

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA
DE JUSTIÇA

PROJETO DE DISSERTAÇÃO

MEDIDA DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE: contradições entre o paradigma etiológico e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Mestrando: Gabriel Silva de Abreu

Orientador: Professor Doutor Roberto Carvalho Veloso

São Luís – MA
2020

GABRIEL SILVA DE ABREU

MEDIDA DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE: contradições entre o paradigma etiológico e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Projeto de dissertação apresentado como forma de avaliação da disciplina Metodologia da Pesquisa no Direito, ministrada pelo Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, no Mestrado Acadêmico em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

**São Luís – MA
2020**

SUMÁRIO

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO.....	3
2. OBJETO.....	3
2.1. Tema.....	3
2.2. Delimitação do tema.....	3
2.3. Formulação do Problema.....	4
2.4. Hipótese.....	4
2.5. Pressupostos conceituais.....	5
3. JUSTIFICATIVA.....	5
4. OBJETIVOS.....	7
4.1. Objetivo geral.....	7
4.2. Objetivos específicos.....	7
5. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	8
6. METODOLOGIA.....	36
6.1. Método de abordagem.....	37
6.2. Métodos de procedimento.....	40
6.3. Técnicas de pesquisa.....	42
7. ESTRUTURA BÁSICA DA DISSERTAÇÃO.....	44
8. CRONOGRAMA	45
REFERÊNCIAS.....	46

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO

Título: MEDIDA DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE: contradições entre o paradigma etiológico e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Autor: Gabriel Silva de Abreu.

Professor Orientador: Professor Doutor Roberto Carvalho Veloso.

Curso: Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Área de concentração: Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Linha de pesquisa: Dinâmica e efetividade das instituições do sistema de justiça

Temática: Dogmática penal constitucional e sua aplicação pelas instituições do sistema de justiça criminal

Duração: 02 (dois) anos; 20 (vinte) a 24 (vinte e quatro) meses.

Início: março de 2020.

Universidade: Universidade Federal do Maranhão.

Fonte financiadora: particular.

2. OBJETO

2.1. Tema

Medidas de segurança.

2.2. Delimitação do tema

Análise da contradição entre as bases teóricas de caráter constitucional que informam o Direito Penal brasileiro e a fundamentação teórica do instituto da medida de segurança, em referência à crítica desse instituto e da noção de periculosidade, nos contextos da histórica relação entre Direito e Psiquiatria, e da sistemática violação de direitos da população de pessoas portadoras de transtornos mentais em conflito com a lei.

2.3. Formulação do Problema

A fundamentação teórica historicamente construída para o instituto jurídico da medida de segurança está em concordância com as bases teóricas de caráter constitucional do Direito Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro?

2.4. Hipótese

A hipótese é desenvolvida a partir da pesquisa preliminar acerca da problemática que circunda o objeto de pesquisa. A bibliografia que aborda o tema ressalta que a medida de segurança, no ordenamento jurídico pátrio, tem suas raízes em um paradigma racista-higiênico-disciplinar que, no século XIX, inaugurou um modelo da administração pública e controle social pautados na ciência médica, voltados à prevenção da sociedade contra indivíduos perigosos, degenerados, indesejáveis, de modo a fundamentar práticas materiais de eliminação desse determinado setor da população, por um aparato estatal policialesco e um controle social de características terapêuticas, hospitalares (BRANCO, 2018, p. 225-226).

Do conjunto das críticas ao instituto da medida de segurança se extrai a problematização que deve ser enfrentada na pesquisa que se propõe realizar. O marco teórico adotado, que será desenvolvido adiante, se volta ao reconhecimento do Estado Democrático de Direito como meio de controle da desigualdade na distribuição do poder político na sociedade e, nesse contexto, à concepção do Direito Penal como instrumento de limitação da seletividade do poder punitivo, de modo que se tem, no âmbito de sua base teórica, a possibilidade de confronto entre as inconsistências daquele paradigma – de cunho etiológico, correspondente à criticada Criminologia Positivista – com a construção teórica de teor constitucional e normativo observada nas teorias do delito e da culpabilidade.

Constitui-se, portanto, a hipótese de que o instituto jurídico da Medida de Segurança não apresenta uma fundamentação que se encontre em concordância com as bases teóricas do Direito Penal brasileiro no âmbito do Estado Democrático de Direito.

2.5. Pressupostos conceituais

Constituem pressupostos da hipótese as noções de *Estado Democrático de Direito* e as *bases teóricas do Direito Penal*, estando inserida, nesta, o instituto da medida de segurança. Os conceitos em questão serão definidos na fundamentação teórica do projeto.

3. JUSTIFICATIVA

A pesquisa se justifica por oferecer uma resposta, no campo teórico do Direito Penal, aos problemas que são constatados a partir do conjunto das críticas direcionadas ao instituto jurídico da medida de segurança. A permanência desse instituto no ordenamento jurídico pátrio, apesar de décadas de crítica social acumulada, aliada à persistência da problemática das internações em hospitais de custódia, revela a atualidade do tema, que deve permanecer sendo objeto de investigações e pesquisas acadêmicas.

Conforme será possível observar na fundamentação teórica do presente projeto, diversas são as pesquisas que questionam a execução das medidas de segurança no Brasil, e muitas apontam ofensas a princípios constitucionais, e indicam uma possível incompatibilidade do instituto da medida de segurança com uma gama de direitos básicos que qualquer pessoa sob a custódia do Estado deveria usufruir, garantidos pelo Direito Penal.

Nesse âmbito, é notável que as críticas direcionadas ao instituto jurídico em questão dizem respeito, em larga escala, aos vícios constatáveis a partir da prática forense, e às impropriedades verificadas no contexto da aplicação da sanção penal consubstanciada na internação em hospital de custódia. No entanto, apesar da extrema pertinência do conjunto crítico, percebe-se que não houve grandes incursões no riquíssimo campo teórico do Direito Penal, que resta a ser explorado de forma mais aprofundada.

Assim, o exame das bases teóricas das fórmulas jurídicas em questão se apresenta como necessário e relevante, por possibilitar que seja oferecida uma resposta interna – ou seja, um posicionamento advindo da própria sistemática do ordenamento jurídico-penal, informado pelo contexto constitucional – aos graves problemas que são, geralmente, abordados no campo da análise sociológica e da crítica sociojurídica.

É essencial, diante desse expansivo cenário de problematização, a construção de uma resposta jurídico-científica, encontrada a partir da compreensão de que o Direito Penal atende aos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, e assim o faz através das teorias que o fundamentam. Importa, então, sistematizar uma resposta jurídico-institucional que vá além da constatação dos problemas observados na prática forense, e que se revele mais profunda do que a exigência de modificações legislativas em função de tais problemas.

A questão, aqui, não se resume em tratar da prática empírica da aplicação da medida de segurança, e não se restringe, ainda, à análise da historicidade teórica desse instituto; a questão principal é analisar os preceitos fundantes do ordenamento jurídico-penal em vigor no Brasil, e determinar, a partir dessa teorização, a inadequação do instituto jurídico da medida de segurança, no contexto de vinculação constitucional do Direito Penal.

Com efeito, a localização dos trabalhos a serem realizados aponta a pertinência que a pesquisa assumirá, direcionada ao estímulo para a reflexão por parte dos atores sociais das áreas relativas à temática proposta. Contribuirá, portanto, para a discussão de pontos-chave referentes ao modo pelo qual o Estado e, especificamente, as Instituições do Sistema de Justiça Penal, lidam com a questão das pessoas portadoras de doença mental em conflito com a lei.

Além da relevância da pesquisa para a compreensão teórica da medida de segurança e do Direito Penal de forma geral, a proposta se demonstra pertinente para o Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema Justiça, da Universidade Federal do Maranhão, eis que sua execução, aliada às publicações que deverão ser realizadas e à elaboração da dissertação, possibilitará uma troca enriquecedora de conhecimentos, no âmbito da comunidade jurídico-acadêmica maranhense.

A dissertação se demonstrará apta a fomentar debates sobre a temática, nas diferentes áreas de atuação institucional, fornecendo ferramentas para se pensar acerca dos problemas que circundam a medida de segurança no Brasil. A análise a ser realizada constituirá mais um passo na longa caminhada dos estudos sobre o instituto em questão, e será relevante ao acrescentar um posicionamento ao conjunto de produções científicas sobre o tema, para que se alcance a efetiva superação da problemática, enfrentada, neste presente momento, no campo teórico do ordenamento jurídico pátrio.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo geral

O objetivo geral consiste em demonstrar que o instituto jurídico da Medida de Segurança não está em concordância com as bases teóricas do Direito Penal, no contexto da ordem jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro.

4.2. Objetivos específicos

Discorrer, sob a perspectiva sociojurídica-crítica, acerca da construção histórica do instituto da medida de segurança, e sintetizar a problemática evidenciada pelas suas bases teóricas, referentes à noção de periculosidade, de modo a se destacar o problema da pesquisa.

Discorrer, em pesquisa jurídico-compreensiva, sobre a relação entre Direito Penal, Constituição e Democracia, pela qual o Direito Penal é compreendido como instrumento de controle social e de limitação do poder punitivo.

Discorrer, em pesquisa jurídico-descritiva e no campo da dogmática jurídica, sobre as bases teóricas, referentes à teoria do delito e da culpabilidade, bem como sobre a configuração das normas que tratam do tema, de modo a aprofundar o marco teórico e contextualizar a hipótese, que trata da resposta que a Ciência Jurídica pode oferecer aos problemas expostos.

Analisar as contradições presentes entre os fundamentos teóricos da medida de segurança e a sistemática do Direito Penal, aplicando a hipótese como resposta ao problema, com o exame do instituto jurídico, das incoerências normativas que o circundam, e da incompatibilidade da noção de periculosidade com os fundamentos teóricos do Direito Penal no contexto do Estado Democrático de Direito.

5. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A fundamentação teórica, no que se refere à adoção de um marco teórico¹, segue as diretrizes da obra de Bobbio, que trata não apenas da configuração interna do ordenamento jurídico, mas também, com muita precisão, aborda, de forma racional, a relação entre Estado, Direito e Sociedade.

Sobre a relação entre Estado e sociedade, Bobbio (2007, p. 33-37) trabalha com a categoria de sociedade civil, levando em consideração a grande dicotomia teórica presente na política entre as noções de sociedade civil e Estado. Sua análise se desenvolve a partir de ideias e concepções do jusnaturalismo, da filosofia hegeliana, e da teoria marxista. Se observa que a noção de sociedade civil advém, em seu sentido oitocentista e hodierno, de sua contraposição e integração com a esfera do Estado.

A sociedade civil, compreendida nessa dicotomia, pode ser vista como o âmbito no qual surgem e se desenvolvem os conflitos que as instituições estatais têm de resolver, e como a fonte tanto de deslegitimação, quanto de relegitimação do poder político². Assim, “sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna” (BOBBIO, 2007, p. 52).

A relação entre sociedade civil e Estado dá contexto à aproximação teórica entre poder político e Direito³, tendo em vista a experiência normativa que se dá no bojo dessa

1 “Marco teórico é uma afirmação específica de determinado teórico, não de sua obra. E ele é importante por quê? Porque essa teoria é que vai dirigir o olhar do pesquisador, ou seja, o objeto da pesquisa será analisado e interpretado segundo esse marco previamente definido. O projeto, todos os procedimentos, a metodologia, o problema são constituídos a partir dessa escolha. [...] Refere-se, assim, ao fundamento teórico de toda produção do autor ou de uma de suas obras. O marco teórico seria esse fundamento que respalda toda essa argumentação e lhe dá sentido ou, inclusive, uma de suas afirmações que seja incisiva e que reporte a algo que sustente uma idéia que tenha sido teórica ou empiricamente constatada” (GUSTIN e DIAS, 2010, p. 35).

2 É nessa perspectiva que Bobbio (2007, p. 51) observa tal dicotomia: “a contraposição entre sociedade civil e Estado continua a ser de uso corrente, sinal de que reflete uma situação real. Embora prescindindo da consideração de que os dois processos — do Estado que se faz sociedade e da sociedade que se faz Estado — são contraditórios, pois a conclusão do primeiro conduziria ao Estado sem sociedade, isto é, ao Estado totalitário, e a conclusão do segundo à sociedade sem Estado, isto é, à extinção do Estado, o fato é que eles estão longe de se concluir e, exatamente por conviverem não obstante a sua contraditoriedade, não são suscetíveis de conclusão”.

3 O poder intervém na criação e aplicação das normas, e na produção de efeitos jurídicos, e direitos fundamentais são responsáveis por limitar o poder, autorizando-o e regulando-o; o poder exige o direito para se tornar legítimo, e o direito exige o poder para ser efetivo; desse modo, afirma-se que norma jurídica e poder compõem duas faces da

confluência de categorias. Bobbio (1997, p. 13) afirma que “direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder”, de modo que se tem, na teoria de base, a importância do Estado de direito para o exercício do poder político na sociedade.

A concepção de poder, importa destacar, se refere à capacidade de um indivíduo determinar o comportamento de outrem; o poder político, então, se refere ao meio pelo qual se exerce o poder: pela exclusividade da possibilidade de uso da força. Com apoio nas visões weberiana e marxista, tem-se que a exclusividade é vinculada a um grupo em face da totalidade dos grupos do contexto social, por decorrência de um processo que se desenvolve em toda sociedade organizada: a monopolização da posse e do uso dos meios de exercício da força, da coação física, da guerra, alinhada à incriminação e punição dos atos de violência daqueles não incluídos no monopólio (BOBBIO et al, 1998, p. 955-957).

Além da exclusividade do poder político, este apresenta também as características da universalidade, podendo ser exercido em face de toda a coletividade, e da inclusividade, pela qual o poder político apresenta a possibilidade de intervir, de modo imperativo, em qualquer atividade dos grupos sociais, podendo submeter, inclusive as outras classes de poder, tanto no âmbito do poder econômico, controlando os meios de sobrevivência dos indivíduos, quanto no âmbito do poder ideológico, intervindo na produção intelectual de ideias (BOBBIO et al, 1998, p. 955-957).

A partir desses conceitos, se possibilita o desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito que opera como pressuposto da pesquisa. Sobre o tema, Bobbio (1997, p. 149) verifica que o Estado de direito e a democracia são categorias que, embora intimamente ligadas, não se pressupõem, sendo trabalhados de forma separada, para a delimitação de suas características essenciais. O Estado de direito diz respeito ao modo de governar, e a democracia, trata da melhor forma de governo, ou seja, de quais e quantos são os governantes.

O Estado de Direito é entendido como aquele em que os poderes públicos são regulamentados por normas gerais, e são limitados nos termos da lei, em conformidade com a

mesma moeda. A questão, abordada sob o ponto de vista do positivismo jurídico e da doutrina do Estado de direito, revela, em termos mais aprofundados, a razão existente entre essas duas categorias: o poder do qual depende o Direito se consubstancia na soberania, e o direito do qual depende o poder se consubstancia na norma fundamental (BOBBIO, 2000, p. 239 e 250).

doutrina da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens⁴, distinguindo-se o modo de governo das regras pré-constituídas daquele no qual impera a arbitrariedade das decisões tomadas pelo governante (BOBBIO, 1997, p. 18).

A preferência teórica pelo governo da lei trata do exercício do poder mediante normas gerais e abstratas, características estas que são intrínsecas à noção de lei, de modo a se garantir, efetivamente, valores fundamentais e ideais de igualdade, segurança, e liberdade. A função igualizadora da lei, referente à generalidade formal da norma, que tem por destinatário não apenas um indivíduo, mas uma classe de indivíduos, sem distinguir privilégio ou discriminação. A abstratividade formal da lei, de outro lado, aponta sua função de segurança, dada a previsibilidade e a calculabilidade das consequências das ações típicas.

Além disso, a complexa relação da lei com o ideal de liberdade diz respeito ao ponto de referência ideológico pelo qual se aborda o conteúdo do conceito de lei, para além das características externas que tratam da identificação da forma da lei – como norma geral e abstrata. Assim, para examinar essa relação, tem-se a possibilidade de referências às ideias contratualistas de submissão geral à vontade pública, que garante a liberdade positiva dos indivíduos em contraponto com a submissão a vontades particulares, e às ideias liberais, de proteção da liberdade negativa, decorrente da limitação do comportamento dos indivíduos no sentido de conferir proteção às suas condutas lícitas contra eventuais interferências de outros (BOBBIO, 1997, p. 155-158).

Pelo referencial teórico, a definição mínima de democracia tem um caráter formal, e aponta que “por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”, de modo que se tem “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas

4 Bobbio (1997, p. 153-154) nota que a noção de um governo das leis pode ser observada no pensamento Ocidental desde a Grécia Antiga, e no decorrer da Idade Média, com a visão da transcendentalidade de leis naturais e leis divinas que não podem ser desobedecidas pelo governante. A noção moderna de Estado de Direito pode ser remontada à doutrina do *rule of law*, que representa a concepção universalizada da subordinação de todo poder ao direito, através de um processo de legalização de toda ação de governo – processo este que pode ser identificado com o constitucionalismo, desde a primeira constituição escrita na Idade Moderna. Em sua análise filosófica, o autor faz referência aos clássicos da Antiguidade, e à linha de autores que perpassa por Hobbes, Rousseau, Hegel, Weber, e Hayek.

e com quais *procedimentos*”, sendo esse poder-direito de decisão atribuído a um número muito elevado de integrantes (BOBBIO, 1997, p. 12-18).

No mesmo sentido, em continuidade, faz-se referência a Bovero (2015, p. 19):

Usarei e recomendo o uso do termo “democracia” para indicar o tipo de regime definido por uma específica classe de regras concernentes à titularidade e ao exercício do poder político, com base nas quais cada indivíduo que esteja submetido à obrigação política de obedecer às leis (melhor: às normas vinculantes *erga omnes*, fruto das decisões coletivas), portanto, às autoridades públicas, tem o direito-poder, igual e equivalente àquele de qualquer outro, de participar direta ou indiretamente no processo de produção das leis (das normas) e de formação dos órgãos de decisão coletiva.

Desse modo, a participação ampla da população na tomada de decisões coletivas é uma das marcas da democracia, sendo outra a existência de uma experiência normativa que trate do procedimento dessa tomada de decisões. Por isso, é fundamental o respeito a direitos de liberdade e igualdade, cuja associação configura pressuposto da democracia⁵: se exigem critérios de igualdade para a participação dos indivíduos, e a garantia da liberdade para a participação, pelas liberdades, por exemplo, de voto, de expressão, de reunião e de associação (CADEMARTORI e CADEMARTORI, 2006).

A conexão entre democracia e Estado de direito pode ser apreendida também pelos *universais procedimentais* que Bobbio (2000, p. 426-427) identificou no conjunto teórico dessa forma de governo; são preceitos característicos inerentes ao regime democrático, que definem, formalmente, a competência e o procedimento decisórios em seu âmbito, não tratando do conteúdo das decisões coletivas, que depende da definição da maioria; são seis universais procedimentais, fazendo-se referência direta:

Esses universais processuais, que caracterizam a democracia, podem ser resumidos nos seguintes pontos essenciais: 1) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioridade etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e

⁵ “Existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode ser de modo algum confundida com um estado autocrático e menos ainda com um totalitário” (BOBBIO, 1997, p. 36-37).

alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições.

Bobbio (1997, p. 13-19) afirma que o correto funcionamento de um regime democrático apenas é possível no Estado de direito, que hodiernamente compreende a primazia das leis fundamentais, que limitam até mesmo a atividade legislativa, de modo que as normas constitucionais que atribuem os direitos de igualdade e liberdade são condições preliminares que permitem o “desenrolar do jogo” pelas regras de procedimento. Um Estado de direito como esse apenas é possível se os atos de poder forem controlados pelos pelos possuidores originários do poder fundamental, o que se dá pela democracia⁶.

É nessa perspectiva que se tem, no referencial teórico, a confluência das duas categorias para a formação do Estado Democrático de Direito – que, pela visão adotada, constitui uma necessária aproximação do governo da lei à participação da vontade geral na definição das normas. Partilha-se da concepção de que “o governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia”, entendida, em linhas gerais, como “um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue”, marcado, então, pelo rigoroso respeito a tais regras; a democracia representa, então, o governo das leis por excelência (BOBBIO, 1997, p. 169).

Com essas considerações teóricas, a pesquisa a ser realizada se embasa em pressupostos voltados ao respeito ao Estado Democrático de Direito, suas instituições, e às normas jurídicas de seu âmbito, tendo em vista constituir o modo e a forma de governo que garante a participação e controle populares na tomada de decisões e elaboração das leis, ao mesmo tempo em que o exercício desse poder político encontra limites no ordenamento jurídico, nos direitos fundamentais. É essa a noção teórica basilar pela qual se aborda a relação entre sociedade, Estado Democrático de Direito, e Direito Penal.

6 Relevante tema examinado pelo autor é a manifestação da democracia representativa nas sociedades complexas, onde o exercício direto do poder político não é factível; essa questão aponta a relevância da publicidade como regra da democracia, pela qual se possibilita o controle popular das decisões dos representantes que atuam na esfera do Estado; a publicidade, antes de ser fundamental para a democracia, representa um ponto-chave da passagem do estado absoluto para estado de direito (BOBBIO, 1997, p. 29 e 102). Em outro texto, afirma: “As definições da democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que representa a democracia como o ‘poder em público’” (BOBBIO, 2000, p. 386).

Assim, se preza pela razão democrática como limite em face das arbitrariedades do poder, de modo que a perspectiva adotada se encaminha pelo devido funcionamento das instituições em prol dos Direitos Fundamentais que norteiam as ações estatais. A Constituição assume papel central, e a Justiça, submetida à Carta Magna, apresenta-se como a instituição que aplica a lei e dá respostas aos conflitos submetidos à apreciação de seus órgãos.

Tendo esse ponto como base, tornam-se pressupostos dos trabalhos a manutenção das instituições do Sistema de Justiça e o respeito à dignidade humana, de modo que é por meio de tais concepções que deve se guiar qualquer proposta de solução de problemas relacionados a descompassos entre a teoria jurídica e a prática forense. Desse modo, entende-se que o aprofundamento nos fundamentos teóricos e ideológicos do ordenamento que vige é capaz de oferecer respostas às contradições que serão evidenciadas no instituto jurídico que figura como objeto de pesquisa.

Nessa linha, direcionando a teoria às especificidades do Direito Penal, no recorte do Estado Democrático de Direito constitucional brasileiro, a democracia é tomada como um imperativo, e o sistema jurídico, como meio de estabelecimento de uma normalidade. Segue-se “a hipótese segundo a qual é no âmbito do Estado Democrático de Direito que se dá a ambiência exclusiva para o exercício do controle social formal mais adequado às exigências imanentes à dignidade da pessoa humana” (GUIMARÃES, 2013).

Se o exercício do poder, em termos materiais, é desigualmente distribuído na sociedade, então tal exercício tende a beneficiar determinados interesses em detrimento de outros, servindo a determinados grupos sociais, em desfavor de vários outros – é assim que se apresenta o poder político e, igualmente, o poder de punir, que são inerentes à existência do ser humano em sociedade e se encontram, historicamente, centrados na figura do Estado.

Assim como a Democracia e o Direito em geral são os limites ao arbítrio da desigualdade de poder, o Direito Penal é, então, entendido como o limite ao arbítrio do poder punitivo estatal, e é visto como ferramenta capaz de garantir os direitos fundamentais em face dos arbítrios seletivos do exercício do *jus puniendi*.

Entende-se, portanto, que o Direito, expressão institucionalizada do exercício de um poder político democrático, sempre informado pelo respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais da matriz constitucional, configura-se como o instrumento capaz de oferecer ordem

aos desequilíbrios constatados a partir dos conflitos de interesses que se apresentam na vida coletiva, marcada pela desigualdade social.

Faz-se referência à observação de Ferrajoli (2002, p. 168) de que “o problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado”; evidente, então, a necessidade de analisar quais são os fundamentos teóricos do Direito Penal⁷, perspectiva que norteará tanto a análise da relação entre Direito e Psiquiatria, na qual se insere o conceito da periculosidade e medida de segurança, quanto a posterior análise dos fundamentos de viés constitucional desse ramo do direito, e da teoria do delito.

No que se refere à análise a ser feita, são aceitas as críticas oferecidas por teorias que tomaram o sistema penal como objeto de estudo⁸ e desvelaram uma grave problemática referente à reprodução das desigualdades sociais nas fórmulas jurídicas. As críticas ao funcionamento do sistema penal não podem ser ignoradas, e devem fazer parte do enfrentamento aos problemas de sua operação, sendo tomadas, neste trabalho, como ponto de partida – eis que a pesquisa científica parte de um problema. Considerando que o objeto de pesquisa é anterior à Constituição, entende-se propício que, antes de tratar do ordenamento jurídico em vigor, se trate acerca do histórico do objeto de pesquisa, e da problemática verificada a partir desse histórico.

Trata-se, aqui, do contributo da Criminologia Crítica⁹ à análise do Direito Penal e seu papel na sociedade. Entende-se que o poder punitivo é seletivo¹⁰ e que a criminalidade decorre de

7 Em relação ao direcionamento da análise interna do Direito Penal com o aporte de uma perspectiva crítica, faz-se referência a Guimarães (2007, p. 317), que afirma que “o método dogmático jurídico deve ser conservado, apenas orientando seu discurso para uma limitação do poder punitivo, pela via da constitucionalização da elaboração e aplicação do Direito Penal”, posicionamento este que se harmoniza com as bases teóricas adotadas, tendo em vista “a inegociável presença da dignidade da pessoa humana como fator preponderante em toda e qualquer criação ou mudança da legislação penal”.

8 “Anseia-se por uma Ciência do Direito Penal que reconheça todas as mazelas apresentadas pela Criminologia Crítica e que, a partir desse reconhecimento, pautada no respeito aos princípios e garantias a que faz jus a pessoa humana, se reconstrua dia após dia, sempre objetivando diminuir a injustiça social que teima em se eternizar como principal característica, se não razão de ser, de uma sociedade de classes” (GUIMARÃES, 2007, p. 317).

9 Santos (2014, p. 17) observa que a tese central da Criminologia Crítica, ramo das Ciências Criminais, consiste, em síntese, na concepção de que o Direito Penal garante a desigualdade social fundada na relação capital/trabalho assalariado das sociedades capitalistas contemporâneas, de modo que as funções declaradas do Direito Penal não são as reais justificativas do sistema penal.

10 “A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural” (ZAFFARONI, 2014, p. 81). O mesmo autor ainda afirma: “É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos — ou hegemônicos — e outros mais alijados — marginalizados — do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte

um processo de criminalização, que se desenvolve para além da atividade legislativa que traz a previsão em abstrato de condutas típicas; as Instituições de Sistema de Justiça penal trazem às disposições da lei à realidade, aplicando-a ao caso concreto, tendo-se, portanto, uma criminalização primária, e uma secundária.

Entende-se, então, que o poder punitivo é seletivo e que a criminalidade decorre de um processo de criminalização, perspectiva na qual Baratta (2002, p. 244) aponta que a criminalização é necessária em relação a comportamentos efetivamente lesivos, dotados de negatividade social, e explica o processo de criminalização – que perpassa pela definição do desvio, pela ação do legislador na criminalização primária, ao definir os ilícitos penais, e pela aplicação das definições legais de delito, pela ação do sistema penal, na criminalização secundária.

Estabelecido, de um lado, o papel do Direito Penal como expressão do Estado Democrático de Direito e limitador da seletividade estrutural e, de outro, o reconhecimento da seletividade estrutural do *jus puniendi*, para o trabalho proposto, o instituto jurídico da medida de segurança será abordado em seu desenvolvimento histórico, desvelado pela perspectiva crítica, e será, então, analisado nas contradições apresentadas em face da sistemática jurídica estudada.

Cumprido destacar que a temática das impropriedades históricas da medida de segurança já foram largamente pesquisadas na presente área, e dizem respeito à relação externa do Direito Penal com a sociedade. Parte da originalidade do trabalho reside, então, na análise das contradições internas do Direito Penal em relação ao objeto da pesquisa, o que se faz a partir de uma visão que tem como pressuposto a necessidade e a função do sistema penal como controle social formal.

A questão principal se refere a qual resposta juridicamente adequada deve ser dada à situação do inimputável; nessa perspectiva, deve-se examinar se é coerente com a dignidade humana que ele seja considerado perigoso, noção esta que advém, historicamente, da Criminologia Positivista, e de uma perspectiva etiológica que é anterior à matriz constitucional em vigor no Brasil.

punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquelas que participam nos seus segmentos estáveis” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 75-76).

Feitas essas considerações, a partir da fundamentação teórica adotada, e aproximando-se a teoria da execução por meio da metodologia, indica-se, desde logo, que o caminho a ser percorrido pela pesquisa será, primeiramente, histórico e crítico, e trará, após, uma análise teórica e, então, dogmática, com um aporte empírico a título ilustrativo, demonstrando-se, ao final, a inadequação do instituto jurídico pesquisado com a sistemática do ordenamento constitucional, de modo que se tem uma conformação entre a crítica social e a adequada resposta jurídica que deve ser oferecida ao problema.

Nesse contexto, para o *primeiro capítulo* da dissertação, levando em consideração que o objeto de investigação das ciências sociais é necessariamente histórico¹¹, tem-se que, historicamente, as figuras da internação, do manicômio, e da custódia foram ampliadas de modo a tomar conta do modo pelo qual o Estado, após a Idade Média, passa a lidar com o controle social, e a disciplinar a população.

O histórico do instituto da medida de segurança e a crítica teórica a seus fundamentos apresentam importante conexão com a própria trajetória teórica da Criminologia como ciência, de modo que as bases positivistas desta informaram a dogmática das normas jurídicas que disciplinaram aquele; assim, a análise do objeto de pesquisa se insere no estudo da relação histórica entre Direito, Criminologia, e Psiquiatria.

Em breves linhas, sabe-se que, do Iluminismo do século XVIII, partiram premissas de superação das práticas do Absolutismo, buscando-se a modernização das penas – conforme sintetizado na obra de Beccaria – que operavam, até então, como uma expressão do poder soberano do rei sobre os súditos. Sobre o tema, tem-se a referência de Foucault (2014, p. 107), que assevera que, no Absolutismo “o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Agora, ele será antes um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil”.

11 “O objeto das Ciências Sociais é histórico. Isto significa que as sociedades humanas existem num determinado espaço cuja formação social e configuração são específicas. [...] a provisoriedade, o dinamismo e a especificidade são características fundamentais de qualquer questão social. Por isso, também, as crises têm reflexo tanto no desenvolvimento como na decadência de teorias sociais. Como consequência da primeira característica, é necessário dizer que o objeto de estudo das ciências sociais possui consciência histórica. Noutras palavras, não é apenas o investigador que dá sentido a seu trabalho intelectual, mas os seres humanos, os grupos e as sociedades dão significado e intencionalidade a suas ações e a suas construções, na medida em que as estruturas sociais nada mais são que ações objetivadas. O nível de consciência histórica das Ciências Sociais está referenciado ao nível de consciência histórica social” (MINAYO, 2009, p. 12-13).

Então, a legalidade que delimita a atuação das instituições do controle social formal punitivo consistem em ferramentas teóricas historicamente desenvolvidas, especificamente no recorte temporal que inicia com o Iluminismo¹², em compasso com a implantação e evolução do Estado Moderno, conforme as mudanças sociais que se sucederam à ascensão da classe burguesa, após o colapso do feudalismo no Ocidente – especificamente, no continente Europeu.

Superada a irracionalidade dos suplicios, seguiu-se à compreensão racional da criminalidade como um fenômeno e, após, ao surgimento da Criminologia como ciência, no âmbito da Escola Positivista¹³, a partir da segunda metade do século XIX, com estudos como os de Lombroso e Ferri, onde as causas da criminalidade são buscadas pelos métodos das ciências naturais, na concepção do crime como relativo à patologia, fator que indica a relação entre Medicina e Direito que se demonstra tão presente no desenvolvimento do Sistema Penal.

Em abordagem sociojurídica-crítica, verifica-se que o caminho da Criminologia como conhecimento científico parte, inicialmente, da legitimação da seletividade do poder punitivo. Com uma nova estrutura social, novas teorias são produzidas para, conforme pontua Anitua (2008, p. 132-132), “justificar um Estado não apenas limitado pela lei mas também com determinada propensão econômica favorável aos detentores dos meios de produção e [...] repressivo para com aqueles que não têm propriedade”.

À racionalidade universal iluminista passa a ser somada a contribuição dada pela ciência natural desenvolvida na Escola Positivista, na segunda metade do século XIX; o Direito Penal, então, no período em que o capitalismo avança para a fase Industrial, passa a ter sua lacuna legitimadora preenchida pela Medicina, de modo que “o médico e seu prestígio

12 Compartilha-se, neste ponto, do posicionamento esposado por Bitencourt (2012, p. 191-192), ao asseverar que a construção histórica do direito penal não constitui um processo linear, eis que este “está vinculado às vicissitudes políticas, sociais, culturais e econômicas das sociedades, desde o advento do Iluminismo até nossos dias”.

Para fins de recorte da análise, é pertinente fazer referência a Cunha (2016, p. 46): “Nessa linha de raciocínio, o livro do MARQUÊS DE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), será a mola propulsora para uma nova forma de pensar o sistema punitivo. Apesar da sua abordagem nitidamente filosófica (e não essencialmente jurídica), a obra se volta contra os excessos punitivos, marca dos regimes absolutistas, pretendendo humanizar a resposta do Estado à infração penal.”

13 Sobre o contexto positivista da criminologia, a análise de Foucault (2014, p. 248) observa que “nesse novo saber importa qualificar ‘cientificamente’ o ato enquanto delito e principalmente o indivíduo enquanto delinquente. Surge a possibilidade de uma criminologia”.

preencheram, pouco a pouco, os vazios do igualitarismo burguês e trouxeram as ferramentas para o funcionamento efetivo da sociedade e o controle do homem” (ANITUA, 2008, p.237).

O ponto de destaque reside no enfoque ou paradigma etiológico, pela qual as causas do crime podem ser identificadas na constituição biopsicológica do criminoso; tese esta que encontrou expoentes em Lombroso e Ferri, conforme a referência de Andrade (1995, p. 25), ao asseverar que tal perspectiva, “partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime e valendo-se do método de investigação e análise próprio das ciências naturais (observação e experimentação) procurou comprovar sua hipótese através da confrontação de grupos não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões”.

A criminalidade, por essa via, é entendida como o meio natural de comportamento dos indivíduos que constituem uma minoria anormal e criminosa que perturba a ordem social, cuja proteção é função do direito penal, que intervêm para impedir a lesão a bens jurídicos da mais alta importância social. O direito penal, então, atua sobre uma realidade ontológica e pré-constituída, referente ao delito natural, reconhecendo a realidade e positivando as normas que combaterão o problema (ANDRADE, 1995, p. 25).

A tradição da criminologia positivista nos países da América Latina é objeto de comentário por Nilo Batista na apresentação que escreveu à edição brasileira do livro de Baratta, onde, apontando para os históricos conflitos de caráter étnico-racial, relacionados à desigualdade socioeconômica, afirma:

Reduzindo seu horizonte a uma inofensiva explicação causal do delito e do delinqüente, a criminologia positivista não apenas relegitimava o sistema penal, mas também criava o impasse, tão celebrado, da dependência que seu objeto guardava do direito vigente. A fantástica recepção que na América Latina teve a antropologia criminal, com seu método “clínico”, vincula-se a sua utilidade, num continente marcado desde sua descoberta por conflitos étnicos freqüentemente convertidos em genocídios, para a dissimulação ideológica do controle social penal que as oligarquias exterminadoras deviam exercer (BARATTA, 2002, p. 2).

Em momento posterior, por influências da Sociologia Criminal, o foco de análise da criminalidade se deslocou do paradigma etiológico para o paradigma do *labeling approach*¹⁴, com

14 Em somatório, Andrade (1995, p. 29) pontua: “Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, mas social e definitorial e acentuar o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva, o labelling desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das ‘causas’ do crime e, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal”.

a concepção de que o desvio é uma realidade social, construído na experiência humana, através de processos de reação e etiquetamento de grupos desviantes. O enfoque da reação social, após grande fundamentação teórica, constituiu base para o pensamento da Criminologia Crítica, já exposto mais acima neste projeto (BARATTA, 2002, p. 86-89).

Com efeito, o exame dos processos de criminalização e dos papéis que estes assumem em determinado contexto social sempre traz questões de maior relevância à reflexão da comunidade acadêmica, e influencia, conseqüentemente, profissionais que atuam no sistema da Justiça, desde a elaboração de normas, até a execução de importantes políticas públicas nas áreas relacionadas à Justiça Penal.

Embora seja possível afirmar que a mudança de paradigma no tratamento da saúde mental já tenha ocorrido no ordenamento jurídico pátrio – com a promulgação da Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, que é vista como resultado do movimento brasileiro de reforma psiquiátrica, ou de luta antimanicomial, iniciado em pleno período ditatorial, ao final da década de 1970 – Branco (2018, p. 180) observa que:

Considerando todos os avanços do movimento antipsiquiátrico brasileiro, bem como as influências internacionais, a indagação que insiste permanecer é central: Por qual(ais) motivo(s) o Sistema de Justiça Criminal brasileiro não absorveu tais medidas reformadoras, especialmente no que tange à execução das medidas de segurança detentivas? Se há uma lei que estabelece um novo modelo assistencial às pessoas em sofrimento psíquico no Brasil, e se essa legislação impõe as mudanças a todos os sistemas executores – de saúde ou penal – qual(is) a(s) justificativa(s) para que o Sistema de Justiça Criminal, de forma quase absoluta, ignore os preceitos reformadores e continue adepto ao paradigma positivista do século XIX?

Com o direcionamento sociojurídico-crítico fornecido pela Nova Criminologia¹⁵, diversos pesquisadores aprofundaram as análises criminológicas, especificamente no que concerne ao objeto das medidas de segurança. O estudo a ser realizado não consiste numa ampla revisão bibliográfica, mas antes, numa síntese que possa contribuir para a visão de um quadro geral. Destarte, pensando criticamente, pode-se afirmar que a noção jurídica de periculosidade surge do paradigma etiológico da Escola Positiva, na confluência entre Direito, Criminologia Positivista, e Psiquiatria.

15 “Uma teoria do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização que queira superar a ideologia mistificante da defesa social deve poder colher, em suas raízes comuns, estes elementos da questão criminal, e situá-los no quadro de uma estrutura social determinada” (BARATTA, 2002, p. 151).

Na segunda metade do século XIX, houve uma confluência da Psiquiatria com o Direito Penal; antes, a questão da loucura se mostrava pontual e não indicava a hipótese de sujeitos perigosos para a sociedade, como se tem hodiernamente. No entanto, a partir desse momento histórico, as legislações Ocidentais passaram a apresentar a possibilidade de punir os indivíduos por seu caráter perigoso, com fins de fornecer tratamento, eis que a delinquência era vista como resultado natural de condições biopsicológicas (NETTO e NAVES, 2018).

À medida de segurança é conferida a função curativa, tratativa, da patologia que dá ao indivíduo o *caráter de perigoso*. Sobre o tema, Andrade (1995, p. 25-26) pontua:

As representações do determinismo / criminalidade ontológica / periculosidade / anormalidade / tratamento / ressocialização se complementam num círculo extraordinariamente fechado conformando uma percepção da criminalidade que se encontra, há um século, profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no senso comum.

Conforme a Psiquiatria ingressa no campo jurídico, a atuação privilegiada do conhecimento médico se torna preponderante no que diz respeito ao *status* dos indivíduos submetidos à área de sua aplicação. A legitimação da atuação do saber médico implicou na delimitação do objeto de seu controle, com o estabelecimento de uma nova classe de sujeitos, sendo esses os sujeitos perigosos, que passam a constituir um objeto privilegiado de intervenção (SILVA et al, 2018).

Nesse cenário há uma modificação na definição da loucura, desde meados do século XVIII, com a judicialização de tais questões, no âmbito do positivismo científico, criminológico, e jurídico (MACHADO e MESSERE, 2019). Assim, é na concepção positivista que se tem o cerne e a limitação do instituto da medida de segurança: se, por um lado, a culpabilidade é a premissa fundamental de aplicação da pena, será, por outro lado, a periculosidade que constituirá o pressuposto para a imposição dessa outra espécie de sanção penal (CAETANO, 2017).

A observação realizada é de que a remodelação do funcionamento do Direito Penal no que se refere a esse objeto implica no deslocamento da legitimidade para a decisão oficial; o sujeito que passa a ser alvo da prática psiquiátrica não é mais julgado por juízes, mas sim por peritos e psiquiatras, que identificam o caráter desviante, causador do potencial inato para a criminalidade (SILVA et al, 2018).

O saber psiquiátrico dos especialistas sobre a loucura informa a operacionalização do Direito Penal. A perícia médica não apenas reconhece a loucura: confirma a existência da suposta periculosidade, permitindo a submissão dos sujeitos perigosos à ordem da lei, em caráter curativo e disciplinar, o que somente se autoriza encerrar com a verificação da cessação de tal periculosidade (BRISSET e JUNCAL, 2018).

A noção de periculosidade¹⁶, então, é o resultado da confluência da Psiquiatria com o Direito, e se encontra, portanto, na intersecção da seletividade criminal com o preconceito contra o louco. A ideia de periculosidade decorre dessa intersecção: o indivíduo portador de doença mental que comete crime é rotulado como uma pessoa cuja natureza (Psiquiatria) é essencialmente criminosa (Direito), e, em correspondência, a resposta jurídica conferida às suas condutas, atende a uma razão contraditória que se pretende ser tratamento, ao mesmo tempo em que é executada, materialmente, por meio de uma estrutura de lógica punitiva e controle disciplinar.

Percebe-se que, se para a Escola Positiva, a periculosidade era inerente ao criminoso, posteriormente, com a mudança de paradigmas, a periculosidade ficou reservada somente ao louco infrator. Pelas reformas legislativas, o sistema duplo binário, que apresentava a possibilidade das duas espécies de sanções serem aplicadas ao indivíduo imputável em conformidade com sua periculosidade, foi substituído, especificamente pela reforma de 1984, pelo sistema vicariante, no qual a periculosidade é atributo exclusivo do louco, não mais informando o processamento do fato cometido pelo imputável (CAETANO, 2017).

Então, desde meados do século XX, a análise do fenômeno da criminalidade foi adquirindo característica de análise social, de modo a desvelar a relação entre os modelos punitivos e o controle da população, localizada no contexto maior da estrutura social, de modo que as análises seguem linhas de descrição e, paulatinamente, se constrói a crítica ao sistema penal e às respectivas teorias de tal época, tendo-se, então, na segunda metade do mesmo século,

16 O esforço inicial na referência que se faz de Caetano (2017) se volta à tentativa de delimitar um conceito propriamente científico e seguro para a noção de periculosidade. Tendo estudado as formulações de Sebastián Soler, Filippo Grisogni, Jiménez de Asúa, Alfredo Rocco, Raffaele Garofalo, e Enrico Ferri, o autor conclui, com apoio em Kátia Mecler, que a noção de “temibilidade” do agente, exposta desde Garofalo, foi o conceito-chave que antecedeu a teoria da periculosidade. Assim, a defesa social proposta por esses autores positivistas é concebida como o direito do Estado de defender-se dos indivíduos perigosos, concepção que se consolida com *O Homem Delinquente* de Cesare Lombroso, e a emergência da ideia do “criminoso nato”.

posicionamentos como o movimento antimanicomial e o abolicionismo penal (CARVALHO, 2014, p. 147-148).

O conceito de periculosidade, que antes norteava toda a política criminal, sendo igualmente aplicável a imputáveis, no sistema do duplo binário, foi superado pelo avanço na teoria do delito, com a prestigiação da ideia de culpabilidade, restando, entretanto, a noção de periculosidade, no sistema vicariante, restrita ao campo no qual o Direito Penal permaneceu aliado à Psiquiatria: no controle dos portadores de transtornos mentais que cometem atos ilícitos.

Desse modo, tais indivíduos são classificados numa categoria especial, diferenciada do “doente mental” e do “transgressor”, sendo a resposta jurídica referente a uma dupla estigmatização – doentes mentais e, ao mesmo tempo, criminosos. Tal classificação acaba “congregando, a um só tempo, dois dos piores insuportáveis para a sociedade, a loucura e o crime”, sendo esses sujeitos “designados à vida nos hospitais de custódia que, por sua vez, são lócus do pior do pior, por recolherem simultaneamente o pior do estigma com o pior da segregação” (SILVA et al, 2018).

A análise crítica do instituto em questão aponta que este se conforma a padrões de exclusão e estigmatização¹⁷. Branco (2017, p. 30) aponta que “a periculosidade criminal e a defesa social transformaram-se em polos entre os quais passam a desenvolver-se toda a dinâmica do direito penal. Isso se torna substancial para nortear, por exemplo, a disposição e os incrementos ramificados das medidas de segurança no Sistema de Justiça Criminal brasileiro”.

Pela referência adotada, a lógica do Direito Penal trata o portador de doença mental como alguém que carrega um potencial criminoso, de modo que a imposição de riscos ao meio e a si mesmo é encarada como condição de sua própria existência. A resposta penal, portanto, não se apresenta como proporcional à culpabilidade do indivíduo, mas se configura, neste cerne, como forma de amenizar o risco que é visto como inerente ao louco criminoso, entendido como uma pessoa que cometeu um crime e poderá, a qualquer momento, voltar a fazê-lo, porque louca.

17 Ilustrativamente, faz-se referência a Bitencourt (2012, p. 1888), ao denunciar a questão exposta pela realidade da execução de medidas de segurança no Brasil: “Na verdade, a violência e a desumanidade que representam o cumprimento de medida de segurança no interior dos fétidos manicômios judiciários, eufemisticamente denominados hospitais de custódia e tratamento, exigem uma enérgica tomada de posição em prol da dignidade humana, fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade assegurados pela atual Constituição Federal”.

As críticas entendem que a operacionalização da medida de segurança apaga indivíduos do convívio social¹⁸, através de mecanismos que impedem, pela maior quantidade de tempo possível, sua circulação no entorno da população classificada como normal (NETTO e NAVES, 2018, p. 210). Acrescenta-se o comentário de Caetano (2017, p. 64-65):

A periculosidade é uma herança lombrosiana maldita, mas que ainda seduz. É injustificável, exceto para quem não se incomoda em face do autoritarismo punitivo, a acomodação de grande parte dos pensadores do direito penal diante de uma bizarrice que vem do século XIX, mas que passa distante de qualquer problematização mesmo depois da Constituição de 1988, o que expõe um pouco mais a omissão acadêmica, mesmo em face da clareza solar dos avançados dispositivos da Lei Antimanicomial, esta que rompe definitivamente com o mito da periculosidade para estabelecer uma nova ordem no plano da atenção em saúde mental, pautada na liberdade e no respeito à dignidade do louco.

Tendo em vista as teses da Criminologia Crítica, é importante deixar definido que não se afasta a necessidade do sistema penal e, conseqüentemente, do processo de criminalização, para a efetiva defesa da sociedade. O raciocínio que associa a perspectiva crítica às bases teóricas já expostas compõe, então, a seguinte razão: diante das questões estruturais que se apresentam na distribuição do poder político na sociedade, o direito, no contexto do Estado Democrático de Direito, constitui ferramenta capaz de limitar as máculas da desigualdade e da seletividade, através de sua produção e aplicação vinculadas aos direitos fundamentais e ao preceito da dignidade humana, construídos e viabilizados pela fórmula da democracia¹⁹.

A perspectiva sociojurídica-crítica, externa ao Direito, é a perspectiva que revela os problemas que devem ser investigados no estudo do objeto de pesquisa; tomando essa perspectiva como necessária, é importante ressaltar que não se compartilha, no entanto, das bases que fundamentam teoricamente aquela área das Ciências Criminais, uma vez que, nela, a solução

18 Brisset e Juncal (2018, p. 459) comentam: “Resgatando Zaffaroni, é preciso escutar a palavra dos mortos, é preciso estudar, buscar e saber as atrocidades que os hospitais psiquiátricos e os manicômios judiciários fizeram com pessoas nomeadas loucas. É preciso esclarecer como tal sistema viola direitos como um fato de estrutura de seu próprio funcionamento: pessoas internadas por muito mais tempo do que poderiam vir a ser condenadas (caso fossem utilizados os critérios de dosimetria da pena); pessoas cujo exame de verificação da cessação de periculosidade (de metodologia e rigor absolutamente duvidosos) impediu o acesso à rede substitutiva de saúde mental e o convívio em sociedade; pessoas objetualizadas das mais diversas formas”.

19 Nesse sentido: “[...] na dificuldade e não pretensa intenção de soluções prontas e fechadas, buscamos apresentar a via da democracia inclusiva, como forma de enfrentar as difíceis questões atinentes a melhor forma de organização da sociedade, acreditando-se que um caminho viável (porém não único) a ser trilhado para a busca de soluções em tal seara passa pela necessária participação de todas as pessoas e organismos que compõem o corpo social” (GUIMARÃES et al, 2018, p. 142).

oferecida aos problemas do sistema penal acaba por ser a abolição do mesmo e, conseqüentemente, a desconstrução das instituições que o operam.

A referência de Bobbio adotada como marco teórico para fundamentar os trabalhos informa um afastamento do paradigma marxista que embasa as teses da Criminologia Crítica, uma vez que se entende não ser possível, num trabalho que visa o melhoramento das instituições do sistema de Justiça, utilizar, como fundamentação basilar, uma teoria que conduza, em última análise, à desconstrução de tais instituições.

Entende-se, então, que a utilização de perspectivas críticas que não busquem estabelecer novas formas de funcionalidade do ordenamento jurídico não contribui, efetivamente, para modificações do estado das coisas²⁰, eis que não conduz, necessariamente, a reformulações teóricas e acadêmicas e, não gerando, conseqüentemente, impacto social. Então os trabalhos propostos levam em consideração o problema, e buscam respostas institucionais plausíveis para a questão.

Nesse ínterim, fechando a análise que dá acabamento à fundamentação teórica, pode-se afirmar que a atividade de participação política decorrente do fortalecimento da democracia conduz a uma configuração do controle social formal guiada pelos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, e atenta às especificidades do enfrentamento a comportamentos socialmente negativos; as políticas criminais, nesse contexto, constituirão instrumentos de transformação social, e não de opressão dos menos favorecidos. Destarte, a participação ampla e efetiva da população na tomada de decisões coletivas possibilita o controle do poder disponibilizado aos seus representantes legais (GUIMARÃES, 2013).

Adotando a necessidade de controle social formal, tem-se o pressuposto da necessidade de resposta jurídica específica à questão do portador de doença mental em conflito com a lei, em conformidade com os fundamentos teóricos que o Direito Penal apresenta no contexto maior do Estado Democrático de Direito.

A questão da conformação do Direito Penal ao ordenamento jurídico-constitucional, a nível teórico, será tema do *segundo capítulo* da dissertação, onde se desenvolverá, com maior

20 “Percebemos que diante de uma democracia fraturada e de uma sociedade em fluxo ‘esquizofrênico’ e sem limites, torna-se extremamente difícil trabalhar de forma pragmática sob essa perspectiva, ou seja, sem que o Estado imponha seu *Jus Puniendi*” (GUIMARÃES et al, 2018, p. 141-142).

aprofundamento, a teoria de base exposta no início da fundamentação teórica deste projeto. Na dissertação, o estudo descritivo dessas bases constituirá uma etapa na análise da hipótese e na resposta ao problema contextualizado no primeiro capítulo.

Assim, é fundamental analisar a justificação teórica da lei penal, não somente em relação ao campo mais amplo da sua existência no contexto maior do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito – o que já foi apresentado no início desta fundamentação teórica; é essencial, no presente momento, analisar a teoria do delito, construída em nível de doutrina, referente ao conceito analítico de crime²¹, pautado na teoria finalista do fato punível.

Pertinente, aqui, a pontuação de Santos (2014, p. 71):

A teoria do fato punível é o segmento principal da dogmática penal, o sistema de conceitos construído para descrever o Direito Penal, como setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal - *rectius*, a política penal - do Estado, o programa oficial de retribuição e de prevenção da criminalidade. Nesse sentido, parece não haver contradição entre dogmática penal e política criminal, que se comportam como as faces de uma só e mesma moeda, integradas numa relação de recíproca complementação: a dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, e todo programa legislado de política criminal depende de uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar sua aplicação.

O conceito analítico de crime, que pauta a construção do direito penal, gravita em torno de uma teoria tripartite, que divide os elementos constitutivos do crime em tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Os dois primeiros elementos dizem respeito à conduta analisada, enquanto que o terceiro trata de um juízo feito sobre o agente. Nesse construto teórico, a imputabilidade penal se encontra inserida na análise da culpabilidade.

Em síntese, a imputabilidade penal consiste na aptidão de um indivíduo para ser culpável, ou seja, responsabilizado por uma conduta que tomou, tendo em vista que o culpado é aquele que responde pelo resultado ao qual deu causa, conforme se tem no artigo 13 do Código Penal. A culpabilidade trata da reprovabilidade da conduta realizada.

Em construções teóricas iniciais, na chamada *teoria clássica, naturalista, ou mecanicista* da conduta²², a culpa, entendida como participação na relação de causa e efeito,

21 “Prevalece, hoje, que, sob o enfoque analítico, crime é composto de três substratos: (i) fato típico, (ii) ilicitude (ou antijuridicidade) e (iii) culpabilidade. Presentes os três, o direito de punir do Estado se concretiza, surgindo a punibilidade (não é substrato do crime, mas sua consequência jurídica)” (CUNHA, 2016, p. 176).

22 A teoria clássica, do início do século XIX, também chamada de teoria causalista, causal naturalista, naturalística ou mecanicista, tem expoentes em Franz von Liszt, Ernst von Beling, e Radbruch; dada sua época, é marcada pelo

constitui elemento do crime. A lei é entendida como vontade do legislador somada à relação física de causa e efeito; o fato típico adquiria tipicidade pela mera subsunção legal – ou seja, pela adequação do resultado ao tipo, que era um tipo penal construído sem levar em conta as normas culturais de convívio da sociedade.

A posteriori, percebeu-se que a intenção do autor poderia descaracterizar o tipo legal, já que certos crimes apresentavam apenas a forma dolosa, ou mudavam completamente na forma culposa. Se a intenção do autor então pode modificar a natureza do crime cometido, então ela não poderia ser alheia à adequação típica, devendo, na verdade, ser um elemento caracterizador do fato típico, já que a ausência de dolo ou culpa, então, excluiria a associação do tipo ao fato, afastando a tipicidade.

Já que a intenção e a finalidade do agente são exteriorizadas na ação que ele toma, então a presença do dolo ou da culpa, na verdade, são caracterizadores da conduta do agente, elemento essencial do fato típico; ou seja, o elemento subjetivo não tem o condão de individualizar o agente enquanto pessoa, como se fazia nas construções teóricas anteriores. Com referência a Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 348-349):

Nos primeiros anos do século XX já se havia notado que o conceito de conduta com que manejava a teoria do delito era muito peculiar e não se adaptava à realidade, porque o conteúdo da vontade da conduta ia parar na culpabilidade, e uma vontade sem conteúdo é inimaginável. [...] Ambas as teorias (a culpabilidade normativa e os elementos subjetivos do injusto) romperam o esquema "objetivo-subjetivo" e o levaram a ser substituído por outro, que, substancialmente, responde ao que aqui expusemos: o injusto é um juízo de desvalor do ato e a culpabilidade a reprovação que deste ato desvalorado se faz ao autor, por ter tido a possibilidade exigível de atuar de maneira diversa.

A conduta humana é sempre vista como consciente e voluntária, por visar a uma finalidade. Logo, se a conduta é inconsciente ou involuntária, ela não poderia ter sido evitada. Se ela é voluntária e consciente, e tem como finalidade a lesão a um bem jurídico, ela será dolosa, intencional; se a conduta, mesmo não visando à lesão de um bem jurídico, foi responsável pela lesão, por ter quebrado uma expectativa de normalidade, ela será, então, culposa. Caso não haja nem culpa nem dolo, então também não poderia ter sido a lesão ao bem jurídico evitada.

positivismo, com “a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito)” (CUNHA, 2016, p. 178)

Na posterior *teoria finalista da ação*²³, de Welzel, que influenciou as modificações legislativas do último quarto do século passado, não se fala em “culpa da pessoa”, mas em “dolo ou culpa da conduta”, características que, se ausentes, descaracterizam a voluntariedade, a consciência, e a finalidade do ato, descaracterizando a conduta em si. Se não há, voluntaria e conscientemente, nem a intenção dirigida a um fim, nem a construção situacional que gera o fim, ainda que diretamente intencional, então não há conduta que deva ser penalmente punida; mesmo o agente tendo causado o resultado, sua conduta não configurará o tipo penal (SANTOS, 2014, p. 77-78).

Assim, a culpabilidade se refere ao agente, ou seja, à imputabilidade penal, e não ao crime. O dolo e a culpa são características da “conduta do agente”; por isso, são deslocados da culpabilidade para a tipicidade, já que a existência de dolo ou de culpa é determinante na tipificação penal, modificando o tipo do crime cometido. Se a conduta já está sendo verificada como culposa ou dolosa, o fato do agente ter culpa passa a ser irrelevante, constituindo, destarte, um juízo de valor referente à sua imputabilidade ou inimputabilidade.

Veloso (2011, p. 137-138) observa que, nessa perspectiva, “uma ação tem que infringir de modo determinado a ordem da comunidade e tem que ser típica e antijurídica e suscetível de reprovação ao autor que como pessoa responsável, necessita ser culpável”, e assevera, com propriedade, que:

[...] em verdade, não há Direito penal sem culpabilidade, quanto mais crime. A culpabilidade possui categoria constitucional, entendida como um princípio regulador material da atuação estatal, sendo uma medida do direito de punir do Estado ou uma justificação interna para a aplicação da pena. [...] Não se deve esquecer também a natureza de reprovação da culpabilidade, que se trata de conceito referido à aplicação do direito e descreve o pressuposto de fato para a medição judicial da pena.

Tal discussão, de cunho dogmático e doutrinário, será melhor explorada na elaboração da dissertação; para o momento, é perceptível que a culpabilidade constitui fator essencial para a imposição de sanções penais no Direito Penal brasileiro, conforme a técnica

23 Em relação à teoria finalista da ação, Veloso (2011, p. 169) observa que, com a concepção de Welzel, “estava lançada a ideia normativa pura da culpabilidade, composta dos seguintes elementos: a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, nas circunstâncias, porque o dolo e a culpa migraram para o tipo”.

observada na legislação que trata do tema, e, no âmbito da teoria da culpabilidade, se tem o estudo da inimputabilidade.

A inimputabilidade se encontra inserida no último momento de análise da culpabilidade, ao lado do potencial conhecimento da ilicitude, e da exigibilidade de conduta diversa. O Código Penal pátrio trata das excludentes de culpabilidade; esta, então, apresenta elementos constitutivos, e a técnica legal os elenca pela sua ausência.

As causas de exclusão da culpabilidade se referem à menoridade, do artigo 27, à embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, do artigo 28, e a outras circunstâncias como a coação moral irresistível, a obediência hierárquica a uma ordem não manifestamente ilegal, e ao erro de proibição, presentes, respectivamente, nos artigos 21 e 22, causas essas referentes à inexigibilidade de conduta diversa²⁴.

O elemento constitutivo da imputabilidade, disciplinado no artigo 26 do Código Penal pela via da inimputabilidade, liga-se inexoravelmente ao objeto de pesquisa, e será explorado na dissertação. Nesse ínterim, sabe-se que a aplicação de medidas de segurança no Direito brasileiro atende outras disposições, além do artigo 26, contidas também na Lei de Execução Penal e na Lei da Reforma Psiquiátrica.

O ponto de destaque reside na compreensão de que a “periculosidade” configura o principal fator a determinar a espécie da sanção penal que será aplicada em face do agente reconhecido como inimputável, nos termos da hermenêutica das normas aplicáveis ao tema. Desse modo, é necessário compreender quais são essas normas e como as mesmas são aplicadas pelo Estado-juiz, para que se entenda o papel que a noção de periculosidade assume nos contextos do fenômeno jurídico e das relações sociais.

Para os fins do presente projeto, feita uma análise perfunctória da teoria do crime e da dogmática penal referente ao tema – que será aprofundada no segundo capítulo – possibilita-se, neste momento, antecipar as linhas teóricas que orientarão a etapa final dos trabalhos.

24 Com a referência de Santos (2014, p. 275-276), pode-se afirmar que a culpabilidade, relacionada, como visto à reprovabilidade da conduta, apresenta três elementos constitutivos, nos termos da fundamentação teórica discorrida, sendo eles, “primeiro, a capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), excluída ou reduzida pela menoridade ou por doenças e anomalias mentais; segundo, o conhecimento do injusto, excluído ou reduzido pelo erro de proibição”, assim, considerando-se que a própria teoria que embasa a culpabilidade traz a noção de que a inevitabilidade da conduta não pode ser reprovada, o terceiro elemento consiste na “exigibilidade de conduta diversa, excluída ou reduzida por anormalidades configuradas nas situações de exculpação”, sendo estas, portanto, situações de inexigibilidade de conduta diversa.

Ao centralizar a discussão teórica no modo pelo qual o Direito Penal, por meio da dogmática, trabalha a inimputabilidade – que conduz à medida de segurança, trabalhada sob a luz da periculosidade – tem-se a possibilidade de conjugar a crítica adotada como pertinente (primeiro capítulo) às teorias adotadas como base e à análise teórica e dogmática do Direito Penal (segundo capítulo), tornando-se possível construir ao problema uma resposta oriunda da própria lógica interna do Direito Penal, fundada nos preceitos do Estado Democrático de Direito. É esse o desiderato do *terceiro capítulo* da dissertação.

A título de hipótese, tem-se que a medida de segurança, fundada na periculosidade, é um resquício da Criminologia Positivista na sistemática do Direito Penal e não tem mais lugar como fundamento da resposta estatal à questão do doente mental em conflito com a lei. Esse posicionamento é informado pelas contradições e inconsistências que a fundamentação teórica da medida de segurança apresenta em face do Direito Penal, inserido no contexto maior do ordenamento jurídico-constitucional.

A questão explorada trata da incompatibilidade da medida de segurança, categorizada como espécie de sanção penal, com a sistemática da legislação penal e da ordem democrática constitucional, dada sua incoerência com as bases teóricas que norteiam o Direito Penal, referentes à responsabilidade penal e à adoção do critério da culpabilidade em seu campo de aplicação. Nesse cenário, a existência do instituto da medida de segurança fundamentado na noção vaga de periculosidade revela um problema que deve ser enfrentado.

Se o Estado Democrático de Direito, na perspectiva teórica adotada para a pesquisa, é entendido como limitador do poder político²⁵, então o Direito Penal, em seu campo de aplicação, também o será, constituindo, especificamente, limitação do poder; resta compreendido, então, que a função do Direito Penal se manifesta na contenção do *jus puniendi*, exercido pelas agências do sistema penal, de modo a se perseguir a segurança jurídica – ou seja, a resolução de conflitos a que visa o direito como um todo (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 90-91).

25 Novamente, fazendo-se a necessária referência a Zaffaroni (2001, p. 27), tem-se que a seletividade é característica estrutural: “Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis”.

Destarte, a problemática da medida de segurança e da periculosidade evidencia a incompatibilidade do instituto com a sistemática do Direito Penal: o paradigma etiológico que reside em sua gênese, se apresentando como característica essencial dessa fórmula jurídica, oriunda de concepções ultrapassadas da Criminologia Positivista²⁶, aponta a imperiosa necessidade de se analisar a problemática sob a luz do referencial teórico exposto.

O agrupamento das questões teóricas referentes ao problema analisado aponta, *a priori*, três grandes contradições: *primeiro*, a contradição da medida de segurança com a sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, informado pelo paradigma da Lei da Reforma Psiquiátrica; *segundo*, a inadequação da medida de segurança à teoria do delito, no que tange à culpabilidade e à proporcionalidade da sanção penal; e, *terceiro*, a imprecisão conceitual do critério-chave de aplicação da medida de segurança, que tem relação tanto com questões constitucionais, referentes à segurança jurídica e aos fundamentos das decisões judiciais, quanto com a proporcionalidade da sanção penal imposta ao portador de transtorno mental em conflito com a lei.

Tal divisão, feita para viabilizar a análise, segue a sistemática da vinculação hierárquica do ordenamento jurídico: primeiro, se trata acerca daquelas contradições sistêmicas que estão relacionadas à ordem constitucional; após, são trabalhadas as inadequações internas da teoria do Direito Penal em relação ao objeto da pesquisa; então, analisam-se as impropriedades que o instituto apresenta por si só, em sua imprecisão conceitual de critérios de aplicação.

Primeiramente, sob a égide constitucional, é possível notar a existência de incoerências e tensões entre a periculosidade e as normas que passaram a disciplinar a temática após o Código Penal, havendo uma contradição entre a aplicação deste e a proteção dos valores de isonomia e proteção de vulnerabilidades constantes na Lei da Reforma Psiquiátrica (ROESLER e LAGE, 2013, p. 42-43).

Analisando o histórico legislativo penal brasileiro, Caetano (2017) verifica que, além de dar o embasamento para as medidas de segurança, a periculosidade se encontra também embutida em outros dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, em institutos de nítido fundamento nas teorias lombrosianas, voltadas ao

26 Faz-se referência a Branco (2018, p. 226), que observa que “o processo legislativo no âmbito penal brasileiro teve fortes influências desse campo fértil e ‘promissor’ da psiquiatrização do crime”.

“bandido perigoso”, ou ao “preso de alta periculosidade”, âmbito no qual se tem a ideia de que a periculosidade é, de fato, um possível atributo humano.

Com vistas à questão da adequação do tratamento de pessoas portadoras de doença mental aos paradigmas da Carta Magna, a Lei da Reforma Psiquiátrica modificou as diretrizes de tratamento em termos de saúde mental; as medidas de internação, em todas as searas do Direito brasileiro, passaram a figurar como exceção, e a definição de um paradigma pelo Supremo Tribunal Federal implicou na adequação da norma infraconstitucional referente à duração temporal das medidas de segurança, que passaram a respeitar o limite constitucional das sanções penais, que não podem ser perpétuas.

Pode-se afirmar, nesse âmbito, que o paradigma da Lei da Reforma Psiquiátrica, como expressão do movimento antimanicomial, torna inadequada a noção de periculosidade estampada no artigo 97 do Código Penal, apontando para um padrão de tratamento pautado na prevenção, tendo em vista que, historicamente, a utilização do “tratamento” imposto pela lei tem sempre implicado na sistemática violação de direitos, em medidas de exceção, discriminação, isolamento, e silenciamento²⁷.

Sobre o assunto, Netto e Naves (2018, p. 191) identificam uma contradição entre o instituto jurídico da medida de segurança e as previsões da Lei da Reforma Psiquiátrica e da Constituição²⁸, referente ao caráter compulsório da internação por medida de segurança e ao seu prazo indeterminado:

O estatuto da medida de segurança, tal qual previsto no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, diverge do que defende a Lei 10.216 e a Constituição Federal, a começar pelo caráter compulsório e pelo prazo indeterminado da internação, que é de aplicação cogente para os inimputáveis. Além disso, a própria Constituição proíbe as penas de caráter perpétuo; entende-se que o termo “pena” engloba toda forma de restrição de liberdade imposta pelo Estado àquele que descumpriu texto legislativo penal, alcançando, assim, as medidas de segurança.

27 É essa a perspectiva de Mendes e Faria (2018, p. 224): “Tais falácias do sistema penal, assim como vigentes quando aplicada a pena, se repetem quando o instrumento de máximo de coação é a medida de segurança que, ao seguir uma lógica manicomial preconizada pelo Código Penal, acaba por promover a exclusão e a estigmatização por meio da internação, ao invés da reinserção social, bem como a reprodução das relações sociais, na medida em que reproduz, quanto aos indivíduos sujeitos ao controle penal, o perfil populacional das cadeias”.

28 Em sentido similar, Carvalho e Weigert (2013, p. 286) entendem que: “Com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica, é possível questionar a validade dos preceitos do Código Penal que sustentam a absoluta ausência de responsabilidade penal do usuário do sistema de saúde mental que praticou ato ilícito”.

No que se refere às bases teóricas do Direito Penal, sabe-se que, sob o paradigma constitucional, apresentam-se balizas principiológicas como os princípios da fragmentariedade e da *ultima ratio*, pelos quais só se admite a segregação da liberdade quando esta corresponder à imposição de uma pena privativa de liberdade; a medida de segurança, no entanto, importa em tal segregação, sem apresentar os fundamentos jurídicos necessários para que isso seja viável no Estado Democrático de Direito (COSTA, 2008).

Tal questão se refere à periculosidade, fundamento dogmático da medida de segurança, que permite, de forma excepcional ao princípio da culpabilidade, submeter o portador de doença mental à privação da liberdade, *a priori*, pelo tempo necessária à cessação dessa periculosidade, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (BARRETO, 2019).

Sob esse ponto específico, os requisitos legais em questão são as condições previstas no caput do artigo 26 do Código Penal, referentes à presença de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, à época do fato. Os dois critérios constituem, em relação ao primeiro, uma visão biológica, referente à presença de perturbações da saúde mental, e o segundo, uma visão psicológica, referente à capacidade de entendimento e determinação do agente. Primeiramente, tem-se a presença de transtornos mentais e, em segundo lugar, e capacidade de volição do agente é determinada, de modo que se tem a adoção do critério biopsicológico da inimputabilidade penal (BARRETO, 2019).

Sendo a imputabilidade um elemento da culpabilidade²⁹, sua ausência, então, conduz à impossibilidade de reprovação do agente pela conduta típica e ilícita. Costa (2008), em sua análise, indica ser inexplicável, pela teoria da culpa, que alguém possa ser privado de sua liberdade quando não preencher todos os requisitos do crime, especialmente a imputabilidade, que compõe a própria culpabilidade; desse modo, se a segregação do agente criminoso é admitida na aplicação de uma pena privativa de liberdade, verifica-se como incoerente sua ocorrência na aplicação de uma medida de segurança, onde a sanção penal se restringe somente ao campo da tipicidade e da ilicitude.

29 “A culpabilidade é ainda o conjunto de elementos que justificam ou impedem a aplicação da pena ao autor considerado individualmente. Trata-se dos elementos individuais da culpabilidade no sistema jurídico penal e, por meio dela, se verifica a imputabilidade do sujeito (autor do fato): a possibilidade do conhecimento do injusto e a (in)exigibilidade de conduta diversa” (VELOSO, 2011, p. 139).

Neste ponto, novamente, faz-se referência a Veloso (2011, p. 139-144), que assevera que “o princípio da culpabilidade deve ser entendido como um instrumento de limitação da pena, com fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana”, por impor que “o autor de um fato imputado como crime não será punido com o objetivo de prevenção, relegando sua dignidade como pessoa humana”.

Destaca-se, de outro lado, o problema da desproporcionalidade³⁰ entre o fato e a sanção que o inimputável recebe, por decorrência da exceção ao princípio da culpabilidade. Não sendo a medida de segurança guiada na correspondência da culpabilidade do agente, a sanção penal se revela, por via de consequência, muito mais extensa, implicando numa desproporcionalidade da resposta penal em relação à conduta, como ocorre em casos nos quais condutas tipificadas como lesão corporal, por exemplo, recebem medidas de segurança que duram anos a mais do que o máximo de pena em abstrato permitiria (NETTO e NAVES, 2018),

É importante notar ainda que, se o que guia a sanção, nesses casos, é a periculosidade, e esta é entendida como uma característica inerente ao indivíduo, por ser correspondente a sua própria loucura – à persistência dos sintomas, controlados ou não –, então a tendência da medida é de manter o agente inimputável sob tutela do sistema penal por tempo indeterminado, não vinculado, necessariamente ao ilícito praticado, de modo que o perigo à sociedade que o louco representa independe da gravidade da conduta (NETTO e NAVES, 2018).

Aponta-se, ainda, que o funcionamento das medidas de segurança encontra raízes no direito penal de autor, onde sujeitos recebem sanções penais em conformidade não com o que fizeram, mas sim, conforme aquilo que são, etiquetados como doentes mentais perigosos, incapazes de responderem pelos atos que praticam. No direito penal de autor, a pessoa é acusada e condenada por sua condição existencial, situação não diferente da medida de segurança, onde o indivíduo é absolvido pelo que é, e sujeito a diversas consequências “jurídico-terapêuticas” que não podem ser consideradas melhores que a pena. Assim, a garantia da democracia e dos direitos fundamentais esbarra no silenciamento provocado pela operação das medidas de segurança (BRISSET e JUNCAL, 2018).

30 Faz-se necessário delimitar que são apontadas violações tanto ao princípio da culpabilidade, quanto ao princípio da proporcionalidade; sobre este último: “[...] o princípio da proporcionalidade, norteador da sanção penal como uma proporção entre o mal cometido e a pena, não pode substituir a culpabilidade na individualização penalística dirigida a cada condenado” (VELOSO, 2011, p. 151)

Além disso, a nível conceitual, a periculosidade, embora prevista nos dispositivos do artigo 97 do Código Penal, se apresenta como um juízo de certeza exercido numa área da ciência onde tais verdades não são plausíveis, e certamente, são facilmente falseáveis, principalmente em razão da noção apresentada se basear numa predição abstrata acerca do comportamento humano, pautada na discriminação entre o que seria normal ou não – razão pela qual Fragoso (2003, p. 246) comenta que o critério legal “concebe a psicologia da ação de forma que não corresponde à realidade”, afirmando que “são irrespondíveis as indagações sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação conforme tal entendimento”.

A imprecisão conceitual da periculosidade leva Roesler e Lage (2013) a afirmar que há uma grave carência de argumentos lógicos aptos a justificar a validade da noção de periculosidade e sua respectiva aplicação jurídica como fator-chave da aplicação de medidas de segurança no ordenamento jurídico pátrio³¹. O oferecimento de rigorosas razões para a decisão judicial constitui uma etapa fundamental da composição das decisões estatais no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é exatamente a razão dos argumentos debatidos que vai permitir seu reexame.

As análises sobre o tema apontam que a periculosidade não tem fundamento científico: é um conceito de conteúdo jurídico – visto que, em função de consistir no risco de reiteração criminosa, depende do conceito de crime, que é normativo, e não natural – que depende da junção do conceito de loucura com a prática do crime (CAETANO, 2017).

É perceptível que a produção teórica do Direito Penal, historicamente, supera o paradigma etiológico da criminalidade, se direcionando ao enfoque da reação social, tomando o objeto do fenômeno criminal como uma realidade normativa, e não, natural. As matrizes teóricas da ciência jurídica são outras, de cunho constitucionalista, e a ideia de que exista uma causa biológica para o crime, categoria normativa, é derrubada com a vasta produção criminológica e sociológica que aborda a temática.

A exemplo, a análise histórica que Baratta (2002) faz do percurso da ciência criminológica deixa em evidência que não existem mais fundamentos para crer que o crime seja

31 Os autores verificam ainda que o tratamento dispensado aos casos analisados é incoerente, não uniforme, e, destarte, se inscreve na contraposição de dois paradigmas distintos e contraditórios: aquele presente na redação do Código Penal, que se demonstra incompatível com o mais recente paradigma que norteia a Lei da Reforma Psiquiátrica de 2001, informado pela luta antimanicomial desenvolvida desde o último quarto do século XX.

um resultado da formação biológica individual de algumas pessoas. Tal ideia vai de encontro às bases constitucionais do Estado de Direito, e abre espaço para inúmeras formas de preconceitos, estigmatizações, e arbitrariedades. Nesse âmbito, o fundamento da culpabilidade penal é adequado às matrizes do controle social formal feito pelo Estado; a noção de periculosidade, por outro lado, apresenta diversas inconsistências que contradizem tais matrizes constitucionais.

Do mesmo modo que o paradigma etiológico encontra dificuldades em se sustentar diante da perspectiva normativa e analítica de delito, a noção de periculosidade é contraditória ao entender que exista uma tendência natural de um determinado ser humano se comportar de forma ilícita, quando a definição de ilicitude não se trata de um conceito perceptível naturalmente. Neste ponto, se destaca a incoerência de se manter o inimputável sob a mira de uma sanção penal.

É notável que a vinculação constitucional do ordenamento jurídico permeia toda a gama das críticas, assim como ocorre com a fundamentação teórica do Direito Penal, de modo que esses três agrupamentos, recortados para fins de análise, estão intrinsecamente relacionados. Como se verifica, mesmo uma análise perfunctória já possibilita a identificação de agrupamentos de impropriedades capazes de apontar para a confirmação da hipótese exposta anteriormente.

Tem-se como necessário o controle social formal, e que alguma resposta deve ser dada ao inimputável que comete ato ilícito; no entanto, pela pesquisa preliminar realizada, verifica-se que essa resposta não pode ser pautada na noção de periculosidade, eis que isso viola a coerência do ordenamento jurídico que, inclusive, já apresenta, desde 2001, outro paradigma para as políticas públicas que tratem acerca da questão psiquiátrica.

O trabalho não traz uma pesquisa jurídico-propositiva, se prestando a propor soluções; espera-se, com o encerramento da pesquisa, conduzir a perspectiva teórica do Direito Penal à consideração das mazelas que se apresentam na realidade da aplicação de suas fórmulas, de modo a se possibilitar uma resposta que não conduza, em última análise, à aniquilação do sistema penal, mas sim, ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito e suas instituições.

Restará a ser visto se as implicações teóricas às quais a pesquisa conduzir por decorrência lógica da racionalidade adotada residirão, por exemplo, na abolição da medida de segurança, do direito penal do autor, e dos resquícios da Criminologia Positivista do nosso

sistema penal, ou ainda, em propostas como a aplicação da responsabilidade penal ao inimputável, ou a retirada desse instituto da seara penal.

Propõe-se, para a dissertação, a realização de um aporte empírico para a aplicação-teste da hipótese, fundada na análise do uso do critério teórico da periculosidade em processos judiciais cujo trâmite se deu no Termo Judiciário de São Luís – MA. Esse aporte, realizado ao final, terá um teor ilustrativo e confirmatório, consistindo na seleção de decisões judiciais de processos criminais representativos da aplicação do instituto da medida de segurança e da periculosidade, no recorte espacial e temporal da atualidade local deste Termo Judiciário, com vistas ao reforço das considerações às quais a pesquisa conduzir. Tal questão será melhor delimitada para fins de qualificação da tese, podendo ser ajustada com o orientador.

6. METODOLOGIA³²

Como base teórica para a metodologia, Fonseca (2009, p. 50) observa que “em se tratando de ciências humanas e sociais, análise e síntese apresentam-se como momentos de um único processo metodológico”, sendo um primeiro momento de decomposição do objeto de estudo, para a observação de seus componentes individuais, e um segundo momento, de reunião desses componentes analisados; tal perspectiva se coaduna com o percurso teórico exposto na fundamentação deste projeto, e antecipa o caminho a ser feito na dissertação: análise do objeto por recortes que identificam sua fundamentação, e síntese do mesmo com o contexto maior do ordenamento jurídico-constitucional.

Compartilha-se, de modo mais generalizado, da análise de Minayo (2009, p. 12-14), segundo a qual a pesquisa das Ciências Sociais atende a peculiaridades desse campo da ciência; em síntese, verifica-se que seu objeto de estudo é histórico e possui consciência histórica, por estar sempre inserido na sociedade humana em um determinado espaço-tempo, e que, além disso, seu objeto é essencialmente qualitativo³³, pois seu recorte teórico, para a compreensão da

32 A elaboração da proposta metodológica tem como referência Fonseca (2009), Gustin e Dias (2010), Mezzaroba e Monteiro (2009), Minayo (2009), Marconi e Lakatos (2003), Popper (2001), e Bardin (1977).

33 Fonseca (2009, p. 49) observa que “o método qualitativo consiste em interpretações e avaliações de dados que, pela sua natureza, são avessos à quantificação. São estes os dados inerentes ao comportamento humano e que dizem respeito às motivações, aos sentidos, aos desejos, às rejeições, às valorações, às crenças etc.”.

realidade, se dá com vistas a “fazer uma aproximação da suntuosidade que é a vida dos seres humanos em sociedades”. No mais, há uma inevitável identidade entre sujeito e objeto, possuidores da mesma natureza, e que essa área da ciência é extrínseca e intrinsecamente ideológica, em razão da inseparabilidade entre conhecimento e interesse do pesquisador.

Destarte, a noção de metodologia pode ser entendida com “o caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade”, incluindo “as concepções teóricas de abordagem, o conjunto de técnicas que possibilitam a construção da realidade e o sopro divino do potencial criativo do investigador”, de modo que teoria e metodologia estão associadas, por se referirem à teoria para a abordagem da realidade. As técnicas são importantes, e adverte-se que “o endeusamento das técnicas produz ou um formalismo árido, ou respostas estereotipadas. Seu desprezo, ao contrário, leva ao empirismo sempre ilusório em suas conclusões, ou a especulações abstratas e estéreis” (MINAYO, 2009, p. 14-15).

Mezzaroba e Monteiro (2009, p. 55) observam que a metodologia compreende o método e os procedimentos técnicos. Para Marconi e Lakatos (2003, p. 221), o método se caracteriza num sistema de atividades que permite alcançar a efetivação de conhecimentos científicos; em geral, define a abordagem que o pesquisador deve seguir e, especificamente, determina procedimentos.

6.1. Método de abordagem

Em consonância com a natureza do objeto de pesquisa, discutido acima, a pesquisa será de abordagem qualitativa. Em termos mais específicos, Fonseca (2009, p. 9-11) verifica que a pesquisa no campo do direito tem como objeto o fenômeno jurídico³⁴, e apresenta uma dupla dimensão: dogmática e social.

Pela mesma referência de Fonseca (2009), a pesquisa que se propõe se viabiliza pela abordagem jurídico-científica, se tratando de uma pesquisa jurídica crítica, tendo em vista a análise externa do Direito³⁵, especialmente por correntes sociológicas, que será realizada para a

34 Gustin e Dias (2010, p. 33) observam que “Não é a norma em si que é objeto da Ciência do Direito, mas o fenômeno jurídico do qual ela faz parte”.

35 Fonseca (2009, p. 29-31) entende que não é possível uma *teoria crítica do direito*, porque tal perspectiva, nessa área do conhecimento, exige alianças interdisciplinares, com métodos das ciências sociais, de modo que as

compreensão de suas bases teóricas, nas áreas da Filosofia jurídica, política, da Sociologia, e da Criminologia Crítica, com vistas à obtenção de conhecimento teórico-especulativo acerca do objeto pesquisado; a autora comenta:

Este estilo de investigação, partindo de indagações quer apenas conceituais, quer de base empírica também, podem ser dirigidas – de acordo com as preferências do pesquisador – para a obtenção de conhecimento teórico-especulativo ou para conhecimento também de natureza teórica, mas destinado a eventual aplicação aos fatos, à realidade das relações sociais.

É importante destacar que a compreensão do objeto de pesquisa, dada sua categoria de instituto jurídico, expresso em dispositivos legais da legislação que versa sobre o tema, exigirá a abordagem técnico-jurídica para sua delimitação, se tratando de uma abordagem no campo da dogmática jurídica³⁶, realizada principalmente no tópico pertinente à delimitação da técnica jurídico-legal do objeto da pesquisa (FONSECA, 2009, p. 10).

Desse modo, se destaca a proposta da mesma autora, referente ao método sociojurídico-crítico, que tem a realidade social como ponto de partida para a construção do tema, o Direito como lugar no campo do conhecimento onde se situa a pesquisa, e a pretensão precípua de realizar o aprofundamento do tema, de modo a buscar suas raízes históricas e sociais (FONSECA, 2009, p. 62-70).

Em somatório, Gustin e Dias (2010, p. 21-22) verificam que a pesquisa jurídica pode ser pensada em dois grandes veios teórico-metodológicos: o jurídico-dogmático e o jurídico-sociológico, os quais apresentam ideias que se harmonizam com a proposta metodológica exposta. O primeiro agrupamento trabalha com os elementos internos do Direito, com as relações normativas, sua eficiência, e eficácia; o segundo, busca compreender o fenômeno jurídico no

perspectivas críticas do direito são sempre posicionadas a partir de outras áreas do conhecimento; sobre tal noção, a autora observa: “A reflexão crítica supõe ir às origens, no caso, origens de preceitos, de teorias, de instituições, de formas jurídicas instituídas, buscando identificar as causas políticas, econômicas e sociais que formaram as bases daquelas construções. As raízes históricas do direito revelam como, nos diferentes momentos e lugares, valores e intenções jurídicas foram interpretados”.

36 “Por dogmática jurídica entende-se o estilo de saber sobre o direito que tem por objeto o sistema de regras vigentes em determinada sociedade. Esse estilo de saber resulta na construção de teorias que são chamadas doutrinas. A dogmática jurídica opera segundo um raciocínio dedutivo, ou seja, o raciocínio que evolui de premissas genéricas (o ordenamento jurídico vigente) consideradas verdadeiras, para a proposição de soluções normativas também inquestionáveis (decisões)” (FONSECA, 2009, p. 20).

ambiente social mais amplo, preocupando-se com a facticidade do Direito, e com as relações contraditórias que estabelece com campos sociocultural, político e antropológico.

Tendo essa perspectiva, destaca-se que, em linhas gerais, o raciocínio a ser utilizado é o do método hipotético-dedutivo. Marconi e Lakatos (2003, p. 106), resumidamente, apontam que este “se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese”. Tal abordagem metodológica, inaugurada por Popper (2001, p. 33), atende à seguinte lógica:

De acordo com a concepção que aqui será apresentada, o método de submeter criticamente a prova as teorias, e de selecioná-las conforme os resultados obtidos, acompanha sempre as linhas expostas a seguir. A partir de uma idéia nova, formulada conjecturalmente e ainda não justificada de algum modo — antecipação, hipótese, sistema teórico ou algo análogo — podem-se tirar conclusões por meio de dedução lógica. Essas conclusões são em seguida comparadas entre si e com outros enunciados pertinentes, de modo a descobrir-se que relações lógicas (equivalência, dedutibilidade, compatibilidade ou incompatibilidade) existem no caso.

O método em questão, por essas referências, se constitui nas seguintes etapas: a) Colocação do problema, com o reconhecimento dos fatos, descoberta de lacunas no saber existente, e formulação da questão a ser solucionada; b) Construção de um modelo teórico, onde se tem a seleção de suposições e variáveis pertinentes, com a invenção das hipóteses centrais a solucionar o problema; c) Dedução de consequências particulares, com a elaboração de previsões; d) Teste das hipóteses, colocando à prova as previsões elaboradas, com a posterior inferência da conclusão, com a interpretação dos resultados verificados até então, e; e) Inclusão das conclusões na teoria elaborada, pela comparação das mesmas com as previsões e, sendo o caso, posterior reajuste do modelo teórico e, ao final, perspectivas para trabalhos posteriores, seja em correção de erros ou em desdobramentos.

O método hipotético-dedutivo, portanto, tem um raciocínio dedutivo que segue de uma hipótese mais geral para conclusões particulares, tendo como característica o teste. Com efeito, as teorias científicas são capazes de oferecer, com suas hipóteses (conjecturas), respostas apenas provisórias diante dos quadros problemáticos aos quais se dedicam, sendo a verificação fundamental para a cientificidade da produção científica (MEZZARROBA e MONTEIRO, 2009, p. 68-70). Acrescenta-se, também, citação a Gustin e Dias (2010, p. 23):

o raciocínio (o autor refere-se a método) seria o hipotético-dedutivo, apresentado por meio das seguintes características: a) existem expectativas ou conhecimento prévio; b) surgem conflitos com as expectativas ou teorias já existentes; c) propõem-se soluções a partir de conjecturas (dedução de consequências na forma de proposições passíveis de teste); d) teste de “falseamento” (tentativa de refutação pela observação e experimentação ou por outros procedimentos).

Com efeito, no âmbito de um sistema teórico, é possível a existência de enunciados mais universais, como axiomas, dos quais podem ser deduzidos enunciados mais particularizados; uma hipótese se constitui num enunciado cujo nível mais alto de universalidade não corresponde a um axioma, mas, ainda assim, se encontra acima dos níveis mais baixos, nos quais se encontram os enunciados deduzíveis a partir de tal hipótese. Destarte, o falseamento desses enunciados menos mais particulares implicaria no falseamento da hipótese; porém, ainda assim, esta se constitui como um enunciado mais geral, mais universal, embora seja, assim como os enunciados particulares, falseável (POPPER, 2001, p. 79).

Assim, conforme as referências metodológicas adotadas, considerando que o projeto de pesquisa já apresenta, em seu início, a hipótese que orientará os trabalhos, construída com base em observações particularizadas de outros pesquisadores acerca do tema e do objeto de pesquisa, o percurso da dissertação terá *(i)* a contextualização do problema, da lacuna a ser investigada, *(ii)* o aprofundamento no estudo da hipótese, com a construção de um modelo teórico e as indicações das consequências às quais tal modelo conduzirá, e *(iii)* a aplicação da hipótese à solução do problema, com um aporte empírico suplementar e ilustrativo.

6.2. Métodos de procedimento

Os métodos de procedimento, com referência a Marconi e Lakatos (2003, p. 221), apresentam etapas mais concretas da pesquisa, construindo verdadeiras diretrizes procedimentais a serem seguidas para a investigação de especificidades menos abstratas. Estes consistirão no método monográfico, envolvendo o estudo aprofundado de uma temática única, e no histórico, pelo qual a pesquisa envolverá a investigação da evolução histórica das temáticas em questão, especialmente do desenvolvimento teórico da Criminologia como ciência, dada sua

imprescindível ligação com o enfoque etiológico que se encontra nas bases teóricas da medida de segurança.

Fazendo referência a Gustin e Dias (2010, p. 25-29), pode-se afirmar que a pesquisa envolverá investigações histórico-jurídicas, com a análise “[d]a evolução de determinado instituto jurídico pela compatibilização de espaço/tempo”, e terá, em destaque, investigações jurídico-exploratórias, jurídico-descritivas, e de tipo jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo, utilizando-se do “procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis”.

Para a proposição de aporte empírico, centrado em decisões judiciais, ressalta-se que o tratamento dos documentos colhidos a partir do recorte proposto será realizado pela análise de conteúdo, conforme o procedimento teorizado por Bardin (1977, p. 42), referente à descrição do conteúdo das mensagens – no caso, contidas nas decisões a serem analisadas – com a delimitação de indicadores que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção e recepção das mesmas.

O recorte do aporte empírico proposto é definido no Termo Judiciário de São Luís, de onde serão retiradas decisões judiciais de primeiro grau que tratem da imposição da medida de segurança a portadores de transtornos mentais em conflito com a lei no ano anterior à realização da pesquisa, para que se verifique a presença do fundamento da periculosidade na atuação da prática forense local. Considerando-se que essa análise empírica se dará a título ilustrativo, a análise das decisões será qualitativa, e sua seleção não terá caráter de formação de estatísticas, de modo que a escolha de decisões judiciais poderá ocorrer de modo aleatório ou se referir a decisões mais emblemáticas que tratem, de forma mais aprofundada, dos fundamentos em questão.

A questão da obtenção do aporte empírico dependerá, no decorrer da pesquisa, das condições materiais de acesso aos autos de processos criminais, de modo que a definição de Varas Criminais ou de processos judiciais específicos para a obtenção dos documentos que serão analisados restará condicionada às contingências do atual contexto da prática forense, que se encontra marcado por medidas de isolamento e distanciamento social, decorrentes de uma pandemia global. A definição mais concreta dessa última etapa da pesquisa dependerá da liberação de acesso aos locais de trabalho nos quais se encontram as fontes documentais, o que não foi possível ocorrer durante a elaboração deste projeto, por razões de saúde pública.

6.3. Técnicas de pesquisa

“Não se deve confundir métodos com técnicas de pesquisa científica. Em linguagem corrente entre os especialistas, o método é uma estratégia e as técnicas nele incluídas são táticas”; especificamente, tem-se a utilização da técnica de fichamento bibliográfico e, para a última etapa de aporte empírico, a técnica do estudo de caso (FONSECA, 2009, p. 55-58).

A pesquisa qualitativa, de raciocínio hipotético-dedutivo, de características sociojurídicas-críticas, seguindo os procedimentos sobre os quais se discorreu acima, será realizada não somente em relação à bibliografia, mas também em relação à documentação que deverá ser analisada para a consecução dos trabalhos, consistente na legislação pertinente ao tema e nas eventuais informações empíricas obtidas, referentes a decisões judiciais que tratem da aplicação de medida de segurança e do fundamento da periculosidade.

Observa-se, então, que a consecução da pesquisa, a qual, conforme se ressaltou, será em certos momentos descritiva, e em outros, analítica, exigirá a pesquisa tanto em fontes³⁷ bibliográficas, as quais podem resumidas, em geral, nas categorias de produções acadêmicas e doutrinárias, quanto em fontes e documentais, consubstanciadas em documentos oficiais de Estado, sendo eles a legislação pertinente ao tema, e eventuais decisões judiciais que tratem do objeto de pesquisa, as quais terão destaque no momento do aporte empírico ilustrativo.

A pesquisa em fontes bibliográficas se volta à coleta de informações em publicações como livros e revistas. Tal técnica não implica, necessariamente, na leitura de tudo o que já foi escrito sobre o tema abordado, mas impõe a necessidade de tratar de abordagens paralelas e autores que apresentam enfoques complementares sobre o tema, sendo relevante, nesse ponto, a pertinência das leituras interdisciplinares (FONSECA, 2009, p. 51-52).

A fonte bibliográfica, tradicionalmente, é a preferida de juristas e operadores do direito, sendo pertinente, portanto, a predominância dessa técnica na execução de uma pesquisa jurídica – mas sem o descarte da perspectiva do senso crítico, de modo a se evitar a mera

37 “Denominam-se fontes de pesquisa os lugares de onde são extraídos os dados a serem utilizados na tentativa de comprovar a hipótese ou hipóteses do pesquisador. Podemos resumir as fontes de pesquisa em três grupos: a) bibliografia; b) documentos; c) dados empíricos. A bibliografia e os documentos constituem dados do que poderíamos chamar pesquisa em textos. Os dados empíricos integram a pesquisa factual” (FONSECA, 2009, p. 51).

reprodução de ideias; sobre o tema, Fonseca (2009, p. 52) faz questão de destacar que “a coleta bibliográfica, portanto, é indispensável, [...] isso porque as referências teóricas são imprescindíveis a toda e qualquer modalidade de pesquisa no campo das ciências sociais, aqui incluída a ciência do direito”.

Em relação à pesquisa documental, ressalta-se que essa técnica constituirá na consulta à legislação pertinente ao tema, consubstanciada no Códigos Penal e Processual Penal, além da Lei da Reforma Psiquiátrica, e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A coleta desses documentos, feita através do sítio eletrônico da Presidência da República, é realizada tendo em vista a relação com a técnica bibliográfica: a legislação em questão será analisada em conformidade com o desenvolvimento da pesquisa teórica, que complementarmente a técnica documental, orientando-a³⁸.

Em somatório, além de constituir características procedimentais do método, a análise de conteúdo, a ser realizada na etapa do aporte empírico ilustrativo, configura a definição de como serão interpretados os documentos consubstanciados nas decisões judiciais obtidas sobre o tema. A coleta das decisões, conforme já colocado, dependerá das condições materiais de acesso aos autos de processos criminais, de modo que, caso sejam as decisões públicas, será requerida a fotocópia das mesmas, para sua utilização.

A seleção de decisões preferidas na primeira instância se dá em razão da definição da inimputabilidade penal e decretação da medida de segurança ocorrerem no primeiro grau, sendo pertinente, para a presente pesquisa, a detecção do modo pelo qual a prática forense lida com a definição da periculosidade, e tais determinações serão encontradas no teor das decisões judiciais que tratam especificamente desse tema.

Destarte, a análise de conteúdo, a partir da pesquisa documental, obedecerá ao procedimento teorizado por Bardin (1977, p. 46), de “manipulação das mensagens (conteúdo e expressão desse conteúdo), para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não apenas a da mensagem”, com os momentos de pré-análise, de exploração do

38 Com a referência de Fonseca (2009, p. 81), é necessário ressaltar que as etapas da pesquisa documental devem ser complementadas por outras técnicas metodológicas; no presente caso, além da definição da abordagem e dos procedimentos, a técnica documental estará essencialmente ligada à técnica da pesquisa bibliográfica, eis que uma informará a outra.

conteúdo, com o agrupamento de categorias, e, por fim, o tratamento dos resultados, que trará uma ilustração prática do que foi dissertado a nível teórico.

7. ESTRUTURA BÁSICA DA DISSERTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

2. HISTÓRICO E CRÍTICA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

2.1. A histórica relação entre Direito Penal e Psiquiatria

2.2. A crítica aos fundamentos etiológicos da medida de segurança

3. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1. O Direito Penal como instrumento de controle social e limitação do poder punitivo

3.2. Teoria do delito, culpabilidade e inimputabilidade: a atual configuração da medida de segurança na dogmática penal

4. A CONTRADIÇÃO ENTRE A MEDIDA DE SEGURANÇA E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. A inadequação da medida de segurança e a incoerência da periculosidade

4.2. Aporte empírico: a prática forense local e a confirmação das contradições

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6. REFERÊNCIAS

8. CRONOGRAMA

Elaboração e defesa do projeto de dissertação:

Início: março de 2020

Conclusão: agosto de 2020

Redação do primeiro capítulo da dissertação:

Início: agosto de 2020

Conclusão: outubro de 2020

Redação do segundo capítulo da dissertação:

Início: novembro de 2020

Conclusão: janeiro de 2021

Redação do terceiro capítulo da dissertação:

Início: fevereiro de 2021

Conclusão: abril de 2021

Redação da introdução e da conclusão:

Início: maio de 2021

Conclusão: junho de 2021

Revisão:

Início: julho de 2021

Conclusão: setembro de 2021

Defesa da dissertação: outubro de 2021

Prazo final de defesa (20-24 meses após a matrícula): janeiro a março de 2022.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>. Acesso em: mar. 2020.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Rodrigo Silva. Entre Expansão ou Delimitação do Critério Biológico da Inimputabilidade Penal do Art. 26 do CP. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal** – Ano XV – Nº 90, Jun-Jul 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Versão digital).

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Vol. 1: 674 p.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Pensamento crítico, 63)

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. BOVERO, Michelangelo (org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versioni. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007 (Coleção Pensamento Crítico, 69).

BOVERO, Michelangelo. **Para uma teoria neobobbiana da democracia**. Tradutor Marcelo de Azevedo Granato. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

BRANCO, Thayara Castelo. O estado penal-psiquiátrico e a negação do ser humano (presumidamente) perigoso. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. e-ISSN: 2526-0065. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 19 – 32, Jul/Dez, 2017.

_____. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

BRISSET, Fernanda Otoni de Barros; JUNCAL, Regina Geni Amorim. O que diriam os “loucos”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 144. ano 26. p. 441-473. São Paulo: Ed. RT, junho 2018.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Seqüência**, n. 53, p. 145-162, dez. 2006.

CAETANO, Haroldo. Direito Penal perigoso – ou, afinal, perigoso é mesmo o louco? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Nº 76, Fev-Mar/2017.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Reflexões iniciais sobre os impactos da lei 10.216/01 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. **Responsabilidades**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 285-301, set. 2012/fev. 2013.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, n.º 55, p. 146-171, 2014.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. A Superveniência de Doença Mental no Condenado pela Prática de Crime, uma Necessária e Urgente Mudança a que deve se Submeter o Código Penal. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 44, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. 560 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito**: pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; BRANCO, Thayara Castelo; GODOY, Samanta Frazão Cruz de. Estado e controle social na sociedade contemporânea: entre a legitimação e a crítica abolicionista. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, v. 1, n. 1 (jan.-dez. 1991). São Luís: Procuradoria-Geral de Justiça, 2018.

GUIMARAES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007. 350 p.

. Reflexões acerca do controle social formal: rediscutindo os fundamentos do direito de punir. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 23, jul. 2013. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894>>. Acesso em: 17 maio 2020. doi: <https://doi.org/10.12957/rfd.2013.4894>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3º ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 256p.

MACHADO, Bruno Amaral; MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. Loucura, direito penal e psiquiatria: programação jurídica entre ruídos e acoplamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 157. ano 27. p. 51-84. São Paulo: Ed. RT, julho 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, Soraia da Rosa; FARIA, Gustavo Dalul. A (dis)funcionalidade da medida de segurança no paradigma da reforma psiquiátrica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 144. ano 26. p. 217-250. São Paulo: Ed. RT, junho 2018.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Ciência, técnica e arte: o desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social**. Teoria, método e criatividade. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

NETTO, Menelick de Carvalho; NAVES, Letícia. A punição da loucura: as decisões do Supremo Tribunal Federal após a Lei da Reforma Psiquiátrica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 144. ano 26. p. 183-215. São Paulo: Ed. RT, junho 2018.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

ROESLER, Claudia Rosane; LAGE, Leonardo Almeida. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 105. ano 21. São Paulo: Ed. RT, nov-dez, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, 739 p.

SILVA, Aline Reis da; CAMPOS, Bruno da Silva; MOSCON, Raquel Fabris; COSTA-MOURA, Renata. Do silenciamento e segregação à responsabilidade: por um tratamento renovado para o

psicótico em conflito com a lei. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 144. ano 26. p. 251-277. São Paulo: Ed. RT, junho 2018.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 288 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.