UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA

THIAGO NEMI BONAMETTI

**POLÍCIA JUDICIÁRIA E TRANSTORNO MENTAL:
a devida atuação de agentes públicos na investigação de criminosos e na
proteção das vítimas**

Mestrado

Santos

2023

THIAGO NEMI BONAMETTI

**POLÍCIA JUDICIÁRIA E TRANSTORNO MENTAL:
a devida atuação de agentes públicos na investigação de criminosos e na
proteção das vítimas**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, da Universidade Santa Cecília - UNISANTA, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Santos

2023

THIAGO NEMI BONAMETTI

**POLÍCIA JUDICIÁRIA E TRANSTORNO MENTAL:
a devida atuação de agentes públicos na investigação de criminosos e na
proteção das vítimas**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Doutor _____

1º Examinador: Prof. Doutor _____

2º Examinador: Prof. Doutor _____

Santos, 30 de abril de 2023.

Entre formas de razão e formas da loucura, grandes são as semelhanças. E inquietantes: como distinguir, numa ação prudente, se ela foi cometida por um louco, e como distinguir, na mais insensata das loucuras, se ela pertence a um homem normalmente prudente e comedido? (Michel Foucault)

AGRADECIMENTOS

À Mariana, esposa, amiga, namorada e parceira de todos os momentos, sem a qual nenhum de nossos sonhos se concretizaria.

Aos meus pais, tios, avós e irmãos, pelas oportunidades que não cansaram de me proporcionar e pelo apoio incondicional e confiança que sempre em mim depositaram. Ao professor Marcos de Lima Porta, exemplo familiar e profissional, por sempre nos apoiar e incentivar, e pelos auxílios nas publicações durante nossas pesquisas.

Ao Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes, inspiração na docência e orientador, por ter confiado em nosso potencial e aberto o espectro do presente trabalho, sempre direcionando, apoiando e fornecendo questionamentos imprescindíveis para que construíssemos uma obra que pudesse, ao mesmo tempo ter pilares teóricos sólidos, e persistir fértil e atenta à realidade mundana.

Aos professores Fernando Akaoui, Antonio Carlos da Ponte e Luciano Pereira, pelas aulas e ensinamentos que muito contribuíram para a construção do presente trabalho.

À Academia de Polícia Civil “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” ACADEPOL, na pessoa dos professores Dra. Márcia Heloisa Mendonça Ruiz, Dr. Rodrigo Petrilli, Dr. Anderson Giampaoli, Dr. Rafael Marcondes, Dr. Tiago Salvador, Dra. Utimia, Dra. Ana Paula Maris, Dra. Elizabeth, Dr. Gaetano e Dra. Martha, nos quais nos inspiramos, pelas portas abertas na carreira e docência policial que levaram ao presente trabalho e pelas prestativas informações que compõem parte de nossa pesquisa.

À Dra. Maria Valéria Pereira Novaes de Paula Santos, titular da 1ª Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência de São Paulo, pelo auxílio informativo e técnico e pela disponibilidade de sempre nos atender para a troca de experiências sobre o maravilhoso trabalho que desempenha na proteção de vítimas hipervulneráveis.

Aos valorosos policiais da Delegacia de Homicídios de Santos cujo trabalho de excelência também nos inspirou e auxiliou.

À Samanta, por nos socorrer nas dúvidas formais e técnicas da presente pesquisa.

RESUMO

O trabalho tem por objeto a análise da atuação de agentes públicos em relação aos autores de crime e às vítimas portadoras de transtorno mental, visando ao aperfeiçoamento da política de segurança pública, notadamente a atuação da polícia judiciária com relação a esse grupo de pessoas. Para tanto, analisa-se o histórico de como essas pessoas foram tratadas pelas políticas públicas ao longo do tempo e como a dogmática penal regulamentou o assunto e evoluiu a partir de apurações científicas, especialmente da criminologia, que teve inicialmente no transtorno mental uma explicação simplista para o fenômeno criminal, mas que já se deu conta da complexidade da criminogênese. Sem se esquecer das vítimas de crime e da necessária proteção suficiente a esse grupo, o trabalho analisa também como elas são tratadas pelo direito penal e pelas políticas públicas existentes, buscando responder se há necessidade, ou não, de um estatuto próprio e único para as vítimas de crime. Por fim, o trabalho foca na investigação adequada e na proteção suficiente que devem ser despendidas às pessoas com transtornos mentais pela Polícia Judiciária, incluindo a análise da experiência da Academia de Polícia Civil de São Paulo na capacitação de policiais civis, abrangendo as discussões e as problemáticas em torno da avaliação da inimputabilidade no inquérito policial pela autoridade policial, e sugerindo padrões de atendimento e tratamento de autores e vítimas de crime com transtornos mentais.

Palavras-chave: *transtorno mental e crime; lei antimanicomial e segurança pública; polícia judiciária e inimputabilidade; proteção suficiente.*

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the treatment given to perpetrators of crimes and victims with mental disorders, with the goal to improve law enforcement policy, notably the role of the police regarding this group of people. To do so we analyze the history of how this group was treated by public policies over time, and how criminal laws regulated the subject and evolved grounded in scientific criminology investigations, which initially had mental disorders as an simplistic explanation of crime, but has already realized the complexity of the phenomenon. The work does not forget to address the victims of crime and the necessary and sufficient protection this group deserves, and to do so, also analyzes how they are treated by criminal law and existing policies, seeking to answer whether or not there is a need for a unique statute for victims of crime. Finally, the work focuses on the appropriate investigation of criminals and protection of victims with mental disorders by the police, including the experience of the São Paulo's Police Academy, and going through the assessment of the individual mental condition of criminals during criminal investigations, and suggesting appropriate ways of assisting victims of crime.

Keywords: *mental disorder and crime; anti-asylum law and law enforcement policies; police investigations and mental disorders; sufficient protection.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. TRANSTORNO MENTAL, CRIME e CRIMINOSO	13
1.1. Políticas públicas e construção histórica do tratamento dispensado à pessoa com transtorno mental.....	13
1.2. Análise criminológica: “criminoso louco”, temibilidade e periculosidade sob o ponto de vista da criminologia clássica e contemporânea	19
1.3. Análise jurídica da culpabilidade: finalidade da pena, imputabilidade, livre arbítrio e as medidas de segurança	277
1.3.1. Teorias da culpabilidade	33
1.3.2. Conceito de transtorno mental, doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a constatação de inimputabilidade	366
1.3.3. Medidas de segurança no Brasil	46
1.4. A Lei Antimanicomial: “novas” perspectivas sobre a (des) internação de criminosos com transtornos mentais	533
2. TRANSTORNO MENTAL E TRATAMENTO DA VÍTIMA	611
2.1. Política criminal do ofendido: o histórico do tratamento dispensado à vítima no processo penal	63
2.2. Estatuto das vítimas e experiências no tratamento às vítimas no direito estrangeiro	76
2.2.1. Direitos das vítimas de acordo com a Organização das Nações Unidas	788
2.2.2. Direitos das vítimas de acordo com a União Europeia	79
2.2.3. Proteção das vítimas em outros ordenamentos jurídicos.....	811
2.3. Estatutos protetivos e os serviços de atendimento à vítima com transtorno mental no Brasil	855
2.3.1. Direitos das vítimas no processo penal e serviços de proteção	866
2.3.2. Direitos das vítimas especialmente vulneráveis	900
2.3.3. Necessidade de sistematização dos direitos das vítimas.....	99
3. A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL DE SEGURANÇA PÚBLICA ADEQUADA PARA AS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS.....	1011
3.1 Princípios penais e processuais: a conformação constitucional e o respeito à dignidade da pessoa humana	1033
3.2. Persecução penal: investigação preliminar constitucional e processo penal	1100
3.3. Atendimento e avaliação adequada do investigado inimputável e a instauração de incidente de insanidade mental	11717
3.3.1. Avaliação da imputabilidade no curso de investigação criminal.....	123
3.3.2. Avaliação da imputabilidade na lavratura de auto de prisão em flagrante delito.....	1334
3.3.3. Avaliação da imputabilidade na investigação de crimes de menor e médio potencial ofensivo, os benefícios de transação penal, acordo de não persecução penal e outros.....	135
3.4. A proteção suficiente da vítima vulnerável por transtornos mentais	1411
3.4.1. Atendimento, primeiras medidas, serviços disponíveis à vítima e atuação em rede	143
3.5. A necessária formação e capacitação de agentes públicos: a experiência da academia de polícia de São Paulo na formação de policiais civis.....	14747
CONCLUSÕES.....	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	1600

INTRODUÇÃO

No estudo da origem do fenômeno criminal, as primeiras abordagens criminológicas verdadeiramente científicas voltaram-se ao autor do fato, tentando encontrar o criminoso nato e a explicação biológica para o crime. Nessa análise, não por acaso surgiu, dentre as classificações, o indivíduo louco, portador de transtorno mental, que foi objeto de pesquisas em momento histórico paralelo ao desenvolvimento da psiquiatria.

O conceito de temibilidade, ou periculosidade, traçado ali no século XIX, apesar de já mitigado, ainda persiste e influencia a dogmática penal e a política criminal brasileiras. Daí a importância de verificar o que foram esses estudos criminológicos iniciais e quais as atuais perspectivas da criminologia.

Costuma-se dizer que a criminologia é a ciência que fornece substrato concreto para embasar políticas criminais, direcionando-as de acordo com o que foi constatado empiricamente pelos criminólogos. Por sua vez, a dogmática penal exterioriza essas verdades jurídicas, igualmente influenciada pela criminologia.

A legislação e a política criminal brasileiras, no que se refere ao tratamento de criminosos com transtornos mentais, evoluíram de acordo com esses aportes criminológicos. Há mais de vinte anos, ecoaram, no ordenamento jurídico brasileiro, uma “nova” perspectiva da chamada legislação antimanicomial. A lei penal, entretanto, persiste fundada nos pilares da chamada periculosidade, e seus operadores aparentemente reticentes em adotar efetivamente uma política de desencarceramento. Na balança entre a segurança e o risco do “doente mental” e a dignidade dessas pessoas, parece prevalecerem os primeiros.

Ocorre que nem a psiquiatria e a psicologia estão uniformes no que se refere à chamada periculosidade de pessoas inimputáveis, demonstrando, cada vez mais, que o risco de reiteração delitiva depende de fatores específicos de cada indivíduo e da própria forma com a qual são tratadas pela sociedade e pelo Estado.

Assim, no primeiro capítulo, é apresentada a evolução do tratamento dado às pessoas com transtornos mentais, desde as primeiras políticas públicas, os estudos criminológicos e jurídicos, o surgimento e fundamento das medidas de

segurança, até a atual perspectiva dada pela legislação antimanicomial e as modernas construções sobre o tratamento digno que essas pessoas merecem.

De outro lado, pouco se olha também para as vítimas de crime que possuem algum tipo de transtorno mental. Esse grupo vulnerável deve igualmente ser objeto de políticas públicas e receber o devido tratamento das agências de controle formal, porque também a vitimologia já demonstrou que a vítima tem papel importante na criminogênese, isto é, no próprio surgimento do crime.

Por isso, sem se esquecer das vítimas de crime, no segundo capítulo, analisam-se a política criminal despendida ao ofendido com transtornos mentais e a legislação existente no Brasil e no direito comparado. Será que são suficientes a política criminal atual e a legislação existente, ou seria necessária uma lei ou estatuto abrangendo os direitos de todas as vítimas de crime, assim como já existe em alguns países?

Se o tratamento de pessoas com transtornos mentais durante o processo penal é tormentoso, surgem polêmicas e dificuldades ainda maiores quando se fala da fase preliminar da persecução penal: a investigação criminal. Em tese, sem contraditório e ainda sem todas as informações sobre o evento delitivo, a autoridade policial tem de tomar decisões envolvendo investigados potencialmente inimputáveis e vítimas eventualmente vulneráveis pelo mesmo motivo. Já os agentes da autoridade têm de lidar com esse grupo vulnerável muitas vezes sem os devidos preparo e capacitação.

A investigação criminal moderna, pautada nos ditames constitucionais e no pilar da dignidade da pessoa humana, tem de se adaptar à necessidade de atender adequadamente criminosos e vítimas que não apresentem total higidez mental sem deixar de lado a imperiosa necessidade de garantir a segurança pública, outro direito fundamental. Ademais, isso tem que se dar de forma embasada e seguindo um protocolo mínimo de atendimento e capacitação dos agentes públicos.

Buscando contribuir com a construção de uma atuação de polícia judiciária adequada para pessoas com transtornos mentais, no terceiro capítulo são destrinchados os princípios relacionados à imputação, à investigação e ao processo penal envolvendo vítimas e criminosos, propondo-se a implantação de medidas para o tratamento adequado do investigado e proteção suficiente da

vítima, abrangendo a correta avaliação da imputabilidade durante a investigação preliminar, o correto atendimento e as medidas e os serviços de proteção às vítimas, a partir também da experiência da Academia de Polícia Civil de São Paulo na capacitação de policiais civis.

1. TRANSTORNO MENTAL, CRIME E CRIMINOSO

O conceito de normal não é um conceito de existência, suscetível, em si mesmo, de ser medido objetivamente. Em seguida, porque o patológico deve ser compreendido como uma espécie do normal, já que o anormal não é aquilo que não é normal, e sim aquilo que é um normal diferente. (Georges Canguilhem)¹

1.1. Políticas públicas e construção histórica do tratamento dispensado à pessoa com transtorno mental

A história do tratamento dispensado à pessoa com deficiência mental passa pela própria compreensão do que é doença e conseqüentemente do que é normal ou anormal e do que é patológico.

Se é possível verificar a normalidade do funcionamento do organismo humano do ponto de vista fisiológico, disso poder-se-ia inferir que a doença pode ser verificada a partir dos desvios meramente quantitativos dessas regras de normalidade. Visualizar a doença como algo que simplesmente altera o estado normal é sedutor e tranquilizante porque “o que o homem perdeu pode lhe ser restituído; o que nele entrou, pode sair”. E “expulsar vermes é recuperar saúde”. Assim, as patologias nos organismos nada mais seriam do que variações quantitativas, para mais ou para menos, de fenômenos fisiológicos correspondentes. O patológico seria a alteração para mais (hiper) ou para menos (hipo), dos fenômenos fisiológicos conhecidos.²

Georges Canguilhem, entretanto, critica essa perspectiva positivista do patológico, que ele encontra, do ponto de vista filosófico, em Augusto Comte e, do ponto de vista médico, em Claude Bernard, e que, para ele, reverberou muito na literatura médica do século XIX, com influência prolongada no campo da psicologia, no sentido de que o estudo do que é patológico por meio das crises seria mais facilitado pela exageração dos fenômenos.³ É nesse sentido a reflexão de Renan Ernest:⁴

O sono, a loucura, o delírio, o sonambulismo, a alucinação oferecem à

1 CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 81.

2 SINGERIST, Henry Ernest. Introduction à la médecine. Trad. Fr. Paris: Payot, 1932. *apud*. CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 12.

3 Para Canguilhem, Comte partiu do patológico para o normal, para determinar as leis do normal. Em Bernard, o interesse é do normal para o patológico, pois, em ruptura com o empirismo, busca conhecer a doença pela fisiologia. CANGUILHEM, Georges. *Op. cit.*, 13.

4 ERNEST, Renan. L'avenir de la Science, pensees de 1848. Paris: Clamanm-Lecy, 1923. *apud*. CANGUILHEM, Georges. *Op. cit.*, p. 14.

psicologia individual um campo de experiência bem mais fecundo que o estado ordinário. Pois os fenômenos que, neste estado, são como que apagados por sua tenuidade, aparecem de maneira mais sensível nas crises extraordinárias, por sua exageração.

Esse ponto de vista quantitativo do que é normal e do que é patológico talvez seja o que justificou os excessos e experimentações nos hospitais tão criticados também por Foucault, quando sustenta que, a partir do momento em que a loucura passou a ser percebida como desordem de agir, de querer, de sentir paixões, e não como mero erro ou ilusão, o asilo passou a ter o papel dos hospitais do século XVIII, isto é, o de permitir a verdade da doença mental, alimentá-la e estimulá-la para, em seguida, confrontá-la, submetê-la e adequá-la.⁵

No âmbito da psiquiatria, entretanto, essa análise do normal e do patológico teve mais permeabilidade à filosofia, por intermédio da psicologia, que é mais estreitamente ligada à psiquiatria do que à fisiologia ou à medicina em geral. Daí que, por exemplo, para o psiquiatra e filósofo alemão Karl Jaspers, a análise tem que ser também qualitativa. Dos vários significados que o termo doença pode ter, aquele comum em toda a história é o de que o doente é um desvalor, compreendendo todos os valores negativos possíveis, ou seja, estar doente significa ser nocivo, socialmente desvalorizado.⁶

O próprio termo normal, em análise semântica, pode ser usado tanto para designar o que é mais estatisticamente encontrado (fato), como o que deve ser correto (valor). São designações e perspectivas diferentes da normalidade. Afinal, normal é o que a ciência aponta como estatisticamente mais comum ou o que a sociedade entende como melhor?

Georges Canguilhem, vinte anos após a apresentação de seu trabalho inicial (o normal e o patológico) chegou à conclusão de que é necessário partir da análise do patológico para se construir ou identificar o que é normal. Afinal, o homem normal só sabe que é normal em um mundo em que nem todo mundo é

5 FOUCAULT, Michel. **A história da loucura na idade clássica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978, p. 70.

6 “[...]das ciências exatas da natureza provém o preconceito de que apenas constatações quantitativas são investigações científicas enquanto as investigações do simplesmente qualitativo permanecem sempre subjetivas e arbitrarias. [...] De fato são muito valiosas as investigações dos fenômenos do rendimento e da produção somática. Não obstante, só se pode chegar ao psíquico, representando-o diretamente. Pois é sempre algo qualitativamente específico JASPERS, Karl. **Psicopatologia geral**. Volume 1. Trad. Samuel Penna Reis. Rio de Janeiro: livraria Atheneu, 1987, p. 33.

normal, e por isso ele sabe que é capaz de ficar doente. O homem normal se sente capaz de adoecer, mas experimenta a certeza de se afastar dessa possibilidade. A saúde desse homem não é apenas equilibrada à custa de rupturas incoativas, não é uma certeza. Assim, a ameaça constante da doença é elemento constitutivo da saúde.⁷

O patológico é, assim, uma espécie de normal, pois o anormal não é o que não é normal, e sim o que é diferente. Um normal diferente, que apenas exprime outras formas de vida possíveis. A anomalia será patológica quando essa nova “normatividade”⁸ sob a qual está regida se mostrar inferior quanto à estabilidade, fecundidade e variabilidade da vida. Se equivalente, continuará sendo normal.⁹ Essa conclusão parece ser na linha do atual conceito de normalidade dado pela Organização Mundial de Saúde, o de um estado de “completo bem-estar físico, mental e social”, para além da mera “ausência de doença”. O fato é, entretanto, que o conceito de normal varia de acordo com a ciência que o examina, e não há consenso nesse aspecto.¹⁰

Com essa introdução e os aportes filosóficos de Georges Canguilhem, evidenciamos a dificuldade de médicos, psiquiatras, fisiologistas e filósofos em compreender as alterações na psique humana, o que ajuda a explicar a forma muitas vezes incompreensível pela qual a loucura nos homens foi tratada ao longo da história.

De forma rudimentar, algumas civilizações, como “a dos hebreus, egípcios e gregos atribuíam as doenças mentais aos maus espíritos”. Mais à frente, no final do século II d.C, a loucura era encarada ou pela perspectiva de que ela decorria de intervenção divina, ou era produto de conflitos passionais do homem,

7 CANGUILHEM, Georges. *Op. cit.*, p. 130.

8 O conceito filosófico de normatividade se refere ao que institui as normas. Normativo é qualquer julgamento que analise um fato com relação à norma, o que sempre estará subordinado a quem instituiu as normas em primeiro momento. Por isso, na medicina e na psicopatologia o conceito de normalidade varia de acordo com cada ponto de vista. A normalidade pode ser vista simplesmente como a ausência de doença; ou como um estado ideal; ou ainda como uma normalidade estatística de acordo com o que mais ocorre; ou ainda como bem-estar geral; ou como normalidade funcional, no sentido de não se mostrar disfuncional para os atos da vida; ou como um processo de desenvolvimento psicossocial; ou subjetiva, de acordo como o próprio sujeito se sente; ou operacional, definido arbitrariamente a partir do que é patológico. DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. 2ª Ed, Campinas: Artmed, 2008, p. 31/33.

9 CANGUILHEM, *Op.cit.*, p. 48.

10 Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO) – 1946.

ou era advinda de disfunções somáticas por eventos afetivos.¹¹

O Direito Romano também se preocupou com a pessoa do louco sem se restringir aos aspectos penais que, bem se sabe, têm atuação bem mais limitada porque só surgem quando há a prática de uma infração penal. Há registros de que, em Roma, a guarda do alienado era atribuída aos seus parentes visando a evitar prejuízo a ele ou a terceiros. Na hipótese de infração penal, o louco não era punido pelo direito romano por piedade e porque era considerado irresponsável, sem compreensão dos atos cometidos.¹²

Com a queda do Império Romano e com o fortalecimento da Igreja Católica na Idade Média, a loucura, cada vez mais, passou a ser relacionada às figuras demoníacas, às superstições relacionadas à religião. Há relatos de verdadeiras classificações de determinadas manifestações da “loucura” de acordo com cada “demônio”, no que se chegou a classificar inclusive como “demonologia”. Apesar de grosseira, algumas dessas classificações são tidas até hoje como precursoras dos estudos verdadeiramente científicos que se seguiram posteriormente, fecundando principalmente a escola positiva da criminologia.

Há um ponto comum na história do tratamento dos loucos ao redor do mundo nas mais diversas sociedades: a segregação.

No século XV, o hospital psiquiátrico de Valência, fundado em 1409 pelo padre Juan Gilabert Jofré, segregava para proteger os enfermos mentais da violência da sociedade.

Na Europa dos séculos XIV e XVI, também há relatos de isolamento dos “loucos” em navio que navegava de porto em porto sem destino, em uma prisão ritual que agregava também os bêbados, os devassos e os desordeiros da renascença.¹³

Nos dizeres de Michel Foucault:¹⁴

Um objeto novo acaba de fazer seu aparecimento na paisagem imaginária da Renascença; e nela, logo ocupará lugar privilegiado: é a Nau dos Loucos, estranho barco que desliza ao longo dos calmos rios da Renânia e dos canais flamengos. [...] eles existiram, esses barcos que levavam sua carga insana de uma cidade para outra.

11 PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11.

12 *Ibidem*, p. 12.

13 *Ibidem*, p. 14.

14 FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 13.

Contra não apenas os loucos, mas também os pobres e mendigos, foi a postura dos hospitais gerais da França a partir de 1656, destinando esses grupos à segregação em vastas casas de internamento aglutinadas numa só administração com autoridade sobre todos os “pobres” de Paris e que, apesar do nome, nada têm de hospital, senão de entidade administrativa com poderes de decidir, julgar e executar.¹⁵

Posteriormente, esses grupos segregados seriam então “descobertos” pela incipiente psiquiatria:¹⁶

É sabido que o século XVII criou vastas casas de internamento; não é muito sabido que mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas, por alguns meses. É bem sabido que o poder absoluto fez uso das cartas régias e de medidas de prisão arbitrárias; é menos sabido qual a consciência jurídica que poderia animar essas práticas. A partir de Pinel, Tuke, Wagnitz, sabe-se que os loucos, durante um século e meio, foram postos sob o regime desse internamento, e que um dia serão descobertos nas salas do Hospital Geral, nas celas das “casas de força”; percebe-se também que estavam misturados com a população das Workhouses ou Zuchthdusern. Mas nunca aconteceu de seu estatuto nelas ser claramente determinado, nem qual sentido tinha essa vizinhança que parecia atribuir uma mesma pátria aos pobres, aos desempregados, aos correccionários e aos insanos. É entre os muros do internamento que Pinel e a psiquiatria do século XIX encontrarão os loucos; é lá — não nos esqueçamos — que eles os deixarão, não sem antes se vangloriarem por terem-nos “libertado”. A partir da metade do século XVII, a loucura esteve ligada a essa terra de internamentos, e ao gesto que lhe designava essa terra como seu local natural.

O desenvolvimento inicial da psiquiatria, com Philippe Pinel, Esquirol e Morel, teve o mérito de diferenciar o criminoso do enfermo mental.¹⁷ Nesse espectro do estudo psiquiátrico, que surge como ciência autônoma no século XVIII, o médico francês Philippe Pinel foi precursor com os diagnósticos diferenciadores do criminoso do enfermo mental, realizando diagnósticos que possibilitaram o desencarceramento de mais de cinquenta enfermos, incluído o soldado alcoólatra Chevigné, uma história de libertação narrada por Michel Foucault:¹⁸

Outra libertação, não menos conhecida nas crônicas da hagiografia

15 “Em seu funcionamento, ou em seus propósitos, o Hospital Geral não se assemelha a nenhuma idéia médica. É uma instância da ordem, da ordem monárquica e burguesa que se organiza na França nessa mesma época. Está diretamente ligado ao poder real que o colocou sob a autoridade única do governo civil; o Grande Dispensário do Reino, que constituía antes, na política da assistência, a mediação eclesiástica e espiritual; vê-se repentinamente posto para fora de circuito.” *Ibidem*, p. 57.

16 *Ibidem*, p. 55.

17 VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 33.

18 FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, 1978, p. 520/521.

médica: a do soldado Chevingé. Era um bêbado que havia sido acometido por um delírio de grandeza e se acreditava general; mas Pinel havia reconhecido uma "excelente natureza sob essa irritação"; liberta-o dizendo que vai tomá-lo a seu serviço, e que exige dele toda a fidelidade que "um bom senhor" pode esperar de um doméstico reconhecido. O milagre se efetua; a virtude do valei fiel desperta de repente nessa alma perturbada.

Aí repousa a origem da ideia de que o louco não estava possuído pelo mal, mas que precisava de tratamento (em vez do castigo).¹⁹

É certo que essa história da libertação narrada por Foucault é criticada por Claude Quétel, que, no quarto capítulo de sua obra, *História da Loucura*, analisa os trabalhos de Pinel, médico chefe na Salpêtrière. Quétel, entretanto, aponta que Pinel foi responsável por uma importante ruptura teórica, que levou à fundação da psiquiatria.^{20, 21}

Outro importante trabalho foi o do médico Esquirol, que sistematizou as enfermidades psiquiátricas no século XIX. Atribui-se a Esquirol, ainda, o nascimento do asilo, com suas ações políticas para a assistência aos alienados, e relatórios com relação à Lei francesa de 1830.²²

Ademais, o médico Morel deu sua contribuição, fazendo um paralelo entre delinquentes e os doentes mentais, relacionando os delitos aos fenômenos patológicos decorrentes da interação de fatores biológicos e sociológicos.

Essa interação médico e paciente, notadamente quanto ao hospital do século XVIII, é analisada criticamente por Foucault, no sentido de que o asilo, no século XIX, passou a ter o papel dos hospitais do século XVIII, de segregação e confronto. Com isso, o hospital psiquiátrico passa a ser não apenas um local de diagnóstico e classificação, mas também de confronto e disputa, com vitória e submissão. Uma verdadeira relação de poder, hipertrofiando o poder do médico sobre o paciente dito louco. Afinal, o doente nada sabe, e o médico é o senhor da verdade que irá submetê-lo.

Esse poder que o asilo dá ao psiquiatra precisa se justificar e acaba também se mascarando. Clássico exemplo de Foucault é o de Charcot; nele,

19 VIANA, *Op. cit.*, p. 32.

20 QUÉTEL, Claude. *História da Loucura. Da Antiguidade à invenção da Psiquiatria. Do Alienismo aos nossos dias*. Lisboa: Texto e Grafia, 2014, p. 60.

21 Curiosa a constatação de que a gíria "pinel", empregada no Brasil para se referir a pessoas com transtornos mentais, provavelmente se deve ao nome do Instituto Philippe Pinel, hospital psiquiátrico no Rio de Janeiro que levava o nome do psiquiatra.

22 QUÉTEL, Claude. *Op. cit.*, p. 61.

verificou-se que os doentes do médico passaram a reproduzir sintomatologia de epilepsia, uma doença reconhecida como orgânica e que não poderia ser induzida. A crise, então, foi instalada, ante a revelação (hipótese do autor) de que Charcot produzia efetivamente a crise de histeria que descrevia. O mesmo paradoxo identificado por Pasteur na crítica aos médicos de hospital transmissores de doenças.²³

É certo que essa visão crítica de Foucault não passa imune a críticas, principalmente após o levantamento histórico de Claude Quénel, que desconstrói o mito de Pinel retratado por Foucault. Isso porque, ao contrário da imagem retratada na forma de heróis, evidências históricas apontam que Pinel assinalou a existência de episódios de mania intermitente, ou seja, situações em que a alienação mental não pode ser considerada total, e sim um episódio da vida, do qual o sujeito poderá sair, ainda que ciclicamente.²⁴

De todo modo, essa crise é que embasará os movimentos de despsiquiatrização, antipsiquiatria e desmedicalização da loucura, que retomaremos quando da análise da atual legislação antimanicomial.

Antes, entretanto, cumpre verificar como os transtornos mentais e as condutas criminosas foram analisadas pelos criminólogos e pela dogmática penal, principalmente para verificar a relação entre o medo que a sociedade possui das pessoas com transtornos mentais e o “perigo” de que venham a delinquir.

1.2. Análise criminológica: “criminoso louco”, temibilidade e periculosidade sob o ponto de vista da criminologia clássica e contemporânea

O fenômeno criminal está e esteve presente em todas as organizações humanas em sociedade, ainda que as definições de crime e criminoso variem de acordo com o período histórico. Não é estranha a nenhuma organização social, portanto, a curiosidade sobre o que leva alguém a cometer um crime, mas essa curiosidade não foi sempre científica como hoje é na já consolidada ciência da criminologia, nem positivada e consolidada como já é na dogmática penal.

Como fato social, o fenômeno criminal interessa a várias ciências e áreas

23 FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 70.

24 FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de. A história da psiquiatria não contada por Foucault. **História, Ciências, Saúde Manguinhos**, vol. 11(1): 75-91, jan.-abr. 2004.

do conhecimento. A ciência normativa do direito penal, chamada de dogmática jurídico-penal, é manifestamente insuficiente para entender e resolver o problema do crime. Necessita de apoio da criminologia, ciência das causas do crime que analisa a realidade empírica e também precisa da política criminal, entendida como os princípios derivados da investigação científica das causas do crime que o Estado deve executar.²⁵

Dentro do movimento do positivismo jurídico, já se cogitou uma ciência global do direito penal, abrangendo o direito penal, a criminologia e a política criminal na tentativa de hierarquizar essas ciências, priorizando a dogmática penal em torno da qual orbitariam as outras ciências auxiliares.²⁶ Franz Von Liszt, no famoso “Programa de Marburgo”, defendeu essa ciência totalizadora do direito penal envolvendo a criminologia e a penologia (como chamou), antropologia criminal, psicologia criminal e estatística criminal, advogando mais pela prevenção criminal do que pela repressão. Teve o mérito de tentar conciliar os dados naturalísticos e sociológicos na formulação de definições jurídicas, firmando o direito penal como uma ciência sistemática.²⁷

Hoje já se tem consolidada a criminologia como uma ciência autônoma, causal-explicativa, que objetiva apresentar explicações para o fenômeno criminal, possibilitando a adoção das corretas estratégias para diminuir sua

25 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Editora Coimbra, 1997, p. 93.

26 “Essa concepção supunha a possibilidade de uma resposta à questão das relações e da hierarquia entre as três disciplinas que compunham aquela ciência global. Os fundamentos para uma tal resposta encontravam-se na concepção jurídico-política do Estado de Direito formal, de cariz liberal, e numa teoria jurídica de cunho estritamente positivista. Daqui que, no contexto daquelas três disciplinas, o direito penal, como ordem de proteção do indivíduo – em particular dos seus direitos subjectivos – perante o poder estatal, e como conseqüente ordem de limitação desse poder, assumisse o primeiro e indisputado lugar, enquanto na criminologia e na política criminal nada mais se via que meras ciências auxiliares da dogmática jurídico-penal. [...] Com a evolução posterior, a ideia lisztiana de uma ciência global do direito penal pareceu perdida para sempre”. *Op. cit.*, p. 94.

27 “Supone, ante todo, la apertura del Derecho penal, que no puede ser mera dogmática, sino una disciplina compuesta, en la que conviven otros conocimientos heterogéneos, de carácter jurídico y criminológico, que von Liszt pretende fundir en esa "ciencia" con que cree 'Superar el anticientificismo del Derecho. A la Strafrechtswissenschaft se le asignan estos cometidos: (1) la formación de los penalistas, desde el perfil jurídico y criminalístico; b) la explicación causal del delito y de la pena, entendida como Criminología (etiología criminal), como Penología y como investigación histórica sobre el desarrollo de la delincuencia y de 'los sistemas penales; c) la elaboración de la Política criminal considerada como sistema de principios, investigados con la observación empírica, sobre la base de los cuales se procederá a la crítica y a la reforma de la legislación penal”. ASUA, Luiz Jimenez de. *In*. LISZT, Franz Von. **La idea de fin em el derecho penal**. Tradução de Enrique Aimone Gibson. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Universidade de Valparaíso de Chile, 1994 (coleção juristas perenes), p. 38.

ocorrência.²⁸ Sobre a importância da criminologia na compreensão do fenômeno criminal e na busca por suas soluções, são inevitáveis as palavras de Fragoso:²⁹

Parece claro que a criminologia de nosso tempo revelou com bastante nitidez que o crime é fenômeno sóciopolítico, que se deve a um conjunto de fatores sociais, em relação aos quais o direito penal tem muito pouca influência. Não se resolve o problema da criminalidade com o direito penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas.

É fato que, apesar de sua relação próxima com a dogmática penal e com a política criminal, a criminologia com elas não se confunde. Enquanto o direito penal é uma ciência dogmática, que busca a solução dos problemas da vida com a adesão a alguns dogmas incontestáveis, ligada sempre à função social de resolver problemas, a criminologia é uma ciência zetética, que tem função primária cognitiva que não permite encarar a solução em dogmas. As teorias para a criminologia valem apenas se e na *medida em que* respondem às exigências do problema.³⁰

Já a política criminal tem a dupla tarefa de determinar os fatos antissociais que devem ser definidos crimes e estabelecer as medidas de que o Estado se deve valer.³¹ Como bem explica Jorge Figueiredo Dias, “é a partir do que é que a criminologia avança juízos de *dever-ser*, e é a partir do que deve ser que a política criminal se propõe a transformar o que é”.

Postas essas considerações, do ponto de vista criminológico, o fenômeno criminal inicialmente chamou a atenção sob um viés pré-científico, com base em crenças ocultas, sem muito rigor técnico, ou até com base em superstições. Essas análises pré-científicas, as ‘ciências ocultas’, “se iniciaram com a tentativa de explicar o mal, o crime, pela existência de demônios (demonologia), inclusive com categorização desses seres externos influenciadores do indivíduo

28 Explica Salomão Shecaira que a “criminologia reúne uma informação válida e confiável sobre o problema criminal, que se baseia em um método empírico de análise e observação da realidade” [...] “a maior parte dos autores define a criminologia como uma ciência. Ainda que tal premissa não seja absoluta na doutrina, não há como negar que, em sua grande maioria, esta vê um método próprio, um objeto, e uma função atribuíveis à criminologia”. SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 6ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

29 FRAGOSO, Heleno Claudio. Ciência e Experiência do direito penal. **Revista forense**, n. 267, julho de 1979, p. 69/73.

30 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Editora Coimbra, 1997, p. 96/104.

31 BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo 1. São Paulo: Forense, 1967, p 47.

criminoso”.³²

Foi a partir do início do século XIX que essas teorias mitológicas e supersticiosas da loucura passaram a ser superadas,³³ com um amplo contexto filosófico e científico que favoreceu o surgimento de seminários, palestras, eventos, livros e estudos que se iniciaram com a antropologia criminal, os quais deram viés mais científico à busca da explicação do fenômeno criminal, ainda que cronologicamente próxima das chamadas “ciências ocultas”.

Assim, no período em que seus expoentes também puderam se influenciar de intensos estudos da psiquiatria, a criminologia se tornou uma ciência, inaugurando sua fase científica a partir da chamada escola positiva.³⁴ O trabalho de campo decorrente dessas análises médicas fez modificar o método que até então prevalecia, migrando da análise dedutiva da escola clássica, para a análise empírica, indutiva, a partir da observação dos fatos. Foram expoentes dessa corrente de pensamento e de estudos criminológicos Césare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo.

O primeiro, o médico psiquiatra italiano Césare Lombroso, é considerado fundador da antropologia criminal³⁵ e propôs o estudo do homem criminoso com base nas características anatômicas, influenciado pelo trabalho de Darwin em “A Origem das Espécies”, de 1859, e por outros trabalhos anteriores.³⁶ Lombroso

32 BONAMETTI, Thiago Nemi. **A influência dos meios eletrônicos na criminalidade de massa**. São Paulo, 2019. Monografia (processo seletivo n. S159.380/2019 para Professor Temporário de Criminologia) - Academia de Polícia Dr. Coriolano Nogueira Cobra, ACADEPOL, São Paulo.

33 “A partir do início do século XIX começou, na verdade, a superar-se o quadro tradicional das representações mitológicas, religiosas e supersticiosas sobre a loucura. Esta passou a ser vista como uma doença mental, deixando de se atribuir a intervenções demoníacas ou das bruxas, ou mesmo à influência dos astros. Em consequência, fez-se sentir um forte movimento destinado a eliminar os tratamentos desumanos e cruéis e a submeter os loucos a tratamento hospitalar. Paralelamente, procurou-se também explicar o crime a partir da ideia de doença mental [...]”. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 14.

34 Não se pense, entretanto, que esse marco foi imediato. Como toda evolução de pensamento, a escola positiva herdou muitos ensinamentos das ditas ciências ocultas, como a frenologia e a fisionomia. Os frenólogos debruçaram-se sobre o formado do crânio, as funções cerebrais, e seu maior expoente, Franz Joseph Gall, chegou a mapear trinta e oito regiões com as funções cerebrais respectivas. Os fisionomistas, por sua vez, correlacionavam a aparência externa dos indivíduos ao crime: quanto mais feio, mais criminoso.

35 Na década de deslumbre da antropologia criminal (1890-1900), Lombroso pretendeu reunir sob o estandarte de uma grande antropologia criminal todas as disciplinas voltadas ao estudo da “delinqüência”: antropometria criminal, biologia e etiologia criminais, sociologia e psiquiatria criminais, medicina legal e direito penal. VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 56.

36 “Embora não tenha sido o primeiro (antes dele, Lauvergne na França, Nicholson e Thompson na Inglaterra e Schwekendik e Benedict na Alemanha haviam feito estudos idênticos), fez investigações anatômicas e antropológicas em prisões. Mas, nesse tempo, é dele a contribuição

trouxe o estudo sobre o criminoso nato, focando em aspectos biológicos, pretendendo explicar o crime a partir do determinismo físico e psíquico. O homem criminoso seria diferenciado por esses sinais de anomalias físicas e psicológicas degeneradas, características atávicas³⁷ capazes, inclusive, de serem transmitidas hereditariamente.³⁸ É certo que Lombroso não desconsiderou fatores sociais, culturais, nível de educação e outros elementos não necessariamente biológicos como gatilhos do fenômeno criminal, mas o foco do estudo evidentemente era encontrar a explicação biológica do crime.

Foi com Enrico Ferri, criador da Sociologia Criminal, que esses aspectos sociais tomaram mais espaço, ainda que sem abandonar os fatores antropológicos que Lombroso compilara.³⁹ Por isso, Enrico Ferri é considerado o criador da Sociologia Criminal, o sociólogo da escola positivista, enquanto Lombroso foi o biólogo dessa escola.⁴⁰

Inclusive, atribui-se à Ferri a denominação da escola anterior à escola positiva como “Escola Clássica”. Os pilares clássicos haviam sido fincados por Cesare Bonesana em 1764, com o livro “Dos delitos e das penas”, defendendo mais fiscalização das leis do que propriamente punições mais rígidas, tendo a pena como uma forma de punição pelo rompimento do contrato social (de Rousseau).

Apesar do crédito atribuído ao Marquês de Beccaria, que contava com apenas vinte e poucos anos, a doutrina alerta que sua obra foi mais um compilado coletivo de estudos sistematizados e resumidos com clareza sob o encorajamento de Verri do que uma obra de genialidade individual.⁴¹

mais importante.” FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

37 O atavismo é o aparecimento, em um descendente, de uma característica presente apenas nos ascendentes remotos, não nos imediatos. FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Op. cit.* p. 86.

38 VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 57

39 VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 60/61.

40 Valter; FERNANDES, Newton. *Op. cit.*, p. 92.

41 “Para parcela da doutrina foi Verri quem encorajou Beccaria a escrever o livro que, passados mais de dois séculos, continua a influenciar a ciência penal. Em razão das várias discussões sobre os delitos e penas que aquele grupo de jovens travou, Verri teria achado conveniente resumi-las em um livro pequeno e de fácil compreensão. Para executar tal tarefa, escolheu a Beccaria, não pela competência intelectual, mas pela sua clareza, eloquência e mente imaginativa, típicas de um jovem de pouco mais de vinte anos. E assim surge *Dei delitti e delle pene* (1764) - Dos delitos e das penas – muito mais como uma obra coletiva do que individual, muito mais como uma obra filosófica do que jurídica. Anos mais tarde, com a publicação anônima da primeira edição e com os créditos de autoria atribuídos apenas a Beccaria, Pietro Verri se tornaria um impiedoso crítico do pequeno livro”. VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 37.

Ao seu lado, na escola clássica, de se mencionar também Filangieri, Pellegrino Rossi, Carmignani e Carrara, concebendo o crime como um ente jurídico, uma exigência racional que só surge da liberdade de quem o quer, ou seja, agindo com livre arbítrio.

A escola positiva surgiu assim como um contraste a essa racionalidade pura e homogeneidade absoluta dos processos biopsicológicos dos homens, que eram pressupostas pelos clássicos, trazendo o crime como um fenômeno natural e social, sujeito a vários fatores, e a pena como uma forma de defesa social.⁴²

O terceiro principal expoente da escola positivista foi o jurista Raphael Garofalo, a quem se atribui a fase jurídica dessa corrente de pensamentos. O trabalho de Garofalo é importante para a presente análise porque foi com ele que, na normatização das ideias da escola, desenvolveu-se o conceito de temibilidade, que é assustadoramente próximo do até hoje presente conceito de periculosidade que sustenta a medida de segurança aos inimputáveis por doença mental que cometam crimes.⁴³

Garofalo focou na personalidade do autor do delito e nas anomalias psíquicas e encartou as formulações jurídicas da escola positiva, enunciando os princípios da escola, tendo periculosidade ou temibilidade do criminoso como base de sua responsabilidade. Em suma, os estudos da escola positiva compreendem o criminoso como um doente, determinado biologicamente a delinquir e que, por isso, deve sofrer medidas terapêuticas por tempo indeterminado ou de simples eliminação.⁴⁴

Apesar de alocados dentro da mesma escola de pensamento, os três principais expoentes da escola positiva tinham também divergências entre si, muito em decorrência do currículo de cada um. Traço comum, entretanto, é o

42 Em 1876, mais de um século depois da publicação da obra de Beccaria, dos delitos e das penas, o livro de Cesare Lombroso (1835-1909), *L'umo delinquente*, é publicado, inaugurando-se com ele um novo período da criminologia, denominado "científico". SHECAIRA, Sergio Salomão. *Op. cit.* p. 89/90.

43 SHECAIRA, Sergio Salomão. *Op. cit.* p. 97.

44 "Ao esquadrihar cada um dos modelos de pensamento do positivismo italiano, fica fácil compreender que o criminoso era encarado como um doente, até certo ponto um escravo de sua própria determinação biológica que o impelia às práticas delitivas. Pela justa razão, se esta é a premissa, também fica evidente que, em reação ao crime, as medidas não poderiam ter caráter repressivo, senão um fim terapêutico, curativo, ou de simples eliminação. À luz dessa moldura teórica, houve preponderância da tendência à prevenção especial com duração indeterminada da pena". VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 76.

enfoque dado ao criminoso.

Desse ponto de vista do indivíduo, analisando o homem delinquente, em teorias de nível individual, as teorias etiológicas explicativas do crime podem ser divididas em três grupos: 1. bioantropológicas; 2. psicodinâmicas; e 3. psicossociológicas. Pelas primeiras, há tipos de pessoas intrinsecamente predispostas para o crime, de acordo com variáveis congênicas inalteráveis. O delinquente é diferente do cidadão normal. Já pelas teorias psicodinâmicas, a diferença entre o delinquente e o cidadão normal não é congênita, porque todos são antissociais, de modo que a diferença residiria no êxito ou insucesso dos processos de aprendizado e socialização. Os delinquentes seriam aqueles que falharam e não criaram resistências aos impulsos delinquentes. E as teorias psicossociológicas elevam os elementos sociais e situacionais sobre a personalidade.⁴⁵

Não se olvida, entretanto, que o crime é fenômeno complexo, que também é influenciado pela sociedade e pela catalogação - sempre política e isolada no momento histórico - do próprio conceito de crime. Às teorias sociológicas cumpriu e cumpre o papel de analisar o fenômeno sob o ponto de vista da *sociedade criminógena*, mais do que do indivíduo.⁴⁶

O enfoque aqui empregado às análises do indivíduo criminoso se deve à relevância que esses estudos tiveram para a definição dos conceitos de periculosidade e de medida de segurança aplicáveis até os dias de hoje aos

45 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 165/166.

46 Usando-se a classificação dos autores, podemos dividir as teorias de nível sociológico em etiológicas e interacionistas. As primeiras, com enfoque na dimensão causalista, ainda ligadas às teorias de nível individual, porém explicando a determinação para o crime a partir das estruturas sociais envolventes. As segundas, com foco na reação social, analisando a própria racionalidade da ordem normativa. É nesse segundo grupo que se dá a discussão entre as teorias de consenso e de conflito, a partir, respectivamente, da ideia de que essas normas sociais são valores essenciais e igualmente comuns a todos, ou se trata de uma construção do poder que gera desigualdade, conflito e coerção? *Op. cit.*, p. 243/249. No mesmo sentido, “contrastando-se os postulados principais da escola positiva, e aqueles que se seguiram com a sociologia criminal aprofundada após Ferri, Tarde e, entre nós, Roberto Lyra (que se considerava um “positivista em trânsito”), dentre outros, é possível identificar que, entre os positivistas, a preponderância era a análise do indivíduo isolado ou em seu pequeno grupo. Já na sociologia criminal que se seguiu, verifica-se a preponderância de foco nos aspectos externos, exógenos, da sociedade amplamente considerada, para constatação das razões do fenômeno criminal. Assim, podem-se dividir os estudos em microcriminologia, voltada mais ao autor do delito, seja sozinho ou dentro de seu grupo social, e em macrocriminologia, analisando a estrutura social em que o delito surge, com ênfase nos aspectos mais sociológicos. É sob o manto da macrocriminologia que os inúmeros fatores sociais da criminalidade tomam maior relevância, recheando o estudo criminológico de abordagens da realidade social”. BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*

inimputáveis ou semi-imputáveis por doença mental, conforme se verá.

Essas teorias têm também seu papel na explicação do fenômeno criminal, ainda que de alcance limitado. Aliás, diante da complexidade do conceito de crime, “não faria sentido procurar uma causa comum para crimes tão díspares como o homicídio conexo com o roubo e o consumo de drogas em regime de proibição”, e disso decorre a importância das teorias monofatoriais, desde que reconhecidas suas limitações.⁴⁷

Esses estudos criminológicos da escola positiva influenciaram a dogmática penal. Em Liszt, a influência de Lombroso, Ferri, e Garofalo se mostra evidente quando defendeu a ideia de prevenção geral e especial, apesar de possuir reservas com relação às teorias de Lombroso, principalmente porque o conceito de criminoso nato trazido por Lombroso depende do próprio conceito do que é crime, e a lei criminal muda ao longo da história.

De todo modo, a influência desses estudos é nítida quando Liszt rompe com a escola clássica de Binding, defendendo a utilidade do direito penal.⁴⁸ Para Liszt, o direito penal teria tarefas determinadas de acordo com o tipo de delinquente. Ao eventual, que não precisa de ressocialização, bastaria uma pena “lembrete”, suficiente para causar temor e não delinquência. Ao delinquente semi-habitual, passível de reabilitação, deveriam ser aplicados métodos educacionais durante a execução da pena. Já ao criminoso habitual, deveria ser imposta a neutralização por tempo indeterminado.⁴⁹

Liszt conceituou as primeiras linhas sobre periculosidade social ao comparar o delinquente habitual com uma doença social, um câncer, que ele visualiza nos “mendigos, vagabundos, prostituídos de ambos os sexos, alcoólicos, rufiantes, degenerados espirituais e corporais”, que, para ele, constituem inimigos da ordem social.⁵⁰

La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento

47 Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade bem explicam que teorias multifatoriais não são verdadeiramente teorias, porque não relacionam às variações de uma variável com as variações de outra ou outras variáveis. Podem-se elencar inúmeros fatores para o crime em uma única teoria, mas isso seria mera redundância. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op.cit.*, p. 158.

48 ASHTON, Peter Walter. As principais teorias de direito penal. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, v. 12, p. 237/246, 1996. p. 243.

49 “En general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida para observaciones ulteriores: 1) corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella; 2) intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección; 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección”. LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 115.

50 Traduzimos livremente os termos. *Ibidem*, p. 116.

exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y demimondaines en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delincuentes.

Devidamente colocadas no contexto social e temporal em que foram proferidas, as palavras de Liszt tiveram o mérito de levar a dogmática penal - a partir da escola positiva da criminologia - a rediscutir a finalidade da pena, até então tida como necessariamente retributiva pelo mal causado, mas que, com a colocação do crime como doença social, passa a receber também o atributo da prevenção, ou seja, da pena como uma defesa social. Do embate entre Franz Von Liszt e Birkmeyer, surgem as primeiras linhas teóricas sobre o que seria a medida de segurança como nova medida além da pena, não apenas para retribuir o mal ao delinquente, mas também tentando convertê-lo em membro útil a sociedade ou, se impossível, ao menos “inoculá-lo” da convivência social.⁵¹

Nesse ponto, que revisitaremos mais à frente, especificamente com relação às medidas de segurança, é inegável a influência dos estudos criminológicos, principalmente da escola positiva, como bem assentou Fragoso:⁵²

[...] a Criminologia, em consequência de sua pesquisa causal-explicativa do delito, realizada com o método indutivo, procura libertar-se dos limites que lhe impõe o Direito Penal, e, em suas conclusões, não raras vêzes, vem contrariando certos princípios fundamentais da dogmática jurídico-penal, especialmente em relação à sanção penal. Por sua índole naturalista, esta disciplina oferece ou procura oferecer explicações causais, e, assim, propugna soluções para o combate à criminalidade inteiramente despidas do sentido ético que inspira a sanção. [...] E o direito positivo permite aproveitar as profícuas conclusões da Criminologia, com as medidas de segurança, que têm finalidade puramente preventiva, e, assim, permitem a realização daquelas providências que visem à readaptação ou à recuperação social do delinqüente, correspondendo à tendência correcionalista que modernamente domina a técnica penitenciária [...].

1.3. Análise jurídica da culpabilidade: finalidade da pena, imputabilidade, livre arbítrio e as medidas de segurança

51 ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. **As medidas de segurança em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, 2009, p. 53/63.

52 FRAGOSO, Heleno Claudio. O problema da pena. **Revista forense**, n. 161, set/out de 1955, p. 61/62.

Do ponto de vista jurídico, é pela teoria do delito que se estabelece tecnicamente a quem se deve imputar fatos tidos como criminosos e quem por eles deve responder. Apesar das divergências e categorias, o fato é que “é preciso comprovar que alguém se comportou da maneira prevista na lei, que esse comportamento não estava autorizado nas circunstâncias em que teve lugar e que seu autor tinha condições pessoais requeridas para ser responsabilizado”.⁵³

Assim, de forma bastante resumida, juridicamente, o fato criminoso pode ser dissecado de forma analítica em elementos ou características do crime. Para Basileu Garcia, seriam quatro elementos: a “ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível”. Entretanto, essa posição quadripartite foi abandonada porque o fato não deixa de ser criminoso por não acarretar a efetiva imposição de pena (não ser punível).⁵⁴ Assim, passou-se a considerar o crime como “ação típica, antijurídica e culpável”, tanto pelos adeptos da teoria causalista (naturalista) da ação, como pelos adeptos da teoria finalista.^{55, 56}

Em resumo, para os criminalistas modernos, então, o “crime é o fato humano típico e ilícito, em que a culpabilidade é o pressuposto da pena, e a periculosidade, o pressuposto da medida de segurança”.⁵⁷

No âmbito da tipicidade, verifica-se se determinada conduta está prevista em lei como crime, ou seja, se a conduta é típica. Já no aspecto da ilicitude, verifica-se a existência de alguma situação que legitime a conduta, como, por exemplo, a legítima defesa. Por fim, no âmbito da culpabilidade é que se faz o juízo de reprovação de quem cometeu o crime, verificando, por exemplo, como essa pessoa agiu e se poderia ter agido de outra maneira.

53 BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177/181.

54 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 do CP**. 36. ed. ed., rev. e atual.. São Paulo: Atlas, 2021. v. 1, p. 83.

55 “Quem aceita um conceito tripartido de crime tanto pode ser clássico como finalista. De fato, Hans Welzel, criador do finalismo penal, definia o crime como o fato típico, ilícito e culpável [...] A distinção entre os perfis clássico e finalista reside, principalmente, na alocação do dolo e da culpa, e não em um sistema bipartido ou tripartido relativamente à estrutura do delito, como veremos na análise da conduta”. MASSON, Cleber. **Direito Penal - parte geral (art. 1º ao 120)**. 14. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 165.

56 Apesar de haver divergência doutrinária, a partir da reforma penal de 1984, há prevalência doutrinária no sentido de que o legislador deu a entender ter adotado a teoria bipartite, principalmente porque prevê que “não há crime” quando trata das excludentes de ilicitude (art. 23 do Código Penal), ao contrário do que faz com as causas de exclusão da culpabilidade, em que prevê que o autor é “isento de pena” (arts. 26, caput, e 28 §1º). *Ibidem*, p. 166.

57 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Op. cit.*, p. 84.

Na teoria do delito, destrinchando o conceito analítico de crime, os adeptos da corrente bipartite consideram a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura de uma conduta que foi considerada típica (tipicidade) e ilícita (antijuridicidade). Para esses, portanto, crime é o fato típico e ilícito. A culpabilidade não é um terceiro substrato do conceito analítico, mas mero requisito para aplicação da pena.

Para outros, sem culpabilidade, não há crime, porque ela é o terceiro elemento do conceito analítico de crime, na sequência da tipicidade e da ilicitude, de modo que, se não houver culpabilidade, não haverá crime.

De todo modo, sendo um terceiro elemento do próprio crime, ou um pressuposto para aplicação da pena, a culpabilidade serve para reservar a aplicação do direito penal contra alguém que atue criminosamente quando podia agir de outra forma, quando podia entender que era errado o que fazia e quando possuía meios de se comportar da maneira correta.

Não basta a comprovação da prática de uma ação típica e ilícita para responsabilizar o seu autor. “A responsabilidade penal está condicionada ao fato de o autor ter agido culpavelmente”⁵⁸, e a definição dessa culpabilidade, ou seja, das condições pelas quais alguém pode ser considerado responsável, depende do ponto de vista que se adote com relação à pena.

A “luta de escolas” ocorrida no século XIX levou a uma disputa sobre quais seriam os princípios legitimadores do direito penal. Como visto, foi justamente da discussão sobre a finalidade da pena que surgiram as medidas de segurança como espécies diferentes de sanção em resposta à necessidade de prevenção e não apenas retribuição do mal causado.

Analisando a história do Direito Penal após a superação do período da vingança (até o século XVIII), as escolas podem ser divididas no período humanitário e no período científico ou criminológico, retratando profundas transformações na dogmática penal no que se refere à teoria do delito e às finalidades da pena.⁵⁹

No chamado período humanitário, a escola clássica tinha como critério as teorias absolutas da pena, pelas quais a pena só seria legítima se fosse uma

58 BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. *Op. cit.*, p. 379.

59 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo**. A terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 87.

retribuição a uma lesão cometida culpavelmente. “A teoria absoluta considera a pena intrinsecamente justa, inculcando-a como remédio para o mal acontecido, sendo o seu fundamento o princípio moral - *punitur quia peccatum est*”⁶⁰ (punir porque é pecado).

Já no período científico ou criminológico, a escola positiva propunha o critério da utilidade, por suas teorias relativas, que legitimavam a pena a partir de sua finalidade, de sua utilidade, em caráter preventivo geral, de intimidação à coletividade, ou preventivo especial, para intimidar o indivíduo autor.⁶¹ As teorias relativas, assim, emprestam à pena a finalidade política e de utilidade. A pena é instrumento de prevenção de outros delitos, ou seja, pune-se para que não se peque (“*punitur ne peccetur*”).⁶²

Essas doutrinas utilitaristas, como bem resume Luigi Ferrajoli, podem ser divididas quanto aos destinatários (se a sociedade em geral, ou ao indivíduo em especial) e quanto à natureza das prestações da pena (se negativa ou positiva).

Assim, surgem quatro doutrinas relativistas ou utilitaristas: a) doutrinas de prevenção especial positiva ou da correção, em que a pena tem a função positiva específica de corrigir o réu; b) doutrinas da prevenção especial negativa ou incapacitação, que dão à pena a função de eliminar ou neutralizar o réu; c) doutrinas da prevenção geral positiva ou de integração, que dão à pena a função positiva geral de reforçar a fidelidade dos cidadãos na ordem social; d) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que dão à pena a função de dissuadir os cidadãos por meio da ameaça que a pena constitui.⁶³

A prevenção especial individual do positivismo ditou legislações no século XX, devendo-se bastante de seu lastro teórico às mencionadas pesquisas de Franz Von Liszt. Entretanto, a dita prevenção especial individual dependeria da catalogação de cada criminoso, nitidamente vinculada à antropologia criminal. Então, na década de 1960, essa prevenção especial sofreu adaptações a partir de conhecimentos pedagógico-sociais, com a demonstração de causas ou fatores sociais que contribuem para o fenômeno criminal, o que levou ao

60 *Ibidem*. p. 117.

61 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 22.

62 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 111.

63 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 244/245.

abandono do causalismo antropológico e biológico das teorias da escola positiva da criminologia.⁶⁴

Surgiram então teorias unitárias, buscando compatibilizar as teorias absolutas dos clássicos e as teorias relativas dos positivistas, conciliando as justificativas do direito de punir tanto na necessidade de repressão como de prevenção. Ou seja, para essas teorias, a pena será legítima se for, ao mesmo tempo, justa e útil.

Foi nesse espectro que Claus Roxin propôs sua concepção dialética da pena a partir de cada momento: no momento da ameaça, o fim da pena seria preventivo geral; no momento da aplicação da pena, os fins preventivos seriam limitados pela gravidade da culpabilidade; e, no momento da execução, teriam prevalência os fins ressocializadores.⁶⁵

Também conciliador, Ferrajoli prega a prevenção geral negativa, mas não apenas para prevenir delitos, mas também de prevenir reações públicas ou privadas arbitrárias, ou seja, castigos injustos.⁶⁶

Em outro campo, teorias assim chamadas de deslegitimadoras, como o abolicionismo penal, o minimalismo radical e o minimalismo moderado, insurgem-se contra a existência do Direito Penal, recusando a legitimação do Estado para punir, porque criaria mais problemas do que os resolveria, além de ser arbitrário e seletivo.⁶⁷

Na classificação de Ferrajoli, as doutrinas abolicionistas acusam o direito penal de ilegítimo, seja porque moralmente não admitem qualquer justificativa para as aflições que impõe, seja porque a abolição da sanção punitiva se mostra mais vantajosa. Outras vertentes, mais propriamente substitutivas, são as que pregam a sua substituição por “tratamentos”. Meramente reformadoras, outras vertentes preceituam a redução da esfera de intervenção penal ou a abolição da pena de reclusão carcerária em favor de sanções menos aflitivas.⁶⁸

Mais recentemente, considerando que as teorias preventivas tradicionais não se puderam comprovar empiricamente, e que, por isso, os fins de ressocialização e coação psicológica não se mostraram verdadeiramente

64 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 27.

65 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 29/30.

66 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p.

67 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p.

68 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 231.

alcançáveis, passou-se a postular que a função da pena é a prevenção geral positiva. A reação estatal ao crime reafirmaria e asseguraria as normas. O direito penal funcionaria como meio de manutenção da norma, reforçando a confiança geral nas próprias normas. “O direito penal, visto a partir desta perspectiva, cumpre uma função reparadora do equilíbrio de um sistema social perturbado pelo delito”.⁶⁹

Evidenciando uma crise na legitimação da pena fundada basicamente na retribuição e na prevenção, e buscando novas hipóteses de legitimação para a pena, a doutrina alemã buscou resgatar a função de prevenção geral positiva⁷⁰. Talvez o maior expoente nesse campo, Jakobs defende que a pena não é intimidatória, mas positiva, confirmatória, uma confirmação frente a todos:⁷¹

[...]o ilícito é um mal e o dever de suportar o custo deste mal que incumbe ao autor é também um mal. Contudo não é possível definir a pena como a aplicação de um mal pelo mal cometido: seria irracional pretender causar um mal simplesmente porque já existe outro mal; esta sequência dos males somente os considera seu caráter superficial. A pena deve ser definida positivamente: é demonstração da validade da norma a cargo de quem era competente (para seu cumprimento). Desta maneira salta à vista um mal, mas a pena cumpre sua função por meio deste efeito, mas somente com a estabilização da norma lesionada.⁷²

Não se olvide que, apesar da teoria da prevenção geral positiva trazer uma função social utilitária à pena, que poderia dar azo à “vingança da multidão anônima”⁷³, é plenamente possível compatibilizá-la com outras teorias absolutas, que possibilitem a limitação da duração da pena. Igualmente, não impede nem é obstáculo à tentativa de ressocialização⁷⁴.

Embora aqui posta de forma resumida, essa discussão sobre a finalidade da pena é importante porque é a partir dela que se poderá traçar as condições para a definição da culpabilidade do autor de um fato criminoso.

Isso porque historicamente os conceitos de culpabilidade ficaram atrelados ou às teorias absolutas da pena, ou às teorias relativas da pena. Para os primeiros, sendo a pena a retribuição do mal causado, o foco é o fato causado,

69 BACIGALUPO, *Op. cit.*, p. 32.

70 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 131.

71 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 132.

72 Gunther Jakobs. BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

73 Termo utilizado pelo professor Alexandre. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 139.

74 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 31.

em uma culpabilidade que se pode chamar de culpabilidade do fato. Para os adeptos das teorias relativas, de outro lado, o pressuposto é a prevenção especial, de modo que se pode falar em culpabilidade do autor, podendo-se avaliar sua conduta antes e depois do fato, como mais ou menos reprováveis, a exemplo da reincidência.⁷⁵

Alexandre Rocha Almeida de Moraes bem resume essas posições: “a) absolutas: não peque (*punitur quia peccatum est*); b) relativas ou utilitárias: pune-se porque pecou e para que não peque (*punitur ut ne peccetur*) e c) mistas: pune-se para que não peque (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)”.⁷⁶

Assim, as diversas noções da culpabilidade oscilaram entre um conceito relacionado à vontade livre (teorias absolutas) e outro que se relaciona mais ao caráter do autor (teorias preventivo-especiais). Já modernamente, para Enrique Bacigalupo, “com base na teoria da prevenção geral positiva, sugere-se um conceito de culpabilidade que não se baseia nem na liberdade nem no caráter do sujeito, mas nas alternativas sociais à solução penal do conflito”.⁷⁷

1.3.1. Teorias da culpabilidade

Entender o conceito de culpabilidade é importante quando se pretende explicar em que condições um autor pode ser considerado culpável de uma ação típica e antijurídica. Os conceitos de culpabilidade, como visto, entretanto, evoluíram pelo tempo.

A primeira vertente foi a chamada teoria psicológica da culpabilidade, pela qual se exigia, para haver culpabilidade, que houvesse vontade e previsibilidade, traduzidas nos conceitos de dolo (vontade) e culpa em sentido estrito (previsibilidade), levando à conclusão de que a culpabilidade seria puramente psicológica (daí teoria psicológica da culpabilidade), eis que residiria na ligação psíquica entre o autor e o fato praticado (com dolo ou culpa).⁷⁸ A vontade seria causal do fato ilícito tanto no caso de dolo como no de culpa.⁷⁹

Pela teoria psicológica, a culpabilidade dependeria de haver relação causal entre a vontade da pessoa e o evento; a desaprovação do fato; e a

75 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 380.

76 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p.

77 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 381.

78 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Op. cit.*, p. 191.

79 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 386.

consciência de contrariedade ao dever. Entretanto, várias críticas surgiram a essa teoria, percebendo-se, por exemplo, que não explicava a culpa inconsciente, em que o sujeito não prevê o resultado, mas poderia tê-lo previsto, e que, por isso, obviamente, não há relação psíquica entre o autor e o resultado (que não foi previsto).

Daí o surgimento da teoria psicológico-normativa, ou normativa da culpabilidade, exigindo o dolo e a culpa (na parte psicológica) e também o juízo normativo de reprovabilidade, que decorreria da existência de consciência sobre a ilicitude pelo agente, ou ao menos possibilidade de conhecimento⁸⁰. Para os adeptos dessa teoria da culpabilidade, “os seus elementos psicológicos, quais sejam, dolo e culpa, estão no agente do crime, enquanto o seu elemento normativo está no juiz”.⁸¹

A partir do desenvolvimento da teoria finalista da ação, entretanto, essas conclusões passaram a ser contestadas, porquê, para os finalistas, a ação humana não pode ser dissociada de sua finalidade, isto é, o fim da ação é inseparável da própria ação. Assim, retirado o dolo (a vontade) de agir, o que não existe é a própria conduta dolosa. Para os finalistas, portando, dolo e culpa são elementos do fato típico e não da culpabilidade. Daí o surgimento da teoria normativa pura da culpabilidade, pela qual a culpabilidade não deve ter elementos psicológicos (dolo e culpa são deslocados para o fato típico). Assim, restam como elementos da culpabilidade, nesse desenvolvimento: 1. a imputabilidade; 2. a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato; e 3. a exigibilidade de conduta diversa.^{82, 83}

Ou seja, para que uma conduta seja culpável (reprovável criminalmente),

80 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Op. cit.*, p. 192.

81 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 21.

82 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Op. cit.*, p. 193.

83 “Segundo a doutrina normativa pura, amplamente adotada pelos autores pátrios, conforme escrevemos noutro momento, “a culpabilidade, hoje, confunde-se com um juízo de reprovação levado a efeito pelo julgador e que recai sobre o agente capaz que detinha no momento em que praticou o fato delituoso ao menos a possibilidade do conhecimento do penalmente proibido, sendo que sobre ele se poderia exigir um comportamento conforme a vontade da norma”. **29 Reale Júnior 30** vai além, entendendo que a imputabilidade constitui pressuposto da própria ação. Assim, o sujeito só poderá responder pelo crime se tinha capacidade de entender o fato delituoso ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (CP (LGL\1940\2), art. 26, *caput*), ou responder ao processo se estiver no gozo de suas faculdades mentais que lhe possibilitem compreender a realidade. Disso cuida o incidente de insanidade mental”. SILVA, Angelo Roberto Ilha da. Uma breve aproximação das questões e processos incidentes no sistema processual penal brasileiro e as garantias constitucionais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 111-122, jul./set. 2005.

é necessário verificar se o autor tem alguma capacidade psíquica de se autodeterminar, entendendo a ilicitude da conduta para se adequar. É a chamada imputabilidade. Mais ainda, é preciso verificar se havia possibilidade de o sujeito conhecer a ilicitude do que fazer, ou seja, potencial consciência da ilicitude. Por fim, é necessário também que, no caso concreto, fosse exigível postura diferente do sujeito, porquê, em alguns casos, não é possível exigir que fosse adotada postura diferente.⁸⁴

No que pertine ao objeto do presente estudo, interessa analisar o primeiro elemento da culpabilidade: a imputabilidade.^{85, 86} Ela é “o mínimo de capacidade do agente para compreender as conotações antijurídicas de seu comportamento e para determinar-se conforme esse entendimento”.⁸⁷ Ou seja, é dentro da culpabilidade que se discute a imputabilidade como sendo a capacidade da pessoa de ter contra si a imputação de um crime, porque compreende o injusto do que fez, e tem capacidade de se determinar de acordo com esse entendimento.

Interessante, entretanto, o apontamento de Antonio Carlos da Ponte sobre a diferença conceitual entre imputabilidade e responsabilidade. Apesar de nossa legislação não ter dado o conceito de responsabilidade penal, o professor explica que pela responsabilidade se reconhece o fato como atribuível a uma pessoa e impõe ao seu autor a sujeição a determinadas consequências jurídicas (penas, medida de segurança, indenização etc.). Já imputabilidade diz respeito ao estado de espírito do agente, relativo ao momento da execução do fato e que o capacita a responder perante o poder público. Imputabilidade é atribuir a alguém a causa de um efeito determinado, enquanto responsabilidade é obrigar alguém

84 O alerta de Enrique Bacigalupo sobre a ordem de análise desses requisitos é importante: “A ordem em que esses elementos se apresentam tem consequências práticas: a exclusão da imputabilidade elimina a punibilidade, mas determina por si só a possibilidade de aplicar ao autor alguma medida de segurança, ainda que tenha agido mediante erro de proibição inevitável. Não obstante, em tais hipóteses o autor não deveria ser considerado perigoso”. Para o autor, inverter a ordem resolveria o problema, tratando em primeiro lugar a questão da consciência (potencial) da ilicitude e depois da imputabilidade. BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 389.

85 Há quem entenda que a imputabilidade não é elemento da culpabilidade, e sim seu pressuposto.

86 Bem lembra Antonio Carlos da Ponte que imputabilidade não se confunde com responsabilidade, e que corretamente o Código Penal teve seu art. 26 alterado para constar o termo imputabilidade em vez de responsabilidade, isso porque a responsabilidade decorre da imputabilidade, a partir do reconhecimento de que o fato é atribuível a uma pessoa que, responsável, se sujeitará a consequências jurídicas. PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 24/26.

87 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 28.

a ressarcir dano e sofrer determinada pena.

Esse movimento pela exigência de uma “responsabilidade penal” deriva do funcionalismo, a partir do qual a dogmática penal passa a ser abordada de forma conjunta com critérios de política criminal. Assim, além da culpabilidade, ao seu lado, passa-se a exigir também a responsabilidade, no sentido de que a aplicação da pena seja necessária, fato que é apenas indicado pela existência da culpabilidade.⁸⁸

De todo modo, em nossa legislação, o conceito de imputabilidade é negativo, isto é, a lei traz as situações em que não haverá imputabilidade, ou seja, a pessoa será considerada inimputável ou semi-imputável quando não houver “certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento ético-jurídico e faculdade de autodeterminação”.⁸⁹

1.3.2. Conceito de transtorno mental, doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a constatação de inimputabilidade

Como visto, só haverá culpabilidade se houver *imputabilidade*, ou seja, se o sujeito com suas condições psíquicas podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito; bem como se *houver possibilidade de conhecimento da ilicitude*; e, ainda, apenas se houver *exigibilidade de conduta diversa*, ou seja, fosse possível exigir, nas circunstâncias, que tivesse tomado conduta diferente.⁹⁰

De interesse a esse estudo, é o primeiro elemento da culpabilidade, a imputabilidade. De acordo com o Código Penal, a ausência de imputabilidade pode decorrer de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*). Nesses dois casos, é necessário avaliar a situação específica da pessoa. Há também uma terceira hipótese, que não é o objeto do presente estudo, mas deve ser mencionada, que é a inimputabilidade pela menoridade, em que a legislação presume a incapacidade de entendimento dos menores de 18 anos (art. 27). E ainda, o caso de embriaguez fortuita completa (art. 28, parágrafo 1º).

⁸⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. Imputabilidade penal e o acordo de não persecução penal: ensaio sobre a aplicação da justiça penal negociada para inimputáveis e semi-imputáveis. In: CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.). **Acordos de não persecução penal e cível**. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2021, v. 1, p. 265-296.

⁸⁹ PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 29.

⁹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Op. cit.*, p. 194.

Para chegar a essa conclusão sobre quem deve ser considerado inimputável, os mais diversos ordenamentos jurídicos podem ser divididos em três critérios. Há os que adotam apenas o aspecto biológico ou psiquiátrico; os que adotam apenas o critério psicológico; e os ordenamentos mistos, que adotam um critério biopsicológico.

É a mesma lição no direito estrangeiro:⁹¹

Culpabilidad, es culpable quien actúa de una manera, cuando podía libremente obrar de otra. Quien pudiendo abstenerse de realizar la acción tipificada, decide actuar en contra de lo prohibido. La capacidad de culpabilidad tiene un momento (cognoscitivo) (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad (conforme a sentido). Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad. En la regulación de las causas de inimputabilidad basadas en una enfermedad, anomalía o trastorno mental suelen adoptarse en los Códigos Penales tres tipos de fórmulas: psiquiátricas o biológicas, psicológicas y psiquiátricos-psicológicas.

Pelo critério unicamente biológico, bastaria a constatação de alguma doença mental para que se conclua pela inimputabilidade, pouco importando se, no caso concreto, realmente faltavam os elementos psíquicos do agente.

Já pelo critério psicológico, a atenção é voltada para a perturbação psíquica, dispensando a positivação de uma enfermidade, e focando em verificar se, no momento do crime, o autor estava ou não perturbado em suas faculdades mentais, pouco importando a razão dessas alterações.⁹²

O critério mais completo é mesmo o biopsicológico que, à exceção do caso da menoridade, foi o adotado pelo Código Penal brasileiro, combinando os dois critérios anteriores. No aspecto biológico, é necessário verificar se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto, porquê, se não for, será imputável. Em um segundo momento, é preciso ver se ele era capaz de entender o caráter ilícito do fato; se não era, será inimputável. Se era, é necessário em seguida verificar se tinha como se comportar de acordo com essa consciência, porque se não tinha como, será também inimputável.⁹³

Assim, no critério adotado por nossa legislação, são levadas em conta eventuais doenças (aspecto biológico), mas também o momento psicológico em que o autor se encontrava, de modo que o art. 26 do Código Penal considera

91 ARCO, Jorge Núñez de. **Victimologia y violència criminal**. Um enfoque criminológico y psicológico. La paz: Ed. Academia Boliviana de Ciencias jurídico penales, 2010, p. 30.

92 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 37.

93 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 38.

isento de pena o agente que, “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Já no parágrafo único do mesmo artigo, o Código Penal menciona que a pena pode ser reduzida se o agente possuir “perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado” que não o permitisse entender inteiramente o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

As expressões “doença mental”, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, perturbação da saúde mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado referem-se ao aspecto biológico da análise de inimizabilidade. A literatura psiquiátrica e as definições do Código Penal divergem um pouco com relação a esses termos, de modo que vale verificar o que significa cada um deles.

De todo modo, fato é que não basta o aspecto biológico (leia-se genericamente algum tipo de transtorno mental) para ser considerado inimputável, pois sabe-se que algumas patologias oscilam de fases de crise para fases de normalidade, sendo necessário aferir se, no momento dos fatos, o agente entendia o caráter ilícito do que fazia, e podia se determinar de acordo com o entendimento correto.⁹⁴

As etapas para constatação da inimputabilidade, portanto, são assim resumidas por José Taborda, Miguel Chalub, e Gabriela Costa: 1. Exame de insanidade mental para verificar se havia ou não transtorno mental à época do fato e qual transtorno; 2. Constatar o nexo de causalidade entre o transtorno verificado e o fato praticado, ou seja, que o fato criminoso foi expressão sintomatológica do transtorno mental; 3. Avaliação da capacidade de entendimento, ou seja, uma vez presente o transtorno, e conectado ao fato praticado, ainda é preciso constar se essa situação aboliu ou reduziu a capacidade de entendimento do caráter ilícito da ação ou omissão; finalmente, verificação da capacidade de determinação, eis que é possível que mesmo

94 Reflexão interessante de Jorge Nunez de Arco Mendoza sobre o direito boliviano, cujo texto legal é bem parecido com o brasileiro. “Evidentemente, si nos atenemos a la letra muerta, está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental, hablaría de que si una persona padece de una enfermedad mental, está exenta de pena. Pero entonces, una neurosis fóbica, es una enfermedad mental, si causa muerte en otra persona, sería inimputable. Y como veremos más adelante, una neurosis fóbica no tendría nada que ver con el comprender de la antijuridicidad o de su voluntad”. ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 89.

normal a capacidade de entendimento, que tenha ocorrido abolição ou redução da capacidade de autogoverno.⁹⁵

Verifica-se que os autores e a literatura psiquiátrica utilizam o termo “transtorno mental” de maneira abrangente. Isso se dá porquê, para a literatura especializada, a expressão transtorno mental engloba “as quatro categorias previstas pelo Código: doença mental, perturbação da saúde mental, desenvolvimento mental retardado e desenvolvimento mental incompleto, embora a última não configure propriamente uma anomalia mental”⁹⁶.

Como bem explica Hygino de Carvalho Hercules:⁹⁷

A expressão transtorno mental é usada pela 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, e abrange todas as patologias mentais que podem ser enquadradas nos termos e expressões usadas pelo CP no seu artigo 26. Mas o CP ainda emprega a expressão “desenvolvimento mental incompleto”, que não corresponde a transtorno mental algum. Refere-se aos silvícolas e aos surdos-mudos que não foram adequadamente instruídos. No critério biopsicológico, adotado por nosso Código, o diagnóstico do transtorno mental é a vertente biológica.

O termo doença mental, em tese, também deveria ser abrangente: “a psiquiatria sempre se valeu da expressão doença mental e equivalentes (enfermidade mental, moléstia mental, distúrbio psíquico e outras) para designar toda e qualquer anormalidade que acometesse o psiquismo”⁹⁸. Entretanto, no Código Penal, o sentido de “doença mental” é mais restrito, referindo-se apenas aos casos de alienação mental, que compreendem as patologias mentais graves (psicoses e demências), excluindo transtornos da personalidade, parafilias, e os quadros de neurose em geral. Por isso, já que pretendia restringir, seria interessante que a lei tivesse usado o termo “alienação mental” como já ocorre em outras leis.

Já o termo “perturbação mental” utilizado pela lei penal não é, na realidade, uma categoria psiquiátrica. A intenção do legislador era abranger os indivíduos fronteiriços, diante da controvérsia da década de 1930 com relação aos anormais psíquicos, psicopatas. Seguindo essa orientação, a doutrina médico-legal interpreta o disposto na lei para abranger transtornos da

⁹⁵ ABDALLA-FILHO, E. **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2016, p. 231.

⁹⁶ ABDALLA-FILHO, E. *Ibidem*, p. 232.

⁹⁷ HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina Legal: texto e atlas**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 671.

⁹⁸ ABDALLA-FILHO, E. *Op. cit.*, 2016, p. 233.

personalidade, parafilias e neuroses.⁹⁹

De outro lado, a expressão desenvolvimento mental retardado refere-se às pessoas com deficiência mental, oligofrenia e deficiência intelectual (retardo mental). Dependendo do nível e da intensidade, o caso poderá ser enquadrado tanto no *caput* do artigo 26 (inimputabilidade) como no parágrafo único (semi-imputabilidade).¹⁰⁰

O termo “desenvolvimento mental incompleto” refere-se a casos especiais, não necessariamente transtornos mentais, mas que revelam comprometimento da capacidade de entendimento ou determinação. Justificava-se a previsão legal em virtude da grande taxa de analfabetismo da população e porque grande parte dos silvícolas era aculturada quando da edição do Código Penal em 1940. Assim, podem entrar nessa categoria silvícolas não adaptados, surdos-mudos e pessoas com grau alto de primitivismo que permitam questionar suas capacidades intelectivas e volitivas, mesmo que não deficientes mentais. Entretanto “cada vez menos essa categoria é encontrável na prática forense, estando destinada ao armário das antiguidades”.¹⁰¹

Assim, temos que “doença mental” se refere a psicoses, epilepsia ou demência. Já o “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” se refere aos oligofrênicos (deficientes mentais), enquanto “perturbação da saúde mental” é conceito mais amplo, englobando psicopatas, neuróticos e doentes mentais em fase inicial.¹⁰²

No direito boliviano, explica Jorge Nunez, o termo usado é antiquado, “alienação” (enajenación), para referir-se à enfermidade mental que cause a perda das faculdades cognitivas que façam com que o autor não possa compreender a antijuridicidade de sua ação. E bem resume o autor as situações clínicas possíveis como sendo as psicoses do círculo esquizofrênico e maníaco-depressivo; o transtorno delirante paranoide; os transtornos mentais orgânicos como a demência degenerativa e as associadas ao álcool e substâncias psicoativas; e a debilidade e retardo mental severo (oligofrenias).¹⁰³

⁹⁹ ABDALLA-FILHO, E. *Op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁰ ABDALLA-FILHO, E. *Op. cit.*, p. 234.

¹⁰¹ ABDALLA-FILHO, E. *Op. cit.*, p. 235.

¹⁰² HERCULES, Hygino de Carvalho. *Op. cit.*, p. 671.

¹⁰³ “Es una eximente. Está exento de pena el que, en el momento del hecho, por enfermedad mental, así se refiere nuestro código penal, la persona, no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión. Aunque sin embargo en el artículo

Algumas dessas situações clínicas merecem detalhamento no que se refere a essa capacidade de entendimento e livre arbítrio do indivíduo. As neuroses, por exemplo, hoje mais tratadas como transtornos de ansiedade e somatoformes, têm origem psicológica, e é muito difícil que haja comprometimento da capacidade de agir e entender os atos praticados, mas não é impossível. Alguns transtornos, como o obsessivo compulsivo, têm um substrato biológico e podem ser tão intensos que, apesar de a pessoa reconhecer que não há sentido na ação, se vê impedida de não a realizar, repetindo-as constantemente e sofrendo forte angústia com isso.¹⁰⁴

Já nos episódios depressivos, há evidências médicas de que podem decorrer de fatores endógenos (bioquímicos internos) ou exógenos (de fatores externos, como um evento traumático), mas, nesses casos, a probabilidade de a pessoa vir a cometer crime é muito pequena. Entretanto, atualmente a depressão está catalogada em um grupo maior de transtornos, que é o transtorno afetivo, dentro do qual está o transtorno afetivo bipolar, quando a pessoa apresenta episódios de depressão alternados com episódios de mania. Na predominância de episódios maníacos, é grande a possibilidade do sujeito ser considerado inimputável.¹⁰⁵

Por sua vez, no retardo mental, a análise é de inteligência, da capacidade para resolver problemas, para distinguir, num evidente fator biopsicológico, no qual, quanto maior a deficiência, maior o “grau” de inimputabilidade.¹⁰⁶ No retardo mental grave, a delinquência é geralmente baixa, porque os indivíduos ou estão sob controle da família ou internados, mas os delitos sexuais são comuns, geralmente dentro da própria família. Já os indivíduos com retardo mental moderado e leve estão mais sujeitos a serem sugestionados por outras pessoas a cometerem crimes do que eles próprios realizarem esses atos. Os

74 del código penal, se habla de un término antiguo: enajenación. Se alude a una enfermedad mental de tal trascendencia que cause pérdida de las facultades cognitivas, de manera que no pueda comprender la antijuridicidad de su acción. Por lo que se puede referir a las siguientes entidades clínicas: Las psicosis y sobre todo las del círculo esquizofrénico y las del círculo maniaco-depresivo. - El Trastorno Delirante Paranoide - Los Trastorno Mentales Orgánicos, fundamentalmente la Demencia Degenerativa, así como las asociadas al consumo de alcohol o de sustancias psicoactivas. - La Debilidad o Retraso Mental Severo (clásicamente denominada Oligofrenia) aunque en algunos casos limitarían la capacidad de entendimiento de los hechos”. ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 85.

104 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 90.

105 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, 2010, p. 91.

106 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 92.

quadros graves e moderados, em regra, geram inimizabilidade, enquanto os quatro leves caem na semi-imizabilidade.¹⁰⁷

Antes chamadas simplesmente de psicoses, as esquizofrenias afetam a capacidade de entender a realidade e suas exigências, com ideias delirantes, geralmente com alucinações, linguagem desorganizada e sintomas negativos como pobreza afetiva. Entretanto, a esquizofrenia paranoide difere um pouco, porque não apresenta linguagem desorganizada ou pobreza afetiva, mas sim preocupação com uma ideia delirante. Como há a criação de uma realidade paralela, pessoas com esse transtorno geralmente serão inimutáveis. Contudo, se estiverem fora da fase delirante, poderão ser semi-imutáveis.¹⁰⁸

Já nas demências, a questão é na memória, que, sendo orgânica, progressiva e irreversível, levará à inimutabilidade, embora no começo, nas fases iniciais, possa indicar apenas semi-imizabilidade. Qualquer que seja a causa, entretanto, estarão presentes déficits cognitivos importantes na memória, raciocínio, capacidade de abstração e juízo de realidade.¹⁰⁹

Por sua vez, nas psicopatias, há o chamado transtorno de personalidade antissocial. Apesar do termo psicopatia ter origem no grego *psyche* (mente) e *páthos* (doença), significando doença da mente,¹¹⁰ trata-se de um transtorno de personalidade ligado a desvios quantitativos das características normais e não propriamente uma doença mental, mas seus portadores tampouco podem ser considerados normais.¹¹¹ Outro termo comumente utilizado para definir o transtorno é “sociopatia”, que pode ser tido como sinônimo utilizado por aqueles que preferem o termo por dele se inferir que são, na realidade, fatores sociais desfavoráveis os mais capazes de causar o problema (e não fatores genéticos,

¹⁰⁷ VALENÇA, Alexandre Martins; CHALUB, Miguel; MENDLOWICZ, Mauro Vitor; MECLER, Kátia; NARDI, Antonio Egidio. **Responsabilidade penal nos transtornos mentais**. J. bras. psiquiatr; 54(4): 328-333, out.-dez. 2005.

¹⁰⁸ ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁹ VALENÇA, Alexandre Martins; CHALUB, Miguel; MENDLOWICZ, Mauro Vitor; MECLER, Kátia; NARDI, Antonio Egidio. *Op. cit.*

¹¹⁰ DURAN, Ricardo. **O psicopata serial killer e a reação estatal: entre a punição e a proteção social**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2022, p. 190.

¹¹¹ “A palavra psicopata significa literalmente mente doente, mas, embora possam desenvolver estados temporários de doença mental como outra pessoa qualquer, os psicopatas não são dementes. Eles têm total consciência e controle do seu comportamento. Seus atos são ainda mais assustadores por não poderem ser considerados consequência de uma doença temporária, mas, sim, de uma permanente indiferença fria e calculista em relação aos outros. Os psicopatas não são loucos, mas podem ser muito, muito maus.” DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata**. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 19.

biológicos e psicológicos, como dá a entender o termo psicopatia). De toda forma, ainda não há consenso sobre os termos.¹¹²

A inimputabilidade dessas pessoas, portanto, depende de análise caso a caso, a fim de verificar se podiam entender o caráter ilícito do que faziam, porque é muito comum que o rótulo de psicopata abranja uma série de comportamentos desadaptativos que não trazem alterações psíquicas. “Anormal, porém, não-doente; merecedor de um rótulo, mas dado como irrecuperável. A personalidade psicopática é, assim, definida de maneira contraditória”.¹¹³

Outra situação discutível sobre inimputabilidade é a da drogadição, pois a dependência pode sim gerar enfermidade mental, diferentemente do uso recreativo. A análise de inimputabilidade deve ser feita pelo perito de acordo com o grau de dependência do sujeito, o tanto que o afeta cognitivamente e volitivamente e de acordo com o momento dos fatos. A capacidade de compreender nesses casos de drogadição está alterada na intoxicação aguda, ou no final, quando há lesões cerebrais orgânicas, que alteram a capacidade de se comportar. O tipo de substância também tem influência nessa análise, eis que drogas como a “maconha” dificilmente causa dependência como a heroína, que tem grande potencial de gerar abstinência, na crise da qual há impulsos compulsivos para conseguir a droga.¹¹⁴

Por fim, quadros de epilepsia podem também gerar inimputabilidade, porque desestruturam o conhecimento e a vontade, que se converte em conduta impulsiva.¹¹⁵

Entretanto, a inimputabilidade pode decorrer não exatamente de uma doença, e sim de uma condição mental. É o caso das pessoas que a lei menciona com desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Desenvolvimento mental incompleto abrange os menores de 18 anos, presumidamente inimputáveis, os surdos-mudos, cujo grau de imputação deve ser aquilatado no caso concreto, e os silvícolas inadaptados ao convívio.¹¹⁶

Com relação aos menores de dezoito anos, o critério adotado pela

¹¹² DURAN, Ricardo. *Op. cit.*, p. 196.

¹¹³ RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 115.

¹¹⁴ ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 96.

¹¹⁵ ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 96.

¹¹⁶ PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44/45.

legislação brasileira é puramente biológico, o que não passa livre de críticas desde a legislação do Império, que considerava inimputáveis os menores de 14 anos. A crítica de inegável valor histórico de Tobias Barreto é nesse sentido:

[...] notar no Código este defeito: a taxação legal da menoridade de quatorze annos para tornar irresponsável a todo e qualquer que, no território brasileiro, commetta um acto qualificado criminoso. E isto só por effeito de uma reminiscencia do direito civil, ou melhor do direito romano. Digo reminiscencia do direito romano, porque das fontes prováveis de inspiração do nosso legislador criminal, nenhuma outra lhe poderia aconselhar uma tal disposição. O Code Penal, é singular e digno de reparo, o Code Penal mesmo, que lhe prestou bons serviços, não foi ouvido nesta parle. O art. 66 desse Código eleva a idade, aquém da qual não existe imputação, a dezeseis annos. Disposição esta muito mais salutar, e cuja importância é apenas attenuada pela subtil distincção estabelecida entre o menor que obrou sans discerneinent e o que obrou ayec discernement.¹¹⁷

Já desenvolvimento retardado abrange as pessoas com desenvolvimento mental limitado, ou seja, trata-se das oligofrenias. Não são uma doença específica, mas sim um grupo em que se encontram pessoas acometidas por várias doenças que têm como traço comum a dificuldade ou incapacidade de compreensão, criação e julgamento crítico, impedindo-os de resolver aspectos comuns da vida cotidiana. São divididas em três níveis: os idiotas, com quociente intelectual abaixo de 25 e estágio mental abaixo de três anos; os imbecis, com quociente intelectual entre 25 e 50 e estágio mental de três a sete anos; e o débil mental, com quociente intelectual entre 50 e 90 e estágio mental de 7 a 12 anos.¹¹⁸

A adoção do critério biopsicológico para todos esses casos, à exceção da menoridade por idade, significa que o juiz não ficará adstrito ao laudo psiquiátrico, pois não basta o diagnóstico da doença. É necessária a análise das circunstâncias em torno do fato no momento de sua execução, o que será valorado pelo juiz de forma fundamentada, mas independente.^{119, 120}

117 Tobias Barreto explica ainda que, para os romanos, a distinção era mais detalhada. A puerícia (*infantin*) era até os sete anos, pois primitivamente consideravam que era menino todo aquele com quem não se conseguia falar com certa ligação de ideias, mas o imperador Arcadio acabou com a incerteza e fixou em sete anos. No CRIMINAL, considerava-se que aos infantes faltava *intellectus rei*, e por isso não poderiam ser punidos, mas os impúberes (entre os sete e quatorze se homens e entre os sete e doze se mulheres) eram divididos em duas categorias. Os *infantice proximi*, que só podiam ser julgados por culpa, e os *pubertati proximi*, que poderiam ser julgados como adultos. BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Brasília: Ed. Fac-sim, 2003, p. 16.

118 HERCULES, Hygino de Carvalho. *Op. cit.*, p. 668.

119 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 39.

120 Por curiosidade histórica, deixamos a passagem de Tobias Barreto, que entendia que a decisão deveria ficar a cargo total dos médicos: “A minha opinião está assentada: — aos

Concluindo-se pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade daquele que cometeu um crime, o artigo 97 do Código Penal atual prevê que, no caso do inimputável, o juiz determine sua internação, ou, caso o crime cometido seja punido apenas com detenção (e não reclusão), o juiz poderá determinar tratamento ambulatorial, ambos por prazo indeterminado, perdurando enquanto perícia médica não constatar cessação de periculosidade, avaliada no mínimo de ano em ano.¹²¹

Essa avaliação da periculosidade é feita pericialmente, porém leva em conta um conceito jurídico e não propriamente psiquiátrico, eis que implica a capacidade de se prever o comportamento futuro do sujeito submetido à medida de segurança. Diante da falta de padronização do exame, estudo interessante da psiquiatra Katia Mecler apontou que os peritos tendem a valorizar em suas avaliações três principais critérios, que são: 1. A presença ou ausência de sintomas; 2. O comportamento do periciado na instituição; 3. A existência ou não de apoio sociofamiliar. Ainda, curiosamente, descobriu-se que os peritos não consideram muito a história criminal e psiquiátrica do periciado e a gravidade do delito.¹²² Escancarando as diferenças do tratamento/análise feitos com pacientes que não cometeram crimes e com aqueles que cometeram delitos, bem pontua a autora:¹²³

no caso do hospital psiquiátrico não penal, a alta está ligada principalmente à remissão sintomatológica, enquanto no manicômio judiciário, a mesma ausência, como entendem alguns peritos, não determinará por si só a cessação da periculosidade. É necessária a presença do apoio sócio-familiar como observado anteriormente. A falta deste apoio pode ser um agravante tão sério que pode levar à perpetuidade da medida de segurança, apesar de todos os pacientes-presos terem sido absolvidos de seus delitos.

médicos, e só aos médicos, é que compete apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psycho-physica dos criminosos. Eles não devem limitar-se a atestar esse estado, mas antes devem julga-lo magistratica e auctoritariamente. Isto, porém, não quer dizer que eu subscreva, como razoáveis, todas as suas doutrinas em matéria de psychologia criminal. Nellas existe uma grande parte de exagero". BARRETO, Tobias. *Op. cit.*, p. 65.

121 Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

122 MECLER, Katia. Periculosidade: evolução e aplicação do conceito. **Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano**, 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v20n1/10.pdf> Acesso: 20 fev. 2023, p. 75.

123 MECLER, Katia. *Ibidem*, p. 81.

Atualmente, entretanto, foram impostas limitações temporais à medida de segurança, de modo que ela não pode persistir eternamente. Todavia, apesar do conceito de periculosidade/temibilidade traçado pelos criminólogos da escola positiva ainda estar presente, a pena privativa de liberdade acaba dando lugar à medida de segurança, no modelo que foi batizado de vicariante.

1.3.3. Medidas de segurança no Brasil

No Brasil, a legislação penal anterior a 1941, com o Código Criminal do Império e o Código Penal da República, o tratamento dado aos “loucos” que cometessem crimes era confundido com a própria pena. O Código do Império, de 1830, trouxe, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, a menção à conduta de quem não possuía higidez mental, tratado no capítulo dos “loucos de todo gênero”.¹²⁴ O artigo 12 do referido Código previa que “os loucos que tiverem commettido crimes serão recolhidos às casas para elles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente”. Não havia menção expressa à medida de segurança, e a solução para esses casos era confundida com a própria pena.

Houve projetos de novas codificações, inspirados nos estudos de Stooss e teorias de Von Listz, que traziam uma pena complementar ao reincidente perigoso, porém nunca vingaram.¹²⁵

Assim, as medidas de segurança surgiram efetivamente no direito brasileiro com o Código Penal de 1941, que até 1984 trazia o chamado sistema do duplo binário, que permitia a aplicação da pena seguida da medida de segurança. “Quando o réu praticava delito grave e violento, sendo considerado perigoso, recebia pena e medida de segurança. Assim, terminada a pena privativa de liberdade, o indivíduo continuaria detido até que houvesse o exame de cessação de periculosidade.”¹²⁶

Esse sistema inicial, de nítida influência dos estudos criminológicos da escola positiva, pretendia solucionar o problema da pena, como visto. Na época, o problema que se impunha era o da constatação da ineficácia da repressão ante

124 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 32.

125 FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

126 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

os altos índices de reincidência. Retirar o sentido aflitivo da pena não seria possível, eis que “interessa ao Estado, altamente, a repressão da criminalidade”. Conforme ponderava Heleno Fragoso à época, o direito, assim, admitira aproveitar as conclusões da criminologia com as medidas de segurança, de finalidade puramente preventiva, permitindo alcançar a readaptação ou recuperação social. O Código Penal, adotando o sistema dualístico da pena e medida de segurança, ao mesmo tempo repressivo e preventivo, permitiria a aplicação da pena e as medidas de segurança fundadas na periculosidade.¹²⁷

É certo que, mais à frente no tempo, Heleno Fragoso reconheceu a falência do sistema do duplo binário, assinalando um aspecto que classifica como dramático nessa crise, com relação aos semi-imputáveis, que é “o absurdo da imposição da pena (embora atenuada) pelo *quantum* de culpabilidade revelada e, depois, da medida de segurança curativa (para atender à anomalia de que o agente é portador). Esse absurdo tem sido assinalado por autores”.

Anton Oneca propunha uma terceira via entre a pena retributiva orientada para a prevenção geral e a medida de prevenção individual aos inimputáveis, porque entre elas “restaria uma zona acobertada pelas sanções destinadas àqueles imputáveis em que se descobriu uma periculosidade grave, desproporcional em relação à brandura do delito, e que não seria eficazmente combatida com a pena a este proporcionada”.¹²⁸ Esse pensamento foi o prenúncio do que acabou minando a consistência do princípio do duplo binário.

Para Heleno Fragoso e outros autores, então, a legislação moderna deveria passar a seguir o critério vicariante, baseado no projeto suíço de Karl Stooss, de 1893, unificando pena e medida de segurança.¹²⁹ Esse projeto foi a primeira sistematização das medidas de segurança, baseada na ideia de pena-fim de Von Liszt, de que tratamos no tópico anterior, e visava à prevenção

127 Heleno Fragoso chegou a defender esse sistema duplo, embora posteriormente tenha mudado seu posicionamento. Pelo valor histórico, trazemos suas conclusões iniciais: “a casa de custódia e tratamento, que poderia funcionar como prisão aberta, os institutos de trabalho e de reeducação, amparados por um eficiente serviço de assistência social, para aplicação prática das medidas de segurança/ao lado da pena, desde que verificada a periculosidade do agente, parecem oferecer a solução de nosso problema”. FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. cit.*, 1955, p. 56/62.

128 ONECA, Anton. La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, 1944, p. 115, apud BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 41.

129 “A legislação moderna orienta-se nessa matéria segundo o chamado critério vicariante, que é oriundo do projeto STCOSS. O direito penal de nosso tempo evolui no sentido da unificação entre pena e medida de segurança”. FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Artigos 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 618.

individual.¹³⁰ Chamava a atenção, entretanto, que a medida de segurança também servia como substituição da pena ineficaz, ou seja, para os reincidentes.

Apesar de já prevista em algumas legislações europeias, foi nesse projeto que as medidas de segurança foram efetivamente sistematizadas. Mais do que isso, o caso era o de passar a tratar a medida de segurança não mais “como mero complemento da pena, mas sim substituí-la, vez que ineficaz, protegendo-se, de um lado a sociedade, e de outro, a recuperação do delinquente periculoso”.¹³¹

O sistema acabou entrando em vigência apenas em 1937, no Código Penal suíço¹³² e foi adotado no Brasil, em sua faceta vicariante, apenas com a reforma do Código Penal de 1984.

A adoção do sistema vicariante com a reforma do Código Penal, com aplicação isolada ou da medida de segurança ou da pena, com certeza tornou-o mais adequado e decorreu da chamada “crise do duplo binário”. Afinal, a mudança de cumprimento de pena para medida de segurança no modelo binário era um verdadeiro engodo: a aplicação da medida de segurança detentiva ao condenado fazia-se transferindo-o da ala direita para a ala esquerda do mesmo estabelecimento, em um processo de verdadeira “burla de etiquetas”.¹³³

A reforma também deixou expressa a necessidade de cometimento de crime para a aplicação da medida de segurança, ao contrário da legislação anterior, que admitia excepcionalmente a aplicação de medida de segurança ainda que não praticado crime, em critério puramente baseado na suposta “periculosidade social”, que relativizava o princípio da legalidade. Isso porque, em alguns casos, legalmente o agente era presumido como periculoso, e a lei enumerava situações em que seria obrigatória a aplicação de medida de tratamento, mesmo que não presente prévia prática delituosa.¹³⁴

Enrique Baciagalupo já prenunciava essa evolução ao analisar a

130 ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. *Op. cit.*, p. 64.

131 FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 31.

132 “[...] continha o aludido anteprojeto disposições sobre a internação dos considerados multirreincidentes, em substituição à pena, o confisco de instrumentos perigosos, o asilo para ébrios contumazes, a internação facultativa em casa de trabalho, na hipótese de crimes praticados por pessoa de vida ociosa ou irregular, entre outras. Além das medidas inovadoras apontadas, o anteprojeto suíço adotou ainda o critério vicariante, mais tarde consagrado pelo Código Penal de 1937”. PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 72.

133 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Ciência e Experiência do direito penal. Op. cit.*, 1979, p. 69/73.

134 FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 35.

dificuldade dos autores em distinguir efetivamente a pena da medida de segurança de forma suficiente para justificar o sistema do duplo binário.

A distinção entre penas e medidas e, portanto, a base do sistema dualista, tende a perder sustentação legal nas legislações modernas, em função da aceitação, cada vez mais difundida, do chamado princípio vicariante, segundo o qual o tempo de cumprimento de uma medida de segurança detentiva é considerado como cumprimento da pena privativa de liberdade.¹³⁵

Com a alteração do Código Penal em 1984, foi suprimido o sistema do duplo binário e restaurado o princípio da legalidade, eis que passou a ser exigido como pressuposto para a medida de segurança não apenas a periculosidade criminal, mas também especificamente a prática de um “ilícito-típico”.¹³⁶

Assim, pelo sistema vicariante, o juiz analisará se aplicará a pena ou a medida de segurança de acordo com a imputabilidade. Se o sujeito era inimputável por doença mental, receberá medida de segurança. Se não era, receberá pena, mas, ainda assim, o critério norteador para a aplicação da medida de segurança é a periculosidade do portador de doença mental, enquanto, para a aplicação da pena, o critério é o da culpabilidade.

Tanto assim é que o artigo 97 do Código Penal ainda prevê, em seu parágrafo primeiro, que “a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos”.

Quanto ao prazo de duração, entretanto, mesmo com a reforma de 1984, a lei não tinha limites máximos de execução, perdurando a medida de segurança por períodos indeterminados, enquanto não cessado o estado de periculosidade do delinquente. Apesar de, desde a sistematização das medidas de segurança no projeto suíço de Stooss de 1893, já haver exemplos de limites às medidas de segurança em algumas legislações, como regra, nas principais legislações europeias, prevalecia a perenidade das medidas de segurança.

Essa ausência de prazo se justificava porque as medidas de segurança seriam diferentes da pena e, negado seu caráter aflitivo e reforçada sua natureza de medida exclusivamente preventiva, estaria legitimada sua perenidade até o

135 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 41.

136 FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito.** *Op. cit.*, p. 40.

indivíduo não ser mais perigoso. Como seria uma medida utilitária, e não de justiça como a pena, a fundamentação de sua existência seria totalmente diferente das penas.¹³⁷

Apesar de projetos de lei e sugestões doutrinárias, foi a jurisprudência que trouxe importante limitação a essa regra legal. O Supremo Tribunal Federal limitou o prazo de duração das medidas de segurança em 40 anos, que é o limite constitucional de pena privativa de liberdade no Brasil¹³⁸. Já o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria, vinculando a internação ao prazo máximo da pena abstratamente cominada ao delito (Súmula 527), entendimento que é mais benéfico ao acusado, eis que se relaciona com o crime efetivamente praticado.¹³⁹

Importante notar, entretanto, que a medida de segurança pode ser de duas espécies: a internação propriamente dita, ou o chamado regime ambulatorial. O critério de distinção pelo Código Penal é a natureza da pena prevista para o crime praticado. Se a conduta for punida com reclusão, em tese, a medida de segurança deve ser a internação. Se for punida com detenção, pode ser o regime ambulatorial.

Guilherme Nucci, entretanto, critica essa obrigatória previsão legal e também o fato de que o correto seria a fixação de acordo com o transtorno psiquiátrico que o indivíduo apresenta:¹⁴⁰

[...] esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas. Ilustrando: se o inimputável cometer uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima, possuindo família que o abrigue e ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, não há razão para interná-lo. Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial. [...] Torna-se essencial mencionar a discordância, também, dos especialistas da área da psiquiatria forense em relação ao critério adotado pelo art. 97 do Código Penal, buscando associar a espécie de medida de segurança ao crime praticado. O correto seria a fixação de medida de internação ou de tratamento ambulatorial baseado na natureza e gravidade do transtorno psiquiátrico, segundo critérios médicos.

Mais ou menos nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de

137 FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 176.

138 Há várias decisões, dentre elas, o HC: 97621 de 02/06/2009: [...] A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos [...].

139 Súmula 527: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

140 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 768/769.

Justiça tem se firmado no sentido de que apenas o fato do crime praticado ser punido com reclusão não leva necessariamente à internação. Caso o crime não seja grave (ainda que punido com reclusão), e o paciente necessite de tratamento para viver socialmente sem gerar risco para a sociedade e si próprio, pode ser aplicado o tratamento ambulatorial, em meio livre.¹⁴¹ Inclusive há quem sustente, conforme se verá adiante, que o disposto no artigo 4º da Lei n. 10.216/2001 revogou o disposto no Código Penal quando impõe a medida de segurança detentiva.

A desinternação também é constante objeto de políticas criminais levadas a cabo por meio de indulto por vários anos, ao menos de 2008¹⁴² até o ano de 2017, que foi o último decreto de indulto anual com previsão de que

o indulto natalino será concedido às pessoas submetidas a medida de segurança que, independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada (art. 6º inciso I do Decreto 9246/2017).¹⁴³

Seja na política criminal (não mais) adotada pelo Poder Executivo, seja nas decisões de nossas cortes superiores, entretanto, não se deixa de desvincular a medida de segurança do aspecto de pena, eis que os parâmetros usados são justamente os prazos máximos de cumprimento de pena. Assim, a tônica persiste a mesma: o inimputável por doença mental é perigoso e deve ficar internado.

Essa desvinculação é realmente difícil no mundo jurídico porque a

141 **STJ HC n. 113.016/MS**, relatora Ministra Jane Silva (desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 18/11/2008, DJe de 9/12/2008. **E Terceira Seção** “para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável” **REsp n. 998.128/MG**, relator **Ministro Ribeiro Dantas**, **Terceira Seção**, julgado em 27/11/2019, DJe de 18/12/2019.

142 Alessandra Prado e Danilo Schindler lembram que essa política foi adotada desde 2009, eis que “o Poder Executivo, por meio dos últimos sete Decretos (números 6.706/2008; 7.046/2009; 7.420/2010; 7.648/2011; 7.873/2012; 8.172/2013; e 8.380/2014), concede indulto aos cumpridores de medida de segurança que:[...] independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada”. PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. **Revista Direito GV**, São Paulo - SP, V. 13, n. 2, p. 628-652, maio. 2017.

143 Os decretos de indulto dos anos de 2018 e 2019 não mais trouxeram previsão semelhante.

natureza da medida de segurança é mesmo de sanção penal, pois vinculada a um ilícito penal anterior, conforme explica Guilherme Nucci:¹⁴⁴

Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado. Em posição análoga ao conceito que fornecemos está o posicionamento de Pierangeli e Zaffaroni, sustentando ser a medida de segurança uma espécie de sanção penal, pois, sempre que se tira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma sanção penal. Toda privação de liberdade, por mais terapêutica que seja, para quem a sofre não deixa de ter um conteúdo penoso. Assim, pouco importa o nome dado e sim o efeito gerado.

Inclusive, para a desinternação, a legislação penal exige que seja “realizada a perícia médica, para comprovar a cura da pessoa submetida à medida de segurança (ou, pelo menos, o fim da sua periculosidade), propiciando a sua desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial”.¹⁴⁵

Essa previsão do artigo 97 do Código Penal, de trazer como regra a internação, “reforça a exclusão social dessas pessoas, porque assim como a pena privativa de liberdade, a internação compulsória em instituições totais não favorece mudanças positivas em relação ao indivíduo, nem em relação ao contexto que o rodeia”.¹⁴⁶

O regime de internação por período prolongado, ainda que com limite temporal, traz à tona o conceito de instituições totais tratados por Erving Goffman, no sentido de que esse tipo de instituições responsáveis por isolar o indivíduo do convívio social, como asilos, manicômios, campos de concentração, prisões, despersonalizam o sujeito, conduzindo-o à rigorosa rotina do local, modificando-o e forçando-o a adaptar-se às regras da casa. Assim, o prisioneiro torna-se não um homem ressocializado, mas um homem institucionalizado, alguém inadaptado para o convívio em liberdade, justamente porque se adaptou a viver naquela instituição, até por questão de sobrevivência.¹⁴⁷

Se isso é verdade no caso de prisioneiros comuns, que cumprem pena, a questão toma ares mais dramáticos quando o caso é da internação dos inimputáveis, porque aí fica evidente que o foco que deveria ser o tratamento é

144 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*

145 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*

146 PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. *Op. cit.*

147 VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 302.

totalmente esquecido.

A criminologia moderna e a psiquiatria não se olvidam disso, e novas perspectivas (nem tão novas assim), surgiram para rever essas balizas da periculosidade e da segregação total. Inclusive influenciaram a alteração na legislação brasileira, mas talvez não tenham conseguido resolver totalmente o problema. Há um conflito evidente entre a chamada lei antimanicomial e a lei penal, que deságua num conflito maior, entre a segurança da sociedade e a limitação à intervenção penal do Estado na liberdade individual.

1.4. A Lei Antimanicomial: “novas” perspectivas sobre a (des) internação de criminosos com transtornos mentais

Se, no campo criminológico, a experimentação como método surgiu como novo paradigma para finalmente colocar a criminologia como uma ciência, bem lembra Foucault que esse marco é, na verdade, um pouco mais antigo e embasou procedimentos médicos em busca de uma verdade que, na realidade, depende de um ponto de vista. A verdade está sempre à espera de um olhar sob o ângulo correto e com as ferramentas adequadas para ser desvelada. Ao longo de nossa história, a verdade não foi encontrada, e sim suscitada, produzida e provocada por rituais, apanhada por ocasiões estratégicas e não por método.¹⁴⁸

Colocando em xeque essa verdade obtida pelos médicos pesquisadores, psiquiatras do século XVIII, Foucault lembra que o hospital desse período deveria ser lugar de observação, de purificação e de prova, fazendo aparecer a doença e permitindo sua análise e prova. A função da prova nesse laboratório, entretanto, tende a desaparecer, porque controlada no tubo de ensaio, fora da crise. A verdade passa a ser a representação que o médico faz.

É essa a crise que justifica o surgimento do movimento da despsiquiatrização e da antipsiquiatria. Michel Foucault identifica duas importantes formas de despsiquiatrização: 1. Com Babinski, de diminuir o poder do médico sobre o paciente ao mínimo, apenas aos sinais necessários para

148 Explica Michel Foucault que três balizas temporais explicam o processo de produção da verdade: 1. O estabelecimento do inquérito na prática política, judiciária, religiosa e civil, capaz de ofertar ao sujeito soberano o saber na forma de conhecimento. 2. O surgimento de uma tecnologia que ampliou o inquérito para os confins da natureza. A navegação ampliou a inquisição, agora dirigida para a terra, impondo que a verdade não seja produzida, mas se represente a cada vez que for procurada. 3. A experimentação do fim do século XIII, permitindo a produção de fenômenos, um inquérito sobre fatos artificialmente provocados. FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 67.

diagnosticar a doença, e às técnicas indispensáveis para desaparecer com essas manifestações. Seria a ideia de obter no asilo a mesma simplificação que Pasteur impôs aos hospitais. 2. Manter a produção da loucura em sua verdade o mais intensa possível, mas dividindo o poder do médico de forma equânime, com o afastamento de todos os efeitos característicos do espaço asilar. Trata-se do berço da psicanálise, em que não há perguntas, apenas um pedido: o de que o paciente diga tudo que lhe vem à cabeça.¹⁴⁹

Já a antipsiquiatria surge para se opor a essas duas formas de despsiquiatrização, lutando com, dentro e contra a instituição. A luta da antipsiquiatria é com as relações de poder, questionando o direito absoluto da não loucura sobre a loucura, de normalidade se impondo ao desvio. A psiquiatria clássica baseia-se nesse jogo de poder que origina um conhecimento, que funda as razões desse próprio poder, legitimando a imposição pelo médico. A antipsiquiatria objetiva desfazer justamente isso, dando ao indivíduo a tarefa e o direito de levar ao fim sua loucura num processo do qual outros possam participar, mas não se impor.

Nessa mesma linha, lembra Antonio Carlos da Ponte que a psicanálise gerou uma transformação na assistência psiquiátrica e lançou uma “acentuada crítica à ideologia dominante no século XIX, acabando por constituir-se em um modo de pensar que sensibilizou os intelectuais desde então”.¹⁵⁰

A desmedicalização da loucura também decorre destes questionamentos, em oposição à mera despsiquiatrização, que ainda se vale de uma medicalização excessiva. Contudo, ainda se mantém aberto o problema da libertação da loucura em relação ao conhecimento, que é uma forma de poder-saber. Seria possível descobrir a verdade da loucura sem se valer das relações de conhecimento? É um problema fictício que se coloca diariamente no papel do médico, depositário do conhecimento.

Esses movimentos bem colocados historicamente por Foucault desaguaram em nosso sistema normativo com o movimento da reforma psiquiátrica das décadas de 70 e 80, intensificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a atenção dada aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, até a Lei n. 10.216/2001, a conhecida Lei

149 FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 71.

150 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 16.

Antimanicomial, que, ao menos no campo legal, encampou a ideia de que a internação não pode ser a regra.

Há entraves, entretanto, com relação à aplicação integral dos preceitos dessa legislação no caso da medida de segurança porque esta, como sanção penal, obedece à legislação penal (porque aplicada diante do cometimento de um crime). A partir da Lei n. 10216/2001, o tratamento extra-hospitalar passou a ser a regra, exigindo-se laudo médico circunstanciado com exposição dos motivos para eventual internação psiquiátrica.

A Lei Antimanicomial trouxe um regime jurídico de proteção a direitos fundamentais, com foco na ressocialização, no respeito e na humanidade e baseada na multidisciplinaridade (a ideia é a assistência por uma equipe psicossocial). O seu artigo 2º traz os direitos da pessoa portadora de transtorno mental, dentre os quais está o de ter acesso ao melhor tratamento para suas necessidades; ser tratada com humanidade e respeito visando a sua recuperação pela inserção na sociedade (família, trabalho e comunidade); proteção contra qualquer abuso e exploração; garantia de comunicabilidade e direito à informação; e principalmente ser tratada em ambiente terapêutico da forma menos invasiva possível.¹⁵¹

Pelo seu artigo 4º, ainda, a internação de qualquer pessoa passa a ser exceção, apenas indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. A lei encampa o entendimento da desospitalização, no sentido de que o regime ambulatorial passa a ser a regra, e a internação ocorre apenas nos casos em que for imprescindível. E prevê que tanto pessoas que cometeram crimes como as que não cometeram sejam tratadas no mesmo espaço, evitando discriminação.

Há, assim, novas interpretações da legislação penal com base na Lei Antimanicomial, que encampa a ideia de que houve um equívoco na lei penal ao

151 Art. 2º: São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

diferenciar o regime ambulatorial da internação apenas com base na pena prevista para o crime (detenção ou reclusão, respectivamente). A lei ainda mudou o foco da periculosidade para a reinserção social, ou seja, da sociedade protegida pelos critérios de periculosidade do indivíduo para a pessoa, que deve ser reinserida nessa sociedade.

Há, entretanto, antinomias evidentes com a legislação penal. Para uns, o problema se resolveria pelo princípio da especialidade, aplicando-se a nova lei, mais específica, eis que o artigo 4º da Lei Antimanicomial teria revogado o artigo 97 do Código Penal:¹⁵²

Impõe-se agora uma nova interpretação da regra do parcialmente derogado art. 97 do CP conjugadamente com o art. 4º, caput, da Lei 10.216/2001 de forma que, mesmo que o fato seja punível com reclusão, deve o juiz preferir a medida de segurança não detentiva, utilizando a internação apenas nos casos em que esta severa medida mostrar-se comprovadamente necessária. Entretanto, não havendo recursos extra-hospitalares suficientes e uma vez determinada pelo juiz a internação, esta deve obedecer aos estreitos limites definidos pela Lei da Reforma Psiquiátrica, sendo obrigatoriamente precedida de “laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos” (art. 6º, caput), vedada a internação, mesmo quando imposta como medida de segurança, sem a recomendação médica de sua real necessidade.

Assim, o caminho, pela Lei n. 10.216/2001, respaldado nas opiniões médicas mais recentes, é o de desinternar para reabilitar e garantir cidadania para quem possui transtorno mental. Entretanto, o artigo 97 do Código Penal (que não é imune às críticas até mesmo da doutrina penal, como visto), ainda persiste com a previsão de internação obrigatória no caso de a conduta praticada configurar crime punido com reclusão¹⁵³.

Bem aponta, nesse sentido, Silvana Borges, que o critério de escolha da espécie de medida de segurança com base unicamente na qualidade da pena

152 BRANCO, Thaynara Castelo. **Medida de segurança cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII do Código de Processo Penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 149/2018 | p. 299 - 325 | Nov / 2018.

153 “O paradigma do Código Penal (LGL\1940\2) não permite que a pessoa com transtorno mental receba o adequado tratamento terapêutico, e sim, tão somente uma sanção de caráter retributivo, ao determinar que a modalidade de tratamento (internação ou tratamento ambulatorial) seja definida de acordo com o regime prisional previsto para o fato tipificado como crime. Além disso, exige um tempo mínimo de cumprimento da medida, por exemplo, de internação, o que permitiria que, em alguns casos, a pessoa receba o tratamento terapêutico indevido, violando direitos fundamentais e promovendo uma indevida restrição de liberdade. O paradigma da Reforma Psiquiátrica, de outra banda, muda o foco da medida de segurança que antes estava na doença e agora, na pessoa; antes na cessação da periculosidade e agora, na reinserção social”. 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. 144/2018 | p. 217 - 250 | Jun / 2018 DTR\2018\14305.

(detenção ou reclusão) “não parece atender à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal)”.¹⁵⁴

Assim, a lei trouxe uma reforma impactante, mas que não alterou expressamente a legislação penal. O impasse está criado quando a lei nega toda a base em que se sustenta a legislação penal, mas a lei penal segue vigente sem alteração. A possível adequação da legislação penal ficou a cargo do Projeto de Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado n. 236/2012), que está empacado no congresso, muito em razão da enorme quantidade de temas polêmicos que ele abarca e que dificilmente serão objeto de consenso rapidamente.

De todo modo, a Lei n. 10.216/2001 positivou uma mudança de paradigma, forçando um olhar da doença mental como um problema de saúde. Apesar de não modificar a lei penal, influenciou políticas públicas nesse sentido.

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), Portaria n. 001/2014, no âmbito do SUS, veio justamente para “ampliar as ações de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) para a população privada de liberdade, fazendo com que cada unidade básica de saúde prisional passasse a ser visualizada como ponto de atenção da Rede de Atenção à Saúde”.¹⁵⁵

No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 113/2010), tratando da execução da medida de segurança, passou a recomendar, em seu artigo 17, que “o juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível, buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001”.

Nesse ponto, é bem assertiva e já um tanto antiga a crítica e proposta de Eduardo Reale Ferrari nesse sentido¹⁵⁶:

Ora, se o juiz de conhecimento pode, no instante da sentença,

¹⁵⁴ “A qualidade da sanção penal – reclusão ou detenção – ainda que possa servir à distinção da gravidade da infração penal, não mais se presta à objetiva determinação da medida de segurança a ser adotada, pois independentemente da gravidade da infração penal praticada, a medida há de ser imposta com vista à prevenção especial positiva, representada pelo tratamento do infrator que padece de transtornos mentais, visando sua reinserção social, e bem assim a prevenção especial negativa, qual seja, a proteção da sociedade, uma vez que é presumida a periculosidade criminal e não apenas a periculosidade social da pessoa com transtorno mental que comete infração penal”. BORGES, Silvana Amneris Rôlo Pereira. **Saúde Mental: a lei antimanicomial e seus reflexos no âmbito do direito penal**. Santos: Universidade Santa Cecília, 2020, 127 p. Dissertação de mestrado, p. 87/93.

¹⁵⁵ PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. *Op. cit.*

¹⁵⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*

submeter o inimputável e o semi-imputável ao tratamento ambulatorial, contraditória será a vedação à conversão posterior, por parte do juiz da execução, quando presente a evolução positiva do tratamento”. [...] Urgente, portanto, constitui a reforma legislativo-penal enunciando dispositivos, quer para a desinternação progressiva, quer à progressão – do internamento para o tratamento ambulatorial – não podendo nosso Código Penal e a Lei de Execução penal permanecer estagnados diante da tendência de desinstitucionalização do tratamento, preconizada pela psiquiatria moderna [...]”.

No Supremo Tribunal Federal, ainda, encontram-se precedentes nesse sentido. Com base na Lei Antimanicomial,

no julgamento do HC 97.621, da relatoria do ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.261/2001. Mesmo equacionamento jurídico dado pela Primeira Turma, ao julgar o HC 98.360, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, e, mais recentemente, o RHC 100.383, da relatoria do ministro Luiz Fux.¹⁵⁷

Pode-se falar, assim, que a chamada Lei Antimanicomial trouxe o “princípio da primazia do tratamento ambulatorial”, atendendo aos ditames da proporcionalidade, no sentido de que “a medida de segurança não detentiva há de ser imposta como regra, e independentemente da qualidade da sanção penal cominada no preceito secundário da norma penal.”¹⁵⁸

Enquanto não há modificação na legislação penal, nada impede a adoção desse tipo de política pública, adequando a execução da medida de segurança no Brasil à Lei da Reforma Psiquiátrica, adotando seus elementos norteadores, que são: “crítica ao modelo hospitalocêntrico; desinstitucionalização; negação do caráter terapêutico do internamento como regra; e redirecionamento do modelo assistencial à saúde mental em serviços substitutivos em meio aberto”.¹⁵⁹

Há quem acredite, entretanto, que essa política pública está sendo descontinuada desde 2019, com a intensificação de cortes orçamentários nos investimentos em comunidades terapêuticas, tomando-se a abstinência como tratamento. Critica-se ainda a norma técnica n. 11, de janeiro de 2019, do Ministério da Saúde, que favorece a expansão de hospitais psiquiátricos ao trazer regra de mais pagamento ao hospital que tiver maior quantidade de leitos, diminuindo a atração para o investimento em centros ambulatoriais.¹⁶⁰

157 STF. HC 107777. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 07/02/2012. Publicação: 16/04/2012.

¹⁵⁸ BORGES, Silvana Amneris Rôlo Pereira. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁹ PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. *Op. cit.*

¹⁶⁰ “Agora, o tratamento de drogas é abstinência total, e abstinência total implica, muitas vezes, na internação compulsória. Internação compulsória implica em violência, instituições fechadas,

Ainda que não se concorde totalmente com a crítica, a oscilação na política pública revela que o desafio de aceitar ou definir os casos em que a desinternação é desejável e possível é bem grande. A falta de estrutura multidisciplinar para esse entendimento parece ser grande parte do problema, inclusive porque pesquisas recentes mostram que, mesmo quando há decisões judiciais determinando a desinternação, a libertação encontra dificuldades na falta de apoio social e multidisciplinar, gerando vulnerabilidade social que contribui para a reincidência criminal.

Ilustrando essa constatação e o tamanho do desafio, uma recente pesquisa no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia (HCTP – BA) revelou que, em seis meses de acompanhamento, dezessete internados tiveram decisão pela desinternação, mas apenas quatro foram realmente libertados. Foi constatado ser muito comum, também, que os juízes façam uma série de restrições comportamentais, proibindo de frequentar lugares, mas poucas determinações de encaminhamento para serviços sociais, que quando são feitas são vagas e genéricas.¹⁶¹

A guinada na política pública e as dificuldades práticas de se aplicar uma legislação que já tem vinte anos revela a polêmica do tema e a falta de consenso. Persiste ainda o dilema dos casos sem cura, os casos de psicopatias que não gerem inimputabilidade, tudo a revelar que a colisão parece mais profunda entre direito fundamental à segurança pública e o direito individual à liberdade e dignidade da pessoa humana. Seria a política de desinternação progressiva, de prevalência de regimes ambulatoriais, incompatível com o direito à segurança pública e o direito das vítimas?

Para melhor entender esses questionamentos e as possíveis respostas, é necessário analisar o tratamento da vítima no direito penal e processual penal,

instituições em que a pessoa internada quer sair e outro tem que impedir. Isso leva a muitas situações de violência física, constrangimento físico, moral, sexual, e uma série de outras coisas [...] Outra medida destacada é a Norma Técnica nº 11, publicada em janeiro de 2019 pelo Ministério da Saúde e que, em linhas gerais, favorece o surgimento e a expansão de hospitais psiquiátricos. “A política anterior era diminuir o pagamento de leitos para que os empresários investissem em CAPs. Agora, a política é pagar mais em leitos do que nos CAPs e pagar mais ao hospital que tiver maior quantidade de leitos, ou seja, for mais manicomial. E essas instituições são muito delicadas, porque lidam com pessoas consideradas perigosas, que não têm autonomia, são instituições autoritárias por natureza”. REVISTA COMCIENCIA. Disponível em: <https://www.comciencia.br/50-anos-em-5-como-o-brasil-esta-regredindo-decadas-na-luta-antimanicomial/> Acesso: 10 abr. 2022.

161 PRADO, Alessandra Macarenhas; SCHINDLER, Danilo. *Op. cit.*

bem incluindo-se a vítima portadora de transtornos mentais.

2. TRANSTORNO MENTAL E TRATAMENTO DA VÍTIMA

“Las víctimas para los abogados son clientes. Para la policía son quejosos. En el hospital son pacientes. Para las compañías de seguro, un asegurado, y casi siempre para los vecinos un animal raro cuando no es simplemente un caso. (Laurent Hincker, “Peut-on aider les victimes?”)

Tratar dos direitos das vítimas de crime é tratar do direito à Segurança Pública como um direito social fundamental. Internacionalmente, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, diversos tratados de direitos humanos se tornaram expoentes na definição de direitos humanos mínimos e a necessidade de cada país implementá-los também internamente.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, o que revela o “consenso internacional que toda pessoa humana deve estar protegida contra a violência”.¹⁶²

No cenário brasileiro, a abertura democrática promovida com a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes reflexos no modo de visão da Segurança Pública, agora enxergada mais como um serviço público a ser prestado pelo Estado, tendo o cidadão como destinatário e não um inimigo a ser combatido.¹⁶³ É a ideia de uma polícia democrática, orientada pelos parâmetros dos direitos e garantias individuais.¹⁶⁴ Afinal, para garantia dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal e em outros dispositivos, surge o dever da sociedade e dos agentes públicos de efetivamente assegurar-los, seja com obrigações de omissão, seja com deveres de atuação.¹⁶⁵

Avançando para além das meras garantias individuais, buscando a concretização dos chamados direitos sociais, a demandarem prestações positivas do Estado, a Constituição Federal também prevê a necessidade de

162 RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos Direitos Humanos da vítima de violência e a responsabilidade do estado. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 37, p. 121-144, jul./set. 2010. P. 122.

163 BONAMETTI, Thiago Nemi. **A utilização de dados de aparelhos celulares em investigações criminais e a problemática da situação de flagrante delito**. Monografia de especialização em Direito Penal, ESMP-SP, 2018, p. 80.

164 VERGÁL, Sandro. **Criminologia tridimensional: do direito à Segurança Pública Eficiente**. Curitiba: Juruá, 2015, 163 p.

165 “Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 196.

garantia da “segurança”, mencionada no preâmbulo e nos artigos 5º, *caput*, e 6º, até mesmo para assegurar a dignidade humana, pois imprescindível à convivência pacífica, como pontua Sandro Vergal:¹⁶⁶

A segurança insere-se entre as necessidades mais elementares da população, tendo em vista que uma sociedade insegura não é capaz de propiciar um ambiente pacífico adequado para a vida familiar, o trabalho, o estudo e lazer. Diante de sua peculiar característica prestacional, o Direito à Segurança Pública pode ser compreendido como Direito Fundamental Social, firmando-se entre os chamados “Direitos fundamentais de Segunda Dimensão (ou Geração). Sendo assim, demandam em obrigação positiva por parte do Estado, para que haja real efetivação desses direitos.

A previsão de direitos sociais a imporem deveres ao Estado tornou a presença estatal maior, por obrigação constitucional, o que de certa maneira conflita com a ideia consagrada dos direitos de primeira geração, que buscavam afastar o Estado e proteger as liberdades do cidadão. De um lado, a Constituição limitou o poder punitivo estatal, garantindo a liberdades individuais, mas, de outro, inseriu normas propulsoras do direito penal, buscando a segurança coletiva, fim social do Estado.¹⁶⁷

Essa é uma reflexão imperativa para a construção de uma política criminal de segurança pública que seja adequada tanto para criminosos como para vítimas, e que faremos no terceiro capítulo deste trabalho. Independentemente disso, fato é que, para atingir esse objetivo social, é inevitável voltar os olhos à vítima do crime, principal prejudicada com a conduta criminosa, que gera também efeitos reflexos na própria sociedade, vítima do medo da criminalidade.

Mais do que isso, se fôssemos pensar fora do contexto unicamente penal (da lei penal), considerando que a vitimização do ser humano gera impactos relevantes e deletérios na própria sociedade, poder-se-ia fazer uma abordagem vitimológica mais ampla, alargando-se o conceito de vítimas para abranger também todas as pessoas ou grupos que sofram “intervenções em seus direitos, sejam eles quais forem, por ação, omissão de terceiros ou dela própria, ou ainda que tais intervenções sejam oriundas de casos fortuitos e de força maior”.¹⁶⁸

É fato, portanto, que pode haver vítima sem crime, a exemplo do suicídio,

166 VERGAL, Sandro. *Op. cit.*, p. 167.

167 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 310.

168 FERRACINI, Ricardo Neto, MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 68.

que não configura crime por si só, porém inegavelmente possui uma vítima. Assim, a vítima não pode ser confundida com o sujeito passivo de um crime, mas existindo o crime tem-se que o sujeito passivo e a vítima se confundem na mesma pessoa.¹⁶⁹

Para o Conselho Nacional de Justiça, vítimas são “as pessoas que tenham sofrido dano físico, moral, patrimonial ou psicológico em razão de crime ou ato infracional cometido por terceiro, ainda que não identificado, julgado ou condenado”.¹⁷⁰ Já para o Conselho Nacional do Ministério Público, vítima é “qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos”¹⁷¹.

Dentro do objeto do presente estudo, entretanto, e levando em conta as tentativas inclusive internacionais de conceituação e solução do problema da vítima de crimes, restringiremos o conceito de vítima para aquelas pessoas ou grupos que de alguma forma tenham de se relacionar com o processo penal e os agentes estatais ligados à aplicação da lei penal.

Ainda assim, a consciência da importância de proteger a vítima não é recente, e por muito tempo não se deu a devida atenção e preocupação com a vítima, seja do ponto de vista dogmático e legal, seja do ponto de vista de políticas públicas. Essa evolução merece uma análise mais detalhada.

2.1. Política criminal do ofendido: o histórico do tratamento dispensado à vítima no processo penal

Desde que o homem apareceu como “animal político” que convive em sociedade, há uma filosofia política mais ou menos madura, e há também uma política criminal mais ou menos desenvolvida, desde o mito de Adão e Eva e a primeira geração de humanos, para explicar a responsabilização do *fatricida*

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁷⁰ Por meio de Resolução, o CNJ definiu a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 253/2018, com redação dada pela **Resolução n. 386/2021**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado131337202104146076ea817d8dc.pdf>. Acesso: 15 mar. 2023.

¹⁷¹ Por meio de Resolução, o CNMP fixou a política institucional de proteção integral e promoção de direitos e apoio às vítimas, trazendo inclusive classificação de vítimas. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 243 de 2021**. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso: 15 mar 2023.

caim. Desde então, a política criminal influi na filosofia política com frequência, eis que os governantes são chamados a resolver o problema da criminalidade e da massiva vitimação, muitas vezes tomando decisões porque precisam tomá-las, ainda que sobre temas que não dominem ou que não estejam plenamente seguros, por força da responsabilidade, e as decisões dos políticos retroalimentam as dos criminólogos. Percebe-se, com Antonio Beristain, uma evolução paralela de política criminal e filosofia política.¹⁷²

Nos povos primitivos, os sujeitos passivos e seus familiares é que respondiam à infração. A vítima e seu grupo é que estavam no centro do fenômeno criminal, dotados de ilimitada vingança privada, o que ocorre desde o início dos registros civilizatórios até a Idade Média. “Imperava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo justiça pelas próprias mãos, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias”¹⁷³. Esse período, chamado de “era de ouro” do ponto de vista da vítima, acaba posteriormente sendo substituído pela “vingança pública”. É que para limitar esses excessos privados da chamada “vingança de sangue da vítima”, surge o poder político para monopolizar a resposta, com coerção soberana. Curiosamente, inclusive, a “lei de talião” surge como uma certa proporcionalidade a essa vingança, agora monopolizada pelo poder público.

O exercício desse poder gera a sensação de que o soberano é “delegado da divindade vingativa” e, por isso, sente-se à vontade para impor castigos sem limites, causando a maior dor possível. A doutrina dos canonistas do “século de ouro” na Espanha argumenta que às pessoas leigas não compete sancionar os delinquentes. Somente ao monarca cabe esse poder, que recebe de Deus por intermédio dos cidadãos. A política criminal nesse período traz a resposta ao delito como virtude e obrigação do poder absoluto que aplica as penas com crueldade e sem participação da vítima.

É a chamada fase de neutralização da vítima, que antes era protagonista, e agora passa a ser excluída desse processo de justiça. Embora válida e didática essa observação com relação à dogmática, do ponto de vista criminológico, não

172 BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 71.

173 MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 60/61.

há bem uma fase de neutralização da vítima, pois, em realidade, os estudos criminológicos iniciais não se debruçaram sobre a vítima, eis que a escola clássica focava no crime, e a escola positiva, no criminoso. A vítima, assim, do ponto de vista da criminologia, será descoberta, ou revisitada agora de forma científica, com o surgimento da vitimologia:¹⁷⁴

A antropologia de Lombroso e os consequentes estudos, que contribuíram para a formação da Escola Positiva, concentraram-se de tal modo na análise do delinquente, que, durante longo tempo, a vítima passou a ser elemento quase totalmente esquecido na etiologia do crime. Em contrapartida, o desencadeamento de estudos mais ou menos recentes sobre seu papel na ocorrência delituosa, assumiu proporções de verdadeira descoberta científica, mas em verdade o que ocorreu foi a renovação, em termos de valoração, de pesquisas e observações em torno da vítima e do fenômeno vitimal.

De todo modo, o reflexo de uma política voltada à vingança pública, com excessos punitivos e castigos aflitivos, é o surgimento de uma política criminal de proteção ao delinquente em reação a esses abusos. Nesse contexto, dogmaticamente, há a ideia de que na dúvida favoreça-se o acusado (*in dubio pro reo*).¹⁷⁵

Já no início do século XX, estudos demonstram que o Estado não apenas responde ao delito e ao delinquente, mas também estrutura o delito e o delinquente de acordo com leis que trazem tratamentos preferenciais para os detentores do poder. Isso gera críticas, fomentando maior participação da sociedade na tarefa legislativa e nos organismos judiciais. É o caso dos julgamentos populares, com participação de jurados, membros da sociedade. O delito para a ser o resultado complexo de todos os ingredientes sociais. Em muitos países, consegue-se a abolição da sanção capital e a substituição do cárcere por sanções alternativas. A filosofia política procura limitar mais ainda o poder, e a política criminal passa a levar em consideração as vítimas.¹⁷⁶

Desagua-se essa evolução, então, no primeiro simpósio de vitimologia em Jerusalém, em 1973, cuja novidade é a atenção assistencial preventiva e reparadora à vítima. Ainda que a vítima possa ter colaborado na gênese do delito, deve intervir no caminho da justiça para que haja menos punição e mais prevenção, indenização, compensação e reconciliação, A filosofia política

174 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 1 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1971, p. 13.

175 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 74/75.

176 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 76

defenderá e assistirá mais a vítima que o delinquente. Assim, a dúvida passa a ser em favor da vítima. O *in dubio pro reo* passa a ser *in dubio pro vitima*.¹⁷⁷

Essa visão do desenvolvimento da filosofia política e da política criminal são importantes para que se entenda o ponto de virada da criminologia, no sentido de voltar seus olhares também para a vítima. Toda essa evolução desagua na adoção de uma Justiça Restaurativa, com a adoção de políticas que encaram o delito como disfunção social que demanda mais do que apenas sua repressão, mas também a restauração do dano sofrido pela vítima.¹⁷⁸ A vitimologia¹⁷⁹ surge, assim, como uma “filha da criminologia, muito mais do que do direito penal”,¹⁸⁰ a partir do momento em que se esgotam as explicações do fenômeno criminal unicamente com base no estudo do crime e do criminoso.

A escola clássica tinha seus olhos voltados ao crime, enquanto a escola positiva, com os saberes dos psiquiatras, focou no criminoso. A partir do momento em que se enfatizam os aspectos sociológicos do crime, principalmente com a sociologia americana, o delito surge como produto social, e a vítima, então, passa a receber mais atenção nesses estudos, principalmente quando se verificam os papéis rotuladores e institucionalizadores das instituições de controle formal.

Assim, a vitimologia gera uma “nova criminologia”, eis que durante décadas “*el único protagonista de la escena criminológica’ ha sido el criminal, el mal llamado ‘sujeto activo del delito’, con sus condicionamientos biológicos, psicológicos y socioculturales*”.¹⁸¹

Percebe-se que, do ponto de vista dogmático, como as leis penais se prestam a proteger bens jurídicos, a vítima fica vinculada a ser o sujeito passivo

177 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 77.

178 Para BERISTAIN, a evolução dessa filosofia política desponta desde o final do século XX para uma nova política criminal em que o Estado não tem mais (ou não deveria ter) o monopólio da violência. O autor propõe o modelo de justiça recriadora, em substituição ao modelo retributivo e ao modelo meramente restaurador. BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 179.

179 Segundo FATTAH, o termo vitimologia foi usado pela primeira vez em 1949, pelo psiquiatra Frederick Wertham, no livro “o show da violência”. FATTAH, Ezzat Abdel. *Victimology: Past, Present and Future*. **Criminologie**. Volume 33, Number 1, Spring 2000, La victimologie: quelques enjeux. p. 23

180 Explica Antonio Beristain que na criação da sociedade mundial de vitimologia, de 1979, os fundadores discutiram se seria uma sociedade autônoma ou uma seção da sociedade internacional de criminologia. Ninguém pensou em integrar a associação internacional de direito penal. O direito penal, para reparar, busca o castigo e a multa, ou seja, quem faz que pague, enquanto os vitimólogos buscam a reparação para dar assistência à vítima. BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, 2000, p.

181 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 33/36.

do delito, titular do bem jurídico. Isso gera sua diluição como indivíduo. Há uma “*evaporación vitimal*”, e os delinquentes famosos se tornam seres emblemáticos e históricos, e as vítimas são esquecidas, condenadas ao anonimato: “*los delincuentes históricos se han hecho célebres; sus víctimas han sido condenadas al anonimato*”.¹⁸²

A partir da segunda metade do século XX, então, há essa importante mudança paradigmática na criminologia como ciência, surgindo a vítima como possível causadora de seu destino vitimador, com um comportamento precipitante. Nas palavras de Bittencourt, “é assim que, como a ocasião faz o ladrão (em contrário da velha assertiva de que a ocasião faz o furto, porque o ladrão nasce feito), assim também a vítima muita vez faz o criminoso”.¹⁸³ É o exemplo da obra Crime e Castigo e a tese de Von Hentig da precipitação vitimal. Por isso, pode-se falar em uma “nova criminologia”, a vitimologia, a partir dessa mudança paradigmática, porque a então criminologia do crime e do criminoso chega ao seu fim, gerando uma nova perspectiva, a vitimológica.¹⁸⁴

Núñez de Arco bem sustenta em três pilares essa evolução do pensamento criminológico. Primeiro, porque a criminologia havia chegado ao fim de sua busca de explicar o delito pelo sujeito individual, seja no âmbito biológico, social antropológico e psicológico. E nesse ponto, também a psiquiatria havia se olvidado da vítima, mas passou a mostrar sucessivo interesse pelos vitimados em situações catastróficas, surgindo as teorias sobre síndrome do estresse pós-traumático, “*ampliándose de este modo el campo de estudio victimológico dentro de la criminología hacia: la prevención del crimen, la disminución y tratamiento de sus víctimas*”. Também surgem estudos de psicologia sobre a personalidade do delincente, motivação, perspectiva social, etc.¹⁸⁵

Segundo, porque as consequências da Segunda Guerra Mundial geraram um espírito de corpo em favor da vítima. Nesse contexto, destaca-se que Israel foi refundada por vítimas, e o Japão apresentava um cenário de macrovitimização. De todo interessante verificar, então, que os principais autores e pioneiros desse novo olhar criminológico (o vitimológico), Von Hentig e

182 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 37.

183 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Op. cit.*, p. 17.

184 ARCO, Jorge Núñez de. **Victimologia y violencia criminal**. *Op. cit.*, p. 38.

185 ARCO, Jorge Núñez de. **Victimologia y violencia criminal**. *Op. cit.*, p. 39/40.

Mendelsohn, eram o primeiro um alemão exilado, e o segundo um judeu.¹⁸⁶

É consenso praticamente, inclusive, que Von Hentig e Benjamin Mendelsohn foram os pioneiros ao assinalarem que *“la criminogénesis depende de una compleja relación entre víctima y victimario, figuras éstas que no ocupan posiciones antinórmicas sino que interaccionan, sus ‘roles’ respectivos se imbrican e incluso llegan a confundirse”*.¹⁸⁷

Surge, assim, no fenômeno criminal, o chamado par penal, *couple pénal*, ou *pareja penal*, para definir a relação entre vítima e criminoso não mais como necessariamente contraposta, porque assim como há vítimas resistentes ao criminoso, há as coadjuvantes ao próprio crime.¹⁸⁸

E por fim, o terceiro pilar dessa mudança de paradigma se refere ao surgimento de grupos sociais de vítimas com objetivos solidários, buscando uma nova consciência cívica para as vítimas. É o caso dos movimentos feministas, por exemplo, denunciando a vitimização secundária que as mulheres sofrem após a formalização da denúncia de um crime, quando são maltratadas pelas agências de controle formal (polícia, juízes, Ministério Público), etc.

O contexto de macrovitimização da Segunda Guerra Mundial catalisa uma reação dos estudos criminológicos, fazendo nascer a vitimologia como resposta dos judeus ao holocausto. É nesse sentido a lição de Elias Neuman:¹⁸⁹

Não há dúvida de que se deva ampliar o campo nosológico (estudo das moléstias) e conceituais da vitimologia. Poder-se-ia dizer que a sociedade do capital e consumo tem criado marcos de ideologização que lhe permitem vitimar uma quantidade notável de seres humanos: delinqüentes, loucos, doentes, minorias raciais, menores, oligofrênicos, anciãos.

Hans Von Hentig, com uma das primeiras obras dedicadas ao tema, em 1948, enuncia que o fenômeno criminal também surge de acordo com o comportamento da vítima. Ou seja, embora a lei assuma que o criminoso é o causador do crime, na realidade há também um papel da vítima no surgimento do delito, na criminogênese¹⁹⁰:

186 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 40.

187 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 41.

188 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Op. cit.*, p. 19.

189 NEUMAN, Elias. **Victimologia**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 291.

190 Em tradução literal: “A lei pressupõe que o perpetrador é sempre o agente por trás de qualquer movimento. Ela dá como certo que o “fazedor” é sempre ativo durante todo o processo até o resultado criminal, e o “sofredor” sempre inativo. É característico do nosso pensamento legalista que a noção de provocação tenha sido autorizada a entrar em nossos códigos penais

The law assumes that the perpetrator is always the directing agent at the back of any move. It takes for granted that the “doer” is always, and during the whole process which ends in the criminal outcome, active, the “sufferer” always inactive. It is characteristic of our legalistic thinking that the notion of provocation has been allowed to enter into our criminal codes, only in a very limited way.

Hentig mensura a operação recíproca de afinidades entre criminoso (que ele chama de causador – *doer*), e vítima (que ele chama de sofredor – *sufferer*), em um espectro de quatro níveis que vai da completa indiferença à impulsão consciente: “1. *apathetic, lethargic*; 2. *submitting, conniving, passively submitting*; 3. *cooperative, contributory*; 4. *provocative, instigative, soliciting*”.¹⁹¹

Assim, para Von Hentig, apesar de a lei penal distinguir de forma evidente o criminoso da vítima, do ponto de vista psicológico e comportamental, pode ser que ocorra o total inverso, ao ponto de a vítima ser a própria causadora do delito: “*there are cases in which they are reversed and in the long chain of causative forces the victim assumes the role of a determinant*”.¹⁹²

Extraem-se três noções fundamentais sobre a participação da vítima no surgimento do fenômeno criminal de acordo com Hans Von Hentig: 1. A possibilidade da mesma pessoa ser delinquente e vítima, começar num papel e continuar em outro, como ocorre nos jovens viciados, que cometem crimes contra a propriedade para sanarem seus vícios. 2. A existência da vítima latente, aquela predisposta a ser vítima, que gera certa atração para o criminoso, “o indivíduo frágil, que tanto entre os animais como entre as pessoas é o que verossimilmente será vítima de um ataque”. 3. A demonstração de que há uma relação da vítima com o delinquente, o que pode gerar uma inversão de protagonismo, quando a vítima for o sujeito mais ou menos desencadeante do delito.¹⁹³

De maneira paralela aos estudos de Hans Von Hentig, o advogado Benjamin Mendelsohn, sem conhecer o trabalho de Hentig, também foi um dos primeiros a tratar da vítima com sua obra *La Victimologia*, de 1937. Inicialmente, trouxe cinco classificações de vítimas: 1. A vítima completamente inocente, como

apenas de uma maneira muito limitada.” HENTIG, Hans Von. *The Criminal and His Victim*. New Haven: Yale University Press, 1948, p. 419.

191 Em tradução literal: 1. apática, letárgica; 2. submissa, conivente; 3. cooperativa, contributiva; 4. provocativa, instigativa, solicitante.” *Ibidem*, p. 420.

192 Em tradução literal: “há casos em que eles (os papéis) são invertidos e na longa cadeia de causas a vítima assume o papel determinante”. *Ibidem*, p. 384.

193 HENTIG, Hans Von. *Ibidem*.

as crianças; 2. As vítimas de menor culpabilidade, por ignorância; 3. As vítimas tão culpáveis como o infrator; 4. A vítima mais culpável que o infrator, provocadora; 5. A vítima mais culpável ou unicamente culpável, como nos casos de legítima defesa.

Na sequência de suas obras, Mendelsohn analisa a macrovitimização da Segunda Guerra e os casos de genocídio, com um grande número de vítimas, até concluir, em 1973 que “*ser víctima cubre una realidad social, biológica y psicológica, que puede ser determinada tanto por la vulnerabilidad de un ser, como por lo que há podido sufrir, aún si esto no está ligado a una infracción*”.¹⁹⁴

De acordo com o comportamento a vítima e seus graus de culpabilidade no fenômeno criminal, então, Benjamin Mendelsohn apresentou sua classificação das vítimas, distinguindo-as entre 1. Vítima totalmente inocente; 2. Vítima ignorante, ou menos culpada, que não percebe que causa um dano a si própria; 3. Vítima tão culpada quanto o criminoso, como a suicida e casos de eutanásia; 4. Vítima provocadora, mais culpável que o autor, porque o provoca a cometer o crime; 5. Vítima única culpável, dissimuladora, agressora ou simulada. Define, então, três grandes setores de vítimas como sendo a) as vítimas inocentes ou ideais, sem participação na produção do crime; b) as vítimas provocadoras, imprudentes, voluntárias e ignorantes, que se destacam pela evidente colaboração com o delinquente; c) vítimas agressoras, simuladoras e imaginárias, que são todas na verdade “supostas” vítimas, porque são na verdade as autoras.¹⁹⁵

Apesar de inaugurarem a análise de como a vítima pode contribuir para o delito, esse viés clássico da vitimologia, focado nas características pessoais da vítima (Hans Von Hentig), ou no comportamento da vítima (Benjamin Mendelsohn), dentre outros autores, entretanto, pode “por excesso de zelo, confundir a participação da vítima no iter do delito com sua co-culpabilidade, se ficarem adstritas a descrever os fatos sem análise científica e metodológica, especialmente com a vítima reincidente”.¹⁹⁶

Ezzat Fattah bem aponta essas críticas que a vitimologia sofreu no início

194 MENDELSON, Benjamin. La ciencia de la victima. p. 39, apud. MERLYN, Pilar Sacoto. **Introducción a la Criminología**, Quito: Ed. Corporacion de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 449

195 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Op. cit.*, p. 58/59.

196 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 92.

de seu desenvolvimento, segundo ele, injustamente. Alguns autores chegaram a classificar essa vitimologia como sendo a “arte de culpar a vítima”, o que levou a uma mudança de foco visando a ajudar e assistir às vítimas de crime, aliviando seus sofrimentos e afirmando seus direitos.¹⁹⁷

Inclusive, porque após as análises sobre as “coordenadas clinico-individualistas da vítima”, intensificaram-se estudos sobre o contexto social que pode influir mais ou menos para a vitimação. Por exemplo, Susan Smith aponta que quem desenvolve atividades de tempo livre mais do que três dias da semana é vítima em 40% dos casos, enquanto quem as faz apenas um ou dois dias só é vítima em 30% ou 10% dos casos. Nem sempre, portanto, a interação vítima e delinquente será determinante¹⁹⁸. Por isso, Antonio Beristain conclui que, para muitos especialistas, “convém considerar o crime como uma forma de interação social que brota de específicos contextos sociais; neles, a distinção entre delinqüente e vítima nem sempre aparece como conceitualmente útil”.¹⁹⁹

Efetivamente, as classificações das vítimas feitas pelos criminólogos não são rígidas e evoluíram ao longo do tempo, sendo também objeto de estudo de outros autores. Resumindo as categorias pelas quais o comportamento da vítima pode ser compreendido na criminogênese, Ezzat Fattah agrupou esses fatores em grupos de modelos de estudo. São eles: 1. A oportunidade: de acordo com as características da vítima e seu comportamento, ela pode ser mais ou menos potencial vítima; 2. Fatores de risco, geralmente relacionados a aspectos sociodemográficos, como idade, gênero, área de residência, falta de segurança, abuso de álcool, etc.; 3. Agressores motivados: geralmente os agressores têm um critério ou motivo para atacarem suas vítimas; 4. Exposição a certos ofensores e situações de alto risco, ou ambientes que aumentam o risco de ser vítima de crime; 5. Associações: aqueles que têm mais contato social, pessoal ou profissional com delinquentes potenciais e criminosos correm mais riscos de serem vítimas; 6. Horários e lugares mais perigosos: à noite, finais de semana e locais públicos são circunstâncias de perigo que aumentam o risco de ser vítima;

197 “Theoretical victimology became the object of unwarranted attacks and unfounded ideological criticism. It was portrayed by some (Clark and Lewis, 1977) as the “art of blaming the victim”. A new focus for victimology was taking shape: helping and assisting crime victims, alleviating their plight and affirming their rights”. FATTAH, Ezzat Abdel. *Op. cit.*, p. 25.

198 SMITH, Susan. “Victimization in the inner city: a British case study. **The British Journal of Criminology**. Vol. 22. N. 04. 1982. p. 386/402.

199 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 102.

7. Comportamentos perigosos: negligência, provocação ou se colocar em situações mais perigosas também podem aumentar o risco de ser vítima, como o ato de pedir carona; 8. Atividades de alto risco, geralmente em busca de diversão, ou algumas ocupações, como prostituição, trazem mais riscos potenciais de ser vítima de crime; 9. Comportamentos defensivos, ou o medo do crime, podem contribuir para diminuição da vitimização, pela menor exposição ao risco; 10. Propensões culturais ou estruturais podem também contribuir para a vitimização, como estigmatização e marginalização de certos grupos.²⁰⁰

Realmente, a visão da vitimologia clássica focada apenas no comportamento da vítima gera intensa culpabilização da vítima. Disso temos exemplo também no Brasil, na exposição de motivos do Código Penal com relação à conduta da vítima nos crimes sexuais, em que até hoje se lê que o comportamento da vítima foi inserido como critério de fixação da pena no artigo 59 porque foi “erigido muitas vezes em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminoso, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”.

O estudo dessa relação delinquente-vítima pode fornecer uma chave quanto à gênese do delito e auxiliar o juiz a resolver de forma humana e justa a questão a culpabilidade. Contudo, já alertava Edgard Bittencourt, em 1971, que seria inaceitável que a doutrina se limitasse a esse estudo no campo do diagnóstico e da terapêutica do crime, porque o estudo “vai mais longe, alcançando outros temas, como a proteção da vítima considerada individualmente e socialmente”.²⁰¹

Assim, o mérito inicial dos estudos de Hans Von Hentig e Benjamin Mendelsohn foi o de trazer a vítima para o estudo da criminogênese, mas é com o aprofundamento dessas análises, sob uma perspectiva mais humanitária ou solidarista²⁰² que se desenvolve e se descobre a necessidade de dar mais atenção à vítima, reafirmando seus direitos fundamentais e buscando neutralizar os efeitos que sofreu com o crime, com o tratamento que recebeu das agências de controle após o crime e que recebeu da própria sociedade.

Isso porque não há como dissociar a vítima do seu contexto social e sua

200 FATTAH, Ezzat Abdel. *Op. cit.*, p. 30/32.

201 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Op. cit.*

202 VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 164.

reação psicológica ao delito causa uma disruptura no equilíbrio social que pode ser tão nociva como o próprio criminoso. A vítima, após o momento inicial de angústia, passa ao sentimento de vingança, que põe em xeque o próprio grupo social. Torna-se, assim, também um problema a ser analisado pela criminologia, como aponta Pilar Sacoto Merlyn:²⁰³

Se ha roto el orden, el equilibrio, tanto social como individual. La víctima, luego de los primeros momentos que son sobre todo de angustia, pasa a un período agresivo que engendra venganza. El estado de la víctima nos revela una situación de desgracia dentro de la comunidad. Considerada así la cuestión, esta persona en pleno conflicto con su medio ya no puede vivir intensamente dentro de éste, porque intensamente desea destruir al adversario. Deja de actuar el SE (comportamiento como miembro de un grupo) y pasa a actuar el YO. A este nivel la víctima, al igual que el criminal, se constituye en un problema para la Criminología; pues el criminal con su acto y la víctima a causa de este acto, se abstraen del grupo al que pertenecieron.

O meio social, ainda, por meio de suas estigmatizações, pode anular a experiência da vítima, impedindo-a de buscar reflexões sobre o que ocorreu e como poderia ter sido evitado crime, deixando de contribuir com essas observações para o direito penal e para a sociedade. Assim Merlyn conclui no sentido de que é importante passar a informação à comunidade de que temos direito a viver pacificamente, porém sem descartar a possibilidade de uma ruptura dessa normalidade, “*preparando a todos y cada uno de sus miembros para participar em este cambio, si se produce; desde luego, a partir de ciertos medios limitados sin deshumanizar jamás a los adversarios*”.

Daí a importância de se verificarem as várias formas pelas quais a vítima pode sofrer com a conduta criminal e outros fatos posteriores. Fala-se, então, em três formas de vitimização:

por primeiro dano entende-se o que deriva diretamente do crime. Ao contrário, o dano secundário emana das respostas formais e informais que recebe a vítima; e o terceiro dano procede, principalmente, da conduta posterior da mesma vítima.^{204 205}

203 MERLYN, Pilar Sacoto. **Introducción a la Criminología**, Quito: Ed. Corporacion de Estudios y Publicaciones, 2016, 463 p.

204 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 103.

²⁰⁵ Apesar da definição de vitimizações primária, secundária e terciária ser majoritariamente a que mostramos, não se pode esquecer que o primeiro a apresentar uma classificação de vitimização com os mesmos termos, porém com significados diferentes, foi Marwin Wolfgang, para quem a vitimização primária se referia à vítima individual ou personalizada, diretamente atacada; vitimização secundária se referiria a estabelecimentos comerciais, ou seja, vítimas impessoais; e vitimização terciária seriam as vítimas difusas, a comunidade em geral; e por fim, a vitimização mútua se referiria aos casos em que os participantes estão engajados mutuamente em atos consensuais. WOLFGANG Marwin, *apud* FERRACINI, Ricardo Neto, MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.* 19, p. 77.

Como a vítima se sente e reage em cada um desses possíveis momentos angustiantes deve ser entendido para orientar os serviços de assistência. Nesse contexto, mostra-se importante a classificação de vítimas de Elias Neuman, que as divide em a) vítimas individuais: pessoas físicas que figuram no polo passivo do crime; b) vítimas familiares: aquelas que sofrem agressões sexuais ou maus-tratos no âmbito familiar ou doméstico, geralmente mais vulneráveis; c) vítimas coletivas: de delitos que lesionam ou arriscam bens jurídicos coletivos, como os delitos contra os consumidores; d) vítimas da sociedade: do sistema social, como as mortes por faltas de leitos em hospitais públicos.^{206, 207}

A vitimização inicial ou primária é efetivamente a mais evidente. Crimes graves como estupro, roubos violentos e outras agressões têm impactos importantes nas vítimas. Em casos de agressões sexuais, estudos revelaram que inicialmente a vítima reage com desespero (86% dos casos); memórias de outros casos traumáticos (76%); além de intensa ansiedade, medo, sensação de abandono, humilhação, depressão, raiva e culpa (86%); inclusive com sintomas físicos, como náuseas (43%); e perturbações do sono (68%); dificuldade de concentração (72%); ideias hipocondríacas (78%); e problemas sexuais (78%).²⁰⁸ Em roubos, as vítimas geralmente desenvolvem inicialmente sentimentos de impotência, raiva e aborrecimento, medo, susto, nervosismo e angustia (40%), e posteriormente continuam com esses sentimentos, além de insegurança e intranquilidade.²⁰⁹

²⁰⁶ NEUMAN, Elias, *apud*. FERRACINI, Ricardo Neto, MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 71.

²⁰⁷ Semelhante e também relevante a classificação de vítimas dada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que as divide em: a) vítimas diretas: as que sofreram a lesão causada pela ação ou omissão do agente; b) indiretas: as pessoas que possuam relação com a vítima direta, por afinidade ou parentesco até o terceiro grau, desde que haja convivência, ou dela dependam; c) vítima de especial vulnerabilidade: aquelas com fragilidade decorrente de idade, gênero, estado de saúde ou deficiência, ou fato e tipo e grau e duração da vitimização que tenha resultado em consequências graves; d) vítima coletiva: grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática do crime, ato infracional ou calamidade pública, que atinja bens jurídicos coletivos, como saúde pública, meio ambiente, sentimento religioso, consumidor, fé pública, ou administração pública; e) familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima. Artigo 3º da Resolução 243/2021 do CNMP. BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 243 de 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso: 15 mar. 2023.

²⁰⁸ E. Amanal, "Rape trauma syndrome: developmental variations", em 1. R. Stuart, J. G. Greer (comps.). *Victims of sexual aggression: treatment of children, women and men*. Nova York, Van Nostrand Reinhold, 1984, *apud* BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 103.

²⁰⁹ ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. Informe sobre víctimas de robos y agresiones violentas en la ciudad de Vitoria-Gasteiz. *Atmales Internationales de Criminologie*, vol. 31, nº 1-2, 1993. p. 107, *apud* BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 104.

No que se refere à vitimização secundária, a atenção se volta à conduta dos órgãos estatais, pois se trata do sofrimento que as vítimas, testemunhas e sujeitos passivos de delitos recebem pelas instituições encarregadas de fazer “justiça”, como policiais, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias etc. “Durante o processo, a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado. Tão injusta postergação do sujeito passivo do delito produz nele uma segunda vitimação, que aparece patente em todos os países de nossa cultura”.²¹⁰

Essa segunda vitimização gera efeitos deletérios na confiança que a vítima passa a (não) ter nos órgãos de controle formal, principalmente nos órgãos policiais, que são a porta de entrada para a vítima noticiar o crime de que foi vítima. Estudos da década de 80 com crimes violentos apontaram que a vítima até se sente inicialmente acolhida, porém posteriormente se sente abandonada, com falta de informação sobre a prisão ou soltura do delinquente. Daí a importância de que esses profissionais sejam bem formados e instruídos para o correto atendimento das vítimas. Nesse estudo já antigo, porém bastante elucidativo, Joanna Shapland e Daniel Cohen concluem que “talvez essa falha se deva, em grande parte, à escassa formação científica e humana que receberam nas academias policiais”.²¹¹

Já a vitimização terciária decorre de estigmas sociais, da rotulação que a própria sociedade faz da vítima, estigmatizando-a ou martirizando-a.

Quando alguém, por exemplo, consciente de sua vitimação primária ou secundária, avoca um resultado, em certo sentido, paradoxalmente bem-sucedido (fama nos meios de comunicação, aplauso de grupos extremistas etc.), deduz que lhe convém aceitar essa nova imagem de si mesmo(a), e decide, por meio desse papel, vingar-se das injustiças sofridas e de seus vitimadores (legais, às vezes). Para vingar-se, se autodefine e atua como delinquente, como viciado em drogas, como prostituta.²¹²

Alguns autores ainda apontam uma outra forma de vitimização sequencial ou decorrente de complicações sociais e psicológicas posteriores que o crime gera na vida da vítima em uma cadeia de prejuízos que pode chegar a se tornar uma vitimização sem fim. O exemplo de Arco é bastante impactante:

en la mujer que es violada y desarrolla un embarazo o una infección por virus del SIDA, o que se ve impulsada a la prostitución, o termina

210 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 105.

211 Joanna Shapland e Daniel Cohen. “Facilities for victims: the role of the police and the courts”, *The Criminal Law Review*, 1987, 34. 28, *apud* BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 107.

212 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 109.

*con la ruptura de su propio matrimonio, o en el accidente de circulación en el que el conductor, además de sufrir daños directos, sufrirá la culpa del fallecimiento de otras personas, incluso su cónyuge e hijos con ocasión del hecho.*²¹³

Por fim, pode-se falar também na vitimização do vitimador. O criminoso (vitimador) pode se tornar também uma vítima, em um círculo vicioso, principalmente em decorrência da atuação dos órgãos de controle formal na execução da pena. Trata-se do dano que o aparato repressivo impõe ao autor do crime, que, muitas vezes, não termina de pagar pela pena nunca.

*La forma de contacto con la deshumanizada Administración de Justicia es considerada como una experiencia lamentable. Por otro parte, los efectos de la prisionización, monótona medida de la que sólo parece disponerse y la falacia de la resignación social hacen que la culpa, con frecuencia, no se termine de pagar nunca.*²¹⁴

O estudo dessas formas de vitimização é importante porquê, como visto, esses impactos negativos que a vítima sofre têm reflexo nas condutas posteriores das vítimas e impactam a própria sociedade. O medo do crime gera a sensação de insegurança, que abala também as relações humanas e como a sociedade enxerga o próprio criminoso. Revelar a importância da proteção da vítima também é papel da vitimologia: “o Estado pune, prevenindo a coletividade contra o criminoso ou retribuindo a este o mal infligido a sociedade. Mas não assume o dever de resguardar, em medida tomada a posteriori, a sorte do ofendido ou de seus dependentes”.²¹⁵

Daí a importância de serviços de proteção à vítima também no aspecto social. Nesse sentido, Antonio Beristain identifica três tipos de programas principais às vítimas:²¹⁶ 1. Programas de acolhimento urgente ou imediato (*shelters, ou crisis center*); 2. Programas de assistência dentro do sistema de direito penal; e 3. Programas de indenização econômica.

Esses programas vêm paulatinamente sendo previstos como direitos das vítimas em normas internacionais e internas a vários países, assim como no Brasil, e sobre eles vale a pena nos debruçarmos de maneira um pouco mais detalhada.

2.2. Estatuto das vítimas e experiências no tratamento às vítimas no direito estrangeiro

213 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 55.

214 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 57.

215 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Op. cit.*, p. 34.

216 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 112/115

Como prenunciava Beristein no começo deste século XXI, contemporaneamente pretende-se a criação de um espaço de política criminal supra e internacional. Os atores dessa filosofia política no início deste século propugnavam visões que alcançassem todo o planeta. Buscava-se uma filosofia política que superasse as nacionalidades e tentasse desenvolver valores fundamentais da dignidade pessoal. Fomentavam tendências e pactos internacionais com a pretensão de superar propostas burguesas, ditatoriais, marxistas, reformulando a dignidade de toda pessoa.²¹⁷

Essa evolução pode ser verificada pelo surgimento de legislações de auxílio às vítimas por todo o globo, passando pelo primeiro simpósio de vitimologia e pela criação da sociedade mundial de vitimologia, até as primeiras normatizações internacionais sobre os direitos das vítimas, movimento que pode ser verificado bem antes do próprio termo vitimologia ser cunhado, eis que já em 1891 o terceiro congresso jurídico internacional em Florença aprovou a proposição de Garófalo de instituir um fundo de compensação estatal para assistir vítimas de certos delitos.

Destaca-se nessa evolução, que, em 1963, na Nova Zelândia, surgiu um programa de compensação às vítimas de delitos. E o mesmo no México, em 1969, sob a Constituição de 1917, pioneira na inclusão de direitos sociais, em que surge uma legislação de proteção e auxílio às vítimas que fixa as formas de comprovar o estado econômico das vítimas, novas formas de arrecadar fundos para este fim, mas que, na prática, não permitiu efetivamente o recebimento de compensação pela maioria das vítimas.²¹⁸

Então, em 1973, como visto, ocorre em Jerusalém o primeiro simpósio internacional sobre vitimologia, no qual foram juntados os poucos trabalhos publicados a respeito das vítimas de delitos. A vitimologia nasce oficialmente em 1979, no terceiro simpósio internacional de vitimologia, na Alemanha, quando é então fundada a sociedade mundial de vitimologia, que recebe acolhida na maioria dos países e instituições supranacionais, a exemplo da Convenção Europeia sobre a assistência às vítimas de delitos violentos, do Conselho da Europa, dentro do Comitê Europeu para os problemas criminais (Estrasburgo, 1983), a Declaração sobre Justiça e Assistência para as Vítimas, do Encontro

217 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 78.

218 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 85.

Inter-regional de Especialistas das Nações Unidas, em Otawa (Canadá) de 1984.²¹⁹

Até que, então, houve a promulgação, no âmbito do sistema universal de Direitos Humanos, da declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder, aprovada na Assembleia-Geral das Nações Unidas (Resolução 40/34), de 29 de novembro de 1985.

Na Europa, viu-se movimento semelhante, com documentos de proteção às vítimas, que foram também paulatinamente editados em vários países.

2.2.1. Direitos das vítimas de acordo com a Organização das Nações Unidas

Da declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas da criminalidade e abuso de poder, da ONU, e seu anexo extraem-se alguns conceitos importantes sobre quem são as vítimas, como devem ser tratadas e qual a postura sugerida aos Estados-membros.

Em resumo, o anexo da declaração define como vítimas as pessoas que tenham sofrido danos (físicos, mentais, emocional, perda financeira, ou prejuízo dos direitos fundamentais) por ações ou omissões que violem lei penal dos Estados-membros, abrangendo também familiares e quem interveio para assistir ou prevenir e sofreu danos, aplicando-se a todos sem distinção. Quebra-se, com isso, a confusão de vítimas apenas como sujeitos passivos de crimes.

Prevê que as vítimas devem ser tratadas com respeito e terem direito a reparação do dano, devendo ser estabelecidos e reforçados mecanismos judiciais e administrativos para reparação das vítimas, de forma rápida, justa, pouco custosa e acessível, com informação sobre os direitos das vítimas. Sugere-se que os procedimentos sejam adequados à necessidade das vítimas, com informação sobre a decisão e desenvolvimento do processo; direito a expor opiniões e preocupações a serem examinadas; assistência apropriada durante o processo; medidas para minimizar incômodos, proteger sua intimidade, garantir segurança; evitar demoras na resolução das causas e mandamentos de indenização. Devem ainda ser utilizados mecanismos oficiosos para solução, como mediação, arbitragem, e justiça consuetudinária.

Sobre o ressarcimento e a indenização (itens 8 a 13), o anexo pontua que

219 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.* p. 86.

delinquentes ou terceiros devem ressarcir as vítimas e familiares, e os governos devem rever regulamentos e leis, constando o ressarcimento nos casos penais, além de outras penas, assegurando ainda que o Estado deverá indenizar as vítimas por danos causados por funcionários públicos ou agentes que violem a lei penal. Quando a indenização pelo delinquente não for possível, o Estado deve procurar indenizar vítimas que tenham sofrido importantes lesões corporais ou prejuízo de saúde física ou mental, além da família e responsáveis pelas vítimas que tenham sido mortas ou ficado física ou mentalmente incapacitadas como consequência da vitimização, devendo ser fomentado o estabelecimento e ampliação de fundos nacionais para indenizar as vítimas.²²⁰

Com relação à assistência das vítimas, o anexo (itens 14 a 17) prevê que as vítimas devem receber assistência material, médica, psicológica e social pelos governos ou voluntários; bem como serem informadas da disponibilidade de serviços sanitários e sociais.

O texto ainda indica que deve haver a formação adequada do pessoal da polícia, de justiça, saúde e outros serviços que recepcionem as necessidades da vítima, dando-se especial atenção às vítimas que tenham necessidades especiais, pela índole dos danos sofridos ou de acordo com “raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física” (item 3 do anexo).

Por fim, em seus itens 18 a 21, o anexo trata das vítimas de abuso de poder, como as que tenham sofrido danos, lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou prejuízo em direitos fundamentais em virtude de ações que ainda que não violem lei penal, violem normas internacionais de direitos humanos.

2.2.2. Direitos das vítimas de acordo com a União Europeia

²²⁰ Interessante pontuar que, junto ao Tribunal Penal Internacional, a Resolução ICC-ASP/1/Res.6, de 9 de setembro de 2002, criou o fundo fiduciário em benefício de vítimas e seus familiares. Ainda que restrito aos casos que estejam sob jurisdição do TPI, o fundo revela a possibilidade de o Tribunal Penal Internacional trabalhar tanto para aplicar a justiça retributiva aos criminosos como a justiça restaurativa às vítimas. SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araujo. **O regime de reparações do estatuto de roma e o fundo fiduciário do tribunal penal internacional: as vítimas como foco da nova justiça penal internacional**. 2008. 137 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 108.

A diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, de 25 de outubro de 2012,²²¹ estabelece normas mínimas relativas aos direitos, apoio e proteção das vítimas da criminalidade. A diretriz traz os direitos das vítimas, dentre eles, o de informação, de participação, proteção da vida privada e avaliação individual de acordo com suas necessidades específicas de proteção.

Na justificativa n. 15, a diretiva prevê que os Estados-membros devem assegurar que "as vítimas com deficiências beneficiem-se plenamente dos direitos nela previstos, em condições de igualdade com as demais pessoas, nomeadamente facilitando-lhes o acesso ao local onde decorre o processo penal e o acesso à informação".

Em seus artigos, a diretiva define como vítima não apenas quem sofreu danos diretamente por um crime, mas também seus familiares (artigo 2º), e prevê os direitos de informação desde o primeiro contato com as autoridades, passando pelo momento da denúncia até o curso e final do processo, com direito à interpretação e à tradução (artigos 3º a 7º). Prevê ainda o direito a acesso aos serviços de apoio às vítimas, com aconselhamento, informação, apoio moral gratuitos (artigos 8º e 9º) e detalha os direitos da vítima na participação no processo penal (artigos 10 a 17).

Durante as investigações penais, a diretriz aponta que os Estados-membros da União Europeia devem assegurar que as inquirições de vítimas sejam feitas sem atraso após o registro do crime (denúncia); que o número de inquirições seja o mínimo possível; que a vítima possa estar acompanhada de representante legal; e que os exames médicos sejam reduzidos ao mínimo e apenas em caso de estrita necessidade para o processo (artigo 20).

A diretriz europeia ainda traz a ideia de avaliação individual da vítima, de acordo com suas características pessoais, tipo e natureza do crime e circunstâncias do crime, dando-se especial atenção às vítimas que sejam particularmente vulneráveis, dentre estas, assim consideradas as vítimas de "terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de seres humanos, violência baseada no gênero, violência em relações de intimidade, violência sexual, exploração ou crimes de ódio, e as vítimas com deficiências" (artigo 22, item 3).

221 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>. Acesso: 20 jul. 2022.

Por fim, a diretiva traz, em seu artigo 25, as orientações para a formação dos profissionais que entram em contato com as vítimas, principalmente policiais e funcionários judiciais, tendo como objetivo habilitá-los a reconhecer as vítimas e a tratá-las com respeito e profissionalismo e de forma não discriminatória.

Mais recentemente, a comissão europeia publicou as estratégias de execução para os direitos das vítimas para os anos 2020 a 2025, visando a aperfeiçoar a consagração dos direitos das vítimas. Chama a atenção que dentre as estratégias consta que profissionais que estão em contato com vítimas com alguma deficiência devem ser treinados para se comunicar com elas da maneira adequada:²²²

Professionals who are in contact with victims with disabilities should be trained to communicate with them in a way that takes into account any mental or physical impairment such as hearing or speech impairments. In addition, accessibility to premises for victims with disabilities must be ensured so they can report crime and participate in criminal proceedings.

2.2.3. *Proteção das vítimas em outros ordenamentos jurídicos*

Na Espanha, seguindo a diretiva europeia, a Lei n. 04/2015 instituiu o Estatuto da Vítima do Delito,²²³ dividido em um título preliminar referente às disposições gerais e o conceito de vítima e seus direitos, e outros quatro títulos específicos.

O conceito de vítima, para a lei espanhola, é dividido em dois aspectos (artigo 2º). A vítima direta é tida como toda pessoa física que sofreu dano ou prejuízo, seja patrimonial, físico, psíquico ou emocional diretamente por um delito, e a vítima indireta é a família, nos casos de morte ou desaparecimento de pessoa causados diretamente por um delito. O estatuto, entretanto, prevê que não se aplicam suas disposições a terceiros que tenham sofrido prejuízos pelo delito.

Os quatro títulos que se seguem são divididos em (I) direitos básicos; (II)

²²² Em tradução livre: “os profissionais que estão em contato com vítimas com deficiência devem ser treinados para se comunicar com elas de uma forma que leve em conta qualquer deficiência mental ou física, como deficiências auditivas ou de fala. Além disso, deve ser assegurada a acessibilidade às instalações para as vítimas com deficiência para que eles possam denunciar crimes e participar do procedimento criminal.” EU Strategy on victims' rights. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0258>>. Acesso: 20 jul. 2022.

²²³ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>>. Acesso: 02 set. 2022.

participação da vítima no processo; (III) proteção das vítimas; e (IV) disposições comuns. Em geral, o estatuto garante atendimento por profissionais especialmente formados para evitar danos secundários e em ambiente próprio e adaptado para isso, bem como preferencialmente pelo mesmo profissional. Com relação a vítimas de violência de gênero e/ou sexuais, garante atendimento preferencial por profissionais do mesmo sexo, o direito de não ter contato visual com o autor e depoimentos sem presença de público.

O estatuto ainda prevê medidas específicas de proteção para pessoas especialmente vulneráveis, como menores de idade, pessoas com capacidade diminuída, tais como gravações dos depoimentos das vítimas durante a fase de investigação, para que possam ser reproduzidas em juízo; oitiva das vítimas por meio de profissionais técnicos especializados; designação de defensor em prol da vítima, que a represente durante a investigação policial e processo, quando houver conflito de interesses entre vítima e seu representante legal ou quando a vítima estiver apartada e afastada da pessoa que seria seu representante legal.²²⁴

Ainda especificamente com relação às vítimas com deficiência intelectual ou mental, o artigo 4º do estatuto prevê que as comunicações com a vítima devem ser feitas respeitando essas necessidades especiais e, se for o caso, por meio de seu representante ou pessoa que a assista. O dispositivo garante ainda que a vítima possa estar acompanhada de uma pessoa de sua confiança desde o primeiro contato com autoridades.

Interessante a previsão do estatuto espanhol com relação à proteção da vítima durante a investigação penal. O artigo 21 prevê que autoridades e funcionários da investigação deverão receber a declaração da vítima sem dilações injustificadas, no menor número de vezes possível, garantindo que a vítima possa estar acompanhada de pessoa de sua escolha, salvo quando isso puder prejudicar o ato, e que os reconhecimentos médicos das vítimas só sejam feitos quando realmente imprescindíveis. O artigo 24 ainda prevê que a avaliação das necessidades da vítima e determinação de medidas de proteção sejam feitas

224 CNMP. **Guia Prático de Atuação do Ministério Público na proteção e amparo de vítimas de criminalidade.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/dezembro/Guia_Pr%C3%A1tico_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_do_MP_na_Prote%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_V%C3%ACtimas_de_Criminalidade_digital.pdf>. Acesso: 2 set. 2022.

pelo juiz de instrução, mas sem prejuízo de também ser feita pelos funcionários de polícia, quando na fase de investigação do delito.

O estatuto espanhol ainda modificou o parágrafo primeiro do artigo 282 da Ley de Enjuiciamiento Criminal para prever que a Polícia Judicial preste as informações iniciais às vítimas que a procurem e avalie e determine provisoriamente medidas de proteção para a vítima, sem prejuízo de decisão final pelo juiz ou tribunal:

Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Já nos Estados Unidos, os movimentos em defesa de vítimas começaram em 1960, nos estados da Califórnia e Missouri, mas foram catalisados nas décadas de 70 e 80, principalmente quando o presidente Ronald Reagan, em 1982, instalou a força-tarefa em defesa das vítimas de crime, cujo relatório apontou que às vítimas era negado o direito à participação nas cortes. O relatório da força-tarefa recomendou, então, a tomada de algumas providências, como a previsão de que a vítima possa apresentar evidências e ter retribuição sobre o mal causado. Apesar de focar apenas nas vítimas de crimes violentos, o relatório incentivou novas legislações americanas. Surgiram, assim, o Ato de proteção a vítimas e testemunhas, em 1982, e outras leis, de 1984 a 1997, com o mesmo intento.

Entretanto, as leis falharam em proteger as vítimas, a exemplo do emblemático caso da explosão em Oklahoma City, considerado até hoje o pior ato de terrorismo doméstico nos Estados Unidos, no qual Timothy McVeight e Terry Nichols explodiram o edifício federal Alfred P. Murrah, no centro da cidade, matando ao menos 168 pessoas.

Em 2004 surgiu, então, o ato de direitos das vítimas de crime (*crime victims rights act*), que trouxe oito principais direitos das vítimas e influenciou os estados a adotarem legislações próprias também. Assim, praticamente os cinquenta estados americanos possuem leis semelhantes, que espelham os esforços federais na proteção de vítimas, os quais possuem quatro características comuns: 1. Criam direitos das vítimas; 2. Tratam da assistência à

vítima para entender o sistema; 3. Criam fundo de compensação para as indenizações; 4. Sofrem com falta de mecanismos de execução e fiscalização desses direitos.

Os problemas na implementação dos direitos das vítimas nos Estados Unidos são basicamente quatro, segundo Boateng e Abess: 1. Os profissionais da lei conhecem pouco os direitos das vítimas e, com isso, não as atendem bem nem as informam de seus direitos; 2. Não há formas de controle efetivo à disposição das vítimas para reclamarem da falta com seus direitos; 3. Os critérios para indenização são muito rígidos, exigindo-se participação da vítima no processo e denúncia do caso em tempo curto; 4. A definição de vítima é muito restrita. Em conclusão, então, os autores sugerem a capacitação de oficiais da justiça e a criação de mecanismos de controle externo às vítimas para fazerem valer seus direitos perante os oficiais.²²⁵

De outro lado, na Bolívia, explica Nunez de Arco, que a Lei n. 1.970, de 25 de março de 1999, trata da proteção e das garantias das vítimas. A norma define vítimas como sendo as pessoas diretamente atingidas pelo delito, assim como cônjuge e parentes quando houver a morte do ofendido, além das pessoas jurídicas atingidas pelo delito e ainda as fundações ou associações nos crimes que afetem interesses coletivos e difusos (artigo 76). A lei boliviana prevê ainda o direito de a vítima intervir no processo e ser escutada antes de cada decisão que gere a extinção ou suspensão da ação (artigo 11). Há previsão expressa, ainda, do direito à ação penal privada (artigo 18).²²⁶

Na Bolívia, ainda, apontava Nunez e Arco, que o programa de serviços de atenção para a vítima (PROSAVI) não era verdadeiramente um programa de serviço com enfoque integral na assistência e que faltava implementar serviços efetivos de proteção e atendimento pelos órgãos de controle que evitassem a segunda vitimização.²²⁷

Atualmente, a Lei n. 464, de 19 de dezembro de 2013, na Bolívia,²²⁸ criou o *servicio plurinacional de asistencia a la víctima (SEPDAVI)*, que tem como

225 BOATENG. Francis D. ABESS, Gassan. Victims' role in the criminal justice system: A statutory analysis of victims' rights in U.S. **International Journal of Police Science & Management** 1–8.

226 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 56/58.

227 ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 363.

228 Disponível em <<http://www.sepdavi.gob.bo/recursos/normativas/ley464.pdf>>. Acesso: 20 jul. 2022.

missão “proporcionar ayuda legal pronta y oportuna con el correspondiente apoyo psicológico y social a toda víctima de escasos recursos en cada oportunidad que esta lo requiera.” O regulamento do programa prevê que será prestada assistência jurídica, psicológica e social para as vítimas, serviço que será gratuito para as vítimas com poucos recursos.

No Equador, o Código Orgânico Integral Penal, no título III, de direitos, estabelece os direitos da vítima, que são bem resumidos por Pilar Sacoto Merlin. Diz o artigo 11 da lei equatoriana que a vítima terá direito de propor acusação particular, participar ou não do processo, e que não poderá ser obrigada a comparecer, além de ter direito à reparação de danos e a proteções especiais, tradutor se for estrangeira e direito à informação sobre o curso do processo, dentre outros: ²²⁹

A proponer acusación particular, participar o no en el proceso, dejar de hacerlo. No se le puede obligar a comparecer. Reparación integral de los daños sufridos. Reparación por las infracciones de agentes del Estado o que se produzcan con su autorización. Protección especial (su intimidad, seguridad, de sus familiares y testigos). A no ser revictimizada. Protegerla de amenazas u otras formas de intimidación. Ser asistida por un defensor público, en la investigación, en el proceso y reparación. A un intérprete gratuito, si no conoce el idioma en el que se le juzga y a asistencia especializada. A ingresar al sistema nacional de protección de víctimas. Recibir asistencia de profesionales de acuerdo a sus necesidades durante el proceso. A ser informada por los fiscales de la investigación preprocesal y la instrucción, del resultado final en su domicilio (aún si no intervino en el proceso). Un trato en condiciones de igualdad. Permanencia en el territorio si no es ecuatoriana, por razones humanitarias.

2.3. Estatutos protetivos e os serviços de atendimento à vítima com transtorno mental no Brasil

No Brasil, apesar de o direito à segurança pública estar previsto na Constituição Federal, ainda não há sistematização dos direitos das vítimas em estatuto próprio. Há apenas proposições legislativas em discussão e andamento avançado no Congresso Nacional, como o Projeto de Lei n. 3.890/20 da Câmara dos Deputados, e o Projeto de Lei n. 65/2016 do Senado Federal.

Existem, entretanto, previsões esparsas no Código de Processo Penal - principalmente após a reforma efetivada pela Lei n. 11.690/08 - e no Código Penal que tratam de alguns direitos da vítima de crime.

229 “Código Orgânico Integral Penal, vigente desde 10 de Agosto de 2015, que en su Título III “DERECHOS”, Capítulo I, establece los “Derechos de la Víctima” en su único Artículo el 11, con 12 numerales”. MERLYN, Pilar Sacoto. **Introducción a la Criminología**, Quito: Ed. Corporacion de Estudios y Publicaciones, 2016, 464 p.

Também há previsões mais específicas em alguns estatutos de determinados grupos mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, mulheres vítimas de violência doméstica e idosos.

Além disso, medidas mais incisivas de proteção são encontradas na Lei n. 9.807/1999, que trata do programa de proteção às vítimas e testemunhas, e alguns serviços locais de proteção são regulamentados por normativas estaduais e municipais, assim como em algumas localidades foram criados serviços de atendimento próprios às vítimas, principalmente as mais vulneráveis, como delegacias da mulher e da pessoa com deficiência.

2.3.1. Direitos das vítimas no processo penal e serviços de proteção

Compilando essas disposições legais, extraem-se alguns direitos básicos das vítimas na legislação brasileira, os quais podemos resumir em: 1. direito à informação e participação; 2. direito à indenização mínima pelo dano causado; 3. direito de sigilo e proteção de seus dados e de sua pessoa; e 4. direito de serem ouvidas com dignidade e sem novas vitimizações.

Com relação ao direito à informação e participação, destaca-se o direito de que a vítima seja comunicada do ingresso e da saída do acusado da prisão, da designação de data para audiência e da sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (artigo 201 §2º do Código de Processo Penal). Não há ainda previsão de notificação da vítima sobre o arquivamento do inquérito policial, porém é possível extrair esse direito do direito de acesso à informação e do serviço público adequado.

No exterior, o estatuto da vítima da Espanha garante esse direito em seu artigo 12, e a ideia é encampada no projeto de Lei do Senado n. 65/2016, ainda em discussão no Brasil. De todo modo, nada impede a expansão desse direito por meio de políticas públicas, como a criação de serviços de atendimento e orientação jurídica às vítimas, como já feito em alguns Ministérios Públicos estaduais.²³⁰

230 “Alguns Ministérios Públicos que contam com Centros e ou Núcleos de Atendimento à Vítima inclusive estipularam, de maneira expressa, que uma das atribuições dos Centro ou Núcleos de Atendimento à vítima é o de prestar orientação jurídica, mediante atendimento personalizado. É o caso do Ministério Público do Acre, no art. 3º, I, do Ato PGJ 31/201621; do Ministério Público do Ceará, no art. 4º, VI, do Ato Normativo nº 024/201922; do Ministério Público do Piauí, por ato do PGJ nº 922/201923; e do Ministério Público do Paraná, no art. 2º, I, da Resolução nº 3979/2013 – PGJ”. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **Guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade** / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2019. Disponível em:

O artigo 14 do Código de Processo Penal ainda prevê a possibilidade de participação da vítima no inquérito policial, com solicitação de diligências, que serão avaliadas e determinadas ou não pela autoridade policial. Já o artigo 201, *caput*, prevê o direito da vítima de ser ouvida e indicar provas durante o processo penal.

O direito à indenização é extraído do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719/2008, que prevê que o juiz deverá fixar na sentença condenatória o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Essa previsão é reforçada pelo Código Penal, que, em seu artigo 92, inciso I, traz como efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e é corroborada ainda pelo disposto nos artigos 29, 31, e 39 da Lei de Execução Penal, que trata do trabalho remunerado do preso para reparar o dano causado.

Os artigos 201, §6º, e art. 217 do Código de Processo Penal garantem ainda o direito de a vítima não ter seus dados divulgados, de ser ouvida em espaço reservado e de que o réu seja retirado da audiência caso sua presença possa causar temor à vítima, que será ouvida, como regra, antes de outras testemunhas. São direitos de sigilo, proteção de dados e proteção da própria pessoa da vítima. Nesse ponto, há ainda previsões locais que tratam da omissão de dados da vítima e testemunhas no processo e programas específicos de proteção com base na Lei n. 9.807/1999.

Essas previsões, entretanto, de nada valem sem suas corretas execuções. Por isso, é importante verificar os serviços que efetivamente estão à disposição de vítimas. Do ponto de vista dos serviços e programas sociais para vítimas, é possível, com Beristain, dividi-los em três grandes grupos.²³¹

Primeiro, programas de acolhimento urgente ou imediato (*shelters* ou *crisis center*), sempre que possível, com ligação direta com a polícia, que recebe as denúncias inicialmente e deve escutar a vítima, ajudar a formular a denúncia e então buscar alojamento e assistência. É importante que seja analisada a demanda existente, com os tipos de delitos mais frequentes, as características das vítimas e quais as necessidades mais urgentes. Exemplo é a criação de

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/dezembro/Guia_Pr%C3%A1tico_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_do_MP_na_Prote%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_V%C3%ACtimas_de_Criminalidade_digital.pdf>. Acesso: 10 ago. 2022.

231 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 112/115

abrigos da mulher por vários municípios, integrados com Delegacias da Mulher, cuja legislação, inclusive, já abarca os direitos dessas vítimas e a forma de atendimento ideal pelos órgãos públicos.

Em um segundo grupo, entram os programas de assistência dentro do sistema de direito penal (*victim/witness assistance programs*), que procuram prestar assistência contínua às vítimas tanto do ponto de vista social/psicológico como do ponto de vista prático sobre o andamento processual.

E o terceiro grupo são os programas de indenização econômica, não apenas a reparação do dano pelo autor, mas indenização a ser pega pelo Estado. Em um Estado social de direito, o poder governamental tem o dever de indenizar por não evitar a criminalidade. Esse tipo de programa, entretanto, não consegue ser muito amplo, sob pena de se tornar inexecutável e, quando existe, é desconhecido das vítimas, como aponta Beristain com relação a programas dessa espécie em Nova York e Nova Jersey.²³²

Nesse campo, interessante a previsão constante do artigo 22 do Projeto de Lei n. 3890/2020 da Câmara dos Deputados, que pretende, se aprovado e sancionado, a criação do Fundo Nacional de Custeio dos Serviços de Apoio e Projetos dos Ministério Públicos Estaduais para a restauração das vítimas de crimes sexuais, dependentes de vítimas de crimes violentos e calamidades públicas, por meio do repasse de até 0,5% das receitas de tributos dos respectivos estados e de até 0,1% das receitas com obtidas pela União com tributos federais.

Com relação aos programas do primeiro grupo, no Brasil, há serviços de proteção específicos para vítimas e testemunhas, a fim de resguardar o sigilo de seus dados ou promover proteção a suas integridades física e psíquica. O provimento n. 32/2000, da Corregedoria Geral de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prevê a possibilidade de serem omitidos os dados qualificativos de testemunhas e vítimas que receiem sofrer retaliações. Nesse caso, todos os dados que digam respeito à qualificação (nome, CPF, filiação, endereços, telefones, etc.), não constarão do termo, e a vítima receberá um codinome. Os dados da vítima ficam restritos e são encaminhados pela delegacia ao juiz competente em envelope lacrado.

232 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 112/116.

No âmbito criminal, protegendo vítimas e testemunhas da revitimização pelo próprio Estado, a Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13869/19) teve inserido o artigo 15-A pela Lei n. 14.321/2022 com o objetivo de melhor tutelar a dignidade e integridade psicológica de vítimas e testemunhas. O dispositivo criminaliza a conduta de submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos que a levem a reviver sem a estrita necessidade a situação e violência ou qualquer outra situação potencialmente geradora de sofrimento ou estigmatização. Como já tivemos oportunidade de escrever:²³³

a lei que inseriu o dispositivo surgiu em meio à repercussão do caso Mariana Ferrer, mulher que constava como vítima em processo penal e que foi duramente ridicularizada e humilhada pelo advogado do réu em audiência [...] A previsão típica, assim, tenta seguir a linha do previsto no art. 10-A da Lei n. 10.340/06 (Lei Maria da Penha) e na Lei do depoimento sem dano (Lei n. 13.431/17), bem como das alterações no Código de Processo Penal promovidas pela Lei n. 14.245/21 (conhecida como Lei Mariana Ferrer).

Nesse contexto, a Lei n. 14.245, de 2021, alterou o Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Criminais, inserindo os artigos 400-A e 474-A no Código de Processo e o §1º - A no artigo 81 da Lei n. 9099/99 para impor ao juiz, partes e sujeitos processuais o dever de garantir a integridade física e psicológica da vítima na audiência de instrução e julgamento, instrução em plenário (nos crimes sujeitos ao Tribunal do Júri) e na audiência de crimes de menor potencial ofensivo, vedando a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios à apuração (como a vida íntima da vítima ou testemunha) e a utilização de linguagem ou material que ofendam a integridade da vítima ou testemunhas.

Outros programas mais específicos são o PROVITA e o PPCAAM. O primeiro, programa de proteção a vítimas e testemunhas (PROVITA), foi criado em São Paulo pelo Decreto Estadual n. 44.214/1999, junto à Secretaria de Justiça e Cidadania, para proteger vítimas e/ou testemunhas que estejam sofrendo ameaças em virtude de colaboração em inquérito policial ou processo criminal. O programa pode ser ampliado para familiares do protegido, o que é crucial muitas vezes, e tem o prazo inicial de dois anos, prorrogável. A inserção

²³³ BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. **Legislação penal especial**. São Paulo: Rideel, 2022, p. 501.

no programa pode se dar por solicitação da autoridade policial, do juiz, ou do membro do Ministério Público, o qual, de toda forma, se manifestará, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.807/99, e exige o parecer ministerial.

De maneira semelhante, o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM), do Estado de São Paulo, destina-se a proteger crianças e adolescentes. Também está junto à Secretaria de Justiça e Cidadania e admite a inclusão de familiares do adolescente ou criança, mas não está vinculado à colaboração em inquérito ou processo criminal, e o prazo é de um ano, prorrogável.

A nível municipal, ainda, encontram-se programas criados de acordo com cada necessidade municipal, sendo que, no estado de São Paulo, muitos municípios possuem abrigos para vítimas de violência doméstica e familiar e seus filhos, além de serviços de atendimento psicossocial. Entretanto, a realidade aponta que são serviços ainda precários que precisam de mais investimentos.

Aliás, é no campo das vítimas especialmente vulneráveis que se encontram a maior quantidade de previsões legais de direitos dessas vítimas e também serviços de assistência e proteção.

2.3.2 Direitos das vítimas especialmente vulneráveis

No âmbito da União Europeia, algumas vítimas foram eleitas como prioritárias, demandando especial proteção de acordo com aspectos pessoais ou pela própria natureza do crime de que foram vítimas. Essa diretriz foi encampada pelo projeto de Lei do Senado Federal n. 65/2016, que pretende impor, caso aprovado, a especial atenção que deve ser dada às vítimas vulneráveis, entendidas como aquelas que sofreram prejuízos consideráveis devido à gravidade do crime; cuja relação de dependência face ao autor do crime as torne particularmente vulneráveis; crianças e adolescentes; portadores de deficiência; vítimas de terrorismo; vítimas de criminalidade organizada; vítimas de tráfico de seres humanos; vítimas de violência baseada no gênero; vítimas de violência em relações de intimidade; vítimas de violência sexual e de exploração; vítimas de crimes de ódio.

De todo modo, a especial condição de algumas vítimas, que as torna muito mais vulneráveis, já foi percebida pelo legislador pátrio, e, por isso,

extraem-se algumas previsões protetivas em leis editadas para proteção de crianças e adolescentes, idosos, deficientes e mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por exemplo.

No caso de crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas de proteção que podem ser aplicadas a crianças e adolescentes que se encontrem com direitos ameaçados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por abuso ou omissão dos pais ou responsáveis, ou pela sua própria conduta (artigos 98 e 101 da Lei n. 8069/90). Geralmente os primeiros a tomarem conhecimento dessas violações são os membros do Conselho Tutelar, aos quais cabe adotar as medidas iniciais de proteção, atendendo crianças e adolescentes, seus pais, requisitar serviços públicos e determinar medidas de proteção que vão desde o encaminhamento aos pais ou responsáveis, orientação e acompanhamento, matrícula em estabelecimento de ensino e inclusão em programas de proteção até requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

A Lei n. 14.344/2022 ainda ampliou as atribuições do Conselho Tutelar (artigo 136, da Lei n. 8.069/90) com relação a adolescentes e crianças vítimas ou testemunhas de violência doméstica e familiar, prevendo que o Conselho deverá atender essas crianças e adolescentes, orientá-las e representar às autoridades para que sejam concedidas ou encaminhadas medidas protetivas ou ações cautelares para antecipação de prova, dentre outras medidas.

No caso de crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a Lei n. 13.431/2017 trata especificamente da forma adequada para colheita do depoimento/declaração desse grupo mais vulnerável. Pela lei, a oitiva pode ser realizada na forma de escuta especializada, mediante simples entrevista com qualquer agente envolvido na rede de proteção, ou de depoimento especial propriamente dito, este somente perante a autoridade policial ou judicial e seguindo o rito de antecipação de prova no caso de violência sexual, ou criança ou adolescente menor de sete anos.

Essa lei e outras recentes focadas em evitar a revitimização, ou vitimização secundária, trouxeram a preocupação com oitivas sucessivas de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes graves, consolidando

práticas que já eram realizadas e aperfeiçoadas em algumas delegacias de polícia desde 1999, como a Delegacia Especial de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA).²³⁴

A previsão da Lei n. 13.431/17 de que a oitiva desse grupo vulnerável seja feita por meio de protocolos, entretanto, catalisou o procedimento de padronização. A partir do mapeamento do depoimento especial no Brasil e dos protocolos nacionais e internacionais, evidenciou-se a necessidade de um protocolo específico para a esfera policial, de acordo com a realidade do crime, e que fosse adequado ao ambiente policial.²³⁵

Com base ainda em pesquisas observacionais da realidade das oitivas policiais e de outras instâncias jurídicas, foi então criado o protocolo pela Polícia Civil do Distrito Federal em oito fases, a saber: 1. Ambientação; 2. Avaliação da criança/adolescente; 3. Orientações e instruções para crianças (estabelecimento de regras) ou transição para adolescentes (informação); 4. Transição para a criança (informação sobre a delegacia) e orientações e instruções para adolescentes (estabelecimento de regras); 5. Relato livre: narrativa livre sobre os fatos em apuração; 6. Questões pertinentes à investigação policial; 7. Fechamento com esclarecimento em relação a dúvidas e agradecimento pela presença; 8. Tópico neutro: conversa sem relação com o tema abordado anteriormente.²³⁶

Em atenção a essa importante questão, as Polícias Cíveis brasileiras, por meio do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil (CONCPC), instituíram, na Resolução n. 02/2019, as diretrizes a serem observadas sobre a oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. A resolução determina que sejam ouvidos por escuta especializada ou depoimento especial e que no

234 “Atualmente, com a publicação da Lei nº13.431/2017, é atribuição da polícia e do judiciário realizar a coleta das declarações de crianças e adolescentes, por meio de oitiva que respeite seus direitos, utilizando-se de protocolos que viabilizem um relato espontâneo e o mais fidedigno possível. A DPCA tem realizado a oitiva de crianças e adolescentes desde a sua criação, em 12 de outubro de 1999. Dessa forma, a mencionada lei veio confirmar e validar o que já era realizado nesta delegacia especializada”. MOURA, Cristiane Faiad de; MATSUNAGA, Lucas Heiki; MENEZES, Júlia Salles; SANTIAGO, Ana Cristina Melo; DUCANGES, Úrsula Rodrigues Gomes. 2019. Construção do protocolo de polícia judiciária para depoimento especial de criança e adolescente. In: ANTLOGA, Carla; BRASIL, Kátia T; LORDELLO, Sílvia R; NEUBERN, Maurício; QUEIROZ, Elizabeth. (Orgs.) **Psicologia clínica e cultura contemporânea 4**. Brasília: Technopolitik, 2019.

235 *Ibidem*, p. 535;

236 *Ibidem*, p. 543.

registro da ocorrência seja priorizada a busca de informações com o acompanhante da criança ou adolescente, sem a presença deles, para preservá-los. No caso de estarem sozinhos, determina que seja assegurado o registro da ocorrência, mas limitado ao relato espontâneo, igualmente para preservar a criança ou adolescente. Caso sejam necessários mais elementos de prova, determina que sejam colhidos por depoimento especial, a partir de avaliação pela autoridade policial, que será realizado em local apropriado, gravado e com policial capacitado. A resolução ainda fixa a diretriz de que sejam inseridas disciplinas específicas sobre oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas nos cursos de formação e aperfeiçoamento.

Em São Paulo, o tema é ainda regulamentado pela Portaria da Delegacia Geral de Polícia n. 100, de 17 de dezembro de 2019, que determina que o policial civil planejará a oitiva de acordo com o protocolo previsto na Resolução n. 02/2019 do CONPCP, esclarecendo a criança ou o adolescente sobre o depoimento especial e assegurando a eles a livre narrativa com gravação em áudio e vídeo. O artigo 4º da portaria determina ainda que o delegado de polícia represente à autoridade judiciária por medidas de proteção cabíveis quando verificar hipótese de risco à criança ou ao adolescente, e o artigo 5º determina que os policiais se esforcem para que o depoimento especial não seja o único meio de prova.

O protocolo de oitiva é adotado na Academia de Polícia de São Paulo (ACADEPOL) na capacitação de agentes policiais e delegados de polícia, tanto no curso de formação inicial como em cursos complementares exigidos para cada etapa de promoção na carreira de todos os policiais e delegados de polícia.

Com relação às mulheres vítimas de violência doméstica, a Lei n. 11.340/06, apelidada de Lei Maria da Penha, traz explicitamente os direitos da mulher, conceitua as formas de violência doméstica, define a forma de atendimento pelos órgãos públicos, principalmente nas delegacias, estabelece medidas protetivas de urgência e formas de garanti-las, inclusive criminalizando seu descumprimento. De todas as legislações de vítimas especialmente vulneráveis, parece ser a mais completa.

Na ideia de evitar a revitimização, a Lei n. 11.340/2006 foi alterada pela Lei n. 13.505/2017, que incluiu o art. 10-A para instituir o direito à mulher vítima de violência doméstica e familiar ao atendimento especializado,

preferencialmente por servidores do sexo feminino previamente capacitados, tanto no meio policial como pericial. Trata-se de providência que objetiva evitar a revitimização ou vitimização secundária²³⁷ decorrente do constrangimento da mulher em órgãos públicos, após procurar atendimento em razão do crime ou situação que a vitimou inicialmente. “Não se pode negar que é mais fácil à mulher narrar a situação de violência pela qual passou a outra mulher, do que para um homem, e é esta a razão do atendimento preferencialmente por mulheres”.²³⁸

A lei fixa diretrizes para a oitiva, que deve assegurar a integridade física, psíquica e emocional da depoente; garantir que a vítima, familiares e testemunhas não tenham contato com o investigado e pessoas a eles relacionadas; evitando-se ainda sucessivas inquirições e questionamentos sobre a vida privada. A lei prevê ainda procedimento específico, que a inquirição seja em recinto especialmente projetado para esse fim, adequado à idade e ao tipo de violência, a exemplo de brinquedotecas existentes em algumas Delegacias da Mulher no estado de São Paulo. Ainda, se for o caso, a oitiva deve ser “intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar, o que pode ocorrer em sede policial mediante acionamento de serviços assistenciais pelo(a) delegado(a) de polícia, tudo registrado em meio eletrônico ou magnético, com gravação”.²³⁹

A Lei n. 11.340/06 ainda traz as providências que a autoridade policial deve adotar no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, em rol exemplificativo existente no artigo 11. A autoridade deve garantir, por meio de seus agentes, a proteção policial à vítima; encaminhá-la a hospital para atendimento médico e ao Instituto Médico Legal para o exame de corpo de delito quando houver vestígios para o exame. Também deve garantir transporte para local seguro se houver risco de vida, o que pode ser feito pelos próprios policiais ou mediante requisição de serviço público (art. 12, § 3o, da Lei n. 11.340/2006). Se for necessário, deve ainda acompanhar a vítima para retirada

237 “Considera-se haver vítima primária quando um sujeito é diretamente atingido pela prática de ato delituoso. A vítima secundária é um derivativo das relações existentes entre as vítimas primárias e o Estado em face do aparato repressivo (polícia, burocratização do sistema, falta de sensibilidade dos operadores do direito envolvidos com alguns processos bastante delicados etc.)”. SHECAIRA, Sergio Salomão. *Op. cit.* p. 55.

238 BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. **Legislação penal especial**. São Paulo: Rideel, 2022, p. 286.

239 *Ibidem*, p. 287.

de pertences de sua residência ou do local dos fatos. “É comum que o agressor retenha pertences da vítima ou danifique seus documentos e objetos de uso pessoal, em nítida violência patrimonial e psicológica, visando impedir a vítima de sair de casa ou de viver livremente”.²⁴⁰ Por fim, a autoridade policial também deve orientar a ofendida sobre seus direitos, serviços disponíveis, efetivando o devido encaminhamento se o caso.

Com relação às pessoas idosas, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei n. 10.741/2003) prevê direitos gerais da pessoa idosa, tipifica condutas consideradas criminosas contra idosos e prevê que a linha de ação política do atendimento deve abranger serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas idosas que forem negligenciadas, sofrerem maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão (artigo 47, inciso III). A Lei ainda prevê medidas de proteção a serem aplicadas aos idosos quando tiverem seus direitos ameaçados ou violados. Nesses casos, o Ministério Público ou o Poder Judiciário poderão determinar medidas como encaminhamento à família ou ao curador; orientação, apoio e acompanhamento temporários; tratamento de saúde em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; abrigo em entidade e abrigo temporário. Além disso, a Lei n. 14.423/2022 previu mais uma medida de proteção ao idoso, que é a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas tanto para o idoso como para pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação (artigo 45 da Lei n. 10.741/2003 – Estatuto da Pessoa Idosa).

Já para as pessoas com deficiência, aí incluídas aquelas com doença mental, a Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência – estatuto da pessoa com deficiência) prevê direitos como acesso à Justiça, com garantia de adaptações quando necessárias. Prevê também a necessidade de capacitação dos servidores sobre os direitos da pessoa com deficiência e garante ainda os mesmos direitos dos apenados sem deficiência às pessoas com deficiência submetidas à medida restritiva de liberdade, inclusive com acessibilidade, bem como prevê explicitamente o direito de acesso ao conteúdo de todos os atos processuais do seu interesse (artigo 79 a 83).

No estado de São Paulo, existe ainda a Delegacia de Polícia da Pessoa

240 *Ibidem*, p. 288.

com Deficiência, ligada à Secretaria Estadual de Segurança Pública, e que logo no atendimento inicial já se diferencia de uma delegacia comum. O atendimento é inicializado por assistente social ou psicóloga, ou intérprete de libras, com acompanhamento do escrivão de polícia. Outros diferenciais dessa unidade especializada são a disponibilização de documentos acessíveis, com fonte ampliada, gravação em áudio, veículo acessível para transporte e atendimento e orientações sobre os direitos da pessoa com deficiência.²⁴¹ Estatisticamente, os atendimentos em maior número são aos deficientes auditivos, que ultrapassam a metade dos atendimentos. Os deficientes intelectuais representam cerca de 6% dos atendimentos. Os integrantes da delegacia atuam ainda na capacitação e difusão de informação a outros servidores, sendo que, no ano de 2019, foram 713 participantes capacitados, principalmente entre servidores da saúde e defensoria/justiça²⁴².

Com relação especificamente às pessoas acometidas de transtorno mental, apesar da Lei n. 10.216/2001 (Lei Antimanicomial) tratar dos direitos dessas pessoas nos atendimentos em saúde mental, não há previsão específica com relação ao processo penal e a direitos específicos das vítimas de crime que possuam transtornos mentais. Em geral, a Lei n. 10.216/2001 (artigo 2º) garante que, nos atendimentos em saúde mental, a pessoa portadora de transtorno mental tem o direito de acesso ao melhor tratamento de acordo com sua necessidade; tratamento com humanidade e respeito; proteção de abuso e exploração; sigilo nas informações prestadas; direito à presença médica; acesso aos meios de comunicação; informação sobre sua doença e tratamento; tratamento com os meios menos invasivos possíveis e preferencialmente por serviços comunitários de saúde mental.

A previsão dos direitos das vítimas, principalmente, das vítimas mais vulneráveis, é salutar e bastante importante, assim como a previsão de medidas de proteção que devem ser adotadas pelos órgãos públicos. Coisa distinta, entretanto, é a existência de medidas protetivas, como medidas cautelares, provisórias, a serem decretadas em momento inicial de atendimento da

241 SANTOS, Maria Valéria Pereira Novaes de Paula. O mito da Caverna do Deficiente. *In*: GOMES, Igor Lima da Cruz; BARROS, João Pedro Leite; ALMEIDA, Leonardo Rocha de (org). **Deficiência e os desafios para uma sociedade inclusiva**. Vol. 3. São Paulo: Foco, 2022, p. 52.

242 *Ibidem*, p. 64.

ocorrência ou logo que o caso chega ao conhecimento do Ministério Público e da Justiça. Infelizmente, a legislação brasileira nesse ponto é escassa, e existem mecanismos apenas para certos grupos vulneráveis, que valem a pena ser mencionados porque podem eventualmente ser ampliados para todas as vítimas.

A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) parece ser a mais completa nesse sentido, trazendo mecanismos de urgência que, cada vez mais, se aprimoram e podem servir de exemplo às discussões legislativas em andamento.

A Lei Maria da Penha elenca medidas protetivas e disciplina a forma de encaminhamento do pedido da vítima. “As medidas podem ter como foco assegurar direitos à própria vítima (arts. 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006) ou restringir direitos do agressor, ou obrigá-lo a tomar determinadas posturas ou se abster de tomar outras (art. 22 da Lei n. 11.340/2006)”.²⁴³ O pedido pode ser feito diretamente pela vítima à autoridade policial, que o encaminhará ao juiz, dispensando-se advogado para o ato,²⁴⁴ embora ao Ministério Público também tenha sido garantida legitimidade para requerer as medidas protetivas em favor da vítima (art. 19, da Lei n. 11.340/2006).²⁴⁵

Assim, “comparecendo a vítima para registrar o crime na Delegacia de Polícia e tendo interesse em medidas protetivas, haverá dois procedimentos: o inquérito policial para apurar o crime e o expediente de solicitação de medidas protetivas”.²⁴⁶

Mais recentemente, essa sistemática foi aperfeiçoada pela Lei n. 13.827/19, que acrescentou o art. 12-C na sequência dos dispositivos que tratam das atribuições da autoridade policial e que passa a permitir a decretação do afastamento do lar diretamente pela autoridade policial ou até mesmo pelo policial, desde que haja risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou

243 BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, p. 292.

244 “Uma das grandes novidades da Lei Maria da Penha é admitir que medidas protetivas de urgência no âmbito do Direito das Famílias sejam requeridas pela vítima perante a autoridade policial. A vítima, ao registrar a ocorrência da prática de violência doméstica, pode requerer a separação de corpos, alimentos, vedação de o agressor aproximar-se da vítima e de seus familiares ou que seja ele proibido de frequentar determinados lugares. Essas providências podem ser requeridas pela parte na delegacia de polícia. (...) Quer por falta de expressa determinação legal, quer por se revelar esta exigência incabível, não há como exigir que as medidas protetivas sejam pleiteadas por meio de procurador ou defensor”. DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 174.

245 BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, p. 292.

246 BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, 2022, p. 292.

psicológica²⁴⁷ da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes.

“Pela sistemática do dispositivo, lido em conjunto com os arts. 18 a 23 da Lei n. 11.340/2006, é o risco de uma situação mais grave que justifica a decretação imediata do afastamento do lar ainda em solo policial”.²⁴⁸ A regra, portanto, ainda é a decretação pela autoridade judicial, mas, diante da urgência, os incisos II e III, do art. 12-C, permitem que a medida protetiva seja decretada respectivamente pela autoridade policial quando o município não for sede de comarca (inciso II), ou pelo policial quando, além de não ser sede de comarca, não houver delegado no município (inciso III).

A previsão do art. 12-C é polêmica e tem sua constitucionalidade atacada na ADI n. 6138, na qual a Associação dos Magistrados Brasileiros alega violação aos princípios da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade do domicílio (incisos XII, LIV, e XI, do art. 5º, da Constituição Federal).²⁴⁹

Parte da doutrina concorda com essas críticas, principalmente na parte em que a lei autoriza qualquer policial (e não a autoridade policial) a decretar a medida, sem distinguir entre militar de qualquer patente das polícias militares, ou integrantes das carreiras policiais civis, como investigadores, escrivães ou de outras polícias.²⁵⁰

Entretanto, para outros autores, como nós, a Constituição Federal não prevê reserva de jurisdição nessa hipótese,²⁵¹ isso porque as matérias reservadas ao juiz foram expressamente mencionadas na Constituição, a exemplo de busca e apreensão domiciliar (inciso XI, do art. 5º, da Constituição Federal). Em outros casos, a lei disciplinou a matéria, como fez, por exemplo, autorizando que a autoridade policial conceda liberdade provisória com fiança (art. 322 do Código de Processo Penal).

247A Lei n. 14.188/2021 alterou o *caput* para inserir também a hipótese de risco à integridade psicológica.

248 BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, p. 293.

249 Art. 5º, XI, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; e Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

250 É a posição de LIMA. *Op. cit.*, p. 1290.

251 GARCEZ, William. **Legislação Criminal Especial comentada**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1.168.

No caso da decretação pelo delegado de polícia, pensamos que nada difere da possibilidade de conceder liberdade provisória com fiança,²⁵² de modo que não parece haver inconstitucionalidade na decretação de medida protetiva diretamente em sede policial, principalmente porque a lei exige que não haja juiz na comarca e risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da vítima ou de familiares.²⁵³

Em caso de vítimas crianças, idosas, deficientes, é possível ainda a aplicação de medidas protetivas previstas nas respectivas leis de proteção, ainda que não possuam espectro tão abrangente como no caso das vítimas de violência doméstica e familiar. A autoridade policial e agentes públicos em geral devem se atentar na identificação dessas vítimas hipervulneráveis, pois, nesses casos, o leque de medidas a serem buscadas é significativamente ampliado.

2.3.3. Necessidade de sistematização dos direitos das vítimas

De se ver que, de forma específica, o legislador já protege alguns grupos vulneráveis, porém de forma não sistemática e organizada, e sim esparsa. De modo geral, apesar da previsão específica de direitos para essas pessoas, não há previsão de direitos especificamente para as vítimas de crime que estejam nessas condições. As vítimas de violência doméstica e familiar e as vítimas crianças e adolescentes são as que constam com leis específicas mais completas, que abrangem tanto direitos materiais desses grupos como também medidas de proteção aplicáveis a elas para garantir esses direitos.

Outros grupos, como as pessoas idosas, também contam com previsão de medidas protetivas, porém de menor amplitude. Já outros grupos, como as vítimas com deficiência e as pessoas com transtornos mentais, não possuem previsões específicas de medidas protetivas.

As próprias proposições legislativas em andamento, que tratam

252 Assim se posiciona Maria Berenice Dias: “tem o delegado a prerrogativa de decretar prisão em flagrante (CPP 304), conceder liberdade provisória com fixação de fiança (CPCC 322), busca pessoal (CPP 240, § 2º), entre tantas outras. Como tem a prerrogativa de fazer o mais – prender e soltar – de todo descabido que não lhe seja assegurada a possibilidade: de proibir o agressor de se aproximar da ofendida, de manter contato com ela ou de frequentar determinados lugares; de encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa de proteção ou de atendimento; ou ainda de determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor.” DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* Acesso: 16 set. 2021.

253 BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, p. 294.

especificamente dos direitos das vítimas de crime (Estatuto das Vítimas), pecam por não trazerem uma sistemática de medidas protetivas. O Projeto de Lei do Senado Federal n. 65/2016, por exemplo, inspirado no Estatuto da Vítima espanhol, em seu artigo 46, praticamente copia o disposto no estatuto espanhol com relação à proteção da vítima durante investigações criminais. Trata dos direitos, mas não traz concretude em medidas de proteção específicas que podem ser decretadas. Seria interessante que o projeto abarcasse previsão de decretação de medidas protetivas na delegacia de polícia e em juízo, ampliando o conceito já existente de medidas protetivas de urgência da chamada Lei Maria da Penha.

O Projeto de Lei n. 3890/20 da Câmara dos Deputados, mais enxuto, também não traz a previsão de nenhuma medida de proteção específica.

O sistema que tem se criado e aprimorado com relação às vítimas de violência doméstica e familiar, ampliado para crianças e adolescentes vítimas (pela Lei n. 14.344/2022), parece ser um bom parâmetro para previsão específica de medidas de proteção a todas as vítimas de crime, o que poderia ser incluído nas proposições legislativas que pretendem criar um “estatuto das vítimas”. Afinal, a consagração dos direitos das vítimas na prática depende da efetiva possibilidade de proteção, na vida real, de seus direitos.

Nessa linha, enquanto não há sistematização em estatuto próprio das vítimas, a cartilha do Conselho Nacional do Ministério Público orienta a atuação voltada à busca da aplicação de medidas de proteção, ainda que adaptando medidas previstas internacionalmente.²⁵⁴

254 “Dessa forma, sugere-se que o Ministério Público recomende às unidades policiais que se atentem para a presença de vítimas especialmente vulneráveis, para que lhes sejam aplicadas medidas de proteção, muitas destas já previstas na legislação pátria, ainda na fase de inquérito policial, bem como medidas específicas previstas na legislação internacional que, por sua natureza, possam ser adaptadas e aplicadas às vítimas nacionais. Na fase processual, recomenda-se que o Ministério Público, em cota à denúncia, identifique se a vítima é especialmente vulnerável e se demanda especial proteção, bem como solicite expressamente em favor da vítima as medidas específicas de proteção que entender pertinentes ao caso concreto.” Conselho Nacional do Ministério Público. CNMP. **Guia Prático de Atuação do Ministério Público na proteção e amparo de vítimas de criminalidade.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/dezembro/Guia_Pr%C3%A1tico_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_do_MP_na_Prote%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_V%C3%ACtimas_de_Criminalidade_digital.pdf>. Acesso: 2 set. 2022.

3. A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL DE SEGURANÇA PÚBLICA ADEQUADA PARA AS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

Entre formas de razão e formas da loucura, grandes são as semelhanças. E inquietantes: como distinguir, numa ação prudente, se ela foi cometida por um louco, e como distinguir, na mais insensata das loucuras, se ela pertence a um homem normalmente prudente e comedido? (Michel Foucault)

A vida política se destina a conseguir o bem-estar dos cidadãos, e hoje as sociedades humanas se organizaram em Estados de diferentes regimes e ideologias para atingirem seus fins. Assim, a política é uma atividade orientada ideologicamente para tomada de decisões de um grupo que busca atingir determinados objetivos.²⁵⁵ Dividindo-se as áreas de interesse ou preocupação, surgem os mais diversos ramos de política estatal: de saúde, de educação etc. Para solução do problema criminal há, então, a política criminal.

Como explica Jorge Figueiredo Dias, o conceito de política criminal não se resume mais apenas ao estudo do conjunto de todas as medidas estaduais de prevenção e combate ao crime. Essa concepção limitava e subordinava a política criminal à dogmática jurídica, isto é, ao que foi definido como crime. Assim, antes fadado apenas ao momento da reação sancionatória (ao crime já juridicamente definido), o discurso político-criminal passa a “traçar os limites últimos do punível”.²⁵⁶

Atualmente, como lembra Marty Mireille, a política criminal destacou-se do direito penal, da criminologia e da sociologia para possuir significado autônomo. Compreende, segundo ele, o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social. O maior ponto de tensão continua sendo o direito penal, porém as práticas penais não estão mais sozinhas no campo da política criminal, mas estão também englobadas por outras práticas relacionadas ao controle social que não são penais, não são repressivas e, às vezes, nem estatais.²⁵⁷

As estruturas políticas, econômicas e sociais é que definirão então a tônica da política criminal do momento, o que a levou a evoluir de acordo com

255 MERLYN, Pilar Sacoto. *Op. cit.*, p. 486.

256 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Editora Coimbra, 1997, p. 105/106.

257 DELMAS, Marty Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri: Ed. Manole, 1994, p.3/4.

as ideologias adotadas pelos Estados. A ideologia liberal, que tem como fundamento a lei, tende a trazer uma política criminal voltada a ter a pena como castigo e exemplo, mas pautada no princípio da legalidade. A corrente igualitária, baseada na crítica ao liberalismo e à desigualdade, tende a adotar uma política criminal mais crítica, voltada à abolição de determinados crimes, porque frutos de desigualdade social. A corrente totalitária, baseada na dominação total pela pessoa de um chefe estatal autoritário, tende a adotar uma política criminal que impõe a autoridade sobre o Direito e sobre as liberdades individuais, impondo o controle total do Estado sobre quais serão as respostas ao fenômeno criminal, geralmente por reforço dos poderes do governante e da polícia.²⁵⁸

Os aportes da criminologia com certeza contribuíram para a visão mais ampla do problema criminal e influenciaram também a adoção de uma política criminal mais crítica. Foi por meio dela, por exemplo, que Heleno Fragoso superou a simplista abordagem jurídico-formal do Direito Penal, visualizando sua faceta política e a necessidade de enxergar o crime como fenômeno sociopolítico:²⁵⁹

A sua concepção da pena, elaborada nos últimos trabalhos, levou-o à conclusão da crise do sistema criminal, sendo de grande valia, também, a influência que sofreu das mais modernas correntes criminológicas: ele passou, então, a interpretar criticamente o sistema penal, afirmando ser o crime fenômeno sócio-político. Neste sentido fez política na mais alta acepção do termo. E seu discurso político progressista visava, sempre, o restabelecimento do Estado de Direito democrático. Bateu-se Heleno Fragoso contra o que chamava a mística da segurança nacional, "contra o aparato repressivo que se caracterizava pelo arbítrio e pela violência".

No Brasil, a consagração do Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal de 1988 e a eleição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constante logo do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, impõe que a política criminal (para criminosos e vítimas) passe por essa conformação inalienável. Trata-se de um alicerce da sociedade, ou seja, "a razão da existência do Estado são as pessoas".²⁶⁰

258 MERLYN, Pilar Sacoto. *Op. cit.*, p. 503/512.

259 Editorial. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n. 35. Janeiro/junho de 1983.

260 PONTE, Antonio Carlos *da. Op. cit.*, p. 86/87, P. 75.

3.1 Princípios penais e processuais: a conformação constitucional e o respeito à dignidade da pessoa humana

Como já tivemos oportunidade de escrever, está escancarado no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 a mescla de dois conceitos próximos, mas inconfundíveis: constitucionalismo e democracia. Os dois balizam qualquer pretensão de legislação ordinária e de atuação do poder público.²⁶¹ O primeiro conceito, de *constitucionalismo*, pode ser resumido na limitação do poder e supremacia da lei. O segundo, de *democracia*, pode ser resumido à soberania popular e ao governo da maioria.²⁶²

Diferentes, mas não antagônicos, constitucionalismo e democracia se complementam criando um equilíbrio entre o texto da Constituição e a vontade da maioria.²⁶³

Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter ao mesmo tempo estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo.

Como ensina José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 constituiu o Estado Democrático de Direito brasileiro na tentativa de balancear os conceitos historicamente superados de Estado de Direito (de cunho liberal), e Estado Social de Direito, nem sempre democráticos:^{264, 265}

[...]a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

Em suma, o ordenamento constitucional que incorpore apenas vedações, requerendo prestações negativas para garantir direitos de liberdade,

261 BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*, 2018, p. 85.

262 BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito Constitucional contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110-111.

263 *Ibidem*. p. 113.

264 O autor traça uma linha evolutiva entre o Estado de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático e Estado Democrático de Direito. O primeiro, de cunho liberal, da igualdade formal, de legalidade para todos, submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciação de garantias individuais. O segundo, social, buscando realizar justiça social e superar o individualismo clássico liberal, afirmando os chamados direitos sociais. E o democrático, qualificando o Estado de Direito em preservação da participação popular, diretamente por representantes e com participação nos processos decisórios. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112/119.

265 *Ibidem*. p. 118.

será caracterizado *Estado de Direito liberal*. De outro lado, se incorporar também obrigações, requerendo prestações positivas para garantia de direitos sociais, se caracterizará como *Estado de Direito social*.²⁶⁶

Os dois modelos podem ocorrer simultaneamente ou não, havendo exemplos de Estados liberais e antissociais; de Estados sociais, mas antiliberais; de outros como as ditaduras, simultaneamente antiliberais e antissociais; mas também de Estados ao mesmo tempo liberais e sociais, que enunciam tanto prestações negativas em proteção das liberdades, como prestações positivas de atuação estatal.²⁶⁷

Sob a nomenclatura menos usual, esse Estado Constitucional é a proposta de modelo de Estado moderno que legitime suas ações em seu sistema constitucional, isto é, que estabeleça por meio de sua Constituição o controle político-jurídico formal e material de suas atividades.²⁶⁸

Realmente, no atual estágio de concepção do Estado, para repetir o óbvio, não se admite o arbítrio, e a vontade das maiorias atuais, representadas pela edição de normas infraconstitucionais, estará sempre limitada às garantias impostas historicamente e originariamente na Constituição. Quer dizer, as leis aprovadas, por mais que representem a vontade da maioria eleita, deverão ser compatíveis com o texto constitucional que organiza nosso Estado. Igualmente, os atos de execução daqueles que exercem parcela da soberania estatal deverão respeitar as garantias constitucionais dos administrados.²⁶⁹

Estabelecer essas garantias ao indivíduo significa, portanto, impor proibições de atuação estatal, evitando interferências nas liberdades individuais, mas também demanda que, em alguns casos, agentes estatais atuem positivamente na proteção de todas as pessoas.

Especificamente quanto ao atendimento e a posturas do poder público com relação a pessoas com transtornos mentais (vítimas e autores de crimes), alguns princípios constitucionais destacam-se, orbitando sempre o alicerce social que é a dignidade da pessoa humana.

266 BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*, 2018, p. 87.

267 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 795/796.

268 SOUZA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no estado constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaias (org.). **Temas atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 49.

269 BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*, p. 89.

Explica Antonio Carlos da Ponte que a dignidade da pessoa humana possui duas faces. A primeira impede qualquer discriminação, independentemente de qualquer circunstância, como o estado de higidez mental da pessoa humana. E a segunda, chamada de dignidade ontológica, é inerente a todo ser humano, independentemente de fatores externos.

Já Sarlet define o princípio como a qualidade intrínseca a cada ser humano que o torna merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres que a assegure tanto contra qualquer ato degradante e desumano, como também garanta condições existenciais mínimas para uma vida saudável e promoção de sua participação ativa na vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁷⁰ É, assim, limite ao Estado e tarefa dos poderes estatais e da comunidade, o que revela duas dimensões:²⁷¹

A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela (a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade.

Nesse sentido, no espectro do presente estudo, assegurar a dignidade da pessoa humana com transtorno mental significa não apenas tratá-la com respeito e dignidade e impedir discriminações e atos degradantes, mas também assegurar que tenha como se expressar, manifestar-se, defender-se, acusar, ser ouvida, ou seja, de ter garantida sua participação na persecução penal.

De forma correlata, dos incisos XLII e XLIX e L do artigo 5º da Constituição Federal extrai-se ainda o princípio da humanidade, no sentido de que as sanções penais não podem ser cruéis, nem atentarem contra a integridade física ou mental do sentenciado. Proíbem-se, assim, penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento, de confinamento e as penas cruéis.²⁷²

Exemplifica bem como a dignidade e humanidade orbitam nosso ordenamento jurídico atual o fato de que, até 1950, o prazo das medidas de

270 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70/71.

271 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

272 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, 82.

segurança aos inimputáveis era indeterminado, perdurando até que cessasse a periculosidade. Atualmente, entretanto, com lastro também em outro princípio, o da igualdade, esse cenário mudou, diminuindo o lapso entre os portadores de transtornos mentais e aqueles que não o são.

Diz a Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim, é pelo princípio da igualdade que se sustenta a existência de prazo máximo de duração das medidas de segurança, eis que se trata de sanção penal, e tal como as penas privativas de liberdade impostas aos imputáveis devem ter uma moldura máxima de cumprimento. Ora, não se pode admitir diferença entre o inimputável e o semi-imputável que precisem de tratamento, que ficariam sujeitos à medida de segurança por prazo indeterminado, em face do semi-imputável que não precise de tratamento, que se sujeitaria ao prazo máximo da pena.²⁷³

Nesse sentido, ilustrando a desigualdade perante a lei, Ponte entende que a medida de segurança deve ser mais bem controlada, e a lei deveria proibir expressamente que ela supere o tempo máximo da sanção cominada em abstrato ao delito cometido. No caso de falta de melhora, o agente deveria ser transferido a um estabelecimento administrativo – hospital psiquiátrico – providência parecida com o que ocorre com o imputável, que é colocado em liberdade após o cumprimento da pena, ainda que não tenha condições de conviver em sociedade. Conclui o autor que “é triste constatar, mas o tratamento dado pela legislação brasileira ao carente de higidez mental é muito mais enérgico do que aquele destinado ao imputável, e isso é inadmissível”.²⁷⁴

Considerando a dignidade humana como fundamento do Estado democrático, então, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, decidiu que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no artigo 75 do Código Penal, tal como para as penas privativas de liberdade aplicáveis aos imputáveis.²⁷⁵ No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 527, no sentido de que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

273 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 83.

274 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.* 86/87.

275 STF. HC 107432, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011.

Assim, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade, foram obtidos avanços com relação às medidas de segurança, visando à sua individualização a cada caso, em busca do melhor tratamento, permitindo-se a desinternação progressiva²⁷⁶ e mantendo-se assistência ambulatorial, nos termos da Lei n. 10.216/2001 e Resolução n. 5 de 2004 do Conselho Nacional de Política Penitenciária, que trata da adequação da execução das medidas de segurança ao previsto na Lei n. 10.8216/2001.²⁷⁷

Além da dignidade e humanidade, no que se refere aos acusados no processo penal em geral, há de serem observados também princípios penais e processuais penais, afinal, as medidas de segurança são espécies de sanção penal aplicáveis após o devido processo legal. Assim, há de serem assegurados princípios básicos como legalidade, anterioridade, irretroatividade, intervenção mínima ou necessidade e proporcionalidade.

Pelo princípio da legalidade, que abarca também a ideia de anterioridade, tem-se que ninguém deverá ser submetido à medida de segurança sem previsão legal anterior, exigindo-se a formalidade da lei para a imposição da sanção, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Além desse aspecto formal, pelo princípio da legalidade, exige-se que a lei seja prévia, escrita e certa, contendo a infração penal e sua respectiva sanção (descrição da conduta e a consequência de sua violação). Disso deriva, ainda, o princípio da tipicidade, no sentido de que as medidas de segurança só podem ser aplicadas se presentes os preceitos primários e secundários de forma precisa, sem cláusulas gerais.²⁷⁸

Curioso notar que, na redação inicial do Código Penal de 1940, havia exceção, pois permitia-se a aplicação de medida de segurança sem crime. Isso porquê, por lei, o “agente era presumido periculoso (art. 78), enumerando a norma situações em que obrigatória constituía a aplicação da medida de tratamento, pouco importando se presente a prévia prática delituosa”, o que não

276 “A desinternação progressiva consiste num método terapêutico que agiliza e aprimora a compreensão, o manejo e a efetivação do tratamento, restando claro que o regime de contenção se aplica a poucos internos. Constitui-se numa revolução terapêutica, opondo-se ao regime fechado”. FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 171.

277 “No documento, o Conselho decidiu aprovar dezoito diretrizes visando a adequar o cumprimento das medidas de segurança ao disposto na nova lei”. ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. *Op. cit.*, p. 164.

278 FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 94.

se admite mais por força do princípio da legalidade aplicável às medidas de segurança.²⁷⁹ A evolução legislativa enfatiza que as medidas de segurança, como sanções penais, estão sujeitas às mesmas regras e princípios que norteiam a aplicação de penas privativas de liberdade. Isso reforça, ainda, a necessidade de uma investigação criminal esmerada e capaz de bem demonstrar a prática da conduta criminosa.

Também corolário do princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da lei estatui que a lei penal não poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu (art. 5º inciso XL da Constituição Federal de 1988). Assim, a medida de segurança a ser imposta é aquela prevista à época da infração e não a do instante da execução, salvo quando mais benéfica ao delinquente-doente. Há, entretanto, vozes dissonantes na doutrina, no sentido de que a medida deve ser a adequada ao momento da execução, tendo em vista o fundamento no estado perigoso do delinquente, como era a posição de Nelson Hungria.²⁸⁰

Outro princípio aplicável é o da intervenção mínima ou necessidade, no sentido de que o Direito Penal é subsidiário e sua intervenção só se legitima após todos os “outros ramos do direito terem se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídico-penais relevantes” e que “a lei deve estabelecer sanções penais estrita e evidentemente necessárias”. Assim, têm-se que uma vez obtida a finalidade da medida de segurança com a cessação da periculosidade do agente, deve cessar igualmente o poder punitivo estatal.²⁸¹

Por fim, derivado dos incisos XLII, XLIII, XLIV, XLVI e XLVII do artigo 5º, da Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade impõe uma análise entre a gravidade da infração penal e a severidade da sanção penal aplicável. Deve haver um equilíbrio nessa análise, tanto pela lei, como concretamente pelo juiz ao aplicar a sanção. Assim, as medidas de segurança devem ser aplicadas de acordo com a periculosidade do autor e a gravidade do fato punível.

Como bem lembra Antonio Carlos da Ponte, entretanto, a

279 “[...] a medida de segurança admitia excepcionalmente sua imposição por razões de periculosidade social (arts. 76, parágrafo único, e 80) relativizando o princípio da legalidade”. FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 35.

280 “Ao contrário, porém, do que acontece em relação à pena, não se apresenta, aqui, a questão da irretroatividade da *lex gravior* ou extra-atividade da *lex mitior*. A lei sucessiva se aplica sempre, imediatamente, em substituição à lei anterior, pouco importando se mais benigna, ou se mais rigorosa”. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 3, p. 30.

281 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 79.

proporcionalidade tem também outra faceta, que é a de proibir a resposta penal insuficiente: “socorre também a obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal em atenção aos mandados explícitos e implícitos de criminalização”.²⁸²

Verifica-se, assim, que houve verdadeiros avanços em relação ao devido tratamento dos portadores de transtornos mentais que venham a delinquir, mas o fato é que a situação desses autores de crime é peculiar. Com o tempo e os avanços da chamada Lei Antimanicomial, mudou-se o paradigma da proteção da sociedade contra a “periculosidade” ou “temibilidade” dos portadores de transtornos mentais para a proteção e o tratamento dessas pessoas. Entretanto, ainda subjaz a essa análise uma colisão entre liberdades e segurança pública, principalmente quando se trata da necessidade de segregação de indivíduos efetivamente perigosos e não necessariamente inimputáveis, como é, por exemplo, o caso dos quadros de psicopatia.²⁸³

Assim, ainda que não seja o escopo do presente estudo, deve-se destacar também a necessidade de proteção suficiente da sociedade, isso pois, embora os direitos fundamentais estejam historicamente relacionados a direitos de defesa contra o estado, em razão do momento histórico em que surgiram, atualmente “as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado”.²⁸⁴

Portanto, também há nessa balança de proporcionalidade o dever de garantir o direito fundamental à segurança pública, “bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais, uma vez que sem segurança não é possível o gozo dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana”.²⁸⁵

O direito à segurança conta inclusive com reconhecimento internacional, a se ver, por exemplo, que a Corte Interamericana, no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, decidiu, em 2006 que “os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a este direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra

282 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 82.

283 Para maiores detalhes, remetemos o leitor ao capítulo 1.

284 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

285 *Ibidem*, p. 187.

ele”, e que têm o dever de fixar “um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida”.²⁸⁶

Assegurar respostas adequadas e proporcionais é necessário para a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito, como bem arremata Ingo Wolfgang Sarlet:²⁸⁷

O princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e com ele do Estado Democrático – e proporcional – de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância.

Na avaliação da inimizabilidade caso a caso, essa colisão aparece latente, a começar pela fase de investigação preliminar, geralmente por inquérito policial, mas também no processo penal e na execução penal. Em sede policial, essa ponderação se mostra bastante pertinente, principalmente nos casos de flagrante delito, em que há verdadeira ruptura da ordem social e forte demanda por uma solução que restabeleça imediatamente a segurança da sociedade. O desafio parece ser o de tomar essa providência de forma balanceada e sem vilipendiar direitos fundamentais do investigado inimputável ou semi-imputável e da vítima. Para isso, pretendemos contribuir nas próximas linhas.

3.2. Persecução penal: investigação preliminar constitucional e processo penal

A investigação criminal e a persecução penal como um todo, sendo atividades exercidas por agentes políticos dentro da repartição de atribuições constitucionais, estão limitadas e organizadas antes de tudo pela Constituição Federal. Por isso, analisar as premissas que fundam o Estado Democrático brasileiro é essencial para delimitação da principiologia e do regramento que

286 Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentença caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>. Acesso: 10 out. 2022.

287 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, n. 7, v. 4. 2006, p. 191.

orientam a investigação criminal e a produção da prova processual penal, notadamente quanto aos limites constitucionais e legais dessa atuação estatal, que inevitavelmente atingirá direitos individuais.²⁸⁸

É inerente à investigação criminal alguma forma de invasão, ainda que controlada e delimitada, à esfera de proteção individual para garantia da segurança da coletividade. Afinal, para garantia dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal e em outros dispositivos, surge o dever da sociedade e dos agentes públicos de efetivamente assegurá-los, seja com obrigações de omissão, seja com deveres de atuação.²⁸⁹

De um lado, a Constituição garante proteções ao indivíduo contra o arbítrio estatal, como o direito fundamental à liberdade, ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade dos atos administrativos, etc, mas, de outro, impõe ao Estado o dever de garantir segurança pública, elucidar e punir crimes, exigindo inevitavelmente que o Estado restrinja alguns direitos fundamentais, como a liberdade de indivíduos que cometam crimes, inclusive com mandamentos mais severos em casos específicos.²⁹⁰

Essa concepção de garantias constitucionais tem reflexos evidentes no processo penal. A princípio, gera a aparente dicotomia entre a eficiência do processo penal (e da anterior investigação) e a garantia de direitos fundamentais individuais, na concepção consagrada de garantismo individual.

Todavia, como bem alertado por Fernandes, também existem direitos fundamentais de ordem repressiva e tratados internacionais que trazem consenso à necessidade de punição de condutas criminosas contra pessoas vulneráveis ou cometidas por organizações criminosas, o que, entre nós, está também contemplado na Constituição de 1988, a exemplo do tratamento mais rigoroso exigido para os crimes hediondos.²⁹¹

Desse modo, é bem possível que a restrição a alguma liberdade individual decorra da própria necessidade de garantir direitos fundamentais da

288 BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*, 2018, p. 95.

289 “Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder.” SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 196.

290 BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*, 2018, p. 96.

291 FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 19/21.

parcela restante da sociedade, em busca da garantia da segurança pública. A verdade é, portanto, que o processo penal à luz da Constituição Federal reflete a busca de equilíbrio de “assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade”.²⁹²

Especificamente na investigação criminal, o reflexo da consolidação desse Estado Constitucional seguiu a mesma evolução, com modificações nos paradigmas de investigação, do inquisitório, ao indiciário, até o garantista, para usar a classificação de Pedro Ivo de Souza.²⁹³

O clássico modelo inquisitório tinha como pressuposto o máximo interesse do Estado soberano para tomar conhecimento e punir delitos, valendo-se inclusive de meios desumanos e cruéis que, em última análise, buscavam e conseguiam simplesmente excluir os criminosos, catalogados de indesejáveis. A evolução para um modelo indiciário foi a tentativa de dar legitimidade humana à atuação estatal, acabando com algumas práticas do modelo inquisitório e substituindo-as por técnicas, procedimentos, meios técnicos e lógicos de pesquisa, mas sem ainda conseguir equilibrar a atuação do estado em defesa de direitos humanos.²⁹⁴

Já no atual paradigma garantista, a investigação criminal recebe a missão de construir uma estrutura capaz de assegurar tutela aos direitos humanos, ao mesmo tempo em que consiga dar conta da assustadora ineficiência da atividade investigativa estatal. Nessa perspectiva, o paradigma garantista da investigação deve se pautar em três pressupostos: a proteção dos direitos humanos, a eficiência investigatória, e a construção de um procedimento investigatório democrático.²⁹⁵

Atualmente tem se identificado uma certa prevalência na proteção aos direitos individuais, como se só eles houvessem sido previstos no texto constitucional, em detrimento da necessidade de uma eficiente investigação criminal para garantia da segurança pública, inviabilizando, de certa maneira, o poder punitivo, entendido como o poder de investigar, elucidar, processar e punir crimes dentro da legalidade.

292 *Ibidem.* p. 22.

293 SOUZA, Pedro Ivo de. *Op. cit.* p. 56/57.

294 BONAMETTI, Thiago Nemi. *Op. cit.*, 2018, p. 98.

295 *Ibidem.* p. 57.

Urge, portanto, identificar a extensão dos direitos fundamentais individuais, como eles condicionam a investigação e o processo penal e como podem ser compatibilizados com os direitos fundamentais coletivos, a exemplo do direito à segurança pública. Elevar os direitos individuais ao extremo ao ponto de tornar-se o processo penal ineficiente seria anular o direito fundamental de outros indivíduos envolvidos no processo criminal, a exemplo, acima de todos, do direito da vítima de ter uma resposta estatal rápida e segura.

Por isso, essa concepção de garantismo na investigação criminal deve ser formada sobre o pressuposto fundamental da tutela dos direitos de todas as pessoas envolvidas no conflito, e não somente da tutela dos direitos do investigado.²⁹⁶

Ora, a partir do momento em que à vítima é vedada a busca da superada “vingança privada”, e ao Estado foi passada a incumbência de elucidar o crime e dar a resposta socialmente aceita a ele, torna-se imperioso ofertar os meios necessários para que os agentes públicos responsáveis pela investigação criminal busquem os elementos mínimos de informação que elucidem o ocorrido, garantindo o processamento do criminoso de forma rápida, segura, eficiente e justa. No entanto, não só à vítima, também às testemunhas, aos policiais, às partes no processo penal e, por que não, ao juiz devem ser garantidos direitos fundamentais, o que significa dizer que o garantismo deve ser integral, ou seja, deve conter não apenas proteções à intervenção estatal, mas também um dever de proteção positivo, de atuação para garantir o direito fundamental à segurança, como bem explica Fischer:²⁹⁷

Quer-se dizer com isso que, em nossa **compreensão (integral) dos postulados garantistas**, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. **O dever de garantir a segurança** não está em apenas **evitar** condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.

296 SOUZA, Pedro Ivo de. *Op. cit.* p. 61.

297 FISCHER, Douglas. Garantismo penal *integral* (e não o *garantismo hiperbólico monoclar*) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina – TRF4**. 28. ed. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso: 10 dez. 2017.

É integral porque abarca dois vieses de proteção, tanto protegendo o indivíduo contra de intervenções estatais arbitrárias e abusivas, como também assegurando à sociedade que o Estado atuará ativamente e eficientemente na persecução penal em todas as suas fases. Essa dupla face dos direitos fundamentais é bem delineada também por Turessi:²⁹⁸

[...] usualmente empregados como limites à atuação do poder punitivo do Estado, os direitos fundamentais, ao conterem uma dupla face, também devem representar imperativos de tutela. Compete ao próprio estado, pois, assumir postura proativa e, assim, assegurar, frente a ameaças de terceiros, inclusive particulares, intervenção máxima para a efetividade das garantias individuais. Essa leitura constitucional do Direito Penal reclama, em um estado social e democrático de direito, em última análise, a necessidade de sua intervenção para a salvaguarda de direitos fundamentais.

Há aí uma avaliação também política. A clássica definição de Tobias Barreto nos revela isso, quando o autor reflete que o direito de punir é o direito de legítima defesa da sociedade, ao menos com relação a alguns crimes, de modo que o fundamento de punir seria o próprio fundamento da guerra:²⁹⁹

E neste sentido pode-se então afirmar que, em relação a uma certa espécie de crimes, o direito que a sociedade exerce com a sua punição, é justamente o direito de legitima defeza. Por exemplo: os nihilistas na Rússia não tem outro intuito (justo, ou injusto, é questão à parte), se não o de acabar com a vigente ordem de cousas, assestando de preferencia as suas armas contra o chefe da nação, portanto, quando o estado, tão seriamente ameaçado, se apodera de taes inimigos, para julga-los, e condena-los, não tem também outro intuito se não o da própria defeza, o da própria conservação. O pretendido elemento ethico da pena, de que tanto fabulam, sobre tudo os criminalistas francezes, se ahi apparece, é somente naquella dose em que elle se fazia sentir, ha dez annos, ao suppüciar-se os homens da communa, isto é, em dose nenhuma.

A dualidade inevitavelmente nos leva ao embate entre a proibição de violação ao direito fundamental do indivíduo e a necessidade de o Estado efetivamente entrar nessa esfera de proteção em alguns casos, quando isso se mostrar necessário para elucidação de determinado fato criminoso e seu processamento em juízo.

Mostra-se extremamente importante essa definição dos limites da atuação estatal quanto às permissões ou proibições que podem ser extraídas do texto constitucional, porque a coleta de elementos de informação ou a produção da prova por meios que violem o texto constitucional poderão levar à anulação

298 TURESSI, Flavio Eduardo. Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição da proteção penal insuficiente. **Revista jurídica ESMP – SP**, v. 3, 2013: 229-246.

299 BARRETO, Tobias. *Op. cit.*, p. 142/145.

dos elementos, com reflexos processuais relevantes, seja impedindo sua utilização no processo, se considerada ilícita, seja gerando responsabilização aos agentes públicos que agiram ou se omitiram.

Consequências processuais graves podem decorrer da inobservância da dignidade da pessoa humana e outros princípios protetores dos acusados em geral. Essa violação por agentes públicos poderá levar à ilicitude da prova, e sua completa inutilização, impossibilitando a utilização da evidência clandestina no processo penal. Afinal, a Constituição Federal prevê que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos” (artigo 5º, inc. LVI), de modo que, caso o Estado investigador avance com seus tentáculos fora das balizas constitucionais, produzindo prova com violação aos direitos humanos, terá todo seu trabalho anulado, condenando ao fracasso o processo penal.

A intenção do constituinte de 1988 foi a de proteger enfaticamente as liberdades individuais contra o arbítrio estatal, tão comuns no precedente regime autoritário do qual o texto de 1988 foi o ápice do rompimento. O trauma do regime anterior talvez tenha tido influência. É a crítica de Moreira:³⁰⁰

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico. Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que dominara o país, e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao "grampeamento" de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.

Na tentativa de retomar o pêndulo, ou ao menos interpretar as garantias constitucionais de forma sistemática, a doutrina debruça-se atualmente sobre as formas de investigar crimes complexos de organizações criminosas, percebendo que para a efetiva persecução penal é inevitável restringir alguns direitos fundamentais em favor de outros:³⁰¹

300 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 337, jan/mar. 1997. p. 21

301 TURESSI, Flavio Eduardo. *Op. cit.*

[...] é justamente na relação processual penal que a tensão existente entre a liberdade do cidadão e o poder punitivo do Estado ganha maiores embates. É justamente nela que lidamos com a colisão de princípios e com a necessidade da ponderação. É nela, em síntese, que direitos individuais podem e devem ser restringidos para que se garanta a efetiva implementação de outros bens e valores fundamentais igualmente previstos no texto constitucional.

Tratando-se de vítimas ou autores de crimes portadores de transtornos mentais, essa balança entre o dever de garantir a segurança pública e a proteção desse grupo mais vulnerável se torna milimetricamente mais sensível. De um lado, há necessidade de protocolos e ritos de atendimento mais humanizados, até para colheita de declarações (leia-se, produção hígida de elementos de informação ou provas), identificando-se os limites da capacidade civil dessas pessoas e preservando todos os aspectos da dignidade humana. De outro, há o sempre latente desejo de segurança da sociedade, que vê no criminoso com transtorno mental um perigo constante, e na vítima um outro grupo mais vulnerável ainda.

Não se esqueça que a origem das medidas de segurança remonta o conceito de periculosidade e temibilidade trazido pela escola positiva da criminologia e posteriormente sistematizado pela dogmática penal de Von Liszt. A ideia de periculosidade relaciona-se intimamente à proteção da sociedade, embora a medida de segurança deva ter como prioridade a ressocialização.³⁰²

De outro lado, a segurança jurídica exige que toda sanção estatal tenha duração predeterminada, eis que é característica fundamental do Estado Democrático de Direito que a intervenção na liberdade seja regulamentada e limitada. Há, entretanto, colisão entre a limitação à intervenção estatal, de um lado, e a segurança da coletividade, de outro.

Outra hipótese que trataremos mais à frente e que traz relevantes discussões neste binômio é a hipótese de flagrante delito, cuja imediatidade e evidência escancarada exigem atuação eficiente e rápida do poder público.

Arremata Alexandre Rocha Almeida de Moraes que, diante de tratados internacionais garantistas em sentido negativo e positivo e a observância do duplo significado da proporcionalidade, deve ser feita “nova leitura da relação entre a Constituição e Direitos Penal e processual, qual seja: a Constituição

302 “Ao nosso ver, na medida de segurança criminal dá-se prioridade a prevenção especial positiva - ressocialização - se comparada a prevenção geral positiva subordinada a função de socialização”. FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*

como limite material do Direito Penal, a Constituição como fonte valorativa do Direito Penal, e a Constituição como fundamento normativo do Direito Penal incriminador”.³⁰³

Como compatibilizar as garantias fundamentais individuais e o dever de tratamento humano e digno às pessoas portadoras de transtornos mentais à necessidade de pronta e rápida atuação do Estado investigador, retirando o perigo que um criminoso reiterado e sem freios gera à sociedade? Como avaliar a chamada periculosidade e a probabilidade de reiteração delitiva? Como diagnosticar ou estabelecer a própria condição mental da vítima ou do criminoso postos à frente do Estado investigador? Como evitar a revitimização de pessoas com transtornos mentais e como avaliar a capacidade civil para fins de investigação criminal?

Tendo em vista a mencionada dupla face dos direitos fundamentais, considerados em sua integralidade (nas concepções individual e coletiva), lastreado no binômio *proibição da proteção deficiente vs. proibição do excesso abusivo* e tendo como premissa inicial a dignidade da pessoa humana (vítima ou criminoso) é que tentaremos fixar os parâmetros de tratamento adequado a ambos.

3.3. Atendimento e avaliação adequada do investigado inimputável e a instauração de incidente de insanidade mental

Pela legislação brasileira atual, conforme já visto nas linhas anteriores, o critério adotado como regra para a definição da inimputabilidade é o biopsicológico, ou seja, abrange as pessoas que apresentam algum problema mental e, por isso, não possuem capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou se determinarem de acordo com esse entendimento. O sistema conjuga a atuação do magistrado e do perito, o primeiro na parte psicológica, e o perito na questão biológica.³⁰⁴ Exceção a essa regra e não objeto do presente estudo é o caso de inimputabilidade por menoridade (menores de 18 anos) em que o critério adotado pela lei foi puramente biológico. Também não abrangido pelo presente estudo é o caso de inimputabilidade por embriaguez completa por caso fortuito ou força maior, em que o critério é biopsicológico, segundo a maioria da doutrina.

303 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Op. cit.*, p. 171.

304 MASSON, Cleber, p. 386.

Como detalhamos no primeiro capítulo, o artigo 26, *caput*, do Código Penal isenta de pena aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. No parágrafo único do dispositivo, o legislador previu ainda hipóteses de semi-imputabilidade, abrangendo também “qualquer perturbação de saúde mental”.

No campo das “doenças mentais”, incluem-se todas as alterações mentais ou psíquicas, como as psicoses, a epilepsia ou a demência. Já o “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” se refere às oligofrenias (idiotia, imbecilidade e debilidade mental), enquanto “perturbação da saúde mental” é mais amplo e engloba, por exemplo, psicopatias, neuroses e doenças mentais em fase inicial. Para maiores detalhes dessas condições mentais, remetemos o leitor ao item 1.3.2 deste trabalho.

Não basta, entretanto, a demonstração de que a pessoa se enquadra em alguma dessas condições mentais. É necessária a análise se, ao tempo em que cometido o crime, essa circunstância afetava sua capacidade de entendimento ou de determinação. A depender do grau de afetação, o indivíduo será considerado: 1. Imputável, caso, apesar da doença, desenvolvimento, ou perturbação, fosse plenamente capaz de entender e de se comportar adequadamente; ou 2. Inimputável, caso fosse inteiramente incapaz de entender e de se comportar de acordo; ou 3. Semi-imputável, caso não fosse inteiramente capaz, mas também não totalmente incapaz de entender e se comportar.

Essa conclusão pode levar a soluções diversas. Uma vez considerado inimputável, não há possibilidade de aplicação da pena, eis que a culpabilidade é pressuposta daquela. Nesse caso, então, o inimputável que pratique um fato típico e ilícito será absolvido, mas terá contra si aplicada uma medida de segurança. Por isso, fala-se em absolvição imprópria, prevista no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Em teoria, substitui-se o juízo de culpabilidade pelo de periculosidade, e será aplicada medida de segurança. Em tese, o artigo 97 do Código Penal impõe a medida de segurança, presumindo a periculosidade dos inimputáveis, porém a Lei Antimanicomial trouxe interpretações tendentes a flexibilizar essa imposição. Nesse ponto, remetemos o leitor ao primeiro capítulo.

Já se a conclusão for pela semi-imputabilidade, a lei penal prevê que o

indivíduo que pratique o fato típico, ilícito e culpável, será condenado normalmente, porém, como tem culpabilidade diminuída, terá reduzida sua pena de um a dois terços. Na sequência, de acordo com o laudo e a avaliação do magistrado, poderá ser aplicada a pena privativa de liberdade ou tratamento curativo, substituindo-se a pena por medida de segurança (artigo 98 do Código Penal).³⁰⁵

O fato é que, como a imputabilidade é presumida a todos aqueles que atingiram a maioridade (maiores de 18 anos de idade), a apuração da inimputabilidade ou semi-imputabilidade pelas razões trazidas pelo artigo 26, *caput*, do Código Penal depende de comprovação no processo penal, o que se dá por meio do incidente de insanidade mental, previsto no artigo 149 do Código de Processo Penal, e a prova dessa afetação do agente no momento da conduta é tormentosa.

O dispositivo prevê que o exame pericial é imprescindível apenas quando houver dúvida fundada a respeito da higidez mental do acusado diante de indícios plausíveis de que, ao tempo do fato, era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Entretanto, entende-se que, tanto a dúvida quanto à sanidade à época do fato, como a do momento atual justificam a instauração do incidente, porquê, mesmo que a inimputabilidade surja durante o processo ou inquérito (após o fato), haverá solução diversa daquela prevista para o imputável³⁰⁶. De todo modo, a exigência pode tornar dificultosa a instauração do incidente, ante a recalcitrância do magistrado ou da acusação, principalmente caso o magistrado entenda melhor esperar o interrogatório do réu em sua presença para avaliar a necessidade ou não do incidente.³⁰⁷

Realmente, encontram-se julgados nessa linha de certa forma defensiva contra o incidente de insanidade mental, pois entendem alguns tribunais que para a instauração do incidente não basta a mera alegação defensiva ou o mero

305 Nesses pontos, novamente remetemos o leitor ao capítulo 1, em que analisamos detalhadamente as novas perspectivas que a Lei Antimanicomial trouxe para essas regras penais.

306 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, volume único**. 8ª. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.295.

307 Explica Renato Brasileiro: "Logo, se o juiz não detectar qualquer anormalidade no interrogatório do acusado ou mesmo durante a instrução processual que justifique a instauração do incidente de insanidade mental, não há necessidade de realização do referido exame". *Ibidem*, p. 1.296.

relato de testemunhas sobre a insanidade do acusado.³⁰⁸ Ainda, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por exemplo, que, embora possível legalmente na fase de investigação, o incidente deve ser reservado como regra para a fase processual.³⁰⁹

Ademais, o incidente suspende o processo, tramita em autos apartados e não suspende a prescrição,³¹⁰ o que gera certo tumulto processual e pode gerar certa recalcitrância em sua instauração.

Outra questão relevante é que, ainda que a medida seja em tese para buscar o devido tratamento ao réu, ele não pode ser submetido ao exame contra a sua vontade, porque entende a jurisprudência que a prova é a seu favor.³¹¹

Mesmo quando o incidente é instaurado, a forma com que é realizado, a quesitação feita pelas partes e pelo juízo e suas conclusões são ainda objeto de fortes críticas doutrinárias. Primeiro porque há nítida diferença na atuação do psiquiatra clínico e do psiquiatra forense. O clínico relaciona-se com o paciente para curá-lo, tratá-lo com alternativas terapêuticas, enquanto o forense não objetiva cura ou tratamento, e sim a obtenção de informação científica a ser entregue aos agentes da justiça, ou seja, é um instrumento de investigação para auxiliar a decisão judicial.³¹²

Dessa forma, o saber psiquiátrico acaba sendo “contido pela moldura cognitiva fixada pelo direito”³¹³, gerando dificuldade para o conhecimento psiquiátrico provoque ajustes no sistema jurídico.

Há inclusive quem veja na forma com que os quesitos do incidente de insanidade são feitos uma maneira de conter os avanços da reforma efetivada

308 [...] A alegação de dependência química de substâncias entorpecentes do paciente não implica obrigatoriedade de realização do exame toxicológico, ficando a análise de sua necessidade dentro do âmbito de discricionariedade motivada do Magistrado [...] STJ. RHC n. 88.626/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 14/11/2017.

309 Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “[...] O exame de sanidade mental, por exigência da tutela da liberdade, em nada estranha ao âmbito da medida de segurança, só deve ser realizado, em regra, após o juízo de viabilidade da ação penal, ínsito no recebimento da denúncia, caracterizando hipótese excepcional a sua realização em fase de inquérito, que, de resto, reclama efetiva e segura fundamentação [...]” STJ. HC n. 35.571/MG, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 31/5/2005, DJ de 20/6/2005.

310 MASSON, Cleber. *Op. cit.*, 387.

311 STF HC 133078/RJ Min. Carmen Lucia, 2ª Turma.

312 MACHADO, Bruno Amaral; MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. **Reforma psiquiátrica e justiça criminal no distrito federal: uma análise exploratória das quesitações em incidentes de insanidade mental.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 163/2020, Jan/2020, p. 395/419.

313 *Ibidem*.

pela Lei Antimanicomial (Lei n. 10.216/2001). São indicativos de insuficiência da análise investigativa e que comprometem a intervenção não asilar da referida lei: a falta de quesitos do juízo, quando os deixa apenas para as partes, bem como a quesitação focada apenas na capacidade de entendimento e de determinação e a “ausência de perguntas sobre alternativas terapêuticas, duração do tratamento, recursos disponíveis no local de tratamento, apoio familiar e demais elementos necessários à produção de laudo pericial multiprofissional”³¹⁴. Arrematam Bruno Machado e Fernando Messere:³¹⁵

A quesitação do juízo, sem perder a natureza complementar, deverá ser corretiva e exauriente das alternativas sugeridas pela Reforma e reclamadas pelo caso concreto. Instruído pelo conhecimento dos recursos disponíveis na rede de saúde mental do DF (ou de qualquer outra unidade da federação brasileira), o juiz poderá provocar a produção de manifestação pericial que esclareça detalhadamente aspectos da resposta terapêutica reclamada pelo periciando. Além disso, ainda que o saber psiquiátrico permaneça imprescindível ao diagnóstico do transtorno mental, a Reforma requer a participação de outros saberes, como da psicologia e da assistência social, por exemplo, cujos profissionais encontram-se ordinariamente presentes na estrutura funcional tanto do Tribunal de Justiça do DF e Territórios quanto do Ministério Público do DF e Territórios, além de todos aqueles que atuam nos CAPS e demais instâncias da rede de saúde mental¹⁷ do DF. Demandar laudos periciais desses profissionais poderá evitar que pacientes sejam submetidos a solução asilar que somente será revista, em regra, após decorrido um ano ou mais, momento em que danos decorrentes da internação desnecessária poderão estar consolidados. Semelhantes cuidados devem ser adotados por promotores e defensores.

De outro lado, mesmo os quesitos voltados à prova ou não da periculosidade do agente pecam por não considerarem que esse conceito é objeto de discussão na psiquiatria. A noção de periculosidade atrelada a uma doença mental não encontra unanimidade nesse nicho científico. Em pesquisas já realizadas não se constatou correlação entre doença mental e crime, mas sim entre transtornos de personalidade e a chamada periculosidade, principalmente relacionada à falta de mecanismos para inibir impulsos de agressividade. O principal indício de risco para o cometimento de crimes violentos seria o que a psiquiatria chama de “*acting out*”, visto como um traço relativamente permanente e revelador de periculosidade, mas não necessariamente uma condição circunstancial do indivíduo. O importante no exame, portanto, é “observar a

314 *Ibidem*.

315 *Ibidem*.

ausência ou a presença de fatores que permitam governar os impulsos, diminuindo o potencial de periculosidade futura”.³¹⁶

De todo modo, o conceito de transtorno mental compõe a Classificação Internacional de Doenças (“CID-10”), o que permite que seja objeto de estudo de profissionais da psiquiatria e que seja considerado, portanto, na análise de inimputabilidade. Entretanto, apesar de todo o avanço da psiquiatria, há críticas no sentido de que ainda persiste a interpretação pericial muito semelhante ao raciocínio “lombrosiano”:

Ao mesmo tempo, tais modelos, petrechados numa linguagem cada vez mais sofisticada, e valendo-se de instrumentos diagnósticos aparentemente cada vez mais elaborados, não parecem transportar interpretações sobre as relações entre saúde mental e criminalidade muito diferentes das que inauguraram a psiquiatria forense como área de conhecimento e como profissão. A localização da origem do comportamento criminal na “personalidade” do indivíduo, e a utilização do diagnóstico de personalidade antissocial como estereótipo do criminoso, agora já não mais considerado louco, mas sim “transtornado”, conserva (e renova) perturbadoras analogias com a figura lombrosiana do “criminoso nato”.

A sugestão é, portanto, adotar uma forma de quesitação ajustada à reforma psiquiátrica, incluindo, claro, perguntas sobre a incapacidade total ou parcial ao tempo do fato criminoso, mas também “indagações sobre o tipo de tratamento psiquiátrico e expectativa quanto aos resultados, bem como sobre a possibilidade de tratamento ambulatorial, a possibilidade/vantagem da participação da família e sobre a utilidade do uso da rede CAPS” e outros hospitais.³¹⁷ Interessante também indagar se, no caso de semi-imputabilidade, é possível ao periciando cumprir pena no sistema comum acompanhado pela equipe de saúde do estabelecimento.

Fato é, todavia, que há evidente problema na própria análise e comprovação da inimputabilidade durante o incidente de insanidade mental em apenso ao processo penal já instaurado. Na fase pré-processual, essa problemática tende a ser pior, eis que, embora possível o incidente nessa fase, as resistências em sua realização tendem a ser maiores, de modo que ou não

316 MATHES, Priscila Gomes; MITJAVILA, Myriam Raquel. Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 22 [4]: 1377-1395, 2012. P.1387/1388.

³¹⁷ MACHADO, Bruno Amaral; MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. *Op. cit.*

haverá ainda o incidente, ou ao menos seu resultado não será conhecido de plano no início da investigação e primeiras deliberações, ao mesmo tempo em que decisões precisarão ser tomadas na área da segurança pública, por agentes e principalmente pela autoridade policial. Como fazer então essa avaliação durante a investigação criminal antes mesmo do processo penal?

Dessa pergunta derivam outros problemas para atuação de agentes de segurança pública que têm de lidar com investigados ou vítimas que aparentemente não ter plena higidez mental.

O autor de crime que se apresente com indicativo de que é inimputável deve ser recolhido ao estabelecimento penal comum? A ele pode ser imposta a internação provisória ou tratamento ambulatorial na forma de medida cautelar? Como deve agir a autoridade policial e agentes atuantes na segurança pública?

3.3.1 Avaliação da imputabilidade no curso de investigação criminal

A investigação criminal, feita na maioria das vezes por meio de um inquérito policial, faz parte de uma série de atos do Estado que formam o que se chama de persecução penal, que é toda atuação do Estado desde o cometimento do crime até a sentença penal final transitar em julgado. Abrange, portanto, as diligências iniciais, a investigação (no inquérito ou outro procedimento), o processo penal em si e também a fase de recursos.

Assim, a investigação criminal em inquérito policial é uma das etapas da persecução penal que funciona como um filtro em busca de elementos que revelem se houve o crime e quem é o seu autor. Em seguida, haverá o processo penal como uma segunda etapa da persecução penal, a partir da formalização da acusação e seu recebimento pelo juiz, e lá serão produzidas provas com contraditório.

A fase de investigação não comporta contraditório, muito embora mudanças no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e do Código de Processo Penal tenham trazido maiores possibilidades de defesa dentro do inquérito policial, principalmente no que pertine ao acompanhamento do interrogatório e a solicitação de diligências pelo advogado ao delegado de polícia.

A finalidade da investigação prévia, seja por inquérito policial ou outro procedimento de investigação cujo resultado possa ser aproveitado no processo

penal, existe com três grandes fundamentos, segundo Aury Lopes: 1. Para desvendar o fato oculto; 2. Como poder simbólico, apresentando ao menos a ideia de que o Estado está tomando providências com relação ao crime ocorrido; 3. Como filtro processual, a fim de evitar acusações infundadas.³¹⁸

Pode-se resumir essas funções basicamente em duas, que são primeiro a função preservadora, que evita acusações temerárias contra pessoas inocentes, e com isso também evita custos desnecessários ao Estado; e segundo, a função preparatória, eis que o inquérito policial fornecerá elementos de informação geralmente imprescindíveis para a ação penal, inclusive porque alguns dos elementos angariados em sede de inquérito policial podem ser usados para fundamentar eventual decisão condenatória, notadamente as provas não repetíveis, como os exames periciais, as provas cautelares e antecipadas.

Essa primeira função preservadora revela o caráter imparcial do inquérito policial, que não se mostra apenas preparatório para eventual ação penal. No inquérito policial, na realidade, busca-se também o esclarecimento da verdade possível, a produção de elementos de informação e, em alguns casos, verdadeiras provas que não serão repetidas no processo. Se esses elementos aproveitarem à defesa, serão usados por ela, e se aproveitarem à acusação, serão usados para embasar a ação penal.

Ao cabo dessa apuração, o delegado de polícia fará juízo de valor sobre os elementos angariados, a fim de verificar se há realmente um crime, ou seja, um fato típico, ilícito praticado por um agente culpável³¹⁹. Isso, pois, terá de fundamentar eventual indiciamento, ou não indiciamento, conforme imposto pelo art. 2º, §6º, da Lei n. 12830/13, que diz que o “indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. Explica Rafael Marcondes:³²⁰

[...] da mesma forma que o Delegado de Polícia determinará o indiciamento quando entender que o sujeito investigado é o provável

318 LOPES, Aury junior. **Direito Processual Penal**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

319 Não olvidamos da discussão doutrinária sobre o conceito analítico de crime, e a divisão na doutrina entre os adeptos da teoria bipartite e da teoria tripartite do crime. Com a alteração do Código Penal pela reforma de 1984, a lei aparenta adotar o critério bipartite, a partir do finalismo da conduta, porém não pretendemos esgotar o tema no presente trabalho.

320 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em flagrante delito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 167.

autor do fato delituoso perscrutado, deixará de deliberar pelo indiciamento quando reputar que o conjunto probatório coligido seja insuficiente para afirmar tal juízo de probabilidade. Assim também procederá quando vislumbrar circunstâncias que afastem a responsabilidade penal do suspeito, como a presença e o reconhecimento provisório de causas excludentes de ilicitude ou mesmo culpabilidade, consignando tais situações por meio de manifestação fundamentada em histórico de boletim de ocorrência circunstanciado, sobretudo em se tratando de possível estado flagrancial delitivo, assim como no curso do inquérito policial, via despacho decisório motivado, ou ainda no corpo do relatório final do procedimento investigatório criminal, exaurindo as providências que o caso prático reclamar.

Revela-se importante toda essa análise também porque eventual excludente de tipicidade, ilicitude ou da culpabilidade (diversa da inimputabilidade) levará à impossibilidade de aplicação de medida de segurança, eis que se exige que o inimputável tenha praticado fato típico e ilícito para receber essa espécie de sanção penal.³²¹

Obviamente que essa avaliação pela autoridade policial não vinculará outras instituições, eis que caberá ao Ministério Público oferecer a denúncia, analisando e formando sua opinião independente sobre o que foi apurado, e ao Poder Judiciário receber a acusação e, posteriormente, julgar se os fatos realmente são criminosos. Entretanto, a necessidade dessa análise pela autoridade policial revela a importância de que as nuances relativas à eventual inimputabilidade (que atingirão a culpabilidade) sejam desde logo verificadas durante a investigação e não apenas para eventual processo penal.

O exame de insanidade mental está previsto no artigo 149 do Código de Processo Penal, com previsão de realização tanto durante o processo como durante o inquérito policial. Apesar de possível na fase de inquérito, há precedente do Superior Tribunal de Justiça entendendo como exceção a possibilidade do exame durante a investigação, ou seja, antes da ação penal.³²²

[...] O exame de sanidade mental, por exigência da tutela da liberdade, em nada estranha ao âmbito da medida de segurança, só deve ser realizado, em regra, após o juízo de viabilidade da ação penal, ínsito no recebimento da denúncia, caracterizando hipótese excepcional a sua realização em fase de inquérito, que, de resto, reclama efetiva e segura fundamentação. [...]

321 [...] por mais que o laudo de insanidade mental tenha concluído que o acusado é inimputável (CP, art. 26 caput) ou semi-imputável (CP, art. 26, parágrafo único), para que seja possível a aplicação de medida de segurança, incumbe ao magistrado verificar, antes, se houve a prática de conduta típica e ilícita.” LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*

322 STJ. HC n. 35.571/MG, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 31/5/2005, DJ de 20/6/2005.

De todo modo, ainda que o incidente possa ser instaurado durante o inquérito policial, e se trate de um exame pericial, a autoridade policial não pode requisitá-lo como qualquer outra perícia (art. 6º do Código de Processo Penal), pois, nesse caso, a lei exige avaliação judicial e, portanto, a instauração deve ser determinada pelo magistrado. O delegado de polícia tem, entretanto, atribuição para representar pela sua instauração, assim como o membro do Ministério Público, o defensor, o curador, ou o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 149 *caput* e §1º do Código de Processo Penal).

Não há previsão de elaboração de quesitos pela autoridade policial no Código de Processo Penal nem nos dispositivos que tratam do incidente de insanidade (artigos 149 a 154) nem nos dispositivos relacionados às perícias em geral (artigo 159, §3º). Se o exame for realizado durante o inquérito policial, presidido pela autoridade policial, entretanto, mostra-se de todo salutar que a autoridade formule os quesitos que entender necessários para o exame, a se somarem aos quesitos das partes e do juiz. Ora, se a investigação é presidida pelo delegado de polícia, a quem compete inclusive representar pela instauração do incidente, é decorrência lógica a atribuição também para oferecer quesitos, o que é também corroborado pela literatura especializada no sentido de que os quesitos do incidente de insanidade devem ser os mais completos possíveis, abrangendo também a busca de respostas condizentes ou não com a política de evitar a internação.

Os autos do processo podem ser encaminhados aos peritos para que melhor realizem o exame, se não houver prejuízo para a marcha processual (art. 150, §2º, do Código de Processo Penal). No caso de o incidente ser instaurado no inquérito policial, pensamos que o ideal seja a entrega dos autos em cópia, notificando-se a autoridade policial da data do exame para providenciar as cópias, isso, pois pensamos que a investigação não é suspensa durante o exame, podendo ser realizados atos que não envolvam a participação do investigado cuja inimputabilidade se questione.

O incidente tramita em apartado aos autos principais e só é juntado após a confecção do laudo. O juiz deve nomear curador ao acusado, podendo sê-lo o próprio defensor, ante a possibilidade de sendo incapaz os atos serem considerados inválidos (art. 149, §2º, do Código de Processo Penal). Se já

houver ação penal, o processo ficará suspenso até a apresentação do laudo, mas essa suspensão não impede a realização de diligências de caráter urgente, como busca domiciliar, que possam restar prejudicadas pelo adiamento (artigo 149, §2º, parte final, do Código de Processo Penal).³²³

Com o mesmo raciocínio, deve-se entender possível a realização de diligências no caso de o incidente ser instaurado durante o inquérito policial, inclusive porque não existe previsão legal de suspensão do inquérito (das investigações) durante a instauração do incidente.

Após a mudança da Lei n. 11.690/08, exige-se em regra apenas um perito oficial para os exames periciais em geral. Entretanto, tratando-se de perícia complexa, o Código de Processo Penal permite a elaboração por mais de um perito (art. 159, §7º, do Código de Processo Penal). No caso do incidente de insanidade mental, tratando-se de exame evidentemente complexo que leva em conta não apenas questões biológicas, mostra-se prudente que sempre que possível que o exame seja feito por mais de um perito, senão até mesmo por uma junta de peritos, eis que, como visto, a literatura psiquiátrica não tem consenso nem mesmo sobre a tal chamada periculosidade e outros conceitos importantes para a análise da imputabilidade.

As conclusões do incidente levarão a providências diferentes. Durante o processo, caso o laudo conclua pela plena capacidade do acusado no momento do crime e na data da realização do exame, o processo seguirá seu curso normal. Caso ateste a imputabilidade à época do fato, porém sua incapacidade posterior, quando do exame, o juiz receberá a acusação e determinará a suspensão do processo até que se restabeleça sua saúde mental ou a punibilidade seja extinta. Por fim, caso o laudo conclua pela imputabilidade na época do fato, o juiz receberá a denúncia e determinará o prosseguimento do processo com curador ao acusado.

Caso o exame seja finalizado durante a investigação no inquérito policial, pensamos que o incidente deverá ficar em juízo aguardando em cartório, até a conclusão das investigações, eventual indiciamento pela autoridade policial e formatação de acusação pelo membro do Ministério Público. No caso de denúncia, as providências seguem idênticas.

323 LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 1298.

Outro aspecto relevante à apuração da inimputabilidade durante a investigação criminal diz respeito à eventual necessidade de segregação cautelar do investigado que possa ser inimputável. Nos artigos 34 e 80 do Código Penal de 1940, previa-se expressamente a medida de segurança no curso do processo, o que era repetido pelo artigo 378 do Código de Processo Penal, que tratava da aplicação provisória da medida de segurança. A reforma penal de 1984, entretanto, revogou esses dispositivos, instalando-se controversa doutrinária sobre a possibilidade de internação provisória, subsistindo base legal apenas nos artigos 41 e 42 do Código Penal, que, ao admitir a detração do tempo de medida de segurança provisória, indiretamente a admitia. A necessidade de readequação da lei já era objeto de acertado alerta por Zilberman:³²⁴

O fato é que a submissão desses indivíduos à prisão cautelar em condições cautelar em condições idênticas aos demais presos imputáveis se traduz em grave prejuízo de seu quadro clínico, ante a completa ausência de assistência médica especializada exigida para o caso. A situação indubitavelmente pode contribuir para a piora do acusado, até que seja reconhecida por sentença sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, não havendo justificativa razoável para a manutenção do indivíduo no cárcere comum quando já constatada pericialmente sua doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado.

O artigo 152 p. 1º do Código de Processo Penal, que dispõe sobre internação em manicômio em caso de doença superveniente, não foi recepcionado, porque antecipa o resultado da ação penal condenatória. Seria uma execução antecipada da medida de segurança, o que não se admite para a prisão; porém, a jurisprudência já entendia possível a prisão preventiva, mas cumprida em hospital de custódia, com base no artigo 108 da Lei de Execuções Penais, que prevê que ao condenado que sobrevier doença mental será internado em hospital e custódia, e o artigo 2º da Lei de Execuções Penais autoriza sua aplicação ao preso provisório. Afasta-se nesse caso o art. 172 da referida lei, que impede internação sem guia expedida pela autoridade judicial, entendendo-se que isso se refere ao cumprimento da medida de segurança e não internação provisória.³²⁵

Com o advento da Lei n. 12.403/11, o art. 319, inciso VII, do Código de

324 ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. *Op. cit.*, p. 173.

325 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal, volume único*. 8ª. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1144.

Processo Penal passou a prever expressamente a possibilidade de internação provisória quando o crime for com violência ou grave ameaça, e o autor for inimputável ou semi-imputável com risco de reiteração, segundo os peritos. A lei não faz distinção do momento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, podendo ser aplicada em qualquer situação, mas não como medida de segurança, e sim como cautelar para garantia da ordem pública, ordem econômica ou para evitar novas infrações penais com violência ou grave ameaça.³²⁶ Trata-se de uma leitura mais condizente com o direito fundamental também à segurança pública, e porque não dizer, também ao próprio autor do crime, que não será recolhido ao cárcere comum.

A questão que surge durante a investigação é se é necessário aguardar o resultado do incidente de insanidade mental para a internação provisória. Cleber Masson faz o alerta:³²⁷

Há um inconveniente. Como a imputabilidade de todo ser humano é presumida a partir dos 18 anos, muitas pessoas continuarão sendo presas provisoriamente, e somente durante a instrução criminal, mais especificamente no bojo do incidente de insanidade mental, será provada a inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), autorizando a partir daí a internação provisória.

Pensamos que, como regra, a internação provisória deve esperar o resultado do incidente de insanidade mental. Entretanto, parte da doutrina entende possível a internação com base em outras provas e no poder geral de cautela do juiz, enquanto se aguarda o resultado, inclusive porque é inconcebível que se mantenha no cárcere comum pessoa que apresente sinais de enfermidade mental.^{328, 329}

Igualmente pensa Antonio Carlos da Ponte que a solução realmente é a internação provisória até que sobrevenha o resultado do incidente.³³⁰ Afinal, se há dúvida razoável sobre a inimputabilidade, apta a justificar a instauração do incidente, mostra-se desarrazoada a manutenção do indivíduo em cárcere comum.

326 *Ibidem*.

327 MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 746.

328 LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 1144

329 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

330 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 58.

Vislumbrando a necessidade de segregação cautelar e a grande possibilidade do investigado se tratar de inimputável, a autoridade policial pode representar pela aplicação da referida medida cautelar, inclusive para provocar a decisão do magistrado sobre para qual local o indivíduo deve ser recolhido. Alternativamente, pode representar pela prisão cautelar, a ser cumprida em hospital de custódia, ou ao menos em ala específica de presídio comum, diante dos casos concretos já solucionados pela jurisprudência.

Importante, ainda, que se faça juízo de proporcionalidade na aplicação da medida cautelar de internação provisória, tal como se faz para as outras medidas cautelares pessoais. Para Andrey Borges Mendonça, a internação provisória deve guardar relação com a medida aplicável ao final do processo. Se a medida cabível ao final for o tratamento ambulatorial, não deve ser aplicada a internação provisória.³³¹

Como regra, apesar de não se tratar de medida de segurança, a internação provisória deve ser cumprida no estabelecimento hospitalar adequado, que é o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Problema que pode surgir é o da falta de vagas para a internação. Havendo explícita necessidade de segregação para evitar novos crimes com violência ou grave ameaça contra a pessoa, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu possível a internação em estabelecimento penal comum, na ala hospitalar, com o tratamento adequado, até o surgimento de vaga. A internação provisória se destina a evitar novos crimes com violência ou grave ameaça, e diante do grave risco, a medida se justificaria. Na corte superior, a regra é a imediata transferência para hospital de tratamento, conforme já se decidiu,³³² mas a corte também já fez juízo de proporcionalidade no sentido de que é inviável a concessão pura e simples de liberdade, quando houver risco evidente

331 MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 453.

332 “[...]A manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas. (Precedentes). V - Na hipótese, contudo, mister asseverar a extrema periculosidade do paciente, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato em virtude de demência vascular crônica incurável, revelando-se temerário assegurar-lhe, ainda que excepcionalmente, o tratamento ambulatorial. [...] Ordem concedida de ofício para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, independentemente da ordem cronológica.” STJ. HC n. 290.027/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe de 30/3/2015.

constatado em laudo.³³³

Já se estiverem presentes os requisitos para prisão domiciliar, entende-se possível a substituição da internação provisória por prisão domiciliar aplicada cumulativamente com tratamento ambulatorial.³³⁴ Há pensamentos em contrário na doutrina, no sentido de que “não se admite, por falta de previsão legal, o tratamento ambulatorial preventivo, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) que aplica essa modalidade de medida de segurança”.³³⁵ Pensamos, todavia, que, na perspectiva da legislação antimanicomial e das cautelares em geral, mostra-se bastante razoável, até mesmo em juízo de proporcionalidade, que seja admitida cautelar de tratamento ambulatorial quando a internação provisória não se mostrar necessária.

Outra questão relevante que impacta a investigação criminal com investigados possivelmente inimputáveis decorre da discussão sobre a capacidade civil dessas pessoas. No caso de investigados soltos, surge a dúvida de como validar os atos de investigação que os envolvam. De início, destaca-se que as diligências no inquérito policial devem persistir mesmo com a dúvida sobre a inimputabilidade, fato que decorre da própria dinâmica da investigação, do risco de se perderem elementos de informação e fontes de prova.

Outrossim, os atos de investigação que não envolvam o investigado possivelmente inimputável podem ser realizados normalmente, conforme explica Antônio Carlos da Ponte:³³⁶

Com a determinação da perícia psiquiátrica em sede de inquérito policial, que não obedece ao princípio do contraditório, este terá curso regular, excluindo-se apenas os atos que dependam da presença ou da colaboração do indiciado, tramitando concomitantemente, perante o juízo criminal natural da futura causa, o competente incidente, instaurado mediante portaria da autoridade judiciária.

Entretanto, só poderá ser considerado inimputável o indivíduo assim considerado em exame pericial (decorrente do incidente de insanidade mental). Não é inimputável nem semi-imputável, portanto, quem está interditado civilmente, ou apenas está diagnosticado com transtorno ou doença mental, ou

333 “O entendimento desta Corte, em casos semelhantes, é de que a manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal; todavia, evidenciada a periculosidade, é inviável a concessão da liberdade pura e simples”. RHC n. 22.654/MG, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 4/9/2008, DJe de 22/9/2008.

334 LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 1.145.

335 MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 746.

336 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 62.

apresenta receituário médico. Laudos cíveis, receituário, ficha de atendimento médico, informação do CAPS não atestam de pronto a inimputabilidade penal. Afinal, nem mesmo a interdição cível com base em exame pericial tem efeitos imediatos no processo penal, eis que é necessária a análise dessa condição no momento da conduta. Explica Antônio Carlos da Ponte:³³⁷

O laudo de exame pericial que conclui pela loucura do interdito na esfera cível não tem o condão de ser considerado prova em um feito criminal, por desconsiderar condições afetas ao estado do agente no momento da prática do delito. [...] a incapacidade civil total ou parcial não acarreta, necessariamente, a declaração de inimputabilidade ou semi-imputabilidade na esfera penal. Conclusão inversa também é correta.

Isso porque a interdição civil é medida judicial que avalia a incapacidade da pessoa para determinados atos e pode ser absoluta, relativa ou ainda transitória ou permanente. Assim, não aproveita o resultado do exame em ação cível para a inimputabilidade no processo penal, mas pode servir como fundamental para a instauração do incidente.

No que se refere à validade dos atos praticados durante a investigação com a participação do acusado, pensamos que o prudente seja a nomeação de curador ao investigado que se acredita ser inimputável, realizando-se sua oitiva ou outro ato que dependa de sua ação, na presença do curador e também de defesa técnica. Afinal, pessoas com deficiência possuem certa capacidade de exercer atos da vida civil. Didaticamente explica Muratt:³³⁸

A pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Entretanto ela é, em princípio, totalmente capaz. A incapacidade relativa decorre de situação prescrita em lei e não do acometimento de alguma doença de fundo psíquico. A pessoa com deficiência somente terá limitação em relação ao ato para o qual for indispensável a manifestação de vontade para a sua caracterização. Este é o ato negocial. A incapacidade, se reconhecida, será sempre relativa, eis que restam incólumes os demais atos que dizem respeito à dignidade da pessoa humana. A curatela somente poderá ser decretada após procedimento próprio previsto em lei. A pessoa com deficiência pode casar. Exceto se não puder manifestar validamente a sua vontade. O casamento será obstado no processo de habilitação

337 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 104.

338 MURATT, Luciano Dipp. **Pessoa Com Deficiência, Ato Jurídico, Manifestação da Vontade e O Casamento dos Relativamente Incapazes Submetidos à Curatela**. Revista digital multidisciplinar do Ministério Público – RS. N. 13. Outubro-Novembro-Dezembro 2018, p. 32.

pra casamento. Após a realização do ato, o casamento poderá ser invalidado através da ação anulatória, a ser aforada no prazo próprio.

A capacidade do investigado tem relevância ainda no que se refere à decisão de indiciamento pela autoridade policial. Conforme dispõe o §6º, do artigo 2º, da Lei n. 12.830/06, o indiciamento é ato que deve ser devidamente fundamentado, “pelo qual a autoridade policial, fundamentadamente, explicita que na opinião da Polícia Judiciária (Federal ou Civis), de acordo com seu entendimento jurídico, há prova da existência do crime (prova da materialidade) e indícios suficientes de que determinada pessoa (o indiciado) é o seu autor”.³³⁹

Contemporaneamente entende-se, ainda, que deve ser evitado o chamado “criptoindiciamento”,³⁴⁰ que é o obscuro, indecifrável, ou seja, criptografado, sem que se entenda realmente suas razões e fundamentos, prejudicando com isso o direito de defesa.

Assim, ainda que bem fundamentado, a autoridade deve zelar para que o investigado com algum transtorno mental consiga entender o indiciamento, podendo valer-se do curador nomeado, de serviços municipais de psicólogos ou, na capital, da estrutura da delegacia de polícia da pessoa com deficiência.

Durante a investigação, essas providências são factíveis, eis que o prazo do inquérito é mais alongado com o investigado solto. Todavia, no caso de situações flagranciais, a problemática pode se agravar diante da necessidade de que uma decisão seja tomada pela autoridade policial quase que imediatamente ao cometimento do crime, ainda sem laudos e todas as provas e elementos de informação produzidos. Essa situação merece detalhamento.

3.3.2. Avaliação da imputabilidade na lavratura de auto de prisão em flagrante delito

A prisão em flagrante nada mais é do que uma das formas pelas quais pode ser instaurado o inquérito policial, quando for tão evidente o cometimento

³³⁹ BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, p. 382.

³⁴⁰ A exigência decorre dos princípios de moralidade, publicidade e motivação da administração pública, para que não sejam trazidas suas consequências de forma temerária, deficiente e sem respaldo. O indiciamento sem fundamento, truncado e indecifrável (criptografado), é chamado de criptoindiciamento e compromete a credibilidade do controle formal, no caso, o que é exercido pelas Polícias Judiciárias. O termo criptoindiciamento foi cunhado pelo professor e delegado de polícia Fernando Shimidt de Paula. PAULA, Fernando Shimidt de. **Criptoindiciamento**. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2018. p. 107

do crime e sua autoria que essa imediatidade imponha a tomada de providências desde logo pela autoridade policial, com a produção dos elementos de informação desde logo e o recolhimento do autor do crime ao cárcere.

Se a avaliação durante a investigação criminal já é tormentosa, na situação de prisão em flagrante delito se mostra ainda mais. Para avaliar a situação flagrancial, a autoridade policial não terá em mãos, como regra, resultados de exames periciais, nem de diligências investigativas mais complexas.

Via de regra, embasará sua decisão no relato de testemunhas e da vítima e no interrogatório, bem como em eventuais documentos, fotos, objetos apreendidos ou análises de inferências feitas no local do crime. É um juízo de certeza da ocorrência do crime e probabilidade de autoria.

Para que a autoridade policial decrete a prisão em flagrante, é necessário que estejam presentes os requisitos temporais e probatórios. O requisito temporal refere-se a uma das quatro hipóteses que a lei definiu no artigo 302 do Código de Processo Penal, as quais tratam da proximidade temporal entre o cometimento do crime e a captura de quem *está cometendo a infração, acaba de cometê-la, é perseguido em situação que faça presumir ser o autor ou é encontrado logo depois com objetos que façam presumir ser o autor*. Já o requisito probatório se refere à demonstração de fundada suspeita contra o conduzido, pelos elementos (oitivas, exames, etc) apurados pela autoridade policial, conforme dispõe o §1º, do art. 304, do Código de Processo Penal.³⁴¹

No exíguo prazo de decisão, então, a autoridade policial poderá se deparar com indiciado que mostre alguma alteração em sua psique que indique eventual doença ou transtorno mental. Relatos desconexos, falas da própria família sobre o histórico do indivíduo, receituário médico eventualmente existente, ou até mesmo a interdição civil podem ser elementos aptos a justificar a representação da autoridade policial. O importante, nesses casos, é garantir inicialmente um tratamento humanizado, sem menoscabar ou desprezar a condição da pessoa apresentada, se possível, buscando curador para acompanhar a pessoa, seja um familiar ou advogado caso haja indicação.

³⁴¹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Prisão em flagrante delito constitucional. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 140 e 160.

Administrativamente, mostra-se de bom alvitre determinar o recolhimento do indivíduo em cela ou sala separada dos demais presos em flagrante, ao menos no momento inicial de deliberações e formalizações. Serviços públicos de atendimento médico de urgência e emergência podem também ser requisitados, a fim de que o capturado não cause danos a si mesmo ou a outras pessoas diante de sua captura e detenção.

A autoridade deve avaliar então, diante dos elementos angariados, a possibilidade de representar pela instauração do incidente de insanidade mental, juntando os elementos de informação que indiquem a inimputabilidade, o que servirá também para dar a notícia da possível inimputabilidade ao membro do Ministério Público e ao juiz.

Mostrando-se necessária a segregação cautelar, além da representação pela instauração do incidente de insanidade, a representação por internação provisória é medida importante de ser adotada para permitir o recolhimento do capturado a local em que sua condição de saúde possa ser mais bem tratada, inclusive porquê, como visto no item anterior, há possibilidade de ser decretada a internação provisória antes mesmo da solução do incidente de insanidade, o que revela também a importância de ser juntada a maior quantidade de laudos, receitas, relatos testemunhas, enfim, provas relativas à condição de saúde mental do capturado.

Além disso, antes da solução do incidente, nada impede que a autoridade policial, em seu ofício de encaminhamento à cadeia pública, determine o recolhimento em separado do capturado dos demais presos, constando do ofício preferencialmente a manutenção em ala hospitalar ou cela fora do convívio comum. Essa providência garantirá condição digna ao capturado até a solução do incidente e ainda evitará qualquer responsabilidade da autoridade policial em caso de o cárcere comum gerar crises, danos ou se mostrar de qualquer forma inadequado ao capturado.

3.3.3. Avaliação da imputabilidade na investigação de crimes de menor e médio potencial ofensivo, benefícios de transação penal, acordo de não persecução penal e outros

Dentre os diversos modelos de política criminal, dogmática penal e processual penal, já é uma realidade o “novo” modelo de Direito Penal e Processo Penal de “segunda velocidade”, conjugando a flexibilização de

garantias clássicas com um processo mais rápido e informal orientado para a negociação em busca da eficiência na solução de crimes de pequeno e médio potencial ofensivos.³⁴²

Surge, com isso, inevitavelmente a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a superação de um modelo de processo penal puramente adversarial, política que foi catalisada com a efetiva criação dos Juizados Especiais Criminais pela Lei n. 9.099/95, com respaldo no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, e que segue sendo ampliada por outras leis.

Se, de um lado abrem-se as portas do processo penal para a busca de uma solução negociada e consensual³⁴³ para os crimes de menor potencial ofensivo, pela Lei n. 9.099/99 e para os de médio potencial ofensivo em virtude de outras legislações, no caso de envolvidos inimputáveis e semi-imputáveis, surge relevante discussão de capacidade civil e a necessária compreensão para transacionar.

No primeiro caso, a investigação de crimes de menor potencial ofensivo (assim entendidas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos) se dá pelo chamado termo circunstanciado. Prevê a Lei n. 12.830/13 que “ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei”. Exemplo de outro procedimento previsto em lei para nós é o Termo Circunstanciado de Ocorrência disciplinado na Lei nº 9.099/1995, que pode ser considerado uma forma de investigação sumária.³⁴⁴

Há, entretanto, quem sustente que qualquer policial poderia lavrar Termo Circunstanciado. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os ministros já chegaram a mencionar que estaria pacificado o entendimento de que compete à Polícia Civil/Federal lavrar termo circunstanciado, sob pena de usurpação de

³⁴² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. *Op. cit.*

³⁴³ Flavio Turessi e Alexandre Rocha distinguem justiça consensual de justiça negociada, no sentido de que esta é uma espécie da primeira. A negociação confere maior autonomia às partes, enquanto o termo consensual se refere a um espectro menor, uma margem pequena de discussão. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. *Op. cit.*

³⁴⁴ BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. *Op. cit.*, p. 420.

função pela Polícia Militar.^{345, 346} O tema foi discutido na ADI nº 5.637, na qual os ministros votaram pela constitucionalidade da Lei do Estado de Minas Gerais nº 22.257, de 27 de julho de 2016, entendendo improcedente a ação direta e, com isso, referendaram a possibilidade prevista naquela lei de que outros policiais lavrem o termo circunstanciado. Em seu voto, que foi acompanhado pelos demais, o Ministro Edson Fachin diferenciou o inquérito policial do termo circunstanciado, decidindo que este segundo não tem função investigativa, sendo nada mais do que “um boletim de ocorrência mais detalhado”.

Como crítica à decisão, têm-se a problemática prática de que, em alguns casos, a capitulação jurídica da conduta é bastante limítrofe e depende de análise e fundamentação jurídica.³⁴⁷

Outrossim, o procedimento com autores inimputáveis no termo circunstanciado pode ser mais complexo do que um mero boletim de ocorrência, caso, por exemplo, haja necessidade de instauração de incidente de insanidade mental, o que dependerá obviamente de análise técnico-jurídica do fato praticado e do seu autor, juízos iniciais geralmente feitos pelo delegado de polícia.

Nesse sentido, há possibilidade inclusive da apuração ser deslocada do juizado especial criminal para o juízo comum, ante a complexidade da causa, conforme já se decidiu.³⁴⁸

345 RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. LEI ESTADUAL Nº 3.514/2010. POLÍCIA MILITAR. ELABORAÇÃO DE TERMO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA – POLÍCIA CIVIL. PRECEDENTE. ADI Nº 3.614. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar a ADI Nº 3.614, que teve a Ministra Cármen como redatora para o acórdão, pacificou o entendimento segundo o qual a atribuição de polícia judiciária compete à Polícia Civil, devendo o Termo Circunstanciado ser por ela lavrado, sob pena de usurpação de função pela Polícia Militar(...). RE 702617 – rel. Min. Luiz Fux – j. 4-8-2012 – publicação: 3-9-2012.

346 Em decisão monocrática mais recente, ainda: (...) “Agravo Regimental a que se nega provimento” (RE n. **702.617**-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21.3.2013). Ao permitir a transferência de atividades próprias de polícia judiciária a policiais militares, pelo acórdão recorrido, legitimou-se o desvio de função na espécie, divergindo da orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal. (...) RE 1331078 – rel. Min. Cármen Lúcia – j. 4-8-2021 – publicação: 10-8-2021.

347 Quem seria, por exemplo, a autoridade responsável por deliberar se determinada ocorrência configura tráfico de drogas ou porte de drogas para uso pessoal? Como proceder, por exemplo, caso seja lavrado TCO sem conhecimento do Delegado de Polícia, o indivíduo colocado em liberdade mediante compromisso, e posteriormente o membro do Ministério Público entenda que se trata de tráfico de drogas, e que, portanto, o indivíduo deveria ter sido preso em flagrante?

348 “INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - COMPLEXIDADE DA CAUSA. Ao apreciar conflito negativo de competência provocado por Vara Criminal em desfavor de Juizado Especial

Para parcela da doutrina, entretanto, sequer caberia o incidente de insanidade nos procedimentos do juizado especial criminal justamente em virtude de seus princípios de informalidade e celeridade. Assim, a solução seria, após o encaminhamento do termo circunstanciado pela polícia ao membro do Ministério Público, que esse requeresse a nomeação de curador especial ao acusado, transcorrendo-se normalmente a tentativa de composição civil e, mostrando-se essa inviável, a transação penal na sequência, isso porque a Lei n. 9.099/95 não faz referência ao inimputável e semi-imputável, nem a medidas de segurança, mas prevê que se aplica ao Código Penal e Código de Processo Penal subsidiariamente, desde que não haja incompatibilidade. “Daí conclui-se que, do ponto de vista legal, não há qualquer óbice à aplicação da Lei n. 9.099/95 aos inimputáveis e semi-imputáveis”.³⁴⁹

Assim, para Antonio Carlos da Ponte, com exceção das penas privativas de liberdade, poderiam ser aplicadas no âmbito do juizado especial criminal as penas restritivas de direitos, a multa e modalidades de sanção penal como “a medida de segurança restritiva, representada pelo tratamento ambulatorial”.³⁵⁰

Apesar de haver decisões judiciais no sentido de que o inimputável não pode transacionar, há posições contemporâneas na doutrina sustentando essa possibilidade caso a caso.

Mais recentemente, o advento do acordo de não persecução penal também gera polêmica sobre a possibilidade de ser realizado por autor

Criminal, tendo como objeto ação penal na qual foi instaurado incidente de insanidade mental do acusado, a Câmara declarou competente o juízo suscitante. O Relator esclareceu que o réu foi denunciado perante o Juizado Especial pela prática de constrangimento ilegal, crime considerado como de menor potencial ofensivo, haja vista a pena máxima abstrata ser inferior ao limite de dois anos estabelecido na Lei 9.099/1995. Todavia, informou que, em audiência, pelo fato de as partes terem suscitado a inimputabilidade do acusado, o magistrado deferiu a realização do exame de sanidade mental e declinou da competência para a Vara Criminal com fundamento na superveniente complexidade da causa. Nesse contexto, o Desembargador ressaltou que os processos perante os Juizados Especiais devem orientar-se pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, a fim de assegurar a efetiva prestação jurisdicional (art. 62 da LJE). Com efeito, o Julgador afirmou que, como a complexidade da causa constitui motivo idôneo para o deslocamento da competência, conforme preconiza o art. 77, § 2º, da referida lei, na espécie, em virtude da necessidade de instauração de incidente de insanidade, medida incompatível com os princípios norteadores da Lei 9.099/1995, a competência para o julgamento do processo deve ser transferida para o Juízo Comum com o fim de permitir às partes o amplo exercício de suas faculdades processuais. Dessa forma, reconhecida a complexidade da causa, o Colegiado concluiu pela competência da Vara Criminal para processar e julgar a ação penal e o incidente de insanidade mental.” TJDF. Acórdão n.536075, 20110020144465CCR, Relator: SOUZA E AVILA, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 19/09/2011, Publicado no DJE: 26/09/2011. p. 42.

349 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 168/169.

350 PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 170.

inimputável ou semi-imputável. A Lei n. 13.964/19 inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal para prever a possibilidade de o Ministério Público não iniciar o processo penal, propondo, em vez dele, o acordo de não persecução, desde que haja confissão formal, a infração seja sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos.

Com isso, o órgão de acusação imporá condições ao autor como as de reparar o dano ou restituir a coisa; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou entidades públicas no período da pena mínima diminuída de um a dois terços; pagar prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social preferencialmente que tenha função de proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados pelo crime; ou qualquer outra condição proporcional e compatível imposta pelo Ministério Público.

Verifica-se que o dispositivo exige a confissão formal e circunstancial do delito. Daí pergunta-se: seria essa exigência compatível com investigados inimputáveis e semi-imputáveis? Isto é, a ausência de capacidade de entender e de agir do investigado impede o acordo?

A indagação é relevante porquê, uma vez que o acordo de não persecução penal é negócio jurídico de direito público, submete-se aos pressupostos de existência, validade e eficácia da teoria geral do negócio jurídico do Código Civil, de modo que, para ser válido, será necessário que obedeça ao artigo 104 do referido diploma, que exige que o agente seja capaz, o objeto seja lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei.³⁵¹ Assim, surgindo a dúvida sobre a imputabilidade daquele com quem se pretende formalizar acordo de não persecução penal, o órgão do Ministério Público deverá requerer a instauração do incidente de insanidade mental (art. 149, *caput*, do Código de Processo Penal).

No caso de inimputáveis nos termos do art. 26, *caput*, do Código Penal, aos quais deverá ser aplicada medida de segurança, parece tranquila a resposta negativa, no sentido de que não podem realizar acordo de não persecução penal porque comprometida a obtenção de confissão válida, e porque a medida de segurança se mostrará necessária.

³⁵¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. *Op. cit.*

A possibilidade do acordo, entretanto, subsiste nos casos de semi-imputabilidade em que não seja aplicada medida de segurança, ou seja, no caso de não ser demonstrada sua periculosidade e de restar a aplicação de pena com redução de um a dois terços.

Obviamente que o juiz deverá analisar se o acordo é benéfico ao autor semi-imputável que esteja nessas condições. Além disso, como o acordo exige a confissão, há sempre o risco da coercibilidade na confissão ou de falsas confissões, que podem levar inocentes a entabularem o acordo por temerem o exercício do direito ao julgamento.³⁵²

Estudos no direito americano, em que as “barganhas processuais” (*plea bargain*) existem há mais tempo, buscam compreender por quais motivos uma pessoa pode confessar um crime que não cometeu. Apesar do fenômeno ser ainda pouco estudado, os dados do *Innocence Project* (fundado em 1992 e dedicado à exoneração de condenações injustas) “demonstram que as falsas confissões estão presentes em aproximadamente um quarto dos casos de pessoas injustamente condenadas que tiveram suas condenações revogadas”.³⁵³

No caso de semi-imputáveis, esse risco se incrementa diante da menor higidez mental do autor dos fatos. Daí a importância, nesses casos, de quesitação específica no incidente de insanidade mental, abrangendo esclarecimentos sobre a vontade livre do agente para celebrar o acordo. Por fim, entabulado o acordo com o Ministério Público e homologado judicialmente, parece razoável, também, a inclusão, nesses casos, de obrigação complementar ao autor, de que se submeta a acompanhamento médico especializado periódico, inclusive para, caso haja piora, o acordo seja rescindido.³⁵⁴

Já no caso de a autoridade policial verificar que o caso que analisa admite o acordo de não persecução, pensamos que poderá desde logo também tomar a iniciativa de assim formalizar, na forma de protocolo de intenções, encaminhando ao juiz e ao órgão ministerial a proposta ou a sugestão de

³⁵² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. *Op. cit.*

³⁵³ SILVA, Juliana Ferreira da. **O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal.** Boletim IBCCRIM, n. 318 - Esp. Pac. Anticrime. Disponível em https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso: 25 fev. 2023.

³⁵⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. *Op. cit.*

proposta. Quando houver inquérito policial para apurar crime, não há como afastar o delegado das tratativas que antecedem o acordo, pelo menos nos casos em que a autoridade policial verificar que o ajuste é possível e de interesse do investigado, resumidamente, porquê: “1. o delegado é o presidente exclusivo do inquérito; 2. o acordo tal como a colaboração premiada envolve meio de obtenção de prova; e 3. sua realização obstará a própria persecução penal, dentro da qual está inserida a investigação criminal”.³⁵⁵

Tratando-se de investigado possivelmente semi-imputável, entretanto, é interessante que a autoridade policial represente pela instauração do incidente de insanidade já questionando a capacidade do periciando para entabular acordo de não persecução e, em seguida, formalize o protocolo de intenções a ser encaminhado ao Ministério Público.

3.4. A proteção suficiente da vítima vulnerável por transtornos mentais

A par da questão do inimputável ou semi-imputável autor de crime, que demandará providências imediatas da autoridade policial, surge também a questão da própria vítima de crime que se apresente vulnerável por alguma condição mental, o que repercute tanto na forma como as instituições de controle devem se relacionar com ela, como também em algumas problemáticas para garantir a escoreita colheita de elementos de informação.

Como visto nos capítulos anteriores, a vitimologia bem demonstrou que a vítima também tem relevância no surgimento do fenômeno criminal e, mais ainda, que não pode ser dissociada do contexto social em que está inserida. Conforme já mencionamos, as reações que a vítima pode ter diante do crime que a afligiu podem ser tão disruptivas à malha social como o próprio criminoso, “*pues el criminal con su acto y la víctima a causa de este acto, se abstraen del grupo al que pertenecieron*”³⁵⁶. Daí a importância do acolhimento à vítima, evitando novas vitimações e sua estigmatização, para permitir neutralizar sentimentos e comportamentos nocivos, prevenindo novas infrações.

De outro lado, o aporte vitimológico das linhas anteriores permite concluir

³⁵⁵ BONAMETTI, Thiago Nemi. **A possibilidade de acordo de não persecução penal e seu impacto na prisão em flagrante delito**. In: Revista Arquivos da Polícia Civil, volume 57, Academia de Polícia Civil Dr. Coriolano Nogueira Cobra – ACADEPOL, São Paulo, 2021, p. 32/50.

³⁵⁶ MERLYN, Pilar Sacoto. *Op. cit.*, p. 457.

que o comportamento da vítima pode ter mais ou menos influência no surgimento do crime. Algumas vítimas, por sua fragilidade evidente, são “presas” mais fáceis para determinados crimes. Na clássica lição de Von Hentig com relação às pessoas com alguma deficiência, as forças motivacionais ficam invertidas: o benefício não atrai, e o perigo não afasta, e o perigo pode ser físico, vindo de outra pessoa, ou até de instituições.³⁵⁷ Isso justifica, de um lado, uma política criminal que trate mais severamente quem as vitimar, e, de outro lado, uma atenção maior dos órgãos públicos de assistência a essas pessoas.

A percepção da violência pela vítima também deve ser levada em conta, e a necessidade de reparação envolve, muitas vezes, também a existência de uma punição justa e adequada. A proteção suficiente da vítima, portanto, passa não apenas pela existência de serviços de proteção e assistência, mas também pela garantia de que seu dano não ficará impune, isso porque alguns serviços para as vítimas, na ânsia de reconciliar os envolvidos, podem forçar uma reconciliação antes de solucionar o conflito. Tapar a ferida sem limpar. Por isso, em alguns casos, não é possível abandonar a sanção exigida pelo princípio da culpabilidade.³⁵⁸

Analisando sentenças norte-americanas envolvendo estupros em faculdades, Boateng e Abess apontam que decisões com penas ínfimas de trinta dias e de seis meses de prisão por crimes de estupro nos estados da Califórnia e Montana levaram à sensação de descrédito nas vítimas, o que acaba por prejudicar a restauração da autoestima da vítima e sua proteção contra a re-vitimação.³⁵⁹

These scholars believed that unfavorable sentencing outcomes defy the purposes of retaliation, including restoring the victim's self-esteem and protecting the victim against re-victimization. Short sentences therefore undermine the victim's self-esteem, increase sense of powerlessness and enhance fear and insecurity among the victims.

Essa questão deve ser observada no atendimento da vítima, para que não se pretenda desde logo minimizar sua dor e menosprezar o evento criminoso. Contudo, outras questões ainda se mostram importantes nesse

357 “In all four categories the normal play of motivation forces is upset; benefit does not attract, danger does not turn away. The danger may be physical, may come from human beings or from human institutions”. HENTIG, Hans Von. *Op. cit.* P, 412.

358 BERISTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 93.

359 BOATENG. Francis D. ABESS, Gassan. *Op. cit.* p. 7.

primeiro atendimento, principalmente no que se refere à produção de elementos de informação válidos para a investigação criminal e que não contribuam para nova vitimização do ofendido vulnerável.

É o caso, por exemplo, da colheita das declarações, que deve levar em conta que a vítima tende a criar falsas memórias e não se recorda durante muito tempo dos detalhes do ocorrido. Igualmente, protocolos de reconhecimento de pessoas e coisas devem ser seguidos com mais rigor ainda quando se trata de vítimas com transtornos mentais, surgindo relevante questão quanto à capacidade civil dessas pessoas para participarem do ato.

Quando a vulnerabilidade da vítima supera a questão mental, somando-se com menoridade ou outro grupo vulnerável (idosos, mulheres, etc), o cuidado deve ser ainda maior, com obediência aos protocolos já existentes também para atendimento desses grupos. É o que se pretende pormenorizar nos itens a seguir.

3.4.1. Atendimento, primeiras medidas, serviços disponíveis à vítima atuação em rede

Tal como já existente para outros grupos vulneráveis, como idosos, crianças, adolescentes e mulheres, também às pessoas com algum tipo de transtorno mental deve ser garantido atendimento especializado e humanizado, com informação dos direitos, serviços à disposição e encaminhamento ou representação por medidas de proteção.

No direito norte-americano, aponta-se que a polícia tende a ter interesse em atender as necessidades de quem sofreu um delito e indica reformas a serem realizadas. O judiciário opina que as vítimas não necessitam de tratamento especial e demonstra não possuir suficientes estruturas adequadas para atendê-las.³⁶⁰ Raciocínio semelhante ocorre no Brasil, eis que a polícia tem o contato imediato e direto com as vítimas, mas, muitas vezes, não possui a estrutura adequada para o atendimento, repassando solicitações ao Poder Judiciário que, por também não possuir, muitas vezes, a estrutura adequada, decide pela desnecessidade de tratamento especial.

No caso da atividade policial e as pessoas com deficiência, no estado de

360 Joana Shapland e D. Cohen. "Facilities for victims: the role of the police and the courts", *The Criminal Law Review*, 1987, 34. 28, *apud* BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 105.

São Paulo, foi estruturada da Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência junto à Secretaria de Segurança Pública e em parceria com a Secretaria Estadual dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que mantém centro de apoio técnico multidisciplinar com psicólogos, assistentes sociais, intérprete de libras, supervisor e pesquisadora social, geridos pelo Instituto Jô Clemente (antiga APAE do Estado de São Paulo). O atendimento na unidade é iniciado por um policial, mas com apoio de outros profissionais. Aliás, um dos objetivos do centro de apoio é justamente o atendimento técnico multidisciplinar, e os diferenciais dessa unidade policial são a existência de psicólogos e assistentes sociais para fazerem escuta técnica qualificada, além de intérprete de libras, veículo acessível e a possibilidade de serem disponibilizados documentos e boletins de ocorrência acessíveis (fonte ampliada, em áudio, etc).³⁶¹

No caso de vítimas com alguma deficiência intelectual, o atendimento com psicólogo permite avaliar desde logo a capacidade de compreensão da pessoa e facilitar a própria comunicação com a vítima, melhor subsidiando as decisões que a equipe policial irá tomar. A estrutura da unidade permite o atendimento humanizado das vítimas que procuram noticiar crimes diversos, e a acessibilidade em todos os seus aspectos com certeza diminui a taxa de cifra negra (pessoas que deixam de registrar crimes por fatores diversos) ao estimular a compreensão dessas pessoas que encontram dificuldades variadas na vida diária. O atendimento multidisciplinar com a presença de psicólogos e com profissionais treinados para as diferenças do ser humano também evita novas vitimizações.

O Instituto Jô Clemente, que atua em parceria com a Delegacia da Pessoa com Deficiência, possui ainda parceria com algumas organizações que trabalham com deficiência intelectual, notadamente a PABB, Associação de Pais e Amigos de Pessoas com Deficiência dos Funcionários do Banco do Brasil; Simbora Gente; ADID, Associação para o Desenvolvimento Integral do Down; Fundação Dona Paulínia; Nosso Sonho; e Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down; cujos serviços podem também ser acionados.

Entretanto, apesar de o atendimento a pessoas com deficiência intelectual da Delegacia da Pessoa com Deficiência ser na proporção de 6%, a

³⁶¹ SANTOS, Maria Valéria Pereira Novaes de Paula. *Op. cit.*, p. 61/62.

estrutura ainda é pequena, com apenas uma delegacia para a cidade de São Paulo. O uso da tecnologia poderia ampliar esse panorama, a exemplo do que a Polícia Civil de São Paulo conseguiu fazer com o atendimento de vítimas de violência doméstica e familiar.

No âmbito da proteção da mulher, no estado de São Paulo, a Polícia Civil criou, em 13 de abril de 2020, a Central Eletrônica de Enfrentamento à Violência Doméstica (CEEVID), posteriormente denominada DDM *On-line*, para possibilitar às vítimas de violência doméstica registrar o boletim de ocorrência por meio eletrônico, bem como pleitear medidas protetivas de urgência.³⁶² A estrutura permite o registro e o atendimento remoto por policiais e delegadas que ficam baseados na cidade de São Paulo, mas que atendem vítimas de todo o estado, utilizando a tecnologia para fazer chegar o atendimento especializado a diversos locais.³⁶³

Esse paradigma poderia influenciar a ampliação do atendimento da Delegacia da Pessoa com Deficiência, no sentido de assessorar as unidades fora de São Paulo no caso de atendimentos de vítimas deficientes, dentre elas aquelas com deficiência intelectual, e também envolvendo criminosos nessas situações, auxiliando a autoridade policial na deliberação inicial, no encaminhamento correto do preso, e garantindo o atendimento adequado a cada situação.

Já no que se refere às entrevistas e oitivas das vítimas, conforme já mencionado no capítulo 2, a Academia de Polícia Civil de São Paulo já elaborou protocolo para formalização das versões de vítimas e testemunhas integrantes de grupos vulneráveis (crianças, adolescentes e mulheres), sendo que os

³⁶² BELIATO, Araceli Martins; CONCEIÇÃO, Thiego Melo da; GONÇALVES, Utímia Cristine Pinheiro. **DDM on-line em números: a Polícia Civil de São Paulo e o enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres.** In: Revista Arquivos da Polícia Civil, volume 57, Academia de Polícia Civil Dr. Coriolano Nogueira Cobra – ACADEPOL, São Paulo, 2021 p. 102/118.

³⁶³ “Dessa forma, além de prezar pela celeridade no atendimento, a DDM On-line contribuiu para a diminuição da vitimização secundária (sobrevitimização ou revitimização) da mulher que, em alguns casos, se sente constrangida ao ir a uma delegacia de polícia, mesmo que especializada, para relatar detalhes íntimos da sua vida, além de não a submeter a filas de espera no atendimento. Consigna-se que de abril a dezembro de 2020, mais de 16.000 (dezesesseis mil) boletins de ocorrência foram registrados pela DDM On-line, democratizando, assim, o acesso a um canal efetivo para denúncias e alcançando as vítimas em todo o Estado de São Paulo, especialmente em comarcas onde não há ainda instaladas fisicamente Delegacias de Polícia de Defesa das Mulheres, sendo o serviço avaliado como excelente ou muito bom por mais de 80% das usuárias.” *Ibidem*.

princípios ali constantes podem ser adaptados à entrevista e à colheita de declarações de vítimas com deficiência intelectual.

De forma resumida, Jorge Nunez sistematiza como essa entrevista pode ser feita: obter a informação sobre o que foi feito, os sintomas atuais e se há antecedentes episódicos que ajudem a explicar as causas. Estudar as atitudes e sentimentos do entrevistado diante da enfermidade e o feito. Apontar os dados sobre a linguagem não verbal, a conduta do entrevistado e assim ampliar a informação sobre a problemática. Observar se há alteração posterior ao feito e se tem outra enfermidade posterior ou como reação.³⁶⁴

Outra novidade no estado de São Paulo, junto à Polícia Civil de São Paulo, é a possibilidade de requisição, pela autoridade policial ao Instituto Médico Legal, de exame psiquiátrico às vítimas, inclusive visando à caracterização do crime de violência psicológica previsto no art. 147-B do Código Penal. O agendamento do exame é feito por *e-mail* pela unidade policial requisitante ao endereço perícia psiquiátrica dentro do domínio eletrônico da “polícia científica”. O exame é realizado na cidade de São Paulo (capital).

Esse serviço, cuja tendência é ser ampliado, revela ainda outra possível diligência ou providência que a autoridade policial pode tomar. Em prol principalmente das vítimas hipervulneráveis, a autoridade policial pode e deve buscar elementos que possibilitem assegurar não apenas sua proteção e outros direitos como o de acesso à informação, mas também o direito à reparação de danos. Isso porque as consequências do delito podem tanto ser usadas para fixação de uma pena base maior, nos termos do artigo 59, do Código Penal, como também para definição do valor mínimo a título de reparação de danos a ser fixado pelo juiz criminal nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Quando se fala de danos patrimoniais, a situação é mais fácil de ser demonstrada, com avaliação dos prejuízos por qualquer meio de prova, como documentos, orçamentos, etc. No caso de danos emocionais e morais, entretanto, a situação pode ser mais tormentosa do ponto de vista probatório, e a rede de serviços públicos pode ser requisitada pela autoridade policial para buscar avaliar esse prejuízo à vítima. Nesse ponto, a perícia psiquiátrica, recentemente implementada junto à Polícia Civil de São Paulo, pelo Instituto

³⁶⁴ ARCO, Jorge Núñez de. *Op. cit.*, p. 300.

Médico Legal, pode ajudar, desde que o atendimento seja ampliado gradativamente.

Afora os serviços destinados especificamente ao atendimento de vítimas de crime, no que se refere às pessoas com transtornos mentais em geral, não se pode esquecer da própria rede de saúde pública, cujos serviços podem ser requisitados pela autoridade policial tanto para vítimas como para criminosos. O Sistema Único de Saúde possui a rede de atenção psicossocial, que inclui CAPS (Centros de Atenção Psicossocial), Unidades de Acolhimento, Equipes Multiprofissionais de atenção especializada em saúde mental (AMENT), Serviços Ambulatoriais especializados, Hospitais Especializados em psiquiatria e leitos de saúde mental em hospital. O serviço mais abrangente, entretanto, é o já conhecido CAPS, capilarizado em cerca de 2,8 mil centros, em 1.910 municípios do Brasil.³⁶⁵

Cada município, ainda, organiza serviços específicos de saúde e assistência social que podem ser consultados. No município de São Paulo, por exemplo, a rede de saúde conta com 31 Centros Especiais de Reabilitação, que abrangem pessoas com todos os tipos de deficiência.³⁶⁶

3.5. A necessária formação e capacitação de agentes públicos: a experiência da Academia de Polícia de São Paulo na formação de policiais civis

Na defesa da vítima, parece evidente a necessidade de formação específica de agentes públicos, pois são esses profissionais que verdadeiramente implementam as leis em defesa de vítimas, executando-as. A falta de treinamento é, inclusive, um dos entraves mais comuns nas legislações mundo afora no que se refere à proteção efetiva da vítima, como bem apontam Boateng e Abess:³⁶⁷

³⁶⁵ Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/outubro/sus-oferece-atendimento-as-pessoas-que-vivem-com-algum-tipo-de-transtorno-mental>. Acesso: 27 fev. 2023.

³⁶⁶ Prefeitura de São Paulo. Disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/atencao_basica/pessoa_com_deficiencia/index.php?p=16314. Acesso: 26 fev. 2023.

³⁶⁷ Em tradução literal: “Os funcionários têm de ser devidamente formados e educados sobre os direitos das vítimas. O treinamento – que deveria ser obrigatório para todos os profissionais que provavelmente terão contato com as vítimas – aumentará a base de conhecimento dos funcionários e os conscientizará sobre as necessidades das vítimas de crimes. Garantir que os

[...] officials need to be properly trained and educated on victims' rights. The training—which should be compulsory for all professionals likely to have contact with victims—will increase the knowledge base of officials, and make them aware of the needs of victims of crime. Ensuring professionals are knowledgeable in this arena of their profession enables them to provide victims with accurate information about their rights and what they need to do during criminal proceedings.

É imprescindível, portanto, a gestão multidisciplinar e eficiente do delegado de polícia, seus agentes policiais e outros profissionais de segurança pública.

Na Academia de Polícia Civil de São Paulo, a grade curricular básica para todos os policiais civis inclui curso completo em direitos humanos, gestão de atendimento ao público, violência contra grupos vulneráveis, e direitos das pessoas com deficiência. Além disso, aguarda aprovação a inclusão da grade curricular da formação de delegados de polícia como título de pós-graduação em Direitos Humanos, bem como alterações e evoluções importantes nos planos de ensino policial para todas as carreiras.

Igualmente, periodicamente as autoridades policiais e policiais civis que pretendem promoção funcional devem passar de forma obrigatória por curso de reciclagem, geralmente com quinze dias letivos de duração, totalizando 120 horas/aula com afastamento das atividades funcionais, para atualização nessas e em outras temáticas bastante relevantes à atuação policial. Em média, com variações em cada nível de promoção, o curso abrange (dentre outras matérias) quatro horas de direitos humanos parte geral, incluindo a temática de pessoas com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), a Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência (Decreto nº 60.028/2014) e a acessibilidade nas delegacias de polícia (Portaria DGP 56/2010), bem como carga horária semelhante de sistema de Justiça criminal sob a perspectiva de gênero e orientação sexual, e mesma carga horária sobre a Lei Maria da Penha, incluindo a Lei 13.836/2019 com informações sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou família, além de mesma carga horária sobre o feminicídio e investigação com perspectiva de gênero.

No meio da carreira, o curso de promoção envolve as mesmas matérias

profissionais tenham conhecimento nessa área de sua profissão permite que eles forneçam às vítimas informações precisas sobre seus direitos e o que precisam fazer durante o processo penal". BOATENG. Francis D. ABESS, Gassan. *Op. cit.*, p. 7.

e semelhante carga horária envolvendo direitos humanos, além de temáticas como perfilamento criminal, que auxilia na identificação de perfis criminosos, como psicopatas, técnicas de entrevista e interrogatório e a coleta de prova por meio de escuta especializada e depoimento especial, que abrange a Lei 13.431/17, seus fundamentos, depoimento especial e escuta especializada de crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, os direitos e garantias, as formas de violência e as diretrizes sugeridas. Ainda, envolve temas importantes como gestão de atendimento ao público, abrangendo, dentre outros tópicos, a gestão pública no contexto do atendimento ao usuário do serviço público, as políticas e modelos de atendimento ao cidadão e as atitudes positivas e negativas do policial durante um atendimento. Por fim, na última promoção, o curso envolve novas discussões sobre os temas dos cursos anteriores, acrescidos de outras temáticas como chefia e liderança e gestão de atendimento ao público.

A ACADEPOL – SP ainda oferece cursos complementares não obrigatórios, abertos a todos que se interessarem, abrangendo técnicas de entrevista e interrogatório, perfilamento criminal e pós-graduação em Direitos Humanos, dentre outros, e está em constante evolução de seus planos de ensino, visando adequar a formação policial à necessária investigação criminal no Estado constitucional.

O Centro de Apoio Técnico ligado ao Instituto Jô Clemente, que já mencionamos, também colabora com a difusão de conhecimento e capacitação de policiais civis, sendo que, no ano de 2019, realizou a formação de 158 participantes na Academia de Polícia de São Paulo.³⁶⁸

Dada a estrutura e excelência do ensino na ACADEPOL, sua ampliação ao público externo, com intercâmbios na formação de membros do Ministério Público, da Magistratura e da Defensoria Pública em seus cursos de formação, na instrução de seus servidores, e vice-versa, pode ser ótima alternativa para contínua capacitação dos agentes públicos para lidarem com vítimas vulneráveis e criminosos potencialmente perigosos em virtude de inimputabilidade, permitindo a troca de visões institucionais para solução do problema.

Como ainda não existe sistematização dos direitos das vítimas é

³⁶⁸ SANTOS, Maria Valéria Pereira Novaes de Paula. *Op. cit.*, p. 65.

importante que no treinamento da autoridade policial e agentes públicos em geral haja enfoque em como identificar vítimas hipervulneráveis, como pessoas deficientes, idosas, crianças e adolescentes, e vítimas de violência doméstica e familiar, pois, nesses casos, o espectro de proteção legal se amplia e as medidas disponíveis à autoridade também, podendo-se valer das medidas protetivas previstas na respectiva legislação especial.

CONCLUSÕES

1. Entender como a sociedade lidou e lida com o criminoso com transtorno mental exige uma imersão histórica, criminológica, política e dogmática, passando por discussões e evoluções não apenas da literatura médica psiquiátrica e da psicologia, mas também da filosofia, porque depende-se da própria conceituação de quem é normal e de quem é doente. O patológico, anormal, diferente, geralmente assusta, e isso explica o tratamento desumano e preconceituoso que por muitos anos foi dado às pessoas com deficiência intelectual. Com Georges Canguilhem ficamos com a conclusão de que o patológico nada mais é do que uma espécie do normal, pois o anormal não é o que não é normal, e sim o que é diferente. Um normal diferente, que apenas exprime outras formas de vida possíveis. Mas não há consenso sobre o conceito de normalidade, porém ele não se resume à ausência de doença. Para a Organização Mundial de Saúde trata-se de um estado de “completo bem-estar físico, mental e social”.

2. Fato é que o criminoso dito “louco” foi quem chamou a atenção inicial daqueles que primeiro se dedicaram a um estudo minimamente científico sobre o surgimento do crime, ciência que veio a se consolidar posteriormente com o nome de criminologia. Paralelamente ao surgimento da psiquiatria esses estudiosos da chamada escola positiva se debruçaram sobre o “criminoso nato”, nele encontrando as pessoas com alguma afetação biológica que as predisporia para o delito. Foi aí que se fincaram as bases da conhecida “periculosidade” ou “temibilidade”.

3. Esses estudos impactaram a dogmática penal, levando a profundas discussões na teoria do crime, principalmente no elemento da culpabilidade e sobre a finalidade da pena. A partir da escola positiva da criminologia é trazido o aspecto preventivo da pena (como defesa social), e com isso surgem as primeiras linhas sobre o que seria a medida de segurança como uma medida diferente, para converter o delinquente em membro útil da sociedade ou ao menos inoculá-lo.

4. A finalidade que se atribuir à pena é que permitirá traçar as condições para definição da culpabilidade do autor de um fato criminoso. Entendendo-se a pena como mera retribuição do mal causado (teorias absolutas), o foco é o fato.

De outro lado, buscando-se também a prevenção (teorias relativas), a culpabilidade é do autor, abrindo-se então margem para a avaliação das condutas do autor antes e depois do ato como sendo mais ou menos reprováveis. Dentre os elementos da culpabilidade, destaca-se o da imputabilidade.

5. Para definição de imputabilidade por transtorno mental na legislação brasileira o critério é o biopsicológico, levando em conta a existência de transtorno mental (aspecto biológico) e o momento psicológico em que o autor se encontrava. No aspecto biológico, o artigo 26 do Código Penal utiliza as expressões “doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e perturbação de saúde mental”. A literatura psiquiátrica explica que a expressão transtorno mental engloba as quatro categorias que o Código menciona. Transtorno mental é expressão usada também pela 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, o que permite sua utilização para abranger quaisquer das expressões usadas pela Lei penal (“doença mental, perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”).

6. O termo doença mental (que tecnicamente é mais abrangente) foi limitado pelo Código Penal para se referir à alienação mental, que compreende as patologias mentais graves (psicoses e demências). Já o termo “perturbação mental” não é uma categoria psiquiátrica e se refere aos chamados “fronteiriços”, termo que surgiu com a velha controvérsia da década de 1930 com relação aos psicopatas, de modo que se entende que a expressão abrange os transtornos da personalidade, as parafilias e as neuroses. De outro lado, “desenvolvimento mental retardado” refere-se às pessoas com deficiência mental, oligofrênicas e deficientes intelectuais, o que, dependendo do nível e da intensidade, poderá configurar inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Por fim, “desenvolvimento mental incompleto” refere-se a condições especiais que indiquem comprometimento da capacidade de entendimento e determinação, como os silvícolas.

7. Contudo, não basta apenas o aspecto biológico (algum tipo de transtorno mental), eis que algumas patologias oscilam com fases de normalidade. Por isso, as etapas para constatação de inimputabilidade podem ser assim resumidas: realização de exame de insanidade mental para verificar se havia ou não transtorno mental à época do fato e qual transtorno; constatação

do nexos de causalidade entre o transtorno e o fato praticado; avaliação da capacidade de entendimento, ainda que presente o transtorno; e verificação da capacidade de determinação.

8. A solução a partir da constatação da inimputabilidade, entretanto, está em constante evolução nas legislações mundo afora e no Brasil. A primeira menção ao problema da inimputabilidade surgiu no Brasil com o Código Penal do Império, de 1830, que tratava dos “loucos de todo gênero”; porém, a solução que hoje se conhece como “medida de segurança” não tinha esse nome e era tratada como pena. As medidas de segurança surgem efetivamente com o Código Penal de 1941, mas até a reforma de 1984 o sistema era o do duplo binário, permitindo a aplicação da pena e manutenção do indivíduo segregado com a subsequente aplicação da medida de segurança numa verdadeira “bula de etiquetas”, com a simples transferência do preso de uma ala (dos presos) para outra (dos internados). Com influência do projeto suíço de Karl Stooss, de 1893, então, a reforma de 1984 passou a adotar o critério vicariante, a partir do qual ou se aplica pena ou medida de segurança.

09. Ainda assim, críticas persistiram quanto ao prazo de duração da medida de segurança, que é indeterminado pela legislação com base na ideia de que a medida de segurança tem natureza preventiva e curativa. Entretanto, essa perenidade foi limitada pela jurisprudência brasileira, eis que o Supremo Tribunal Federal decidiu que as medidas de segurança devem se sujeitar ao mesmo prazo máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade, e o mesmo raciocínio foi adotado pela súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça.

10. Outra problemática mais recente é que, pela lei penal, se o crime for punido com reclusão, em tese, o autor deverá ficar internado. Já se o crime for punido com detenção, poderá ficar em regime ambulatorial. Entretanto, em movimento contínuo desde a crise dos hospitais gerais franceses e calcada no movimento antimanicomial, da despsiquiatrização e da antipsiquiatria, surgiu no Brasil a Lei n. 10.216/2001, chamada “Lei Antimanicomial”, que prevê expressamente como regra o regime ambulatorial e a internação como excepcionalidade. O regime ambulatorial passa a ser a regra ainda que a legislação penal não tenha sido expressamente modificada, principalmente porque o critério da lei penal não supre a exigência de motivação das decisões judiciais do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. À luz dos princípios da

adequação, razoabilidade e proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, e o julgador deve adotar o tratamento que melhor se adapte ao inimputável. Na mesma linha, políticas públicas de desinternação têm sido corretamente adotadas, inclusive no âmbito da execução penal com recomendação do Conselho Nacional de Justiça pela desinternação progressiva.

11. Todo esse movimento em favor da desinternação e do tratamento ambulatorial de criminosos inimputáveis deve ser contrabalanceado com a necessidade de efetiva proteção das vítimas de crime, conceito que deve ser ampliado para compreender todas as pessoas ou grupos que de alguma forma tenham de se relacionar com o processo penal e os agentes estatais ligados à aplicação da lei penal. Todos possuem direito fundamental à segurança pública efetiva e eficiente. Se antes a vítima teve sua fase de ouro, consagrada com a chamada “vingança privada”, e posteriormente foi “esquecida” pelo Estado, que monopolizava a pena, o contexto recente de macrovitimização da Segunda Guerra Mundial e o esgotamento das explicações para o fenômeno criminal apenas com o estudo do criminoso fez a vítima ser “redescoberta” pela agora conhecida “vitimologia”. A busca de entender como o comportamento da vítima pode contribuir para o surgimento do crime deve ser cuidadosa para que ela não seja simplesmente tida como a culpada. Apesar de algumas posturas da vítima poderem facilitar o crime, essas constatações devem servir apenas para orientar políticas visando a evitar novos delitos e não para simplesmente beneficiar seu algoz.

12. O foco na vítima permitiu compreender como ela pode sofrer não apenas com o crime em si (vitimização primária), mas também nas relações com o Estado encarregado de resolver o problema criminal (vitimização secundária) e ainda com a própria sociedade, que tende a estigmatizar a vítima gerando novos danos (vitimização terciária). Isso foi importante para perceber como o Estado deve se capacitar para atender vítimas, reparando a ruptura decorrente do crime e evitando novos danos, principalmente porquê, com os olhos nas vítimas, foi possível classificá-las em mais ou menos vulneráveis, mais ou menos propensas a serem vítimas, o que pode orientar políticas públicas de proteção para além do direito penal. A proteção nesse sentido deve abranger programas de acolhimento urgente ou imediato; programas de assistência dentro do sistema

de direito penal; e programas de indenização econômica.

13. Contemporaneamente esse movimento de proteção da vítima se consolidou em um espaço de política criminal internacional tanto no âmbito da Assembleia-Geral das Nações Unidas (Resolução 40/34), de 29 de novembro de 1985, como na União Europeia, pela Diretiva 2012/29/EU, do ano de 2012. Há normativas mínimas sobre os direitos e a proteção das vítimas de criminalidade, prevendo direitos de informação, de participação, proteção da vida privada e avaliação individual de acordo com cada necessidade específica de proteção, incluindo facilidades para vítimas com deficiências. Outros ordenamentos jurídicos mundo afora também possuem leis de proteção a vítimas, muito se falando atualmente no “estatuto da vítima do delito”.

14. No Brasil, não há sistematização sobre os direitos das vítimas de crime, apenas proposições legislativas e previsões esparsas prevendo direito de participação no processo e de indenização mínima no Código de Processo Penal, principalmente após a reforma da Lei n.11.690/2008 e em estatutos de proteção de grupos vulneráveis, como mulheres vítimas de violência doméstica; adolescentes e crianças; idosos; e pessoas com deficiência. De todos, o sistema mais completo é o de proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, que conta com previsões de medidas protetivas, regras de atendimento e encaminhamento desde a fase policial e programas de abrigo.

15. Os projetos de lei em discussão no Congresso Nacional não abrangem medidas efetivas de proteção, focando mais na previsão de direitos materiais, quase que copiando as normativas internacionais. Seria melhor que, junto da sistematização dos direitos das vítimas em estatuto próprio, essas leis em discussão organizassem efetivamente também o sistema de medidas de proteção e atendimento, podendo servir de paradigma o sistema existente para vítimas de violência doméstica e familiar.

16. Para construir uma atuação de polícia judiciária adequada a criminosos e vítimas com transtornos mentais, deve-se partir de uma persecução penal constitucional que garanta de forma integral o respeito adequado ao criminoso nessas condições e o direito à segurança pública das vítimas de crime. O princípio da dignidade da pessoa humana deve limitar a atuação estatal, evitando o arbítrio, mas também impõe à comunidade em geral e ao Estado prestações positivas para proteção desses grupos. A solução ao criminoso

inimputável deve se balizar pelos princípios da legalidade e seus corolários anterioridade e irretroatividade, aplicando-se a medida de segurança prevista à época do fato e apenas quando houver a prática de crime. Já pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da proteção suficiente, a medida aplicada ao inimputável deve ser adequada à periculosidade individual do autor e à gravidade do fato, sem se descuidar da necessidade de garantia da segurança pública da sociedade.

17. Dentro desse conceito de persecução penal constitucional, insere-se a investigação criminal, que deve observar as mesmas diretrizes constitucionais, em uma perspectiva de garantismo integral, protegendo o indivíduo de intervenções estatais arbitrárias e abusivas, mas assegurando à sociedade e às vítimas que o Estado atuará ativamente e de forma eficiente na investigação. Com relação a autores inimputáveis, a investigação criminal encontra problemáticas diante da necessidade de apontar uma solução rápida ao conflito instalado, protegendo a sociedade diante de um autor de crime inimputável e potencialmente perigoso, mas sem a estrutura adequada para a completa avaliação da inimputabilidade. A autoridade policial, muitas vezes, deve tomar decisões antes do resultado de exame de insanidade mental.

18. Durante a investigação criminal, a autoridade policial tem atribuição de representar pela instauração do incidente de insanidade mental e, para tanto, basta dúvida fundada a respeito da higidez mental do acusado no momento presente ou na data do crime, porque mesmo que a inimputabilidade seja posterior ao fato haverá solução diversa daquela adotada para o imputável. É importante que a autoridade explique ao juiz a relevância do exame durante a investigação, para superar jurisprudência defensiva recalcitrante na instauração do incidente antes do processo. Para tanto, deve se valer da maior quantidade de elementos possíveis, como laudos cíveis, receituário, ficha de atendimento médico, informação de serviços de saúde mental (como o CAPS), relatos testemunhais e vídeos ou imagens que indiquem a falta de higidez mental do investigado.

19. A quesitação no incidente de insanidade mental deve ser feita também pela autoridade policial e deve estar ajustada à reforma psiquiátrica, incluindo perguntas sobre a incapacidade total ou parcial ao tempo do fato criminoso e indagações sobre o tipo de tratamento psiquiátrico e expectativas de

melhora, bem como sobre a possibilidade de tratamento ambulatorial, a possibilidade de participação da família no tratamento e a utilidade ou não da utilização da rede de saúde existente. Interessante também indagar se no caso de semi-imputabilidade é possível ao periciando cumprir pena no sistema comum acompanhado pela equipe de saúde do estabelecimento, bem como se o periciando possui capacidade para compreender atos negociais como o acordo de não persecução penal, para viabilizá-lo se for o caso.

20. Caso haja suspeita de inimputabilidade durante a investigação e também estejam presentes os requisitos para prisão preventiva ou outra medida cautelar, a autoridade policial pode representar pela internação provisória do investigado antes mesmo do resultado do exame de insanidade mental. Afinal, solução diversa levaria ao encarceramento comum da pessoa com relação à qual já recai dúvida fundada sobre ausência de higidez mental. Como essa possibilidade é dividida na doutrina, sugere-se que a autoridade policial faça pedido alternativo para que, não deferida a internação provisória, mas sim a prisão cautelar, seja autorizado ao preso que fique em ala hospitalar do respectivo estabelecimento penal. Presentes os requisitos para prisão domiciliar, é possível também a substituição da internação provisória pela prisão domiciliar cumulada com tratamento ambulatorial.

21. Durante a investigação, os atos que não dependam do investigado possivelmente inimputável podem ser realizados normalmente. Aqueles que necessitem do investigado poderão ser realizados com a cautela de se nomear curador, eis que potencialmente se está diante de pessoa com deficiência intelectual. A realização de atos com a participação do investigado potencialmente inimputável pode ser justificada pelo fato de que pessoas com deficiência intelectual possuem certa capacidade de exercer atos da vida civil e não podem ser tolhidas totalmente da vida em sociedade. O indiciamento deve ser realizado com cautela, para que não se torne indecifrável ao potencialmente inimputável, dando-se ciência do ato e suas justificativas também ao curador e ao advogado constituído, se for o caso. Caso seja necessário, pode-se requisitar serviço especializado de outro profissional, como psicólogo.

22. No caso de situações flagranciais, haverá necessidade de que uma decisão seja tomada pela autoridade policial quase que imediatamente ao cometimento do crime. Havendo suspeita de inimputabilidade, deve-se garantir

atendimento humanizado, valendo-se de técnicas de entrevista já existentes em protocolos de atendimento de grupos vulneráveis. Serviços públicos de saúde podem ser requisitados em casos de crise do capturado potencialmente inimputável. Sempre que possível, curador, familiar ou advogado devem acompanhar os atos que envolvam a participação do capturado. A colheita dos elementos que indicam a inimputabilidade deve ser feita desde logo, bem como a representação pelo incidente de insanidade, que dará ciência ao juiz e membro do Ministério Público acerca da situação do capturado em flagrante. Não obstante, a autoridade policial pode determinar o recolhimento do capturado em cela separada, bem como constar em seu ofício do encaminhamento do preso ao estabelecimento penal a solicitação de que seja mantido em ala hospitalar. Além de garantir condição digna ao capturado até a solução do incidente, a medida evita qualquer responsabilidade da autoridade policial em caso de o cárcere comum gerar crises, danos ou se mostrar inadequado ao capturado.

23. No caso de investigações envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, o procedimento é o Termo Circunstanciado, presidido pela autoridade policial (delegado de polícia). Caso haja suspeita de inimputabilidade ou semi-imputabilidade do autor desses crimes, não há razão para se afastar as benesses da Lei n. 9.099/95, bastando a nomeação de curador especial para realização de composição civil e transação penal, ficando vedadas apenas a aplicação de penas privativas de liberdade, permitindo-se as penas restritivas de direito, a multa e até mesmo a medida de segurança restritiva em tratamento ambulatorial. Caso se mostre necessário o incidente de insanidade mental, a competência deve ser do juízo comum.

24. Em crimes de médio potencial ofensivo, não cabe acordo de não persecução penal com inimputáveis, pois a lei exige confissão formal e circunstanciada e capacidade para negociar. Entretanto, é possível entabular acordo de não persecução penal com o semi-imputável quando não for demonstrada a periculosidade que exija medida de segurança e restar apenas a hipótese de redução de pena de um a dois terços pela semi-imputabilidade. É prudente que seja realizado incidente de insanidade mental com questionamento específico sobre a capacidade do periciando de negociar acordo de não persecução penal. A autoridade policial, quando for o caso, pode representar pela instauração do incidente com o questionamento específico e formalizar

protocolo de intenções para dar início ao acordo.

25. De outro lado, a proteção suficiente da vítima passa pelo seu correto e adequado atendimento na unidade policial, e nisso a Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência é paradigma. A estrutura da unidade permite atendimento multidisciplinar, com psicólogos e assistentes sociais que evitam a revitimização e permitem a compreensão adequada da vítima vulnerável. A experiência de outras unidades especializadas com o atendimento remoto por meio de tecnologias de videoconferência, a exemplo da DDM *on-line*, criada pela Polícia Civil de São Paulo, pode servir de exemplo para ampliação do atendimento da Delegacia da Pessoa com Deficiência, permitindo assessorar outras delegacias quando estiverem diante de vítimas vulneráveis, ou mesmo diante de criminosos inimputáveis quando demande auxílio especializado.

28. Junto ao Instituto Médico Legal existe serviço de perícia psiquiátrica a vítimas, que pode ser ampliado para conseguir atender, ainda que remotamente, unidades fora da capital sem necessidade de deslocamento. O serviço, junto de outros multidisciplinares, poderia ser ampliado para que a autoridade policial possa auxiliar na demonstração de danos emocionais ou morais decorrentes do crime, a fim de atender à apuração das circunstâncias do crime (art. 59 do Código Penal) e auxiliar o juiz na fixação de valor mínimo de indenização à vítima (art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal).

29. A capacitação dos agentes públicos envolvidos na persecução penal conta com exitosa experiência da Academia de Polícia Civil de São Paulo. A formação de delegados de polícia em São Paulo com certeza muito em breve constituirá pós-graduação em Direitos Humanos, e já possui intensa carga horária abrangendo a temática de pessoas com deficiência e outras vítimas especialmente vulneráveis. A carga horária da formação das outras carreiras também segue a mesma diretriz.

30. Dada a estrutura e excelência do ensino na ACADEPOL, sua ampliação ao público externo com intercâmbios na formação de membros do Ministério Público, da Magistratura e Defensores Públicos em seus cursos de formação e na instrução de seus servidores, e vice-versa, pode ser ótima alternativa para contínua capacitação dos agentes públicos para lidarem com vítimas vulneráveis e criminosos potencialmente perigosos em virtude de inimputabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA-FILHO, E. **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3ª edição. Porto Alegre: Artmed; 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARCO, Jorge Núñez de. **Victimologia y violencia criminal**. Um enfoque criminológico y psicológico. La paz: Ed. Academia Boliviana de Ciencias jurídico penales, 2010, p. 30.

ASENSI, Felipe; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A necessidade de instauração de investigação prévia à medida de interceptação telefônica. *In*:

ASHTON, Peter Walter. As principais teorias de direito penal. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, v. 12, p. 237/246, 1996.

BACIAGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARATA, Frances. Los medios, el crimen y la seguridad pública. **Periodico Violência y medios**. Disponível em: <http://violenciaymedios.org.mx/Coleccion_VM/VyM%20Tomo%203%20Los%20medios%20el%20crimen%20y%20la%20seg.%20p%C3%BAblica-%20Francesc%20Barata.pdf>. Acesso: 04 jul. 2020.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Brasília: Ed. Facsim, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELIATO, Araceli Martins; CONCEIÇÃO, Thiego Melo da; GONÇALVES, Utimia Cristine Pinheiro. DDM on-line em números: a Polícia Civil de São Paulo e o enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres. *In*: **Revista Arquivos da Polícia Civil**, volume 57, Academia de Polícia Civil Dr. Coriolano Nogueira Cobra – ACADEPOL, São Paulo, 2021 p. 102/118.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 1 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1971.

BOATENG, Francis; D. ABESS, Gassan. Victims' role in the criminal justice system: A statutory analysis of victims' rights in U.S. *In*: **International Journal of Police Science & Management**. Vol. 19, 2017, p. 1–8.

BONAMETTI, Thiago Nemi. **A influência dos meios eletrônicos na criminalidade de massa**. São Paulo, 2019. Monografia (processo seletivo n. S159.380/2019 para Professor de Criminologia) - Academia de Polícia Dr.

Coriolano Nogueira Cobra, ACADEPOL, São Paulo.

BONAMETTI, Thiago Nemi. A possibilidade de acordo de não persecução penal e seu impacto na prisão em flagrante delito. *In: Revista Arquivos da Polícia Civil*, volume 57, Academia de Polícia Civil Dr. Coriolano Nogueira Cobra – ACADEPOL, São Paulo, 2021 p. 32/50.

BONAMETTI, Thiago Nemi. **A utilização de dados de aparelhos celulares em investigações criminais e a problemática da situação de flagrante delito.** (Monografia de Especialização em Direito Penal). ESMP-SP, 2018.

BONAMETTI, Thiago Nemi; DUTRA, Lucas. **Legislação penal especial.** São Paulo: Rideel, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, Silvana Amneris Rôlo Pereira. **Saúde Mental: a lei antimanicomial e seus reflexos no âmbito do direito penal.** Santos: Universidade Santa Cecília, 2020, 127 p. Dissertação de mestrado.

BRANCO, Thaynara Castelo. Medida de segurança cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 149/2018. p. 299 – 325. Nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 253/2018, com redação dada pela Resolução n. 386/2021.** Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado131337202104146076ea817d8dc.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade /** Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2019. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/dezembro/Guia_Pr%C3%A1tico_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_do_MP_na_Prote%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_V%C3%ACtimas_de_Criminalidade_digital.pdf>. Acesso: 10 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 243 de 2021.** Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-243-2021.pdf>. Acesso: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal.** Parte geral. Tomo 1. São Paulo: Forense, 1967.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Mazelas do sistema jurídico e “teoria da gambiarra”: a súmula 07 do I Fórum Nacional de Juízes Criminais. **Boletim IBCCRIM**, - 302 - Janeiro/2018.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico.** 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal.** V.II. Buenos

Aires: Bosch, 1950.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>. Acesso: 10 out. 2022.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais.** 2ª Ed, Campinas: Artmed, 2008, p. 31/33.

DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata.** São Paulo: Cultrix, 2012

DELMAS, Marty Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal.** Ed. Manole, 1994.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.** Editora Coimbra, 1997.

DURAN, Ricardo. **O psicopata serial killer e a reação estatal: entre a punição e a proteção social.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2022.

EDITORIAL. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** Rio de Janeiro, n. 35. Janeiro/junho de 1983.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado.** V. 2. 4. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955,

FATTAH, Ezzat Abdel. Victimology: Past, Present and Future. **Criminologie.** Volume 33, Number 1, Spring 2000, La victimologie: quelques enjeux.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional.** 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. *In:* YARSHELL, Flávio Luis; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide de; ALMEIDA, José Luiz Gavião de (coord.) **Provas no processo penal – estudo comparado.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2011.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *In:* PIZOGLIO, Reinaldo; GALVADÃO JUNIOR, Jayr Viegas (orgs.). **Sigilo fiscal e bancário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 17/39.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina – TRF 4**. 28^o Ed. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso: 10 dez. 2017.

FOUCAULT, Michel. **A história da loucura na idade clássica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Ciência e Experiência do direito penal. **Revista forense** n. 267, julho de 1979, p. 69/73.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Artigos 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FRAGOSO, Heleno Claudio. O problema da pena. **Revista forense**, n. 161, set/out de 1955, p. 56-62.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: forense, 1965, v. II.

FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de. A história da psiquiatria não constada por Foucault. **História, Ciências, Saúde Manguinhos**, vol. 11(1): 75-91, jan.-abr. 2004.

GARCEZ, William. **Legislação Criminal Especial comentada**. Salvador: JusPodivm, 2021.

GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela Gabriele. A garantia constitucional à inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito dos usuários no marco civil da internet. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Reinaldo (coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 376/391.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. *In*: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaias (org.). **Temas atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.

GRANDINETTI, Luis Gustavo Carvalho Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 207. Jan/mar 1997. p. 21/38.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA, Gustavo Rabay. Direito à inviolabilidade e ao sigilo de comunicações privadas armazenadas: um grande salto rumo à proteção judicial da privacidade na rede. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Reinaldo (coord.). **Marco civil da**

internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 392/415.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**, Valencia: Tirant, 1989.

HENTIG, Hans Von. **The Criminal and His Victim**. New Haven: Yale University Press, 1948.

HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina Legal: texto e atlas**. São Paulo: Atheneu, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 3.

JASPERS, Karl. **Psicopatologia geral**. Volume 1. Tradução de Samuel Penna Reis. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1987.

LEY 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>>. Acesso: 02 set. 2022.

LIMA, Caio Cesar Carvalho Lima. Garantia de privacidade e dados pessoais à luz do marco civil da internet. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Reinaldo (coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 148/164.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, volume único. 8ª. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2020.

LISZT, Franz Von. **La idea de fin en el derecho penal**. Tradução de Enrique Aimone Gibson. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Universidade de Valparaíso de Chile, 1994.

LOCKE, John. **Second Treatise on Government**, Cap. IX, p. 40. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>? >. Acesso: 10 jan. 2018.

LOPES, Aury junior. **Direito Processual Penal**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, Bruno Amaral; MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. **Reforma psiquiátrica e justiça criminal no distrito federal: uma análise exploratória das quesitações em incidentes de insanidade mental**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 163/2020, Jan/2020, p. 395/419.

MASSON, Cleber. **Direito Penal parte geral** (art. 1º ao 120). 14. ed. São Paulo: Método, 2020.

MATHES, Priscila Gomes; MITJAVILA, Myriam Raquel. **Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 22 [4]: 1377-1395, 2012. P.1387/1388.

MECLER, Katia. **Periculosidade: evolução e aplicação do conceito**. Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano, 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v20n1/10.pdf> Acesso: 20 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

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. 144/2018 | p. 217 - 250 | Jun / 2018 DTR\2018\14305.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MERLYN, Pilar Sacoto. **Introducción a la Criminología**, Quito: Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 do CP**. 36. ed. ed., rev. e atual.. São Paulo: Atlas, 2021. v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva** Curitiba: Juruá, 2016;

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; TURESSI, Flavio Eduardo. Imputabilidade penal e o acordo de não persecução penal: ensaio sobre a aplicação da justiça penal negociada para inimputáveis e semi-imputáveis. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA; Renee do Ó; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. (Org.). **Acordos de não persecução penal e cível**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2021, v. 1, p. 265-296.

FERRACINI, Ricardo Neto, MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, Rio e Janeiro, v. 337, jan/mar. 1997.

MOURA, Cristiane Faiad de; MATSUNAGA, Lucas Heiki; MENEZES, Júlia Salles; SANTIAGO, Ana Cristina Melo; DUCANGES, Úrsula Rodrigues Gomes. 2019. Construção do protocolo de polícia judiciária para depoimento especial de criança e adolescente. *In*: ANTLOGA, Carla; BRASIL, Kátia T; LORDELLO, Silvia R; NEUBERN, Mauricio; QUEIROZ, Elizabeth. (Orgs.) **Psicologia clínica e cultura contemporânea 4**. Brasília: Technopolitik, 2019.

MURATT, Luciano Dipp. Pessoa Com Deficiência, Ato Jurídico, Manifestação da Vontade e O Casamento dos Relativamente Incapazes Submetidos à Curatela. **Revista digital multidisciplinar do Ministério Público – RS**. N. 13. Outubro-Novembro-Dezembro 2018, p. 32.

NEUMAN, Elias. **Victimologia**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Vol. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1.014 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO) – 1946.

PAULA, Fernando Shimidt de. **Criptoindiciamento**. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2018

PIMENTEL, Jaime Junior; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. São Paulo: Verbatim, 2017.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. Coleção estudos de processo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Alessandra Macarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. **Revista Direito GV**, São Paulo - SP, V. 13, n. 2, p. 628-652, maio. 2017.

QUÉTEL, Claude. **História da Loucura. Da Antiguidade à invenção da Psiquiatria. Do Alienismo aos nossos dias**. Lisboa: Texto e Grafia, 2014.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos Direitos Humanos da vítima de violência e a responsabilidade do estado. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 37, p. 121-144, jul./set. 2010.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 115.

REVISTA COMCIENCIA. Disponível em: <<https://www.comciencia.br/50-anos-em-5-como-o-brasil-esta-regredindo-decadas-na-luta-antimanicomial/>> Acesso: 10 abril 2022.

SANTOS, Maria Valéria Pereira Novaes de Paula. O mito da Caverna do Deficiente. *In*: GOMES, Igor Lima da Cruz; BARROS, João Pedro Leite; ALMEIDA, Leonardo Rocha de (org). **Deficiência e os desafios para uma sociedade inclusiva**. Vol. 3. São Paulo: Foco, 2022.

SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araujo. **O regime de reparações do estatuto de roma e o fundo fiduciário do tribunal penal internacional: as vítimas como foco da nova justiça penal internacional**. 2008. 137 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, n. 7, v. 4. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERRANO GONZALEZ CUELLAR, Nicolas. **Proporcionalidade y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 6ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Angelo Roberto Ilha da. Uma breve aproximação das questões e processos incidentes no sistema processual penal brasileiro e as garantias constitucionais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 111-122, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. **Boletim IBCCRIM**, n. 318 - Esp. Pac. Anticrime. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso: 25 fev. 2023.

SMITH, Susan. Victimization in the inner city: a British case study. **The British Journal of Criminology**, Vol. 22. Nº 04. P.. 386-402, 1982.

SOUZA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no estado constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. *In*: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaias (org.). **Temas atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da internet. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Reinaldo (coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333/345.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol. 1 e 2. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Belo Horizonte: Juruá, 2015.

TURESSI, Flávio Eduardo. Breves apontamentos sobre crime organizado,

delação premiada e proibição da proteção penal insuficiente. **Revista jurídica ESMP** – SP, v. 3, 2013: 229-246.

VALENÇA, Alexandre Martins; CHALUB, Miguel; MENDLOWICZ, Mauro Vitor; MECLER, Kátia; NARDI, Antonio Egidio. **Responsabilidade penal nos transtornos mentais**. J. bras. psiquiatr; 54(4): 328-333, out.-dez. 2005.

VERGAL, Sandro. **Criminologia tridimensional: do direito à Segurança Pública Eficiente**. Curitiba: Juruá, 2015.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide de; ALMEIDA, José Luiz Gavião de (coord.). **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva. p. 358/394.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, COELHO, Thalita da Silva. Periculosidade criminal: conceito, tratamento e consequências. **Percorso Acadêmico**. Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 22-34, jan./jun. 2013.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaias (org.). **Temas atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. **As medidas de segurança em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, 2009.