Capítulo 5) tratamento curativo é do juiz.

Prosseguindo-se, há que se tratar agora acerca do prazo de cumprimento da medida de segurança. O parágrafo primeiro do artigo 97 do CP explana que “a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”. Isso se dá pelo entendimento da medida de segurança ser (supostamente) medida curativa, devendo esta se manter enquanto perdurar a necessidade de continuidade do tratamento, na justificativa de estar visando a cura ou a manutenção da saúde mental do inimputável. Por assim ser, não há prazo certo de duração. Sobre a pauta, Greco enuncia (2023, p. 716) que “ela terá duração enquanto não for

constatada, por meio de perícia médica, a chamada cessação da periculosidade do agente, podendo, não raras as vezes, ser mantida até o falecimento do paciente”.

Prosseguindo-se a análise do art. 97 do CP, o texto de seu parágrafo segundo, acerca da perícia médica, é o seguinte: “a perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução”. Ou seja, a perícia médica irá acontecer ao final do prazo mínimo que está fixado na sentença e então repetida anualmente ou por ato discricionário do juízo.

Acerca da desinternação ou liberação condicional, o § 3º do art. 97 do CP informa que “a desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”. Assim sendo, a desinternação implica em ser interrompida a internação do agente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) para se dar início ao tratamento ambulatorial. Ou seja, o tratamento prossegue, mas não mais em regime de internação. Já a liberação acontece quando há a verificação, por meio de perícia médica, que cessou a periculosidade, de modo que o agente é liberado do tratamento. A desinternação ou a liberação condicional acontecem quando constata-se por perícia médica que o agente não mais apresenta risco para a sociedade e si mesmo e, desta feita, como exposto no já referenciado § 3º, está é condicional, de modo que a medida de segurança possa ser restabelecida caso o agente apresente algum indicativo da persistência de sua periculosidade. Sobre a temática, Alberto Silva Fraco apud Greco (2023, p. 719), explica:

A revogação das medidas de segurança, decorrente do reconhecimento da cessação da periculosidade, é provisória. Se no ano seguinte à desinternação ou à liberação o agente praticar algum fato indicativo de que continua perigoso, será restabelecida a situação anterior (internação ou sujeição a tratamento ambulatorial). Não é necessário que o fato constitua crime; basta que dele se possa induzir periculosidade. Como fatos dessa natureza podem-se citar, por exemplo, o descumprimento das condições impostas, o não comparecimento ao local indicado para tratamento psiquiátrico ou a recusa do tratamento etc

Ainda sobre a desinternação ou liberação condicional, o § 4º do art. 97 do CP dispõe que “em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos”. Ou seja, havendo circunstância em que demonstra-se que a medida de segurança

restritiva não esteja atingindo seu fim curativo, o juízo poderá determinar que se altere para a medida de segurança detentiva.

O art. 98 do CP explica que “na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código³¹ e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º”. Tal artigo trata da substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável (que até então estava podendo cumprir pena reduzida de um a dois terços). Ou seja, o artigo trata da situação em que o semi-imputável foi condenado (e conseqüentemente considerado culpável), de modo que foi determinado ao agente o cumprimento de pena e, vislumbrando-se a necessidade de tratamento curativo, pode-se converter a pena aplicada em medida de segurança.

Por fim, o artigo 99, que finda o capítulo VI do Código Penal que trata das medidas de segurança, contém o seguinte texto: “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”. Ou seja, configura-se como direitos do internado ter seu tratamento em local compatível para tal, ou seja, não havendo vaga em HCTP, não é compatível com a própria natureza da medida de segurança transferir o agente não culpável para uma penitenciária ou qualquer lugar em que não seja possível dar início ao tratamento visado. Em outras palavras: por força deste artigo, não há que se falar em cumprimento de medida de segurança em estabelecimento prisional comum. Nesse sentido versa também o entendimento do STJ:

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, é indevida a segregação, em estabelecimento prisional comum, de imputável submetido a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento, mesmo na hipótese de ausência de vaga nas instituições adequadas (STJ, AgRg no RHC 107.147/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 25/03/2019).

³¹ Art. 26 - 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.

4.2 Código de Processo Penal

O presente subcapítulo tem o intuito de tratar acerca do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal (CPP), que disciplina o procedimento para verificação da insanidade mental do acusado, aqui usando a expressão adotada pelo próprio CPP.

Sendo comprovada a inimputabilidade, deverá o agente ser absolvido³², com a consequente aplicação de medida de segurança. Como já dito, considera-se tal sentença como absolutória imprópria, pois, embora esteja o inimputável sendo absolvido, aplica-se à ele a medida de segurança.

A apuração acerca da inimputabilidade é importantíssima, vez que, como já explicado, a imputabilidade é pressuposto de aplicação da pena. Dessa forma, após a realização do incidente de insanidade mental, e, havendo nele a constatação de que o agente era inimputável ao tempo do fato, há a opção dele ser absolvido propriamente ou impropriamente (pois, sendo caso de agente inimputável, não há que se falar em condenação). A absolvição própria se dá por um dos motivos elencados no art. 386 do CPP³³, enquanto a absolvição imprópria, é, como já dito, a absolvição acompanhada de medida de segurança. Isso acontece porque o sistema que o legislador elaborou é de maneira a presumir-se a periculosidade, de forma que, para o inimputável ao tempo do fato, que se fosse imputável seria condenado, ele obrigatoriamente seria absolvido com a sanção da medida de segurança porque a periculosidade é presumida. Não obstante, para o indivíduo semi-imputável ao tempo do fato, que caso fosse imputável seria condenado, fica possível sua condenação com redução de pena ou imposição de medida de segurança. Em ambos os casos, quando há a sanção penal de medida de segurança, para que essa cesse, deve haver a chamada verificação de cessação de periculosidade. Analisa-se então agora, sobre como ocorre essa comprovação de insanidade de acordo com o que disciplina o Código de Processo Penal, no Capítulo VIII - Da insanidade mental do acusado (arts. 149 a 154 do CPP).

³² De acordo com o art. 386, VI, CPP.

³³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; 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; VII - não existir prova suficiente para a condenação.

O artigo que abre o capítulo é o 149, com o seguinte texto:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.(BRASIL, 1941).

A submissão ao exame médico-legal para atestar a insanidade do acusado pode ser realizada de ofício, ou a requerimento daqueles citados expressamente de modo exemplificativo no caput do artigo, mas, de qualquer maneira, deve haver decisão judicial nesse sentido para que se instaure o incidente de insanidade mental. Vê-se que pode-se atestar a insanidade mental do acusado ainda na fase do inquérito, ou seja, pode ser uma das diligências realizadas pela autoridade policial, justamente com o intuito de adquirir informações necessárias para elucidar o crime. Com a determinação do exame pelo juízo, suspende-se o processo, com a ressalva de que diligências urgentes poderão ser realizadas. O capítulo 5 da presente Monografia tecerá considerações acerca do parágrafo segundo do supramencionado artigo. Segue-se a redação do art. 150, CPP:

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

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

§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame. (BRASIL, 1941)

O caput do art. 150, CPP prevê a internação do acusado em manicômio judiciário caso esteja preso (situação que será criticada no capítulo 5 da presente Monografia), ou seja, estando preso, o acusado deve ser transferido para manicômio judiciário visando a feitura do exame. Os parágrafos do art. 150 utilizam o termo perito no plural, demonstrando então a necessidade de mais de um profissional para que se possa atestar a insanidade. O art. trata ainda do prazo para realização do exame, bem como da possibilidade dos peritos terem acesso aos autos. Segue-se o art. 151:

Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal³⁴, o processo prosseguirá, com a presença do curador. (BRASIL, 1941)

Ou seja, não sendo caso de coação irresistível ou obediência hierárquica não manifestadamente ilegal, fazendo com que só seja punível o autor da coação ou da ordem, segue-se o processo com a presença do curador. O termo “irresponsável” no artigo acima, diz respeito à imputabilidade do agente.

Segue-se para análise do art. 152 do CPP:

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença. (BRASIL, 1941).

Percebe-se que a inimputabilidade em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado pode ser precedente ou posterior à prática do ilícito penal. O artigo trata da situação em que houve já o laudo pericial e constatou-se doença mental após o delito, prevendo-se neste caso a continuidade da suspensão do processo até que o acusado se restabeleça, mas não se suspende as diligências que possam prejudicar o adiamento, vez que nesses casos ainda há possibilidade de prescrição. O parágrafo primeiro prevê a possibilidade de internação compulsória e o parágrafo segundo estabelece que a condição para se retomar o curso processual é o restabelecimento do acusado. O Capítulo 5 da presente Monografia tecerá considerações sobre o que aborda esse artigo. Segue-se para o art. 153 do CPP:

Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal. (BRASIL, 1941).

Como já constatado, suspende-se o processo enquanto estiver em curso o incidente da insanidade mental. O art. 153 elucida que o incidente ocorre em auto apartado, devendo, após concluso, ser apenso ao processo principal que o originou.

³⁴ Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Segue, enfim, ao art. 154, que finda o capítulo que trata da insanidade mental do acusado:

Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682³⁵. (BRASIL, 1941).

Tal artigo demonstra que, em caso de constatação por perícia médica de doença mental no curso da execução da pena, considera-se o art. 682. Assim sendo, nesse caso em que já houve a sentença do processo e está-se executando a pena, o legislador estipulou que o agente deveria ser internado em manicômio judiciário. Essa questão será também trabalhada no Capítulo 5 da presente Monografia.

Sobre a perícia, ainda vale a menção do art. 182 que faz parte do Capítulo II do CPP que trata, entre outros assuntos, da perícia em geral. Tal art. demonstra que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

Não obstante a disciplina do incidente da insanidade mental, o CPP alude à inimputabilidade e seus efeitos jurídicos noutras passagens, conforme abaixo.

Dando continuidade, o art. 386, VI, expõe que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça 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”. Já no parágrafo único, inciso III, do art. 386 consta que “na sentença absolutória o juiz aplicará medida de segurança, se cabível”. Tais dispositivos corroboram com a já exposta concepção de que a sentença da medida de segurança é absolutória imprópria, de forma que o juiz reconhece que o agente cometeu um ilícito penal, mas fica impedido de aplicar pena criminal em razão da excludente de culpabilidade, já que a imputabilidade é requisito para aplicação de pena.

³⁵ O artigo 682 do CPP que tratava do tema foi derogado pelo artigo 108 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais). De forma que é assim agora disciplinado: Art. 108, LEP. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

O art. 397 dispõe no inciso II³⁶ que “após o cumprimento do disposto no art. 396-A³⁷, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade”. Ou seja, é a partir da resposta do acusado que pode o juiz julgar antecipadamente a lide e absolver sumariamente o acusado. Infere-se pelo disposto no inciso II que cabe a absolvição sumária para os casos de excludente de culpabilidade, exceto caso de o excludente de culpabilidade ser a inimizabilidade. Tal ressalva acontece porque a sentença absolutória imprópria resulta na imposição da medida de segurança e pode ser que seja do interesse do acusado dar continuidade ao devido processo legal pela oportunidade de apresentar teses em sua própria defesa, almejando, ao invés da sentença absolutória imprópria, uma sentença absolutória sem imposição de qualquer medida.

Já o art. 415, IV, explana que “o juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime”. E o parágrafo único do mesmo art. diz que “não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva”. A dita “causa de isenção de pena” diz sobre os já citados excludentes de culpabilidade, que fazem com que o agente esteja isento da pena propriamente dita. Desta forma, poderá ocorrer a absolvição sumária por parte do juízo por conta de isenção de pena devido a inimizabilidade, somente em casos em que esta for a única tese defensiva do agente, pois, caso houvessem outras teses (visando a absolvição pura), estas devem ser analisadas, dando-se, então, curso ao processo penal.

O art. 492, que abre a seção XIV, da sentença, em seu inciso II, alínea c, apresenta o seguinte texto: “em seguida, o presidente proferirá sentença que no caso de absolvição imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível”. Isso porque, somente com a sentença, é que torna-se cabível a imposição de medida de segurança.

³⁶ Dos quatro incisos do artigo, apenas o II é de interesse do objeto de estudo da presente Monografia.

³⁷ Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. § 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. § 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

O capítulo VII trata sobre o processo de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso e se estende do artigo 549 ao 555. Tal capítulo foi revogado pela Lei nº 7.209 de 1984 (MARCÃO, 2015).

Já os incisos XIX, XX, XXI, XXII, XXIII do art. 581 do CPP foram alterados pela LEP. De forma que a LEP estabelece que “das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo” (art. 197, LEP). Apesar de ter o nome de agravo, a jurisprudência decide que o procedimento é de recurso em sentido estrito, conforme a Súmula 700 do STJ que estabelece que “é de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

Sobre o art. 593, III, c, § 2º, que explana que

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias

[...]

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

[...]

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

[...]

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no nº III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. (BRASIL, 1948).

Desta feita, no julgamento de crime doloso contra a vida, havendo erro ou injustiça relacionado à aplicação de pena ou medida de segurança, cabe apelação.

O § único do art. 596 e o art. 597 foram tacitamente revogados, inclusive no que se refere à aplicação provisória de medida de segurança.

O art. 627 que trata acerca da revisão, contém o seguinte texto: “a absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for caso, impor a medida de segurança cabível”. Tal artigo se encontra em desconformidade com o atualmente aplicado sistema vicariante, vez que só se impõe a aplicação de medida de segurança através de sentença absolutória imprópria quando constatada a inimputabilidade do agente.

Quanto ao Livro IV do CPP, que cuida da execução penal, é relevante lembrar que com a adição da Lei n. 7.210 de 11.7.1984, todo ele restou derogado, pelo que o exame no tocante aos dispositivos pertinentes à execução das medidas de segurança será feito a seguir quando da análise da referida Lei de Execuções Penais.

4.3 Lei de Execução Penal

Faz-se necessário aqui tratar também da Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Objetivando-se ater e não tangenciar o tema aqui proposto, far-se-á o estudo da LEP no que concerne à tratativa a respeito das medidas de segurança. Enxergando que tal lei objetiva “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º, LEP). Vê-se então o claro intuito de que àqueles que foram submetidos à medida de segurança venham a ter plena participação/convívio social. O intuito, então, é de que o indivíduo se recupere e seja ressocializado.

O caput do artigo 3º da LEP explana que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” e em seu parágrafo único que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”. Vê-se aí a reiteração de que a totalidade dos direitos se mantém, com exceção daquele(s) em que a sentença ou lei incidem, como por exemplo quando há a restrição ao direito de ir e vir. Encontra-se no parágrafo único o reforço ao princípio da isonomia, dessa forma, defende-se que tal rol é exemplificativo e não taxativo, vez que o princípio da dignidade humana veda toda e qualquer discriminação.

O artigo 4º da LEP expõe que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. A partir de tal texto, questiona-se como de fato é (e também como poderia ser) essa tratativa de dever que o Estado carrega de redução do distanciamento e promoção de cooperação entre os internados e a comunidade³⁸.

O artigo 10 explana ser dever do Estado prestar assistência ao internado, “objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”,

³⁸ A LEP estabelece em seu art. 80 que “haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais”. É um órgão da execução penal e o art. 81 da LEP prevê que incumbe a tal órgão: I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II - entrevistar presos; III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

dessa forma, a assistência estende-se ao egresso (como bem expressa o parágrafo único do referido artigo).

O artigo 64, IV, consta incumbir ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária³⁹ o estímulo e a promoção da pesquisa criminológica e o inciso VII do mesmo artigo estabelece que também deve estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal.

O art. 66, V, d, apresenta que compete ao Juiz da execução determinar a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;⁴⁰ bem como a revogação da medida de segurança (art. 66, V, e); a desinternação e o restabelecimento da situação anterior (art. 66, V, f) e o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca (art. 66, V, g).

Ao Juiz da execução compete também a importante função de zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (art. 66, VI).

Já ao Ministério Público incumbe fiscalizar a execução da medida de segurança (art. 67). Incumbe também ao MP requerer a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança (art. 68, II, c⁴¹) e a revogação da medida de segurança (art. 68, II, d).

Prosseguindo, a Defensoria Pública velará pela regular execução da medida de segurança (art. 81-A), inclusive incumbindo-se de requerer a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favoreça o condenado (art. 81-B, I, b) e incumbe também requerer a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança (art. 81-B, I, g⁴²). Incumbe também à Defensoria Pública requerer o cumprimento da medida de segurança em outra comarca (art. 81-B, I, k).

O Título IV da LEP cuida dos Estabelecimentos Penais, e o art. 82 abre o Capítulo I que cuida das Disposições Gerais e comunica que os estabelecimentos penais destinam-se ao submetido à medida de segurança⁴³. O Capítulo VI cuida do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, inserido então dentre os

³⁹ Sobre o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, consta-se que sua sede é na Capital da República, sendo subordinado ao Ministério da Justiça (art. 62, LEP) e será integrado por 13 (treze) membros designados através de ato do Ministério da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social.

⁴⁰ Tal alínea será criticada no capítulo 5 da presente Monografia.

⁴¹ Tal alínea será criticada no capítulo 5 da presente Monografia.

⁴² Tal alínea será criticada no capítulo 5 da presente Monografia.

⁴³ Tal artigo será criticado no capítulo 5 da presente Monografia.

estabelecimentos penais existentes. Compõe-se os artigos 99 ao 101, da seguinte forma:

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei⁴⁴.

Art. 100. O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal⁴⁵, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.(BRASIL, 1984). (BRASIL, 1984).

Percebe-se então que cita-se diretamente o Código Penal e a quais internos são destinados os HCTP. Faz-se imperativo que ocorram quaisquer exames e tratamentos necessários às pessoas com transtorno mental.

O Título V trata da execução das penas em espécie e seu capítulo I trata das penas privativas de liberdade, sendo que o art. 108⁴⁶ faz parte de tal capítulo e traz a regra de que o condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (tal art. substituiu o 682 do CPP).

Finalmente, o Título VI trata da execução das medidas de segurança, contendo dois capítulos, se estendendo do art. 171 ao 179.

O art. 171, que abre o capítulo I - Disposições Gerais, determina que “transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução”, sendo que “ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária” (art. 172, LEP). O capítulo ainda conta com o art. 173 e 174, que seguem-se na íntegra:

Art. 173. A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà:

⁴⁴ Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

⁴⁵ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

⁴⁶ Tal artigo será criticado no capítulo 5 da presente Monografia.

I - a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;

II - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado;

III - a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;

IV - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento.

§ 1º Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento.

§ 2º A guia será retificada sempre que sobrevier modificações quanto ao prazo de execução.

Art. 174. Aplicar-se-á, na execução da medida de segurança, naquilo que couber, o disposto nos artigos 8º e 9º desta Lei. (BRASIL, 1984).

Os artigos mencionados no art. 174 serão criticados no capítulo 5 da presente monografia.

Continuando, o Capítulo II do título que trata da execução das medidas de segurança, cuida da cessação de periculosidade, indo do artigo 175 a 179, da seguinte maneira:

Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:

I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;

II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;

III - juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;

IV - o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;

V - o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;

VI - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias. (BRASIL, 1984).

Trata-se acerca da cessação da periculosidade, vez que perpetua-se ainda a ideia de que a medida de segurança se mantém enquanto houver a verificação de que o agente é “perigoso”. Dessa forma, a periculosidade deve ser analisada a partir de frequência estipulada ou a ordem do juízo.

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Art. 177. Nos exames sucessivos para verificar-se a cessação da

periculosidade, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto no artigo anterior.

Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei.

Art. 179. Transitada em julgado a sentença, o Juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação. (BRASIL, 1984).

Acerca do art. 178, que trata da desinternação condicional, caso o agente, antes do decurso de um ano, pratique fato indicativo de persistência de sua periculosidade, deve-se restabelecer a situação anterior. Sendo que a desinternação condicional aplica-se de acordo com os citados artigos:

Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.

Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao Juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção. (BRASIL, 1984).

Enfim, com o trânsito em julgado o Juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.

O art. 183 e 184 tratam das conversões dos incidentes de execução. Explanam:

Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Art. 184. O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida.

Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.

Observa-se então que, no caso do agente que tenha cometido o ilícito em situação de higidez mental, venha no decorrer da execução da pena a apresentar

doença mental ou perturbação da saúde mental, é facultada a substituição da pena por medida de segurança. Além disso, prevê-se a substituição de tratamento ambulatorial por internação, caso o agente se mostre incompatível com a medida. Haverá ponderações acerca dessa situação no Capítulo 5 da presente Monografia.

Finalmente, relevantes ao tema da execução são a Resolução e Recomendação do CNJ a seguir examinadas.

A Resolução n. 113 de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências, leva em conta a necessidade de uniformização de procedimentos relativos à execução de medidas de segurança nos Tribunais. Dessa forma, o artigo 14 da Resolução expõe:

Art. 14 A sentença penal absolutória que aplicar medida de segurança será executada nos termos da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984, da Lei n° 10.216, de 06 de abril de 2001, da lei de organização judiciária local e da presente resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia de internação ou de tratamento ambulatorial, as peças indicadas no artigo 1^o⁴⁷ dessa resolução, no que couber.

Observa-se então que a Resolução dita que a medida de segurança deve ser executada conforme a Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984), a Lei da Reforma Psiquiátrica⁴⁸, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental (Lei n° 10.216, de 06 de abril de 2001), a lei da organização judiciária local e a própria Resolução. Desta forma, não cita o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941), que, como já demonstrado anteriormente, ainda conta com artigos que disciplinam sobre a aplicação das medidas de segurança.

⁴⁷ Qualificação completa do executado; interrogatório do executado na polícia e em juízo; cópias da denúncia; cópia da sentença, voto(s) e acórdão(s) e respectivos termos de publicação; informação sobre os endereços em que possa ser localizado, antecedentes criminais e grau de instrução; instrumentos de mandato, substabelecimentos, despachos de nomeação de defensores dativos ou de intimação da Defensoria Pública; certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa; cópia do mandado de prisão temporária e/ou preventiva, com a respectiva certidão da data do cumprimento, bem como com a cópia de eventual alvará de soltura, também com a certidão da data do cumprimento da ordem de soltura, para cômputo da detração; nome e endereço do curador, se houver; informações acerca do estabelecimento prisional em que o condenado encontra-se recolhido; cópias da decisão de pronúncia e da certidão de preclusão em se tratando de condenação em crime doloso contra a vida; certidão carcerária; cópias de outras peças do processo reputadas indispensáveis à adequada execução da pena.

⁴⁸ Ainda será trabalhada na presente Monografia.

Continuando, o art. 15 da Resolução disciplina que “transitada em julgado a sentença que aplicou medida de segurança, expedir-se-á guia de internação ou de tratamento ambulatorial em duas vias, remetendo-se uma delas à unidade hospitalar incumbida da execução e outra ao juízo da execução penal”. Assim sendo, a execução da medida de segurança só pode iniciar-se com o trânsito em julgado da sentença. Sendo que o juiz competente para a execução da medida de segurança ordenará a formação do processo de execução a partir das peças e informações citadas no art. 1º da Resolução, no que couber (art. 16 da Resolução).

A Resolução finda a parte que cuida da execução das medidas de segurança explanando que “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” (art. 17 da Resolução).

Diz-se ainda da Recomendação CNJ n. 35/2011, que dispõe sobre as diretrizes a serem adotadas em atenção aos pacientes judiciários e a execução da medida de segurança. Nesse sentido, recomenda-se aos Tribunais que deem preferência à execução de medida de segurança em meio aberto, ou seja, que, sempre que possível, adotem a política antimanicomial. Além disso, recomenda que a política antimanicomial utilize como diretrizes as seguintes orientações:

- a) mobilização dos diversos segmentos sociais, compartilhamentos de responsabilidades, estabelecimento de estratégias humanizadoras que possibilitem a efetividade do tratamento da saúde mental e infundam o respeito aos direitos fundamentais e sociais das pessoas sujeitas às medidas de segurança;
- b) diálogo e parcerias com a sociedade civil e as políticas públicas já existentes, a fim de buscar a intersetorialidade necessária;
- c) criação de um núcleo interdisciplinar, para auxiliar o juiz nos casos que envolvam sofrimento mental;
- d) acompanhamento psicossocial, por meio de equipe interdisciplinar, durante o tempo necessário ao tratamento, de modo contínuo;
- e) permissão, sempre que possível, para que o tratamento ocorra sem que o paciente se afaste do meio social em que vive, visando sempre à manutenção dos laços familiares;
- f) adoção de medida adequada às circunstâncias do fato praticado, de modo a respeitar as singularidades sociais e biológicas do paciente judiciário;
- g) promoção da reinserção social das pessoas que estiverem sob tratamento em hospital de custódia, de modo a fortalecer suas habilidades e possibilitar novas respostas na sua relação com o outro, para buscar a efetivação das políticas públicas pertinentes à espécie, principalmente quando estiver caracterizada situação de grave dependência institucional, consoante o art. 5º da Lei no 10.216/2001;
- h) manutenção permanente de contato com a rede pública de saúde, com vistas a motivar a elaboração de um projeto de integral atenção aos submetidos às medidas de segurança;

- i) realização de perícias por equipe interdisciplinar.

Vê-se como essenciais tais recomendações para a promoção da dignidade da pessoa com deficiência mental. Tão essenciais que não deveriam apenas ser recomendações, mas sim obrigações.

Finda, então, com a recomendação de que caso ocorra internação, esta deve ser realizada com o acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário.

Observa-se então que ambas trazem o objetivo de adequar a atuação da justiça penal aos dispositivos da Lei n. 10.216/2001, dando-se preferência a manutenção da pessoa em sofrimento mental em meio aberto e o diálogo permanente com a rede de atenção psicossocial.

5 A PROBLEMÁTICA

A partir de todo o exposto até então, que tratou sobre o Código Penal, o Código de Processo Penal, o contexto histórico antecedente da Lei Antimanicomial, o Código Civil (e suas ramificações), objetiva-se com o presente capítulo aproveitar-se da oportunidade para tecer questionamento/opiniões que englobam toda a tratativa apresentada, tratando das mazelas/inconvenientes e as problemáticas da evidente incompatibilidade que aqui se expõe.

O presente trabalho aproveita-se da oportunidade para aqui criticar o modelo médico de aferição de deficiência, vez que considera-o ultrapassado e insuficiente como medida para atestar a deficiência de uma pessoa. Como já demonstrado no aqui presente trabalho de conclusão de curso, antes das mudanças que o Estatuto da Pessoa com Deficiência incorporou no ordenamento jurídico brasileiro, a deficiência estava atrelada ao próprio sujeito, mas hoje já se vê que a deficiência só existe a partir da interação com barreiras que obstruam a plena e efetiva participação social desse indivíduo.

Parte-se da ideia de que aqui defende-se que grupos socialmente vulneráveis (devido às suas condições próprias) merecem regramento especial, haja vista a possibilidade de discriminação no sentido legal objetivando-se que o princípio da isonomia se efetive na prática. Nesse sentido, antes da Constituição de 88 e principalmente da Convenção de Nova Iorque, a condição da PcD se mostrava precária em termos legislativos, isso porque utilizava-se o modelo médico para aferição de deficiência. Nesse sentido, se o indivíduo tinha um impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, bastava para ser qualificado como PcD. Ou seja, não considerava-se o ambiente em que aquele indivíduo estava inserido, não havia uma preocupação com o meio social em que aquele indivíduo estava. Agora, também com o EPD, não basta a simples constatação de impedimento da pessoa, mas esse critério precisa ser analisado conjuntamente com o ambiente que essa pessoa está inserida. Ou seja, há agora que analisar as barreiras que podem obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Vislumbra-se aqui que o modelo médico é mais cômodo para o Estado e também para a sociedade como um todo, já que como antes a definição de deficiência estava ligada exclusivamente às características dessas pessoas, faz com que o Estado e a

sociedade se vejam livres de quaisquer responsabilidades. Agora, a deficiência se encontra justamente na falta da sociedade que opera sem incluir essas pessoas.

Tratando agora acerca da inimputabilidade e da semi-imputabilidade, há a curiosa questão de que o CP explana que poderá ser diminuída a pena ao agente que não tinha a integral capacidade de entendimento, ou seja, no caso da semi-inimputabilidade (parágrafo único do art. 26 do CP). Havendo então um limiar entre uma pessoa inimputável e uma pessoa parcialmente imputável. Observa-se que a questão é tratada de maneira superficial no CP: ou a pessoa era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de conformidade com esse entendimento ou entendia parcialmente. Isso é pouco científico e muito superficial/abstrato e, a questão se torna mais delicada ainda quando se tratar de doenças mentais, que é um terreno muito impreciso, por conta das particularidades dos sujeitos, da abrangência de variações às vezes dentro de uma mesma doença. Como exemplo o TEA - Transtorno do espectro autista - ilustra bem. Antes denominada apenas de autismo, a partir do melhor entendimento do transtorno fez-se necessário ser renomeado, por se tratar de um transtorno com uma gama enorme de variáveis, de paciente para paciente, há uma série de condições caracterizadas por algum grau de comprometimento no comportamento social, na comunicação oral, ou mesmo a inexistência de fala, os chamados autistas não-verbais. Dessa forma, vê-se que o espectro mental do ser humano não cabe nesse modelo simplista do Código Penal.

Questiona-se ainda: a análise acerca de alguém ser inimputável ou semi-imputável, qual seja apurar-se se a pessoa é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Isso é factualmente possível de ser aferido através de uma perícia médica? Ademais, estabelece o CPP que o exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos não demonstrarem a necessidade de maior prazo (art. 150, § 1º, CPP). Ora, se o sistema de saúde brasileiro tem dificuldade em realizar internação de 45 dias para tratamento, o que se poderia dizer quando se pretende um exame de sanidade mental? Onde ficaria o internado todo esse tempo para fazer esse exame? A funcionalidade do sistema é precária e não comporta o positivado pelo legislador penalista.

Ora, a diferenciação entre pena e medida de segurança é basicamente que à pena confere-se caráter retributivo e preventivo, enquanto a medida de segurança

tem a intenção de ter caráter preventivo e curativo. Mas, fato é que a medida de segurança, quando imposta, não perde seu caráter sancionador. Não estaria então o agente, de certa maneira, sendo penalizado por sua doença mental? Vez que obriga-o ou a isolar-se para internação por conta de algo que não deu causa e nem tem culpa (no caso, sua doença mental) ou a ter de submeter-se a tratamento ambulatorial.

A Constituição assegura que não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, CR) e tampouco penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, CR). A lei, como agora está posta, estaria viabilizando pena de caráter perpétuo ao fixar que a internação será por prazo indeterminado e também aplicando “pena cruel”, por ser destinada à um agente que não tem culpa por aquele fato ilícito cometido (vide o já citado parágrafo primeiro do artigo 97 do CP⁴⁹).

Há que se falar ainda dos artigos 41 e 42 do Código Penal. O art. 41 do CP leva a inferir que, sendo o caso de se constatar a superveniência da doença mental do condenado, este há que ser transferido para HCTP ou estabelecimento adequado. Ora, o art. 26 do CP condiciona à isenção de pena a questão de, ao tempo da ação ou da omissão, o agente ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento e no parágrafo único prevê a hipótese de semi-imputabilidade, que poderá conduzir a redução da pena ou substituição por internação ou tratamento ambulatorial, assim nos termos do art. 98 do CP. Dessa forma, o art. 41, ao determinar que tão logo seja constatada a superveniência de transtorno mental do agente, este deve ser transferido para HCTP ou similar, na verdade se faz incompatível ao que determina o art. 26 do Código. Vale dizer, para o semi-imputável à data do crime haveria a possibilidade de simples redução da pena, quiçá até tratamento ambulatorial, mas não para aquele que apresenta o transtorno no cumprimento da pena. Para esse o legislador reservou a internação.

Já o art. 42 do CP, trata sobre detração, ou seja, o abatimento do tempo de prisão provisória na medida de segurança. Contudo, a medida de segurança não é estabelecida em um prazo fixo, senão que o julgador deverá fixá-la entre um mínimo que varia de um a três anos⁵⁰, sujeito a avaliações periódicas para verificação da

⁴⁹ Art. 97, § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁵⁰ Conforme estabelece o art. 97, §1º, do CP.

cessação da periculosidade⁵¹. Portanto é de se questionar a viabilidade da regra legal: qual seja, como deduzir desse prazo indeterminado o tempo de internação ou de prisão provisória?

Ainda a propósito da fixação inicial do prazo de internação (art. 97, §1º, CP), aqui defende-se que não haja tempo mínimo de cumprimento da medida de segurança, por considerar-se tal uma arbitrariedade. Deveria haver o cuidado para que se promova a liberdade e autonomia do agente isento de culpabilidade, de forma que esta não deve ser conectada à estipulação de um tempo mínimo de cumprimento de medida de segurança.

Observa-se aqui outra questão: a estrutura do código penalista (que ainda está em vigor) coloca como regra a internação e faculta ao juízo a opção por medida de segurança ambulatorial quando o fato previsto como crime for punível com detenção (art. 97, CP). Fato é que a sistemática penalista parte do viés que aplicar-se-á medida de segurança a partir do cometimento de um ilícito penal; se menos grave ou mais grave o ilícito. Já a Lei Antimanicomial não trabalha a partir da sistemática penalista de aplicação de medida de segurança em função da gravidade do crime, mas sim redireciona como deve ser a forma de tratamento em relação às pessoas com transtorno mental, não que necessariamente tenham cometido um fato tipificado como crime.

Ainda sobre o caput do art. 97 do CP, leva-se a inferir ser discricionário ao juízo a aplicação de tratamento ambulatorial para crime punível com detenção. Ora, estaria o magistrado verdadeiramente apto para a indicação de qual seria o melhor tratamento para uma pessoa com transtorno mental? A partir de um caso concreto que diz respeito a um cidadão inimputável e, conseqüentemente, isento de culpa, teria o juízo não só a competência legal, mas também formacional, para fazer o *discrímen* acerca do melhor tratamento: internação ou tratamento ambulatorial? Tais questionamentos são feitos presumindo ainda que a decisão será tomada considerando os princípios da legalidade, da imparcialidade do juiz, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da dignidade humana, da razoabilidade, e, especialmente, neste caso, da fundamentação das decisões judiciais. Mas questiona-se aqui, ressalta-se, tem o magistrado efetivamente a qualificação necessária para realizar uma decisão de cunho médico? Além do que,

⁵¹ Conforme estabelece o art. 175 da LEP.

relaciona-se com tal artigo o art. 182 do CPP, por estabelecer que não fica o juiz adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Continuando a análise do art. 97 do CP, argumenta-se que as medidas de segurança não poderiam se prestar a ter prazo máximo indeterminado. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, p. 858 apud Greco: “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal”.

Nesse sentido, defende Cezar Roberto Bitencourt, p. 645 apud Greco:

começa-se a sustentar, atualmente, que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito, pois esse seria ‘o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida’, na liberdade do indivíduo, embora não prevista expressamente no Código Penal, adequando-se à proibição constitucional do uso da prisão perpétua. (GREGO, 2023, p. 716).

Sobre tal questão, André Copetti, p. 185 apud Greco afirmar ser:

totalmente inadmissível que uma medida de segurança venha a ter uma duração maior do que a medida da pena que seria aplicada a um imputável que tivesse sido condenado pelo mesmo delito. Se no tempo máximo da pena correspondente ao delito o internado não recuperou sua sanidade mental, injustificável é a sua manutenção em estabelecimento psiquiátrico forense, devendo, como medida racional e humanitária, ser tratado como qualquer outro doente mental que não tenha praticado qualquer delito. (GRECO, 2023, p. 717)

E é nesse sentido que versa o enunciado da Súmula 527, do STJ: “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Além disso, o HC 97621/RS do STF⁵², que trata de cumprimento de medida de segurança que durava há vinte e sete anos, apresentando melhora do quadro psiquiátrico do paciente, consta em sua ementa que “a medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos”. Mostrando-se, então, contrário à indeterminação temporal presente no § 1º do art. 97 do CP.

Apesar dos supracitados entendimentos acerca do prazo das medidas de segurança, ainda está positivado no parágrafo primeiro do artigo 97 do CP que a

⁵² Foi deferido o Habeas Corpus 97621 do Rio Grande do Sul, cujo Relator foi o Min. Cezar Peluso, julgado pela Segunda Turma do STF, sendo publicado em 26/06/2009.

medida de segurança perdurará por tempo indeterminado, positivado e inalterado desta maneira desde 1984, embora, conforme afirmado, a questão já tenha sido objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal e Súmula do STJ (v. acima).

Por outro lado, embora o legislador não tenha estabelecido o tempo limite para a duração máxima das medidas de segurança, certo é que fixou o prazo mínimo de sua duração. Ora, se a preocupação aqui é sobre a suposta cessação de periculosidade, a que se presta uma estipulação de tempo mínimo? Ao que parece, se trata de uma estipulação arbitrária, pois, qual a garantia de que a periculosidade só se findaria a partir de um prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos?

Ainda quanto a periculosidade, esta se justifica na ideia de que determinado sujeito é perigoso, de forma que acredita-se haver maior probabilidade desse sujeito praticar um crime. Então, a lógica é de afastar esse sujeito visto como perigoso do convívio social. Retira-se da pessoa sua liberdade e autonomia para que esta cumpra medida de segurança fundada na possibilidade de que um fato futuro venha a acontecer. Ora, faz então com que o elemento para se manter uma sanção penal seja à pretexto de uma possível ocorrência que é futura e incerta.

Além disso, o conceito de periculosidade é, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*, sentenciado em 20 de junho de 2006 (mesmo ano da sentença do caso *Ximenes Lopes vs Brasil*), avaliou-se dispositivo do Código Penal da Guatemala que tratava da periculosidade como um elemento incompatível com o princípio da legalidade criminal, dessa forma, contrário à Convenção⁵³.

⁵³ “En concepto de esta Corte, el problema que plantea lá invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de Acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de Autor que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado”. (CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*. 2006).

Ainda, o art. 97 do CP, no § 3º, estabelece que a desinternação ou liberação não extingue a execução da medida de segurança sendo sempre condicional. O agente que é liberado da internação ou do tratamento ambulatorial, durante um ano fica sob análise, como se essa desinternação/liberação fosse a título de ensaio. De forma que durante esse ano em que acontece o “ensaio”, caso haja prática de algum fato que seja indicativo de periculosidade, o agente volta a cumprir a medida de segurança nos moldes que já estava cumprindo. Observa-se então que basta fato que seja indicativo de persistência de periculosidade e não necessariamente de fato típico.

Dizendo agora sobre o art. 98 do CP, curiosa se mostra a escolha do legislador pelo termo “pode”, ao dizer que ao semi-imputável que necessita de tratamento, tem-se a possibilidade da pena privativa de liberdade ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial, ou seja, o legislador estipula que, mesmo mostrando-se evidente a necessidade de tratamento ao agente, fica à mercê do juízo optar entre a decisão de aquela pessoa manter-se cumprindo pena e, conseqüentemente, sendo privada do tratamento que evidentemente precisa ou estipular medida de segurança. O artigo ainda faz referência à integralidade do art. 97, do CP, o que faz entrar na já exposta problemática acerca do prazo de duração da medida de segurança e sua indeterminação. Nesse sentido, poderia então, à estrita análise do texto legal, a medida de segurança aplicada ser superior à pena cominada anteriormente ao semi-imputável, por justamente estar pautando-se na cessação de periculosidade. Mais uma vez o entendimento do STJ se mostra contrário ao que estipula o legislador: “Havendo medida de segurança substitutiva de pena privativa de liberdade, a sua duração não pode ultrapassar ao tempo determinado para cumprimento da pena. (Precedentes)” (STJ, HC 56828/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 04/09/2006, p. 311).

Trata-se agora sobre a redação do § 2º do artigo 149 do CPP, que explana que tão logo haja a determinação do exame de insanidade mental do acusado, o juízo nomeará curador. Ora, mas o caput do art. 85 do EPD explana que a curatela afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial; sendo que a curatela é considerada medida protetiva extraordinária (art. 84, § 3º, EPD). Aqui, não obstante a provisoriedade da curatela, estabelecida exclusivamente para viger no curso do incidente de insanidade, ainda assim é possível observar a aparente contrariedade ao disposto no EPD, seja porque o incidente não se destina

a prover questões de natureza patrimonial e negocial, seja porque o acusado submetido a exame já estaria sendo representado por advogado ou defensor, seja finalmente porque os direitos atingidos pelo incidente tem natureza semelhante ao que denominamos alhures como direitos existenciais, pois aqui sobressaem o direito à liberdade, o direito à ampla defesa, enfim o direito a um processo justo em que se observe o devido processo legal.

Diz-se agora sobre o art. 150 do CPP, também a propósito do incidente de insanidade. O caput do art. prevê que, estando o acusado solto, este pode, por conta de requerimento dos peritos, ser internado em estabelecimento adequado, situação que já se mostra incompatível com o art. 4º da Lei nº 10.216/2001, que regula que a internação só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Além disso, o parágrafo primeiro do art. 150 do CPP expressa que o exame não durará mais de quarenta e cinco dias. Ora, o Poder Executivo não apresenta insumos suficientes nem mesmo para comportar as pessoas que estão em HCTP cumprindo medida de segurança, quanto menos para uma internação destinada a realização de exame que ateste a insanidade. Embora o sujeito deva ser minuciosamente examinado para ser factível ser atestada sua insanidade, o que costuma acontecer na prática é uma breve consulta médica seguida de um laudo. Apesar de estar disposto na lei de forma expressa que o incidente de insanidade mental deve ser atestado por mais de um perito, na prática é usual que apenas um o faça. Além disso, a exigência de mais de um perito foi superada pela Lei nº 11.690/2008, que alterou o art. 159 que está dentro do Capítulo do Código de Processo Penal que trata sobre perícias em geral, dizendo em seu caput que “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”. Por considerar o incidente de insanidade mental do acusado como exame médico-legal e perícia, infere-se então que pode ser realizada por apenas um perito, pela redação do art. 159 do Código ser mais recente. Vê-se que há divergências dentro do próprio Código de Processo Penal, que data de 1941 e já passou por várias mudanças pontuais.

Continuando, percebe-se que o § 1º do art. 152 do CPP prevê internação compulsória em manicômio judiciário quando constatar-se doença mental que sobreveio à infração penal. Ora, vê-se positivada a aplicação de sanção penal (no caso, a internação compulsória) por tempo indeterminado (vez que acontece na expectativa de que o acusado se restabeleça) sem o devido procedimento

adequado. Considerando que a internação compulsória pode ocorrer apenas em dois casos: (1) após o trânsito em julgado de sentença absolutória imprópria que determina que a medida de segurança seja cumprida em regime de internação⁵⁴ ou (2) em caso de estar sendo aplicada como medida cautelar, sendo que neste último caso se enquadra apenas nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, após a necessária conclusão dos peritos acerca da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, concomitante ao risco de reiteração (art. 319, VII, CPP). Fora que, do modo que a lei está posta, leva a indeterminação do prazo de aplicação de tal medida, o que é vedado pela Constituição por ser considerado pena de caráter perpétuo. Então, de forma que o § 1º do art 152 do CPP estipula que é possível internação em caso que a doença mental sobreveio à infração e o § 2º do art. 152 do CPP prevê que o processo fica suspenso enquanto o agente não se restabelece; dessa forma, leva-se a inferir que, caso o agente não se restabeleça, ele poderia ficar internado continuamente na expectativa de que se restabelecesse, mas esta internação se manteria sem a garantia de que isso ocorresse, ou seja, por prazo indeterminado, situação acima examinada.

Acerca do art. 319, VII, do CPP, se vê como estranha a opção de internação provisória se estender também ao semi-imputável, pois, como já visto no Capítulo 4.2 da presente Monografia, no código penalista o legislador considerou o semi-imputável culpável, tanto é que faculta à tal agente a opção de redução da pena e, havendo pena, há a culpabilidade. Então, a internação provisória aqui surge como uma medida cautelar diversa da prisão, no caso da pessoa com transtorno mental. Para que isso ocorra, se faz necessária a instauração do incidente de insanidade mental, uma vez que não pode-se concluir desde logo sem um parecer médico. Além disso, observa-se que o legislador evita a palavra “periculosidade” e utiliza “risco de reiteração”.

Questiona-se aqui o já mencionado art. 66, V, d, da Lei de Execução Penal, porque ao dizer que compete ao Juiz da execução determinar a substituição da pena por medida de segurança, implica em que há a possibilidade de que seja viável a aplicação de medida de segurança no lugar da pena. Ora, mas assim não o poderia ser, pois como já trabalhado aqui na presente Monografia, não se aplica pena àquele

⁵⁴ O artigo 172 da LEP expõe que ninguém cumprirá medida de segurança sem a guia expedida da autoridade judiciária, enquanto o artigo 171 da LEP explica que será ordenada a expedição de guia para a execução quando transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança.

agente que foi sancionado com a medida de segurança, sendo então inadequado dizer de substituição de pena por medida de segurança (exceto na hipótese do semi-imputável⁵⁵). Em outras palavras: a medida de segurança ocorre a partir de sentença absolutória imprópria, ou seja, não deveria haver substituição da pena por medida de segurança, mas sim a imposição de medida de segurança a partir de sentença absolutória imprópria. Contudo o que se observa de fato é que o sistema penalista reserva a medida de segurança inclusive para aqueles que estando no cumprimento de pena privativa de liberdade, porque sua responsabilidade criminal ou sua imputabilidade foi reconhecida na sentença criminal, desenvolveram o transtorno mental no curso da execução; transtorno esse portanto que nenhuma relação guarda, em princípio, com crime apenado. Ainda a propósito, certo é que a competência aqui atribuída ao juiz da execução, qual seja a de impor medida de segurança, somente se dará na hipótese de doença mental que sobreveio na execução da pena. Para isso, obviamente, o sentenciado deverá ser submetido a exame médico-legal psiquiátrico, onde todavia nada será questionado quanto a imputabilidade ou não, posto que a internação não se dá por cometimento de qualquer crime no curso da execução senão por doença que a esta sobreveio. E assim sendo, o sentenciado sequer poderá usufruir dos eventuais benefícios da lei penal atribuíveis ao semi-imputável (redução da pena, ou tratamento ambulatorial) porque no laudo não se discutirá a propósito de sua imputabilidade. Em síntese, deverá cumprir sua pena em HCTP, mesmo que do ponto de vista médico fosse suficiente o tratamento ambulatorial. Ainda, caso estivesse cumprindo pena normalmente, ou seja em estabelecimento prisional comum, faria certamente jus à progressão de regime, saídas temporárias e quiçá livramento condicional. Não obstante na hipótese destacada não se pode desde logo excluir a possibilidade de que o laudo médico psiquiátrico não recomende a internação, senão a permanência na prisão com ou sem indicação de uso de medicamentos e acompanhamento médico-psiquiátrico.

O que se evidencia nessa circunstância é o tratamento em quase tudo semelhante que se dá ao agente inimputável ou semi-imputável na data do crime, com o sentenciado, cuja doença mental ou perturbação da saúde mental sobreveio à execução da pena privativa de liberdade.

⁵⁵ Considerando-se o art. 26, parágrafo único do CP e art. 98 do CP.

Desta feita, percebe-se que o instituto da medida de segurança está sendo aplicado a situações diversas: uma contemporânea ao crime e outra na fase de execução. Por conseguinte, a LEP, ao estabelecer como atribuições do MP/Defensoria, (artigos 68, II, “c” e 81, I, “g”) requerer a substituição da pena por medida de segurança, sendo de competência do juízo da execução o deferimento ou não do pedido (v. acima), simplesmente transpõe de forma acrítica o sistema do Código Penal que cuida da medida de segurança para o inimputável.

Há que se discorrer ainda sobre o art. 184 da LEP que assevera que o tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida, sendo que seu parágrafo único explana que, sendo este o caso, o prazo mínimo de internação será de um ano. Acredita-se ser tal estipulação temporal arbitrária; senão que a necessidade de internação e seu prazo deveriam necessariamente constar de criterioso exame médico-psiquiátrico.

O Relatório de Gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça de 2017, tratando de custodiados nos sistemas penitenciários estaduais, relata que 2.497 cumprem medida de segurança sob a forma de internação e 360 sob a forma de tratamento ambulatorial⁵⁶

A propósito dos dados acima colecionados, convém destacar a dificuldade em obtê-los de fontes oficiais (órgãos públicos) ou não. Não obstante, o tratamento dado ao tema pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) leva a crer na existência de pessoas portadoras de transtorno mental cumprindo medida de segurança em estabelecimentos penais diversos do HCTP. É o caso do Recurso em Habeas Corpus nº 61.347-SP (2015/0160829-0)⁵⁷, de que foi relator o Min. Ericson Maranhão - 6ª Turma do STJ, onde restou decidido que: “configura constrangimento ilegal a segregação de inimputável submetido à medida de segurança de internação em estabelecimento prisional comum, enquanto aguarda o surgimento de vaga em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”. Ao conceder o HC de Ofício o STJ determinou: “a imediata transferência do recorrente para Hospital de custódia ou, na ausência de vaga, que seja incluído em tratamento ambulatorial até o surgimento da

⁵⁶ Dados através de informações constantes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), e do Geopresídios, que espelha os relatórios mensais do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), do CNJ.

⁵⁷ Da sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado TJ/SP). Datado do dia 13 de outubro de 2015. Habeas corpus concedido de Ofício.

respectiva vaga”. O Recurso ainda traz o precedente de que “a manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas”. Além disso, como já visto anteriormente, esteja em desacordo com o art. 99 do CP e o entendimento do STJ sobre a matéria, vez que o cumprimento de medida de segurança em estabelecimento prisional comum é inadequado.

Quanto ao hipotético caráter curativo da medida de segurança, sustentado por autores diversos⁵⁸ (GONÇALVES, 2022), é intuitivo que o legislador tenha previsto em relação a medida de segurança sua indeterminação temporal, justamente por não haver previsibilidade para suposta cura, o que impede a estipulação de tempo máximo. Ora, mas como a medida de segurança poderia se pautar em um caráter curativo quando há transtornos mentais que são incuráveis?

É possível se estabelecer uma comparação entre o que se dá com o hipotético caráter ressocializador da pena privativa de liberdade e o pretendido caráter curativo da medida de segurança; em relação a estas, sobressai sua natureza sancionadora em detrimento de sua propalada finalidade curativa, que em fim último se assemelha ao cumprimento de penas privativas de liberdade, no sentido de que as pessoas são retiradas do convívio familiar/social e internadas. A segregação que a internação pressupõe já opera contribuindo na ineficácia de qualquer tratamento. O movimento antimanicomial, inclusive, passa a existir em função disso: dessa conclusão de que a internação psiquiátrica não cura os que são internados, mas muito pelo contrário, implicando às pessoas doentes mentais sofrimento. A abordagem desses estabelecimentos se mostra, historicamente, como medicamentosa, de exclusão, de limitação da liberdade e da autonomia da pessoa.

Dessa forma, parabeniza-se aqui o progresso vislumbrado pelas legislações posteriores à LEP, no sentido de operar-se favorável à desinstitucionalização. Posiciona-se aqui no sentido de que a existência de manicômios faz com que o Estado se libere da responsabilidade de construir espaços e meios para que se acolham pessoas com transtornos mentais e essas possam exercer seu direito de viver em iguais condições com as demais. Uma sociedade sem manicômios não

⁵⁸ O já citado posicionamento de Rogério Greco, de que “não podemos afastar da medida de segurança, além da sua finalidade curativa, aquela de natureza preventiva especial, pois, tratando o doente, o Estado espera que este não volte a praticar qualquer fato típico e ilícito” (023, p. 715).

significa dizer que as pessoas com doenças mentais ficarão desassistidas, mas sim que essas pessoas agora acessarão a rede de atenção psicossocial, que é um tipo de cuidado em comunidade e não isolado.

A testemunha Milton Freire Pereira, ex-paciente de instituições psiquiátricas, em declaração juntada pelos representantes na Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na parte V - Prova, do caso Ximenes Lopes vs Brasil; declara que “existe uma crença de que não se pode curar a doença mental, o que é consequência da segregação, clausura, violência e ausência de vínculos sociais a que são submetidas aquelas pessoas”. Acrescenta-se aqui que, embora vislumbre-se que haja doenças mentais até então sem cura, a tratativa para com qualquer pessoa não deve ser segregadora, mas sim inclusiva. Nesse sentido, exemplifica-se que “a discriminação contra a homossexualidade esteve presente de maneira intensa nas práticas jurídicas e sociais até o início do século XXI” (BARROSO, 2013, p. 140), devido ao fato de que “até a década de 1950, havia um consenso entre os psiquiatras e psicólogos, que caracterizada os homossexuais como pessoas com distúrbios mentais profundos”. A partir de tais assertivas, mostra-se nítido que o próprio entender acerca dos transtornos mentais está em diuturna mudança.

Ainda do relato de Milton Pereira: “a atenção de saúde mental no Estado mudou muito com a implementação dos serviços substitutivos do modelo do hospital psiquiátrico. No atual modelo existe participação multidisciplinar de profissionais como psicólogos, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais. Entretanto, a hegemonia do modelo manicomial centrado nos hospitais ainda permanece. Esse modelo continua matando, escravizando e evitando para sempre, às pessoas que necessitam de atenção de saúde mental, a participação no seu próprio tratamento, sem possibilidade de reabilitar-se”.

Como já demonstrado, a LEP explicita ser um de seus objetivos proporcionar condições para a harmônica integração social do internado (art. 1º, LEP). Indaga-se quais são, de fato, as condições proporcionadas para que o ideal ressocializador seja factível.

Todas as contradições e aparentes incompatibilidades entre a sistemática penalista e a disciplina civilística podem ser resumidas na disciplina do art. 11 do EPD, quando estabelece que a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização

forçada. Evidente o confronto com a lógica penalista da medida de segurança, que implica na imposição de internação ou tratamento ambulatorial.

Há que se dizer ainda que, pelo EPD ter alterado a Teoria das Capacidades, as pessoas sem discernimento algum, como por exemplo em caso de coma, estado vegetativo ou grave enfermidade, caso sejam maiores de 16 anos, não poderão ser consideradas absolutamente incapazes.

Nesse sentido, o EPD pretende que ocorra sempre no caso concreto a investigação “de possível aptidão psíquica e cognitiva remanescente, de modo a preservá-la” (TEPEDINO, 2021, p. 114).

Vale dizer sobre o artigo 1.777 do CC que teve sua redação alterada pelo EPD. Na redação original o artigo previa que “os enfermos, deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e excepcionais sem desenvolvimento completo, devidamente interditados, deveriam ser tratados em estabelecimento apropriado, desde que não fosse possível o seu convívio doméstico” (TARTUCE, 2016, p. 491). Vislumbra-se aí instituto similar ao da medida de segurança do âmbito penal, que trata de internação compulsória mesmo sem a ocorrência de qualquer ilícito. Dito isso, segue a atual redação do referido artigo:

Art. 1.777. As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, **sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio**. (Grifo nosso) (BRASIL, 2002).

O inciso I do art. 1767 do CC diz sobre estarem sujeitos a curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Nesse sentido, vê-se como o legislador preocupou-se em atualizar um artigo que estabelecia que tão logo fosse observado que não fosse possível o convívio doméstico, imputava internação. Nesse sentido, prestigia-se aqui tal mudança legislativa, indo em oposição ao modelo manicomial, que acaba por excluir as pessoas que eram submetidas à internação, sendo obstruídas de convívio social, que lhes é seu por direito constitucional.

Os manicômios judiciários, historicamente, na prática, eram locais em que pessoas com transtornos mentais eram isoladas do convívio social e familiar, além da questão de falta de capacitação adequada dos profissionais ali presentes, que se perpetuava pela falta de fiscalização do Estado, o que acabava por resultar numa

morte em vida daquelas pessoas, que, tão logo eram deslocadas para lá, se viam privadas de sua autonomia, liberdade e dignidade.

Contudo as PcD não mais são absolutamente incapazes. Questiona-se em que medida essa nova teoria das capacidades deve repercutir na responsabilidade penal. Na perspectiva: se o EPD eliminou o conceito de incapacidade absoluta para os atos da vida civil no tocante às PcD, isso equivaleria a dizer que sendo agora capaz para os atos da vida civil, a PcD também passaria a sê-lo para o efeito de responsabilização criminal? Tal questionamento importa desde logo em reconhecer que a repercussão do sistema civilista no penalista terá por limite o que estabelece a teoria do crime no tocante à culpabilidade. Responsabilidade civil e responsabilidade penal, sob tal aspecto, permanecem independentes.

A sistemática no lidar com a deficiência não é a mesma entre os sistemas. Enquanto no direito penal a aferição se vê como satisfeita através de perícia médica, o EPD exige que a avaliação seja biopsicossocial.

O modo de atestar “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”⁵⁹ penalista é insatisfatório quando comparado ao que agora exigem as leis civilistas. Desta feita, vislumbra-se aqui ser necessário uma compatibilização com o sistema civil e penal. O sistema da medida de segurança não está de acordo com o que o EPD preceitua.

Enquanto não forem sanadas essas incongruências, haverá insegurança jurídica e certamente o Poder Judiciário será chamado a interpretar para sanar conflitos e suprir lacunas que não foram eliminadas pelo legislador. Havendo falha legislativa, parece haver a transferência da responsabilidade ao judiciário, situação que se comprova pela produção de julgados e de Súmulas. Dessa forma, o Direito Civil, com a nova Teoria das Capacidades, faz com que a capacidade se torne a regra, devendo a incapacidade ser comprovada. No Direito Penal, a tratativa é sobre a imputabilidade, de modo que exclui a culpabilidade quando o transtorno mental influi no cometimento do ilícito.

Nesse sentido, a incompatibilização se mostra também na questão do EPD dispor que a aferição de deficiência deve ser feita por equipe multiprofissional, enquanto a aferição da imputabilidade é feita de modo discriminado no CPP através do incidente de insanidade mental, que é realizado através de exame pericial.

⁵⁹ Termos usados pelo código penalista.

Vê-se então que o instituto penalista da medida de segurança não está alinhado com o que o EPD preceitua. O EPD (art. 2º, § 1º) estabelece que a avaliação da deficiência é realizada através de equipe multiprofissional e interdisciplinar. A exigência dessa avaliação ampla, do ponto de vista do EPD, seria com o intuito de reconhecer ou não a incapacidade relativa dessa pessoa e, no caso de reconhecê-la, com a finalidade de ampliar os seus direitos e não restringi-los.

Ainda sobre as incompatibilidades, percebe-se que a parte geral do Código de 1984 não se adequa à política antimanicomial, já que prevê a internação psiquiátrica. A política antimanicomial parte do entendimento de que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, pode lidar bem com sua doença mental, desde que haja o devido acompanhamento e assistência. De forma que os manicômios se mantinham a partir da ideia de que o sujeito “insano” era perigoso e precisaria se manter internado.

A partir das ponderações acima feitas, lida-se com o viés da existência de uma incompatibilidade entre o sistema do direito penal e do processo penal com o sistema do direito civil, aplicável às pessoas com transtorno mental internamente no Brasil. Incompatibilidade essa que se apresenta em diversos aspectos, conforme acima examinado. Nesse sentido, a hipótese aqui trabalhada é a de saber se essas incompatibilidades poderiam ser resolvidas a partir da implementação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes.

Pergunta-se agora, se a decisão ou a implementação da decisão no caso Ximenes Lopes será suficiente para suprir essas incongruências?

Além disso, teria a Resolução nº 487 do CNJ o mesmo propósito? Posto isso, prossegue-se para o próximo capítulo.

6 A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO XIMENES LOPES

Em 06 de novembro de 1992, houve a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Pacto de São José da Costa Rica, pelo Decreto n° 678/1992. Em 2002 foi declarada a aceitação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n° 4.463/2002.

O caso de Ximenes Lopes vs Brasil é emblemático, foi o primeiro caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trata sobre violação de direitos humanos de pessoa com deficiência e também foi o primeiro caso em que o Brasil foi sentenciado perante tal Corte, na data de 04 de julho de 2006.

Analisar-se-á o julgado acerca da tratativa do controle de convencionalidade internacional em relação à compatibilidade (ou falta dela) dos atos internos em face das normas internacionais das quais o Brasil é signatário.

Os fatos do caso são os seguintes: Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental, foi internada no dia 1° de outubro de 1999, vindo a falecer no dia 4 de outubro de 1999, três dias após sua internação na Casa de Repouso Guararapes (clínica privada de saúde vinculada ao SUS), no Município de Sobral, no Estado do Ceará, para receber tratamento psiquiátrico. Damião na época com 30 anos, estava em perfeito estado de saúde no momento de sua internação e não apresentava sinais de agressividade e nem lesões aparentes. No terceiro dia de sua internação, sua mãe o encontrou sangrando, com hematomas e sujo. Estava com as mãos amarradas para trás, respirando com dificuldade e chamando pela polícia. Veio a óbito sem assistência médica no momento que faleceu. Os familiares tentaram uma série de recursos judiciais, mas o Estado não levou adiante qualquer investigação.

Esgotadas todas as possibilidades de resolução interna, inicia-se o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A norma de referência no controle de convencionalidade⁶⁰, tratando-se da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é a Convenção Americana de Direitos Humanos. Explica-se que “a Corte Interamericana, no exercício de sua função contenciosa, aplica e interpreta a Convenção Americana e, quando um caso é

⁶⁰ “Isto é, a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado” (MAZZUOLI, 2018, p. 30).

submetido a sua jurisdição, tem a faculdade de declarar a responsabilidade internacional de um Estado Parte na Convenção por violação de suas disposições”⁶¹.

Faz-se válido então, a análise da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos do referido. Dessa forma, segue-se:

Em 1º de outubro de 2004 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte demanda contra o Brasil, com o intuito de que decidisse se o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (direito à vida)⁶², 5 (direito à integridade pessoal)⁶³, 8 (garantias judiciais)⁶⁴ e 25 (proteção

⁶¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁶² Artigo 4º - Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

⁶³ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

⁶⁴ Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

judicial)⁶⁵; e a obrigação imposta no artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos)⁶⁶ da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Solicitou-se também que a Corte ordenasse o pagamento de danos materiais e imateriais, que ordenasse medidas de não-repetição e o reembolso das custas e gastos.

Durante sua hospitalização, Damião foi submetido a condições desumanas e degradantes, tendo sua integridade pessoal violada até ser morto. Fato é que em situações excepcionais e de emergência, o tratamento forçado pode ser utilizado, na pretensão de se evitar dano iminente para a própria pessoa ou terceiros. De forma que, havendo uso injustificado e excessivo de força, configura-se prática desumana e tratamento degradante⁶⁷. No caso de Damião houve injustificado excesso, pela falta de evidências de perigo iminente ou imediato para ele próprio ou terceiros, fazendo com que fosse ilegal o uso de qualquer forma de contenção física. Resultado claro da falta de capacitação adequada dos profissionais que ali estavam.

Nesse sentido, versa a Sentença do caso:

Quando o isolamento ou a contenção são usados como punição, coerção ou por objetivos impróprios, **a violação dos direitos humanos é ainda mais grave**. Nos casos em que o uso da contenção tenha provocado dor ou sofrimento físico ou mental extremos, sua utilização imprópria para objetivo impróprios, **poderá constituir tortura**. Jamais é necessário espancar um paciente psiquiátrico ou a ele causar qualquer tipo de dano ou sofrimento. O fato de que o senhor Damião Ximenes Lopes estivesse desarmado e sob custódia do Estado demonstra que uma ação dessa natureza não seria desproporcional à eventual ameaça que ele possa ter representado. Dada a grande vulnerabilidade de uma pessoa em crise psiquiátrica, cabe às autoridades do Estado em grau maior de responsabilidade na proteção a esses indivíduos. **O espancamento do senhor Damião Ximenes Lopes - e sua posterior morte - poderiam ter sido evitados se o Estado tivesse**

⁶⁵ Artigo 25 - Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁶⁶ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

⁶⁷ Situação que ofende o artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

cumprido suas obrigações de proporcionar-lhe uma instituição com funcionários capacitados para assisti-lo em sua deficiência mental.
(Grifo nosso)

Continuando, acerca da sujeição⁶⁸, a Corte considera que a prática “apresenta um alto risco de ocasionar danos ao paciente ou sua morte, e que as quedas e lesões são comuns durante esse procedimento”⁶⁹. Sobre a temática, a Sentença ainda explica que:

O Tribunal considera que a sujeição é uma das medidas mais agressivas a que pode ser submetido um paciente em tratamento psiquiátrico. Para que esteja de acordo com o respeito à integridade psíquica, física e moral da pessoa, segundo os parâmetros exigidos pelo artigo 5 da Convenção Americana, deve ser empregada como medida de último recurso e unicamente com a finalidade de proteger o paciente, ou o pessoal médico e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal que esta represente uma ameaça à segurança daqueles. A sujeição não pode ter outro motivo senão este e somente deve ser executada por pessoal qualificado e não pelos pacientes.

A sujeição aplicada à Damião foi completamente desproporcional e violenta, de modo que viola seu direito à tratamento digno. Inclusive, tal situação não foi fato isolado, vez que há registros de outros dois pacientes internados na Casa de Repouso Guararapes que padeceram em contexto violento.

Fora que, quando uma pessoa considerada sem higidez mental tem de lidar com a internação compulsória, o pessoal médico exerce grande domínio em relação a essas. Assim sendo, há uma relação de poder evidente, que contribui à possibilidade de que essas pessoas tenham de lidar com tratamentos abusivos quando estão internadas. Desta maneira, faz-se imperativo que haja vigilância/supervisionamento de tais estabelecimentos por parte do Estado.

Pelas pessoas com deficiências mentais serem grupo vulnerável, estão sujeitas a violações de direitos humanos. Historicamente lidam com a limitação de sua autonomia, sendo arbitrária e desnecessariamente segregadas e isoladas em instituições psiquiátricas, sendo impedidas de fazer escolhas sobre suas próprias vidas. Dessa forma, atualmente reconhece-se o direito ao consentimento informado⁷⁰.

⁶⁸ “Entende-se sujeição como qualquer ação que interfira na capacidade do paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento” (CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006).

⁶⁹ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁷⁰ O direito do paciente de participar das decisões sobre seu tratamento e o dever médico de alertar sobre os riscos e benefícios das terapêuticas envolvidas.

O Estado tem a obrigação de proteger e assegurar a efetividade dos direitos, sendo de sua responsabilidade adotar medidas para a proteção dos direitos humanos. Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos “considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição”⁷¹.

No dia do falecimento de Damião, Albertina Viana Lopes, mãe da vítima, o encontrou agonizando. Apesar de seu cadáver apresentar sinais de tortura⁷², a causa da morte constatada pelos médicos foi “morte natural, parada cardio-respiratória”, fazendo com que a família não acreditasse no laudo, crendo haver manipulação da verdade, já que o médico que declarou a morte de Damião “fez constar que o cadáver não apresentava lesões externas e que a causa da morte havia sido uma parada cardio-respiratória”⁷³. Por conta disso os familiares de Damião solicitaram a realização de uma necropsia. A conclusão apresentada no relatório do exame de necropsia (feita em Instituto Médico onde o mesmo médico que declarou a morte na Casa de Repouso de Guararapes também trabalhava) era de que a causa da morte era indeterminada. O corpo de Damião foi exumado no dia 6 de abril de 2002 e tal perícia fez constar que a morte tratava-se “de causa indeterminada”.

Apesar do laudo médico dizer o contrário, fato é que Damião “teve uma morte violenta causada por agentes externos, pelas lesões traumáticas que tinha no corpo”⁷⁴. Sobre tal pauta a Sentença ainda expõe que:

As lesões encontradas no corpo do senhor Damião Ximenes Lopes são lesões consideradas pelo Protocolo de Istambul⁷⁵ como lesões típicas de traumas que são costumeiramente vistos em corpos de pessoas que foram torturadas. Segundo a avaliação dos legistas na cidade de Fortaleza, depois da insistência do promotor do caso, a morte do senhor Damião Ximenes Lopes foi causada por lesões traumáticas, que poderiam ser definidas, segundo a perita, como socos, pedradas ou pontapés. A necropsia realizada pelo Instituto Médico Legal indicava que o corpo apresentava equimoses, escoriações e hematomas, as quais são lesões sugestivas de traumatismo do corpo, e que foram posteriormente, esclarecidas como causadas por objetos contundentes.

⁷¹ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁷² A sentença declara que “seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada”.

⁷³ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006

⁷⁴ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁷⁵ Manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Há ainda que se dizer sobre a importante questão de que as pessoas com deficiência mental são pessoas de particular vulnerabilidade, sobre a questão, a referida Sentença explana que:

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.

Fora a vulnerabilidade que já é intrínseca às pessoas com deficiência, as PcD que tiveram de se internar em instituições psiquiátricas são ainda mais vulneráveis. Nesse sentido, a Sentença elucida que:

Com relação à salvaguarda da vida e da integridade pessoal, é necessário considerar que as pessoas portadoras de deficiência que vivem em instituições psiquiátricas ou nelas são submetidas a tratamento são especialmente vulneráveis a tortura ou a outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante. **A vulnerabilidade intrínseca das pessoas portadoras de deficiência mental é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza o tratamento das doenças psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidas a internação.** (Grifo nosso)

Segundo a Corte, é fato provado que no dia 3 de outubro de 1999, Damião teve uma crise de agressividade e foi dominado à força por um auxiliar de enfermagem e dois pacientes e foi submetido a contenção física entre a noite até a manhã seguinte. Damião faleceu nessa manhã em contexto violento e sem assistência médica no momento de sua morte.

Tão pouco capacitada se mostrava a Casa de Repouso Guararapes, que pacientes eram convidados a conter outros pacientes quando esses se agitavam. Acerca desse problema, segue excerto da Sentença do caso:

A contenção era feita de uma forma violenta. Essa situação foi descrita pelos próprios profissionais da Casa de Repouso Guararapes, inclusive o médico Francisco Ivo de Vasconcelos, que manifestou que muitas vezes, quando chegava ao hospital, os pacientes tinham sido amarrados pelos profissionais auxiliares e ele mandava desamarrá-los. Essa é uma das situações que faziam parte da rotina daquele hospital, além de outros atos de violência.

É possível fazer contenções sem que resultem hematomas, utilizando procedimentos técnicos para que isso não ocorra. Infelizmente, no sistema de saúde brasileiro muitas pessoas ainda sofrem procedimentos de contenção dessa forma, o que constitui tratamento cruel e desumano.

A forma de operar da Casa de Repouso Guararapes era através de

um contexto de violência, agressões e maus-tratos, em que diversos internos freqüentemente apresentavam lesões nos membros superiores e inferiores, causadas pelos empregados do hospital; os auxiliares de enfermagem e vigilância utilizavam pacientes para conter outros; (...) determinavam a contenção física de forma indiscriminada, independentemente de este procedimento ter ou não sido indicado pelo médico responsável, e incentivavam enfrentamentos físicos entre os pacientes.

Devido a tal contexto, mostra-se nítido que a Casa de Repouso Guararapes não estava apta para manter a internação de pacientes, sendo ambiente incompatível com o exercício ético da medicina. Ou seja, não era estabelecimento apto à exercer tratamento de saúde digno, que segundo a Corte, tal tratamento “deve ter como finalidade principal o bem-estar do paciente e o respeito a sua dignidade como ser humano, que se traduz no dever de adotar como princípios orientadores do tratamento psiquiátrico o respeito à intimidade e à autonomia das pessoas”⁷⁶⁷⁷. O respeito à autonomia está atrelado à ideia (já trabalhada no presente Trabalho de Conclusão de Curso) de que presume-se, em regra, que as pessoas com deficiências são, via de regra, sujeitos capazes de expressar sua vontade.

O Estado brasileiro, em suas alegações finais, admitiu sua falha no dever de fiscalização da Casa de Repouso Guararapes no período de internação de Damião Ximenes, reconhecendo sua violação em relação aos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal) da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷⁸, embora tenha salientado que não reconhecia sua responsabilidade internacional pela suposta violação dos artigos 8 (garantia judiciais) e 25 (proteção judicial), da mesma Convenção, em detrimento dos familiares de Ximenes. A Comissão reiterou à Corte que houve sim violação dos referidos artigos, dizendo que “toda a matéria

⁷⁶ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁷⁷ “O Tribunal reconhece que este último princípio não é absoluto, já que a própria necessidade do paciente pode exigir algumas vezes a adoção de medidas sem seu consentimento” (CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006).

⁷⁸ “A Corte considera que o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado constitui uma contribuição positiva para o desenvolvimento deste processo e para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana no Brasil”. CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

relacionada com a investigação policial e o processo penal violou os referidos artigos, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes⁷⁹, também por conta de atrasos indevidos no tocante ao procedimento judicial, atribuídos exclusivamente ao Estado.

Diante o exposto, a Corte conclui que:

por haver faltado com seus deveres de respeito, prevenção e proteção, com relação à morte e os tratos cruéis, desumanos e degradantes sofridos pelo senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado tem responsabilidade pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.

Importante dizer também que pode-se considerar, segundo a Corte, familiares de vítimas de violações de direitos humanos também vítimas. Nesse sentido, o Tribunal considerou violados os direitos à integridade psíquica e moral dos familiares mais próximos de Damião, devido a todo o sofrimento experienciado em virtude das violações que um ente querido deles sofreu.

Já sobre o contexto das violações dos artigos 8.1 (garantias judiciais) e 25.1 (proteção judicial), em relação com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção Americana, são experienciados a partir do momento em que o Estado apresentou atraso injustificado, muitas vezes se mantendo inerte e negligenciando o caso, tanto que seis anos depois da morte de Damião ainda não havia sentença sequer na primeira instância, sendo que a *noticia criminis* sobre a morte de Damião chegou ao conhecimento das autoridades policiais no mesmo dia. Vê-se que o direito de acesso à justiça diz também respeito à pronta prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a Corte salienta que é “princípio básico (...) que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana”⁸⁰, cabendo ao tribunal internacional “determinar se a integralidade dos procedimentos esteve conforme com as disposições internacionais”⁸¹.

Nesse diapasão, “a Corte estabeleceu que o Estado falhou em seus deveres de respeito, prevenção e proteção e que é, por conseguinte, responsável pela

⁷⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁸⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁸¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

violação do direito à vida e à integridade pessoal do senhor Damião Ximenes Lopes”⁸².

Além disso, as diligências não foram cumpridas dentro de prazo razoável ou justificável.

Nesse contexto, afirma-se que:

A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das conseqüências das violações. **O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial** consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. (Grifos nosso)

Dessa forma, há que se estipular reparações devido às violações praticadas, de modo a “determinar quem são os beneficiários das reparações e em seguida dispor as medidas de reparação dos danos materiais e imateriais, as medidas de satisfação e de não-repetição e, por último, o relativo a custas e gastos”⁸³.

Assim sendo, a Corte considera como “parte lesada” Damião, sendo vítima das violações dos direitos consagrados no arts. 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao art. 1.1 do mesmo tratado. A Corte também considera como “parte lesada” os seguintes familiares do senhor Damião: Albertina Viana Lopes (mãe), Irene Ximenes Lopes Miranda (irmã), Francisco Leopoldino Lopes (pai) e Cosme Ximenes Lopes (irmão gêmeo); sendo as duas primeiras vítimas da violação dos direitos consagrados nos arts. 5, 8.1 e 25.1, também em relação ao art. 1.1 da Convenção; e os dois últimos vítimas da violação do direito consagrado no art. 5 da Convenção. Por assim o serem, o Estado tem a obrigação de cumprir com as reparações fixadas pelo Tribunal. Por conta disso, foram fixadas reparações de dano material e também de dano imaterial.

Além das reparações por dano material e dano imaterial, foram estabelecidas outras formas de reparação, visando medidas de satisfação e garantias de não-repetição.

As medidas de satisfação visam reparar o dano imaterial, que não têm alcance pecuniário. Foram elas:

⁸² CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

⁸³ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

- a) A Corte acatou e apreciou o reconhecimento da violação dos artigos 4 e 5 da Convenção por parte do Estado;
- b) O Estado deu ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS) o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes” e também deu à sala em que se realizou a Terceira Conferência de Saúde Mental o nome de Damião Ximenes Lopes⁸⁴; e
- c) As medidas adotadas pelo Estado visando melhorias em relação às condições de atenção psiquiátrica nas instituições do Sistema Único de Saúde. A saber, cita-se algumas delas adotadas pelo Município de Sobral: comissão para investigação da responsabilidade da Casa de Repouso Guararapes na morte de Damião; um Centro de Atenção Psicossocial especializado no tratamento de pessoas portadoras de psicose e neurose e o Serviço Residencial Terapêutico. Cita-se algumas adotadas a nível nacional: aprovação da Lei nº 10.216/2001; a realização da Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental (em dezembro de 2001) e a criação do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos (a partir de 2002).

O Tribunal valoriza as medidas adotadas pelo Estado, vez que caminham no sentido de possibilitar melhor atendimento de saúde, a partir da regulamentação e fiscalização aprimorada. Nesse sentido, vê-se que desenvolveram-se mecanismos para a prevenção de violações como as desse caso, para que não se repitam no futuro.

Além disso, o “Tribunal considera que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental”⁸⁵, atentos aos princípios que devem reger o trato com pessoas com deficiência mental.

A Corte declara que a Sentença constitui per se forma de reparação e dispôs por unanimidade:

6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso

⁸⁴ Considera-se que essas ações contribuem tanto para manter viva a memória da vítima, bem como para conscientizar quanto a não-repetição das violações ocorridas.

⁸⁵ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença.

7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.

8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença⁸⁶.

9. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença.

10. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença.

11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença.

12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

⁸⁶ Segue-se o parágrafo 250 de Sentença do Caso Ximenes Lopes vs Brasil: “250. Ficou provado neste caso que no momento dos fatos não se dispensava adequada atenção ao tratamento e internação de pessoas portadoras de deficiência mental, como no caso da Casa de Repouso Guararapes, instituição que oferecia esse serviço no Sistema Único de Saúde. Embora se destaque o fato de que o Estado adotou diversas medidas destinadas a melhorar esse atendimento, este Tribunal considera que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença (par. 130 a 135)”.

7 A RESOLUÇÃO N° 487/2023 DO CNJ

Trata-se aqui acerca da Resolução n. 487, de 15 de fevereiro de 2023, que institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

A Resolução foi resolvida considerando, dentre outros motivos, o Ponto Resolutivo 8 da sentença da CIDH proferida no Caso Ximenes Lopes vs Brasil, já supracitada⁸⁷.

A Resolução diz respeito às diretrizes em relação à tratativa que deve ser dada às pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial no âmbito do Poder Judiciário. Nela o CNJ (art. 2º, I) considera como pessoa com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial

aquela com algum comprometimento, impedimento ou dificuldade psíquica, intelectual ou mental que, confrontada por barreiras atitudinais ou institucionais, tenha inviabilizada a plena manutenção da organização da vida ou lhe cause sofrimento psíquico e que apresente necessidade de cuidado em saúde mental em qualquer fase do ciclo penal, independentemente de exame médico-legal ou medida de segurança em curso.

Há aí então uma preocupação com o reconhecimento e proteção da pessoa com deficiência que deve anteceder e mesmo se sobrepor à ausência do exame médico-legal. Percebe-se também que a definição feita está bastante atrelada com a do EPD que define a pessoa com deficiência, vez que mostra-se que a deficiência só se faz presente ao encontro de barreiras sociais.

A Resolução ainda trabalha a ideia de que a equipe que deve acompanhar a pessoa com comprometimento psíquico durante todas as fases do procedimento criminal deve ser uma equipe multidisciplinar, dando ainda a definição do que seria a equipe multidisciplinar qualificada (art. 2º, V⁸⁸).

⁸⁷ Qual seja: a determinação para que o Estado brasileiro continue a desenvolver programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria.

⁸⁸ Art. 2º, V, Resolução 487/2023, CNJ – equipe multidisciplinar qualificada: equipe técnica multidisciplinar que tenha experiência e incursão nos serviços com interface entre o Poder Judiciário,

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça expressamente menciona a dignidade humana como princípio e diretriz para reger o tratamento das pessoas com transtorno mental no âmbito da jurisdição penal (art. 3º, I). Toma-se como essencial a reabilitação psicossocial por meio da inclusão social (art. 3º, VI).

Estabelece-se sempre preferência ao tratamento em estabelecimento de saúde não asilar (art. 3º, VII). A internação deve ser apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes e ainda veda-se a internação em instituição de caráter asilar, como os HCTP e hospitais psiquiátricos (art. 3º, VIII).

A Resolução ainda trata sobre a possibilidade de que surja necessidade de tratamento em saúde mental no curso de prisão preventiva ou outra medida cautelar (Seção II). Nesse sentido, caso sobrevenha tal necessidade, dispõe-se, no artigo nono, que:

- I – no caso de pessoa presa, reavaliará a necessidade e adequação da prisão processual em vigor ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps⁸⁹, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa;
- II – no caso de pessoa solta, reavaliará a necessidade e adequação da medida cautelar em vigor, observando-se as disposições do artigo anterior.

Nota-se, então, que a prisão preventiva ou a medida cautelar devem ser adaptadas à condição peculiar da pessoa presa, ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps.

Sobre o incidente de insanidade mental para análise acerca de possível inimputabilidade do agente, o parágrafo único do art. 10 assim estabelece:

Considerando que o incidente de insanidade mental que subsidiará a autoridade judicial na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu é prova pericial constituída em favor da defesa, não é possível determiná-la compulsoriamente em caso de oposição desta.

a saúde e a proteção social; do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada (Apec); do Serviço de Acompanhamento de Alternativas Penais; da EAP ou outra equipe conectora.

⁸⁹ A Resolução considera “Rede de Atenção Psicossocial (Raps): rede composta por serviços e equipamentos variados de atenção à saúde mental, tais como os Centros de Atenção Psicossocial (Caps), os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), os Centros de Convivência e Cultura, as Unidades de Acolhimento (UAs) e os leitos de atenção integral (em Hospitais Gerais, nos Caps III), presentes na Atenção Básica de Saúde, na Atenção Psicossocial Estratégica, nas urgências, na Atenção Hospitalar Geral, na estratégia de desinstitucionalização, como as Residências Terapêuticas, o Programa de Volta para Casa (PVC) e estratégias de reabilitação psicossocial” (art. 2º, II).

Ou seja, vê-se que é optativa a realização do incidente de insanidade mental, devendo a decisão ser tomada pelo réu.

O art. 11 da Resolução trata da medida de segurança, explanando que:

Art. 11. Na sentença criminal que imponha medida de segurança, a autoridade judicial determinará a modalidade mais indicada ao tratamento de saúde da pessoa acusada, considerados a avaliação biopsicossocial, outros exames eventualmente realizados na fase instrutória e os cuidados a serem prestados em meio aberto.

Parágrafo único. A autoridade judicial levará em conta, nas decisões que envolvam imposição ou alteração do cumprimento de medida de segurança, os pareceres das equipes multiprofissionais que atendem o paciente na Raps, da EAP ou outra equipe conectora.

Observa-se uma mudança na tratativa quando compara-se o art. 11 da Resolução com o que atualmente prevê o código penalista brasileiro. Em tempo: o CNJ faz constar, de forma explícita, que a autoridade judicial deve considerar a avaliação biopsicossocial para que determine a modalidade mais indicada de tratamento, diferentemente do que prevê o art. 97 do CP, que indica a possibilidade de escolha do juízo da medida de segurança ambulatorial aos crimes puníveis com detenção. Fora que não só isso, mas também, no CPP prevê-se ainda que ao juízo imputa-se a opção de aceitar ou não o laudo médico (art. 182, CPP).

Continuando, diferentemente do que explica o CP, que condiciona a internação ao agente inimputável, a Resolução traz a priorização do tratamento ambulatorial ante à internação (art. 12). Assim sendo, estabelece-se que deve-se evitar impor o ônus de comprovação do tratamento à própria pessoa com transtorno mental, devendo haver acompanhamento por parte “de fluxos estabelecidos entre o Poder Judiciário e a Raps, com o auxílio da equipe multidisciplinar do juízo” (art. 12). De forma similar ao que ocorria com a cessação de periculosidade, que deveria ser verificada conforme perícia médica anualmente ou a qualquer tempo por determinação do juízo (art. 97. § 2º, CP), a Resolução do CNJ estipula que “a autoridade judicial avaliará a possibilidade de extinção da medida de segurança, no mínimo, anualmente, ou a qualquer tempo, quando requerido pela defesa ou indicada pela equipe de saúde que acompanha o paciente, não estando condicionada ao término do tratamento em saúde mental” (§ 5º, art. 12).

A Resolução estipula que a medida de segurança de internação deverá ocorrer apenas em hipóteses excepcionais, devendo, por ser medida necessária ao

restabelecimento da saúde da pessoa, ser prescrita por equipe médica de saúde da Raps (art. 13).

Importante ressaltar que, segundo o art. 13, §1º, sendo estipulada a medida de segurança de internação, esta deve ocorrer

em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps, cabendo ao Poder Judiciário atuar para que nenhuma pessoa com transtorno mental seja colocada ou mantida em unidade prisional, ainda que em enfermaria, ou seja submetida à internação em instituições com características asilares, como os HCTPs ou equipamentos congêneres, assim entendidas aquelas sem condições de proporcionar assistência integral à saúde da pessoa ou de possibilitar o exercício dos direitos previstos no art. 2º da Lei n. 10.216/2001.

Percebe-se então que, quando a pessoa é inimputável e, por conseguinte, isenta de culpa sobre o fato ilícito cometido, a esta deve ser assegurado tratamento adequado em ambiente de saúde que não faça distinção entre pessoas inimputáveis ou imputáveis. A Resolução então veda, no que diz respeito ao cumprimento de medida de segurança, que pessoas com transtorno mental sejam colocadas ou mantidas em unidades prisionais ou submetidas à internação em instituições com características asilares.

Continuando-se, a Resolução prevê que deve-se cessar a internação quando demonstrada sua desnecessidade, que deve ser certificada pela equipe multidisciplinar, sendo que tal desinternação deve ser comunicada à autoridade judicial e o acompanhamento psicossocial poderá continuar nos demais dispositivos da Raps, em meio aberto (art. 13, § 2º). Já o § 3º do art. 13 prevê a recomendação de que verifique-se a possibilidade de reversão do tratamento para modalidades em liberdade ou mesmo sua extinção a cada trinta dias, através da interlocução entre a autoridade judicial e a equipe do acompanhamento de saúde que acompanha a pessoa.

Já o artigo 14 explana que deve ser proporcionado ao paciente internado “oportunidades de reencontro com sua comunidade, sua família e seu círculo social, com atividades em meio aberto, sempre que possível, evitando-se ainda sua exclusão do mundo do trabalho”. Vê-se então que a internação, quando realizada, deve ser feita de forma a sempre se fazer perdurar os laços sociais e a autonomia daquela pessoa, na maior medida possível.

O art. 15 trata da necessidade de tratamento em saúde mental no curso da execução da pena, de modo que

Art. 15. Nos casos em que a pessoa submetida ao cumprimento de pena necessitar de tratamento em saúde mental, a autoridade judicial avaliará a necessidade e adequação da prisão em vigor ante a demanda de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa.

Ou seja, caso sobrevenha a necessidade de tratamento daquela pessoa que já esteja cumprindo pena, cabe à autoridade judicial avaliar a possibilidade de adequação da prisão em vigor. Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que cabe aos estabelecimentos prisionais o apoio em relação ao encaminhamento a conjuntos articulados de atenção à saúde, como as Raps, no intuito de priorizar-se à saúde. Segue-o na íntegra:

O encaminhamento para os serviços da Raps e à rede de proteção social será apoiado pelas equipes de saúde das unidades prisionais, pela EAP e demais equipes conectoras, a partir de constante interlocução com os equipamentos da Raps responsáveis pelo tratamento, de modo que subsídios sobre a singularidade do acompanhamento da pessoa sejam aportados ao processo com a finalidade de priorização da saúde.

O art. 16 da Resolução abre a seção acerca da desinstitucionalização, de modo que cabe à autoridade judicial revisar os processos para avaliar a possibilidade de extinguir a medida em curso, progredir para o tratamento ambulatorial em meio aberto ou transferir para estabelecimento de saúde adequado, nos casos relativos:

- I – à execução de medida de segurança que estejam sendo cumpridas em HCTPs, em instituições congêneres ou unidades prisionais;
- II – a pessoas que permaneçam nesses estabelecimentos, apesar da extinção da medida ou da existência de ordem de desinternação condicional; e
- III – a pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial que estejam em prisão processual ou cumprimento de pena em unidades prisionais, delegacias de polícia ou estabelecimentos congêneres.

Vislumbra-se aí o apoio às ações de desinstitucionalização. Nesse sentido, explana o artigo 17:

Art. 17. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a autoridade judicial competente para a execução penal determinará a elaboração, no prazo de

12 (doze) meses contados da entrada em vigor desta Resolução, de PTS⁹⁰ para todos os pacientes em medida de segurança que ainda estiverem internados em HCTP, em instituições congêneres ou unidades prisionais, com vistas à alta planejada e à reabilitação psicossocial assistida em meio aberto, a serem apresentadas no processo ou em audiência judicial que conte com a participação de representantes das entidades envolvidas nos PTSs.

Dessa forma, intenciona-se aplicar condutas terapêuticas que levem em conta as particularidades dos indivíduos que estejam cumprindo medidas de segurança ainda internados em estabelecimentos de saúde com caráter asilar. Salienta-se ainda que o artigo supracitado traz à luz a ideia da reabilitação psicossocial assistida em meio aberto.

O artigo 18 da Resolução finda a seção que trata sobre a desinstitucionalização, aclarando que:

Art. 18. No prazo de 6 (seis) meses contados da publicação desta Resolução, a autoridade judicial competente determinará a interdição parcial de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, com proibição de novas internações em suas dependências e, em até 12 (doze) meses a partir da entrada em vigor desta Resolução, a interdição total e o fechamento dessas instituições.

Observa-se aí que a Resolução objetiva que se finde os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e estabelecimentos congêneres no prazo de doze meses da entrada em vigor da Resolução, que se deu em maio de 2023, ou seja, estabelece-se a interrupção de funcionamento de forma definitiva de todas estas instituições até abril de 2024.

O art. 19 da Resolução recomenda que, quando viável for, a derivação “de processos criminais que envolvem pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial para programas comunitários ou judiciários de justiça restaurativa, a partir da utilização de vias consensuais alternativas, visando à desinstitucionalização”.

O art. 21 apresenta que “os tribunais poderão promover, em colaboração com as Escolas de Magistratura, cursos destinados à permanente qualificação e atualização funcional de magistrados e servidores no tema da saúde mental em

⁹⁰ Segundo o art. 2º, VI, da Resolução 487/2023 do CNJ: “Projetos Terapêuticos Singulares (PTS): conjunto de propostas de condutas terapêuticas articuladas para um indivíduo, uma família ou comunidade, resultado da discussão coletiva de uma equipe interdisciplinar e centrado na singularidade da pessoa em tratamento, de modo a contribuir para a estratégia compartilhada de gestão e de cuidado, possibilitando a definição de objetivos comuns entre equipe e sujeito em acompanhamento em saúde”.

consonância com os parâmetros nacionais e internacionais dos Direitos Humanos”. Necessário se faz tal artigo, vez que se faz necessária a atualização constante dos magistrados e servidores no tema da saúde mental para a promoção e efetivação dos Direitos Humanos.

Por fim, o art. 24 expõe que a Resolução entra em vigor em noventa dias após sua publicação.

Segundo o jornal O Globo, em maio de 2023 haviam 32 HCTPs no Brasil, estando internadas 4.680 pessoas, sendo que 39% delas estão presas em caráter provisório, 17% foram sentenciados (regime fechado, semiaberto ou aberto), 33% em medida de segurança de modalidade internação e 10% em medida de segurança de modalidade de tratamento ambulatorial. Além disso, ainda segundo de O Globo, “de acordo com dados da Secretaria nacional de Políticas Penais (Senappen) (...), existem 803 (17%) pessoas nos HTCP que foram sentenciadas à prisão comum. Ou seja, é possível que tenham apresentado algum quadro psiquiátrico na prisão”.

Percebe-se então, que na referida data, menos da metade (2.050 pessoas) que estavam em HCTPs estavam por conta de cumprimento de medida de segurança.

Ana Paula Guljor, psiquiatra e presidente da Associação Brasileira Saúde Mental (Abrasme), além de ex-diretora do Caps no Rio e do hospital psiquiátrico de Jurujuba, em Niterói, diz, ainda segundo O Globo: “a Resolução é importante para botar em prática o planejamento, e impedir novos presos dentro dos HCTPs. Mas não necessariamente vai acabar em um ano, o processo de ressocialização é longo, de diálogo com as famílias, comunidades e serviços”. E continua: “claro que há casos complexos, e gente agressiva. O delírio não tem lógica. Mas isso não impede que a grande maioria seja ressocializada. Se diz que a pessoa é inimputável por um quadro de doença, ela precisa ser tratada, e não depositada numa prisão adaptada”.

Ainda segundo O Globo, entidades médicas lançaram nota contra a Resolução. Segue-se que:

Um texto assinado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), a Associação Brasileira de Psiquiatra (ABP), a Associação Médica Brasileira (AMB), a Federação Nacional dos Médicos (Fenam), e a Federação Médica Brasileira (FMB) diz que a medida não foi debatida com médicos e que haveria risco para a segurança pública. "O sistema público de saúde e o sistema prisional comum não estão preparados para receber todas essas pessoas, por isso haverá abandono do tratamento médico, aumento da violência, aumento de criminosos com doenças mentais em prisões comuns, recidiva criminal, dentre outros prejuízos sociais", diz a nota.

8 CRÍTICAS

Os institutos jurídicos não estão isolados no tempo e no espaço. São parte de um sistema. Sistema esse incoerente não só quando vislumbra-se a tratativa dada à mesma pessoa (no caso aqui: pessoas com transtornos mentais) em relação à perspectiva civilista e penalista; mas essa incoerência ainda é vista quando analisa-se a sistemática penalista isoladamente (v. Capítulo 5).

Dessa forma, a hipótese que aqui motivou o presente trabalho orbita a expectativa de que a Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos pudesse abarcar essas incongruências, buscando realizar um ajuste no sistema jurídico para que regras mais modernas do Direitos Humanos/Direito Civil, possam influenciar a tratativa que o Direito Penal impõe em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, tinha-se também como hipótese que a Resolução nº 487 do CNJ pretendia implementar a Decisão da Corte Interamericana.

Dessa forma, os dois prévios capítulos - 6º e 7º - têm como intuito dar suporte teórico, explanando de modo acrítico, servindo de base para o desenvolvimento argumentativo do aqui presente Capítulo. Desta feita, considerando-se o que foi abordado acerca da sentença do caso Ximenes Lopes e a Resolução 487 do CNJ, pretende-se aqui tecer ponderações acerca dos temas.

O Tribunal recomenda que o Estado continue a desenvolver programas de formação e capacitação visando os princípios que regem o trato em relação a pessoas com deficiência mental, voltado para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental.

É primordial que as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental sejam capacitadas para exercer a função, conscientes das suas obrigações e de que estão lidando com um grupo de pessoas vulnerável, vulnerabilidade esta que muitas vezes se intensifica dada a própria natureza do atendimento biopsicossocial.

Vê-se como acertada a decisão da Corte, vez que é a capacitação dos profissionais vinculados ao atendimento de saúde mental que irá moldar o próprio atendimento, influenciando diretamente na vida daquela pessoa com transtorno mental.

Faz-se relevante aqui fazer menção a Geraldo Fialho, que trabalhou nas décadas de 60 e 70 no Hospital Colônia de Barbacena como relações públicas. No documentário “Holocausto Brasileiro”, assim expôs: “Nasci, criei, comandi tudo em

hospital, que eu entendo de hospício”. Quando perguntado sobre sua função, ele diz: “relações públicas era o atendimento às famílias que iam lá visitar os detentos”. Curiosa se mostra a escolha de palavras, ao chamar os pacientes de detentos, que mostra em verdade como o funcionário do Hospital os via. Desta forma, necessária se faz uma adequada capacitação das pessoas que trabalham em ambiente em que pessoas estão internadas, pois, acredita-se, o próprio olhar para com essas pessoas, de as ver como “detentos” enquanto na verdade são “pacientes” já influi de forma negativa.

Continuando, segue-se agora para análises pontuais acerca da Resolução do CNJ.

A Resolução busca retirar da pessoa com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial o ônus da comprovação de seu tratamento, transferindo-o para um acompanhamento conjunto entre o Poder Judiciário e a Raps. Entende-se a lógica protetiva aqui que o CNJ atribui às PcD.

Diz-se aqui ainda sobre a possibilidade do acompanhamento psicossocial continuar ou não nos demais dispositivos da Raps, em meio aberto (art. 13, § 2º). Ora, vê-se aqui a falta de obrigatoriedade em dar-se continuidade ou não ao tratamento em meio aberto. Todavia não seria melhor para essa pessoa que estava internada lidar também com o acompanhamento em meio aberto? Considerando a internação como medida excepcional e, por sua natureza, que acaba por limitar parte da autonomia do indivíduo, não melhor seria estar previsto pelo CNJ a obrigatoriedade da continuação do acompanhamento dessa pessoa em meio aberto? Relembrando-se que a equipe é multiprofissional e interdisciplinar, à esta pessoa estaria a condição de se estar, ainda que temporariamente, acompanhada por equipe que conta com psicólogos e terapeutas ocupacionais, por exemplo. Vê-se como mais vantajosa a mudança progressiva, por etapas, como alternativa à total desassistência da pessoa com transtorno mental uma vez cessada sua internação.

Já o parágrafo terceiro do artigo 13 da Resolução apresenta a ideia de que realizem-se avaliações biopsicossociais a cada trinta dias para verificação da possibilidade de alteração do tratamento, para a modalidade em liberdade ou mesmo para a extinção. Parabeniza-se aqui parte de tal assertiva, vez que, sendo a internação o regime de tratamento mais drástico, deve-se trabalhar no intuito de constatar o quanto antes a possibilidade de sua interrupção. Porém, não deve ser feita a interrupção do tratamento de forma abrupta. Acredita-se que ante alteração

brusca do regime (a própria extinção do tratamento), melhor seria um caminho para a modalidade em liberdade, podendo a pessoa ainda ser assistida pela equipe multiprofissional, vislumbrando-se sempre a mais efetiva integração social do indivíduo.

Vê-se o acompanhamento multiprofissional e interdisciplinar como forma de proporcionar qualidade de vida para as pessoas, principalmente quando realizado de forma individualizada e contínua.

Diz-se ainda acerca do caput do art. 16 da Resolução, que imputa à autoridade judicial a avaliação acerca dos processos com o intuito de analisar-se possível desinstitucionalização. Ora, apesar de caber ao juízo a decisão de em que modalidade ocorre o cumprimento da medida de segurança, considera-se que o CNJ poderia ter atrelado à tal análise a consideração de avaliação feita por equipe multiprofissional, visando sempre a proteção à saúde daquele indivíduo com transtorno mental.

Faz aqui ainda menção ao artigo 17 da Resolução, que trata da reabilitação psicossocial assistida em meio aberto. Acredita-se que o melhor caminho após a internação seria reabilitar o sujeito ainda proporcionando/disponibilizando à ele acompanhamento através da Rede de Acompanhamento Psicossocial, que conta com estratégias de reabilitação psicossocial. Como por exemplo grupos de apoio, palestras para conscientizar que a pessoa não é sua deficiência ou transtorno, já que quanto mais esclarecida e ciente a pessoa está, mais ferramentas ela terá para viver no máximo de suas potencialidades.

O art. 18 da Resolução trata do fechamento das instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil. Apesar de aqui ser favorável à desinstitucionalização, questiona-se se a simples determinação de previsão de fechamento total dessas instituições é realmente factível. O CNJ cuidou do preparo e gestão para que isso de fato ocorra? Para onde serão destinados os pacientes? O que farão com esses espaços que antes eram os estabelecimentos? São questionamentos aqui feitos.

Necessário se faz o artigo 21 da Resolução, vez que se faz imprescindível a atualização constante dos magistrados e servidores quanto à temática da saúde mental para a promoção e efetivação dos Direitos Humanos. É necessário o amplo entendimento de que pessoas com deficiências mentais são um grupo socialmente

vulnerável, fazendo-se ter ciência de quais são as barreiras por elas enfrentadas e como solucioná-las.

Trabalhando-se aqui com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que exige que todos recebam tratamento digno e a questão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que, uma vez aplicada pela própria Corte, vem explanando que o Estado brasileiro deve alterar a forma de tratamento que emprega às pessoas que lidam com sofrimento mental.

Então, percebe-se que a decisão da Corte leva o país a tomar determinadas providências em relação à questão da internação de pessoas com sofrimento mental e o CNJ está aplicando essa decisão dentro do microsistema jurídico da imposição de medidas de segurança ao inimputável no processo penal.

Dessa forma, acredita-se aqui que o CNJ está querendo resolver um problema, em princípio legislativo. Porém, questiona-se: tem o Conselho Nacional de Justiça competência para legislar sobre isso? A competência não seria da União Federal? O CNJ não estaria transpondo esse limiar?

Além disso, vê-se como imperioso/vital questionar o fato de o CNJ estar editando uma resolução enquanto a legislação penalista permanece a mesma. Em que medida o CNJ tem realmente competência para regular tal matéria? Considerando que a competência para legislar em matéria penal e processual penal é da União Federal, então é lei no sentido estrito material (lei que passou pelo processo legislativo). Dessa forma, afirma-se que o CNJ se adiantou, pois não se cuida de ser um projeto de lei/implementação da decisão da Corte.

Levanta-se a questão: tem o CNJ competência para legislar sobre a matéria? Como anteriormente demonstrado, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adquire status constitucional, justamente pelo próprio regramento constitucional estipular que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5, § 3º).

Faz-se imperativo que a legislação infraconstitucional seja elaborada de modo a espelhar os princípios constitucionais, o que implica, presume-se, em um trabalho detalhado. A título de exemplo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência para ser elaborado precisou de dez anos de tramitação do projeto no Congresso Nacional. E a lei antimanicomial ficou tramitando 12 anos antes de ser promulgada.

Além disso, há a questão de que o CNJ não edita Leis, mas sim Resoluções. Não parece estar na esfera de atribuições do Conselho alterar a legislação penal ou processual penal. Há um esforço para além do atribuído ao CNJ quando este, na tentativa de operacionalizar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disciplinar de maneiras que divergem do que preceitua a sistemática penalista, sem se preocupar em determinar como resolver quanto a essas novas divergências.

A Resolução - apesar de dispor de forma controversa ao sistema penalista - não diz de forma expressa quais são seus efeitos em relação à lei penal, processual penal e de execuções penais. Estariam derogadas? No prazo estipulado pela própria Resolução? Como funcionaria? Ou, em verdade, como deveria funcionar? Por um dever de coerência sistêmica, a matéria da Resolução não precisaria de lei federal para ser disciplinada?

A opinião aqui é a de que o CNJ não resolve a questão. E mais do que isso, este dificulta ainda uma questão que por si só já é bastante complexa, no sentido de visualizar o sistema legal interno acerca do direito penal/direito processual penal, ainda como completamente anacrônico/atrasado diante do direito civil moderno/EPD, que busca efetivamente inserir a PcD dentro da sociedade como sujeito de direitos.

Observa-se então a crônica incapacidade do Estado de se fazer cumprir as determinações que ele propõe para si próprio. Tinha-se a perspectiva de que isso pudesse vir a ocorrer a partir da Resolução nº 487/2023 do CNJ, mas pela falta de preparo para que esta fosse de fato realizado a nível nacional, vislumbra-se como improvável de ocorrer, dada as notórias deficiências estruturais do sistema.

9 CONCLUSÃO

O objeto aqui estudado, em tempo, qual seja: a insanidade e suas implicações: deve ter tratamento harmônico dentro da abordagem do Código Civil, da Lei Antimanicomial, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal, da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes vs Brasil e da Resolução n° 487/2023 do Conselho Nacional de Justiça.

Percebe-se então a indispensável necessidade de que seja feita uma compatibilização entre ordens jurídicas que até então se mostram incompatíveis. Desta feita, a partir da já apresentada teoria das capacidades do Código Civil, do próprio tratamento na lei civil considerando a evolução normativa em relação às PcD, e, todavia, a falta da imediata articulação com a estrutura penalista; faz, à primeira vista, parecer que os ordenamentos sejam incompatíveis. Faz-se imperativo investigar como trazer para o direito penal o viés de humanização que o EPD levanta, de a priori vislumbrar as capacidades, levando em consideração o aqui já abordado marco teórico acerca da dignidade da pessoa humana.

Observa-se então aparente conflito de normas: a Lei que institui a política antimanicomial (de 2001) ao lado do CP (que dispõe sobre a imputabilidade e a inimputabilidade, que é de 1940 e a parte geral de 1984, ou seja, é anterior à lei antimanicomial) e o CPP (que disciplina o procedimento para apuração/verificação da insanidade mental, que é de 1940) e, portanto, desde logo tem um aparente conflito, no seguinte sentido: se a lei de 2001 diz que a política é a política da desinternação, que o Estado deverá prover para que as pessoas em sofrimento mental possam ser tratadas em meio aberto, fortalecendo seus vínculos afetivos/familiares e o aparato estatal deve abandonar o modelo médico de internação em hospital psiquiátrico e caminhar para o tratamento aberto, em que a pessoa com sofrimento tem atendimento, faz os acompanhamentos necessários, recebe medicamentos se for o caso e retorna à sua casa; questiona-se como compatibilizar isso com o sistema do CP que prevê internação em hospital psiquiátrico.

Argumentando-se que o sistema do CP seria para aquelas pessoas que cometem crimes e, por assim o ser, não incide completamente na política antimanicomial, por esse sistema dispor de um regramento próprio. Levanta-se a

questão se caberia aqui então a norma interpretativa clássica, de que a norma especial se aplica a casos especiais e a norma geral se aplica a casos gerais. Sendo assim, questiona-se se a lei antimanicomial aplica-se às pessoas com sofrimento mental em geral, enquanto a pessoa com sofrimento mental que comete ilícito penal, se aplicaria a sistemática penalista. Sobram-se duas alternativas: caso houvesse derogado, toda a sistemática penalista que trata sobre a matéria estaria equivocada ou, caso não derogou, entende-se que a sistemática inaugurado no direito interno pela lei 10.216/2001, se aplicaria como lei especial. A interpretação que aqui se tem é que a Lei Antimanicomial trata sobre todas as pessoas com transtorno mental, de modo a sempre objetivar promover que não ocorra a internação.

Como já visto, a Lei Antimanicomial institui a internação como última medida, embora tal Lei não esteja se referindo diretamente às pessoas com transtornos mentais que tenham cometido ilícitos, defende-se aqui o posicionamento de que a internação deve ser vista como última medida independente da pessoa ter cometido ilícito ou não, vez que a medida de segurança se impõe apenas quando o transtorno diretamente influi na realização do fato ou omissão que enseja o ilícito. Dessa forma, defende-se aqui que tais comandos penalistas precisam ser revistos para se fazerem compatíveis com o que preceitua, como por exemplo o caput do art. 97 do CP (que põe como discricionário ao juízo a aplicação de tratamento ambulatorial para crime punível com detenção) e o 182 do CPP (que estabelece que o juiz não ficará adstrito ao laudo).

Fato é que mostra-se evidente que as pessoas não podem mais permanecer nos HCTP, cumprindo medida de segurança, por a internação ir em caminho oposto à reintegração daquele indivíduo.

Dessa forma, trata-se aqui da evidente incompatibilidade entre o modelo penalista e civilista no que concerne a tratativa em relação às pessoas com transtornos mentais. Mas não só isso, as incongruências dentro do próprio sistema penalista em relação às medidas de segurança (vide a limitação de tratamento ambulatorial apenas para sujeitos que cometeram ilícitos que seriam passíveis de ser punidos com detenção, como também a tratativa em relação à superveniência de transtorno mental no curso do cumprimento da pena).

O sistema penalista é incoerente posto que ao mesmo tempo que diz ser o inimputável agente isento de culpa em relação ao ilícito cometido, faz com que a aplicação de medida de segurança esteja intrinsecamente atrelada à gravidade do

delito cometido. Para o sistema penalista tratar o agente isento de culpa verdadeiramente como agente isento de culpa, não haveria de ter de impor condição no que diz respeito à escolha do tratamento: internação ou tratamento ambulatorial; senão a pura e simples análise do que melhor seria para aquele sujeito em específico (a partir de análise multiprofissional e interdisciplinar). Mas o legislador penalista atrela o poder de escolha do judiciário à possível penalidade do delito (pena privativa de liberdade ou detenção). Qual o sentido para o sistema penalista atrelar gravidade delitiva na aplicação de medida de segurança, sendo que esta é (segundo o próprio legislador) aplicada para sujeito inteiramente incapaz de entender o caráter do ilícito que realizava ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? Esvazia-se aqui qualquer pretensão curativa que se possa atrelar à tal medida. O legislador ao tratar da matéria utiliza método simplista e incoerente.

Defende-se aqui que, sobre a aplicação das medidas de segurança que, como já demonstrado, apesar de não serem consideradas penas, ainda mantêm natureza sancionatória e também que havendo falta de estabelecimento esperado para cumprimento da sanção isso não autoriza manter a pessoa em um regime mais gravoso/rigoroso, porque violaria o art. 1º, III, da CR, o princípio da dignidade humana. Assim sendo, defende-se aqui que, tendo sido sancionada medida de segurança detentiva e não havendo vaga para internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, não pode-se considerar o sistema prisional estabelecimento adequado, vez que evidente que este ambiente é muito mais rigoroso e também por sua natureza própria faz com que não possa ser estabelecimento adequado, por ser incompatível com a natureza da medida de segurança. Assim sendo, defende-se na presente monografia que, não existindo vaga em ambiente que seja específico para tratamento, a única saída plausível seria então a aplicação de medida de segurança restritiva, sendo então imposta a submissão à tratamento ambulatorial. Em suma: o suposto tratamento de caráter curativo só se faz possível em um ambiente apropriado para tal.

Defende-se, então, que sendo constatada ausência de culpabilidade do agente, não há que se relacionar gravidade delitiva para decidir sobre o tipo de tratamento para o indivíduo, senão a pura análise sobre qual tratamento o melhor beneficiará. Fora que, decisão visando proporcionar melhoria na saúde deve ser biopsicossocial, visando que se mantenham as relações afetivas e familiares do sujeito, de modo que a internação deve ser para casos excepcionalíssimos.

Conclui-se aqui também, pelos argumentos apresentados no decorrer do trabalho, que a medida de segurança não pode ter prazo indeterminado, por considerá-la como uma espécie do gênero sanção penal e o art. 5º, XLVII, b, CR, expor que não haverá penas de caráter perpétuo. O STF considera aí também sanções penais, defendendo então que o tempo máximo da medida de segurança deve submeter-se ao limite máximo de pena.

Então, para o STF, a medida de segurança precisa seguir o limite máximo das penas previstas no artigo 75 do Código Penal. E que, hoje, com a alteração realizada pelo Pacote Anticrime, Lei 13.964 de 2019, passou a ser de 40 anos.

Argumenta-se que a medida de segurança não pode vir a ser cumprida por tempo indeterminado, aproveitando-se para ir além, por aqui vê-se como posicionamento mais adequado que o limite máximo de duração da medida de segurança deve-se pautar no limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito. Além disso, recomenda sejam os entendimentos, do STF e preferencialmente do STJ, replicados pelos demais juízos e tribunais.

Vê-se aqui como incoerente a determinação de que tão logo instaurado o incidente de insanidade mental deverá ocorrer a nomeação de curador. Não se vê necessidade de nomear curador tão logo seja determinada a instauração do incidente de insanidade, pois, a perícia ainda sequer foi realizada e já estaria-se submetendo a pessoa à curatela.

Alega-se, pelas razões já expostas, que vê-se aqui que o discurso que sustenta a periculosidade é inconstitucional. Vislumbra-se aqui a periculosidade como um instituto desarrazoado, que vai de confronto com a liberdade e a presunção de inocência. Sendo que o caput do art. 5º da CR consta ser inviolável o direito à liberdade, além do inciso LIV do mesmo artigo explicar que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal e o inciso LVII, também do mesmo artigo, apresenta a ideia de presunção de inocência, dizendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Preceitos constitucionais que a periculosidade parece ignorar. Fora que o termo periculosidade foi adotado em regimes totalitários, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Faz-se imperativo que ocorra a desinternação, encontrando alternativas para que as pessoas às quais antes eram destinada à tal tratamento, possam retornar às suas famílias ou se estabelecerem em lares substitutos para viverem dignamente.

Dessa forma, defende-se aqui que é necessário também no sistema penalista que haja a feitura de uma avaliação ampla. Em tempo: o exame médico pericial que é feito na justiça penal é insatisfatório para apurar a presença ou não da insanidade (termo aqui do CPP) no que concerne à análise da capacidade do agente de entendimento acerca do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ao tempo da ação ou da omissão configurada ilícita.

É preciso então trazer essa avaliação biopsicossocial para o direito penal, impondo a presença da equipe multiprofissional para se poder ter a conclusão de quando a pessoa realmente não for capaz de compreender/se auto determinar.

Vislumbra-se que a avaliação biopsicossocial no EPD busca ampliar a fruição de seus direitos civis. Por exemplo, pode ser que seja constatado um rebaixamento mental, mas ao mesmo tempo também comprovando que isso em nada afeta o gozo de outras capacidades, como por exemplo o pleno entendimento do matrimônio, do voto, entre outros.

Em contrapartida, vê-se aqui que a avaliação médico-legal do direito penal é uma avaliação que busca ser mais objetiva, de modo a atestar a imputabilidade ou não do agente, que, em razão da inimputabilidade, não pode sofrer uma sanção penal *strictu sensu*, impondo, como já visto, a medida de segurança.

Vê-se então que cada instituto tem uma finalidade específica, de maneira que a estrutura dessas normativas estão sempre direcionadas para um determinado campo. Sendo o direito civil voltado para a garantia de direitos, enquanto o direito penal lida com o mito da proteção dos direitos, no pressuposto de que aplicando-se o direito penal estaria protegendo bens jurídicos - o que na realidade não protege de fato, mas é a justificativa técnico-dogmática para a aplicação da pena e que sustenta o caráter retributivo da pena (a retribuição do mal acometido pela sanção penal). Visando que dentro do direito penal há o reconhecimento de que determinadas pessoas não podem ser submetidas à essa sanção porque não detém a capacidade de entender e nem de se determinar, sendo inimputáveis. Em relação a essas pessoas, não há porquê exercer a “força” do direito penal, na justificativa de que elas não entendem ou não tem a capacidade de se determinar de acordo com o entendimento necessário para considerá-las responsáveis do ponto de vista penal.

Defende-se aqui, então, que a medida de segurança é sanção penal, desvinculada de natureza curativa, justamente por só ser imposta a partir de ação ou omissão ilícita, estando ainda atrelada à suposta periculosidade do agente. Nítida

então considera-se aqui a nota sancionadora da medida de segurança que atrela a gravidade do ilícito à sua aplicação.

Além disso, vislumbra-se que a diferença que pode existir entre aquela pessoa doente mental que nunca entrou em conflito com a lei penal e com aquela que entrou, é a compulsoriedade do tratamento, mas não do tratamento em si.

Resguarda-se a atualização do sistema penalista com vistas à adequação do que hoje o Estado diz entender sobre a tratativa que deve ser auferida às pessoas com deficiência.

Parece que a Resolução do CNJ faz investida no sentido de procurar solucionar o aparente conflito legislativo. Procura fazer com que a lei penalista compatibilize-se com a lei antimanicomial e as definições e tratativas do EPD em relação às pessoas com deficiências. De qualquer jeito, vê-se aqui como questionável o CNJ tratar de matéria que, a rigor, deveria ser objeto de Lei. Além disso, o Conselho resolve assuntos de modo antagônico com o expresso no sistema penalista, numa tentativa apressada em fechar estabelecimentos de caráter asilar, sem se preocupar em dizer acerca de possíveis problemas operacionais, como o que fazer com esses estabelecimentos ou a destinação das pessoas que ali estavam internadas.

Observa-se pelo demonstrado que o sistema atualmente é passível de críticas e se vê como necessário mudanças. Estas mudanças têm sido feitas pela jurisprudência, de modo que nota-se que o legislador não avançou no aspecto penalista, mas sim nos aspectos civis, mas, ao avançar nos aspectos civis não tocou no aspecto penal. Tanto é que traz-se a Lei Antimanicomial sem qualquer menção às pessoas que venham a ser condenadas/dos inimputáveis condenados.

Inclusive, essas dificuldades e suas resultantes adaptações e decisões jurisprudenciais/Súmulas são demonstrativo que há de fato uma incompatibilidade/inadequação da lei penal e processual penal com os avanços conjuntos da própria ciência e do Direito, que incorpora a conclusão de que a pessoa com transtorno mental tem que estar inserida no meio social em que vive, seja do ponto de vista médico, seja do ponto de vista do Direito. A dignidade da pessoa humana não faz diferenciação entre pessoas.

Para que se propicie a plena inclusão das pessoas com deficiência/sofrimentos mentais é preciso que os Estados adotem “medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza”⁹¹.

Há então que se fazer uma transição do modelo médico-hospitalar/manicomial para uma abordagem descentralizada com o intuito de promover a reabilitação/reintegração social das pessoas com sofrimento mental. Percebe-se que isso tem ocorrido (ao menos é o que a Resolução n° 487 do CNJ parece intentar). Mas defende-se aqui que tal transição deve ocorrer sanando incompatibilidades sistêmicas que o legislador acaba por fazer. Fato é que a lei penalista, como ainda se encontra positivada, é um desincentivo para esse avanço social, e mais: é a manifesta prova da falta de mobilização por parte do legislador que não se prontifica em atualizar uma lei não só defasada que gera grande dificuldade interpretativa, mas que também vai na contra-mão de fundamentos constitucionalmente expressos.

⁹¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs Brasil, 2006.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: como o Estado brasileiro exterminou seus próprios cidadãos. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. 255 p.

ALTINO, Lucas. Com prazo para fechar hospitais de custódia, ainda tem 46 mil internos; 40% são presos provisórios. O Globo, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/05/com-prazo-para-fechar-hospitais-de-custodia-ainda-tem-46-mil-internos-40percent-sao-presos-provisorios.ghtml>. Acesso em: 15 oct. 2023.

ANTES & Depois da Lei #50 - Lei Antimanicomial. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Youtube. 22 fev. 2016. 34min41s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ojr4xc3HYXA>. Acesso em: 09 de out. 2023

AUBERT, Eduardo Henrik. Ensaio sobre a Dogmática Jurídica. Portugal. Grupo Almedina, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 50, p. 95-147, out./dez. 2013.

BRASIL. Código Penal. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 21 de nov. 2023.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 15 de jun. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, defesa de seus direitos, criação de órgãos públicos e incentivos à pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico. Disponível em: [BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%ABlico%2C%20define%20crimes%2C%20e%20d%C3%A1. Acesso em: 28 de fev. 2023.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL, Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

BRASIL. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 23 de ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Habeas Corpus. Nº 97621. VOL-02366-03. PP-00592. Rio Grande do Sul. RS. Relator: Min. Cezar Peluso. 02 de junho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96/false>. Acesso em: 03 de dez. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de Gestão:** Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas - DMF. 2017. 260 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 03 de oct. 2023.

CANDIDO, Antonio. Literatura e Sociedade. 9ª. Rio de Janeiro. Ouro Sobre Azul. 2006. 199 p. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6559624/mod_resource/content/1/Aula_2_Candido_Literatura%20e%20Sociedade.pdf. Acesso em: 24 de jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_113_20042010_25032019153433.pdf. Acesso em: 26 de mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução N. 487, de 15 de fevereiro de 2023**. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>. Acesso em: 30 de out. 2023.

Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em 16 de mai. 2023

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 20 de mai. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 12ª. Salvador, BA Juspodivm. 2020. 2192 p.

GUATEMALA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Relatório nº 74/02. Fermín Ramírez vs Guatemala. Petição 320/2000. 2002. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/Guatemala.320.02.htm>. Acesso em: 15 jun. 2023.

HOLOCAUSTO brasileiro. Direção de Daniela Arbex e Armando Mendz. São Paulo, SP: HBO Brasil, 2016. Canal Max (90 min).

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral (Volume 1). Niteroi, RJ. Impetus. 2020. 1028 p.

LÔBO, Paulo. Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 13 fev. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. METODOLOGIA CIENTÍFICA. 8 ed. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2022.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3º. Salvador, BA. Juspodivm. 2021. 48 p.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O RISCO DO RETROCESSO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL, DO CPC, DO EPD E DA CDPD A PARTIR DA ALTERAÇÃO DA LEI Nº 13.146, DE 06 DE JULHO DE 20151.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./jun. 2017.

MINISTÉRIO da Saúde. **A reforma psiquiátrica brasileira e a política de saúde mental.** Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Centro de Referência em Saúde Mental. Memória da Loucura: reforma psiquiátrica no Brasil. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/vpc/reforma.html> . Acesso em: 14 de fev. 2023

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 39. São Paulo. SP. Atlas, 2023. 2160 p.

NOTÍCIAS GERAIS. **Trem de Minas:** Guimarães Rosa e o conto que imortalizou a dor e a solidão do trem de doido de Barbacena. 15 de ago. 2020. Disponível em: <https://noticiasgerais.net/trem-de-minas-quimaraes-rosa-e-o-conto-que-imortalizou-o-trem-de-doido-de-barbacena/>. Acesso em: 20 de jun. 2023.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 20 de oct. 2023.

PILATTO, Antonio Edemir; SCHUMACK, Fernando Melo. Revista Direito FAE. Contra dados não há argumentos: teoria pura do Direito e jurimetria. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário do Congresso Nacional**. Ano XLIV - N° 127. Capital Federal: 1989. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30>. Acesso em: 16 de ago. 2023.

ROSA, Guimarães. Sorôco, Sua Mãe, Sua Filha. *In*: ROSA, Guimarães. **Primeiras Estórias**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1962. Disponível em: https://wisley.net/images/pdf_files/Soroco_GRosa.pdf. Acesso em: 27 de out. 2023.

ROSEVALD, Nenson: “Curatela”, in Tratado de Direito das Famílias, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3633>. Acesso em: 15 de jul. 2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 25 de mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Os Direitos Cíveis da Pessoa com Deficiência. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Sistema de Bibliotecas e Informação. Guia para normalização de trabalhos acadêmicos. Ouro Preto, 2019. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/>. Acesso em: 12 de out.2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Sistema de Bibliotecas e Informação. Guia para normalização de trabalhos acadêmicos. 3. ed. Ouro Preto, 2023. Disponível em: <http://www.sisbin.ufop.br/servicos/normalizacao>. Acesso em: 8 de jan. 2024.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Sistema de Bibliotecas e Informação. Guia para normalização de trabalhos acadêmicos. 3. ed. Ouro Preto, 2023. Disponível em: <http://www.sisbin.ufop.br/servicos/normalizacao>. Acesso em: 08 de jan. 2024.

VALENTE, Pablo. **Franco Basaglia, a figura-simbolo da Reforma Psiquiatrica no Brasil.** In: VALENTE, Pablo. Blog Cenat - Saude mental é o que move a gente! Disponível em: <https://blog.cenatcursos.com.br/franco-basaglia/>. Acesso em: 13 de ago. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Sistema de Bibliotecas e Informação. Guia para normalização de trabalhos acadêmicos. 3. ed. Ouro Preto, 2023. Disponível em: <http://www.sisbin.ufop.br/servicos/normalizacao>. Acesso em: 8 de jan. 2024.