

O DISCURSO PSIQUIÁTRICO NA IMPOSIÇÃO E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA *

Mariana de Assis Brasil e Weigert

"Quem está em condições de avaliar o avaliador? Como controlar as derivas ligadas às miragens dessa ideologia da perícia generalizada que assaltou as sociedades democráticas e que pretende, em nome da segurança das populações, controlar o incontrolável?" (Elisabeth Roudinesco)

1. INTRODUÇÃO

Desde o incidente de insanidade mental até o exame para verificação de periculosidade nos internos, o psiquiatra é, indubitavelmente, aquele a quem se ouve para atribuição da responsabilidade penal ao imputado considerado anormal. Assim sendo, é comum os juízes sustentarem suas decisões de acordo com o parecer médico sobre a saúde mental do réu/condenado.

Partindo-se dessa premissa, pretende-se descrever o procedimento do incidente de insanidade mental previsto no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, bem como verificar em que circunstâncias são realizados os laudos e pareceres técnicos. De igual modo, procura-se verificar quais os efeitos da internalização do discurso da psiquiatria pelo Processo Penal. Assim, fez-se necessária breve pesquisa em processos nos quais foram suscitados incidentes de insanidade, a fim de observar esta propagação

* As considerações apresentadas são fruto do trabalho de conclusão de curso de Direito, realizado na PUC-RS, intitulado "O discurso psiquiátrico nos incidentes de insanidade mental: crítica garantista", sob orientação do Prof. Dr. Aury Lopes Júnior.

do discurso médico-psiquiátrico entre os operadores do Direito Penal, notadamente sua influência como prova (tarifada) nas decisões judiciais.

2. A (IN)IMPUTABILIDADE PENAL

A imputabilidade penal, segundo Zaffaroni e Pierangeli, é a *“capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta da capacidade de compreender a antijuridicidade da conduta e da de adequá-la de acordo com esta compreensão.”*¹

Contudo disciplina o Código Penal 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 (art. 26, *caput*, CP). A inimputabilidade, admitida no dispositivo legal mencionado, é uma das causas de exclusão da culpabilidade.² O delito é excluído, embora o injusto penal (fato típico e ilícito) continue a existir, dada a falta de um dos requisitos da culpabilidade, qual seja, a imputabilidade.³

Entre os limites da imputabilidade e da inimputabilidade encontra-se a semi-imputabilidade, designada no parágrafo único do art. 26 do Código Penal. À imputabilidade diminuída corresponderiam os estados atenuados, incipientes e residuais de psicoses, determinados estágios de oligofrenias, os transtornos mentais transitórios - quando atingem, mas não excluem a capacidade de entendimento e vontade - e, em grande parte, as denominadas personalidades psicopáticas,⁴ que *“são figuras que se desviam da medida comum sob aspecto intelectual, emocional ou volitivo, perdendo assim o equilíbrio e a harmonia necessários ao perfeito ajustamento às condições da*

¹ ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 626.

² A inimputabilidade pode se dar tanto por incapacidade de compreensão da antijuridicidade, quanto por incapacidade para autodeterminar-se conforme a compreensão da antijuridicidade. No primeiro caso a culpabilidade é eliminada porque cancela a possibilidade exigível da compreensão da antijuridicidade e, no segundo, por estreitar o âmbito de autodeterminação do sujeito. (ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual...*, p. p. 625).

³ DELMANTO, *Código Penal Comentado*, p. 52.

⁴ Pierangeli e Zaffaroni afirmam que parte da doutrina enquadra no art. 26, § único do Código Penal, os psicopatas, sobre quem nem mesmo a psiquiatria consegue fornecer *“critério seguro e esclarecedor, de modo que, com frequência, se tem a sensação de que psicopata é aquele que não se adapta às regras predominantes na sociedade. Se assim é, praticamente toda e qualquer pessoa pode ser etiquetada como psicopata, pois psicólogos bastante destacados têm assinalado que todos nós temos condutas psicopáticas ou mais ou menos psicopáticas”* (ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual...*, p. 635.).

vida social. E são assim, em geral, constitucionalmente, por disposição ingênita que as faz diversas dos outros homens, embora certos casos possam resultar de processos mórbidos ou de traumas cerebrais antes do nascimento, durante o parto ou no curso da vida. São anômalos bio-sociológicos, cuja existência pode correr discretamente ou mesmo superar esses déficits pela compensação de algum componente superior do psiquismo, mas que geralmente se tornam homens-problema e incidem muitas vezes no Código Penal.”⁵

O dispositivo legal que regulamenta a semi-imputabilidade engloba, de acordo com a última Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento (CID-10), as neuroses graves, os transtornos anti-sociais de personalidade e as toxicomanias moderadas: *“O conceito de parcialmente imputável gera dúvidas nos psiquiatras e nos juízes. As casas de custódia, especiais para tratamento psiquiátrico de inimputáveis, têm poucas condições de abrigar semi-imputáveis (anti-sociais), que necessitam de ambientes mais contensivos e têm poucas respostas aos atuais tratamentos terapêuticos. Logo, ou o sujeito é portador de transtorno mental psicótico, agudo ou crônico (nas mais diversas classificações do CID-10 e do DSMV- IV) transtorno cerebral orgânico ou de importante retardo mental que o prive de cognição suficiente para compreender, determinar o seu ato delitivo, sendo, portanto, inimputável, ou é capaz de compreendê-lo e, assim, ser responsável por seus atos, sob pena de responsabilizarmos parcialmente pessoas capazes de compreender seus ilícitos devido a transtornos de personalidade tão comuns em transgressores.”⁶*

Quanto aos critérios de aferição, a exposição de motivos do Código de 1940 é explícita, adotando o enfoque biopsicológico para determinação da responsabilidade penal.⁷⁸ Tal método consiste em excluir a imputabilidade somente se, *“ao tempo da ação*

⁵ BRUNO, *Direito Penal*, p. 138.

⁶ GAUER, BREIER e PAZ, *Psiquiatria para Estudantes de Medicina*, pp. 159-160.

⁷ *“Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois*

*ou omissão, o agente, em razão de enfermidade ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”*⁹

Apesar de todas as classificações realizadas pela medicina acerca das perturbações mentais, é imprescindível frisar a complexidade em se precisar os sintomas das ‘doenças da alma’. Apesar do esforço classificatório e metodológico, as dificuldades persistem e o assunto continua exigindo extrema sensibilidade.

3. O PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL

Segundo o Código de Processo Penal, quando houver dúvida a respeito do discernimento mental do acusado, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do mesmo, ordenará seja feito exame médico-legal (art. 149, CPP). A disposição legal parte do pressuposto de que os sujeitos processuais não têm conhecimento técnico-científico para avaliar a capacidade do agente (“sanidade mental”). Assim, para auferir juízo de imputabilidade ou inimputabilidade, visto limitar-se à matéria estritamente jurídica, devem recorrer necessariamente ao saber psiquiátrico.¹⁰ Desta forma, delega-se aos

primeiros: a responsabilidade só é excluída, se ao agente, em razão de enfermidade ou retardo mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação.

O método biológico que é o inculcado pelos psiquiatras em geral, não merece adesão: admite aprioristicamente um nexo constante de causalidade entre o estado mental patológico do agente e o crime: coloca os juízes na absoluta dependência dos peritos – médicos, e, o que é mais, faz tabula rasa do caráter ético da responsabilidade. O método puramente psicológico é, por sua vez, inaceitável, porque não evita, na prática, um demasiado arbítrio judicial ou a possibilidade de um extensivo reconhecimento da responsabilidade, em antinomia com o interesse da defesa social.”

⁸ A única exceção ao critério misto ou biopsicológico se dá em relação aos menores de 18 anos, em que o Direito pátrio adotou o critério biológico, ou seja, a imputabilidade está condicionada ao completo desenvolvimento mental do indivíduo (TOURINHO FILHO, *Manual de Processo Penal*, p. 427).

⁹ TOURINHO FILHO, *Manual....*, p. 427.

¹⁰ Interessante notar que tais inaptidões do magistrado não são referidas no concernente à aplicação da pena. Pelo contrário, o art. 59 do Código Penal impõe como um dos requisitos a serem considerados para aplicação da pena a personalidade do acusado, *devendo esta ser analisada pelo juiz*. Sabe-se que a sanidade mental e personalidade são categorias distintas, estando, inclusive, dispostas em diferentes codificações (Direito Processual e Direito Penal). Contudo determinar a personalidade de uma pessoa é tarefa tão delicada e complexa quanto dissertar acerca de sua capacidade mental, o que significa dizer que é paradoxal o fato de na aplicação da pena o juiz se considerar competente para avaliar a personalidade e no incidente de insanidade mental seu saber ficar restringido e dependente da perícia

peritos das áreas “*psi*” a comprovação da (in)imputabilidade do réu/condenado, visto sua capacidade de enxergar aquilo que o olhar jurídico não pode alcançar.¹¹

Ordenado de ofício pelo juiz (portaria) ou a pedido das pessoas elencadas no art. 149 do Código de Processo Penal, o incidente de insanidade mental é processado em autos apartados, havendo apensamento ao processo principal quando da conclusão pericial na redação do laudo técnico (art. 153, CPP). Enquanto isso o processo principal fica suspenso, tendo prosseguimento apenas no que tange às diligências necessárias que restariam prejudicadas com o sobrestamento.

Mister salientar que o incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo de conhecimento, bem como em sede de execução penal. Neste caso, deverão ser observadas as disposições dos artigos 183 e 184 da Lei de Execução Penal, conforme determina o art. 154 do Código Processual Penal. Se o acusado estiver preso, por força de decisão condenatória transitada em julgado ou por determinação cautelar, será transferido ao manicômio judiciário e internado para realização do exame de insanidade mental. Em estando em liberdade e em havendo requisição dos peritos, poderá ser encaminhado para estabelecimento adequado, a ser designado pelo juiz (art. 150, 2ª parte, CPP).

Note-se, ainda, que pode o pedido de incidente ocorrer no início da persecução penal, ou seja, quando do inquérito policial. Nestes casos, os artigos 6º, VII e 149, §1º do Código de Processo disciplinam o procedimento, ressaltando que a autoridade policial deve representar ao juiz competente, para análise do cabimento.

Independentemente da fase em que o feito se encontre, concomitantemente à ordem de realização da perícia o juiz nomeará ao acusado curador (art. 149, §2º, CPP), que deverá atuar enquanto persistir o estado de dúvida sobre seu estado mental. O curador preferencialmente será profissional habilitado, embora nada impeça que seja nomeado leigo. A ausência de curador acarreta nulidade processual nos termos do art. 564, IV do Código de Processo Penal.¹²

Ao curador e ao órgão do Ministério Público será possibilitada apresentação de quesitos aos peritos eleitos pelo juiz. Não obstante ao magistrado também é facultada a

psiquiátrica. Neste sentido, conferir CARVALHO e CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo*, pp. 53-61.

¹¹ TORNAGHI, *Curso de Processo Penal*, p. 253/54.

¹² Neste sentido, conferir FRANCO e STOCO, *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 1.538.

realização de quesitação. Como lembra Tourinho Filho, independentemente de quem os elabore, os quesitos “*devem ser formulados de maneira simples, abrangendo os requisitos causais, cronológicos e conseqüenciais tanto do art. 26 do CP como do seu respectivo parágrafo (...).*”¹³

3.1. OS LAUDOS PSIQUIÁTRICOS

A perícia médico-psiquiátrica resultará em laudo¹⁴ que versará sobre as faculdades mentais do imputado. O prazo para sua elaboração é, de acordo com o art. 150, §1º do Código, de 45 dias, podendo ser prorrogado se houver justificada razão por parte dos peritos. Em não havendo, estará caracterizado constrangimento ilegal, podendo inclusive ser sanado por *Habeas Corpus*.¹⁵

Como tem sido apontado, o parecer psiquiátrico, em face de sua natureza, é de difícil verificação empírica, visto ser realizado por área do saber científico diversa da jurídica. Neste sentido, Foucault enfatiza que “*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 judiciais 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 (...).*”¹⁶ O juiz e as partes, portanto, dificilmente terão condições de avaliar e contraditar o parecer médico senão pela apresentação de contraperícia, ou seja, as possibilidades de refutação estão vinculadas igualmente ao discurso psiquiátrico, radicando na densificação deste entrelaçamento entre direito e psiquiatria as formas de efetivação mínimas das garantias constitucionais previstas no sistema acusatório.

¹³ TOURINHO FILHO, *Manual...*, p. 433.

¹⁴ Saliente-se que, embora geralmente se utilize os termos ‘laudo’ e ‘parecer’ psiquiátricos como sinônimos, existe diferença do ponto de vista médico. O laudo apresentaria quesitos a serem respondidos e seria realizado sob compromisso legal do perito, enquanto o parecer está desvinculado do compromisso e não possui quesitos a serem aclarados (FURTADO, GAUER, e CATALDO NETO, *Psiquiatria...*, p. 904).

¹⁵ Neste sentido, FRANCO e STOCO, *Código...*, p. 1.538.

¹⁶ FOUCAULT, *Os Anormais*, p. 14.

Luigi Ferrajoli¹⁷ aduz que no procedimento para a imposição das medidas de segurança não há *fato* a ser provado, existindo apenas uma qualidade do sujeito imputado a ser declarada: o *estado de periculosidade*. Assim, as averiguações psiquiátricas são alicerçadas em “possibilidades” de que a pessoa ofereça ou não perigo ao tecido social, motivo pelo qual fica nítida a irrefutabilidade do relatório psiquiátrico. Segundo Gabriel Neves, “o laudo pode até oferecer uma impressão sobre a periculosidade social do autor, mas o conceito de periculosidade não é da competência exclusiva do perito, já que é um conceito de **pouca verificabilidade científica**. É, antes um conceito de senso comum, que pode ou não ser reforçado pelas evidências técnicas ou clínicas apontadas na perícia.”¹⁸

Goffman atenta para o fato de que há muita dificuldade em precisar quando o indivíduo está mentalmente enfermo e quando simplesmente está inadequado frente aos padrões sociais. O primeiro ‘sintoma’ a chamar atenção para a patologia seria justamente a inadequação social. Todavia “a decisão quanto ao fato de determinado ato ser apropriado ou não, precisa ser, freqüentemente, uma decisão leiga, apenas porque não temos um ‘mapeamento’ técnico das várias subculturas de comportamento em nossa sociedade, sem mencionar os padrões de comportamento predominantes em cada uma delas. As decisões de diagnóstico, a não ser em casos de sintomas extremos, podem tornar-se etnocêntricas, pois o servidor julga, do ponto de vista da sua cultura, o comportamento de indivíduos que na realidade só pode ser julgado a partir da perspectiva do grupo de que deriva.”¹⁹

Outrossim, o conceito de ‘perigo’ e seu diagnóstico são extremamente subjetivos, pois dependem da observação da probabilidade de alguém produzir dano. Segundo Neves, determinados autores inclusive “se recusam a considerar a periculosidade como uma categoria analítica válida” e outros “a consideram artifício jurídico para empalidecer o caráter arbitral da decisão do juiz. Aos olhos do público ele estaria apoiando-se na opinião científica de um perito (...).” Desta maneira, conclui que “o sistema usado em quase todo o mundo, inclusive no Brasil, de apoiar-se a decisão judicial num critério subjetivo como a periculosidade, assim como considerar o médico

¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 783.

¹⁸ NEVES, *Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal*, p. 103 (grifou-se).

¹⁹ GOFFMAN, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 295.

psiquiatra forense como o técnico habilitado a medi-lo com precisão científica, levam a uma situação onde após o juiz arbitrar que o paciente deve ser contido pela medida de segurança, o médico psiquiatra forense é quem passa a decidir a cada ano (ou a cada três anos) se o paciente deve ou não continuar detido.”²⁰

Para além dos problemas conceitual e de verificabilidade, outra relevante imprecisão na realização dos pareceres é constatável, qual seja, a impossibilidade de valorar o desenvolvimento da enfermidade (prognóstico). O próprio discurso médico constata esta dificuldade quando define prognose como “*procedimento científico que objetiva a predição que se pode fazer acerca das mudanças que **provavelmente** podem ocorrer no curso de uma enfermidade, sua duração e terminação (a direção do prognóstico para o restabelecimento total ou parcial, para a cronicidade ou para a morte). O prognóstico pode se referir às possibilidades laborais, à capacidade civil ou ao **risco social do paciente.***”²¹ Não se pode, portanto, precisar se alguém apresenta ou não perigo concreto à sociedade. Na medida em que a prognose é um juízo probabilístico, a valoração penal do réu/condenado a partir destas probabilidades restringe-se, exclusivamente, a um perigo abstrato, inverificável, fato que pode gerar enormes riscos aos direitos e garantias individuais.

3.2. EFEITOS JURÍDICOS

Considerado inimputável, será imposta ao réu/condenado medida de segurança²² nos termos do art. 99 do Código Penal,²³ cumprida em hospitais psiquiátricos ou manicômios judiciais com finalidade curativa da enfermidade mental (cessação de periculosidade). Imprescindível, neste quadro, trazer a comparação de Erving Goffman entre esta instituição total²⁴ e o modelo de serviço reparador. Explica o autor que após a

²⁰ NEVES, *Manicômio...*, p. 104.

²¹ SÁ JÚNIOR, *Compêndio de Psicopatologia e Semiologia Psiquiátrica*, p. 431 (grifou-se).

²² Disciplina o art. 97 do Código Penal brasileiro: “*se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o prazo previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.*”

²³ “*O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.*”

²⁴ Para Goffman, instituição total é o “*(...) local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada*” (GOFFMAN, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 11).

entrega ao servidor do “bem a ser consertado” “*começa o processo conhecido: observação, diagnóstico, receita tratamento. Através da descrição do cliente, o servidor indiretamente alivia a experiência de perturbação do cliente, o servidor depois observa o funcionamento do bem do cliente, mas agora, evidentemente, o funcionamento errado ocorre sob o nariz, os ouvidos e os olhos de um técnico.*”²⁵ E o autor conclui: “*desejo sugerir que, comparado a um hospital médico ou a uma oficina de automóveis, um hospital psiquiátrico está mal equipado para ser um local em que ocorra o ciclo clássico de reparação. Nos hospitais psiquiátricos públicos, e mais ainda nos hospitais particulares e nos de veteranos de guerra dos Estados Unidos, há oportunidade para observar o paciente, mas a administração está geralmente tão ocupada que se limita a registrar atos de desobediência. Mesmo quando a equipe dirigente tem tempo para esse trabalho, a conduta do paciente na enfermaria dificilmente pode ser considerada como exemplo de sua conduta fora dela: alguns comportamentos considerados inaceitáveis no mundo externo não ocorrem na enfermaria (...).*”²⁶

Em relação aos semi-imputáveis, o art. 98 do Código Penal igualmente possibilita ao magistrado a ‘prescrição’ da medida de segurança, sendo a pena privativa de liberdade aplicada substituída pela medida de segurança pelo prazo mínimo de 01 (um) a 03 (três) anos. Considera-se, contudo, com Zaffaroni e Pierangeli, que o art. 98 do Código Penal viola abertamente o princípio constitucional da legalidade, quando prevê substituição de pena privativa de liberdade **com limitação temporal** por medida de segurança (art. 97, § 1º, CP) **isenta de prazo máximo de duração**. O indivíduo, deste modo, fica subordinado ao arbítrio da administração, não tendo como dimensionar o tempo de inserção na realidade manicomial, fato que gera situação de extrema insegurança (jurídica). A pena privativa de liberdade, por mais aflitiva, ao menos traria a noção do período de vinculação ao sistema penal.

Em caso de constatação da insanidade mental em sede de execução, o juiz poderá comutar a pena privativa de liberdade em medida de segurança, cabendo, de igual modo, a crítica anteriormente exposta, visto que de situação limitada temporalmente se substitui por sanção cuja única previsibilidade é o tempo mínimo de internação. Sugere Greco

²⁵ GOFFMAN, *Manicômios...*, p. 270.

²⁶ GOFFMAN, *Manicômios, Prisões e Conventos...*, p. 292.

Filho²⁷ que nestes casos a medida de segurança substitutiva à pena dure pelo tempo previsto (ou restante) de encarceramento, de forma a garantir minimamente os direitos do condenado.²⁸

4. ASPECTOS CRÍTICOS: SUBSTANCIALIZAÇÃO

Pode-se verificar que os laudos e pareceres psiquiátricos, ao versarem sobre a vida privada e intimidade (direitos de personalidade) da pessoa, atuam em esfera tutelada pela Constituição da República. Em inúmeras disposições a Constituição visou proteger os direitos de personalidade dos cidadãos, informando existir parcela de direitos que não pode ser ‘invadida’ pelo Estado. A personalidade propriamente está inserida nesses direitos individuais inacessíveis, devendo ser igualmente respeitadas “*a esfera do pensamento, das convicções, das paixões e emoções como núcleo inviolável, como reserva de direitos do cidadão na qual o Estado não pode interferir.*”²⁹

Ocorre que os pareceres e laudos técnicos, conforme Michel Foucault, ao serem incorporados pelo Direito Processual Penal, “*funcionam como discursos de verdade, porque discursos com estatuto científico, ou como discursos formulados, e formulados exclusivamente por pessoas qualificadas, no interior de uma instituição científica.*”³⁰ Assim, o controle psiquiátrico e a investigação tendem a deslocar-se “*do que pensa o doente para o que ele faz, do que ele é capaz de compreender para o que ele é capaz de cometer, do que ele pode conscientemente querer para o que poderia acontecer de involuntário em seu comportamento.*”³¹

²⁷ GRECO FILHO, *Manual...*, p. 194.

²⁸ Caso idêntico se verifica quando da constatação da insanidade mental após o delito (art. 149, §2º, CPP). Nestas situações, a crítica é igualmente pertinente: “*manifestamente inconstitucional, encontrando-se, pelo menos parcialmente, revogado pela Constituição de 1988 porque viola o princípio do processo legal e a presunção de inocência. Sem culpa formada, ou seja, sem que haja reconhecimento da existência do fato punível em todas as suas circunstâncias, o acusado permanece à disposição da justiça penal por tempo indeterminado, isto é, até que se restabeleça. O artigo, em outras palavras, preconiza a restrição à liberdade, imposta e mantida pelo juiz criminal sem que tenha verificado por sentença a existência de infração penal. Viola o artigo, ainda, a presunção de inocência constitucionalmente garantida, porque, sem sentença transitada em julgado, presume-se que seja culpado e mereça restrição da liberdade de origem criminal*” (GRECO FILHO, *Manual...*, p. 194).

²⁹ CARVALHO, *Pena e Garantias*, p. 47.

³⁰ FOUCAULT, *Os Anormais*, p. 08.

³¹ FOUCAULT, *Os Anormais*, p. 179.

No entanto, ao serem incorporados no processo penal como ‘verdadeiros’ e cientificamente válidos, permitem esta inerência sobre os direitos de personalidade, restando questionada sua legitimidade.

Por outro lado, inúmeras questões decorrentes da assunção irrestrita do discurso psiquiátrico são possíveis.

A primeira diz respeito à adesão da integralidade do laudo pelo magistrado no momento da decisão. Em que pese o art. 182 do CPP³² explicitar que o juiz não ficará adstrito ao laudo, invariavelmente os julgadores têm adotado a fala psiquiátrica como razões de decidir, incorporando na totalidade a perícia, atuando apenas na ‘homologação’ do relatório psiquiátrico.

A Constituição da República (art. 93, inciso IX) e o Código de Processo Penal (art. 381, inciso III) determinam que todas as decisões judiciais devem, obrigatoriamente, ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Como se sabe, a motivação judicial é composta pelo *enunciado* (escolhas e individualização das normas aplicáveis e conseqüências jurídicas decorrentes), pelos *nexos de implicação e coerência* entre os referidos enunciados e pela substancialização dos argumentos das partes nas provas trazidas aos autos. Não apenas a ausência destes requisitos, mas sua insuficiência, nulificam a decisão por ausência de fundamentação.³³ Percebe-se, pois, que se houver adesão integral do juiz ao laudo, transformando-o em razões de decidir, lesado estará o princípio da motivação, e “*a sentença não terá existência legítima*”³⁴, visto que absolutamente nula.

A segunda questão relevante a ser apontada é relativa à forma de valoração da prova (pericial). Embora esteja disciplinado no Código de Processo Penal (art. 157) que o sistema de provas vigente é o da livre apreciação, o resultado da adesão explícita e integral do juiz à perícia reedita um sistema (inquisitório) de prova tarifada – provas hierarquizadas com valor predeterminado.³⁵ No entanto, a perícia no contexto dos

³² “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”

³³ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 256/57.

³⁴ NASSIF, *Reflexões Crítico-Fragmentárias sobre a Sentença Penal*, p. 210.

³⁵ O sistema das provas legais ou tarifadas surgiu após o da íntima convicção, com o objetivo de controlar o arbítrio do juiz. As provas, assim, possuíam valores preestabelecidos e só era passível de análise o material probatório produzido no processo. O sistema da livre apreciação ou persuasão racional é aquele em que “*sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coarctar os movimentos do juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia com o sistema das provas legais,*” o magistrado pode se utilizar de todas as provas produzidas nos autos e valorá-las livremente.

incidentes acaba sendo juízo determinante afirmado e sustentado pela decisão judicial: “o relatório dos peritos – na medida em que o estatuto do perito confere aos que o pronunciam um valor de cientificidade, ou antes, um estatuto de cientificidade – goza, com relação a qualquer outro elemento da demonstração judiciária, de certo privilégio. Não são provas legais no sentido em que o direito clássico as entendia ainda no fim do século XVIII, mas são enunciados judiciários privilegiados que comportam presunções estatutárias de verdade, presunções que lhe são inerentes, em função dos que as enunciam.”³⁶

Em terceiro lugar, como demonstrado anteriormente, o relatório médico apresentado não viabiliza formas de contradição (princípio do contraditório), a não ser por contraprova derivada da mesma esfera de pensamento. Assim, se apenas pela perícia há possibilidade de resposta à indagação formulada pelo Direito, deve-se pensar sobre a suficiência de uma única avaliação e um único laudo e em formas de eventual complementação (parecer suplementar, perícia particular, interposição de contraquesitos).

Os pontos críticos levantados são orientações para que o magistrado não decline sua tarefa de julgar ao perito, colocando a responsabilidade pelo futuro da pessoa confinada exclusivamente nas mãos do médico, quando esta tarefa é essencialmente judicial.

5. PESQUISA

Com intuito de ilustrar os apontamentos acima descritos, realizou-se investigação documental na Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre. Foram analisados aleatoriamente dez processos³⁷ nos quais havia imposição de medida de

Ademais, suas decisões devem ser fundamentadas satisfatoriamente. (TOURINHO FILHO, *Manual de Processo Penal*, p. 490).

³⁶ FOUCAULT, *Os Anormais*, p. 14. Michel Foucault desenvolve sua crítica sustentando que o exame psiquiátrico cumpre a função de costurar o saber médico ao judiciário, sendo, portanto, instrumento de normalização dos “anormais”. Não se imporia, então, a partir dos laudos, poder médico e, tampouco, um poder judiciário. A união de ambos resultaria em um terceiro elemento normalizador (FOUCAULT, *Os Anormais*, p. 51/2).

³⁷ Processos número 56094733; 53715819; 56440456; 11564242; 54050216; 57089823; 56836232; 56826456; 56874084.

segurança, no período de fevereiro de 2004 ao início de 2005.³⁸ O objetivo central foi justamente comparar o conteúdo do laudo pericial e a decisão judicial, para averiguar a influência do discurso *psi* no juízo decisório. Para tanto foi utilizada metodologia qualitativa amparada pela análise de discurso.

O principal resultado observado é que nos processos pesquisados **todas** as sentenças penais estavam vinculadas diretamente ao exame médico-legal, dentre as quais cinco delas apresentavam transcrição literal do parecer. O único caso em que a decisão se opôs ao relatório psiquiátrico foi em situação na qual o réu, acusado de homicídio qualificado, obteve laudo de semi-imputabilidade, e o juiz, por força da decisão do tribunal do júri, classificou-o como totalmente incapaz, impondo-lhe medida de segurança.³⁹

5.1. ESTRUTURA DOS LAUDOS ANALISADOS

Embora não haja determinação legal, os pareceres geralmente adotam estrutura similar que consiste em (1) identificação; (2) motivo do exame; (3) antecedentes pessoais; (4) antecedentes familiares; (5) história social; (6) descrição do delito segundo o examinando; (7) descrição do delito segundo os autos; (8) exames somáticos (composto por exame físico e neurológico); (9) exame do estado mental; (10) discussão diagnóstica; (11) diagnóstico; (12) comentários médico-legais e, (13) conclusão. Ao concluírem, os médicos dirão se o examinando era ou não, ao tempo da ação ou omissão, capaz de entender o caráter do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento.

Observe-se, a título de exemplificação, a seguinte decisão judicial: “*as conclusões do laudo psiquiátrico são de que as rés⁴⁰, portadoras de esquizofrenia paranóide, eram, ao tempo da ação, totalmente incapazes de entender o caráter ilícito dos fatos, ou de determinar-se conforme esse entendimento.*” Imediatamente após a transcrição dos pareceres médicos, o magistrado conclui: “*portanto, a absolvição das rés e conseqüente*

³⁸ Por força de os processos em execução de medida de segurança terem sido transferidos para a referida Vara há pouco tempo, não se pôde verificar o número total de sentenças decretando imposição de medida de segurança.

³⁹ Importante notar que no caso do tribunal do júri, os jurados (leigos) não estão vinculados ao sistema da livre apreciação motivada das provas, mas amparados pelo sistema da íntima convicção.

⁴⁰ Processo número 56440456 (fls. 08-15): as rés foram denunciadas por incorrerem na sanção do art. 250, parágrafo 1º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal.

aplicação da medida de segurança resta impositiva.” Decide, assim, pela improcedência da denúncia, absolvendo as réis com fulcro no art. 386, V do Código de Processo Penal e, na combinação com o art. 26 do Código Penal, decreta como medida de segurança (art. 97, CP) *“internação em hospital de custódia, até que seja averiguada a cessação de periculosidade,”*⁴¹ *pelo período mínimo de 01 (um) ano.*”

Verificou-se que, na medida em que os procedimentos periciais não estão submetidos a controles rigorosos, *“podem se tornar perigosos, perversos, até mesmo totalitários, a partir do momento em que privilegiem a arbitrariedade legal de uma pretensa démarche objetiva ou científica em detrimento da deliberação crítica.”*⁴² Além disso, deve-se chamar atenção para o fato de que *“a interpretação do mundo dada por um grupo atua de modo a manter seus participantes e deve dar a eles uma definição autojustificadora de sua situação e uma interpretação preconceituosa aos não-participantes – neste caso, médicos, enfermeiras, atendentes e parentes. Descrever fielmente a situação do paciente equivale, necessariamente, a apresentar uma interpretação parcial (...). Quase toda a literatura especializada sobre os doentes mentais é escrita do ponto de vista do psiquiatra e este, socialmente, está do outro lado.”*⁴³

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação bibliográfica e documental realizada permitiu alcançar algumas conclusões sobre o entrelaçamento dos discursos psiquiátricos e jurídicos.

⁴¹ *“Esta denominação Verificação de Cessação de Periculosidade escamoteia a questão porque oculta o duplo sentido da medida de segurança. Proteger a sociedade, mas também proteger o paciente contra a reação social que o seu ato insano possa ter causado. Fica, com esta denominação, subentendido que só a melhora de sua condição de perigoso pode libertá-lo, e que ao perito cabe avaliar esta condição e não o seu estado de saúde mental. Por seu lado, o perito, ao emitir tal laudo, assume que a doença é sinônimo de periculosidade e ignora que o paciente possa ter sido contido por um delito irrelevante, apenas para interromper um crescente clima de tensão dentro de uma comunidade, ou para forçá-lo a um tratamento que não lhe é prestado por familiares ou na ausência destes. Como o perito não sabe das razões do juiz para considerar este paciente perigoso naquela sociedade, e naquela específica situação, e o tendo recebido no manicômio com esta decisão tomada, se o paciente não melhorar significativamente, repetirá o veredicto e lhe recomendará novo período de Medida de Segurança.”* (NEVES, *Manicômio...*, p. 104).

⁴² ROUDINESCO, *O paciente...*, pp.91/2.

⁴³ GOFFMAN, *Manicômios...* p. 08 (grifou-se).

1ª. Determinação da medida e ausência de participação do imputado.

Na maioria dos casos observados, o indivíduo é intimado pela autoridade judicial para realizar a avaliação, sem que possa optar em aderir ou não ao exame.

Neste momento se cria, na fantasia do ‘paciente’ e no processo penal, o vínculo do médico com o julgador, passando-se do objetivo de desvendar a mente do periciando para o de julgar o delito. É estabelecida, então, estreita relação de poder entre réu-perito-juiz. O entrevistado sabe que a análise é de suma importância em sua ‘trajetória penal’ e, a partir dessa conclusão, periciando e técnico colocam-se em pólos distintos e conflitivos⁴⁴ e “*este acionamento de arcaicos mecanismos esquizo-paranóides, na acepção de Melanie Klein, torna-se importante dificultador da tarefa.*”⁴⁵

2ª. Influência determinante dos autos no diagnóstico.

Os relatórios periciais sofrem importante influência das informações processuais, seja no concernente aos aspectos subjetivos (vida do examinando) ou objetivos (fato descrito na denúncia). À exceção de um único processo, na investigação realizada todos os pareceres enfatizaram o delito segundo a narrativa da denúncia. Notou-se, portanto, que o perito invariavelmente se utiliza de dados dos autos para, *a posteriori*, realizar sua conclusão. Percebe-se, assim, absoluta contaminação do médico pela denúncia e pela ‘prova inquisitiva do Inquérito Policial’, dirigindo desde a forma de abordar o periciando na entrevista às conclusões propriamente ditas.⁴⁶

3ª. Método decisionista de atuação judicial.

⁴⁴ IBRAHIM, *Previsibilidade do Comportamento do Apenado: uma missão impossível*, p. 253.

⁴⁵ ROSITO, *Capacidade Laborativa: podem a ética e a psicanálise contribuir para a avaliação pericial?*, p. 81.

⁴⁶ Cite-se, como exemplo, processo em que o cidadão foi denunciado pelo artigo 213, combinado com os artigos 224, “c” e 226, II e III, na forma do artigo 69, do Código Penal. O perito afirma: “***Ainda conforme dados processuais, exame psicodiagnóstico e, por vezes, segundo a versão do delito durante as entrevistas, o examinando teve uma conduta pedofílica por mais de seis meses – no caso por mais de um ano – com vítima menor de quatorze anos, sendo ele mesmo maior de dezoito anos. Tais dados nos permitem afirmar que é portador de Pedofilia.***” Fundamental esclarecer, contudo, que no caso não havia quaisquer outros elementos que pudessem caracterizar a pedofilia, sendo diagnosticada exclusivamente de acordo com as informações provenientes dos autos (processo 11564242, fls. 21-44 – grifou-se).

Foi possível constatar, no material analisado, forma de atuação judicial compatível com o que Ferrajoli denomina *modelo decisionista*⁴⁷, pois a motivação do magistrado, calcada no discurso psiquiátrico, está alicerçada em probabilidades e presunções completamente inverificáveis – *“es claro que este modelo de juicio penal potestativo en vez de cognoscitivo tiene una intrínseca naturaleza autoritaria. Su fundamento es exactamente el inverso al propio del modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la autoridad del juez que a la verificación empírica de los supuestos típicos acusatórios.”*⁴⁸

4ª. *O caráter curativo nos discursos sobre as medidas de segurança e sua incompatibilidade com a falta de voluntariedade/participação do sujeito.*

O objetivo ‘curativo’ da medida, representado no juízo de cessação de periculosidade, é explícito na legislação pátria, sendo recepcionado integralmente pelo discurso dos operadores do direito.⁴⁹

Todavia há de se ter presente que qualquer espécie de tratamento de saúde, mormente saúde mental, não pode ser *imposto*. O paciente deve ter o direito de decidir sobre a sua vida, sobre seu corpo e sua mente, inclusive para contribuir para que os resultados do tratamento sejam atingidos. O documento final do Programa de Investigação desenvolvido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos⁵⁰ aponta esta particularidade que gera uma situação-limite: o paciente não elege os profissionais, ou por não estar em condições ou por lhe ser negado o direito de escolha dos profissionais e do tratamento que decidirá o seu destino. Imprescindível, pois, a intervenção dos juristas como garantidores dos direitos fundamentais do réu/condenado submetido à medida de segurança.

⁴⁷ Neste sentido, verificar FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 33-90.

⁴⁸ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 43.

⁴⁹ Neste sentido, observe-se a seguinte sentença penal, em processo no qual o réu estava incurso no art. 214, caput, combinado com o 224, alínea “a” do Código Penal: *“cabendo destacar que a medida de segurança não possui condão de punir o acusado, e sim recuperá-lo, proporcionando a devida assistência no intuito de reintegrá-lo à sociedade, ainda possui um caráter preventivo, visto que intenciona proteger a sociedade dos perigos das conseqüências dos atos daqueles que não possuem a capacidade de discernimento das condutas lícitas das ilícitas”* (processo número 54050216, fls. 16-24).

⁵⁰ ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos em la América Latina*, p. 255.

Fundamental perceber que nenhum tratamento pode ser imposto, devendo haver a possibilidade de o indivíduo participar dos rumos que serão dados à sua saúde (mental) – “o paciente tem direito de consentir ou recusar procedimentos, investigações diagnósticas ou condutas terapêuticas a serem nele realizadas. Não respeitar a autonomia significa uma violação aos direitos do paciente e uma infração deontológica e jurídica.”⁵¹

Não por outro motivo na França “nenhum ato médico ou tratamento pode ser praticado sem o consentimento livre e esclarecido da pessoa e esse consentimento pode ser retirado a qualquer momento”. Desta forma, naquele país, após ter sido informado da eficácia do tratamento, o indivíduo tem direito de recusa, mesmo em casos nos quais esteja arriscando sua própria vida.⁵²

Outrossim, o Código de Ética Médica veda ao médico: (a) efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida; (b) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar; (c) desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida; e (d) deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal (artigos 46, 48, 56 e 59, respectivamente).

Conclui-se, portanto, que, embora não explicitados na Lei Penal, os dispositivos constitucionais e os relativos à prática médica asseguram ao paciente direito de recusar tratamento. Em sendo dever moral do médico obter o consentimento informado prévio à realização de qualquer procedimento, deve-se respeitar a recusa do paciente.⁵³

Com intuito de minorar as arbitrariedades e as conseqüentes lesões aos direitos do réu/condenado submetido à medida de segurança, o documento do Instituto Interamericano de Derechos Humanos sugere:

⁵¹ ARÚS, *Consentimento Informado e o Direito de Recusar Tratamento*, pp. 87-90.

⁵² ROUDINESCO, *O paciente...*, p. 28.

⁵³ ARÚS, *Consentimento...*, p. 90.

1) *La elaboración a la brevedad de proyectos de legislación que establezcan un estricto procedimiento para la internación, diagnóstico y tratamiento de enfermos mentales, garantizando el control de la autoridad judicial.*

2) *Considerar violatoria de Derechos Humanos la administración indiscriminada de tratamientos que sean sumamente dolorosos, que afecten la integridad psíquica del paciente o que lo deterioren, sin instancias judiciales y permanentes de control.*

3) *En consecuencia con lo anterior, tender a la codificación de la legislación psiquiátrica sobre la base de un estricto control judicial con el menor número posible de internaciones y de tratamientos dolorosos o susceptibles de producir efectos desintegradores o deteriorantes.*

4) *En cualquier caso, establecer el más amplio deber de explicación del médico al paciente (o a su familia en el caso en que aquél no estuviese en condiciones de comprenderla) y el consentimiento previo para la internación y el tratamiento.*⁵⁴

Por fim, crê-se necessário refletir, para além da anuência ao tratamento, sobre a adequação da missão curativa dos discursos jurídicos e psiquiátricos em relação aos inimputáveis. Para tanto importante ter presente o alerta de Goffman: “*é uma satisfação pensar que aqueles que exilamos nos hospitais psiquiátricos estão recebendo tratamento, e não castigo, sob os cuidados de um médico.*”⁵⁵

BIBLIOGRAFIA

- ARÚS, Moacir Assein. Consentimento Informado e o Direito de Recusar Tratamento. *In Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. CORONEL, Luiz Carlos Illafont (org.). Porto Alegre: Conceito, 2004.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2001.
- CORONEL, Luiz Carlos Illafont. Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal. *in Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. CORONEL, Luiz Carlos Illafont (org.). Porto Alegre: Conceito, 2004.
- DELMANTO, Celso *et. al.* *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵⁴ ZAFFARONI, *Sistemas...*, p. 257.

⁵⁵ GOFFMAN, *Manicômios...*, p. 299.

- FOUCAULT, Michel. *Os Anormais: curso no Collège de France (1974 – 1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- IBRAHIM, Elza. Previsibilidade do Comportamento do Apenado: uma missão impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. n. 28.
- ROSITO, Geraldo. Capacidade Laborativa: podem a ética e a psicanálise contribuir para a avaliação pericial? In *Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. CORONEL, Luiz Carlos Illafont (org.). Porto Alegre: Conceito, 2004.
- ROUDINESCO, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- SÁ JÚNIOR, Luiz Salvador de Miranda. *Compêndio de Psicopatologia e Semiologia Psiquiátrica*. Porto Alegre: Artmed, 2001.
- TEITELBAUM, Paulo Oscar. Documentos Médico-Psiquiátrico Legais. In *Psiquiatria para Estudantes de Medicina*. FURTADO, Nina Rosa; GAUER, Gabriel José Chittó; CATALDO NETO, Alfredo. (orgs.). Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul (coord.). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en la América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.