

**SALLO DE CARVALHO**

Professor Colaborador da Faculdade de Direito da UFSM.  
Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da UFRGS (2010-2011).  
Professor Titular do Departamento de Ciências Criminais da PUCRS (1996-2009).  
Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES).  
Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito.

# **PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**(FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO JUDICIAL)**

2013

## 13 – SISTEMA DE DETERMINAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

### 13.1. Fundamento (Periculosidade), Pressuposto (Inimputabilidade) e Efeitos Jurídicos da Imposição da Medida de Segurança

13.1.1. O art. 26, *caput*, do Código Penal, define a **inimputabilidade psíquica**, estabelecendo que é isento de pena o agente que, por *doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto* ou *retardado*, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente *incapaz* de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conforme apresentado no momento de análise das causas especiais de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) da pena, entre a inimputabilidade (plenitude de responsabilidade penal) e a inimputabilidade (ausência de responsabilidade penal), o Código Penal prevê hipóteses de **semi-imputabilidade**. São consideradas semi-imputáveis as pessoas que, no momento da conduta delitiva, *não eram totalmente capazes* de compreender a antijuridicidade e comportar-se conforme a expectativa do direito (art. 26, parágrafo único, do Código Penal). A semi-imputabilidade é uma categoria intermediária entre a capacidade e a incapacidade plenas.

Neste cenário, o direito penal brasileiro trabalha com distintas respostas jurídicas aos autores de condutas consideradas ilícitas: *primeira*, aplicação de pena ao imputável; *segunda*, aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança ao semi-imputável; *terceira*, aplicação de medida de

segurança ao inimputável psíquico; *quarta*, aplicação da medida socioeducativa ao inimputável etário (adolescente em conflito com a lei)<sup>1</sup>.

A inimputabilidade (psíquica ou etária) no direito brasileiro edifica distintos estatutos jurídicos ao portador de sofrimento psíquico e ao adolescente em conflito com a lei, com características bastante peculiares em relação àquele que orienta a responsabilização do imputável (maior de dezoito anos e psiquicamente *capaz*). A diferença de *status* jurídico decorre do fato de que ambas as causas de *incapacidade*<sup>2</sup> (psíquica e etária) atingem diretamente um dos elementos configuradores do delicto, que é a culpabilidade. Nos termos do Código Penal, a menoridade absoluta, a doença mental e o desenvolvimento mental retardado ou incompleto são causas de exclusão da culpabilidade, razão pela qual as condutas praticadas por pessoas nestas situações não podem ser adjetivadas como crime. A inexistência de crime acarreta, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação de pena.

Não por outra razão, o adolescente em conflito com a lei será julgado, processado e, em caso de condenação, sua medida será executada em esfera jurisdicional própria, nos termos do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>3</sup>. Em relação aos portadores de sofrimento psíquico, embora o processamento do caso ocorra no juízo criminal, reconhecida a inimputabilidade, o Código de Processo Penal determina que o réu seja absolvido<sup>4</sup>. Trata-se, na linguagem técnica da dogmática processual penal, de uma absolvição *sui generis* (**absolvição imprópria**), pois, apesar de afirmada a inexistência do crime, o autor do fato é *submetido coercitivamente*

<sup>1</sup> Sobre a aplicação das medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei e a similitude entre as sanções e as medidas substitutivas ao encarceramento, conferir CARVALHO e WEIGERT, *Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas*, pp. 227-257.

<sup>2</sup> Os destaques nos termos *capaz* e *incapacidade* servem para chamar a atenção à sua inadequação teórica e normativa, conforme será exposto posteriormente na análise da inimputabilidade a partir da Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/2001).

<sup>3</sup> *A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo (...)*” (art. 148 da Lei n. 8.069/90).

<sup>4</sup> *“O juiz absolvente o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”* (art. 386, Código de Processo Penal).

a medida de segurança<sup>5</sup>, situação que demarca sua sujeição às agências estatais responsáveis pela execução da decisão judicial (agência manicomial).

13.1.2. A classificação do autor da conduta considerada ilícita como imputável ou inimputável e a conseqüente definição da resposta jurídica cabível (pena ou medida de segurança) decorrem de uma opção política (político-criminal), posteriormente legitimada pela ciência jurídico-penal (dogmática penal), por fragmentar o **sistema de responsabilidade criminal** em dois distintos discursos de fundamentação: **sistema de culpabilidade** (imputabilidade/pena) e **sistema de periculosidade** (inimputabilidade/medida de segurança).

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “o Estado pretende cumprir a tarefa de proteger a comunidade e o cidadão contra fatos puníveis utilizando instrumentos legais alternativos: a) penas criminais, fundadas na culpabilidade do autor; b) medidas de segurança, fundadas na periculosidade do autor (...). Ao contrário da natureza retributiva das penas criminais, fundadas na culpabilidade do fato passado, as medidas de segurança, concebidas como instrumento de prevenção social e de terapia individual – ou como medidas de natureza preventiva e assistencial, segundo a interpretação paralela do Legislador –, são fundadas na periculosidade de autores inimputáveis de fatos definidos como crimes, com o objetivo de prevenir a prática de fatos puníveis futuros”<sup>6</sup>.

Para os sistemas tradicionais das ciências criminais (teoria do direito penal e teoria criminológica), a noção de sujeito (responsável) decorre da constatação de sua capacidade de compreensão e de escolha: conhecimento da ilegalidade da conduta e dos seus efeitos; opção livre e consciente pelo ato ilícito. A condição de sujeito cognoscente com liberdade de ação possibilita ao direito penal atribuir culpabilidade ao autor do fato, habilitando os mecanismos executivos de imposição da pena. Ausente a culpabilidade, inexistente delito e, portanto, inaplicável a pena. Apesar de a fundamentação da pena ter sido alterada desde as fundações do direito penal na modernidade – sobretudo no século passado com a inserção dos postulados ressocializadores pelo correccionalismo, conforme trabalhado anteriormente – o caráter retributivo permanece como um centro nervoso que identifica a forma jurídica da pena criminal.

<sup>5</sup> *“Na sentença absolutória, o juiz: (...) III – aplicar medida de segurança, se cabível”* (art. 386, parágrafo único, Código de Processo Penal).

<sup>6</sup> SANTOS, *Direito Penal*, p. 639.

O tipo ideal (ou o estereótipo teórico) que contrapõe a capacidade de culpa (*culpabilidade*) é a *condição* ou *potência de perigo* (periculosidade). O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, seria aquele que, diferentemente do culpável, não possui condições mínimas de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, conseqüentemente, atuar conforme as expectativas do direito (agir de acordo com a lei). Em razão da ausência de condições cognitivas (déficits cognitivos) para direcionar sua vontade, a aplicação de uma *pena* com caráter marcadamente retributivo passa a ser inadequada, notadamente no esquema da *culpabilidade pela reprovabilidade*, em que se postula uma adequação da pena ao grau de reprovação do ato voluntário praticado pelo sujeito. Neste cenário de ausência de responsabilidade penal, a pena é substituída pela *medida* (de segurança) e a finalidade retributiva da sanção é substituída pela orientação de *tratamento do paciente*.

13.1.3. O instrumento de averiguação da periculosidade do autor do fato previsto em lei como crime é o **incidente de insanidade mental**, procedimento regulado pelo Código de Processo Penal. O incidente pode ser requerido em qualquer fase da persecução penal (fase de inquérito ou instrução processual) e a sua instauração suspende o processo (art. 149, §§ 1º e 2º, do Código de Processo). Segundo o art. 149, *caput*, do estatuto processual, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará de ofício ou a requerimento das partes o exame médico-legal (perícia psiquiátrica). Cabe, pois, ao médico legista (psiquiatra forense) a tarefa de atestar o grau de periculosidade do autor do fato. Periculosidade entendida, na sistemática dos Códigos Penal e de Processo Penal, como um *estado de antisocialidade* que permite realizar um *juízo de probabilidade de delinquência futura* baseado nos déficits psíquicos do periciando.

O reconhecimento do *estado de periculosidade* (fundamento da aplicação da medida de segurança) produz significativos **efeitos sancionatórios**. Em razão de a periculosidade ser entendida como um *estado* ou um *atributo natural* do sujeito – o indivíduo carrega consigo uma potência de litiva que a qualquer momento pode se concretizar em um ato lesivo contra si ou contra terceiros –, a resposta estatal não pode ser determinada *ex ante*. Se a pena é fixada por meio de um extenso procedimento judicial (art. 59 do Código Penal) e a sua execução é expressamente limitada no

tempo (art. 75, Código Penal), a finalidade *curativa* do *tratamento* realizado no cumprimento da medida impede estabelecer prazos de duração.

Segundo os fundamentos normativos que informam a aplicação e a execução das medidas de segurança, é absolutamente lógico e coerente esta impossibilidade de definir o tempo da resposta jurídica ao ato previsto como delito praticado pelo inimputável. Se o inimputável é portador de uma *doença* (diagnóstico médico), a duração do tratamento será estabelecida conforme a resposta positiva ou negativa que o paciente apresentará durante o procedimento curativo. Sendo a medida de intervenção adequada e a resposta do paciente positiva, o resultado é a diminuição ou controle do impulso delitivo com o conseqüente diagnóstico de *cessação da periculosidade*. Do contrário, se inadequada a medida ou negativa a resposta, mantêm-se o estado perigoso (prognóstico de delinquência futura), sendo necessário o prolongamento da internação compulsória. Não por outro motivo 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, do Código Penal).

A indefinição do limite máximo da medida de segurança – situação que legitima, na realidade do sistema manicomial brasileiro, a possibilidade de perpetuidade da sanção – não inibe, porém, a determinação de um prazo mínimo. A previsão legal deste limite para a execução da medida de segurança demonstra, em realidade, a inserção (subliminar) de uma *tarifa retributiva* de sanção aos inimputáveis pelo cometimento do ilícito, 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 permanecer submetido ao controle penal.

Conforme destacado no momento da exposição dos princípios constitucionais que orientam as penas e as medidas de segurança no direito penal brasileiro, a abertura legal para perpetuidade ocorre não apenas no Código Penal, mas, sobretudo, pela injustificável omissão constitucional no que tange aos limites das medidas. 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 deste tema. No direito constitucional comparado, p. ex., é comum perceber o tratamento paritário entre as sanções aplicáveis aos imputáveis e aos inimputáveis, sendo res-

guardados isonômicos direitos e garantias<sup>7</sup>, inclusive no que tange à vedação da perpetuidade<sup>8</sup>.

O uso do direito comparado como fonte orientará inúmeras críticas ao sistema brasileiro e permitirá projetar interpretações que confira um mínimo de garantia às pessoas submetidas às medidas de segurança. Isto porque, em face do **caráter afetivo das medidas de segurança**, é fundamental que os direitos e as garantias que constituem o estatuto jurídico dos imputáveis sejam ampliados aos portadores de sofrimento psíquico, sobretudo após a publicação da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/2001), que impõe aos Poderes constituídos o dever de criar mecanismos humanitários de desinstitucionalização manicomial.

### 13.2. Medidas de Segurança: Sistemas (Duplo Binário e Vicariante) e Espécies (Internação e Tratamento Ambulatorial)

13.2.1. Ao longo do século passado foram contrapostos dois **sistemas de aplicação das medidas de segurança**: o sistema do duplo binário e o sistema vicariante.

O **sistema do duplo binário**, em vigor na legislação penal brasileira até 1984, previa a possibilidade de imposição da medida de segurança independentemente da (in)imputabilidade. Assim, se fosse reconhecido o **estado perigoso**, seriam aplicáveis pena e medida de segurança, conjunta e sucessivamente, mesmo ao imputável e ao semi-imputável.

O Código Penal de 1940 estabelecia duas hipóteses de configuração do **estado perigoso**: *presunção legal ou declaração (reconhecimento) judicial*. O re-

<sup>7</sup> "Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior" (art. 29, 1. Constituição de Portugal).

<sup>8</sup> "As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança serão orientadas à redução e à reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados" (art. 25, 2. 1ª parte, Constituição da Espanha).

<sup>9</sup> "Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Ninguém pode ser punido, senão mediante a 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, Constituição da Itália).

<sup>10</sup> "Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida" (art. 31, 1. Constituição de Portugal).

vogado art. 78 do Código determinava que seriam considerados perigosos (presunção legal de periculosidade): (a) os imputáveis; (b) os semi-imputáveis; (c) os condenados por crime cometido em estado de embriaguez, habitual a embriaguez; (d) os reincidentes em crimes dolosos; (e) os condenados por crime cometido por associação, bando ou quadrilha. Além disso, poderia ser reconhecida a periculosidade do autor do ilícito pelo julgador em seguintes hipóteses: (a) se os antecedentes e a personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que o sujeito viria ou tornaria a delinquir; e (b) se, na prática do fato, fosse revelada torpeza, perversão, malvadez, cupidiz ou insensibilidade moral (art. 77 do Código Penal de 1940 com redação dada pela Lei n. 6.416/77)<sup>9</sup>.

Reale Jr., Dotti, Andreucci e Piombo, ao justificarem a substituição do sistema dualista (duplo binário) pelo sistema monista (vicariante), afirmam que "o Código Penal de 1940, tendo eleito a dupla via, incorreu em manifesto erro, porquanto primeiro para os imputáveis e semi-imputáveis, nas palavras de Antolisei, impõe a uma pessoa, necessitada de cura e de educação, as constrangedoras condições do cárcere, que só agravam a periculosidade que, depois, piorada, se buscará cancelar, tudo para conciliar ou superar a oposição entre culpabilidade e periculosidade"<sup>10</sup>.

A aplicação conjunta da pena e da medida de segurança no sistema anterior, segundo a precisa crítica de Bitencourt, configurou notória lesão ao princípio *ne bis in idem*, "pois, por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma e outra são distintos, na realidade, é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado"<sup>11</sup>. Em termos pragmáticos, Fragozo, ao analisar a realidade empírica da aplicação do direito penal pelo sistema de administração da justiça criminal, demonstrou que "a falência do sistema [do duplo binário] se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na

<sup>9</sup> A redação originária do art. 77 do Código Penal de 1940 estabelecia que "quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha de e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou tome a delinquir".

<sup>10</sup> REALE JR., et al., *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, p. 284.

<sup>11</sup> Sobre os sistemas vicariante e do duplo binário na legislação penal brasileira, confira FERRARI, *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, pp. 32-46.

<sup>12</sup> BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 781.

execução, a pena privativa de liberdade, da custódia de segurança. Deve-se também à precariedade do juízo de periculosidade, bem como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico<sup>12</sup>.

Superado o duplo binário, a Reforma da Parte Geral de 1984 instituiu o sistema **vicariante**, cindindo a resposta punitiva entre penas (imputáveis) ou medidas de segurança (inimputáveis). Mesmo nos casos de semi-imputabilidade, nos quais há possibilidade de aplicação de ambas as respostas punitivas, o magistrado deve optar prioritariamente pela pena (reduzida pela minorante do art. 26, parágrafo único, do Código Penal) e, em casos excepcionais<sup>13</sup>, substituir pela medida de segurança, nos termos do art. 98 do Código Penal<sup>14</sup>.

13.2.2. O Código Penal, em seu art. 96, prevê duas **espécies de medidas de segurança**: a internação psiquiátrica (art. 96, I) e o tratamento ambulatorial (art. 96, II).

A **internação psiquiátrica** determina o cumprimento da medida de segurança em hospital de custódia e de tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou outros estabelecimentos adequados com características similares. Em realidade, o modelo de internação compulsória se realiza nos chamados **manicômios judiciais**, instituições totais com características asilares e segregacionistas similares às penitenciárias. A forma **penitenciária** dos hospitais de custódia ou manicômios judiciais 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 carcerário<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> FRAGOSO, Lições de Direito Penal, p. 496.

<sup>13</sup> "Em regra, os semi-imputáveis possuem capacidade penal, são penalmente responsáveis e puníveis com redução de um a dois terços da pena, por exceção, na hipótese de necessidade de especial tratamento (art. 98, CP), a pena privativa de liberdade pode ser substituída por medida de segurança - hipótese de aplicação do sistema vicariante no sistema brasileiro, caracterizado pela substituição recíproca entre penas e medidas de segurança" (SANTOS, Direito Penal, p. 646).

<sup>14</sup> "Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento ambulatorial, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamentos §§ 1º a 4º" (art. 98 do Código Penal).

<sup>15</sup> "O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal. Parágrafo único. Aplica-se ao hospital,

Lembra Bitencourt que a mudança na nomenclatura ocorrida na Reforma de 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 manicomial seguem presentes no sistema atual<sup>16</sup>.

A segunda espécie de medida de segurança é aquela que submete o paciente ao **tratamento ambulatorial**. A principal característica do tratamento ambulatorial é a imposição do acompanhamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição. Conforme é possível notar da exposição de motivos do Código Penal, o tratamento ambulatorial é considerado uma medida restritiva distinta da medida 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, cumprido-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita" (Exposição de Motivos do Código Penal, §§ 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, 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"<sup>17</sup>.

Nota-se, pois, que o **critério para definição da espécie de medida de segurança** - detenção em hospital de custódia ou restrição em regime ambulatorial - é, fundamentalmente, conforme estabelecido no art. 97, caput, do Código Penal, a previsão genérica da gravidade do ilícito (detenção ou reclusão). Assim, o regime ambulatorial é aplicado subsidiariamente

no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei" (art. 99, da Lei de Execução Penal).

"O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lava-tório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana; b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados)" (art. 88, da Lei de Execução Penal).

<sup>16</sup> BITENCOURT, Tratado de Direito Penal, p. 783.

<sup>17</sup> FRAGOSO, Lições de Direito Penal, 500.

riamente ao de internação nos casos em que a conduta praticada pelo inimputável tenha como previsão a pena de *detenção*<sup>18</sup>.

A previsão em abstrato da forma reclusiva ou detentiva como critério único de definição da espécie de medida de segurança a ser cumprida não parece estar adequada ao postulado constitucional que determina ao julgador a *individualização da sanção penal (medida de segurança)*. Note-se que, em relação às penas, a fixação do regime ou a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos independe da espécie de privação de liberdade prevista em lei. Assim, o tipo de regime (aberto, semiaberto ou fechado) e a espécie de sanção (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) estarão subordinados aos critérios judiciais expostos motivadamente na sentença (individualização da pena). A definição das espécies de medida a partir de um critério abstrato parece, portanto, estar em oposição à estrutura principiológica (constitucional e legal) que orienta a aplicação das sanções.

Ademais, este critério tende a obstaculizar a diretriz político-criminal da utilização excepcional da internação (princípio da subsidiariedade), visto o seu caráter marcadamente afetivo, que em muito pouco se diferencia, na realidade empírica do sistema punitivo, das formas carcerárias de pena. 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"<sup>19</sup>.

### 13.3. Medidas de Segurança: Caráter Punitivo e Critérios de Aplicação Judicial

13.3.1. O caráter punitivo das medidas de segurança é uma das principais denúncias realizadas pela criminologia crítica e pela crítica do direito penal a partir da década de 70 do século passado. A exposição da incapacidade de as instituições totais (prisões e manicômios) realizarem minimamente as finalidades expostas em sua programação oficial (resso-

cializar o imputável e reduzir a periculosidade dos inimputáveis) deflagrou um amplo processo de desconstrução dos mitos fundantes do sistema punitivo. Dentre estes mitos, a ausência da perspectiva punitiva (retributiva) das medidas de segurança.

No caso específico das medidas de segurança, Cirino dos Santos demonstra que a crise decorre da inconsistência dos métodos científicos de prever o comportamento futuro (periculosidade; prognóstico de delinquência futura) e da incapacidade da medida de transformar condutas antisociais em condutas ajustadas: "a crise das medidas de segurança estacionárias é a crise da prognose de periculosidade e da eficácia da internação para transformar condutas ilegais de inimputáveis em condutas legais de imputáveis. A inconsistência desses pressupostos explica a convicção generalizada sobre a necessidade de redução radical das medidas de segurança estacionárias"<sup>20</sup>.

Em decorrência da crise conceitual e estrutural, Zaffaroni e Bartsa desafiam a construção de uma *dogmática consequente* no campo das medidas de segurança, tomando como pressuposto sua **natureza penal**, para além do *embuste das etiquetas*. Conforme sustentam, se a Reforma de 1984 representou um significativo avanço ao expungir as diversas hipóteses de periculosidade presumida pré-delitual da disciplina legal, restringindo as hipóteses de imposição de medidas de segurança aos inimputáveis (e semi-imputáveis), "(...) alguns passos poderiam ser dados incorporando-se à construção dogmática as importantes contribuições da Lei 10.216/01, sobre a proteção e direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais"<sup>21</sup>.

A Lei n. 10.216/2001 inegavelmente muda o estatuto jurídico e a lógica do tratamento dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil. A Lei da Reforma Psiquiátrica não apenas determina como diretriz central que sejam realizadas políticas públicas de desinstitucionalização, como fixa como premissa o respeito à autonomia dos usuários do sistema de saúde mental. Assim, devem atuar como protagonistas na definição de sua terapêutica. Além disso, a Reforma Psiquiátrica procura alterar a linguagem que configurou historicamente a instituição manicomial, estabelecendo uma nova gramática nas práticas de internação.

A Reforma Psiquiátrica abre importantes caminhos de superação da lógica que orienta a aplicação e a execução das medidas de segurança, como posteriormente será trabalhado. No momento, porém, importa construir

<sup>18</sup> "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, Código Penal).

<sup>19</sup> FRAGOSO, *Ligões de Direito Penal*, p. 501.

<sup>20</sup> SANTOS, *Direito Penal*, p. 641.

<sup>21</sup> ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro I*, p. 67.

as bases de uma nova perspectiva a partir do reconhecimento de que a medida de segurança "(...) não se distingue da pena: ela também representa perda de bens jurídicos e pode ser inclusive, mais afilada 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".<sup>22</sup> Nas palavras de 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".<sup>23</sup>

13.3.2. Diferentemente da complexa estrutura de determinação da pena, a estrutura normativa do Código Penal e as diretrizes desenvolvidas pela dogmática são relativamente simples no que tange aos **critérios de aplicação das medidas de segurança**. Todavia, esta relativa simplicidade não significa garantia em termos de eficácia da tutela dos direitos fundamentais dos portadores de sofrimento psíquico contra eventuais abusos e excessos. Pelo contrário, a inexistência de um procedimento claro para determinação, p. ex., da quantidade mínima e máxima da medida de segurança, cria uma situação de vácuo na qual as lógicas manicomial e punitiva se inserem. Ademais, os Tribunais ainda são bastante reticentes — salvo raras exceções — em reconhecer o impacto da Lei n. 10.216/2001 no sistema de medidas de segurança.

O procedimento de aplicação da **espécie de medida de segurança**, conforme exposto anteriormente, é predeterminedo legislativamente pelo tipo de pena privativa de liberdade imposto ao delito (*reclusão* ou *detenção*), situação que, em tese, designaria a internação psiquiátrica aos fatos mais graves. Todavia, como se sabe, o critério da gravidade do delito é apenas hipotético, porque não há, na legislação penal ordinária e extravagante, uma plena correspondência (proporcionalidade) da quantidade e da espécie de pena com a gravidade do delito, notadamente porque no sistema punitivo nacional é prevista a detenção para inúmeros crimes com penas que não podem ser consideradas baixas — p. ex., abandono material (art. 244, *caput*, do Código Penal)<sup>24</sup>; abstenção ou desistência ilegais do

processo licitatório (art. 95, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93)<sup>25</sup>; aferição de benefício por falta de procedimento de licitação (art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93)<sup>26</sup>; duplicata simulada (art. 172, *caput*, do Código Penal)<sup>27</sup>; exposição ou abandono de recém-nascido com resultado morte (art. 134, § 2º, do Código Penal)<sup>28</sup>; dentre inúmeros outros.

O art. 97, *caput*, do Código Penal, estabelece que, se o agente for inimputável, o juiz aplicará a internação, mas se "o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá submeter-lo a tratamento ambulatorial". Em princípio, a direttriz do Código é a da preponderância da internação, pois não há vedação de sua aplicação aos autores de fatos puníveis com detenção. Todavia, a orientação doutrinária e jurisprudencial é no sentido de fragar o sistema das medidas de segurança, restringindo a internação aos casos de reclusão e o tratamento ambulatorial aos de detenção<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> "acondida, fixada ou maiorada; deixar, sem justa causa, de sofrer descendeite ou ascendente, gravemente enfermo: Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de 1 (um) a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no País."

<sup>23</sup> "Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena — detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida."

<sup>24</sup> "Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena — detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

<sup>25</sup> "Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não correspondam à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Pena — detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."

<sup>26</sup> "Expôr ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria. § 2º — Se resulta a morte: Pena — detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos."

<sup>27</sup> "A distribuição de autores inimputáveis (ou semi-imputáveis, necessitados de tratamento curativo) de fato previsto como crime pelas duas espécies de medidas de segurança depende da natureza da pena combinada no tipo de injusto realizado, conforme as seguintes correlações legais (art. 97, CP): a) reclusão determina internação; b) detenção determina tratamento ambulatorial" (SANTOS, Direito Penal, p. 648).

No mesmo sentido, BITENCOURT, *Treatado de Direito Penal*, p. 783; BRANDÃO, *Curso de Direito Penal*, p. 382; DELMANTO, *Código Penal Comentado*, p. 181; FRANCO e STOCO, *Código Penal e sua Interpretação*, p. 485; REALE JR., *Instituições de Direito Penal*, II, p. 175.

<sup>22</sup> FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 549.

<sup>23</sup> QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 454.

<sup>24</sup> "Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente



Ocorre que a absolutização dos critérios genéricos relativos à espécie de pena, conforme sustentado anteriormente, impede o devido procedimento de individualização da medida de segurança. Pense-se, p. ex., na hipótese de, durante o processo de instrução, o laudo psiquiátrico exarado no incidente de insanidade mental concluir pela adequação do tratamento ambulatorial ao acusado, embora praticado delito punível com reclusão.

Ao analisar o tema, Marchewka afirma que “esse critério rígido não é justo, nem mais adequado, sendo aconselhável que a lei deixasse ao prudente entendimento do juiz escolher entre a internação e o tratamento em liberdade”<sup>30</sup>. Nesta linha, notadamente quando há indicação médica, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação”<sup>31</sup>.

Importante referir que um dos fundamentos expostos na decisão foi exatamente o fato de a Lei n. 10.216/2001 questionar a efetividade da custódia dos doentes mentais nos regimes asilares e a sua diretriz de gradual desativação dos hospitais psiquiátricos, “o que torna ainda mais injusta e desaconselhável a internação do paciente em hospital psiquiátrico judicial”<sup>32</sup>.

13.3.3. Após a eleição da internação ou do tratamento ambulatorial, o segundo momento da atividade sancionatória judicial na absolvição impropria é o da determinação da **quantidade (tempo) de medida de segurança**.

O art. 97, § 1º, do Código Penal, estabelece que a medida de segurança, independentemente da espécie, será por tempo *indeterminado* enquanto perdurar a periculosidade, e o seu prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. A primeira questão a ser enfrentada, portanto, diz respeito ao **tempo máximo da medida de segurança**.

No momento da análise dos princípios constitucionais configuradores das sanções penais no direito penal brasileiro, foi afirmada a necessidade de compatibilização entre o tratamento jurídico das penas e o das

medidas de segurança, para além do fato de a Constituição ser omissa em relação às últimas. O caráter sancionatório e punitivo das medidas de segurança impõe que o texto constitucional seja interpretado de forma ampla, na qual o termo *pena* deve adquirir conceitualmente o sentido de *sanção penal*, conglobando, portanto, as penas criminais, as medidas de segurança e, inclusive, as medidas socioeducativas. Assim, o comando do art. 5º, XLVII, b, da Constituição, que veda a perpetuidade da pena, inexoravelmente alcança as medidas de segurança.

Bitencourt, de forma precisa, argumenta que “não se pode ignorar que a Constituição de 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição da prisão perpétua; e, como pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal — vigência por prazo indeterminado da medida de segurança — não foi recepcionada pelo atual texto constitucional”<sup>33</sup>.

Neste sentido, parece estar consolidada na doutrina e na jurisprudência a restrição das medidas de segurança conforme a determinação do art. 75 do Código Penal, ou seja, impossibilitando que ultrapasse o limite temporal dos 30 (trinta) anos. O próprio Supremo Tribunal Federal, em algumas decisões paradigmáticas, confirmou este entendimento, determinando o limite máximo das medidas de segurança em 30 (trinta) anos<sup>34</sup>.

Atualmente, porém, conforme refere Bitencourt<sup>35</sup>, a dogmática nacional tem se inclinado para adequar o limite da medida de segurança àquele correspondente ao máximo de pena abstratamente cominado no tipo penal imputado ao portador de sofrimento psíquico autor de ilícito<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 786. No mesmo sentido, FERRARI, *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, pp. 183-189.

<sup>34</sup> “A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica sujeita ao período máximo de trinta anos” (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.02.2005).

<sup>35</sup> “A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos” (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.06.2009).

<sup>36</sup> BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 787. De igual forma, FERRARI, *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, pp. 183-189.

<sup>37</sup> Em recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado “a compreensão de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade” (Superior Tribunal de Justiça, *REsp* 1.212.009, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 04.12.2009).

O entendimento procura diminuir o nível de desproporcionalidade entre o tempo de internação e o dano causado – pense-se, p. ex., nos casos, nem um pouco isolados ou excepcionais, de pessoas submetidas a longos períodos de internação em manicômios judiciais por danos de pouca expressividade ou insignificantes (pequenos furtos, ameaças, lesões corporais leves)<sup>37</sup>.

No entanto, embora as formas de limitação do tempo máximo das medidas de segurança anteriormente expostas representem importantes avanços em relação à indeterminação normativa, ainda há uma profunda lacuna, em termos de isonomia em relação às penas, exatamente em pre-jízo de uma pessoa que demanda maiores cuidados. Imagine-se, p. ex., uma situação de prática de furto simples em concurso de agentes por uma pessoa imputável e uma inimputável, ambos primários, com bons antecedentes, confessos e menores de 21 (vinte e um) anos na época do fato. Na sentença condenatória do imputável, o juiz aplicaria a pena, dosando as circunstâncias judiciais e legais. Em razão dos elementos expostos (confissão, menoridade, bons antecedentes e primariedade), dificilmente a pena definitiva ficaria acima do mínimo legal cominado ao furto qualificado pelo concurso de agentes que é 2 (dois) anos (art. 155, § 4º, do Código Penal). Ao inimputável, porém, restariam três hipóteses quanto à duração máxima da medida de segurança: (a) tempo indeterminado pelo critério do art. 97, § 1º, do Código Penal; (b) limitação em 30 (trinta) anos conforme a diretriz do Supremo Tribunal Federal de aplicação do art. 75 do Código Penal; e (c) tempo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, no caso 8 (oito) anos (art. 155, § 4º, do Código Penal), nos termos da incipiente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, por mais que se adote a postura mais garantista (hipótese 'c'), é incontestável perceber a falta de isonomia de tratamento e o prejuízo ao inimputável – sujeito que, repita-se, pela sua especial condição psíquica, deveria ter uma situação jurídica mais favorável. Note-se, ainda, que a questão ultrapassa o

<sup>37</sup> "nulidade" (Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 122.522, Rel. Min. Og Fernandes, j. 18.08.2010).

<sup>38</sup> Neste sentido, é revelador o documentário *A Casa dos Mortos*, dirigido por Debora Diniz, sobre a situação dos manicômios judiciais brasileiros. O relato dos casos de internação permite que se tenha uma dimensão relativamente precisa do tipo de conduta que produz a institucionalização das pessoas nos manicômios nacionais ([www.acasadosmortos.org.br](http://www.acasadosmortos.org.br)).

tempo de sanção, pois a determinação da pena desdobra inúmeros outros efeitos, como, p. ex., redefinir o prazo de prescrição (prescrição em outro ceto), orientar os direitos do preso na execução (detração, remição, comutação, indulto, progressão de regime, livramento condicional).

Para que sejam evitadas situações de evidente ruptura com os princípios constitucionais da igualdade de tratamento e da proporcionalidade da sanção em relação ao fato e ao resultado produzido – ou seja, para que se possa "estabelecer maior grau de aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos"<sup>38</sup> –, Amilton Bueno de Carvalho conclui que a conformação constitucional do procedimento de aplicação da medida de segurança ocorreria com a adequação do seu limite máximo à pena que seria aplicável no caso concreto<sup>39</sup>. Neste sentido, o julgador, na sentença (absolvição imprópria), realizaria a dosimetria da medida, como se pena fosse – excluindo, logicamente, das circunstâncias de análise aquelas relativas à culpabilidade, pois se trata de inimputável –, estabelecendo o horizonte sancionatório máximo. O procedimento é absolutamente adequado, inclusive para fins de orientação dos prazos prescricionais e definição dos direitos inerentes à execução das medidas de segurança.

13.3.4. Em relação à questão dos limites das medidas, os critérios temporais, importa, ainda, analisar o sentido e os critérios de determinação do tempo mínimo da medida de segurança.

O Código estabelece que o julgador, na sentença, defina o prazo mínimo da medida de segurança, que não poderá ser inferior a 1 (um) ou superior a 3 (três) anos. A questão, porém, merece uma análise mais detalhada, notadamente no que diz respeito à justificativa de existência de um prazo mínimo. Isto porque, se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e o objetivo do tratamento é a sua cessação, parece ser contraditória a determinação legal. Imagine-se os casos em que o sujeito, ao longo de um processo criminal que pode durar anos, submeteu-se a tratamento psiquiátrico e psicológico, e, no momento da sentença, está em

<sup>38</sup> CARVALHO, *Garantismo Penal Aplicado à Execução Penal*, p. 202.

<sup>39</sup> CARVALHO, *Garantismo Penal Aplicado à Execução Penal*, p. 201.

Em sentido idêntico, Juaréz Cirino dos Santos e Paulo Queiroz defendem a adoção do critério da pena aplicável no caso concreto (QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 458; SANTOS, *Direito Penal*, p. 652).

plenas condições de convívio social, não apresentando risco de reincidência maior do que aquele inerente a todas as pessoas. Situação similar seria a dos casos em que o sujeito inicia o cumprimento da medida e é constatada a cessação da periculosidade antes do período mínimo.

Nestes casos, Paulo Queiroz sustenta que “*a medida de segurança perde a sua razão de ser, parecendo que o constringimento deva cessar prontamente, em homenagem aos princípios da humanidade e proporcionalidade, especialmente*”<sup>40</sup>. O raciocínio exposto pelo autor é preciso e adequado aos comandos constitucionais. No entanto, permanece a indagação sobre o sentido desta *tarifa mínima*.

Conforme antecipado, o prazo mínimo parece indicar a marca retributiva que acompanha as medidas de segurança. Marca retributiva que se instaura nas intermitências da legitimação do discurso do tratamento da doença mental. Em realidade, esta tarifa retributiva parece confirmar a tese proposta por Mariana Weigert no sentido de que a prática do delito *apaga* (ou, no mínimo, *embafa*) a compreensão da extensão do sofrimento psíquico e das formas de cuidado com os seus portadores<sup>41</sup>. Apesar da absolvição (imprópria) e do reconhecimento da incapacidade do sujeito, é o cometimento do crime que permanece como um dado congelado em sua biografia. Em consequência, algo de retributivo, mesmo que mínimo, deve ser imposto.

A solução mais adequada, portanto, parece ser a não definição do tempo mínimo, inclusive porque inexistem critérios adequados, na doutrina e na jurisprudência, que orientem esta quantificação. Reale Jr. lembra, inclusive, que a própria Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de o exame de cessação de periculosidade ocorrer antes do prazo mínimo de 1 (um) ano<sup>42</sup> — “*em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior*” (art. 176 da Lei de Execução Penal).

516

<sup>40</sup> QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 457.

<sup>41</sup> WEIGERT, *Entre Silêncios e Invisibilidades*, pp. 64-74. No mesmo sentido, WEIGERT e GUARESCHI, *Mulheres em Cumprimento de Medida de Segurança*, pp. 155-169.

<sup>42</sup> REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 176.

### 13.4. Lógica Manicomial e Obstaculização dos Direitos dos Portadores de Sofrimento Psíquico em Conflito com a Lei

13.4.1. A criminologia crítica e a antipsiquiatria expuseram amplamente as contradições entre as funções declaradas (ressocialização e tratamento) e as funções reais (imposição limitada de sofrimento e estigmatização) das penas e das medidas de segurança<sup>43</sup>. Conforme diagnosticou 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”<sup>44</sup>.

No campo do saber e das práticas de controle da loucura, a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial representaram os principais eixos

517

<sup>43</sup> “A abertura e a visibilidade das relações que se estabelecem nas instituições totais, realizadas pela criminologia crítica (dóctere) 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, isolamento 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 electrochoque e de camisa de força, aplicação excessiva de firmacos ou de medicamentos inapropriados, avaliações psiquiátricas e psicológicas eminentemente moralizadoras. No segundo aspecto (simbólico), o efeito estigmatizador da internação manicomial revela a impossibilidade de recuperação, demonstra ser a prática isolacionista antagônica à própria ideia de recuperação e de reinserção do paciente na comunidade. Antivar de Castro, ao comparar as distintas formas de internação de pessoa detida, 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 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 cotígnico, que impede relação autêntica entre ambos” (CARVALHO, *Antimanual de Criminologia*, p. 160).

<sup>44</sup> BASAGLIA, *Psiquiatria Alternativa*, p. 45.

de resistência contra as formas de segregação institucional. O resultado bastante concreto deste processo de desestabilização da lógica manicomial foi a deflagração de inúmeras reformas nos sistemas psiquiátricos de um número considerável de países ocidentais nas últimas décadas. Os objetivos da reforma psiquiátrica são, fundamentalmente, a desestabilização e a superação da instituição/hospital manicomial e dos saberes correlatos que a reforçam e a mantêm (lógica hospitalocêntrica). Conforme Guareschi, Reis, Oliven e Hüning, "no cume 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 foi conferido pela capacidade de buscar a razão ou normalidade"<sup>45</sup>.

A ruptura com a lógica hospitalocêntrica inicia-se com os processos de moratória na construção de vagas em manicômios, de transferência dos portadores de sofrimento psíquico para leitos em hospitais gerais (em casos de internação necessária) e de criação de redes alternativas transdisciplinares de atendimento, ações que implicam, de igual forma, em uma nova postura dos profissionais perante os usuários do sistema de saúde mental.

Dentre as mudanças estratégicas que redimensionam o trabalho dos profissionais e dos cientistas da área, a criação de uma nova *gramática da loucura* ultrapassa o mero simbolismo e se constitui como um importante mecanismo de mudança. As formas de nominar o *louco* e a *loucura* expõem o que é encoberto nas práticas psiquiátricas e a mudança da linguagem constitui um importante passo na desconstrução da lógica manicomial. A redesignação do *louco* – *louco de todo o gênero* era a expressão utilizada pelo Código Civil de 1916 – como *sujeito portador de sofrimento psíquico* ou *usuário do sistema de saúde mental* carrega consigo, portanto, uma nova postura perante estas distintas construções da subjetividade.

Note-se, p. ex., que, no campo da criminologia, Hulsman igualmente propõe a alteração na gramática do delito. 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, p. ex., obrigaria 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 inter-

ações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente 'criminoso', considerado como pertencente ao mundo dos 'maus', já está antecipadamente proscrito"<sup>46</sup>. Para o autor, a ressignificação do crime e de toda a rede de conceitos que o acompanha alteraria a maneira de compreensão das condutas, facilitando, inclusive, o surgimento de novas formas de enfrentamento das situações problemáticas. A mudança gramatical seria uma das estratégias na mudança da lógica de enfrentamento dos problemas da violência institucional.

Neste sentido, a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial demonstram como os rótulos, as significações e as práticas institucionais são fundados a partir da linguagem pela qual o sujeito é traduzido<sup>47</sup>. Assim, a mudança do significado da loucura possibilita um outro modo de olhar o sujeito (louco), instituindo uma forma distinta de compreensão, radicalmente diversa daquela convencional que dicotomiza razão e desrazão. A viragem proposta pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial é fundada em uma nova forma de olhar o problema da loucura que enfatiza a *pessoa*, e não a sua *doença*, o que permite romper com os estigmas do processo de coisificação do portador de sofrimento psíquico que caracterizam os procedimentos de institucionalização.

13.4.2. Parece haver um certo consenso, ao menos na literatura crítica, sobre a necessidade de assegurar ao portador de sofrimento psíquico em conflito com a lei os direitos e as garantias mínimas que regem a persecução penal dos imputáveis. Isto porque, no âmbito das práticas punitivas, algumas questões tornaram-se centrais no debate e, conforme visto anteriormente, demonstram processos de inversão (reversibilidade) dos instrumentos de proteção do inimpugnável – reversibilidade caracterizada pela criação de determinadas técnicas que em nome de uma aparente proteção dos direitos produzem a sua própria violação.

<sup>46</sup> HULSMAN e CELIS, *Penas Perdidas*, p. 96.

<sup>47</sup> A construção linguística da *doença mental*, sustentada e autolegitimada nos planos jurídico e psiquiátrico, produz, conforme aponta Arrigo, um processo de patologização do indivíduo com severas consequências punitivas da pessoa considerada 'louca': "a patologia da diferença é um direcionamento ideológico e um suporte secretamente comitativo para marcar a punição, especialmente em relação às pessoas com desordens psiquiátricas" (ARRIGO, *Toward a Critical Penology of the Mentally Ill Offender*, p. 222).

No caso dos portadores de sofrimento psíquico, a reversibilidade se concretiza na falácia pela qual em nome da garantia dos seus direitos é excluída a possibilidade da responsabilização penal. No entanto, o mesmo processo de desresponsabilização que veda a imposição de penas afasta todos os limites inerentes à intervenção punitiva.

Dentre os exemplos mais significativos desta *falácia tutelar* encontra-se a possibilidade legal de execução ilimitada (perpetuidade) da medida de segurança, conforme destacado anteriormente. Todavia, apesar de a perpetuidade das medidas de segurança ser o mais emblemático dispositivo de violação dos direitos fundamentais dos portadores de sofrimento psíquico em conflito com a lei, a restrição aos direitos e garantias mínimas se profítera em todas as fases da intervenção jurídico-penal. No âmbito do direito penal material, o *status* da inimputabilidade obstraculiza a incidência de uma série de garantias, notadamente as causas de exclusão da tipicidade (princípio da insignificância e princípio da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido), da própria culpabilidade (coação moral irresistível, erro de proibição inevitável, inexigibilidade de conduta diversa) e da punibilidade (prescrição). Na órbita processual, são afastados inúmeros institutos despenalizadores como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Na esfera da execução das medidas de segurança, são excluídos inúmeros direitos assegurados aos presos como a remição, a detração, a progressão de regime e o livramento condicional — veja-se, p. ex., que a comutação e o indulto foram previstos apenas nos últimos Decretos presidenciais. Ademais, 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 presentes na história, que foram os campos de concentração criados pelo nacional-socialismo germânico.

De forma a anular o interdito à garantia 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.)*<sup>148</sup>.

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 da proposta em relação aos direitos e garantias dos ado-

<sup>148</sup> QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 451.

Na questão relativa à culpabilidade, p. ex., não se descombee que para a doutrina penalística majoritária, sobretudo para os atores da teoria do delito, a imputabilidade constitui um *pressuposto* e não um *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).

Todavia, é correto o raciocínio de Paulo Queiroz no sentido de que a Lei da Reforma Psiquiátrica impõe uma nova forma de olhar o problema. Inclusive porque os avanços provocados pela anepsiquiatria e pelo movimento antimanicomial possibilitam negar a absoluta incapacidade de compreensão e de vontade do portador de sofrimento psíquico. Neste aspecto, parece correto que se reconheça um âmbito diferenciado de responsabilização, notadamente se disto resultar uma maior garantia do portador de sofrimento psíquico. Cabe, portanto, à dogmática penal adequar-se à nova realidade de compreensão do fenômeno da loucura, redefinindo, no que for necessário, 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 exclui 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 cofins 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 manifestá*" (QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 453).

lescentes em conflito com a lei submetidos às medidas socioeducativas: se esta especial condição de imputabilidade, seja em decorrência do fator biológico (etário) 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. A especial condição de imputabilidade consolidada para o tratamento jurídico dos adolescentes e dos portadores de sofrimento psíquico em conflito com a lei<sup>49</sup>. Significa, de forma bastante clara, que, além da efetivação daqueles direitos e garantias conquistados juridicamente pelos adultos "mentalmente sadios", os imputáveis devem ser contemplados com tratamento jurídico mais favorável, ou seja, na comparação com os imputáveis, os direitos devem ser não apenas efetivados, mas amplados significativamente. Não é difícil perceber que a instrumentalização desta tese é plenamente cabível e adequada em nosso ordenamento jurídico, sobretudo após a promulgação da Lei de Reforma Psiquiátrica.

<sup>49</sup> (...) 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 inscrição 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 WIEGERT, *Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas*, p. 232).

### 13.5. Reforma Psiquiátrica como Mudança Paradigmática no Tratamento Jurídico do Portador de Sofrimento Psíquico: Inimputabilidade

13.5.1. A primeira questão que deve ser pontuada para avaliar os impactos da Lei da Reforma Psiquiátrica no sistema de aplicação das medidas de segurança é a da (in)adequação normativa e conceitual do seu fundamento: a **periculosidade**.

A crítica à categoria periculosidade e à sua manutenção normativa foi realizada de forma bastante contundente pela psicologia social, pela criminologia crítica e pela crítica do direito penal<sup>50</sup>. Todavia, somente com a Lei n. 10.216/2001 é possível confrontar os dispositivos do Código Penal. Com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica, é possível avaliar a (in)adequação dos preceitos do Código Penal que sustentam a absoluta ausência de responsabilidade penal do portador de sofrimento psíquico que praticou ato ilícito. Aliás, de forma mais aguda, inclusive, Virgílio de Mattos sustenta que o próprio art. 26 do Código Penal não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, exatamente por legitimar a perpetuidade das medidas de segurança<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Fragozo antecipeou 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, *Lições de Direito Penal*, p. 499).

O autor chama a atenção para os problemas decorrentes da instrumentalização do conceito deficiente na periccia: "(...) 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 não responsabilizá-lo as indagações sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação conforme tal entendimento (Kurt Schneider)" (FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 246).

No campo da psicologia social e da criminologia, conferir, sobretudo, RAUTER, *Criminologia e Subjetividade no Brasil*, pp. 50-75; e BATISTA, *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*, pp. 51-63.

<sup>51</sup> MATTOS, *Crime e Psiquiatria*, p. 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 da possibilidade de interrupção ilimitada, pois, em realidade, a perpetuidade da medida parece tensionar a constitucionalidade do § 1º do art. 97 do Código Penal –, é pertinente a conclusão do autor no sentido de a Lei n. 10.216/2001 ter alterado a noção de tratamento, substituindo-a pela ideia de prevenção, situação que conduziria à exclusão da categoria 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 trans- forme, transistomindo, sua própria vida e daqueles que lhe são próximos. Portanto, o tratamento de que fala a Lei 10.216/01 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”<sup>52</sup>.

A modificação da finalidade (do tratamento ao cuidado-prevenção) da resposta jurídica (medida de segurança) aos portadores de sofrimento psíquico implicaria, necessariamente, uma readequação do seu fundamento (periculosidade). Assim, ademais da dubiedade e da imprecisão científica do conceito de periculosidade<sup>53</sup>, é possível dizer 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 rimo 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 inter-

<sup>52</sup> MATTOS, Crime e Psiquiatria, p. 153.

<sup>53</sup> “A ideia de ‘periculosidade’ não se traduz por qualquer dado objetivo, ninguém podendo, concretamente, demonstrar que A ou B, psiquicamente 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 normativo, 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 apareaça como ‘diferente’ – como perigoso” (KARAM, *Punição do Eufemo Mental e Violação da Dignidade*, p. 9).

“(…) o conceito de periculosidade não possui nenhum fundamento científico, sendo fruto muito mais de um preconceito oculto sobre o futuro comportamento problemático (‘desviante’, ‘trinitinoso’) do cidadão problemático (seja criança, adolescente, adulto ou idoso) do que propriamente de uma situação concreta” (MATTOS, *Crime e Psiquiatria*, p. 176).

nada no manicômio judicial. Neste sentido, Guareschi, Reis, Oliven e Hüning demonstram como “(...) a desinstitucionalização [operada pela Reforma Psiquiátrica] torna o usuário como um cidadão com ação e poder de participação. Ele pode verbalizar seus sentimentos e tentar entendê-los a partir de participação abstratação, possibilitando, assim, a desconstrução da instituição doença mental”<sup>54</sup>.

13.5.2. Fundamental destacar, ainda, que a Lei da Reforma Psiquiátrica abdica explícita e propositadamente do termo *doença mental*, situação que implica a necessidade de readequar o conceito de **inimputabilidade**. 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 (positivismo determinista e neurocriminologias). Em segundo, por força da compreensão de ser o conceito de doença mental uma construção falha e equivocada que acaba produzindo uma série de efeitos estigmatizadores e que impede formas alternativas de tratamento que envolvam o usuário do sistema de saúde mental.

Neste ponto a crítica de Virgílio de Mattos à impropriedade conceitual do art. 26 do Código Penal, notadamente em razão de reproduzir a ideia de ausência de responsabilidade em decorrência da *doença mental* ou do *desenvolvimento mental incompleto e retardado*, é bastante adequada e adquire consistência com a virada normativa provocada pela Lei n. 10.216/2001. Significa, pois, que, com a reforma psiquiátrica, o estatuto jurídico do portador de sofrimento psíquico é alterado.

O novo cenário normativo impede, portanto, que se afirme que o portador de sofrimento psíquico é *absolutamente irresponsável* pelos seus atos (absolutamente incapaz, na linguagem do ordenamento civil), ilícitos ou ilícitos. A reforma psiquiátrica, ao propugnar o reconhecimento de formas ou 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*,

<sup>54</sup> GUARESCHI et al., *Usuários do Hospital-Dia*, p. 125.

e não como um *objeto* de intervenção submetido ao 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: responsável 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 é um dos principais atos de assujeitamento e de coisificação. Entender o portador de sofrimento psíquico como sujeito (de direitos) implica assegurar-lhe o direito à responsabilização, situação que deverá produzir 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*”<sup>55</sup>.

### 13.6. Sanções Alternativas Aplicáveis ao Portador de Sofrimento Psíquico: Lições da Reforma Psiquiátrica

13.6.1. Se a reforma dos sistemas de saúde mental pressupõe que seja reconhecida ao usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei uma **responsabilização diferenciada** – em termos dogmáticos apenas um dos elementos da culpabilidade (imputabilidade) seria 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 prevista no Código Penal, estão historicamente superados.

A indagação que se coloca, portanto, é sobre a medida judicial, adequada à Lei n. 10.216/2001, que seria cabível nos casos em que o réu for diagnosticado como portador de transtorno mental. Segundo os critérios da Lei da Reforma Psiquiátrica, sendo definida uma forma distinta de responsabilidade, parece não haver dúvida sobre a necessidade de se repen-

sar a própria aplicação de medida de segurança. Assim, em termos processuais, seria possível afirmar – em oposição à estrutura legal que estabelece a absolvição imprópria (art. 386 do Código de Processo Penal) – a viabilidade de ser reconhecida a responsabilidade penal por meio de um juízo condenatório, com a consequente aplicação de uma pena atenuada, conforme sugerem Virgílio de Mattos, Paulo Queiroz e Amilton Bueno de Carvalho. Na linha anteriormente defendida, o julgador poderia proceder à aplicação da sanção (individualização) ao portador de sofrimento psíquico, levando em consideração sua especial condição, definindo uma responsabilidade *sui generis*.

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 adequada a imposição da pena 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”<sup>56</sup>.

Paulo Queiroz igualmente propõe que o julgador proceda à individualização, definindo em formas temporais o desvalor da conduta e o desvalor da ação, para, posteriormente, substituir a pena por medida de segurança pelo mesmo prazo<sup>57</sup>.

Assim, é possível pensar em um procedimento *sui generis* de responsabilização que tenha, como primeiro passo, a individualização da sanção como se o réu portador de sofrimento psíquico fosse efetivamente imputável; posteriormente, seria indicada sua substituição pela medida de segurança que passaria a ser regulada, em seu máximo, pela quantidade de sanção atribuída. Outrossim, como visto anteriormente, o limite mínimo da medida deveria ser abandonado em prol da avaliação das condições psíquicas do usuário do sistema de saúde mental. Constatado que o sujeito se encontra em condições de convívio social, extingue-se automaticamente a medida.

13.6.2. No entanto, é possível avançar ainda mais em termos de garantia dos direitos dos portadores de sofrimento psíquico.

<sup>55</sup> MATTOS, *Crime e Psiquiatria*, p. 167.

<sup>56</sup> MATTOS, *Crime e Psiquiatria*, p. 168.

<sup>57</sup> QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 438.



Em primeiro lugar, no campo do **processo penal**, é necessário pontuar que o diagnóstico do transtorno mental não pode excluir a incidência de qualquer substituto, como, p. ex., os institutos criados pela Lei n. 9.099/95 (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo).

Em segundo, na esfera da **teoria do delito**, conforme leciona Paulo Queiroz, devem ser analisados todos os pressupostos de configuração do delito, inclusive culpabilidade, excetuando, logicamente, a imputabilidade.<sup>58</sup> 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. Ademais, é fundamental que se reconheça que, em caso de incidência de quaisquer hipóteses legais ou supralegis de exclusão (inclusive eximentes), o réu deve ser absolvido.

Em terceiro, no momento de **aplicação da pena**, o procedimento de dosimetria poderia ser idêntico ao designado aos imputáveis, com (a) a definição da pena cabível (art. 59, I, Código Penal), (b) a determinação da quantidade de sanção (art. 59, II c/c art. 68, Código Penal), (c) a eleição 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, Código Penal). Seria possível, inclusive, no procedimento de dosimetria, não são totalmente estranhas ao portador de sofrimento psíquico, consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Trata-se, porém, de uma culpabilidade *sui generis*, informada pelos preceitos da reforma psiquiátrica, que garante ao réu imputável determinado âmbito de responsabilização. Neste cenário, os únicos cuidados que o julgador deve ter são os de verificar se há efetiva relação entre os elementos da culpabilidade (potencial consciência e exigibilidade) e o crime praticado e, em caso positivo, analisar de que forma o sofrimento psíquico influenciou na compreensão do fato ilícito e na dirigibilidade da conduta.

Note-se que os elementos da culpabilidade relativos à consciência do ilícito e à exigibilidade de conduta são aqueles gerais, necessariamente imputáveis, porém, cabe verificar se o sofrimento psíquico afetou, de alguma forma, a consciência e a exigibilidade. Se positiva a constatação,

<sup>58</sup> QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 452.

seria permitida a aplicação da causa especial de diminuição da pena do art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

Desta forma, mais do que ter como pressuposto que o portador de sofrimento psíquico detém uma responsabilidade *sui generis*, utilizando as ferramentas fornecidas pelo Código Penal, seria possível estabelecer, como diretriz instrumental, o seu tratamento jurídico similar ao da semi-imputabilidade. Isto porque, se a Lei n. 10.216/2001 reconhece o usuário do sistema de saúde mental como um sujeito com capacidades diferenciadas de compreensão (cognição) e vontade, em termos penais este quadro se assemelha muito às formas de **culpabilidade reduzida**. No plano da técnica de aplicação da pena, o reconhecimento da causa de diminuição permite, exatamente por ser variável (redução de 1/3 a 2/3 da pena), 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.

Após quantificar a sanção e converter em medida de segurança, cabe ao julgador analisar a possibilidade de substituição da forma segregacional (internação) pelo regime ambulatorial.

13.6.3. A reforma psiquiátrica foi explícita em proibir qualquer forma de tratamento manicomial. Mesmo nos casos excepcionais – a **internação psiquiátrica é subsidiária** e indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares (serviços comunitários) se mostrarem insuficientes, conforme o § 3º e o caput do art. 4º – estabelecem que “*é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares (...)*” (art. 4º, § 3º, da Lei n. 10.216/2001).

A prioridade estabelecida pela Lei n. 10.216/2001 é a do tratamento no ambiente menos invasivo possível (art. 2º, VIII), preferencialmente em serviço comunitário de saúde mental (art. 2º, IX) ou em instituições ou unidades hospitalares gerais que ofereçam assistência na área da saúde mental (art. 3º). A política instituída na reforma deriva da finalidade de criar permanentes espaços para *reinserção social do paciente em seu meio* (art. 4º, parágrafo único).

A vedação de tratamento em instituições com características asilares atinge inclusive as formas de internação compulsória, ou seja, aquelas determinadas pelo Poder Judiciário (art. 6º, parágrafo único, III). Não por outra razão a Lei n. 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. 99). As condições de segurança do paciente não podem ser outras que a efetividade dos seus direitos, dispostos no art. 2º, parágrafo único, estando proibida a forma asilar por constituir tratamento desumano (art. 2º, II), abusivo (art. 2º, III) e invasivo (art. 2º, VIII).

Neste cenário, não se vislumbra qualquer motivo que justifique tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles 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 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 n. 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 do sistema penal.

No entanto, sendo mantida a intervenção penal aos casos de ilícitos praticados por usuários do serviço de saúde mental, a preservação do *rótulo medida de segurança* só tem sentido se otimizar os direitos dos pacientes. Significa dizer que a única vantagem da manutenção da categoria medida de segurança é o controle jurisdicional de sua execução. Nestes casos, o sujeito submetido ao tratamento teria a garantia de que, ultrapassado o limite máximo da pena ou cessada a necessidade da intervenção curativa realizada no sistema público de saúde mental, seria decretada extinta a sanção (medida de segurança). Excetuando este controle judicial, as intervenções terapêuticas devem ser idênticas aos demais casos de sofrimento psíquico.

A proposta 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 submetida à medida de segurança para a rede pública de saúde – Centros de Apoio Psicossocial (CAPs) do Sistema Único de Saúde (SUS) –,

situação que implicaria a extinção progressiva dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, conforme prevê a Lei n. 10.216/2001, vem sendo realizada em alguns projetos-piloto como o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), instituído pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e o Programa de Atenção ao Louco Infrator (PALI), criado pelo Tribunal de Goiás. Em ambas as experiências é vetado o recolhimento de pacientes psiquiátricos em instituições de natureza carcerária (prisões, manicômios, hospitais de custódia ou institutos psiquiátrico-forenses).<sup>59</sup>

As inovações dos programas alternativos de intervenção não punitiva (PAI-PJ e PALI), proporcionadas pela Lei n. 10.216/2001, permitem compreender quão fértil é o espaço de atuação criado pela reforma psiquiátrica. Ao mesmo tempo expõem quão deficiente é o discurso da dogmática penal, que permanece literalmente preso aos conceitos higienistas da psiquiatria do século passado.

13.6.4. O avanço proporcionado pelo movimento antimanicomial, pela psicologia social e pela antipsiquiatria na ruptura com as categorias estigmatizadoras do sistema periculosista demonstra que é possível resistir ao punitivismo e encontrar alternativas às formas violentas de imposição de sanções pelo sistema penal.

<sup>59</sup> O reconhecimento da qualidade das experiências pode ser verificado no parecer 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 e residem junto aos familiares, em pensões, tratamento nos dispositivos substitutos ao manicômio e residem em liberdade e contra o programa, são muito baixos, girando em torno de 2% em crimes de menor gravidade e contra o programa. Não há registro de reincidência de crimes hediondos*” (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, *Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a Perspectiva da Lei 10.216/01*, p. 67).

Os números absolutos da experiência de Goiás (PALI), 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%, os números são significativamente inferiores às taxas com as quais se convive habitualmente nos ambientes carcerários (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, *Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a Perspectiva da Lei 10.216/01*, p. 70).

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 carceroecêntrica do sistema penal.

O novo cenário não impediria, inclusive, pensar, p. ex., na exclusão da responsabilização 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 – a reparação do dano é a finalidade única que justifica normativamente 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 estruço antimanicomial trata-se (o tratamento) de um direito assegurado a todas as pessoas que necessitam, independentemente do cometimento ou não de crimes.

A forma como a Lei n. 10.216/2001 instrumentaliza a responsabilidade e a resposta jurídica ao ato lesivo praticado pelo portador de sofrimento psíquico tornaria, portanto, totalmente desnecessária qualquer espécie de intervenção penal.

O receio de se pensar em formas distintas de intervenção penal ou a dificuldade de se criarem modelos alternativos para além dos muros do sistema punitivo, mesmo quando os instrumentos legais possibilitam práticas disruptivas, revelam, em realidade, o nível do entrançamento do sistema punitivo nas pessoas. 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 tenha praticado ou da forma como a sua racionalidade articula o pensamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVAY, Pedro. O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)Liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro e BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- AGUIAR JR., Rui Rosado. *Aplicação da Pena*. 4. ed. Porto Alegre: AJURIS, 2003.
- ALVES, Marcelo Mayora. *Entre a Cultura do Controle e o Controle Cultural*. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2010.
- ANDRADE, Vera. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- \_\_\_\_\_. Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal. In: ABRAMOVAY, Pedro e BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- \_\_\_\_\_. Sistema Penal e Violência Sexual contra a Mulher. In: *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANITUA, Gabriel. A América Latina como Instituição de Seguestro. In: ABRAMOVAY, Pedro e BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ARRIGO, Bruce. Toward a Critical Penology of the Mentally ill Offender: on law, ideology, and the logic of 'competence'. In: DEKESEREDY, Walter e PERRY, Barbara (Ed.). *Advancing Critical Criminology: theory an application*. Oxford: Lexington Books, 2006.