

62888

## A PUNIÇÃO DO SOFRIMENTO PSÍQUICO NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DA REFORMA PSIQUIÁTRICA NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

*SALO DE CARVALHO\**

*MARIANA DE ASSIS BRASIL E WEIGERT\*\**

**RESUMO:** Após décadas de lutas pela reforma do sistema de internação psiquiátrica no Brasil, em 2001 foi publicada a Lei nº 10.216. Inspirada nos postulados da antipsiquiatria e da criminologia crítica, estabelece direitos e garantias aos portadores de sofrimento psíquico e proíbe internações em instituições com características asilares. Além disso, define formas de tratamento baseadas no respeito à dignidade e à autonomia do usuário do sistema de saúde mental. No entanto, apesar de a referida lei não excluir portadores de sofrimento psíquico que praticaram delitos, após uma década de vigência os manicômios judiciais brasileiros seguem intactos, imunes aos preceitos da reforma. Assim, o estudo pretende relatar o quadro atual da punição dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil por meio da aplicação judicial de medidas de segurança em regime manicomial. A pesquisa se justifica não apenas em razão da exclusão dos atores de delitos da incidência da Lei da Reforma Psiquiátrica, mas, sobretudo, pela evidente violação aos direitos humanos dos portadores de sofrimento psíquico submetidos à internação manicomial. A hipótese central do trabalho é a de que o rótulo criminoso cria espécie de justificativa metanormativa que legitima a imposição de regimes carcerários como forma de sanção, para além dos limites legalmente impostos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inimputabilidade; medidas de segurança; reforma psiquiátrica.

**ABSTRACT:** In 2001, following decades of demands for reforms in the system of psychiatric admission in Brazil, Federal Law 10.216 was published. Inspired by the postulates of Antipsychiatry and of Critical Criminology, defines the rights and grants protection

\* Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito.

\*\* Mestre em Criminologia (Universidade Autônoma de Barcelona) e em Ciências Criminais (PUCRS) e Doutoranda em Psicologia Social (UFRGS)

to mentally disordered individuals and forbade the admission of mentally ill patients in asylums. Furthermore defines treatment based on the principles of respect for the dignity and the autonomy of users of the mental health system. However, despite the fact that the aforementioned law does not exclude mentally disordered offenders, after a decade of its publication nothing has changed in the psychiatric institutions under judicial control, which remain immune to the provisions of the reform. Thus, the study aims to report the current practice of punishing the mentally ill in Brazil through psychiatric institution orders. The research is justified not only because the offenders exclusion from the incidence of the Mental Health Act but, above all, the obvious violation of human rights of mentally disordered offenders who are sent to asylums. The central hypothesis is that the criminal label creates a metanormative justification that legitimates the imposition of incarceration as a form of punishment beyond legal restrictions.

**KEYWORDS:** Mentally ill; mental health institutions; mental health act.

**SUMÁRIO:** 1 Questões introdutórias: os fundamentos e os critérios jurídicos de imposição da medida de segurança aos portadores de sofrimento psíquico; 2 A situação manicomial brasileira; 3 Os processos de (des)responsabilização do portador de sofrimento psíquico; 4 A reforma psiquiátrica como mudança paradigmática no tratamento jurídico-penal do portador de sofrimento psíquico; 5 Em defesa de formas distintas de responsabilização: as possibilidades garantistas; 6 Considerações finais: formas distintas de responsabilização desde a concretude abolicionista; Referências.

## 1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS: OS FUNDAMENTOS E OS CRITÉRIOS JURÍDICOS DE IMPOSIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA AOS PORTADORES DE SOFRIMENTO PSÍQUICO

1. Se na área da psicologia social as rupturas provocadas pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial operaram significativas mudanças na gramática e nas formas de intervenção – no plano teórico-conceitual, com a redefinição dos sujeitos portadores de sofrimentos psíquicos; no plano profissional-interventivo, com novas práticas, usos e acolhimentos dos usuários dos serviços de saúde mental –, no campo jurídico o *tratamento da inimputabilidade* e da *semi-imputabilidade* permanece ancorado nas premissas punitivas e correcionalistas que moldaram os sistemas asilares do século passado.

Conforme o art. 26 do Código Penal, que trata da *inimputabilidade*, 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 (art. 26, *caput*). Entre a imputabilidade (plenitude de responsabilidade penal) e a inimputabilidade (ausência de responsabilidade penal), o Código Penal prevê hipóteses de *semi-imputabilidade*. No parágrafo único do art. 26, diferentemente da previsão da incapacidade plena (inteiramente incapaz), o Código cria uma zona intermediária, definindo como semi-imputável o sujeito que no momento da conduta delitiva *não era totalmente capaz* de compreender a antijuridicidade e comportar-se conforme a expectativa do direito.

Em razão de a inimputabilidade ser uma causa de exclusão da culpabilidade, os efeitos jurídicos da conduta praticada pelo autor não podem ser o de adjetivação da conduta como crime, inexistindo, conseqüentemente, possibilidade de aplicação de pena. Não por outra razão, reconhecida a inimputabilidade, o Código de Processo Penal determina seja o réu absolvido<sup>1</sup>. Trata-se, em realidade, na linguagem do processo penal, de uma absolvição *sui generis* ou imprópria, pois, apesar de absolvido, o sujeito é *submetido* à medida de segurança<sup>2</sup>, permanecendo, portanto, sob a tutela do Estado penal.

No entanto, se verificada a semi-imputabilidade, poderá o juiz aplicar a pena que seria cabível ao imputável – com a incidência obrigatória de uma causa especial de diminuição da quantidade de sanção<sup>3</sup> – ou impor medida de segurança nos casos em que entender que o condenado necessita de “especial tratamento curativo”, nos termos do art. 98 do Código Penal.

A classificação do autor do ilícito penal como imputável, semi-imputável ou inimputável decorre fundamentalmente da opção política (ou político-criminal), posteriormente legitimada pela ciência jurídico-penal (dogmática penal), de fragmentar o sistema de responsabilidade criminal a partir de dois fundamentos distintos: *culpabilidade* e *periculosidade*.

1 “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.” (art. 386 do Código de Processo Penal)

2 “Na sentença absolutória, o juiz: [...] III – aplicará medida de segurança, se cabível.” (art. 386, parágrafo único, do Código de Processo Penal)

3 “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. 26, parágrafo único, do Código Penal)

Para a tradicional teoria do direito penal, a noção de sujeito responsável decorre da constatação de sua capacidade de compreender os efeitos da sua conduta e, em razão desta compreensão prévia, optar livremente pelo ilícito. Esta condição de sujeito cognoscente e com liberdade de ação possibilita atribuir culpabilidade ao autor do fato. Ausente a culpabilidade, inexistente delito e, portanto, inaplicável a pena. E apesar de o sentido da pena ter sido alterado desde as fundações do direito penal na modernidade – sobretudo no século passado, com a inserção dos postulados ressocializadores pelo correcionalismo –, o caráter retributivo é o que ainda melhor identifica a forma jurídica da *pena* criminal.

O tipo ideal weberiano ou o estereótipo teórico que dicotomiza a capacidade de culpa (culpabilidade) é a condição ou potência de perigo (periculosidade). O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, é aquele que, diferentemente do culpável, não possui condições de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, conseqüentemente, atuar conforme as expectativas jurídicas. Em razão da ausência de condições cognitivas para direcionar a sua vontade – défices cognitivos que anulariam a adjetivação da conduta do autor como criminosa –, injustificável, do ponto de vista do discurso jurídico, a aplicação de uma *pena* marcadamente retributiva, pois a ideia de retribuição está associada fundamentalmente à reprovação jurídica do ato voluntário praticado pelo sujeito. Neste cenário, com a afirmação judicial, por meio de uma sentença absolutória, da inexistência de delito e da ausência de responsabilidade penal, impõe-se uma *medida* (de segurança) cuja finalidade precípua é o “tratamento” do *paciente*.

No juízo de constatação da periculosidade que identifica o sujeito como inimputável (incapaz), mais do que em qualquer outra zona de intersecção, o discurso jurídico é entrelaçado ao discurso médico-psiquiátrico. O mecanismo de averiguação desta especial condição do sujeito autor de ato definido como crime é o incidente de insanidade mental que possui, como fonte primordial de prova, a perícia psiquiátrica. Cabe ao psiquiatra legista, portanto, ao longo da instrução processual, atestar o grau de periculosidade do periciando, entendendo-se periculosidade como um estado de antisocialidade, um juízo de probabilidade de delinquência futura baseado na “anomalia” psíquica do agente.

2. O reconhecimento, no processo penal, do *estado de periculosidade* – fundamento da aplicação da medida de segurança –, produz significativos efeitos em termos sancionatórios. Em razão de ser a periculosidade entendida no discurso jurídico como um *estado* ou um *atributo natural* do sujeito – o indivíduo carrega consigo uma potência delitiva que a qualquer momento

pode se concretizar em um ato lesivo contra si ou contra terceiros -, a resposta estatal, baseada no paradigma correccionalista, não pode ser determinada *ex ante*. Diferentemente da pena, que em razão do seu sentido (funções reais) preponderantemente retributivo tem a sua quantidade de tempo determinada pelo juiz na sentença condenatória (art. 387, III, Código de Processo Penal), e é caracterizada pela expressa limitação do seu tempo máximo de duração (art. 75, Código Penal), a finalidade *curativa* do *tratamento* realizado durante o cumprimento da medida impede estabelecer prazo máximo.

Desde a lógica discursiva que fundamenta a aplicação das medidas de segurança e que informa a sua execução, é absolutamente coerente esta impossibilidade de definir o tempo do tratamento. Se o inimputável é portador de uma *doença* (anamnese diagnóstica), a duração do tratamento será estabelecida conforme a resposta positiva ou negativa que o paciente apresentará durante o procedimento curativo. Sendo a medida adequada e a resposta positiva, o resultado é a diminuição ou o controle do impulso delitivo, com o conseqüente diagnóstico de cessação (periculosidade). Do contrário, inadequada a medida ou negativa a resposta, mantém-se o estado perigoso (prognóstico de delinquência futura) e a necessidade de internação.

Neste sentido, o Código Penal brasileiro determina que “a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos” (art. 97, § 1º).

No entanto, mesmo sem determinar o tempo máximo da medida, situação que legitima, na realidade do sistema manicomial brasileiro, a possibilidade de perpetuidade da sanção, o Código define uma tarifa mínima a ser cumprida. A previsão jurídica desta quantidade mínima de medida demonstra a adoção subliminar de um sentido retributivo da sanção aos inimputáveis, visto que mesmo ocorrendo a cessação de periculosidade antes deste prazo, fato que tornaria sem sentido a manutenção da medida em sua finalidade terapêutica, o paciente deve necessariamente seguir submetido ao controle penal.

No plano normativo, a abertura para perpetuidade da medida de segurança ocorre não apenas pelas regras do Código Penal, mas, sobretudo, pela injustificável omissão constitucional no que tange aos limites da medida de segurança. Apesar do extenso rol de princípios e regras constitucionais sobre a forma de delimitação, de aplicação e de execução das penas, o constituinte eximiu-se de tratar o tema das medidas de segurança, notadamente no que tange aos seus limites - “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de

guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5º, XLVII, da Constituição). No direito constitucional comparado, é comum perceber o tratamento paritário entre os condenados por crime e aqueles submetidos às medidas de segurança, sendo-lhes resguardados isonômicos direitos e garantias<sup>4</sup>, inclusive no que tange à vedação da perpetuidade<sup>5</sup>.

Em face do caráter aflagante das medidas de segurança, seria fundamental que os direitos e as garantias dos imputáveis condenados às penas carcerárias fossem ampliados aos portadores de sofrimento psíquico submetidos às medidas de internação psiquiátricas, sobretudo após o advento da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001), que impõe aos poderes constituídos o dever de criar mecanismos humanitários de desinstitucionalização.

3. Nos casos de absolvição imprópria em razão da constatação da imputabilidade, o Código Penal prevê duas espécies de cumprimento das medidas de segurança. A primeira possibilidade é a de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou outros estabelecimentos adequados com características similares (art. 96, I, do Código Penal). Em realidade, o modelo de internação compulsória se realiza nos *manicômios judiciários*, instituições totais (Goffmann), com características asilares e segregacionistas, similares a das penitenciárias - instituições de cumprimento de penas para os imputáveis. A forma *penitenciária* dos hospitais de custódia ou manicômios é reforçada na própria Lei de Execução Penal, que não apenas reserva pouco espaço para descrição da estrutura destas instituições como, em relação ao ambiente e à infraestrutura material, remete explicitamente ao modelo

---

4 “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.” (art. 29, 1, da Constituição de Portugal)

“As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança serão orientadas à reeducação e à reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados.” (art. 25, 2, 1ª parte, da Constituição da Espanha)

“Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Ninguém pode ser punido, senão por aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos pela lei.” (art. 25 da Constituição da Itália)

5 “Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.” (art. 31,1, da Constituição de Portugal)

carcerário<sup>6</sup>. Lembra Bitencourt que a mudança na nomenclatura ocorrida na reforma do Código Penal em 1984 – substituição do termo manicômio judiciário por hospital de custódia e tratamento psiquiátrico – em nada alterou a realidade do sistema de sanção aos inimputáveis, pois as características manicomiais seguem presentes no sistema atual (Bitencourt, 2011: 783).

A segunda espécie de medida de segurança é aquela que submete o paciente ao tratamento ambulatorial. A característica principal desta forma de cumprimento é a imposição do tratamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça internado na instituição. Conforme é possível notar da exposição de motivos do Código Penal, o tratamento ambulatorial é considerado uma espécie de medida restritiva, distinta da *medida de segurança detentiva* (internação):

Duas espécies de medida de segurança consagra o Projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico [...]. O projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita. (§§ 89 e 90)

Conforme destaca Fragoso,

a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico aplica-se obrigatoriamente aos inimputáveis, que tenham sido absolvidos, com base no art. 26 do CP, e que tenham praticado um fato em que a lei define como crime, punido com a pena de *reclusão*. Aplica-se também, facultativamente, aos inimputáveis que tenham praticado fato previsto como crime, punido, porém, como pena de *detenção*, bem como aos semi-imputáveis. (Fragoso, 2003: 500)

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

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do art. 88 desta lei.” (art. 99 da Lei de Execução Penal)

“O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).” (art. 88 da Lei de Execução Penal)

Nota-se, pois, que o critério para a definição da forma de execução da medida – detenção em hospital de custódia ou restrição em regime ambulatorial – é fundamentalmente, conforme o art. 97, *caput*, do Código Penal, a *gravidade do ilícito*, visto ser o regime ambulatorial aplicado subsidiariamente ao de internação nos casos em que a conduta praticada pelo inimputável tenha como previsão a pena de detenção<sup>7</sup>.

Neste aspecto, a reforma do Código Penal de 1984 deixou a matéria relativamente confusa, pois prevê duas espécies de medidas de segurança (detentiva e restritiva) que se diferenciam pela sua forma de execução (internação ou tratamento ambulatorial, respectivamente). No entanto, no que diz respeito às penas, o Código prevê formas reclusivas e detentivas, ambas admitindo execução segregacional (regimes fechado, semiaberto ou aberto), que se distinguem, em espécie, das penas restritivas, vulgarmente denominadas penas alternativas, cuja característica principal é a sua execução junto à comunidade.

Apesar do uso diferenciado e autônomo das categorias jurídicas no tratamento da matéria das penas e das medidas de segurança, situação que pode gerar alguns embaraços em termos conceituais, as conclusões fomentadas pela criminologia e pela dogmática críticas, antes da reforma psiquiátrica, eram as da necessidade de utilização subsidiária da internação, visto o seu caráter aflitivo. Nas conclusões de Fragoso,

o juiz deve preferir, sempre que legalmente possível, o tratamento ambulatorial. Está mais do que demonstrada a nocividade da internação psiquiátrica. Os manicômios judiciais, como instituições totais, funcionam como sinal negativo, agravando a situação mental do doente. (Fragoso, 2003: 501)

## 2 A SITUAÇÃO MANICOMIAL BRASILEIRA

### 4. Percebe Vera Malaguti Batista que

no nosso capitalismo de barbárie, o Estado previdenciário transforma-se em Estado penal e o sistema penal se expande e se intensifica. Além de apresentar um crescimento jamais visto na história humana, ele também é introjetado nas almas contemporâneas: tudo o que explicita a conflitividade social deve ser lido, pensado e sentido através dos dogmas da pena.

7 “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.” (art. 97, *caput*, do Código Penal)

Neste complexo quadro, reflete a pensadora carioca: “Pensemos, então, nos horrores oferecidos aos portadores de sofrimento mental que cometeram delitos” (Batista, 2006: 12).

O aumento superlativo da população carcerária nacional, que acompanha o processo de incremento da punitividade mundial (Wacquant, 2003; De Giorgi, 2006), vem sendo reiteradamente denunciado pela crítica criminológica (Andrade, 2003; Batista, 2011; Carvalho, 2010). As taxas de prisionalização brasileira cresceram vertiginosamente nas últimas duas décadas e, atualmente, o País pode ser apontado como uma das maiores populações carcerárias mundiais em números absolutos, conforme é possível visualizar nos dados oficiais apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional - Depen.

TABELA 1:  
POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA (1994-2010)

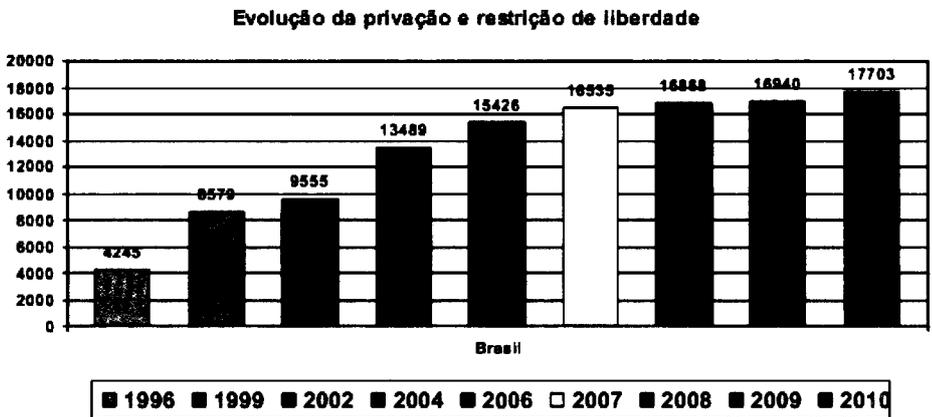
1994	147.000.000	129.169	87,87
1995	155.822.200	148.760	95,47
1997	157.079.573	170.207	108,36
2000	169.799.170	232.755	137,08
2001	172.385.826	233.859	135,66
2002	174.632.960	239.345	137,06
2003	176.871.437	308.304	174,31
2004	181.581.024	336.358	185,24
2005	184.184.264	361.402	196,22
2006	186.770.562	401.236	214,83
2007	183.965.854	419.551	228,06
2008	189.612.214	451.219	238,10
2009	189.612.214	473.626	247,35
2010	191.480.630	496.251	259,17

Fonte: Censo Penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional - Depen.

Se em números absolutos no Brasil, entre 1996 e 2010, houve um aumento populacional de 22,88%, no mesmo período a população carcerária adulta cresceu, em números absolutos, 233,59% e, na relação de presos por 100.000 habitantes, 171,46%. Os índices são superados apenas pelo número de adolescentes submetidos às medidas socioeducativas. Analisando a quantidade de adolescentes em regime de internação, semiliberdade e liberdade assistida, percebe-se que no mesmo período (1996-2010) o número absoluto

creceu de 4.245 para 17.703, representando aumento de 317,03%. Em termos de adolescentes em medidas socioeducativas por 100.00 habitantes, o índice varia de 2,72 (1996) para 9,24 (2010), consolidando o acréscimo de 239,70%, conforme os dados do levantamento nacional de atendimento socioeducativo aos adolescentes em conflito com a lei, publicado recentemente pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos (2010).

FIGURA 1:  
ADOLESCENTES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA



Fonte: Levantamento Nacional de Atendimento ao Adolescente em Conflito com a Lei, Secretaria Nacional de Direitos Humanos (2011).

Apesar de alarmantes os dados relativos ao crescimento vertiginoso da punição de adolescentes, esta realidade acaba sendo encoberta pelo fato de o número absoluto de encarceramento juvenil ser radicalmente menor do que o dos adultos. No entanto, esta tendência de ampliação da rede de controle para a fase da adolescência revela uma das facetas mais cruéis do punitivismo: a incidência cada vez mais antecipada do sistema penal, com o consequente alargamento prematuro do *input* da agência prisional.

No que diz respeito aos portadores de sofrimento psíquico submetidos às medidas de segurança, a situação quantitativa é relativamente distinta, pois o acréscimo de internos em números absolutos é menor do que o de adultos e adolescentes encarcerados.

Conforme os dados do Censo Penitenciário Nacional, o total de pessoas submetidas à medida de segurança em 2010 era de 4.250, o que corresponde a 0,95% das pessoas submetidas a regime carcerário no Brasil.

TABELA 2:  
POPULAÇÃO CARCERÁRIA E INTERNOS EM MEDIDA  
DE SEGURANÇA - BRASIL (2005-2010)

2000	169.799.170	232.755	6.748
2001	172.385.826	233.859	8.217
2002	174.632.960	239.345	8.368
2003	176.871.437	308.304	2.668
2004	181.581.024	336.358	3.020
2005	184.184.264	361.402	3.845
2006	186.770.562	401.236	3.595
2007	183.965.854	419.551	3.760
2008	189.612.214	451.219	3.810
2009	189.612.214	473.626	4.000
2010	191.480.630	496.251	4.250

Fonte: Censo Penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional - Depen.

Nota-se que a diferença entre as curvas de encarceramento e de internação é profundamente distinta, notadamente em razão da súbita diminuição do número de pessoas submetidas às medidas de segurança entre os anos de 2002 e 2003. O abrupto decréscimo nos índices de internação ocorreu, provavelmente, por força do impacto da Lei da Reforma Psiquiátrica. Inexistem estudos que afirmam que a redução de cerca de 75% das pessoas em regime manicomial é decorrente exclusivamente da implementação da reforma em meados de 2001. Os números, porém, indicam ser possível esta conclusão. Neste aspecto, o impacto da Lei nº 10.216/2001 foi altamente positivo, visto que inúmeros pacientes psiquiátricos presos em manicômios judiciais retomaram a liberdade.

No entanto, é possível verificar que mesmo com a aprovação da lei e com este resultado virtuoso logo após a sua publicação, a tendência de aumento não foi invertida. Ao contrário, foi mantido o direcionamento ascendente da curva de internação, mesmo com a expectativa de que a partir da reforma houvesse um gradual processo de desinternação que culminaria com o fim dos hospitais de custódia e dos manicômios judiciais.

Lógico que a tendência não é a mesma se comparada aos índices de encarceramento - se a população carcerária cresceu 50% nos últimos 5 (cinco) anos, o número de portadores de sofrimento psíquico submetidos à medida de segurança aumentou, no mesmo período, 11%. A porcentagem de internos em relação ao número de presos que em 2005 era de 1,3% passou para

0,95% em 2010. Todavia, se isolarmos a ruptura que a Lei da Reforma Psiquiátrica produziu em 2002, notamos que a partir de 2003 o volume de pessoas submetidas às internações psíquico-carcerárias é gradual e constante, representando, quantitativamente, um acréscimo de 2.668 (2003) para 4.250 (2010), ou seja, quase dobrando o número de internos em 7 (sete) anos.

5. Um olhar frio e condescendente para os números permitiria afirmar uma tendência positiva em relação ao total de internações, sobretudo na relação entre a porcentagem de pessoas em medidas de segurança e a população apenada. Mas a complexidade do fenômeno punitivo é bem mais profunda do que a insipidez estatística e atuarial.

A primeira razão distintiva que marca a gravidade da situação das internações manicomiais no Brasil é similar ao cenário que torna invisível o fenômeno do hiperencarceramento dos adolescentes: o volume quantitativo radicalmente inferior ao dos adultos aprisionados. Todavia, o fato de o número absoluto de execução de medidas socioeducativas de adolescentes em conflito com a lei e de medidas de segurança de portadores de sofrimento psíquico ser menor do que o volume de adultos encarcerados não pode ocultar as graves violações aos direitos humanos decorrentes da execução de formas carcerárias das medidas terapêuticas (medidas de segurança) ou pedagógicas (medidas socioeducativas). Importante consignar de forma incisiva que, para além das sutis diferenças apontadas nos textos legais e dos pudores linguísticos que caracterizam as contidas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, na realidade punitiva brasileira assiste-se de forma passiva, silente e inerte, ao *encarceramento* crescente de adolescentes em conflito com a lei e de portadores de sofrimento psíquico.

Nas precisas lições de Fragoso, a medida de segurança

[...] não se distingue da pena: ela também representa perda de bens jurídicos e pode ser, inclusive, mais aflitiva do que a pena, por ser imposta por tempo indeterminado. Toda medida coercitiva imposta pelo Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou a etiqueta com que se apresenta. (Fragoso, 2003; 549)

Em sentido idêntico Paulo Queiroz: “[...] a distinção entre pena e medida de segurança é puramente formal; materialmente, a medida de segurança pode ser mais lesiva à liberdade, inclusive” (Queiroz, 2011: 454).

A segunda razão que torna o problema extremamente preocupante é o fato de que esta manutenção de índices de aprisionamento dos usuários do sistema de saúde mental que praticaram ilícitos, com os graduais acréscimos demonstrados, ocorre sob a vigência da Lei da Reforma Psiquiátrica. É assustador pensar que depois de 10 anos da promulgação da lei o impulso desins-

titucionalizador fomentado logo após a sua implementação não conseguiu conter a tendência punitivista, não havendo nenhuma alteração substantiva na curva ascendente da aplicação das medidas de segurança no Brasil – salvo raras e honrosas exceções, como os projetos desenvolvidos em Minas Gerais (Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAIPJ) e em Goiás (Programa de Atenção ao Louco Infrator – PAILI), práticas de vanguarda que serão posteriormente retomadas.

A triste realidade das internações psiquiátrico-carcerárias dos portadores de sofrimento psíquico motiva repensar questões instrumentais do direito penal e projetar novas formas de ação. Sobretudo porque a redução do sofrimento das pessoas não pode ser obstaculizada em razão do ideal de sistema (vontade de sistema, vontade de verdade) que marca a ciência dogmática do direito penal. Após a humanidade ter assistido atemorizada, ao longo do século passado, aos genocídios legitimados por ordens jurídicas totalitárias, é inadmissível seguir sacrificando pessoas em nome da manutenção da coerência e da harmonia dos sistemas dogmáticos puros.

Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista desafiam a construção de uma “dogmática consequente” que tenha como pressuposto “a natureza penal das medidas de segurança” para além do “embuste das etiquetas”. Conforme apontam os pensadores críticos, se a reforma da Parte Geral de 1984 representou significativo avanço ao expungir diversas hipóteses de perigosidade presumida pré-delitual da disciplina legal anterior, restringindo as hipóteses de imposição de medidas de segurança aos imputáveis e semi-imputáveis, “[...] alguns passos poderiam ser dados incorporando-se à construção dogmática as importantes contribuições da Lei nº 10.216/2001, sobre a proteção e direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais” (Zaffaroni *et al.*, 2010: 67).

São estas as provocações que motivam este ensaio.

### 3 OS PROCESSOS DE (DES)RESPONSABILIZAÇÃO DO PORTADOR DE SOFRIMENTO PSÍQUICO

6. A ideia de desresponsabilização do sujeito pela prática do ato criminalizado historicamente acompanhou os projetos político-teóricos do positivismo criminológico em seus programas mais radicais (*v.g.*, atavismo lombrosiano e neurocriminologias) e em suas versões mais contidas (*v.g.*, movimento da Nova Defesa Social).

É com o desenvolvimento do paradigma etiológico nas ciências criminais que ocorre a *naturalização* e a *essencialização* do criminoso. O sujeito é es-

quecido, sendo congelada a memória do ato delitivo, de forma que o episódio *crime* se confunde com a própria vida do seu autor. O crime totaliza o passado, o presente e o futuro, sendo toda a complexidade do homem reduzida a um único e exclusivo ato. Nas palavras de Jock Young, os mecanismos de essencialização procedem a partir de uma ênfase hiperbólica a determinadas características individuais que permitem traçar contornos claramente delinquentes que sugerem que o *ser* do sujeito essencializado é fixo e irresoluto (Young, 2002: 143).

Desde o ponto de vista do positivismo etiológico, se o delito é uma qualidade ou um *status* natural do indivíduo, uma potência silenciosa (periculosidade) que aguarda a sua ativação para transformar-se em um ato cruel, o criminoso está preso ao inevitável processo causal - "há uma espécie de monstro adormecido que habita todo indivíduo, não apenas os reconhecidamente loucos, mas todos aqueles aparentemente normais e honestos cidadãos", percebe Rauter em sua crítica à criminologia ortodoxa (Rauter, 2003: 28). Se há determinação, inexiste autocontrole e voluntariedade da ação. Se ausente a consciência e a vontade, incabível a responsabilização do sujeito pelo dano provocado.

Conforme destaca Vera Batista, o positivismo é a grande permanência no pensamento social brasileiro, constituindo-se como uma *cultura* fundada em esquemas classificatórios e hierarquizantes de patologização nos quais "os tratamentos vão dar conta dos seres humanos recuperáveis e tratar de neutralizar os irrecuperáveis. A humanidade divide-se agora entre os normais e os anormais, a loucura e o crime serão alvo de terapêuticas sociais" (Batista, 2011: 42). Neste quadro, conclui a autora que a criminologia, identificada sobretudo com o higienismo psiquiátrico, transforma-se em um discurso autonomizado do jurídico, despolitizado e gerido pelo saber/poder médico.

Nos casos em que o fenômeno delitivo aporta no campo da loucura, esta *forma mentis* é superdimensionada no entrelaçamento entre os discursos jurídicos do positivismo dogmático e os psiquiátricos da criminologia clínica ortodoxa. Ao contrário do que convencionalmente é sustentado quando são identificados *sistemas híbridos* - as teorias polifuncionais da pena, p. ex. -, a aproximação do discurso do direito ao da psiquiatria não produz limites e não cria amarras às práticas violentas geradas em cada âmbito disciplinar. De forma bastante clara: os discursos do direito e os da psiquiatria não controlam a si próprios como sistemas reguladores de contenção. Pelo contrário, a sua aproximação cria um terceiro discurso, no qual as formas violentas de intervenção não encontram quaisquer barreiras de contenção, isto é, a fusão

das ciências e das práticas jurídicas e psiquiátricas, em vez de potencializar as suas virtudes e minimizar as suas perversidades, constrói um espaço ilimitado de intervenção no qual se produzem legitimações recíprocas, padecendo o sujeito criminalizado.

A constatação é realizada por Weigert e Guareschi quando diagnosticam que

[...] os discursos *jus* e *psi* se retroalimentam, empoderando-se reciprocamente no momento de segregar o portador de sofrimento psíquico que cometeu fato descrito como crime. Com efeito, é com base nos conhecimentos da psicologia e da psiquiatria que a decisão judicial não é só fundamentada como também mantém o sujeito no manicômio, da mesma forma que é com base nesta mesma sentença que os atores das áreas *psi* legitimam suas práticas violentas nestes contextos. É a violência gerando mais dispositivos de violência, em que só tem a perder aquele a quem se confina sob o escopo de tratar. (Weigert e Guareschi, 2011: 162)

As autoras trilham o caminho antecipado por Foucault, em *Os anormais*:

no ponto em que se encontram o tribunal e o cientista, onde se cruzam a instituição judiciária e o saber médico ou científico em geral, nesse ponto são formulados enunciados que possuem o estatuto de discursos verdadeiros, que detêm efeitos judiciários consideráveis e que têm, no entanto, a curiosa propriedade de ser alheios a todas as regras, mesmo as mais elementares, de formação de um discurso científico; de ser alheios também às regras do direito [...]. (Foucault, 2002: 14)

Neste sentido, Nils Christie (1998) demonstra como a lei penal e a psiquiatria ("irmãs no controle") estabelecem padrões absolutamente similares não apenas para as decisões dos juízes e os diagnósticos dos psiquiatras, dispositivos que definem o encaminhamento do "louco" e do "criminoso" para as instituições totais, mas igualmente para classificar os comportamentos-padrão que serão considerados anormais (crime e doença mental)<sup>8</sup>.

8 "Para quem deve decidir, o Manual [Manual para Decisões sobre Distúrbios Mentais - DDM] é também confortável de outra forma. De novo estamos diante de um sistema gradativo, que cria uma distância em relação à pessoa sobre quem se vai decidir. E mais uma vez encontramos um sistema adequado para os computadores. Quando, numa rápida entrevista, a pontuação de uma determinada norma é atingida, a conclusão também está perto. O Manual não impressiona do ponto de vista científico. Mas pode significar um instrumento administrativo eficiente. De acordo com o Direito Penal, tal como a psiquiatria, muitos de nós cometemos atos que podem ser classificados de criminosos e a maioria atua

Nota-se, portanto, que o discurso correccional ou curativo é sempre instrumental, pois legitima as intervenções violentas contra o sujeito em nome da sua própria saúde mental – “os loucos são perigosos, ao mesmo tempo que enfermos e por isso vítimas de sua condição”, conclui Rauter ao analisar as lições dos alienistas (2003: 41). Inegavelmente, neste ponto, reside a maior perversidade das práticas jurídico-psiquiátricas: a necessidade (obrigatoriedade) da intervenção é inquestionável quando a medida visa a resguardar a pessoa dos possíveis danos que pode gerar, inclusive a si mesma.

7. O efeito das denúncias produzidas pela crítica criminológica e pela antipsiquiatria sobre as formas carcerárias e manicomiais foi, conforme ensina Baratta (1997) e Fragoso (2003), irreversível para as ciências sociais do século passado, notadamente nas ciências criminais – “o Direito Penal do nosso tempo sofreu o impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu à análise o próprio sistema de justiça punitiva” (Fragoso, 2003: 546). A partir da criminologia crítica e da antipsiquiatria, a contradição entre as funções declaradas das penas e das medidas de segurança (ressocialização e tratamento) é insistentemente confrontada com as suas funções reais: imposição ilimitada de sofrimento e de estigmatização<sup>9</sup>.

---

de formas que podem levar a um diagnóstico de algum tipo de distúrbio mental. Com a habitual cooperação entre o Direito Penal e a psiquiatria, a totalidade do controle torna-se perfeita.” (Christie, 1998: 168)

- 9 “A abertura e a visibilidade das relações que se estabelecem nas instituições totais, realizadas pela criminologia crítica (cárcere) e pela antipsiquiatria (manicômios), possibilitam perceber as formas físicas e simbólicas de violência exercidas nos espaços institucionais de controle social. No primeiro aspecto (violências físicas), a forma asilar de tratamento revela-se absolutamente ofensiva aos direitos fundamentais mínimos, seja decorrente da estrutura física dos manicômios ou das práticas terapêuticas reconhecidamente contrárias à dignidade da pessoa internada. Neste aspecto ressaltam-se não apenas as violências típicas que caracterizam as instituições totais – *v.g.*, tortura de internos, isolamentos injustificados, limitação dos espaços de liberdade, restrição de contatos com o mundo exterior, privação de recursos materiais – como as derivadas de técnicas de tratamento propriamente violentas – *v.g.*, uso de eletrochoque e de camisa de força, aplicação excessiva de fármacos ou de medicamentos inapropriados, avaliações psiquiátricas e psicológicas eminentemente moralizadoras. No segundo aspecto (simbólico), o efeito estigmatizador da internação manicomial revela a impossibilidade do tratamento, ou seja, demonstra ser a prática isolacionista antagônica à própria ideia de recuperação e de reinserção do paciente na comunidade. Aniyar de Castro, ao comparar as distintas formas de internação de pacientes constata que ‘enquanto o paciente de um hospital geral é tratado como qualquer outra pessoa da sociedade, ao doente mental hospitalizado trata-se como um portador de

Conforme diagnostica Basaglia, “[...] em todos os países do mundo [a prisão] tem como finalidade [oficial] a reabilitação do preso, como, por outro lado, o manicômio tem como finalidade [declarada] a cura do doente mental”. No entanto,

[...] tanto o manicômio quanto a prisão são instituições de Estado que servem para manter limites aos desvios humanos, para marginalizar o que está excluído da sociedade [funções reais]. É muito difícil dizer com precisão o que é a marginalidade ou o que é a doença mental, como é muito difícil compreender a presença dessas pessoas nestas instituições, porque manicômio ou prisão são situações intercambiáveis: podemos tomar um preso e colocá-lo no manicômio ou tomar um louco e metê-lo na prisão. (Basaglia, 1979: 45)

A história da antipsiquiatria que, agregada à psicologia social, fomentará o movimento político antimanicomial é uma das mais belas páginas da luta de resistência contra as violências institucionais. O resultado bastante concreto deste processo foi a ampla realização de reformas psiquiátricas nos países ocidentais nas últimas décadas, direcionadas fundamentalmente à desestabilização e à superação da instituição manicomial e dos saberes correlatos que a reforçam e a mantêm. Conforme Guareschi, Reis, Oliven e Hüning,

no cerne da luta da antipsiquiatria está um combate contra a instituição, mas que também vem de dentro dela. A antipsiquiatria pretende dar ao indivíduo a tarefa e o direito de realizar a sua loucura, levando-a até o fim em uma experiência para a qual a psiquiatria pode contribuir, porém jamais em nome de um poder que lhe for conferido pela capacidade de buscar a razão ou normalidade. (Guareschi *et al.*, 2008: 124)

8. A ruptura com a lógica *hospitalocêntrica*, por meio da moratória na construção de vagas em manicômios, da transferência dos portadores de sofrimento psíquico para os leitos em hospitais gerais (em casos de internação necessária) e da criação de redes alternativas e transdisciplinares de atendimento, implicou, de igual forma, uma nova postura profissional perante o usuário do sistema de saúde mental.

Entre as mudanças estratégicas que redimensionam o trabalho dos profissionais da área, a recriação da *gramática da loucura* ultrapassa o mero

---

um status, não como pessoa’. Lembra a autora que o modelo de isolamento propugnado pela psiquiatria tradicional cria distância entre o psiquiatra e o doente, a qual pode ser denominada círculo coisificante, que impede relação autêntica entre ambos.” (Carvalho, 2011: 160)

simbolismo. As formas de referir aquele sujeito anteriormente definido como louco diz muito dos efeitos alcançados pela reforma psiquiátrica. A redesignação do *louco de todo o gênero*, conforme disposto no Código Civil de 1916, como *sujeito portador de sofrimento psíquico* ou *usuário do sistema de saúde mental* carrega consigo uma nova postura perante estas distintas construções da subjetividade.

No campo da criminologia, a alteração na gramática do delito ganhou espaço a partir das lições de Hulsman. Segundo o autor, seria impossível superar a lógica do sistema penal sem rejeitar o vocabulário que a sustenta. Eliminar os conceitos de crime, criminoso, criminalidade e política criminal, por exemplo, obriga a uma completa renovação de todo o discurso em torno do fenômeno. Isto porque

o acontecimento qualificado como “crime”, desde o início separado de seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente “criminoso”, considerado como pertencente ao mundo dos “maus”, já está antecipadamente proscrito. (Hulsman, 1997: 96)

A ressignificação do crime e de toda a rede de conceitos que o acompanha alteraria as formas de compreensão das condutas, facilitando, inclusive, o surgimento de novas formas de enfrentar as situações problemáticas. A mudança gramatical é apenas um passo, talvez o primeiro, na mudança da lógica de enfrentamento dos problemas da violência institucional. Todavia, representa, segundo Hulsman, um passo significativamente necessário.

A forma de a antipsiquiatria e de o movimento antimanicomial tratar a questão da loucura é absolutamente similar ao projeto abolicionista, pois os rótulos, as significações e as práticas decorrentes são fundados a partir de uma nova linguagem pela qual o sujeito é traduzido<sup>10</sup>. Nas lições de Sausurre,

---

10 Sobre as formas gramaticais (linguísticas) de punição e de estigmatização (simbólica e real) do portador de sofrimento psíquico, merece atenção detalhada as pesquisas do criminólogo Bruce Arrigo. A ênfase do autor nas forças linguísticas e simbólicas ocorre a partir da adesão ao pensamento pós-moderno por meio da criminologia (pós-moderna). A partir da intersecção de Giddens, Lacan, Prigogine e Derrida, o autor trabalha a dimensão ideológica (não neutra) dos discursos científicos do direito e da psiquiatria em seu direcionamento, a conferir legitimidade às práticas judiciais e terapêuticas violentas.

Para o autor, “o processo de nomeação do fenômeno punitivo (*v.g.*, o que é um crime? quem é o criminoso?) é um artefato de assunções implícitas, de mensagens subliminares e de ocultação de valores que privilegiam uma certa versão da verdade e da realidade que demite, ignora e anula todas as outras narrativas” (Arrigo, 2006: 220).

“considerando-se em si mesmo, o pensamento é como uma nebulosa em que nada está necessariamente delimitado. Não há ideias preestabelecidas e nada é distinto antes do aparecimento da linguagem” (Sausurre *apud* Silva Filho, 2001: 102).

A diversa nomenclatura fomentada pela reforma psiquiátrica instituiu um outro modo de olhar este sujeito, outra forma de compreensão absolutamente diversa daquela convencional que dicotomiza normalidade e loucura. Uma forma de olhar que enfatiza a pessoa e não a sua doença, rompendo com os estigmas do processo de coisificação característicos dos procedimentos de institucionalização.

Assim, uma das questões centrais deste ensaio é tensionar o discurso jurídico aos seus limites, objetivando verificar quais os impactos possíveis da Lei da Reforma Psiquiátrica na gramática e nas práticas do sistema punitivo.

9. Parece haver um certo consenso, ao menos na literatura crítica das letras criminais brasileiras, sobre a necessidade de assegurar ao portador de sofrimento psíquico em conflito com a lei os direitos e as garantias mínimos que regem a persecução penal dos imputáveis. No âmbito das práticas punitivas, algumas questões tornaram-se centrais no debate e demonstram processos de inversão ou reversibilidade do discurso tutelar. Entendemos como reversibilidade do discurso os procedimentos e as instrumentalizações que em nome da proteção dos direitos produzem a sua própria violação. No caso, a reversibilidade se concretiza na *falácia* pela qual, em nome da garantia dos direitos dos inimputáveis, é excluída a possibilidade da responsabilização penal, vedando a imposição de penas e, paralelamente, de forma evidentemente perversa, são afastados todos os limites à intervenção punitiva que se efetiva nas medidas de segurança.

Entre os exemplos mais significativos desta *falácia tutelar* encontra-se a possibilidade legal de execução temporalmente ilimitada (perpetuidade) da medida de segurança, conforme destacado anteriormente. Todavia, apesar de ser o mais emblemático dispositivo de violação dos direitos

---

A construção linguística da “doença mental” sustentada e autolegitimada nos planos jurídico e psiquiátrico opera, conforme aponta Arrigo, no processo de patologização da diferença: “A patologia da diferença é um direcionamento ideológico e um suporte secretamente comunicado para marcar a punição, especialmente em relação às pessoas com desordens psiquiátricas” (Arrigo, 2006: 222).

fundamentais dos portadores de sofrimento psíquico em conflito com a lei – embora nestes casos pareça ser a lei mesma que está em conflito com os seus direitos e não o contrário –, a restrição aos direitos e às garantias mínimas se prolifera em todas as fases da intervenção jurídico-penal. No âmbito do direito penal material, o *status* da inimputabilidade obstaculiza a incidência de uma série de causas de exclusão da tipicidade (princípio da insignificância e princípio da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido), da própria culpabilidade<sup>11</sup> (coação moral irresistível, erro de proibição inevitável, inexigibilidade de conduta diversa) e da punibilidade (prescrição). Na órbita processual são afastados inúmeros institutos despe-

- 11 Nesta questão não se desconhece que para a doutrina penalística majoritária, sobretudo os atores da teoria do delito, a imputabilidade constitui *pressuposto* e não *elemento* da culpabilidade. Assim, negar a imputabilidade como pressuposto, afirmando a inimputabilidade, impediria analisar os elementos da culpabilidade (potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Logicamente que o debate demandaria espaço de análise específica. Todavia, entendemos que a Lei da Reforma Psiquiátrica, que traduz os avanços na área da saúde mental, impõe uma nova forma de olhar o problema. Isto porque as irreversíveis lições da antipsiquiatria e do movimento antimanicomial negam a absoluta incapacidade de compreensão e de vontade do portador de sofrimento psíquico. Neste aspecto, reconhecer um âmbito diferenciado de responsabilização é imprescindível para garantir a posição do inimputável como sujeito de direitos, responsável pelos seus atos e ator no seu tratamento.

Cabe, portanto, à dogmática penal adequar-se à nova realidade de compreensão do fenómeno do sofrimento psíquico, redefinindo, no que for necessário, as suas estruturas conceitual e categorial.

Neste cenário, a tese defendida por Paulo Queiroz é especialmente inovadora, pois, ao sustentar que a ideia de culpabilidade não é totalmente estranha ao portador de sofrimento psíquico, desloca a categoria *imputabilidade* da função de *pressuposto* para a de *elemento* da culpabilidade. Assim, se a estrutura normativa da culpabilidade passa a ser composta pelos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento diverso, o sofrimento psíquico excluiria apenas a imputabilidade, situação que permitiria a aplicação das demais causas de exclusão da culpabilidade.

As situações que o autor constrói demonstram a razoabilidade da tese, sobretudo pensando na paridade de tratamento entre imputáveis e inimputáveis: “Imagine-se, por exemplo, que A e B, ambos residentes na zona rural dos confins do Brasil, estando a pescar ou a caçar num domingo, como é comum naquela região, sejam presos por porte ilegal de arma e crime ambiental. A, plenamente imputável, é absolvido invocando erro de proibição inevitável; mas B, inimputável, apesar de se encontrar na mesma situação, seria submetido à medida de segurança, implicando grave restrição à liberdade do agente. Parece claro ainda que, se A pode alegar erro de proibição, B, mais vulnerável, poderá fazê-lo com maior razão, mesmo por analogia, sob pena de se consagrar uma injustiça manifesta” (Queiroz, 2011: 453).

nalizadores (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo). Na esfera da execução da medida de segurança são excluídos inúmeros direitos assegurados aos presos (remição, detração, progressão de regime, livramento condicional). Veja-se, por exemplo, que a comutação de pena e o indulto foram previstos apenas nos últimos decretos presidenciais. E registre-se que este diagnóstico é feito sem propor uma análise comparativa entre as condições materiais em que ocorre a execução das penas e das medidas, pois se a situação carcerária nacional é, por si só, uma afronta aos direitos humanos, o cenário dos hospitais de custódia e dos manicômios judiciários rememora, sem exageros, as piores experiências de degradação humana presenciadas na história, que foram os campos de concentração criados pelo nacional-socialismo germânico.

Em defesa dos direitos dos portadores de sofrimento mental, Paulo Queiroz sustenta que

[...] em nenhuma hipótese será cabível a medida se na mesma situação não couber a aplicação da pena por qualquer outro motivo. Assim, por exemplo, se o fato for atípico (*v.g.*, ausência de nexo causal ou de culpa) ou ilícito (*v.g.*, praticado em legítima defesa ou estado de necessidade) ou não culpável (*v.g.*, cometido sob coação moral irresistível, erro de proibição inevitável, embriaguez involuntária completa) ou se tiver sido atingido por causa de extinção de punibilidade (prescrição, decadência etc.). (Queiroz, 2011: 451)

A propósito, é interessante verificar como este processo de minimização de direitos daqueles que vivem em situações de maior vulnerabilidade é sintomático na ordem jurídica nacional. Basta um simples olhar comparativo entre as formas de execução das medidas de segurança e das medidas socioeducativas para comprovar esta assustadora hipótese.

A alternativa humanitária na execução das medidas de segurança parece não ser muito distinta daquela que propusemos, em outro momento (Carvalho e Weigert, 2011), em relação aos direitos e às garantias dos adolescentes em conflito com a lei submetidos às medidas socioeducativas: se esta especial condição de inimputabilidade, seja em decorrência do fator biológico (etério) ou do psicológico, gera um *status* jurídico privilegiado, é injustificável que não sejam assegurados todos os direitos materiais e todas as garantias processuais que marcam a posição jurídica de réu ou de condenado imputável. Mais: a especial condição de inimputabilidade define os direitos e as garantias assegurados aos imputáveis como patamares mínimos para o tratamento jurídico dos adolescentes e dos portadores de sofrimento psíquico

em conflito com a lei<sup>12</sup>. Significa, de forma bastante clara, que, além da efetivação daqueles direitos e garantias conquistados juridicamente pelos adultos "mentalmente sadios", os inimputáveis devem ser contemplados com tratamento jurídico mais favorável, ou seja, na comparação com os imputáveis, os direitos devem ser não apenas efetivados, mas ampliados significativamente.

Não é difícil perceber que a instrumentalização jurídica desta tese é plenamente cabível e adequada em nosso ordenamento jurídico, sobretudo após a promulgação da Lei de Reforma Psiquiátrica. Talvez um pouco de sensibilidade pelo tema e, sobretudo, pelas pessoas nele envolvidas abra caminhos verdadeiramente humanitários e dignificantes.

#### **4 A REFORMA PSIQUIÁTRICA COMO MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO PORTADOR DE SOFRIMENTO PSÍQUICO**

10. A questão primeira, que entendemos deva ser pontuada e que permite a construção de uma dogmática consequente voltada para a efetivação

---

12 "[...] é exatamente em razão da situação de vulnerabilidade que devem ser assegurados aos jovens em conflito com a lei todos os direitos individuais que conformam o sistema jurídico-penal de garantias dos adultos que praticaram delitos - garantias relativas aos requisitos legais de imputação do ato ilícito (ato infracional); garantias relativas à efetivação do devido processo legal (processo infracional); garantias relativas à aplicação e à execução das sanções (medidas socioeducativas); e garantias relativas aos critérios de aplicação de sanções disciplinares durante a execução das medidas socioeducativas.

A propósito, o entendimento de que a situação de vulnerabilidade impede a inserção dos adolescentes em conflito com a lei no sistema penal formal é exatamente o critério de potencialização dos direitos individuais juvenis e deveria impor critérios normativos mais rígidos de interpretação das garantias para a aplicação das respostas sancionadoras. Neste aspecto, no momento em que as garantias deveriam ser naturalmente revigoradas na tutela dos adolescentes, percebe-se de forma injustificável que sequer há paridade em relação ao tratamento jurídico recebido pelos imputáveis [...].

A conclusão sobre a extensão potencializada dos direitos e das garantias individuais aos adolescentes em conflito com a lei é plenamente adequada à determinação constitucional de tutela absoluta e prioritária e de salvaguarda das crianças, adolescentes e jovens contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Entenda-se proteção absoluta e prioritária contra qualquer forma de violência ou crueldade praticada por particulares (poderes privados) ou por órgãos ou instituições do Estado (poderes públicos).

[...] O critério da proteção absoluta e prioritária logicamente exclui qualquer possibilidade de a legislação tutelar específica restringir aos adolescentes os direitos e garantias que orientam as formas de responsabilização penal dos adultos." (Carvalho e Weigert, 2011)

dos direitos e das garantias dos sujeitos portadores de transtornos mentais em conflito com a lei, é a inadequação normativa e conceitual, após a publicação da Lei de Reforma Psiquiátrica, do fundamento periculosista das medidas de segurança.

A crítica à construção científica da categoria periculosidade e a sua incorporação pela legislação penal foi realizada de forma bastante contundente pela psicologia social (Rauter, 2003), pela criminologia (Batista, 2011) e pelo direito penal (Fragoso, 2003<sup>13</sup>) brasileiros. Todavia, somente com a Lei nº 10.216/2001 foi possível confrontar os dispositivos do Código Penal que mantêm e sustentam esta estrutura de (des)responsabilização penal dos inimputáveis psíquicos.

Com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica, entendemos revogados os preceitos do Código Penal que sustentam a absoluta ausência de responsabilidade penal do usuário do sistema de saúde mental que praticou o ato ilícito. De forma mais aguda, inclusive, Virgílio de Mattos sustenta que, a partir da Constituição de 1988, o art. 26 do Código Penal não teria sido recepcionado, visto legitimar a possibilidade de aplicação de medida por tempo ilimitado (Mattos, 2006: 152).

Mas para além do debate acerca da (não) recepção do art. 26 do Código Penal pela Constituição – que demandaria uma argumentação mais ampla do que a questão das possibilidades de internação ilimitada, pois, em realidade, a perpetuidade da medida parece tensionar a constitucionalidade do § 1º do art. 97 do Código Penal –, entendemos pertinente a conclusão do autor no sentido de a Lei nº 10.216/2001 ter alterado a noção de tratamento, substi-

---

13 No discurso jurídico-penal, Fragoso antecipava o problema conceitual da periculosidade afirmando que “[...] é, em substância, um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios. Trata-se de juízo empírico formulado, e, portanto, sujeito a graves erros. Pressupõe-se sempre, como é óbvio, uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se e que não é questionada” (Fragoso, 2003: 499).

Outrossim, o autor chama atenção para os problemas decorrentes da instrumentalização do conceito deficitário na perícia: “[...] as dificuldades a que conduz o critério legal, que concebe a psicologia da ação de forma que não corresponde à realidade. A ação se divide numa parte racional ou intelectual e noutra parte em que se opera a decisão da vontade. O perito pode constatar o estado de alteração do psiquismo, de fundo biológico, e assim pode afirmar se o acusado é, ou não, portador de qualquer das doenças mentais, mas são irrespondíveis as indagações sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação conforme tal entendimento (Kurt Schneider)” (Fragoso, 2003: 246).

tuindo-a pela de prevenção, situação que conduziria à exclusão da ideia de periculosidade. Neste sentido, sustenta Virgílio de Mattos que estaria

[...] demonstrado que a solução não pode ser apenas – unanimidade a partir de final do século XIX –, nem tratar – vez que o “tratamento” tem sempre implicado maior exclusão –, mas prevenir que o portador de sofrimento mental passe ao ato e transforme, transtornando, sua própria vida e daqueles que lhe são próximos. Portanto, o tratamento de que fala a Lei nº 10.216/2001 só pode ser entendido como as medidas de cuidado e acompanhamento, no processo de inserção social do portador de sofrimento mental, ou seja, o que temos denominado prevenção. (Mattos, 2006: 153)

A modificação da finalidade (do tratamento ao cuidado-prevenção) da resposta jurídica (medida de segurança) aos portadores de sofrimento psíquico implica, necessariamente, a readequação do seu fundamento. Assim, ademais da dubiedade e da imprecisão científica do conceito de periculosidade<sup>14</sup>, entendemos que legalmente houve a sua substituição, pois a *Lei da Reforma Psiquiátrica pressupõe o portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos com capacidade e autonomia (responsabilidade) de intervir no rumo do processo terapêutico*. A mudança de enfoque é radical, sobretudo porque na lógica periculosista o “louco” representa apenas um *objeto* de intervenção, de cura ou de contenção, inexistindo qualquer forma de reconhecimento da capacidade de fala da pessoa internada no manicômio judicial. Guareschi, Reis, Oliven e Hüning constataam que

[...] a desinstitucionalização [operada pela Reforma Psiquiátrica] toma o usuário como um cidadão com ação e poder de participação. Ele pode verbalizar seus sentimentos e tentar entendê-los a partir da sua própria abstração, possibilitando, assim, a desconstrução da instituição doença mental. (Guareschi *et al.*, 2008: 125)

14 “A ideia de ‘periculosidade’ não se traduz por qualquer dado objetivo, ninguém podendo, concretamente, demonstrar que A ou B, psicologicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro. Já por isso, tal ideia se mostra incompatível com a precisão que o princípio da legalidade, constitucionalmente expresso, exige de qualquer conceito normativa, especialmente em matéria penal. A ‘periculosidade’ do imputável é uma presunção, que não passa de uma ficção, baseada no preconceito que identifica o ‘louco’ – ou quem quer que apareça como ‘diferente’ – como perigoso.” (Karam, 2002: 09)  
“[...] o conceito de periculosidade não possui nenhum fundamento científico, sendo fruto muito mais de um preconceito oracular sobre o futuro comportamento problemático (‘desviante’, ‘criminoso’) do cidadão problemático (seja criança, adolescente, adulto ou idoso) do que propriamente de uma situação concreta.” (Mattos, 2006: 176)

11. Outrossim, é fundamental destacar que a Lei da Reforma Psiquiátrica abdica explícita e propositadamente do termo "doença mental". Em primeiro lugar, em razão de o enfoque do tratamento desinstitucionalizador ser o *sujeito* em sua *rede de relações* e não uma *doença atomizada* que se apresenta como um fenômeno natural alheio e que preexiste ao próprio sujeito, conforme compreendem as teorias criminológicas e psiquiátricas ortodoxas do positivismo determinista e das neurocriminologias. Em segundo, por força da compreensão de ser o conceito de doença mental uma construção falha e equivocada que produz uma série de efeitos estigmatizadores que impedem as formas alternativas de tratamento que envolvam o usuário do sistema de saúde mental.

Neste ponto, a crítica proposta por Virgílio de Mattos à impropriedade conceitual do art. 26 do Código Penal, que reproduz a ideia de ausência de responsabilidade em decorrência da "doença mental" ou do "desenvolvimento mental incompleto e retardado", apresenta-se muito adequada e adquire consistência em razão de a Lei nº 10.216/2001 projetar mudanças no estatuto jurídico do portador de sofrimento psíquico.

Cremos, portanto, que o novo cenário normativo impede a afirmação de que o portador de sofrimento psíquico é absolutamente irresponsável pelos seus atos (absolutamente incapaz, na linguagem do ordenamento civil), lícitos ou ilícitos. A reforma psiquiátrica, ao definir as formas ou os graus distintos de responsabilidade, estabelece um novo paradigma para o tratamento jurídico dos portadores de transtorno mental, situação que demanda, necessariamente, a construção de formas diversas de interpretação dos institutos do direito penal. A mudança central é tratar a pessoa com diagnóstico de transtorno mental como verdadeiro *sujeito de direitos*, e não como um objeto de intervenção do laboratório psiquiátrico-forense.

Nota-se, inclusive, ao longo do percurso trilhado pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial, a importância terapêutica de que o sujeito com sofrimento psíquico seja visto como responsável: responsabilizado pelos seus atos passados, responsável pelo seu processo terapêutico e responsável pelos seus projetos futuros. Negar ao portador de sofrimento psíquico a capacidade de responsabilizar-se pelos seus atos é um dos principais atos de assujeitamento, de coisificação do sujeito. Entender o portador de sofrimento psíquico como sujeito implica assegurar-lhe o direito à responsabilização, situação que produzirá efeitos jurídicos compatíveis com o grau ou o nível que esta responsabilidade *sui generis* pode gerar.

Precisa, vez mais, a conclusão de Virgílio de Mattos:

Deve ser assegurado o direito à autonomia e à responsabilidade do imputado, sendo inaceitável a afirmação de que um transtorno mental, mesmo grave, faça com que o imputado não possa responder pelos próprios atos, enquanto se avalia se há alguma correlação entre o transtorno mental e o fato definido como crime alegadamente cometido, de modo a se determinar o modo mais adequado de imposição do limite penal. (Mattos, 2006: 167)

A partir destes pressupostos surgem as questões relativas à operacionalização dogmática imposta pela reforma em dois pontos específicos: aplicação e execução das medidas de segurança.

## **5 EM DEFESA DE FORMAS DISTINTAS DE RESPONSABILIZAÇÃO: AS POSSIBILIDADES GARANTISTAS**

12. O primeiro impacto que a Lei da Reforma Psiquiátrica gera é o da redefinição dos critérios de aplicação e de execução das penas e das medidas de segurança. Neste aspecto, se ao usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei é assegurado um âmbito próprio e diferenciado de responsabilização – em termos dogmáticos apenas um dos elementos da culpabilidade (imputabilidade) é atingido –, sendo excluído do sistema de compreensão do sofrimento psíquico o binômio doença mental-periculosidade, é inegável concluir que o fundamento e a própria possibilidade de aplicação de medidas de segurança, na forma disposta no Código Penal, estão historicamente superados com o advento das reformas nos sistemas de saúde mental ocidentais.

A indagação que se coloca, portanto, é sobre qual a medida judicial cabível nos casos em que o réu for diagnosticado como portador de transtorno mental e esta situação particular correlaciona-se com a prática de um injusto penal. Segundo os critérios da Lei da Reforma Psiquiátrica, em sendo delimitada uma forma distinta de responsabilidade, parece não haver dúvida quanto (1º) à necessidade de se excluir qualquer hipótese de aplicação de medida de segurança, conforme expresso no art. 386 do Código de Processo Penal. Assim, em termos processuais, em vez da absolvição imprópria, entendemos que o mais adequado seria (2º) a responsabilização penal por meio de juízo condenatório, com a consequente (3º) aplicação de pena. Isto pensando, logicamente, em um modelo garantista intermediário, anterior às reais possibilidades abolicionistas que a Lei da Reforma Psiquiátrica oferece.

Em termos doutrinários, a tese defendida por Virgílio de Mattos (2006) e por Paulo Queiroz (2011) foi antecipada por julgados do Tribunal de Justiça gaúcho em decisões relatadas sobretudo por Amilton Bueno de Carvalho<sup>15</sup>.

15 As decisões procuram adequar o sistema de medidas de segurança à Constituição e estabelecer limites máximos à intervenção punitiva do Estado.

Neste sentido, os primeiros julgados são inovadores, pois decretam a prescrição da medida de segurança com base na pena projetada (TJRS, Apelação-Crime nº 70005127295, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 06.11.2002). Posteriormente, para além da mera projeção, a pena passa a ser efetivamente aplicada. Neste sentido argumenta o magistrado gaúcho:

“Tais princípios [constitucionais] impõem barreiras aos traços de arbitrariedade do poder do Estado: em respeito a eles nenhum cidadão pode ser abandonado à sorte de normas discriminatórias (desprovidas de limitação temporal e indeterminadas) como as medidas de segurança - ficando vedado constituir estados pessoais estigmatizantes, que imponham sanção ao sujeito por aquilo que é, e não pelo que fez.

Deste modo, ante o silêncio da lei, vários caminhos poderiam ser trilhados: a) mínimo da pena abstrata cominada ao delito; b) máximo da pena abstratamente cominada ao delito; c) maior ou menor patamar do prazo mínimo à internação (1 ou 3 anos); ou, d) dose da pena hipoteticamente aplicável ao caso concreto.

Dentre tais possibilidades opto pela última delas e a razão é única: maior grau de isonomia possível entre cidadãos apenados (imputáveis ou não).

Explico: atento aos freios libertários fundamentais (os princípios constitucionais), meu compromisso é único: estabelecer maior grau de aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e imputáveis que cometem delitos - se todas as penas admitidas constitucionalmente têm predeterminadas medidas máxima e mínima para cada espécie de delito praticado e são dosadas de acordo com o caso concreto, igualmente deve se dar com as medidas de segurança.

[...] Assim, a minimização da violência fica traduzida na mitigação da dupla violência punitiva - a dos delitos e a das penas arbitrárias: nesta linha, no particular, tenho por razoável que o total da pena estabelecida em cada caso concreto seja o limite máximo à imposição de medidas de segurança, devendo, entretanto, cessada a enfermidade mental ser o paciente posto em liberdade a qualquer tempo - respeitado o limite de 1 ano de duração da medida para a verificação da cessação da doença.

Por outro lado, findo o prazo que será adiante estipulado, todas as medidas que possam alcançar o cidadão terão outro local à definição: juízo cível.” (TJRS, Apelação Criminal nº 70019141886, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 09.05.2007)

Em sentido idêntico, exemplificativamente: TJRS, Agravo em Execução nº 70025703414, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 09.10.2008; TJRS, Apelação-Crime nº 70044818409, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 21.10.2011.

Segundo Virgílio de Mattos, todos os cidadãos, portadores ou não de sofrimento psíquico, deveriam ser considerados imputáveis para fins de julgamento penal, sendo asseguradas todas as garantias inerentes ao *status* jurídico de réu. No caso de condenação, seria necessária a imposição de pena com limites fixos, dentro dos intervalos mínimos e máximos legalmente estabelecidos, havendo possibilidade de "o transtorno mental do imputado servir como atenuante genérica, se houver relação entre a patologia e o crime, devendo a pena imposta ser cumprida, se o caso assim o exigir e apenas em períodos de crise, em hospital penitenciário geral" (Mattos, 2006: 168).

Paulo Queiroz propõe, a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que o julgador proceda à individualização da pena, definindo em formas temporais o desvalor da conduta e o desvalor da ação, para, posteriormente, substituir por medida de segurança pelo mesmo prazo (Queiroz, 2011: 458) – as Cortes superiores definiram primeiramente que o prazo máximo para cumprimento da medida de segurança deveria respeitar o limite geral das penas (30 anos) estabelecido pelo art. 75 do Código Penal; posteriormente, fixaram como quantidade limite da medida o máximo de pena imposto abstratamente pelo legislador ao delito cometido pelo réu.

Os precedentes relatados por Amilton Bueno de Carvalho em relação ao tema inspiram e seguem esta instrumentalidade vislumbrada por Paulo Queiroz. Primeiramente, o indicativo seria o de proceder à individualização da sanção penal, como se o réu fosse efetivamente imputável; posteriormente, seria indicada a sua substituição pela medida, que passaria a ser regulada em seu máximo pela quantidade de pena atribuída. Além disso, apesar de ainda operar com o conceito de "doença mental", em sendo indefinível o prazo terapêutico, o limite mínimo de 1 (um) ano é abandonado em prol da verificação da cessação da "periculosidade". Nos critérios construídos pelo julgador, define-se a

fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como, a fixação do prazo mínimo para a verificação da periculosidade em 1 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se comece a investigar no menor tempo possível), devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo. (Carvalho, 2007: 197)

Entendemos ser possível otimizar ainda mais as propostas dos autores a partir dos preceitos da reforma psiquiátrica.

Em primeiro lugar, é necessário pontuar que o diagnóstico do transtorno mental não pode excluir a incidência de qualquer substituto processual, ou seja, os institutos criados pela Lei nº 9.099/1985 (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo) são plenamente aplicáveis nos casos em que se verifica o distúrbio psíquico.

Em segundo momento, conforme leciona com precisão Paulo Queiroz, devem ser analisados todos os pressupostos de configuração do delito, inclusive culpabilidade, com exceção exclusiva da imputabilidade (Queiroz, 2011: 452). Isto porque é importante frisar que o sofrimento psíquico, seja de qualquer ordem e intensidade, por si só, não exclui (absoluta ou parcialmente) a consciência da ilicitude, obstruindo a realização de comportamentos conforme a expectativa do direito. Em caso de incidência de quaisquer hipóteses legais ou supralegais de exclusão (inclusive eximentes), o réu deve ser absolvido.

Após o juízo de verificação do crime, o terceiro passo é o da aplicação da pena. Nesta etapa, entendemos que o procedimento de dosimetria deve ser idêntico ao dos imputáveis, com (a) a definição da pena cabível (art. 59, I, do Código Penal), (b) a determinação da quantidade de sanção (art. 59, II, c/c art. 68 do Código Penal), (c) a definição do regime inicial e (d) a verificação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 59, IV, c/c art. 44 do Código Penal).

No momento de definição da espécie, quantidade e qualidade da pena, algumas adaptações são necessárias. Porém, em relação ao procedimento de dosimetria, não se exclui que o juiz, ao aplicar a pena-base, analise a culpabilidade, isto porque, conforme destacado, não são totalmente estranhas ao portador de sofrimento psíquico a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Lembre-se que a ideia de responsabilidade *sui generis* é inerente aos preceitos da reforma psiquiátrica. Assim, os cuidados que se devem ter são (1º) verificar se há efetiva relação entre estes elementos da culpabilidade e o crime praticado e, em caso positivo, (2º) analisar de que forma o sofrimento psíquico influenciou na consciência e na dirigibilidade da conduta.

Note-se, contudo, que estes elementos da culpabilidade são aqueles gerais analisados não apenas nos casos que envolvem os portadores de sofrimento psíquico. Todavia, neste caso específico, estão contemplados integralmente na causa especial de diminuição da pena do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, situação que demandaria a sua aplicação<sup>16</sup>.

16 Em termos operacionais para aplicação da pena, estaríamos perante uma dupla incidência de circunstâncias: a circunstância judicial culpabilidade do art. 59, *caput*, do Código Penal e

Desta forma, mais do que ter como pressuposto que o portador de sofrimento psíquico é imputável para fins de definição da quantidade de sanção aplicável, utilizando as ferramentas fornecidas pelo Código Penal, seria possível estabelecer como diretriz que o seu tratamento jurídico fosse similar ao da semi-imputabilidade. Isto porque se a Lei nº 10.216/2001 assegura uma responsabilização *sui generis* ao preservar, na esfera jurídica do usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei, capacidades diferenciadas de compreensão (cognição) e vontade (o quadro se assemelha muito às formas de culpabilidade reduzida). No plano instrumental, além da aplicação da pena, projeta-se o reconhecimento da causa de diminuição, que, por ser variável (redução de um a dois terços da pena), permite adequar o nível de comprometimento que o sofrimento psíquico gerou na consciência da ilicitude e, conseqüentemente, na expectativa de um comportamento conforme as regras jurídicas.

A quarta etapa, após quantificar a sanção, é verificar o regime de pena cabível e a possibilidade de substituir a sua forma carcerária por outra modalidade. O cumprimento desta fase prevista no Código Penal é importante, pois, em caso de adoção das orientações de Paulo Queiroz e Amilton Bueno de Carvalho, ou seja, sendo substituída, na fase executiva, a pena por medida de segurança, seria possível determinar o seu cumprimento em regime ambulatorial sempre que aos imputáveis fosse permitido usufruir do regime aberto ou substituir a pena privativa pela restritiva de direito. Registre-se, ainda, que em determinados casos a própria pena restritiva poderia ter um cunho terapêutico, sendo desnecessária a conversão em medida.

Encerrada a etapa de dosimetria da pena, a quantidade de sanção imposta atuaria como limite máximo de sanção e, inclusive, como regulador da extinção da punibilidade pela prescrição em concreto (art. 110 do Código Penal).

13. As alternativas de execução da sanção imposta ao portador de sofrimento psíquico oferecidas pela doutrina crítica pendem entre o cumprimento da pena ou a sua substituição pela medida de segurança na quantidade

---

a causa especial de diminuição do parágrafo único do art. 26 do mesmo estatuto. Conforme indicam a doutrina e a ampla jurisprudência, quando a mesma circunstância está presente em duas fases distintas da quantificação da pena (pena-base e pena definitiva), para evitar *bis in idem* (mesmo em caso de a dupla incidência favorecer o réu), impõe-se que a circunstância seja valorada apenas uma vez, na fase em que mais aumente ou diminua a pena. Neste sentido, a minorante prepondera sobre a circunstância judicial.

previamente determinada. Neste aspecto, entendemos que é possível avançar, tendo como premissa a lição de Bitencourt, de que

a violência e a desumanidade que representam o cumprimento de medida de segurança no interior dos fétidos manicômios judiciários, eufemisticamente denominados hospitais de custódia e tratamento, exigem uma enérgica tomada de posição em prol da dignidade humana, fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade assegurados pela atual Constituição Federal. (Bitencourt, 2011: 787)

A reforma psiquiátrica foi explícita em proibir qualquer forma de tratamento manicomial. Mesmo nos casos excepcionais – a internação psiquiátrica é sempre subsidiária e indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares (serviços comunitários) se mostrarem insuficientes, conforme o art. 3º e o *caput* do art. 4º –, a Lei nº 10.216/2001 estabelece que “é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares [...]” (art. 4º, § 3º).

A prioridade estabelecida na reforma é o tratamento em ambiente menos invasivo possível (art. 2º, VIII), preferencialmente em serviço comunitário de saúde mental (art. 2º, IX) ou em instituições ou unidades gerais de saúde que ofereçam assistência aos portadores de transtornos mentais (art. 3º), visto ser a finalidade permanente a *reinserção social do paciente em seu meio* (art. 4º, § 1º).

Note-se que a vedação de tratamento em instituições com características asilares atinge, inclusive, as formas de internação compulsória, ou seja, aquelas determinadas pela Justiça (art. 6º, parágrafo único, III). Não por outra razão a Lei nº 10.216/2001 regula a própria atividade judicial ao estabelecer que, de acordo com a legislação vigente, o juiz competente levará em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários (art. 9º). As condições de segurança do paciente não podem ser outras do que a efetividade dos seus direitos, dispostos no art. 2º, parágrafo único, estando proibida a forma asilar, por constituir tratamento desumano (II), abusivo (III) e invasivo (VIII).

Neste cenário, não se vislumbra qualquer motivo que justifique o tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles mesmos usuários que praticaram delitos. Com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica, independentemente da via de acesso aos serviços públicos de saúde mental (internação voluntária, involuntária ou compulsória), o tratamento prestado deve ser equânime e regido pela lógica da desinstitucionalização.

A alteração no quadro normativo, com a projeção de modelos de desinstitucionalização, torna inadmissível a manutenção de regimes segregacionais de execução das medidas de segurança, constituindo-se em *ilegalidade a preservação dos espaços conhecidos como manicômios judiciais, institutos psiquiátrico-forenses ou hospitais de custódia e tratamento*. Se a reivindicação do movimento antimanicomial consagrada na Lei nº 10.216/2001 é a de que os usuários dos serviços de saúde mental não sejam estigmatizados em manicômios e que, em caso de necessidade de intervenção médica aguda, recebam tratamento nos hospitais gerais, é injustificável a exclusão daquele portador de transtorno que se difere pelo cometimento do ilícito. Os avanços da reforma psiquiátrica, portanto, devem ser universais e incorporados nas práticas judiciais. A propósito, o modelo instituído pela reforma estaria em maior harmonia com o discurso oficial do Código Penal, no sentido de que a medida de segurança não seria um castigo, mas um tratamento assegurado pelo Estado.

Na prática, em sendo mantida a intervenção penal nos casos de ilícitos praticados por usuários do serviço de saúde mental, entendemos que a preservação do rótulo “medida de segurança” somente teria sentido para garantir ao condenado o direito ao controle jurisdicional da sanção. Nestes casos, o sujeito teria a garantia de que, ultrapassado o limite máximo da pena fixada pelo juiz do processo de conhecimento ou cessada a necessidade do tratamento realizado no sistema público de saúde mental, seria decretada extinta a medida. Fora deste âmbito de controle, as intervenções terapêuticas devem ser idênticas aos demais casos de sofrimento psíquico.

A proposta apresentada, inspirada nos preceitos do movimento antimanicomial, se sustenta empiricamente em duas experiências inovadoras e altamente virtuosas de construção de alternativas ao tratamento de pessoas com transtorno psíquico em conflito com a lei. A transferência da pessoa com transtorno mental condenada à medida de segurança para a rede pública de saúde – Centros de Apoio Psicossocial (CAPs) do Sistema Único de Saúde (SUS) –, que implicaria a extinção progressiva dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, conforme prevê a lei, vem sendo realizada em Belo Horizonte há pelo menos 10 (dez) anos, a partir de experiência piloto desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais desde 1999. Com o objetivo de efetivar a Lei nº 10.216/2001, o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ) acolhe portadores de sofrimento psíquico que respondem a processos criminais na rede de saúde mental. Projeto análogo desenvolvido em Goiás foi fomentado a partir do reconhecimento de que a Lei nº 10.216/2001 vedou o recolhimento de pacientes psiquiátricos em instituições de natureza carcerária (prisões, manicômios, hospitais de custódia ou

institutos psiquiátrico-forenses). O Programa de Atenção ao Louco Infrator (PAILI), instituído em 2006, reúne os atores jurídicos e os agentes de saúde mental, com objetivo de reintegrar o paciente judiciário no meio em que vive.

Os resultados apresentados pelos programas atestam o correto direcionamento da reforma psiquiátrica e impedem quaisquer resistências com tonalidades de *pânico moral*. O reconhecimento da qualidade das experiências pode ser verificado no recente "Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a Perspectiva da Lei nº 10.216/2001", elaborado pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) do Ministério Público Federal (MPF):

Desde sua implementação [PAI-PJ], 755 casos foram acolhidos pelo Programa e receberam tratamento adequado ao sofrimento mental até cessar suas relações com a Justiça. 489 casos já foram desligados do Programa. Dados de agosto de 2009 mostram que, atualmente, 266 pacientes encontram-se em acompanhamento. Desses, 210 encontram-se em liberdade, realizam seu tratamento nos dispositivos substitutivos ao manicômio e residem junto aos familiares, em pensões, sozinhos ou em residências terapêuticas da cidade. Os índices de reincidência, nos casos atendidos pelo Programa, são muito baixos, girando em torno de 2% em crimes de menor gravidade e contra o patrimônio. Não há registro de reincidência de crimes hediondos. (PFDC-MPF, 2011: 67)

Os números absolutos da experiência de Goiás (PAILI), apesar de serem inferiores aos de Minas Gerais – decorrentes, inclusive, da menor taxa de encarceramento –, são igualmente positivos. E embora a reincidência seja um pouco superior, girando em torno de 7% (PFDC-MPF, 2011: 70), os números são significativamente inferiores a taxas com as quais se convive habitualmente nos ambientes carcerários.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: FORMAS DISTINTAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DESDE A CONCRETUDE ABOLICIONISTA

14. As inovações proporcionadas pela instrumentalização da Lei nº 10.216/2001 na fase de execução das medidas de segurança por meio dos programas alternativos de intervenção não punitiva (PAI-PJ e PAILI) permitem compreender quão fértil é o espaço de atuação criado pela reforma psiquiátrica. Ao mesmo tempo, expõem quão deficitário é o discurso da dogmática penal, que permanece literalmente preso aos conceitos higienistas da psiquiatria do século passado.

O avanço realizado pelo movimento antimanicomial, pela psicologia social e pela antipsiquiatria, que proporcionou a ruptura com as categorias

estigmatizadoras do positivismo determinista, demonstra que é possível resistir de forma aguda ao punitivismo. A reforma psiquiátrica é uma lição viva, sobretudo para o pensamento criminológico crítico na luta pela desprisionalização.

No entanto, para além das conquistas já alcançadas e das lições às demais correntes críticas dos procedimentos de institucionalização totalitária, entendemos que Lei da Reforma Psiquiátrica, da forma como está redigida, possibilita dupla quebra de paradigma. Se a primeira ruptura paradigmática foi tratar o portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos, definindo estratégias que garantam paridade de tratamento no processo penal de conhecimento e criando ferramentas que otimizem formas não institucionais no processo de execução das medidas de segurança, a segunda e mais radical alteração paradigmática é a da retirada integral do usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei do sistema penal.

Se a nova forma de abordagem dos transtornos mentais nega a validade prático-teórica da noção de periculosidade (fundamento da medida de segurança), redefine o portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos dotado de uma especial forma de compreensão dos seus atos (culpabilidade *sui generis*) e impede qualquer tipo de sanção de natureza segregadora (carcerária), não seria inviável pensar que a reforma psiquiátrica criou um novo espaço de análise e valoração da responsabilidade jurídica do inimputável, alheio à lógica punitiva e carcerocêntrica do sistema penal.

O novo cenário não impediria, por exemplo, pensar na exclusiva responsabilização jurídica do portador de sofrimento psíquico no âmbito civil ou na esfera administrativa. Neste espaço alheio ao jurídico-penal, a finalidade da intervenção judicial seria direcionada ao estabelecimento dos critérios de compensação da vítima pelos danos materiais e morais causados pela conduta ilícita, sem qualquer necessidade de ingerência das agências de punitividade.

Ademais, além da fixação da sanção compensatória (reparação do dano), que é o que normativamente justifica o interesse da vítima no processo penal, não estaria excluída a possibilidade do tratamento, inclusive coercitivo (involuntário ou compulsório), na rede de saúde pública, pois, segundo o estatuto antimanicomial, trata-se (o tratamento) de um direito assegurado a todas as pessoas que necessitam, independente do cometimento ou não de crimes.

A forma como a Lei nº 10.216/2001 instrumentaliza a responsabilidade e a resposta jurídica ao ato lesivo praticado pelo portador de sofrimento psíquico torna totalmente desnecessária qualquer espécie de intervenção penal.

O receio de se pensar formas distintas de intervenção penal ou a dificuldade de se criar modelos alternativos para além dos muros do sistema punitivo, mesmo quando os instrumentos legais possibilitam práticas disruptivas, revela, em realidade, o nível do enraizamento do sistema punitivo em nós.

Mas, conforme foi possível perceber, encontrar alternativas não é tão difícil quanto se possa imaginar. Basta entender o outro sempre e radicalmente como um sujeito de direitos, independentemente dos atos que pratica ou da forma como a sua racionalidade articula o pensamento.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARRIGO, Bruce. Toward a Critical Penology of the Mentally Ill Offender: on law, ideology, and the logic of "competence". In: DEKESEREDY, Walter; PERRY, Barbara (Ed.). *Advancing Critical Criminology: theory and application*. Oxford: Lexington Books, 2006.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BASAGLIA, Franco. *Psiquiatria alternativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasil Debates, 1979.
- BATISTA, Nilo. Apresentação. In: MATTOS, Virgílio. *Crime e psiquiatria: uma saída*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In: MATTOS, Virgílio. *Crime e psiquiatria: uma saída*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_; WEIGERT, Mariana. *As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo*. Porto Alegre: Mimeo, 2011.
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. *Censo penitenciário*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

- FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima et al. Usuários do hospital-dia: uma discussão sobre performatividade em saúde e doença mental. In: *Mal-estar e subjetividade*. Fortaleza, v. 08(01), 2008.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- MATTOS, Virgílio. *Crime e psiquiatria: uma saída*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- PFDC - Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a Perspectiva da Lei nº 10.216/2001*. Brasília: MPF, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- SILVA FILHO, João Ferreira da. A medicina, a psiquiatria e a doença mental. In: *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SNDH - Secretaria Nacional de Direitos Humanos. *Levantamento Nacional de Atendimento ao Adolescente em Conflito com a Lei*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.
- TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70025703414, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 09.10.2008.
- \_\_\_\_\_. Apelação-Crime nº 70010817724, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 06.04.2005.
- \_\_\_\_\_. Apelação-Crime nº 70005127295, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 06.11.2002.
- \_\_\_\_\_. Apelação-Crime nº 70044818409, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 21.10.2011.
- \_\_\_\_\_. Apelação Criminal nº 70019141886, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, J. 09.05.2007.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WEIGERT, Mariana; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Mulheres em cumprimento de medida de segurança: silêncio e invisibilidade nos manicômios judiciais brasileiros. In: SILVEIRA, Raquel da Silva (Org.). *Direito e psicologia: o desafio da interdisciplinaridade*. Porto Alegre: Editora Uniritter, 2011.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. I, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. II, t. I, 2010.