

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

NAYNA LOHANY MEDEIROS DE ALMEIDA

**OS REFLEXOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO INSTITUTO DA INIMPUTABILIDADE**

**SANTA RITA
2021**

NAYNA LOHANY MEDEIROS DE ALMEIDA

**OS REFLEXOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO INSTITUTO DA INIMPUTABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas

Orientadora: Profª. Drª. Ludmila Cerqueira
Correia

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

A447r Almeida, Nayna Lohany Medeiros de.
Os reflexos da Lei brasileira de inclusão e da
Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência
no instituto da inimputabilidade / Nayna Lohany
Medeiros de Almeida. - João Pessoa, 2021.
56 f.

Orientação: Ludmila Cerqueira Correia.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.

1. Inimputabilidade. 2. Incapacidade. 3. Lei
Brasileira
de Inclusão. I. Correia, Ludmila Cerqueira. II. Título.

UFPB/DCJ

CDU 34

NAYNA LOHANY MEDEIROS DE ALMEIDA

**OS REFLEXOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E DA CONVENÇÃO
SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO INSTITUTO DA
INIMPUTABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ludmila Cerqueira
Correia

Banca examinadora: Data de aprovação: _____

Prof^a. Dr^a. Ludmila Cerqueira Correia (Orientadora)

Prof. Dr. Nelson Gomes Júnio (Examinador)

Prof^a. Olívia Maria de Almeida (Examinadora externa)

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível graças à forte rede de apoio que tenho a sorte de possuir. É por isso que neste final de ciclo acadêmico, exponho minha gratidão à todos que foram essenciais na minha trajetória até aqui.

Agradeço à minha orientadora, Ludmila Correia, que me mostrou que existem várias formas de fazer o Direito, que me apresentou ao movimento da Luta Antimanicomial e que, por tantas vezes, me impulsionou a fazer coisas que eu não me sentia capaz de fazer. Serei eternamente grata por todo o ensinamento e, mais do que isso, pelo acolhimento com que sempre me recebeu.

Às alunas da Escola de Dança Joseana Vicente, por terem me feito rir durante o processo árduo de escrever esse trabalho e por terem compreendido o momento difícil que eu estava passando, sempre me respeitando e apoiando de diversas formas.

A alegria, quando compartilhada, multiplica-se, assim como a tristeza dividida, atenua-se. É por isso que agradeço imensamente a todos os amigos que adquiri durante a trajetória acadêmica. Especialmente, à Hemmyly, Carol e Laíssa, que foram essenciais para minha formação e para a minha vida como um todo. Serei eternamente grata por todos os choros e risos divididos e por todo o crescimento pessoal que alcançamos juntas.

Agradeço à Julieta e Laís, amigas que dividiram comigo o peso do final do curso e todas as dores e alegrias que com ele vêm junto. Com certeza, tudo isso teria sido imensamente mais difícil sem o apoio de vocês.

À minha família, por todo o suporte e confiança, não sou capaz de agradecer o suficiente. Especialmente, agradeço aos meus irmãos, Nasla, Gabriela e Aselmo, meus amigos e confidentes, por tudo e por tanto que sempre fizeram por mim, por me apoiarem durante todo a duração do curso e em todos os outros aspectos da minha vida.

Agradeço à Lucca Ribeiro, mesmo que palavras não sejam suficientes para expressar toda minha gratidão. Sem o seu apoio eu até poderia ter conseguido chegar até aqui, mas teria sido infinitamente mais difícil. Obrigada por todo o companheirismo e compreensão nos momentos difíceis dessa trajetória, por todo o suporte emocional e por tudo que você sempre fez por mim, inclusive por cuidar da minha saúde mental quando eu já não tinha mais forças pra fazer isso.

Agradeço às minhas avós, que são minha base e meus maiores exemplos. Mesmo sem entender ao certo o que eu estava construindo, sempre me apoiaram e me incentivaram e, por isso, eu serei eternamente grata. Por me mostrarem que a vida vai muito além da academia e que o conhecimento acadêmico não significa necessariamente inteligência, vocês mudam minha vida diariamente.

Por fim, agradeço àqueles que são verdadeiramente a razão para que eu tenha chegado até aqui: os meus pais. Ao meu pai, agradeço por todo o suporte, por ter me dado todas as ferramentas para que eu conseguisse concluir esse curso, mesmo nos momentos em que foi incrivelmente difícil. À minha mãe, nunca conseguirei agradecer verdadeiramente por todo o esforço que fez para me proporcionar educação de qualidade. Foi você que me ensinou desde sempre o valor da educação e que, mesmo com tantas dificuldades — inclusive financeiras — fez o possível e impossível para que seus filhos se formassem. A razão disso tudo, com certeza, foi a sua persistência. Por todas as vezes que trabalhou de graça para ver isso acontecendo e por todo o resto, mil vezes obrigada.

*"No céu
Me disseram que deus mora no céu
No céu na terra em toda parte
Mas não sei se ele está em mim
Ou se ele não está
Eu sei que estou passando mal de boca
Passando muita fome comendo mal
E passando mal de boca
Me alimentando mal comendo mal
Passando muita fome
Sofrendo da cabeça
Sofrendo como doente mental
E no presídio de mulheres
Cumprindo a prisão perpétua
Correndo um processo
Sendo processada".*

(Stela do Patrocínio)

RESUMO

Este trabalho versa sobre o instituto da inimputabilidade penal frente às mudanças trazidas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão. Os objetivos desta pesquisa são: investigar as alterações trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pela Lei Brasileira de inclusão no que se refere à incapacidade; analisar o instituto da inimputabilidade no Brasil e sua relação com o conceito de incapacidade das pessoas com transtornos mentais e analisar o instituto da inimputabilidade frente à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e à Lei Brasileira de Inclusão. Através de uma pesquisa documental realizando uma revisão bibliográfica, desenvolveu-se o tema através da análise de livros, teses, dissertações, monografias e artigos que pautem sobre medida de segurança, políticas públicas de saúde mental, acesso ao direito e à justiça e reforma psiquiátrica brasileira. A partir da perspectiva do movimento antimanicomial, concluiu-se pela ilegalidade da manutenção da inimputabilidade, posto que o paradigma adotado pela referida convenção preza pela plena capacidade das pessoas com deficiência em todos os aspectos da vida e pela efetiva inserção social desses sujeitos.

Palavras-chave: Inimputabilidade. Incapacidade. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A CAPACIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANTES E DEPOIS DO DECRETO Nº 6.949/2009 E DA LEI 13.146/2015	13
1.1 A capacidade jurídica das pessoas com transtornos mentais no direito brasileiro	13
1.2 Contextualizando o novo paradigma sobre os direitos das Pessoas com Deficiência	18
1.3 A capacidade jurídica após a CDPD e a Lei Brasileira de Inclusão	21
2 A INCAPACIDADE DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS E O INSTITUTO DA INIMPUTABILIDADE PENAL	26
2.1 A inimputabilidade no Código Penal Brasileiro.....	26
2.2 A medida de segurança no Código Penal Brasileiro	28
2.2.1 A periculosidade como elemento da medida de segurança.....	29
2.2.2 A influência do saber médico na medida de segurança.....	32
2.2.3 A medida de segurança após a Reforma Psiquiátrica Brasileira.....	35
2.3 A incapacidade e inimputabilidade das pessoas com transtornos mentais.	37
3 A INIMPUTABILIDADE DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS FRENTE AO PARADIGMA DA CDPD E DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO	39
3.1 Da compreensão de que as alterações na capacidade não estão restritas ao âmbito civil.....	39
3.2 A —incapacidade de entendimento à luz da CDPD	41
3.3 Para além da mudança na capacidade: análise da inimputabilidade frente aos preceitos da CDPD e da Lei Brasileira de Inclusão.....	43

3.3.1 Da discriminação em razão da deficiência	45
3.3.2 Do reconhecimento igual perante a lei e do acesso à Justiça	46

CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
-----------------------------------	----

REFERÊNCIAS.....	52
-------------------------	----

INTRODUÇÃO

Para o ordenamento jurídico brasileiro, toda pessoa natural é considerada como sujeito de direito, dotado de personalidade jurídica desde o momento do seu nascimento com vida. A capacidade jurídica constitui elemento desta personalidade e pode ser dividida em duas espécies: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício.

De acordo com o art. 1º do Código Civil de 2002, toda pessoa possui capacidade de direito, sendo esta a aptidão genérica para adquirir direitos e deveres. A capacidade de fato, por sua vez, determina a aptidão para exercer os direitos obtidos e deverá ser adquirida, não sendo, portanto, inerente a todas as pessoas.

No entanto, a história jurídica nos mostra que o tratamento destinado às pessoas com deficiência, em regra, esteve pautado em uma lógica assistencialista, atribuindo-lhes uma incapacidade para gerir suas vidas e participar ativamente do convívio social.

Esta lógica possui coerência com o modelo médico de abordagem da deficiência, que comprehende esta enquanto característica individual que deve ser superada para que o indivíduo consiga participar plenamente da comunidade.

Tendo em vista este tratamento, em um momento de internacionalização dos direitos humanos, foi assinada em 2007, em Nova York, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que buscou garantir um novo paradigma a partir da adoção do modelo social de deficiência em detrimento do modelo médico vigente até então.

Nesta nova perspectiva, a deficiência passa a ser compreendida como parte da diversidade humana, não como um obstáculo individual que deve ser superado, mas como uma questão da coletividade.

A responsabilidade pela proteção dos direitos passa, então, a ser do Estado, devendo este proporcionar os meios necessários para que todos os indivíduos consigam participar ativamente do convívio social e alcançar seus direitos básicos sem obstáculos.

É nesse sentido que a referida Convenção prevê, em seu artigo 12, que as pessoas com deficiência possuem capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, cabendo ao Estado a tarefa de assegurar o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por

estes sujeitos, sem que haja discriminação em razão da deficiência.

A referida Convenção, portanto, marca um momento de virada no tratamento jurídico destinado às pessoas com deficiência. Objetivando assegurar direitos e promover a dignidade destes sujeitos, esta tem como princípios basilares a autonomia e a participação política.

No território brasileiro, a CDPD foi promulgada no ano de 2009, seguindo o procedimento disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, garantindo-lhe um tratamento de Emenda Constitucional. Diante da promulgação, foi então editada a Lei 13.146/2015, com fulcro de dar efetividade à referida convenção.

A Lei 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), apresenta mudanças significativas para os direitos das pessoas com deficiência no Brasil, buscando assegurar direitos e garantias a partir de uma nova visão sobre esses sujeitos. Em seu texto, em conformidade com a CDPD, esta norma determina que à pessoa com deficiência será assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal de forma igual às demais pessoas.

É no momento de surgimento das referidas normas e, portanto, do novo paradigma nos Direitos das Pessoas com Deficiência, que tais pessoas, especificamente, as pessoas com transtornos mentais, tiveram sua capacidade civil alterada.

A Lei Brasileira de Inclusão, a partir dos preceitos da CDPD, determinou a mudança no texto do Código Civil Brasileiro que apontava, até então, esses sujeitos como incapazes, absoluta ou relativamente, dependendo de algumas circunstâncias específicas. No entanto, a LBI restringiu-se a determinar a mudança na teoria da capacidade das pessoas com deficiência — incluindo-se, portanto, as pessoas com transtornos mentais - no âmbito cível.

No âmbito do direito penal brasileiro, a compreensão de incapacidade das pessoas com transtornos mentais não é presumida, mas é responsável por sustentar o instituto da inimputabilidade penal, que garante a isenção de pena ao sujeito que 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 em razão do transtorno mental.

A inimputabilidade é, assim, determinada pelo juiz, que tomará sua decisão no caso concreto, tomando como base uma perícia médica que será realizada exclusivamente para responder os quesitos do juiz, e, possivelmente, do Ministério

Público e da defesa. Após a decisão pela inimputabilidade, o agente será absolvido, sendo-lhe atribuída uma medida de segurança.

Esta medida caracteriza-se, em tese, por ser uma alternativa à sanção penal, sendo atribuída às pessoas em sofrimento mental que cometem delitos. Em virtude da inimputabilidade desses sujeitos, consagrada pelo artigo 26 do Código Penal Brasileiro, não há aplicação de pena, surgindo o instituto como substituto. Tal medida também está pautada no conceito de periculosidade, intimamente relacionado à inimputabilidade, ambos atribuídos às pessoas com transtornos mentais.

A medida de segurança legitima-se, então, no discurso de que busca oferecer um tratamento e paralelamente cessar a suposta periculosidade do sujeito, tendo seu termo final condicionado ao alcance desse objetivo, não havendo prazo final estabelecido na lei. Ela caracteriza, portanto, um tratamento diferenciado para os sujeitos com transtornos mentais em conflito com a lei.

É diante do caráter do instituto da inimputabilidade e da consequente aplicação da medida de segurança que surge o debate sobre as incongruências jurídicas no trato das pessoas com deficiência nos âmbitos Civil e Penal.

Especificamente, nos casos das pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei, observa-se que após a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a alteração na capacidade legal desses sujeitos bem como as demais alterações trazidas na garantia de direitos levanta um debate sobre os reflexos causados pela inimputabilidade penal e pelo sistema que dele decorre.

Assim, a presente pesquisa possui como objeto de estudo o instituto da inimputabilidade frente às alterações legislativas que versam sobre os direitos e garantias das pessoas com deficiência. Seu objetivo principal é, portanto, investigar os reflexos da Lei Brasileira de Inclusão e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no instituto da inimputabilidade, responsável por sustentar a legitimidade da medida de segurança no âmbito penal.

Especificamente, são os objetivos deste trabalho: 1) investigar as alterações trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pela Lei Brasileira de inclusão no que se refere à incapacidade; 2) analisar o instituto da inimputabilidade no Brasil e sua relação com o conceito de incapacidade das pessoas com transtornos mentais; 3) analisar o instituto da inimputabilidade frente à

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e à Lei Brasileira de Inclusão.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica desenvolvendo-se o tema através da análise de livros, teses, dissertações, monografias e artigos que pautem sobre medida de segurança, políticas públicas de saúde mental, acesso ao direito e à justiça e reforma psiquiátrica brasileira. A escolha por esse tipo de pesquisa justifica-se em razão da possibilidade de análise de um tema a partir de outras visões e estudos como base para a construção de uma nova abordagem sobre este mesmo tema.

A pesquisa também versou sobre a análise da letra da lei e do discurso normativo como um todo, investigando as nuances que envolvem o instituto da inimputabilidade e os princípios constitucionais e do Direitos das Pessoas com Deficiência.

Trata-se, ainda, de uma pesquisa qualitativa, posto que o objeto estudado não pode ser quantificado e está repleto de subjetividades próprias das relações sociais. Compreendendo justamente tais subjetividades que envolvem o tema pesquisado, propõe-se aqui analisar o instituto da inimputabilidade sob uma perspectiva crítica dos direitos humanos, pautado na perspectiva da Reforma Psiquiátrica Brasileira e da Luta Antimanicomial.

Pautando-se na compreensão de que os dispositivos normativos devem garantir a dignidade humana, ressalta-se que esta pesquisa não tem como objetivo esgotar o assunto, uma vez que trata-se de um tema ainda muito pouco explorado cientificamente.

Assim, para responder ao problema cerne deste trabalho, seguiu-se uma linha investigatória, através de uma revisão bibliográfica, partindo da análise do instituto da inimputabilidade, do conceito de capacidade e sua inserção na legislação, a partir da Lei Brasileira de Inclusão e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No primeiro capítulo, é analisada a capacidade jurídica das pessoas com deficiência - especificamente das pessoas com transtornos mentais - no território brasileiro, tendo como enfoque uma comparação entre este instituto antes e depois da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, consequentemente, a Lei Brasileira de Inclusão.

Para isto, analisa-se a capacidade jurídica das pessoas com transtornos

mentais no direito brasileiro e suas consequências jurídicas. Assim, explica-se o caminho traçado até a chegada do novo paradigma nos Direitos das Pessoas com Deficiência e, portanto, da nova teoria da capacidade adotada.

No segundo capítulo, o cerne é a incapacidade das pessoas com transtornos mentais fazendo-se um paralelo com o instituto da inimputabilidade penal. Para isso, faz-se uma explanação sobre a inimputabilidade, conceituando-a e explicando sua base legal e sua consequência, a medida de segurança.

No que concerne a tal medida, explica-se no segundo capítulo sua base legal, seus fundamentos e alguns pontos pertinentes à sua aplicação. Importante reafirmar que toda a explanação é feita a partir de uma perspectiva crítica e, portanto, faz-se um comparativo entre os dados relativos à pesquisa documental, não restringindo-se o trabalho à fazer uma análise fria da letra da lei, mas sim, buscar os reais efeitos da sua aplicação.

No terceiro capítulo, a inimputabilidade das pessoas com transtornos mentais é investigada tendo como base o novo paradigma adotado pelos Direitos das Pessoas com Deficiência. Neste, tem-se de fato a análise do instituto frente às alterações trazidas pelos novos dispositivos normativos que versam sobre os referidos direitos.

Assim, neste terceiro e último capítulo além de um questionamento sobre a percepção adotada majoritariamente de que as mudanças na capacidade trazidas pelo novo paradigma estão restritas ao âmbito cível, é feita uma análise comparativa de alguns princípios específicos frente à inimputabilidade penal das pessoas com transtornos mentais e seus efeitos jurídicos.

Nas considerações finais, analisa-se, por fim, os resultados adquiridos a partir do estudo realizado. Após a investigação do instituto da inimputabilidade bem como das alterações trazidas pelo novo paradigma adotado na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, elabora-se uma reflexão sobre a não recepção do instituto.

1 A CAPACIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANTES E DEPOIS DO DECRETO Nº 6.949/2009 E DA LEI 13.146/2015

Para o ordenamento jurídico brasileiro, toda pessoa natural é considerada sujeito de direitos, dotada de personalidade jurídica desde o momento do seu nascimento com vida. Essa personalidade jurídica é justamente a aptidão genérica para obter direitos e deveres e diferencia-se da capacidade jurídica, que constitui um elemento daquela. A capacidade jurídica é, portanto, consequência da personalidade jurídica e pode ser considerada como sua medida.

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício. A primeira, constitui consequência lógica da personalidade e é inerente a todas as pessoas, conforme dispõe o art. 1º do Código Civil de 2002: —Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A capacidade de fato, por sua vez, não é intrínseca e determina a aptidão para exercer os direitos e deveres adquiridos com a capacidade de gozo, sendo alcançada, em regra, a partir da maioridade ou da emancipação.

Depreende-se que possuirá capacidade plena aquele que dispõe das duas espécies de capacidade — a de direito e a de fato. Excepcionalmente, no entanto, existirão casos em que o sujeito apenas adquire a capacidade de direito, sendo, por isso, chamado de incapaz (GONÇALVES, 2020). A incapacidade será, portanto, caracterizada pela inaptidão para adquirir capacidade de fato ou de exercício, podendo ainda ser caracterizada enquanto absoluta ou relativa.

Historicamente, o Código Civil brasileiro é o responsável por tratar a matéria da capacidade, trazendo, no seu bojo, um rol das pessoas consideradas incapazes. Com o escopo de compreender o caminho percorrido até o momento atual da percepção da capacidade dos sujeitos, faz-se necessário analisar o tratamento da matéria ao longo da evolução jurídica no Brasil.

1.1 A capacidade jurídica das pessoas com transtornos mentais no direito brasileiro

Apesar de algumas tentativas anteriores, o primeiro Código Civil Brasileiro elaborado e efetivamente aceito e promulgado foi o de 1916. Do período colonial até este ano, o documento tido como orientação sobre direito civil no Brasil foi a regulamentação elaborada pelas Ordenações Filipinas. Nesse sentido, Carlos

Roberto Gonçalves (2020, p. 11) ressalta que —com a Independência, ocorrida em 1822, a legislação portuguesa continuou sendo aplicada entre nós, mas com a ressalva de que vigoraria até que se elaborasse o Código Civil.

Sobre o tratamento da capacidade nas Ordenações Filipinas, Marcelo Requião aponta que elas

[...] trazem diversas disposições relativas aos loucos e aos pródigos, bem como um regime específico de curatela para ambos, prevista no seu Livro IV. Entretanto, alguns outros interessantes dispositivos legais sobre o tema são encontrados ao longo das Ordenações. Assim é que, por exemplo, no art. 66, 3, do seu Livro I, determinava que pudesse o poder de polícia ser utilizado, dentre outras providências, —contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados, e daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes! (REQUIÃO, 2016, p. 3).

Constata-se, portanto, que nas Ordenações Filipinas, o tratamento direcionado para as pessoas com transtornos mentais estava pautado na negação de direitos e de cidadania. Não falava-se em autonomia desses sujeitos visto que sequer sua humanidade tinha grande apreciação, fato que pode ser comprovado uma vez que o documento os coloca lado a lado aos animais ferozes, ao tratar do suposto perigo que promoveriam.

Importante destacar que, aqui, a legislação portuguesa realçou a percepção, historicamente construída e perpetuada, de que a periculosidade é característica intrínseca à loucura e que, portanto, os sujeitos com transtornos mentais deveriam ser repreendidos e submetidos à violência, em razão do suposto perigo que representavam para o convívio social.

Em 1916, após diversas tentativas frustradas de construção de um documento codificado, foi criado e promulgado o primeiro Código Civil Brasileiro, momento no qual as Ordenações Filipinas deixaram de vigorar no território brasileiro. O referido documento trouxe inovações nos mais diversos segmentos jurídicos, dentre as quais se inclui o tratamento dispensado quanto à capacidade dos sujeitos.

A partir do Código Civil de 1916, a matéria da capacidade jurídica no Brasil passou a ser sistematizada em um só dispositivo, sendo este documento o responsável por dividir originalmente a capacidade enquanto absoluta ou relativa, considerando-a de acordo com o discernimento adquirido pelos sujeitos.

Assim, o código mencionado foi elaborado de forma que a capacidade das pessoas naturais estava determinada a partir de um rol taxativo, partindo da premissa presente no seu art. 2º de que —todo homem é capaz de direitos e

obrigações na ordem civil. A determinação da capacidade enquanto absoluta ou relativa, por sua vez, estava disposta nos arts. 5º e 6º:

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos; II – **os loucos de todo o gênero;**

III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;

IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos; II – os pródigos;

III – os silvícolas (BRASIL, 1916, grifos nossos).

Observa-se, portanto, que o Código Civil de 1916 apontava as pessoas com transtornos mentais como absolutamente incapazes, encaixando-as na nomenclatura —loucos de todo o gênero. Importante mencionar que tal posicionamento concordava com a visão estigmatizada atrelada historicamente às pessoas em sofrimento mental, que aponta estes sujeitos como presumidamente incapazes para o convívio social.

Nesse sentido, Correia (2020) aponta que a história da loucura nos mostra que, em regra, para o Direito, os sujeitos em sofrimento mental são considerados como pessoas incapazes e, portanto, devem ser tutelados, não merecendo que a sua voz seja ouvida e, muito menos, levada em consideração.

Ainda no que concerne às pessoas com deficiência, observa-se que este código incluiu no rol dos absolutamente incapazes aqueles tidos como —surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade, demonstrando uma expressa desconsideração das diversas formas de comunicação existentes. Tal caracterização manifesta o desprezo à inclusão das pessoas com deficiência no meio social.

Não obstante tais pontos problemáticos presentes em seu bojo, o Código Civil de 1916 permaneceu em vigência durante 86 anos, até o momento da promulgação do Código sucessor, em 2002. Destarte, o novo Código Civil foi instituído pela Lei 10.406/2002 e está vigente no território brasileiro até os dias atuais, ainda que tenha sido alvo de algumas alterações ao longo do tempo.

Originalmente, o texto do referido documento não apresentou grandes inovações no que diz respeito à capacidade das pessoas naturais. O Código de 2002 permaneceu dividindo a capacidade em absoluta ou relativa, assim como o fez

seu antecessor, tratando da matéria a partir da elaboração de um rol taxativo, responsável por determinar os sujeitos considerados juridicamente incapazes.

No que concerne à capacidade das pessoas com transtornos mentais, estas foram apontadas tanto absoluta quanto relativamente incapazes, na medida do seu suposto discernimento. É o exposto nos arts. 3º e 4º do texto original do Código Civil de 2002:

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

I – os menores de dezesseis anos;

II — os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III — os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir suavontade.

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

I – os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos;

II – os ebrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiênciamental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.

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

É possível constatar um pequeno avanço na matéria, uma vez que atribuiu-se uma maior subjetividade na análise da capacidade através da possibilidade de que estes sujeitos fossem considerados relativamente incapazes e não presumidamente incapazes de forma absoluta, como estabelecia o código antecessor.

Ademais, observa-se que foi retirado do rol dos absolutamente incapazes aqueles que o Código Civil de 1916 caracterizou como —surdos-mudos¹¹. É possível identificar que no documento promulgado em 2002, a impossibilidade de expressar a vontade passou a constituir, por si só, a justificativa da incapacidade absoluta, independentemente de tratar-se de pessoa com deficiência ou não.

Não obstante essa mudança, muito ainda havia de se avançar na promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência uma vez que o modelo estabelecido originalmente no Código Civil de 2002 foi aquele pautado na lógica assistencialista, historicamente construído a partir da noção de que pessoas com deficiência são frágeis e incapazes de gerir seus próprios atos.

No âmbito jurídico, o tratamento direcionado às pessoas com deficiência e, notadamente, às pessoas com transtornos mentais no Brasil, sempre esteve em consonância com a crença na incapacidade dessas. Por óbvio, tal abordagem foi responsável pela desqualificação desses sujeitos e pela perpetuação de uma série

de violações de direitos e produção de violências que encontravam respaldo legal e institucional.

Um relatório publicado em 2015 pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP), em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA), fruto de uma série de inspeções realizadas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) por todo o país, comprova as diversas violações de direitos que ocorrem nestes espaços, destinados para a execução de medida de segurança (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2015).

O relatório aponta que, na maior parte dos HCTPs, os pacientes judiciários não tem conhecimento de seu plano terapêutico e destaca que, apesar da finalidade terapêutica a que, em tese, seriam destinados,

estas instituições continuam a funcionar em ambiente carcerário e em nada lembram um estabelecimento voltado para o cuidado em saúde; não obedecem a qualquer tipo de regulamentação sanitária, nem atendem a qualquer regramento criado para normatizar os estabelecimentos psiquiátricos, ou de saúde mental; praticamente não estabelecem nenhuma articulação com a rede de atenção psicossocial, nem desenvolvem atividades que visem a promoção, prevenção e reabilitação da saúde, ou que sejam voltadas para a desinstitucionalização e reinserção social (com exceção do HCTP do Rio de Janeiro), sendo, portanto, completamente avessas à política de saúde mental vigente no país (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2015, p. 128).

Um outro relatório de inspeção mais recente, de 2018, do Conselho Federal de Psicologia, também alerta para o caráter violador que foi constatado na inspeção nacional realizada em diversos hospitais psiquiátricos no Brasil. Dentre outras coisas, o documento aponta que nesses espaços é comum a prática de procedimentos realizados sem o consentimento livre e esclarecido das pessoas internadas, bem como a ausência de atividades terapêuticas e insuficiência de atendimento (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA *et al.* 2020).

O relatório de 2018 destaca, ainda, o notório caráter asilar de todas as instituições inspecionadas, conceituando-as como —locais que vulnerabilizam ainda mais os sujeitos nelas inseridos, não podendo ser comparadas a instituições de saúde. [...] são instituições que incapacitam, que reduzem o poder de contratualidade social^{ll} (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA *et al.*, 2020, p. 495).

Tem-se, então, a comprovação de que estes espaços cumprem com uma função de violação de direitos e que a noção de incapacidade das pessoas com

transtornos mentais fortalecem estes espaços ao mesmo tempo que é perpetuada a partir das práticas neles desenvolvidas.

1.2 Contextualizando o novo paradigma sobre os direitos das Pessoas com Deficiência

No ano de 2007, foi assinada em Nova York a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), tendo mais de 20 países como signatários, dentre os quais se inclui o Brasil. No território brasileiro, a Convenção e seu protocolo Facultativo foram promulgados em 2009, por meio do Decreto nº 6.949 de 2009.

O Decreto nº 186/2008 foi o responsável por aprovar no Congresso Nacional a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Tal aprovação ocorreu seguindo o procedimento exposto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, a saber

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.** (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Por essa razão, a promulgação da referida Convenção no território brasileiro através do Decreto nº 6.949/2009, garantiu a esta o reconhecimento enquanto equivalente a uma emenda constitucional, colocando-a, portanto, no topo da hierarquia legislativa ao lhe atribuir um caráter constitucional.

O acolhimento da percepção da deficiência enquanto tema de direitos humanos, representou um marco no tratamento das pessoas com deficiência no âmbito internacional, sendo nesse contexto que ocorreu a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Esta foi fruto de uma tendência de internacionalização dos direitos humanos surgida após o período da Segunda Guerra Mundial, que foi responsável por diversas violações de direitos básicos.

Destarte, tem-se que foi a partir da internacionalização dos direitos humanos e tomando como base a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que foi realizada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, estes dois documentos constituíram a base para a elaboração do texto da referida Convenção.

O compromisso firmado pelos países signatários da CDPD tomou como princípio a premissa de que toda pessoa faz jus aos direitos e liberdades estabelecidos na DUDH, bem como pautou-se nos princípios presentes na Carta das Nações Unidas, responsáveis pelo reconhecimento da dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todas as pessoas como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

A construção da Convenção se deu em torno da necessidade de proporcionar efetividade na garantia dos direitos das pessoas com deficiência, buscando o respeito pela dignidade desses sujeitos, bem como proporcionar liberdades individuais a partir de uma visão que tem como centralidade a autonomia e cidadania desses indivíduos, em uma perspectiva emancipatória.

Nesse sentido, uma das principais inovações frutos da CDPD foi a adoção do modelo social da deficiência em detrimento do modelo médico de abordagem. A grande diferença entre estes dois modelos está na percepção sobre a deficiência que é assumida por cada um. Na perspectiva do modelo social, a deficiência deixa de ser considerada como uma característica exclusivamente individual, passando a ser pensada enquanto uma questão social.

Por sua vez, o modelo médico, anteriormente vigente, tende a observar as pessoas com deficiência enquanto sujeitos que precisavam se adaptar à vida em sociedade, estando a deficiência na centralidade de suas vidas. Ao tratar deste modelo, Diniz (2007, p.15) aponta que —para o modelo médico, deficiência é consequência natural da lesão de um corpo, e a pessoa deficiente deve ser objeto de cuidados biomédicos¹¹.

A referida autora demonstra que para o modelo social da deficiência, a opressão e segregação não são vistas como decorrentes da deficiência, mas sim das barreiras sociais que impedem a plena participação social da pessoa com deficiência (DINIZ, 2007). —Assim, as alternativas para romper com o ciclo de segregação e opressão não deveriam ser buscadas nos recursos biomédicos, mas especialmente na ação política capaz de denunciar a ideologia que oprimia os deficientes¹² (DINIZ, 2007, p. 19).

Portanto, a adoção do modelo social da deficiência caracteriza uma virada importante na garantia de direitos das pessoas com deficiência, uma vez que aponta a necessidade de a sociedade adaptar-se para possibilitar a igualdade de direitos e

oportunidades para todos os sujeitos. Ao tratar do surgimento deste modelo, Diniz *et al.* (2009) dispõem:

Essa mudança de causalidade da deficiência, deslocando a desigualdade do corpo para as estruturas sociais, teve duas implicações. A primeira foi a de fragilizar a autoridade dos recursos curativos e corretivos que a biomedicina comumente oferecia como única alternativa para o bem-estar das pessoas com deficiência. [...] A segunda implicação foi a de que o modelo social abriu possibilidades analíticas para uma redescrizão do significado de habitar um corpo com impedimentos.

Tem-se, então, a primeira grande renovação na matéria dos Direitos das Pessoas com Deficiência a partir da adoção do modelo social da deficiência. Com essa inovação, o exercício dos direitos civis e políticos não estão mais condicionados à necessidade de superação da deficiência (ASSIS; SILVA, 2017) —os efeitos da deficiência [...] passam a ser superados na interação com o meio, cujo obstáculos devem ser desfeitos por dever do Estado, e não mais da pessoa (ASSIS; SILVA, 2017, p.167).

Não obstante a importância da adoção do modelo social da deficiência no âmbito internacional, tal conduta evidencia a responsabilidade dos Estados em garantir políticas públicas e realizar ações no sentido de garantir a efetivação da adaptação social, uma vez que, por óbvio, a mera adoção do novo paradigma não garante a mudança efetiva no tratamento das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, os países signatários da Convenção se incumbem da responsabilidade de disponibilizar os meios necessários para que os direitos ali estabelecidos sejam concretizados. Portanto, os Estados signatários da CDPD assumiram, consequentemente, o compromisso de adotar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para alcançar esse fim. É o que dispõe o artigo 4º da Convenção:

1. Os Estados Partes se comprometem a **assegurar e promover o pleno exercício** de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:
 - a) **Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza**, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;
 - b) **Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas**, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; [...]
2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, **cada Estado Parte se compromete a tomar medidas**, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, **a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício**

desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional [...] (BRASIL, 2009, grifos nossos).

Por conseguinte, é com o objetivo de dar efetividade à Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, que em julho de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.146, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). A referida lei, em conformidade com a CDPD, tem como escopo a garantia de —exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadanial (BRASIL, 2015).

O Decreto nº 6.949 de 2009, responsável pela promulgação da CDPD no território brasileiro, bem como a Lei nº 13.146/2015 foram cruciais para a mudança do tratamento jurídico das pessoas com deficiência no Brasil. Ambos constituem um marco revolucionário no que concerne à autonomia desses sujeitos e é também a partir deles que a teoria das incapacidades adota um novo paradigma, a partir da mudança de visão quanto à capacidade desses sujeitos.

1.3 A capacidade jurídica após a CDPD e a Lei Brasileira de Inclusão

Como país signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil comprometeu-se a adotar as medidas necessárias, inclusive legislativas, no sentido de dar efetividade aos direitos garantidos às pessoas com deficiência. Assim, a elaboração e promulgação da Lei nº 13.146, em 2015, se deu em torno de alcançar esta finalidade.

Uma das principais alterações trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão foi a modificação do conceito jurídico de deficiência, consequência natural da adoção do modelo social no âmbito internacional. A referida lei apresenta no seu art. 2º o mesmo conceito de deficiência presente no artigo 1º da CDPD, considerando pessoa com deficiência quem

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 (BRASIL, 2015).

Em razão das divergências doutrinárias acerca da inclusão das pessoas com transtornos mentais enquanto Pessoas com Deficiência, faz-se necessário explicar a

posição adotada por esta pesquisa ao referir-se às pessoas com transtornos mentais como grupo abrangido pela CDPD.

Compreende-se que ao diferenciar a deficiência mental da intelectual, a Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com Deficiência buscou abranger as pessoas com transtornos mentais, posto que, de fato, quando estes interagem com determinadas barreiras sociais, dificultam a plena e efetiva participação destes sujeitos na vida social.

O documento —Hospitais Psiquiátricos no Brasil: Relatório de Inspeção Nacional¹¹¹, ao tratar do tema, atenta para o fato de que as pessoas com transtornos mentais são —avaliadas por critérios organizados na Classificação Internacional de Doenças (CID), bem como pela Classificação Internacional da Funcionalidade, Incapacidade e Saúdell, sendo, portanto, o código médico que fundamenta o diagnóstico. Nesse sentido, dispõe ainda:

Na medida em que o código médico serve para embasar o quadro diagnóstico de pessoas com deficiências, é o código de direitos (CDPD) que faz o caminho de volta, completando o circuito de garantias ao contemplar as pessoas com transtornos mentais, incluindo aquelas com problemas decorrentes do uso de álcool e outras drogas, cuja nosografia esteja enunciada na CID. Não é sem interesse que a legislação penal e civil precedente à Convenção já englobava ambos públicos para efeitos jurídicos, sejam no âmbito dos direitos seja no dos deveres do Estado. Por isso, a Convenção passa a ser um valioso instrumento de proteção dessa populaçãoa [...] (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA *et al.* 2020, p. 33).

Tem-se, então, que a Lei Brasileira de Inclusão, em consonância com a CDPD, foi responsável pela mudança no paradigma dos Direitos das Pessoas com Deficiência, dentre as quais compreende-se estarem incluídas as pessoas com transtornos mentais. Estes instrumentos normativos trouxeram importantes inovações na garantia de direitos destes sujeitos, como, por exemplo, a proibição do tratamento ou institucionalização forçada, sem consentimento prévio.

Tais normativas também foram responsáveis pela grande mudança na percepção trazida originalmente pelo Código Civil de 2002 no que diz respeito à matéria da capacidade das pessoas naturais, causando a exclusão da possibilidade de interdição absoluta no sistema civil e processual civil brasileiro.

Uma vez que o novo paradigma adotado não mais compreende a deficiência enquanto limitadora, passa-se a priorizar um tratamento que garanta a liberdade e a autonomia de todos os sujeitos para os atos da vida cotidiana. Assim, com o advento

destes dispositivos normativos, a capacidade das pessoas com deficiência passa a ser tratada de maneira notoriamente contrária à vigente até então.

O art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aponta que a plena e efetiva participação e inclusão desses sujeitos na sociedade constitui princípio desta Convenção. Logo em seguida, no art. 4º do documento, estão presentes as obrigações gerais dos Estados signatários, dentre as quais destaca-se o comprometimento em assegurar e promover o exercício integral dos direitos humanos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, devendo os Estados garantirem a não discriminação em razão da deficiência.

Buscando a efetivação destas disposições da CDPD, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) apresenta o conceito de discriminação, dispondo no seu art. 4º, § 1º que a discriminação em razão da deficiência é —toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiênciall (BRASIL, 2015).

Na busca pela garantia da autonomia das pessoas com deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi além e dedicou seu artigo 12 para tratar especificamente sobre o reconhecimento igualitário perante a lei desses sujeitos. O referido artigo dispõe explicitamente que —os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vidaall (BRASIL, 2009).

O artigo 12 da Convenção, promulgada em território brasileiro pelo Decreto nº 6.949/2009, também é responsável por determinar que, para garantir o acesso e a efetivação da capacidade legal das pessoas com deficiência, os Estados signatários se comprometem a adotar as providências necessárias nos seus respectivos territórios.

A partir da CDPD, a pessoa com deficiência possui igual capacidade jurídica (ou capacidade legal, como diz o texto original) em relação às demais. Os países signatários da Convenção terão que abandonar a deficiência como critério modulador da capacidade jurídica, sob pena de transformar o sujeito de direito em mero objeto de proteção e desrespeitar o texto convencional (MENEZES, PIMENTEL, LINS, 2021, p. 4).

Em consonância com essa perspectiva, a Lei Brasileira de Inclusão traz as alterações necessárias no que compete à capacidade jurídica das pessoas com deficiência, por meio das alterações no texto original do Código Civil de 2002. Já no seu artigo 6º, a lei dispõe que a deficiência não tem o condão de modificar a plena capacidade civil da pessoa natural.

Ademais, a LBI dispõe novamente sobre a capacidade legal no seu artigo 84, no qual aponta que às pessoas com deficiência é assegurado o direito de exercer sua capacidade legal de maneira igual às demais pessoas. Observa-se, portanto, que este dispositivo versa sobre a mudança na capacidade jurídica de maneira geral, não havendo que se falar em restrição à alteração da capacidade no âmbito civil.

A Lei nº 13.146/2015 foi, portanto, a responsável pela alteração da redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, responsáveis por dispor sobre a matéria da capacidade, passando os referidos dispositivos a vigorar com a seguinte redação:

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

- I - Revogado
- II - Revogado
- III - Revogado

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

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ebrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem expressar sua vontade;
- IV - os pródigos (BRASIL, 2002).

A nova redação trazida pela Lei Brasileira de Inclusão, portanto, retira do rol dos absolutamente incapazes as pessoas com transtornos mentais, não mais utilizando o critério genérico anteriormente adotado. A partir de então, o texto do Código Civil Brasileiro passa a considerar como absolutamente incapazes apenas as pessoas naturais menores de 16 anos.

No que se refere ao rol da incapacidade relativa, a LBI foi responsável por alterar os incisos II e III do artigo 4º do texto original do Código Civil de 2002. Foram retiradas do rol da incapacidade relativa as menções às pessoas com transtornos mentais, passando a considerar a incapacidade a partir da impossibilidade de expressão da vontade, independente da condição psíquica do sujeito.

Destarte, no que diz respeito à matéria cível, percebe-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão proporcionaram um marco na mudança da capacidade das pessoas com deficiência e, especificamente, das pessoas com transtornos mentais. A mudança de paradigma proporcionada pela primeira, concretizou-se, no âmbito jurídico brasileiro, através da edição da segunda.

Não obstante a relevância de tais inovações, a restrição das alterações ao âmbito civil trata-se de uma opção legislativa feita no território brasileiro que levanta questionamentos quanto às incongruências causadas quando compara-se às diversas áreas do direito. Tal escolha proporciona, portanto, uma incompatibilidade interna no sistema jurídico brasileiro.

2. A INCAPACIDADE DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS E O INSTITUTO DA INIMPUTABILIDADE PENAL

2.1 A inimputabilidade no Código Penal Brasileiro

É chamada de teoria do crime a tese responsável por determinar o conceito de crime no território brasileiro. Segundo esta teoria, será considerado criminoso o fato que seja classificado enquanto típico, ilícito e culpável.

De forma geral, a determinação do fato enquanto típico está relacionada à sua previsão pelo Código Penal. São os elementos do fato típico: a conduta, o resultado, o nexo causal entre a conduta e o resultado, e a tipicidade propriamente dita. Ressalta-se que é no momento da análise da conduta que deverá ser investigada a existência do dolo ou culpa, elementos psíquicos relacionados à vontade do agente em praticar o fato.

A ilicitude, também chamada de antijuridicidade, por sua vez, pode ser conceituada como a —contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade [...], bem como o seu lado material [...]|| (NUCCI, 2021, p. 223).

A análise da ilicitude do fato é feita a partir da investigação de presença de alguma das excludentes de ilicitude dispostas no art. 23 do Código Penal Brasileiro:

Art. 23 - **Não há crime** quando o agente pratica o fato:
 I - em **estado de necessidade**;
 II - em **legítima defesa**;
 III - em **estrito cumprimento de dever legal** ou no **exercício regular de direito** (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Após a averiguação da tipicidade e da ilicitude do fato praticado, deverão ainda ser analisados os elementos da culpabilidade, sendo eles: a imputabilidade do sujeito, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa. A culpabilidade do fato possui relação intrínseca com o conceito de capacidade no âmbito penal e, por essa razão, cumpre aqui dedicar maior explanação sobre o tema

Segundo Fuhrer (2000, p. 39) —a imputabilidade se traduz na capacidade psíquica abstrata de alguém ser responsabilizado por infração penal|||. Referindo-se, portanto, à capacidade jurídica do indivíduo em responder pelos atos típicos

ilícitos por ele praticados, constituindo, conforme mencionado, elemento essencial da culpabilidade e, portanto, da determinação da pena.

Por opção legislativa, a determinação da imputabilidade do sujeito é feita a *contrario sensu*, devendo-se analisar primeiro as hipóteses de inimputabilidade trazidas pelo Código Penal e assim, determinar se o indivíduo que praticou o fato se enquadra nestas. Tais hipóteses estão apontadas nos artigos 26, 27 e 28 do referido código:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Observa-se, assim, três hipóteses caracterizadoras da inimputabilidade penal: a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, o fato de ser menor de 18 anos e, por fim, a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo esta última a que interessa para o fim desta pesquisa.

Do exposto no *caput* do art. 26 do CP, depreende-se que a incapacidade de entender o caráter ilícito do fato praticado e a incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento constituem elementos da inimputabilidade penal por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Configura-se, portanto, o critério biopsicológico adotado pelo Código Penal Brasileiro, no qual tem-se que a presença dos estados de perturbação mental estabelece uma presunção de inimputabilidade, que apenas restará confirmada se destes estados resultarem uma incapacidade de entender o caráter ilícito do fato praticado e a incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento (SENRA, 2004).

Sobre a inimputabilidade penal, Assis e Silva apontam que

ganhou crescente espaço nas páginas da história da medicina social no Brasil justamente a partir da eleição do –discernimento– como elemento modal da ilicitude do comportamento. Pedra de toque da prática delituosa, foi adotado para fundamentar a adoção do conceito da capacidade de a pessoa entender e querer conforme o entendimento, tornando-se o exato indicador do grau de imputabilidade a que se está sujeito. (ASSIS; SILVA, 2017, p. 170)

Quando uma pessoa com transtorno mental entra em conflito com a lei, a constatação da sua inimputabilidade ocorrerá através da realização de um laudo de sanidade mental, oportunidade em que o perito deverá responder aos quesitos determinados pelo juiz (e pelo Ministério Público e pela defesa do acusado, se houver) com o escopo de compreender a situação fática. Após o parecer médico, o juiz deverá decidir pela imputabilidade ou não do sujeito, que quando for considerado inimputável terá destinada para si um tratamento diferenciado.

Nestes casos, após a determinação da inimputabilidade pelo juiz, tendo como base o exame de sanidade mental, será destinado ao sujeito um tratamento diferenciado: conforme dispõe o Código de Processo Penal Brasileiro no seu art. 386, em razão da isenção de pena do réu, o juiz deverá absolvê-lo, caso em que será aplicado, em substituição a pena, a medida de Segurança.

2.2 A medida de segurança no Código Penal Brasileiro

A medida de segurança surge como alternativa à pena, caracterizando-se por ser uma resposta do Estado que visa, em tese, proporcionar um tratamento terapêutico, com natureza preventiva. Tal medida poderá ser cumprida mediante a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP) ou tratamento ambulatorial, quando o fato previsto como crime for punível com detenção, conforme exposto no art. 96 Código Penal.

Uma das principais características alarmantes sobre tal medida, é a possibilidade de que ela perdure por tempo indeterminado, conforme respaldado legislativamente:

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 (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Assim, a inimputabilidade do agente que pratica o crime é característica que justifica, para o Código Penal, a presença de uma medida alternativa à determinação de uma pena. No entanto, observa-se que a tal medida possui raízes que vão além da inimputabilidade e está pautada em um paradigma, construído historicamente, que determina as pessoas com transtornos mentais como presumidamente perigosas.

O texto original do Código Penal de 1940, responsável por introduzir o instituto da medida de segurança no Brasil, demonstra que esta medida tem como base uma periculosidade atribuída aos ditos loucos criminosos. Na sua redação, trazia expressamente que a aplicação de tal medida pressupunha a periculosidade do agente, através do seu artigo 76:

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

- I - a prática de fato previsto como crime;
- II - **a periculosidade do agente.**

Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II (BRASIL, 1940, grifos nossos).

A medida de segurança é formalmente identificada como um tratamento terapêutico e não como pena, não sendo, portanto, enquadrada como pena pelo Código Penal Brasileiro. No entanto, muitos autores apontam para os fatores que levam à compreensão da natureza sancionatória desta medida, como é o caso de Haroldo Caetano (2018), que dispõe:

Negada formalmente a sua natureza sancionatória, as medidas de segurança se caracterizaram desde o seu ingresso na legislação penal brasileira, entretanto, justamente pela gravidade das condições impostas aos indivíduos a elas submetidos. Em muitos casos, principalmente por conta do seu caráter detentivo e indeterminado, por não ter limite máximo de duração, eram muito mais gravosas do que a própria sanção penal objetivamente considerada, severidade que ganha dimensão ainda maior em face das terríveis condições de funcionamento dos manicômios judiciários brasileiros (CAETANO, 2018, p. 52).

É nesse sentido que posiciona-se esta pesquisa, compreendendo a medida de segurança enquanto sanção penal, tendo em vista o seu caráter indeterminado e compulsório. Assim, ao tratar de tal medida, este trabalho refere-se ao seu caráter sancionatório, não obstante a natureza terapêutica que, em tese, possui.

2.2.1 A periculosidade como elemento da medida de segurança

Para além de pressupor a periculosidade do agente nos casos em que fosse aplicada a medida de segurança, no bojo da sua redação original, o código de 1940 trouxe uma série de casos em que a periculosidade do agente era presumida, dentre os quais estavam incluídos o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Desde a reforma penal de 1984, no entanto, o Código Penal Brasileiro não fala mais em presunção de periculosidade na aplicação da medida de segurança, o que parece não ter sido o suficiente para eliminar o discurso da periculosidade por completo do âmbito jurídico.

O Código Penal aponta que o tratamento definido perdurará por tempo indeterminado até que seja comprovada, através de uma perícia médica a cessação da periculosidade (art. 97, § 1º, CP), ao passo que a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.2010/1984, também menciona o exame de cessação de periculosidade, dedicando os seus artigos 175 a 179 para dispor sobre as regras para elaboração deste exame.

Tendo em vista que só é possível cessar algo que existe, tem-se que a necessidade de realizar um exame que verifica a cessação da periculosidade é consequência lógica da sua existência prévia. Nesse sentido, comprehende-se que, apesar de não mais estar expresso na letra lei, a base para a aplicação da medida de segurança nos casos das pessoas com transtornos mentais continua a ser uma periculosidade que se presume.

Tem-se, assim, que inimputabilidade e periculosidade constituem elementos da medida de segurança, e estão ambas atreladas entre si, ao passo que um instituto reforça o outro. A incapacidade de compreender o caráter ilícito de um fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento seria, então, o que acarretaria a periculosidade e justificaria a necessidade da segregação, por meio da aplicação da medida de segurança.

Ressalta-se que o surgimento dos manicômios judiciários no Brasil ocorre a partir do século XX, em um contexto de decadência do modelo escravagista e, portanto, da tentativa de dominação dos corpos não-brancos (JUNQUEIRA, 2017).

Nesse sentido, Caetano (2018, p. 70) aponta que —a resposta penal para a loucura, materializada nas medidas de segurança, vem de teorias racistas construídas no século XIX e que serviram de alicerce para o Código Penal de 1940^{II}.

Tais constatações demonstram o objetivo de segregação dos tidos como indesejáveis, na tentativa de controle desses sujeitos, sendo, nesse sentido, construída a ideia de que os sujeitos considerados loucos são perigosos por natureza, paradigma que é perpetuado até os dias atuais.

A inimputabilidade e a periculosidade, portanto, constituem institutos contemporâneos essenciais para a perpetuação da exclusão social dos ditos loucos criminosos, através da aplicação da medida de segurança.

O Direito determina a inimputabilidade e se despe do dever de arbitrar o poder punitivo do Estado, amparado pela presunção da periculosidade para sobrepor a supremacia de uma ideologia que legitima, em termos práticos, sua exclusão social, seu silenciamento (SENRA, 2004, p. 48).

Destarte, a compreensão de que a loucura possui vínculo intrínseco com a periculosidade é o que dá subsídios para a manutenção de um sistema que garante uma medida diferenciada para os loucos criminosos. Ainda, justifica a necessidade de que essa penalidade, proposta sob o viés de tratamento, se mantenha até a suposta cessação de periculosidade do sujeito, garantindo a perpetuação da exclusão social.

Observa-se, no entanto, que a periculosidade possui um conceito abstrato e precário e em tese, não poderia constituir fundamento para a determinação e manutenção de sanções penais em um Estado Democrático de Direito, posto que está pautada nas características pessoais do sujeito. Nas palavras de Caetano (2018, p. 76), —ao se afastar do ato para se aproximar da punição do próprio indivíduo a partir de condições biopsicológicas, a periculosidade deixa de ter [...] qualquer sustentação no regime constitucional brasileiro.

Importante destacar que um censo populacional realizado por Débora Diniz, em 2011, apresenta algumas importantes violações que podem ser observadas a partir da análise dos casos de execução da medida de segurança nos Hospitais de Custódia e Tratamento no Brasil.

O censo, que versou sobre 3.989 dossiês de internação ao redor do país, constatou que 41% dos exames de cessação de periculosidade estão em atraso e que o tempo médio de espera de um laudo psiquiátrico é de 10 meses, ao passo que a espera para o laudo que determina a cessação de periculosidade é de 32 meses (DINIZ, 2013).

Atenta-se para o fato de que o Código de Processo Penal determina que o tempo para a realização de um laudo psiquiátrico deve ser 45 dias, bem como o Código Penal determina que o exame de cessação de periculosidade deve ser realizada ao fim do prazo mínimo fixado na decisão judicial, devendo ser repetida de ano em ano, pelo menos.

Para a cultura dos direitos humanos, bastaria um único indivíduo injustamente internado para nos provocar inquietudes éticas sobre a moralidade do modelo de confinamento para correção psiquiátrica. O censo encontrou algo muito mais atroz: pelo menos um em cada quatro indivíduos não deveria estar internado; e para um terço deles não sabemos se a internação é justificada. Ou seja, para 1.866 pessoas (47%), a internação não se fundamenta por critérios legais e psiquiátricos. São indivíduos cujo direito a estar no mundo vem sendo cotidianamente violado (DINIZ, 2013, p.17).

Alarmante torna-se, portanto, a conclusão do censo de que 7% dos indivíduos que se mantêm em regime de internação já possuem sentença de desinternação, mantendo-os injustamente internados. Este resultado demonstra a problemática em torno da execução da medida de segurança e reafirma o seu caráter sancionatório, ao passo que, na prática, não cumpre com o papel terapêutico a que é comumente atrelada.

2.2.2 A influência do saber médico na medida de segurança

Barros-Brisset (2011) aponta que com a entrada da demência na legislação, no início do século XIX, ocorreu a parceria do direito com a psiquiatria. A partir de então, quando loucura e crime se relacionam, é o saber jurídico e o saber médico quem determinam as verdades e as decisões a serem tomadas sobre os sujeitos tidos como loucos criminosos.

O destino dos sujeitos em sofrimento mental em conflito com a lei é determinado por aqueles que passam a ser determinados como aptos a falar por eles: o médico psiquiatra e o juiz, em regra. É nesse sentido que a Perícia Médica surge como elemento essencial para a aplicação da medida de segurança.

Este exame é utilizado para verificar se o sujeito que praticou o fato ilícito é incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de responsabilizar-se por este, caso em que deverá ser absolvido e aplicada a medida de segurança. Assim, apesar de não possuir caráter vinculante para a decisão judicial, será a partir do parecer da perícia médica que o juiz deverá decidir.

Caberá, então, ao médico responsável pela realização do exame, determinar as condições do sujeito em sofrimento mental que serão levadas em consideração na aplicação da medida de segurança, incluindo no que concerne às condições onde a medida será executada.

A perícia psiquiátrica, por ser subjetiva e valorativa, torna-se instrumento de detenção arbitrária. Com a instauração do incidente de insanidade mental, o suposto autor do crime comumente é encaminhado ao HCT para realização de exame médico-legal sob regime de internação psiquiátrica compulsória (CORREIA, 2007, p.145).

Tem-se então, que o exame médico-legal tem como razão de existência uma necessidade jurídica e é nesse sentido que Weigert (2015) aponta que

não são as características do portador de sofrimento mental e os efeitos advindos desse sofrimento que estão em causa, mas responder a pergunta que a ciência jus faz para a ciência psi. Sem essa indagação o laudo se esvazia do ponto de vista da psiquiatria, perde o objeto, não tem nenhuma razão de ser (WEIGERT, 2015, p. 90).

A autora aponta ainda que, nessa perspectiva, no que tange ao laudo pericial, a psiquiatria se encontra a serviço do direito e essa submissão torna-se responsável por descaracterizar a técnica psiquiátrica. Assim, a psiquiatria torna-se o instrumento que serve para embasar as decisões judiciais com legitimidade científica (WEIGERT, 2015).

Depreende-se, então, que a razão de ser da perícia criminal, por si só, acaba por influenciar a sua realização. Cria-se um ciclo que tende a automatizar a realização destes exames bem como a sua utilização como fundamento que justifica a aplicação da medida de segurança de internação, em regra.

A perícia médica aparece ainda quando do momento de cessação da execução da medida de segurança. Conforme já mencionado, o Art. 97, §1º do Código Penal condiciona o fim da medida de segurança à cessação de periculosidade, que deverá ser atestada através da elaboração de uma perícia médica.

Este exame, responsável por verificar a extinção do suposto caráter perigoso do indivíduo, levanta questionamentos acerca da real possibilidade de identificar a cessação de uma suposta periculosidade, posto que dispõe sobre questões extremamente subjetivas do indivíduo.

Não havendo regras expressas que guiem a realização de tal exame, tem-se na prática, a utilização de critérios discricionários por parte do médico-perito, que

levará em consideração os elementos que ele mesmo considerar relevante para determinar o grau de periculosidade do indivíduo. Ao tratar da periculosidade enquanto argumento de manutenção da medida de segurança, Lebre (2013) aponta que

A noção de periculosidade representa nada além do que —um juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação probabilística, aplicada à pessoa rotulada como perigosa, com base em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e sua vida pregressa (CARVALHO, 2003, p. 137 *apud* LEBRE, 2013, p. 276).

Pautado no pretexto da ciência imparcial, o direito buscará no saber médico-psiquiátrico argumentos que possam corroborar para a tomada de decisões no que concerne aos loucos criminosos.

Ocorre, na prática, que a decisão do juiz estará amparada pelo conhecimento dito técnico, que dará subsídios para a manutenção de um sistema pautado na estigmatização da loucura e da determinação desta como perigosa. Tem-se então um ciclo que se retroalimenta e se reafirma sob o subterfúgio da científicidade imparcial.

Perde-se então o objetivo do direito penal de punir o crime, posto que, nesse sistema, o saber médico é invocado para analisar critérios subjetivos relacionados à personalidade do indivíduo. Aqui, as características pessoais do agente passam a ser objeto da punição, justificando a necessidade de perpetuação da sanção penal — a medida de segurança.

Destarte, a aplicação da medida de segurança, baseada na inimputabilidade e periculosidade do agente, com a validação do suposto conhecimento médico imparcial, passa a assumir o papel de controle dos sujeitos tidos como indesejáveis, através da segregação e do silenciamento.

Ao analisar a medida de segurança enquanto resposta penal, Haroldo Caetano (2018) faz relevantes considerações acerca do caráter inconstitucional desse instituto. Considerando que o princípio da culpabilidade possui um caráter constitucional, o autor atenta para o caráter obrigatório da referência deste princípio na aplicação das normas penais.

Com a elevação da culpabilidade ao *status* constitucional, tem-se a impossibilidade da aplicação de uma medida penal de caráter sancionatório quando não houver a existência da culpabilidade e de todos os seus atributos (CAETANO, 2018).

Tal solução, que decorre da aplicação da legislação penal, significa sim uma condenação a uma sanção penal mesmo que disfarçada de medida terapêutica. E, mais ainda, num momento em que a comunidade científica e as políticas de atenção em saúde mental negam o caráter terapêutico da internação, fica indubidoso que a medida é estritamente punitiva e, portanto, de questionável constitucionalidade, pois se trata de uma indiscutível situação de responsabilidade penal objetiva (CAETANO, 2018, p. 83).

Compreendendo-se que a medida de segurança determina, em regra, a sujeição compulsória do indivíduo a um sistema manicomial, resta, então, mais uma vez evidente, a posição que determina o caráter sancionatório de tal medida.

É nesse sentido, portanto, que a aplicação de tal medida, de caráter sancionatório, em casos nos quais não estão presentes todos os elementos da culpabilidade — posto que o sujeito é considerado inimputável — é considerada inconstitucional (CAETANO, 2018).

3.2.3 A medida de segurança após a Reforma Psiquiátrica Brasileira

A Lei 10.216/2001 conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira destaca-se como consequência direta da luta do Movimento Antimanicomial. Tal lei constitui um marco no tratamento jurídico dispensado às pessoas com transtornos mentais, incluindo-se aquelas em conflito com a lei, por buscar quebrar o paradigma até então vigente de contenção dos corpos desses indivíduos.

A principal mudança no tratamento que esta lei traz é a compreensão de que as pessoas com transtornos mentais devem ser tratadas enquanto sujeitos autônomos detentores de direitos e deveres, buscando priorizar a inserção social desses sujeitos e o cuidado em liberdade, através da lógica antimanicomial.

Apesar da lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira não tratar especificamente da medida de segurança, ela determina em seu texto que a escolha pela internação das pessoas em sofrimento mental, em qualquer uma de suas modalidades, só deverá ocorrer mediante a comprovação da insuficiência dos recursos extra-hospitalares e, dentro destas modalidades, está compreendida a internação compulsória, isto é, aquela determinada judicialmente.

Assim, mesmo sem mencionar a medida de segurança, a Reforma Psiquiátrica Brasileira acarretou em diversos instrumentos normativos que passaram a influenciar diretamente a execução de tal medida, bem como trouxe diversas

alterações jurídicas que devem ser observadas quando versar-se sobre os direitos das pessoas com transtornos mentais.

Portanto, buscando efetivar os preceitos introduzidos pela Reforma Psiquiátrica Brasileira, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicou a Resolução nº 113/2010 e a Recomendação Nº 35/2011, determinando que a aplicação de tal medida deverá ocorrer nos termos da Lei nº 10.216/2001, buscando sempre que possível, a implementação das políticas antimanicomiais, e orientando os tribunais a adotarem a política antimanicomial, sempre que possível, na execução da medida de segurança, respectivamente.

Em consonância com os princípios da Lei 10.2016/2001, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), também publicou a Resolução Nº 4, de julho de 2010, a qual prevê no seu art. 1º,

§ 1º: Devem ser observados na execução da medida de segurança os princípios estabelecidos pela Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental que deve acontecer de modo antimanicomial, em serviços substitutivos em meio aberto (BRASIL, 2010).

Uma análise do instituto da medida de segurança frente à Lei 10.216/2001, realizada em 2011 pelo Ministério Público Federal, verificou que —o atual sistema de execução da medida de segurança no Brasil configura uma das maiores violações aos direitos humanos das pessoas com transtorno mental em conflito com a lei (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2011, p. 88).

O referido parecer, quando da análise da medida de segurança, dispõe sobre alguns aspectos importantes para a compreensão desse instituto. Assim, traz a posição de alguns autores sobre a constitucionalidade da medida de segurança, destacando que —a internação manicomial sem prazo definido e independente da vontade da pessoa com transtornos mentais; trata-se da condenação penal a uma sanção, sob o disfarce de uma “sanção terapêutica” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2011, p. 65).

Ao tratar das portarias e as resoluções editadas para a adequação do cumprimento das medidas de segurança à lei n. 10.216/2001, o parecer menciona-as como um —avanço ignoradoll. Assim o faz pois, ao analisar o cumprimento de tal medida na prática, encontra a violação de diversos dispositivos da Reforma

Psiquiátrica Brasileira e, principalmente, da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2011).

Ao tratar do atendimento psicossocial que, em tese, deveria ser ofertado nos HCTPs aos sujeitos em cumprimento de medida de segurança, dispõe o parecer que da análise dos relatórios de visitas oficiais realizadas a esses estabelecimentos, pelos conselheiros penitenciários, o que se verifica é a manutenção do *status quo ante*, ou seja, o flagrante desrespeito aos direitos das pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2011, p. 75).

O referido parecer confirma, assim, uma série de violações que ocorrem quando do cumprimento da medida de segurança. Comprova ainda o caráter ilegal no qual esse sistema está baseado e a sua não conformidade com os preceitos da Reforma Psiquiátrica Brasileira, atentando para a necessidade de reformulação do instituto e da sua execução.

2.3 A incapacidade e inimputabilidade das pessoas com transtornos mentais

Dispostas as explicações acerca da inimputabilidade penal das pessoas com transtornos mentais, comprehende-se que este instituto está pautado muito mais em um paradigma estigmatizado, responsável por produzir uma série de violações de direitos, do que em uma tentativa de garantir um tratamento adequado a esses sujeitos.

Führer (2000) traz à tona a discussão sobre a diferença entre responsabilidade e inimputabilidade, apontando que apesar das possíveis diferenças entre os termos, ambos abrangem aspectos de um mesmo fenômeno jurídico. De fato, a inimputabilidade consiste na impossibilidade do sujeito responsabilizar-se pelo ato típico e ilícito praticado e, desse modo, —a responsabilidade se coloca como o aspecto concreto da inimputabilidade (FUHRER, 2000, p. 39).

Tem-se, então, a negação da responsabilização às pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei reforçando a invisibilidade desses sujeitos através do silenciamento de suas vozes. Considerados como incapazes, os ditos —loucos perigosos— não são considerados como qualificados para responsabilizar-se, tampouco para participar ativamente do processo que decidirá sobre seus destinos.

Durante o processo jurídico que debaterá o fato, não haverá a possibilidade de que o dito louco criminoso ofereça resposta sobre os atos que lhes forem

atribuídos, uma vez que este é considerado incapaz de responsabilizar-se. Discute-se, portanto, a legitimidade de uma decisão que é construída sem a participação concreta e consciente do agente que está sendo, na prática, julgado.

A incapacidade de entender o fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento é, então, colocada na centralidade da lógica da periculosidade em detrimento da questão da liberdade individual (ASSIS; SILVA, 2017). É dessa forma que a visão estigmatizada construída historicamente sobre as pessoas com transtornos mentais atribui a estes indivíduos a impossibilidade de responsabilizar-se pelos seus próprios atos, incluídos aqueles relacionados ao âmbito jurídico.

Por não serem considerados aptos para reger suas próprias vidas e perigosos para o convívio social, as alternativas oferecidas pelo sistema jurídico seguem por um caminho que, em regra, servem para perpetuar o *status quo* de controle dos indesejados, através da exclusão social e do consequente silenciamento de suas vozes.

A medida de segurança, consequência da inimputabilidade atribuída às pessoas com transtornos mentais, acaba por tornar-se também um tipo de sanção que, em alguns aspectos, parece ser ainda mais severa do que a pena usual, apesar de ser associada a um propósito protetivo e terapêutico.

Posto que a responsabilização pelos próprios atos é consequência intrínseca da convivência em sociedade, é desumano não ser considerado humano o suficiente para responder pelas consequências de sua existência (BARROS-BRISSET, 2013). Mais do que isso, esta negação tem o condão de comprovar a exclusão social à qual estão submetidos estes indivíduos.

Assis e Silva (2017, p. 164) apontam que —o atual Código Penal, ao determinar a isenção de pena aos inimputáveis, cria um estado de exceção aos julgados incapazes de responder por seus atos¹¹, uma vez que são negados direitos básicos que vão de encontro com os preceitos do próprio Estado Democrático de Direito. Apontam ainda que —a conceituação da inimputabilidade invalida a fala e o pensamento do sujeito; a eleição do hospital de custódia como resposta estatal ao ato delituoso invalida a vida¹² (ASSIS; SILVA, 2017, p. 165).

3. A INIMPUTABILIDADE DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS FRENTE AO PARADIGMA DA CDPD E DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

3.1 Da compreensão de que as alterações na capacidade não estão restritas ao âmbito civil

Frente às já demonstradas alterações na teoria da capacidade após a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão, cumpre-se investigar os reflexos desses dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando determina, no seu art.12, que a capacidade das pessoas com deficiência deverá ser exercida em iguais condições com as demais pessoas, a CDPD menciona expressamente a capacidade legal, não restringindo-se ao trato da capacidade civil.

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de **capacidade legal** em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da **capacidade legal** incluem salvaguardas apropriadas e efetivas para **prevenir abusos**, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. **Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.** As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa (BRASIL, 2009, grifos nossos).

No entanto, por escolha legislativa, a Lei Brasileira de Inclusão destinou expressa modificação apenas ao texto do Código Civil de 2002, alterando os artigos deste dispositivo que mencionam a capacidade civil das pessoas com deficiência. Em função dessa opção, as inovações oferecidas pelo novo paradigma da capacidade jurídica, no território brasileiro, foram aplicadas apenas no âmbito cível, causando incongruências com os demais ramos do direito.

Não obstante tal restrição expressa, a LBI reafirma o preceito do artigo 12 da Convenção, quando aponta no seu art. 84 que —a pessoa com deficiência tem

assegurado o direito de exercício de sua **capacidade legal** em igualdade de condições com as demais pessoas^{II} (BRASIL, 2015, grifos nossos). Constatase mais uma vez, portanto, a manifesta menção à capacidade jurídica e não apenas à civil.

Nesse sentido, quanto à capacidade de que trata a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Assis e Silva (2017, p. 169) apontam que —deve ser entendida como o atributo de ser titular de direitos e deveres (capacidade legal), próprio do sujeito de direitos, bem como de exercê-los (legitimação para atuar)^{II}.

Fato é que, ao tratar da garantia de direitos civis e políticos, a CDPD constitui um marco revolucionário ao conferir uma nova perspectiva de emancipação das pessoas com deficiência, partindo da compreensão de plena capacidade desses sujeitos para a tomada de decisões sobre suas próprias vidas e para reivindicar de forma assertiva os seus direitos.

O reconhecimento da capacidade destas pessoas está, portanto, posta como pressuposto básico para todas as normas que possam vir a reger seus direitos e deveres. Ao reconhecer que as pessoas com deficiência têm o direito à vida em igualdade de condições com os outros seres humanos, a CDPD reconhece que a pessoa com deficiência deve ser tratada a partir de uma perspectiva emancipatória em todos os aspectos da vida.

O direito à participação política é um reconhecimento de que a vida das pessoas com deficiências não pode ser organizada pelos que não têm deficiências e que há uma dimensão de deficiência em todas as leis e políticas; desse modo, essas leis e políticas não devem ser decididas sem a participação plena das pessoas com deficiências (DHANDA, 2008, p. 46).

Depreende-se assim que, por considerar as pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres em iguais condições com as demais pessoas, bem como por determinar seus direitos civis e políticos a partir de uma perspectiva que visa os incluir no convívio social, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passa a inviabilizar as normativas que apontam as pessoas com transtornos mentais enquanto incapazes para o exercício da sua cidadania.

Partindo do pressuposto de que não há como se falar em socialização plena e efetiva restringindo o exercício da capacidade plena apenas a alguns ramos específicos, é que comprehende-se que a mudança do paradigma da capacidade das

Pessoas com Deficiência, com foco aqui nas pessoas com transtornos mentais, não deve restar encerrada nas alterações efetuadas no âmbito civil.

É, portanto, a partir da análise do novo paradigma imposto pelos Direitos das Pessoas com Deficiência que afirma-se que a mudança na capacidade destes sujeitos não deve limitar-se a determinados ramos do direito, sob o perigo de impossibilitar o efetivo exercício dos direitos garantidos bem como de causar incongruências entre os diversos ramos jurídicos.

A adoção do modelo social da deficiência pela CDPD, a menção expressa ao gozo da plena capacidade legal nesta e na Lei Brasileira de Inclusão, bem como o caráter emancipatório e garantidor de direitos civis e políticos destes dispositivos são apenas algumas das pistas que levam à conclusão de que os objetivos destas normativas não condizem com a perpetuação da incapacidade em qualquer aspecto da vida das pessoas com deficiência.

Considerando-se o caráter constitucional adquirido pelos Direitos das Pessoas com Deficiência estabelecidos pela Convenção promulgada em 2009 no território brasileiro, tem-se, ainda, que seus preceitos estão em posição de predominância sobre os demais dispositivos normativos, que devem ser alterados de modo a se adequarem às suas determinações.

Esta característica de constitucionalidade reforça e reafirma a compreensão de que o paradigma adotado pela CDPD não pode limitar-se a determinados ramos do direito, posto que a Constituição está no topo da hierarquia legal. Tem-se, aqui, mais uma pista de que não deve-se, portanto, restringir o gozo da capacidade de maneira absoluta apenas ao âmbito civil.

3.2 A “incapacidade de entendimento” à luz da CDPD

Conforme já exposto, a inimputabilidade da pessoa com transtorno mental em conflito com a lei possui como elementos constitutivos a inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e a possibilidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, quando decorrentes do transtorno mental.

É nesse sentido que atua a lógica periculosista: adentrando no elemento subjetivo do discernimento, supõe-se decorrer da incapacidade de entendimento uma periculosidade nata, posto que, sendo o sujeito incapaz, será também ele

imprevisível, restando necessária uma prática de contenção por parte do Estado para impedir futuros atos ilícitos.

Ao sujeito considerado incapaz, portanto, será direcionado um tipo diferente de resposta penal. Por não ser capaz de entender o seu ato, este sujeito não poderá ser considerado culpado, não será responsabilizado pelos seus atos, submetendo-se à medida de segurança, sob o viés protecionista.

Tem-se, então, nesse sistema, a incapacidade de entendimento enquanto elemento essencial para a determinação da inimputabilidade e o sistema dela decorrente. Esta incapacidade é colocada na centralidade do sistema que impede a responsabilização do sujeito, imputando-lhe uma sanção penal — a medida de segurança - sem a sua participação ativa no processo.

Atentando-se para o fato de que a CDPD determina a plena capacidade das pessoas com deficiência em todos os sentidos da vida para o exercício da sua cidadania, considera-se incompatível com o novo paradigma adotado a manutenção da —incapacidade de entendimento— no núcleo da inimputabilidade penal.

Ao considerar as pessoas com transtornos mentais como sujeitos de direitos e apostar na sua capacidade diante da vida, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência permite o questionamento sobre o atual instituto da inimputabilidade e o sistema dele decorrente (ASSIS; SILVA, 2017).

A existência ou não da —capacidade de entendimento— a qual se refere o art. 26 do Código Penal é determinada pelos saberes médico e jurídico, uma vez que é a perícia médica a responsável por atestar ou não essa capacidade; e o juiz, o responsável por decidir pela inimputabilidade ou não.

Sob à luz dos preceitos da CDPD, comprehende-se que, para que haja a efetiva concretização do gozo da capacidade plena pelas pessoas com transtornos mentais, é necessário que a noção de incapacidade de entendimento seja retirada da centralidade do tratamento jurídico destinado a esses sujeitos. No mesmo sentido, Assis e Silva (2017), dispõem:

no campo que cruza saúde mental e justiça criminal, com a objetivação da capacidade, o reconhecimento da cidadania e dignidade do louco depende da abolição da noção de total incapacidade de entender e querer e, junto com ela, a figura jurídica da inimputabilidade. Esse processo inclui, ainda, a construção da própria autonomia, da contratualidade social e do enlace comunitário, movimento que contribui para a imprescindível desarticulação entre loucura e periculosidade e aposta na responsabilização da pessoa com transtorno mental (ASSIS; SILVA, 2017, p. 171).

Destarte, depreende-se que frente ao novo paradigma adotado pela referida Convenção, na busca pela efetiva garantia de direitos e liberdades fundamentais, não há mais espaço no sistema jurídico brasileiro para a lógica incapacitante, seja no âmbito civil ou nos demais ramos do direito.

3.3 Para além da mudança na capacidade: análise da inimputabilidade frente aos preceitos da CDPD e da Lei Brasileira de Inclusão

Apesar de não serem presumidamente inimputáveis penalmente, às pessoas com transtornos mentais é frequentemente atribuída essa característica, que garante a isenção da pena e aplicação da medida de segurança. A análise deste instituto, conforme já realizada nesta pesquisa, demonstra que suas bases estão calcadas na presunção da incapacidade e periculosidade destes sujeitos.

Para além disso, todo o sistema que acompanha o instituto da inimputabilidade produz uma série de violações de direitos que vão de encontro com os preceitos do novo paradigma adotado nos Direitos das Pessoas com Deficiência. Conforme já demonstrado, tais violações são exaustivamente comprovadas pela literatura da área, bem como por pesquisas acadêmicas e institucionais, inspeções, etc (CAETANO, 2018).

Fato é que a medida de segurança de internação, resposta penal comumente aplicada nos casos de pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei, está pautada na lógica manicomial, promovendo a segregação destes indivíduos e a manutenção de um sistema violador de direitos sob o pretexto de tratamento terapêutico.

A possibilidade de responsabilização ou não das pessoas com transtornos mentais no âmbito penal, estando sujeita a decisão judicial que tomará como base o exame médico-legal, sustenta um sistema onde os saberes jurídico e psiquiátrico tomam para si a responsabilidade de decidir os rumos da capacidade destes sujeitos e, portanto, de decidir sem a sua participação, as consequências dos atos por eles praticados.

Se a perícia atesta incapacidade intelectiva e volitiva, ao tempo da ação, a doutrina prevê absolvição –imprópria!– do crime e não permite que o acusado seja chamado a responder por seus atos. Este, que supostamente não sabe o que fez, que não tinha consciência dos próprios atos, não pode ser culpado nem, portanto, responsabilizado. Ao invés de penalizá-lo, decide-se –tratá-lo! (ASSIS; SILVA, 2017, p. 165).

Compreendendo que a inimputabilidade penal aqui investigada leva à uma resposta penal que não autoriza a responsabilização do agente, afirma-se que esta promove a manutenção de um sistema que determina a incapacidade das pessoas com transtornos mentais, produzindo, assim, um efeito de impedimento da reinserção desses sujeitos no seio social.

A análise da aplicação da medida de segurança evidencia, ainda mais, a conclusão de que este sistema não é capaz de abarcar os direitos garantidos à essa população, ao passo que reproduz um sistema impeditivo, que impossibilita a efetivação de direitos constitucionais. A inimputabilidade enquanto fundamento para a aplicação de tal medida, que possui caráter de sanção, reafirma a violação de direitos causadas por esse sistema.

É óbvio que não se impõe pena a quem é absolvido, assim como é também óbvio que uma internação manicomial decretada contra a vontade do indivíduo e sem prazo definido constitui algo de inafastável natureza sancionatória. Tal solução, que decorre da aplicação da legislação penal, significa sim uma condenação a uma sanção penal mesmo que disfarçada de medida terapêutica (CAETANO, 2018, p. 83).

Reafirma-se o fato de que o sistema decorrente da determinação da inimputabilidade penal exclui, desde o início, a participação ativa do indivíduo no processo de determinação da resposta penal a que será submetido. Explica-se: é o juiz que decidirá pela inimputabilidade do indivíduo, tomando como base o laudo de sanidade mental. Após ser apontado como inimputável, a medida de segurança será aplicada, estando o sujeito submetido à ela até o momento que um novo exame médico — o laudo de cessação da periculosidade — determine que ele está em condições de ser liberado da medida.

É nesse sentido que aponta-se que os saberes jurídico e médico estão na centralidade desse sistema que, valendo-se do discurso protetivo, —mascara uma tática de neutralização dos perigos virtuais que a imprevisibilidade da loucura supostamente anuncia em direção a ações delituosas no futuro [...]|| (ASSIS; SILVA, 2017, p. 165), negando-lhes direitos e impossibilitando a efetiva participação do sujeito no processo que decidirá sobre o seu futuro.

Tem-se, portanto, a primeira pista de que o instituto da inimputabilidade penal nos casos das pessoas com transtornos mentais vai de encontro com os preceitos dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Tendo em vista que a responsabilização

pessoal representa um dos aspectos da efetiva inclusão do sujeito na sociedade, o sistema que determina sua negação a uma determinado grupo demonstra claro desrespeito ao paradigma adotado pela CDPD, pela Lei Brasileira de Inclusão e, ainda, aos preceitos da Reforma Psiquiátrica Brasileira.

Para além do já exposto, a análise do instituto da inimputabilidade frente a outros preceitos da CDPD e da Lei Brasileira de Inclusão demonstra, por outros ângulos, a incongruência entre o sistema vigente da inimputabilidade das pessoas com transtornos mentais e o novo paradigma adotado pela referida convenção.

3.3.1 Da discriminação em razão da deficiência

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência toma como preceito básico a vedação à discriminação em razão da deficiência, reafirmando em diversos artigos a garantia desse direito e a necessidade que este seja aplicado em todos os aspectos da vida. O referido dispositivo apresenta um conceito de discriminação, que também foi apreciado pela Lei Brasileira de Inclusão, que aponta a discriminação como

toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito **ou o efeito** de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, **incluindo a recusa de adaptações razoáveis** e de fortalecimento de tecnologias assistivas (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Destaca-se que, ao conceituar a discriminação, tanto a CDPD quanto a Lei Brasileira de Inclusão incluíram na classificação os possíveis efeitos provenientes de qualquer forma de distinção por ação ou omissão. Tem-se então que, ainda que não haja o propósito de impedir ou dificultar o pleno exercício de direitos e/ou liberdades fundamentais, se da ação ou omissão praticada restar esse efeito, tal conduta deverá ser observada enquanto discriminatória por si só.

Já no seu preâmbulo, a referida Convenção veda a discriminação em razão da deficiência quando do exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Tal preceito segue sendo mencionado durante todo o texto do dispositivo, vedando-se a discriminação nos mais diversos aspectos da vida e reforçando a obrigação do Estado de tomar todas as medidas cabíveis para a sua eliminação.

Tendo em vista a determinação de que os Estados Partes devem tomar —todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos e práticas vigentes, que **constituírem discriminação** contra pessoas com deficiênciall (BRASIL, 2009, grifos nosso), tendo em vista o conceito de discriminação, e ainda, compreendendo que a inimputabilidade aqui analisada produz efeitos que impedem a efetivação de direitos, tem-se mais uma pista da incompatibilidade deste instituto com os preceitos da CDPD e da Lei Brasileira de Inclusão.

3.3.2 Do reconhecimento igual perante a lei e do acesso à justiça

Ainda como determinação da CDPD, constitui-se o reconhecimento pelos Estados Partes de que —todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da leill (BRASIL, 2009) e de que estas gozam de capacidade legal em iguais condições às demais pessoas.

Ainda que a Convenção autorize a adoção de medidas diferentes visando a adaptação razoável em determinados casos, comprehende-se que tal apontamento não deve ser tido como argumento que valida o instituto da inimputabilidade, posto que tal autorização tem o condão de garantir melhores condições para a efetivação de direitos, caso em que não se enquadra o instituto da inimputabilidade e o sistema dele decorrente, conforme já demonstrado.

Tendo em vista o caráter violador e inconstitucional da medida de segurança, que possui como fundamento a inimputabilidade penal e a periculosidade, entende-se que esse sistema não é capaz de garantir às pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei o efetivo acesso à justiça, conforme determina a CDPD.

Entende-se, ainda, que tal instituto e seus desdobramentos no âmbito jurídico-penal, impossibilitam o desempenho destes sujeitos como participantes diretos nos procedimentos jurídicos a que estão submetidos quando lhes for aplicada a medida de segurança, ao passo que não oferece algumas garantias penais que são ofertadas na aplicação das demais sanções penais.

Lebre (2009, p. 192 *apud* CAETANO, 2018, p. 85) aponta que

Direitos que são expressamente previstos para os condenados em geral, como progressões de regime, livramento condicional, saídas temporárias

etc. não são sequer cogitados por conta de uma suposta periculosidade daquele que é submetido à medida de segurança.

Resta, então, uma evidente afronta à determinação da CDPD pela igualdade perante a lei, bem como uma clara afronta ao princípio constitucional da igualdade, quando o sistema da medida de segurança oferece um tratamento diferenciado à pessoa com transtorno mental submetida ao processo penal (CAETANO, 2018). Entende-se, nesse sentido, que há mais uma pista da não conformidade da inimputabilidade com o novo paradigma adotado pela CDPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) traz um novo entendimento ao adotar o modelo social de deficiência para abordar os direitos desses indivíduos. Tal convenção ocorreu em um momento de universalização dos direitos e da compreensão da necessidade de dispositivos normativos que versem sobre direitos específicos de grupos historicamente invisibilizados para garantir a efetivação dos seus direitos humanos.

Com o surgimento da CDPD, a abordagem internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ganha uma nova roupagem, a partir de uma perspectiva que visa garantir as liberdades individuais e garantias fundamentais, pautadas nos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A referida convenção adotou o modelo social da deficiência em detrimento do modelo médico anteriormente vigente. Para o modelo adotado, a deficiência é compreendida a partir da coletividade, não sendo mais considerada um impedimento social, mas sim uma das diversas variedades experienciadas pelo corpo humano.

Com o modelo social, a deficiência passou a ser compreendida como uma experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos: não são cegos, surdos ou lesados medulares em suas particularidades corporais, mas pessoas com impedimentos, discriminadas e oprimidas pela cultura da normalidade (DINIZ *et al*, 2009, p. 70).

A adoção do modelo social pela CDPD marca um momento de virada no tocante ao tratamento jurídico dispensado às pessoas com deficiência, passando a visar a autonomia, individualidade e participação política destes sujeitos.

No território brasileiro, a referida convenção foi promulgada através do procedimento disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, garantindo-lhe um tratamento de Emenda Constitucional. Assim, com vistas a garantir sua efetividade no território brasileiro, foi promulgada a Lei 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão.

Tem-se então um novo paradigma adotado no que diz respeito aos Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem o propósito de —promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua

dignidade inerente (BRASIL, 2009).

A análise do instituto da inimputabilidade, então, é feita tendo em vista os princípios basilares do novo paradigma: o respeito pela dignidade inerente, a autonomia, liberdade, a capacidade legal plena, a independência das pessoas, a não-discriminação, a inclusão e a participação política.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência determina, expressamente, a capacidade legal plena destes sujeitos, que devem exercê-la em igualdade de condições com as demais pessoas. Ainda, veda a discriminação em razão da deficiência, ao passo que inclui no conceito de discriminação a ação ou omissão que tenha o propósito ou efeito de impedir o exercício dos direitos fundamentais.

Ao incluir o efeito que impeça ou prejudique a efetividade dos direitos, a referida convenção dá abertura para questionar os possíveis sistemas violadores de direitos, ainda que estes não tenham em seu bojo o claro propósito de ser assim. Tal preceito mais que possibilita a análise mais profunda dos sistemas jurídicos, determina que assim o faça, de modo que os Estados Partes garantam a efetividade dos Direitos nela assegurados.

É nesse sentido que se faz a análise do instituto da inimputabilidade e de seu papel de fundamentação da medida de segurança. O sistema decorrente deste instituto produz uma série de violações de direitos e de garantias fundamentais, conforme já exaustivamente demonstrado.

Caracterizada como tratamento terapêutico, a medida de segurança possui caráter compulsório e, além da inimputabilidade, está pautada em uma noção de periculosidade duramente criticada pelo seu caráter subjetivo e complexo de ser constatado. Haroldo Caetano aponta que

não há espaço para que a periculosidade seja admitida como fundamento na imposição de sanções penais, uma vez que ela — a periculosidade — resulta da análise de condições inerentes ao próprio indivíduo e não ao delito. Ao se afastar do ato para se aproximar da punição do próprio indivíduo a partir de condições biopsicológicas, a periculosidade deixa de ter [...] qualquer sustentação no regime constitucional brasileiro (CAETANO, 2018, p. 76).

A aplicação da medida de segurança ocorre, então, a partir de uma decisão que passa pelos saberes médicos e jurídicos sem levar em consideração a opinião do sujeito que praticou o fato. Quando considerado inimputável, este indivíduo será considerado isento de pena, nos termos do art. 26 do Código Penal Brasileiro, não

havendo, portanto, a possibilidade de responsabilizar-se pelos seus atos.

Posto que a culpabilidade é pressuposto para constituição de um crime no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez considerado inimputável, não há que se falar em determinação de uma sanção penal, ainda que esta apresente-se sob o viés terapêutico, como é o caso da medida de segurança.

Nesse sentido, atenta-se para o caráter de sanção penal de tal medida, apesar do suposto tratamento a que se destina, posto que sua execução dá-se em espaços que, em regra, são violadores de direitos e que cumprem muito mais com uma função segregadora, adotando uma lógica hospitalocêntrica.

A medida de Segurança se distancia dos objetivos para os quais foi criada (tratamento, conforme consta na legislação penal), potencializando as características segregadoras e finalidades presentes na pena privativa de liberdade: castigo e repressão (CORREIA, 2007, p.70).

Tendo em vista o caráter punitivo que, na prática, tem-se na aplicação da medida de segurança, alega-se seu caráter inconstitucional em detrimento da falta do pressuposto da culpabilidade, considerada essencial para aplicação de uma sanção no âmbito penal brasileiro. Esta é, portanto, uma das perspectivas que podem ser levantadas a respeito da ilegalidade da medida de segurança.

A análise do instituto da inimputabilidade frente aos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência demonstra, ainda, uma clara incongruência entre ambos. Ao passo que o texto do código penal direciona a isenção de pena ao sujeito que em decorrência da —doença mental¹¹ era, ao tempo do fato, inteiramente incapaz de entender sua ilicitude, comprehende-se que é a existência do transtorno mental que justifica a presença de uma resposta penal diferente.

Uma vez que o efeito da inimputabilidade penal e do sistema dela vigente é uma série de violações de direitos fundamentais, tem-se que a manutenção desse instituto vai de encontro à vedação à discriminação em razão da deficiência, princípio norteador da CDPD.

Na busca pela integração social das pessoas com deficiência, conforme determina a CDPD, faz-se necessário alternativas em que a —deficiêncial¹² não constitua elemento justificador de um sistema que viole direitos e impeça a socialização, como é o caso da inimputabilidade.

A partir da análise realizada nesta pesquisa, comprehende-se que um sistema pautado na não responsabilização traz malefícios ao passo que impede a

concretização da socialização e garante a perpetuação da noção de incapacidade das pessoas com transtornos mentais. Tendo em vista que o sistema atual vigente não observa as determinações de proporcionar uma medida terapêutica, a partir dos preceitos da Reforma Psiquiátrica Brasileira e da CDPD, torna-se imprescindível uma modificação legislativa que alcance o objetivo de oferecer o cuidado em liberdade.

A mudança legislativa, no entanto, não é suficiente para alcançar um tratamento que tenha, de fato, uma perspectiva emancipadora e que vise a reinserção social. Faz-se necessário que haja um diálogo interdisciplinar, tendo em vista que apenas com o conhecimento de diferentes áreas, é possível encontrar uma resposta penal que de fato, garanta os direitos das pessoas com transtornos mentais.

Compreende-se que mudar as bases do sistema atual vigente, pautado na lógica manicomial e assistencialista, é o primeiro passo inevitável para que haja, de fato, o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais das pessoas com transtornos mentais. Assim como, entende-se que o caminho para a garantia da inserção na comunidade seja a responsabilização, eliminando-se a lógica incapacitante.

Entende-se, ainda, ser imprescindível que, na construção do novo sistema, seja garantida a participação ativa das pessoas com transtornos mentais, conforme determina os preceitos da CDPD. Destaca-se, por fim, que este diálogo está longe de ser encerrado e que apenas mediante um esforço conjunto das diversas áreas do conhecimento, será possível encontrar uma alternativa ao sistema atual vigente.

Referências

ASSIS, Daniel Adolpho Daltin, SILVA, Alyne Alvarez. Segunda era de direitos da Reforma Psiquiátrica? A abolição da inimputabilidade penal na passagem da assistência aos direitos da pessoa com transtorno mental. In: CORREIA, Ludmila Cerqueira; PASSOS, Rachel Gouveia (Orgs.). *Dimensão jurídico-política da Reforma Psiquiátrica brasileira: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 155-182.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.**

BRASIL. Decreto n. 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, 2008.

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

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 4, de 30 de julho de 2010. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais de Atenção aos Pacientes Judiciaários e Execução da Medida de Segurança. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Genealogia do conceito de periculosidade. **RESPONSABILIDADES: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário** — PAI-PJ, Belo Horizonte, ano 2013, v.1, n. 1, p. 37-52, mar./ago. 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/582/7/Responsabilidades-v1-n1.pdf>.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. **Assassinato d'alma Impasses Sobre A Responsabilidade Na Leitura De “O Crime Louco”.** **RESPONSABILIDADES: Revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário** — PAI-PJ, Belo Horizonte, ano 2013, v. 3, n. 1, p. 23-25, mar./ago. 2013. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/programa-novos-rumos/>

CAETANO, Haroldo. **Loucura e Direito Penal: Pistas para a extinção dos manicômios judiciários.** Orientador: Silvia Tedesco. 2018. 216 p. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018. Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/2018_t_HaroldoCaetanodaSilva.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Inspeções aos manicômios.** Brasília: CFP, 2015. 172p. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/publicacao/inspecoes-aos-manicomios-relatorio-brasil/>. Acesso em: set. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA *et al.* **Hospitais Psiquiátricos no Brasil: Relatório de inspeção nacional.** Brasil, 2020. 558p.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. —**A MINHA ÁUREA NÃO É INDEFESA": Manicomialização do Sistema de Justiça e as mulheres em sofrimento mental em conflito com a lei na Paraíba.** In: PEREIRA, Melissa de Oliveira et al. (Org.). Luta antimanicomial e feminismos: formação e militâncias. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. p. 153-169.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Avanços e impasses na garantia dos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais autoras de delito.** 2007. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal da Paraíba, Programa dePós-Graduação em Ciências Jurídicas, Concentração em Direitos Humanos, João Pessoa, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/16008>

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** SUR - REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, Ano 5, Número 8, São Paulo, Junho de 2008.

DINIZ, Débora. O que é deficiência?. 1ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Debora, BARBOSA, Lívia e SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência, direitos humanos e justiça.** Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos

[online]. 2009, v. 6, n. 11. p. 64-77. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200004>.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.** Brasília: Editora UnB, 2013.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no direito penal.** São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Carlos. R. **Direito civil brasileiro v 1 - parte geral.** 19 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592849/>. Acesso em: set. 2021.

JUNQUEIRA, Mariana O. **Algumas considerações sobre gênero e saúde mental: as mulheres em manicômios judiciários no Brasil.** In: 13º Mundo de Mulheres e Fazendo Gênero 11, 2017, Florianópolis. Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero [recurso eletrônico] : 13th. Women's Worlds Congress. Florianópolis: UFSC, 2017. v. 11. p. 1-12. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499482029_ARQUIV_A_Trabalhocompleto.pdf

LEBRE, MARCELO. **MEDIDAS DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE CRIMINAL: MEDO DE QUEM? RESPONSABILIDADES** Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ, Belo Horizonte. ano 2013, v. 2, n. 2, p. 273-282, set. 2012/fev.2013. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/

MENEZES, Joyceane Bezerra de, PIMENTEL, Ana Beatriz Lima e LINS, Ana Paola de Castro E. **A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru.** Revista Direito e Práxis [online]. 2021, v. 12, n. 01. p. 296-322. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/43240>.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da lei n. 10.216/2001.** Brasília, 2011. 104p. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Parecer-sobre-Medidas-de-Seguran%C3%A7a-e-Hospitais-de-Custodia-e-Tratamento-Psiquiatrico-sob-a-perspectiva-da-Lei-N.-10.216-de-2001.pdf>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>. Acesso em: set. 2021.

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 6. ano 3. p. 37-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

SENRA, Ana Heloisa. **Inimputabilidade: consequências clínicas sobre o sujeito psicótico.** 1. ed. São Paulo: Annablume, 2004. v. 1. 92p

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros.** 2015. 211 f. Tese (Doutorado em Psicologia) — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/140989>