

Paulo Vasconcelos Jacobina

Direito Penal da Loucura



DIREITO PENAL DA LOUCURA



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Câmara Editorial Geral

ODIM BRANDÃO FERREIRA – Coordenador (MPF)

FRANCISCO REZEK (MPF)

CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO (MPT)

JOSÉ EYMARD LOGUÉRCIO (MPT)

ALEXANDRE CONCESI (MPM)

JOSÉ CARLOS COUTO DE CARVALHO (MPM)

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS (MPDFT)

MÁRCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA (MPDFT)

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

DIREITO PENAL DA LOUCURA
MEDIDA DE SEGURANÇA E REFORMA PSIQUIÁTRICA

Paulo Vasconcelos Jacobina

Brasília – DF

2008



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23
70200-901 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
<www.esmpu.gov.br> – <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2008. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Volker Egon Bohne

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Tosta

Núcleo de Editoração

Cecilia Fujita

Lizandra Nunes M. C. Barbosa – Chefia do Setor de Revisão e preparação de original

Lara Litvin Villas Bôas – Diagramação e revisão de provas

Renata Filgueira Costa – Preparação de original

Thaise dos Santos Leandro – Revisão de provas

Núcleo de Programação Visual

Ana Manfrinato Cavalcante

Jansen Lira Rojas – Projeto gráfico

Carolina Woortmann Lima – Capa

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.:(61) 3344-2112 – Email: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 1.500 exemplares

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade do autor.

Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

J16d Jacobina, Paulo Vasconcelos.

Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica / Paulo Vasconcelos Jacobina - Brasília:

ESMPU, 2008.

152p.

ISBN 978-85-88652-19-4

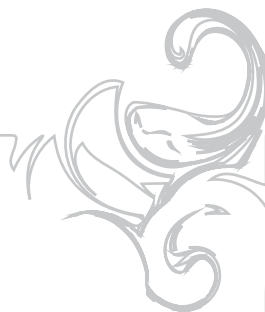
1.Loucura. 2.Loucura e crime. 3.Saúde Mental – aspectos jurídicos. 4. Processo penal. 5.Psiquiatria forense. I Título.

CDD 341525

A Newton Eloy Gentil.

O céu deve estar muito mais divertido agora.

Sumário



Apresentação	9
Prólogo	15
Agradecimentos	17
Introdução	21

Parte I – Noções Gerais

1 Estabelecendo conceitos prévios	27
1.1 Palavras iniciais	27
1.2 Construindo o conceito contemporâneo de loucura	29
1.3 Histórias da Psiquiatria	46
1.3.1 Monomania	50
1.3.2 Os degenerados	55
1.3.3 Charcot e suas histéricas	59
1.4 Histórias da saúde mental no Brasil	61
2 Conceitos e preconceitos sobre a loucura	71

2.1	Do <i>Demônio de Laplace</i> a uma <i>partida de dados</i> com <i>Deus</i> : determinismo ou livre-arbitrismo	71
2.2	As escolas criminológicas	79
2.3	Um novo enfoque para a loucura: a reforma psiquiátrica	87

Parte II – Loucura e Direito

3	Questões gerais	95
3.1	Um pouco de discussão constitucional	95
3.2	Princípios do direito sanitário	99
3.3	A legislação de reforma psiquiátrica e o sistema penal	106
4	Saúde mental e processo penal	115
4.1	Generalidades	115
4.2	O procedimento de incidente de insanidade mental	117
4.3	As conclusões do exame de insanidade	123
5	Direito penal e loucura	129
5.1	Uma pequena discussão acerca da medida de segurança	129
5.2	Medida de segurança e reforma psiquiátrica: a impossível conciliação	133
	Conclusão	139
	Anexo – Relatório de Inspeção ao Manicômio Judiciário do Estado de Sergipe	143
	Referências	149

Apresentação



O ato de apresentação de qualquer trabalho intelectual é sempre honroso para quem o faz. Apresentar a obra de Paulo Jacobina, para mim, não é apenas motivo de orgulho, de honra pessoal; tem significado emblemático na minha vida de operador do direito. É o significado da consagração pessoal, afinal, vou falar sobre o trabalho de um jovem Procurador da República que muito tem feito pela cidadania no país, ajudando o brasileiro a acreditar mais na Justiça e no funcionamento das instituições democráticas.

Paulo Jacobina tornou-se conhecido, entre outros motivos, devido a sua incessante luta pela preservação do meio ambiente, sendo essa a sua marca característica. Agora, como sempre o faz, surpreende-nos com um trabalho sobre *Loucura e Direito: a medida de segurança e a legislação de reforma psiquiátrica*, enveredando por um tema totalmente desconhecido do pensamento jurídico nacional.

Só mesmo um intelectual inquieto como Paulo Jacobina para se dedicar a tema tão difícil e tão fora de contexto da preocupação dos mortais comuns, ainda que operadores do direito. Afinal, quem se inquietaria com o bem-estar jurídico dos considerados loucos, para formular uma abordagem sobre o assunto, de forma a sacudir nossas inteligências, nossos espíritos, levantando-nos do nosso comodismo, a não ser uma pessoa com a sensibilidade

humana e a inteligência desse autor? Sem nenhum exagero, desde Michel Foucault, não li nada tão instigante sobre a matéria.

A obra, dividida em duas partes, trata dos conceitos e preconceitos da idéia de loucura, passando pela história da Psiquiatria, analisando o conceito de loucura no contexto social e histórico, abalando a nossa sensibilidade, com vistas nas relações *loucura e ética*, *loucura e culpabilidade*, *loucura e periculosidade*.

O autor leva-nos a enxergar os traços de loucura em cada um de nós, em que momento esses traços tornam-se incômodos. Esses incômodos não são os perceptíveis a todos, mas os que atentam contra a ordem estabelecida. Muitos dos incômodos são resultados da genialidade de certas pessoas, que aguçam a inveja humana – sentimento comum a todos – quando essa genialidade, por ser exceção, pode parecer loucura aos menos dotados, aos portadores de mentes paralisadas, preguiçosas.

Jacobina aborda o tema com profundidade, valendo-se dos estudos de Cervantes e Erasmo de Rotterdam, entre outros, para demonstrar a visão do louco e o tratamento que se lhe impõe ao longo da história, alcançando a medida de segurança, instituto perverso, que pune a loucura, arrancando a liberdade do preso por toda a vida, na maioria dos casos, fruto do que denomina como *medo irracional que sentimos do louco*.

O escritor busca, de forma genial, o sentido da loucura, revelando a angústia dos psiquiatras, que jamais acharam lesões biológicas nas autópsias dos corpos dos insanos. Demonstra como a loucura é invisível, sem a lógica mecânica de uma antiga calculadora, de fácil compreensão. A loucura tem a lógica dos *chips* modernos que, ao abrímos, nada encontramos, nada entendemos do seu funcionamento.

Não há como, após a leitura desta obra, deixar de refletir sobre o estágio eternamente metafísico da loucura, incapaz de evoluir para alcançar o estágio positivo, da visão comtiana; daí a angústia, a apreensão de como a sociedade deveria tratar os loucos, os considerados irresponsáveis.

O autor examina o perigo do determinismo que leva ao conservadorismo, que nada constrói, buscando na Matemática e na Física a destruição de determinismos por meio da Teoria do Caos, que rompeu com as leis postas até o surgimento da Física Quântica. Jacobina busca demonstrar o quanto *estamos amarrados em pressupostos filosóficos ideológicos, frutos de uma herança formalista e cientificista*.

A obra passeia pelos valores da sociedade de todos os tempos. Valores estes fincados nos conceitos da ciência clássica e nos costumes sociais de cada sociedade, em cada época, de forma a definir o que seja crime por meio de uma censura social, de nada valendo considerar-se delito o que não fere o senso ético da sociedade, concluindo, então, acertadamente, que *qualquer conceito de crime é cultural*. Inexiste, pois, uma tipologia ideal pura de crime na possível visão webberiana.

Na primeira parte da obra busca o autor aprofundar a visão histórica, sociológica e até mesmo filosófica do que seja a loucura; já na segunda parte, dedica-se à relação entre a *Loucura* e o *Direito*, abordando a impossibilidade de o louco respeitar o contrato social e a integração dele ao sistema jurídico, por via de consequência.

Questiona, de forma magistral, como considerar *constitucional julgar alguém após reconhecê-lo mentalmente enfermo, a ponto de não ter noção do que faz, sob o fundamento da periculosidade social*. *Seria preciso que a Constituição dissesse que “ninguém será considerado culpado ou perigoso socialmente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou de sentença penal absolutória, que reconheça tal periculosidade nos termos da lei”*. Daí considerar que a medida de segurança tem caráter punitivo, constituindo sua aplicação uma hipocrisia social com roupagem legal.

A conclusão é uma só. A punição ao louco é muito mais rigorosa que a punição imposta às pessoas ditas normais, uma vez que a internação não tem prazo para acabar. É uma espécie de prisão perpétua sujeita à condição resolutive da cura improvável, sujeita a uma condição quase impossível.

Partindo do pressuposto de que o direito penal brasileiro adotou o princípio da presunção de periculosidade, o autor demonstra a dificuldade, o risco e até mesmo o perigo de se definir o que seja perigo, uma vez tratar-se de conceito extremamente subjetivo.

Nesse contexto, imagina o autor uma situação inusitada, mas extremamente provável, óbvia, mas, por ser óbvia, só identificada pelos portadores de inteligência excepcional como ele. Vale destacar: *Somente para argumentar, vamos imaginar a seguinte situação: alguém tem um surto de loucura e, durante esse surto, um parente resolve matá-lo. No ímpeto da crise, o louco pega uma barra de ferro e agride, coincidentemente, justo o parente que vinha armado para matá-lo. Não se pode esclarecer se o louco se deu conta da circunstância, mas objetivamente ele estava em uma situação de legítima defesa. Ora, se juridicamente for considerado que “ele não podia entender o caráter ilícito do fato”, como poderia admitir que pudesse entender o caráter lícito da legítima defesa? Além disso, admitindo esse conceito doutrinário de “periculosidade”, será que o louco seria menos “perigoso” por estar acobertado por uma situação de legítima defesa da qual se presume juridicamente que ele não tinha condição de entender?*

Cuida-se de indagação posta na obra que dismantela toda a lógica do tratamento conferido aos loucos em nosso sistema penal, por meio do malsinado instituto da medida de segurança. Situação como essa levaria-nos à irracional conclusão do caráter ilícito da legítima defesa, tendo em vista a impossibilidade, quase certa, de o louco que assim agisse livrar-se da aplicação da medida, que, na verdade, é uma sanção a essa espécie de doente mental, uma sanção à doença física invisível.

A obra demonstra que a medida de segurança constitui pena que atinge ou pode atingir a pessoa do absolvido.

O livro revolve todas essas questões, dirigindo-se não só aos operadores do direito, mas também aos médicos, aos psiquiatras, aos sociólogos e a tantos outros profissionais que possam sensibilizar-se com esse tormentoso problema, para o qual o ator reconhece não ter

solução. Seu trabalho busca agitar os pensamentos mais sensíveis da sociedade, com respeito àqueles que, pelo grau do que se considera loucura, não têm quem os defenda, uma vez que não dispõem de capacidade de organização.

São essas algumas das conclusões que extraio da genialidade dos conceitos desta obra, que perturba a nossa estrutura mental, tirando-nos do comodismo, frise-se mais uma vez, levando-nos à reflexão, salvo se o poeta estiver certo, quando afirma “louco é quem me diz que não é feliz, eu sou feliz”.

RICARDO CÉSAR MANDARINO BARRETTO

Juiz federal e mestre em Direito Econômico

Prólogo



Quão insana é a vida jurídica?

No seu excelente livro denominado *Crítica da Razão Tupiniquim*, o filósofo Roberto Gomes anota a insanidade relativa ao uso do paletó entre nós – traje advindo de um clima diferente, de uma cultura diferente, e que é adotado como farda, como diferencial no mundo jurídico. Qual é a razão que fundamenta esse costume? Certamente não é a racional.

É claro que se pode encontrar, na corrente principal da história da filosofia do direito, o irracionalismo servindo como fundamento ao próprio pensamento jurídico; aponte-se o historicismo jurídico de Gustavo Hugo e Savigny, movimento lastreado nos ideais românticos e fundamentado em uma raiz nacionalista e folcloricista.

É claro que fundamentar o conhecimento do Direito em lastros tão conservadores pode ter mais razões do que a própria Razão possa imaginar. O professor Machado Neto entende que, em ciência jurídica,

o irracionalismo é um bom sustentáculo do conservadorismo, parecidos evidentes, embora não se possa negar a existência de irracionalistas que, como os sofistas, foram inovadores e revolucionários. Mais propriamente iconoclastas do que revolucionários, porém. Faltava-lhes – o que sobra ao racionalista – a unidade de linha de conduta essencial-

mente revolucionária, um programa sistemático – o que vale dizer, racional – da revolução. Por isso, foram mais propriamente demolidores – como se intitulavam, aliás, os discursos de Protágoras – ou iconoclastas do que propriamente revolucionários. Espontaneamente, o irracionalismo serve à conservação do *status quo*. Negando à razão a possibilidade de interpretar o mundo, especialmente – no que nos importa aqui – o mundo histórico, político, social, o irracionalismo nega também a possibilidade de construir, pela razão, um mundo ideal – uma utopia – somente em nome de cuja perfeição seria possível justificar a revolução¹.

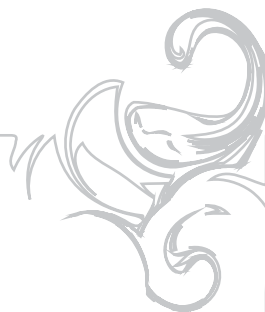
Não é disso que trataremos aqui.

Não temos como proposta discutir as qualidades do racionalismo ou do irracionalismo, tampouco demolir ou construir sistemas de pensamento. Trata-se de criticar os pressupostos racionais edificados e recebidos no âmbito da ciência jurídica, de desmistificar o trato com o louco e, principalmente, de expor as contradições entre os conceitos mais atuais, no âmbito da reforma psiquiátrica, com aqueles conceitos embolorados do sistema penal.

Nosso objetivo é defender a pluralidade, ampliar a inclusão, criar uma medida que comporte a todos, os possuidores da razão chancelada pelo *status quo* e os tidos como insanos. Desmascarar a relação entre loucura e violência e, principalmente, mostrar que vivemos um descompasso que tende ao vácuo, em matéria de direito positivo. Queremos respostas. Mas, primeiro, precisamos descobrir as perguntas certas para fazer.

¹ MACHADO NETO, 1988, p. 26. Parece, no entanto, que o pensamento de Foucault sobre a legitimação do mundo burguês por meio da exclusão do louco contradiz o que o professor Machado Neto defende.

Agradecimentos



Quando resolvi escrever sobre direito e saúde mental, eu o fiz com a mais absoluta inocência dos que desconhecem com perfeição o tamanho do problema em que estão se metendo. O tamanho e a complexidade do tema e suas implicações filosóficas, científicas, médicas e jurídicas. O tamanho do calor das discussões que estão sendo travadas sobre o assunto.

No fim, findou. Não como eu gostaria, mas como tinha de ser: um pouco louco, tal como a loucura de que tratamos aqui. Mas alguém já disse alhures que textos são como filhos: nós os colocamos no mundo com seus próprios defeitos e virtudes e não com a perfeição que gostaríamos que eles tivessem.

Não teria sido bem-sucedido sem a paciência persistente do professor Márcio Iorio Aranha, a quem não conheci pessoalmente até que o texto estivesse totalmente escrito e impresso, mas cujo incentivo por telefone e Internet foram essenciais para que esta pesquisa chegasse ao seu fim. Nada teria sido concluído sem sua intervenção firme e gentil, incluindo sua compreensão e apoio durante o período em que, acidentado, submeti-me a uma cirurgia e passei mais de dois meses sem escrever.

Não poderia, também, deixar de ressaltar a importância do professor Jackson Semerene Costa, a quem tampouco conheci pessoal-

mente durante a redação do texto, mas que me conduziu nos primeiros passos intrincados do direito sanitário.

Gostaria de agradecer ainda à doutora Leda Maria Delmondes Freitas Trindade, médica e psicoterapeuta, e à doutora Maria Helena Ávila Lima, psiquiatra, pela paciência ao discutirem comigo alguns dos conceitos aqui tratados, relativos às suas respectivas áreas. A sapiência e competência dessas profissionais foram essenciais para a conclusão do texto.

Ressalto a disponibilidade do colega João Bosco Araújo Fontes Júnior, Procurador da República e mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, e sua boa vontade em discutir aspectos filosóficos e jurídicos de alta indagação, com sua habitual erudição nessas áreas, compensando a minha própria limitação.

Agradeço a Ricardo Nascimento, Bianca Gonçalves e Ivan Nunes, que trabalham comigo, pelo apoio e pela disponibilidade de ouvir raciocínios e trechos, ajudando a consolidá-los, e pelo apoio administrativo durante a redação.

Agradeço à professora Tânia Maria Nava Marchewka, que conheci em uma dessas incríveis coincidências do destino, enquanto procurava seus artigos na Internet. Ela cedeu pronta e imediatamente os escritos e mais alguns dos textos que cito, além de ter-nos brindado com excelente palestra acerca do tema, durante encontro a respeito de saúde mental em Sergipe.

Por fim, agradeço a Marília Jacobina, minha esposa, que tem a enorme capacidade de me incentivar nos momentos de desânimo (normais durante uma pesquisa longa), mas, acima de tudo, que tem o maravilhoso talento de me trazer de volta ao chão nos meus momentos de euforia, sendo a minha crítica mais impiedosa.

Registro que pude apreciar, durante a elaboração deste texto, o CD *Grão*, de Henrique Teles e Maria Scombona, que tocou repetidamente no meu aparelho de som enquanto eu escrevia.

Não vou fugir de acrescentar que, embora reconhecendo a importância da colaboração de todas essas pessoas e de muitos outros,

que não cito aqui para não me alongar demais, sou o único responsável pelos erros, incoerências e pelos eventuais defeitos que o texto possa ter. Sou plenamente responsável pela minha própria loucura. Espero que ela possa, em algum nível, comunicar-se e interagir com a do leitor que se arriscar por estas páginas.

Introdução



A loucura vem se envolvendo, ao longo do tempo, em uma espécie de bruma, afastando-se das discussões filosóficas, científicas e jurídicas, transformando-se em termo muito vago e impreciso para merecer atenção. A própria palavra *loucura* entrou no rol das politicamente incorretas e deixou de ser pronunciada no seu sentido de definir o contrário de normalidade e razão. Preferimos termos mais precisos e axiologicamente neutros, como doença mental, saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou outros de igual jaez.

Todavia, muito recentemente, a abordagem à loucura vem passando por uma revolução copernicana. Um movimento que se auto-denomina *reforma psiquiátrica* vem alterando radicalmente a forma de conhecer e de tratar a loucura, resgatando todo o conteúdo poético, artístico, cultural e humano desse peculiar modo de ser.

A nossa tradição jurídica não se deu conta desse fenômeno ou pelo menos não o fez integralmente. Por causa disso, convivemos com uma incoerência axiológica no ordenamento: por um lado, a reforma psiquiátrica vem conseguindo importantes vitórias no campo do direito sanitário, alterando leis e normas infralegais para tornarem-se coerentes com os postulados do movimento: desospitalização e desmedicalização da loucura, resgate da humanidade e da cidadania do louco. Por outro, o direito punitivo mantém largas raízes no positivismo penal e no determinismo e continua

desconfiando da loucura, promovendo sua exclusão em nome da defesa social centrada no conceito de periculosidade presumida do louco.

De outro lado, o próprio direito penal passa por uma crise. Depois de séculos de aplicação, não se pode afirmar com segurança que ele seja uma *técnica eficaz* de aumento do nível de segurança social. Os índices de criminalidade crescem, ao lado do crescimento do número de cadeias, ou, nas palavras precisas de Manoel Pedro Pimentel (1983, p. 157):

É bastante conhecida a feliz comparação: pretender preparar um homem preso para viver em liberdade é o mesmo que pretender preparar um corredor para uma corrida de mil metros fazendo-o ficar na cama durante todo o mês que precede a corrida. Ao invés de se preparar o interno para a vida de homem livre e consciente, como diz Augusto Thompson, muda-se o objetivo da readaptação: em lugar da readaptação do interno para a vida em sociedade, coloca-se a sua adaptação à vida carcerária. “Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre”.

As empresas privadas de segurança multiplicam-se e o direito penal tem sido, na nossa sociedade, acima de tudo, o instrumento de um grande *apartheid* social. Registrem-se a recente substituição massiva da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, a chamada suspensão condicional do processo, a criação dos juizados especiais criminais para crimes de menor poder ofensivo e a antipática proliferação dos chamados *foros especiais por prerrogativa de função*, que levam à virtual impunidade os *criminosos do colarinho branco*, historicamente vistos como pouco perigosos para o *stablishment*, quando não o integram.

A crise intrínseca do direito penal caracteriza-se, acima de tudo, pela impossibilidade concreta de atender à expectativa social mítica de que *o bem vence o mal* ou de que *o crime não compensa*. Pelo nosso atual formato, o crime *compensa* para a maioria dos criminosos. Como explica Nilton Bonder (1992, p. 15),

a expressão *o crime não compensa*, ao passar por um valor, traz grandes prejuízos a uma sociedade. Faz com que a sociedade se confunda com a expectativa concreta de ver o bem constantemente suplantar o mal, o que entra em choque a todo instante com nossa realidade. Em uma sociedade ainda em formação de raízes e de valores é muito comum que o crime compense. Esta matemática está constantemente em nossos jornais ou no dia-a-dia. Quando crimes que avultam em dolo de milhões de unidades de dinheiro são, quando muito, puníveis com quatro ou cinco anos de prisão, não são necessárias contabilidades muito complexas para concluir que o crime, sim, compensa. Afinal, a imensa maioria da população se aprisiona a uma vida inteira de privações e sacrifícios para obter uma infinitésima parte desses valores. Quatro ou cinco anos de detenção punitiva, como pior hipótese, tornam-se uma simples questão matemática.

O sistema penal destrói a vida de uma minoria de pequenos criminosos desassistidos; a imprensa trata de arruinar a reputação de alguns poucos grandes criminosos de colarinho branco que não serão pegos pelo sistema penal; o sistema penal vez por outra consegue pegar algum *grande criminoso* (em geral membro do crime organizado violento e periférico) e demonizá-lo.

A inimputabilidade, por outro lado, tem sido bifronte: escapatória para criminosos cínicos o bastante para enganar o sistema e perdição para os que são de fato portadores de transtornos mentais e são sugados pelo seu buraco negro.

Para promover a restauração da coerência jurídica será preciso resgatar um pouco da história da loucura, desmascarar o discurso ideológico que a transformou em ameaça social e conhecer um pouco do que se filosofou sobre ela. A loucura é, sem dúvida, o nó górdio de qualquer sistema baseado na responsabilidade, no racionalismo e na ciência, além de constituir paradoxo na doutrina do contrato social. Para discuti-la, portanto, será preciso explicitar os fundamentos que não estão evidentes, debater os pressupostos que muitas vezes não são formulados claramente e aprofundar questões que estão, digamos, fora do *mainstream* do pensamento jurídico.

Nosso objetivo é lançar esta discussão: em que medida a reforma psiquiátrica vem se positivando no direito sanitário brasileiro? Qual o fundamento constitucional do resgate da dignidade do louco? Em que medida a reforma psiquiátrica, positivada, confrontará as normas penais (tão firmemente estabelecidas) que dizem respeito às medidas de segurança? Qual a coerência das normas penais, que tratam da inimputabilidade e de seu corolário, e das medidas de segurança, em um ordenamento cujo direito sanitário positivo vem adotando os conceitos da reforma psiquiátrica para guiar seu próprio desenvolvimento normativo?

O desafio, como se pode ver, é enorme e com certeza comportaria discussões intermináveis, em um âmbito que ultrapassaria, e muito, os estreitos objetivos do presente estudo. Ficaremos satisfeitos em instigar a discussão, levantar os questionamentos, demonstrar as incoerências, suscitar aperfeiçoamentos jurídicos no trato com a condição humana da loucura.

Começaremos apresentando noções gerais, resgatando velhas histórias sobre a loucura, o desenvolvimento da psiquiatria e o caminho para a concepção clássica de insanidade. Passaremos por uma discussão acerca da crise do paradigma científico que gerou o pensamento jurídico sobre a loucura e adentraremos rapidamente na noção de reforma psiquiátrica.

Na segunda parte, trataremos mais energicamente das questões propriamente jurídicas: discutiremos um pouco a respeito das garantias penais e processuais penais na Constituição, abordaremos a questão da dignidade da pessoa humana no que concerne ao insano, detendo-nos na positivação dos princípios da reforma psiquiátrica entre nós. Em seguida, munidos de todo esse referencial, examinaremos o direito processual penal e o próprio direito penal – em especial a questão da medida de segurança – para tentar encontrar o caminho adequado para as questões aqui propostas, trazendo-as para o interior das discussões que, esperamos, estão apenas se iniciando por aqui.

Noções Gerais

Parte I



1

Estabelecendo conceitos prévios



1.1 Palavras iniciais

Pode-se estabelecer, com um estudo mais profundo, que a legislação penal e a processual penal, bem como a legislação sanitária, trazem uma determinada concepção ideológica da loucura e uma forma de lidar com ela. Assim, é necessário fazer uma breve retrospectiva histórica e filosófica da loucura, para ficar evidente que essas concepções e os modos de lidar não são os únicos, nem os últimos, nem os melhores, mas apenas projeções dos contextos ideológicos em que foram produzidos.

Vale dizer: municiando o jurista de saber crítico sobre a loucura, da contextualização desse saber e das formas com as quais as sociedades têm lidado com ela, pode-se, eventualmente, obter maior facilidade no manuseio da legislação, na sua interpretação e aplicação – adequando-a, ademais, aos grandes princípios humanistas insertos na Constituição, mas nem sempre levados em conta na gestão jurídica da insanidade, realizada na prática pelos operadores do direito.

Urge saber se a loucura sempre existiu e se ela sempre teve o mesmo significado que tem hoje. Na maioria das vezes, os doutrinadores jurídicos que tratam da loucura¹, da sua relação com o direito e da

¹ Tratamos aqui da doutrina jurídica da loucura na área penal. Vale dizer, da abordagem que se faz da loucura e seus reflexos, na responsabilidade penal e processual penal, bem como na questão das consequências jurídicas anotadas para aqueles que são tidos como

medida de segurança buscam paralelos desse instituto nas sociedades tribais, no antigo Egito, no Império Romano, na Idade Média, no Renascimento até a chamada Idade Moderna e Contemporânea. O grande problema é que essas são noções contemporâneas, com significado contemporâneo, e a busca de fundamentação histórica (a busca dos precursores) é, na verdade, a busca da legitimação filosófica e ideológica para algum saber ou algum fazer atual.

É preciso, assim, desmascarar esse discurso, pois não se pode, legitimamente, resgatar práticas antigas – quase sempre informulasdas –, descontextualizá-las e fundamentá-las pelo saber moderno. “Invade-se o tempo, quebrando-se a massa significativa da História, depositando-se no passado sentidos contemporâneos”, como nos ensina Birman, denunciando a construção falaciosa de fundamentos ideais, em sociedades pretéritas, para legitimar práticas contemporâneas²:

Há uma busca dos significados dos remédios, plantas medicinais ou exorcismos que incluiriam no seu núcleo mais profundo as nossas verdades atuais: farmacológicas, anatômicas, cirúrgicas, asilares e psicoterápicas. O culto mágico dos Esculápios na Grécia antiga contém, secretamente, na sua ação e nos seus princípios, o conhecimento presente da psicoterapia, mesmo que os autores que o realizam não saibam disso e não explicitem essas intenções no seu caráter. A conclusão de tudo isso é a garantia da atualidade do saber. É assim que nossas verdades sempre existiram, sendo esses registros históricos um atestado ampliado no tempo de sua pertinência, de sua percepção universal e atemporal pelo sujeito do conhecimento.

Acrescentar-se-ia a isso o conservadorismo natural dos juristas, talvez fundamentados – consciente ou inconscientemente –, como ensina Rousseau³:

loucos e que estão envolvidos em um desses ramos do Direito. Para abordagens mais genéricas, ver BENETI (1996, p. 149-151), BITENCOURT (1997, p. 665-675), JESUS (2000, p. 297-305), DELMANTO et alli (2000, p. 168-173), MIRABETE (1994; 1998). Para uma abordagem mais específica da questão da loucura no direito penal e processual penal, ver FÜHRER (2000), FERRARI (2001) e ALVES (2001).

² BIRMAN, 1978, p. 15.

³ ROUSSEAU, 1999, p. 36. Essa noção de boa lei como aquela que resistiu à prova dos tem-

sobretudo a grande Antigüidade das leis é que as torna santas e veneráveis, de que o povo logo despreza aquelas que vê mudar todos os dias e que, habituando-se a menosprezar os usos antigos a pretexto de melhorá-los, freqüentemente se introduzem grandes males para corrigir outros menores.

Nessa primeira parte, então, será interessante caminhar um pouco pelas noções de loucura que se sucederam no tempo, pela própria noção de loucura que conhecemos hoje, no mundo jurídico, na sociedade e no mundo médico e também discutir, em paralelo, as relações entre loucura, doença mental, desenvolvimento mental, saúde mental, irresponsabilidade e inimputabilidade, bem como a própria relação da sociedade humana com esses temas, seja a relação normativa, seja a própria relação social. Será necessário estudar, outrossim, nesse primeiro momento, a questão da resposta social à loucura, desde a afirmação, repetida em diversas fontes, de que a loucura era sagrada em algumas sociedades, passando pelas fogueiras medievais, as naus de loucos, a internação, a medicalização, o positivismo penal e sua noção de defesa social – com todo o corolário resultante, inclusive a própria noção de medida de segurança. É uma tarefa hercúlea a ser iniciada aqui, mas concluída alhures.

1.2 Construindo o conceito contemporâneo de loucura

O conceito de loucura não é unívoco. E, apesar de tanta tinta que já foi gasta para provar o contrário, tampouco se pode admitir que existe um conceito de loucura vagando pelo mundo platônico das idéias, paulatinamente desvendado pelo progresso da ciência. A loucura sempre foi, em todas as sociedades, uma questão de como a pessoa se relaciona consigo mesma, como se relaciona com os outros e, principalmente, como vê o mundo e por este é vista.

Não se poderia, portanto, dizer que o louco era um ser sagrado para os povos primitivos, simplesmente porque a noção que eles tinham de loucura era completamente diversa da que nós temos ho-

pos, também presente em Montesquieu, encontra sua culminância no chamado “Historicismo Jurídico”, cujo maior representante foi Savigny.

diernamente. É muito comum encontrar, em escritores e juristas modernos, passagens como esta:

Para os povos primitivos, o louco era um ser sagrado, que merecia grande respeito e distinção. Seus atos eram considerados manifestações divinas. Os índios americanos demonstravam respeito e veneração pelos perturbados mentais, preparando cerimônias religiosas em sua homenagem⁴.

Essas considerações, no entanto, partem de um transplante equivocado de posturas modernas às sociedades antigas. Esclareça-se: se, ao passarmos na rua, vemos alguém tendo um acesso de fúria ou mesmo falando ou discursando sozinho, nós o categorizamos imediatamente como louco. Não se pode assegurar que essa classificação ocorreria em uma sociedade sem os condicionamentos culturais e sociais da nossa.

Ao afirmar que a loucura era sagrada, estar-se-ia dizendo que determinados comportamentos, hoje tidos como reveladores ou indiciadores de loucura, seriam tidos, em outros tempos e lugares, como indicadores do divino ou da relação do homem com este. Contudo, a pessoa que portasse tais sinais não teria, com relação a si mesma, nenhuma noção de estranheza, diferença, temor ou agressividade, nem seria vista assim pelos outros ou categorizada pela sociedade como *louco* em qualquer grau. Poderia até ser uma pessoa muito respeitada em suas opiniões e posições ou eventualmente limitada. Não poderia, portanto, ser chamado de louco – não no sentido com que hoje usamos o termo⁵.

Na forma em que entendemos o conceito de transtornos mentais hoje, em que grau pode-se dizer se essas pessoas eram portadoras destes transtornos?

Não só os juristas avaliam o assunto, com esse *transplante de categorias*. No texto do psiquiatra Augusto César de Farias Costa, ele chama a atenção para o fato de que

⁴ FÜHRER, 2000, p. 16.

⁵ COSTA, 2002, p. 142.

a história da relação do ser humano com a loucura é, desde os primórdios da civilização, a história da tolerância para com a diferença entre as pessoas. Dessa maneira, as sociedades ditas mais primitivas consideravam os indivíduos que apresentavam transtornos mentais como emissários da divindade e assim portadores de poderes sobrenaturais. A inserção da sua diferença numa perspectiva religiosa proporcionava ao louco um lugar contextualizado dentro da comunidade, fazendo com que sua singularidade, ao invés de ser excluída, fosse assimilada como uma contribuição e não como uma subtração ao bem comum. Assim, já na antiga Mesopotâmia, no Egito antigo, entre os hebreus e os persas, e até no extremo Oriente, a loucura era entendida como uma condição especial que concebia ao indivíduo que a apresentasse uma feição próxima ao divino.

Portanto, ao se avaliar a loucura por meio da história ou de sociedades espacialmente diversas, deve-se abstrair do conceito moderno de loucura. Quem seria tomado como louco, por exemplo, em uma sociedade como a espartana? O pai de família que matasse um bebê nascido tetraplégico ou, ao contrário, aquele que decidisse criá-lo a qualquer preço?

A singularidade é uma característica de todo ser humano. Somos todos, de certa forma, singulares, mas também somos, em grande medida, semelhantes. A noção de loucura, no entanto, só poderia alcançar a natureza que tem hoje em uma sociedade que conhecesse a noção de indivíduo tal como a conhecemos e que fosse amplamente lastreada em um princípio de racionalidade positiva, como somos. Essas noções não foram conhecidas em todas as épocas nem da mesma forma. A própria singularidade e as noções de personalidade e de indivíduo são noções culturalmente construídas e não categorias platônicas supra-históricas. Daí decorre que o desajuste de personalidade não pode ser compreendido fora do seu contexto cultural e social. A singularidade na conduta ou mesmo a oposição entre bem-estar individual e bem-estar comum somente poderiam ser percebidos como loucura em uma sociedade que conhecesse tais noções com as mesmas denotações que têm hoje.

Para um médico, ou, mais especificamente, para um psiquiatra contemporâneo, é muito claro que a ausência ou a abundância de determinado elemento químico no cérebro pode levar a uma conduta patológica de tal ou qual natureza. Não seria difícil raciocinar, então, que, durante toda a história, seres humanos tiveram a mesma fisiologia, e que, portanto, a falta ou o excesso de certos elementos ou substâncias ou a ocorrência de determinadas lesões levariam a condutas semelhantes no passado.

Essa avaliação, tão natural e científica aos nossos olhos, torna possível o passo subsequente: catalogar eventos do passado, identificar quais indivíduos possuíam comportamentos hoje tidos como formadores de um quadro patológico clinicamente conhecido e interpretá-los como *loucos*, em uma acepção clínica contemporânea. Em seguida, pode-se afirmar que esse quadro patológico da loucura existiu, mesmo em uma aldeia americana pré-colombiana, mas ali o louco – o sujeito com o quadro patológico classificado pelo Código Internacional de Doenças como doença mental – era tido como um Pajé ou como um Xamã. Sagrado, portanto. Indo mais um passo adiante, poder-se-ia concluir: o louco era sagrado nas sociedades primitivas.

Um raciocínio assim é natural para certos ramos da psiquiatria tradicional, notadamente para um psiquiatra forense, sem raciocinar sobre os próprios pressupostos de sua *ciência natural*. Antônio José Eça, no seu livro sobre psicopatologia forense, avalia determinados personagens históricos sob o ponto de vista psicopatológico:

Na antigüidade: entre os hebreus, o Rei Saul apresentava crises de mania, por se sentir atacado por “maus espíritos”. Nabucodonosor apresentava crises de “licantropia”, uivava pelas noites no reino e, em função disto, cometia desatinos, que por esse fato eram “justificados”. No Egito, ergueram-se templos a Saturno, para purificação dos alienados⁶.

O autor esquece, porém, de explicar que o Rei Saul e Nabucodonosor jamais foram tidos como loucos pelas suas próprias sociedades.

⁶ EÇA, 2002, p. 4.

Não explica, também, qual a relação entre os egípcios – civilização com mais de quatro mil anos –, o deus Saturno – deus romano – e os alienados, expressão que, segundo o próprio autor, somente seria aplicada aos loucos no século XV.

Essas são conclusões, a nosso ver, equivocadas, pelos fundamentos que expusemos anteriormente. E não somente por eles. Existe outro aspecto do qual não nos damos conta ao lidarmos com as categorias da loucura e da doença mental: essas não são categorias auto-evidentes. Vale dizer, nem todos os fenômenos hoje enquadrados como loucura ou mesmo como doença mental apresentam semelhança ontológica.

Só para exemplificar, estão enquadrados como doenças mentais tanto o sonambulismo (CID F51.3) e a anorexia nervosa (CID F50.0) quanto a esquizofrenia (F20) e as disfunções sexuais não causadas por transtornos ou doenças orgânicas (F52), que incluem a ausência ou a perda do desejo sexual (F52.0) e o apetite sexual excessivo (ninfomania ou satíriase, F52.7). Isso para não citar transtornos da identidade sexual como transexualismo (CID F64.0) e travestismo bivalente (CID F64.1).

Se existe identidade nos conceitos contemporâneos entre doença mental e loucura, essa é uma identidade que pareceria muito forçada a um cidadão de outro lugar ou de outros tempos. Não parece auto-evidente, independentemente de condicionamentos de tempo e de lugar, que sonambulismo e transexualismo possam ser enquadrados em uma mesma categoria ou que a perda de desejo sexual tenha algo em comum com a oligofrenia. No entanto, para nós é muito natural que estejam todos reunidos em uma classificação internacionalmente aceita de doenças, no mesmo capítulo dos transtornos mentais ou comportamentais.

Foram as casas de internação dos séculos XVII e XVIII, com o recolhimento indiscriminado dessas categorias, que prepararam toda a cultura moderna e contemporânea considerando que os portadores de condutas assim tinham algum parentesco entre si. Prepararam, também, nossa sensibilidade para a relação entre loucura e

ética, empurrando-nos para a associação nem sempre explícita entre loucura e culpabilidade – ou loucura e periculosidade, como gostamos de dizer hoje. Fazer, portanto, assertivas sobre a loucura em outras sociedades, ou em outros tempos, é um tanto complicado. Foucault alerta:

Estranha superfície, a que comporta as medidas de internamento. Doentes venéreos, devassos, dissipadores, homossexuais, blasfemadores, alquimistas e libertinos: toda uma população matizada se vê repentinamente, na segunda metade do séc. XVII, rejeitada para além de uma linha de divisão e reclusa em asilos que se tornarão, em um ou dois séculos, os campos fechados da loucura. Bruscamente, um campo social se abre e se delimita: não é exatamente o da miséria, embora tenha nascido da grande inquietação com a pobreza. Nem exatamente o da doença e, no entanto, será um dia por ela confiscado. Remetemos antes a uma singular sensibilidade, própria da era clássica. Não se trata de um gesto negativo de “pôr de lado”, mas de todo um conjunto de operações que elaboram em surdina, durante um século e meio, o domínio da experiência onde a loucura irá reconhecer-se, antes de apossar-se dele⁷.

A própria equiparação entre loucura e doença mental se fez sem que se pudesse evitar o surgimento de um dilema essencial na própria psiquiatria: aqueles que encaram a alienação mental como uma enfermidade corporal e um segundo grupo que a define como uma doença das paixões, gerada pela desregulação do universo afetivo do indivíduo⁸. Mais tarde, uma terceira corrente teórica tentou estabelecer a loucura como interação entre os aspectos psicológicos e os fisiológicos, mas esta foi marcada por uma ambivalência insuperável, na busca de validar as explicações somaticistas no plano das causas da loucura e os métodos morais como tratamento⁹.

Sequer a sensibilidade à loucura permanece homogênea no interior da nossa sociedade. Apesar da autoridade duramente obtida pela

⁷ FOUCAULT, 2002, p. 102.

⁸ BIRMAN, 1978, p. 44.

⁹ Ibidem, p. 46.

medicina, no sentido de equiparar os conceitos de loucura e doença mental, e de autorizar-se como instância única na identificação científica da loucura em nossa sociedade, é evidente a impossibilidade da redução do conceito de loucura ao conceito de doença mental.

Como ilustração, pensemos em uma cena muito comum no nosso cotidiano: um pastor de igreja evangélica promovendo uma sessão de *exorcismo* em um templo de subúrbio. O fiel *endemoniado* baba e espuma, falando palavras agressivas com a voz alterada. Após as orações e passes do pastor e da comunidade, o possuído parece recobrar a normalidade, quando os *demônios* são expulsos.

Ora, tal cena, assistida por um psiquiatra, levaria quase certamente a um diagnóstico de doença mental para o fiel *exorcizado* – isto é, um psiquiatra possivelmente o enquadraria na definição científica de louco. No entanto, para aquela comunidade, ele não seria necessariamente visto como um louco, mas como um cidadão de bem, que tem uma vida estável, produtivo e bem relacionado, todavia necessitado de um acompanhamento religioso intenso para manter-se nos caminhos de Deus.

Seria essa comunidade, que enxerga aspectos religiosos em uma conduta eventualmente tida pela ciência médica como patológica, uma *comunidade primitiva*, de gente ignorante e atrasada? Pelo estágio atual da ciência, alguém com um pouco de coragem poderia dizer que, no fim das contas, eles são, em alguns casos, classificados como *histriônicos* pela medicina, e que os métodos aplicados por aquele pastor poderiam, nesse caso concreto, ser bem mais eficientes em controlar os sintomas da loucura. A comunidade religiosa citada continuaria discordando, e terminaríamos nos deparando com uma aporia – a rosa não cheira diferente, caso tentemos traduzir seu aroma em termos poéticos ou científicos. Nem os cientistas teriam o direito de acusar de primitivos os poetas, por lidarem diferentemente com a rosa. Mormente porque, em alguns casos, os poetas são muito mais eficazes nessa lida!

A Medicina falhou muitas vezes no seu afã de provar as bases biológicas da loucura. Autópsias de alienados deram origem às mais

alucinadas teorias (talvez mais loucas que os loucos que elas visavam estudar), que várias vezes foram levadas muito a sério não só pela ciência médica, mas também – e talvez principalmente – pela ciência do Direito. A esse respeito, vide a frenologia de Gall e a fisiognomia de Lavater, ambos importantíssimos precursores do positivismo penal, que tanto ainda nos influencia, mas cujas teorias já caíram em absoluto descrédito nos meios médicos hegemônicos.

O avanço farmacológico contou pontos em favor das teorias biologicistas, mas os diversos movimentos de revisão da psiquiatria – a psiquiatria institucional e as comunidades terapêuticas, a psiquiatria de setor e a psiquiatria preventiva, a psicanálise na clínica da loucura, a antipsiquiatria e a tradição basagliana – apontam para um sentido mais *psicologizante* e menos *hospitalizante* da abordagem à loucura¹⁰. Todos esses movimentos estão no âmago da reforma psiquiátrica brasileira, experiência que vem sendo positivada em nosso direito, mas para o qual nós, juristas ou *operadores do direito*, seja lá o que isso signifique, ainda não nos demos conta¹¹. No entanto, cada coisa a seu tempo, esse tema será retomado adiante.

Depois dos estudos de Michel Foucault sobre a história da loucura, essa e outras leituras do fenômeno são permitidas. A obra do filósofo, bastante esclarecedora, narra a história da loucura na idade clássica, sob o ponto de vista europeu, um tanto diferente do nosso ponto de vista tropical, abaixo da latitude, no qual não há mais pecado¹². Entretanto, trata-se de um olhar não menos importante, dada a nossa própria herança cultural.

Além do mito do *louco sagrado*, existe o mito do *tratamento jurídico da loucura* no direito romano. Eles conheceram, no seu direito

¹⁰ Ver a grande obra organizada por Paulo Amarante, denominada *Loucos pela vida* (2001), que trata da reforma psiquiátrica brasileira com mais detalhes.

¹¹ O Ministério da Saúde lançou um excelente compêndio, que pode ser obtido pela Internet, com a legislação relativa à Reforma Psiquiátrica Brasileira, denominada *Legislação em saúde mental* (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002). Traz toda a legislação federal (em especial a Lei n. 10.216/2001) e a legislação estadual, além da normatização infralegal sobre o tema.

¹² FOUCAULT, 2002.

civil, a figura do *furiosus* e a do *mente captus*, bem como a figura do pródigo. Todavia não há evidências de que os romanos enxergavam alguma semelhança entre o furioso e o mentecapto ou entre o mentecapto e o pródigo.

O furioso tem acessos de demência caracterizados por fúria, tendo ou não intervalos lúcidos. O mentecapto “é o idiota, indivíduo de inteligência pouco desenvolvida”¹³. O pródigo “é a pessoa *sui juris* que dilapida, em prejuízo dos filhos, o patrimônio recebido por sucessão legítima dos parentes paternos. É o perdulário, o esbanjador, retratado na parábola do filho pródigo”¹⁴.

Somente nós, mais uma vez em uma injustificável avaliação axiológica retroativa, enquadrados na categoria de *loucos* institutos que não apresentavam, para os romanos, semelhança alguma entre si. Nenhum romano imaginaria um mentecapto frequentando o mesmo médico que um furioso ou um pródigo receitando-se na farmácia. Nenhum romano, médico ou não, imaginaria qualquer dessas figuras internadas juntas pelos mesmos motivos médicos ou jurídicos.

Esse não é um erro incomum na doutrina jurídica. Führer, tratando de loucura e direito entre os romanos, afirma que “É obscura a origem do termo ‘loucura’, mas é certo que desde o século XIII a palavra refere-se àquele que perdeu a razão, ao débil mental e aos doidos em geral”¹⁵. Ora, seria no mínimo um anacronismo utilizar uma expressão cujo sentido só foi fixado no século XIII para referir-se a categorias expostas pelos romanos séculos antes.

O enfoque dado pela cultura jurídica romana a essas situações de loucura trazia um fundo patrimonial: designar quem ficaria responsável pelos atos e pelo patrimônio, na impossibilidade de tratar diretamente com os loucos ou na evidência de que a gestão do patrimônio estaria sob risco se a eles deixada. Trata-se, portanto,

¹³ CRETILLA JÚNIOR, 1986, p. 144.

¹⁴ Ibidem, p. 145.

¹⁵ FÜHRER, 2000, p. 18.

não de uma preocupação com a pessoa – no sentido humanitário da palavra –, mas da preocupação com a atuação dessa pessoa no comércio jurídico. Assim, além de não poder validamente reunir essas figuras sob a categoria da loucura tal como a conhecemos hoje (como uma categoria unitária), a experiência jurídica romana não conhecia nem construía relação alguma entre essas pessoas, apenas com sua atuação social ou, mais especificamente, com seus problemas patrimoniais.

Segundo Foucault, sequer se pode dizer que o louco era sagrado na cultura medieval européia. Ele era visto, no entanto, com um sentido místico, como uma oportunidade que o Senhor Deus deixara na Terra para o exercício da caridade. Ele diz:

Existe o hábito de dizer que o louco da Idade Média era considerado como uma personagem sagrada, porque possuído. Nada mais falso. Se era sagrado é porque, para a caridade medieval, ele participava dos obscuros poderes da miséria. Mais que qualquer outro, ele a exaltava. Não faziam com que ostentasse, tosquiado nos cabelos, o sinal da cruz? Em nota de rodapé, o próprio autor explica que “somos nós que encaramos os ‘possuídos’ como loucos (o que é um postulado) e que supomos que todos os loucos da Idade Média eram tratados como possuídos (o que é um erro)”. Este erro e este postulado encontram-se em diversos autores, como Zilvoorg¹⁶.

Contando a história da desativação dos leprosários, Foucault chama a atenção para a representação da lepra na cultura medieval: a exclusão representa, a um só tempo, o abandono e a salvação, a separação e a comunhão. A lepra é, assim, entendida como *manifestação de Deus*, a um só tempo marca da sua cólera e da sua bondade. O rito de segregação não estava destinado a suprimi-la, mas a mantê-la “a uma distância sacramentada, a fixá-la em uma exaltação inversa”¹⁷. A internação no leprosário não tem significado médico, ao menos não no sentido em que hoje lhe damos. Tem, isso sim, um sentido de exclusão. A exclusão dessa figura insistente e socialmente

¹⁶ FOUCAULT, 2002, p. 62.

¹⁷ Ibidem, p. 6.

temida “que não se põe de lado sem se traçar à sua volta um círculo sagrado”. E Foucault continua:

E, ao mesmo tempo em que, pelas mãos do padre e seus assistentes, é arrastado para fora da Igreja *gressu retrogradu*, asseguram-lhe que ele ainda é um testemunho de Deus: “e por mais que estejas separado da Igreja e da companhia dos Sãos, não estarás separado da graça de Deus”. Os leprosos de Brueghel assistem de longe, mas para sempre, a essa subida do calvário na qual todo um povo acompanha Cristo. E, testemunhas hieráticas do mal, obtêm a salvação na e através da própria exclusão: uma estranha inversão que se opõe à dos méritos e das orações, eles se salvam pela mão que não se estende. O pecador que abandona o leproso à sua porta está, com esse gesto, abrindo-lhe as portas da salvação¹⁸.

A lepra desaparece, mas não desaparece uma certa forma de ver e de tratar o leproso. Cabe apenas saber qual categoria tomará o seu lugar na posição de excluídos pela própria salvação.

E eis que chega a loucura. O caminho seguido pelo continente europeu no sentido da internação e da medicalização da loucura, bem como a atribuição dos diversos significados que a loucura tem hoje – vale dizer, a própria construção de um conceito de loucura – são, segundo Foucault, resultado da grande experiência de internação ocorrida nos séculos XVII e XVIII. “Mas antes de a loucura ser dominada, por volta da metade do século XVII, antes que se ressuscitem, em seu favor, velhos ritos, ela tinha estado ligada, obstinadamente, a todas as experiências maiores da Renascença”¹⁹.

Partindo da Nau dos Loucos, “estranho barco que desliza ao longo dos calmos rios da Renânia e dos canais flamengos”, Foucault mostra que tal embarcação, ao lado de sua existência literária, teve existência real – isto é, existiram de fato, levando sua “carga insana” de uma cidade para outra. No final da Idade Média, vemos as cidades escorraçarem os loucos – ou escorraçarem os loucos que não são seus, pois em muitos casos as cidades somente aceitavam cuidar

¹⁸ FOUCAULT, 2002, p. 6.

¹⁹ Ibidem, p. 8.

dos seus próprios loucos – para um outro lugar, às vezes confiando-os, de fato, aos navios que ali passavam; às vezes simplesmente levando-os para longe, de onde não podiam retornar. Este é o espaço do louco, para Foucault – “o espaço nenhum, a eterna passagem” –, condenado para sempre a não estar em sua própria pátria, a não ter pátria alguma, a ser de nenhum lugar.

Compreende-se melhor agora a curiosa sobrecarga que afeta a navegação dos loucos e que lhes dá sem dúvida seu prestígio. Por um lado, não se deve reduzir a parte de uma eficácia prática incontestável: confiar o louco aos marinheiros é com certeza evitar que ele ficasse vagando indefinidamente entre os muros da cidade, é ter a certeza de que ele irá para longe, é torná-lo prisioneiro de sua própria partida. Mas a isso a água acrescenta a massa obscura de seus próprios valores: ela leva embora, mas ela faz mais que isso: ela purifica. Além do mais, a navegação entrega o homem à incerteza da sorte: nela, cada um é confiado ao seu próprio destino, todo embarque é, potencialmente, o último. É para o outro mundo que parte o louco em sua barca louca; é do outro mundo que ele chega quando desembarca²⁰.

Ao final do século XV, a velha Europa descobre uma nova relação com a loucura. Já não se trata mais apenas do sinal do poder divino e do jogo da caridade e da salvação. Uma nova dimensão existencial se entreabre para a loucura: ela passa a simbolizar o próprio vazio da vida, que subitamente se encontra com o vazio da morte. Vestindo as roupas da verdade e da crítica, a loucura passa, de certa forma, a ser a personagem que revela a todos o próprio desatino, a vacuidade e a vaidade, a hipocrisia e o ridículo do homem confrontado com sua própria imagem. Essa face trágica da loucura deixa-a subitamente mais próxima de todos, potencialmente loucos, ao ser, a um só tempo, a face da comédia e a mais profunda tragédia.

A condição humana passa, nesse momento histórico, a ser questionada como profundamente imbricada com a própria loucura. A loucura é a essência do próprio homem e essa essência é desnudada pelos grandes filósofos e escritores. Cite-se Shakespeare, com tan-

²⁰ FOUCAULT, 2002, p. 12.

tos personagens enlouquecidos exatamente quando vislumbram a verdade insuportável de suas próprias essências humanas. Cite-se Cervantes, com seu Quixote tão profundamente revelador da loucura em cada um de nós. Cite-se Erasmo de Rotterdam, com seu Elogio da Loucura – tão essencialmente contraposto, na sua busca do mais absolutamente humano, a todo o cartesianismo das eras posteriores. De fato, para Erasmo, o próprio contraponto entre razão e loucura se esfumaça: tanto mais louco é o homem quanto mais são e sábio se reconhece e tanto mais sábio quanto mais à própria loucura se entrega.

De certa forma, somente no final do século XIX e início do século XX a psicanálise resgata, com a noção de inconsciente, essa essencialidade da loucura em todos nós – mas ainda sem reflexos visíveis no Direito. Assim, as coisas humanas teriam dois aspectos, à maneira dos Silenos de Alcebiades, que tinham duas caras completamente opostas. Para Erasmo, essa oposição não é entre dois termos que se excluem – como a vida excluiria a morte, o belo excluiria o disforme e assim por diante –, mas entre dois termos que se implicam eternamente. A loucura implicaria a razão, que dialeticamente conteria a loucura. O belo inclui no seu oposto o disforme, que, por seu turno, implica a própria beleza. Assim, o contrário da loucura não seria a razão, mas aquele que se achasse na face do Sileno relativa à razão já teria em si mesmo a face contrária da loucura.

Tudo que os homens fazem está cheio de loucura. São loucos tratando com loucos. Por conseguinte, se houver uma única cabeça que pretenda pôr obstáculo à torrente da multidão, só lhe posso dar um conselho: que, a exemplo de Timão, se retire para um deserto, a fim de gozar aí à vontade dos frutos de sua sabedoria.

É o que ensina Erasmo de Rotterdam. Contudo, não seria, no fim das contas, uma loucura agir assim? O Sileno vira e desvira e vira de novo²¹.

²¹ No filme “Catch 22”, existe uma situação semelhante: trata-se de uma unidade da Aeronáutica americana onde se realizam missões praticamente suicidas. Assim, alguns aeronautas passam a simular loucura para evitar o voo. No entanto, o médico da base

A loucura seria, então, a grande face trágica; o vislumbrar do nihilismo absoluto por um lado e consciência crítica do homem por outro. Ela é, portanto, uma experiência essencialmente *humana*, ao contrário do que se transformará mais tarde: uma experiência *desumanizadora*.

Essa desumanização da loucura vai gerar reflexos até os dias correntes. A loucura passa a ser uma entidade e equipara-se à doença. Esta passa a ter uma vontade, que supera a própria vontade humana, e deslegitima o tão discutido princípio filosófico do livre-arbítrio, colocando-se além da punição, mas não, como veremos, além do julgamento e da exclusão. Embora reputando irresponsável e inimputável o louco, porque tomado por uma entidade não-humana com uma vontade superior à sua, o direito brasileiro contemporâneo prorroga a jurisdição da justiça criminal para que a doença possa sofrer um julgamento penal e ser punida – sendo esse o significado do instituto da medida de segurança: um instituto que pune a loucura, sob o fundamento, nem sempre explícito, de a desmascarar, arrancar do ser humano essa doença. De resto, acaba restringindo a liberdade do portador da doença, por via de um internamento que, se no discurso é não punitivo, na prática arranca-lhe a liberdade e a voz.

Tal se dá porque ali, onde um desavisado vê uma pessoa privada de liberdade por força de uma medida de segurança, o direito vê diferente – a loucura seria algo não-humano, e a pessoa portadora da loucura seria um esvaziado hospedeiro, cuja vontade (ou essência) foi sobrepujada. “Na situação extrema o louco não age, mas sim é agido. Quem fala com sua voz, quem anda com suas pernas, quem olha com seus olhos não é ele: é a doença”, afirma Führer²², imbuído de tal ideologia ao estudar a medida de segurança. A loucura pareceria, então, como o alienígena do filme *Alien – o oitavo passageiro*, cujas larvas entram no corpo humano e o dilaceram no processo de

os coloca em uma cilada, argumentando que voar em uma missão dessas era uma verdadeira loucura, então entrar em loucura para fugir de tais missões era demonstração de sanidade. Ora, se era demonstração de sanidade, então eles estavam aptos a voar. É o Sileno girando.

²² FÜHRER, 2000, p. 132.

crescimento, gerando novas larvas que invadem outros seres humanos, até que a monstruosa Rainha extraterrestre seja destruída por uma heroína humana.

Poderíamos traçar um paralelo entre essa valente heroína e o nosso racionalismo dogmático penal, em busca da desumana rainha de toda insanidade para exterminá-la e devolver todos os homens à normalidade racional europeia pós-iluminista. Nesse sentido, a medida de segurança, mais do que uma defesa social, seria uma paradoxal defesa da pessoa portadora de doença mental contra a sua própria loucura, ou seja, o objetivo declarado dela seria salvar o louco de sua desumana insensatez, o que não deixa de ser paradoxal.

Foucault apresenta-nos a experiência europeia que a denomina de *o grande internamento*. O hospital, instituição cuja natureza médica não se tinha estabelecido ainda, era então uma estrutura administrativa – ao lado das estruturas jurídicas já existentes – criada para receber os pobres, “de todos os sexos, lugares e idades, de qualquer qualidade de nascimento, e seja qual for sua condição, válidos ou inválidos, doentes ou convalescentes, curáveis ou incuráveis”²³. Ali se abrigariam aqueles que procuram essas entidades que se espalham pela Europa do século XVII, como também aqueles que para lá são mandados pelas autoridades: mendigos, vagabundos, miseráveis, desordeiros, desempregados sem condições para o próprio sustento, todos aqueles que “não sem hesitação, nem perigo, distribuímos [contemporaneamente] entre as prisões, casas de correção, hospitais psiquiátricos e gabinetes de psicanalistas”²⁴.

Nessa massa humana que é internada (Foucault menciona que cerca de 1% da população de Paris estava internada em 1662²⁵), a nascente burguesia europeia aplica a sua própria visão de mundo suspendendo a desordem por meio da força e aplicando coativamente a moral aos desajustados do mundo. Como alerta o filósofo, não se trata de excluir os *associais*, mas de organizar uma percepção

²³ Édito francês de 1656, art. IV, citado por Foucault (2002, p. 49).

²⁴ FOUCAULT, 2002, p. 79.

²⁵ Ibidem, p. 55.

da loucura, da exclusão, da desordem e da insubmissão: o gesto que interna também é o gesto que cria a alteridade do internado. A alienação é criada pelo próprio internamento.

Nessas figuras indistintas (indistintas então, mas, para nós, hoje bastante distintas) criou-se uma nova sensibilidade para a pobreza. Não mais uma oportunidade de salvação, de exercício da caridade cristã individual, mas sinal do descontentamento do Senhor, de sua maldição, e um novo espaço para a loucura. Esta é percebida como a incapacidade para a adaptação, mesmo a esse tratamento moral, a essa polícia que significava a internação. O termo polícia significa, nesse caso, a série de medidas necessárias para compelir as pessoas a buscarem o seu sustento única e exclusivamente pela via do trabalho.

Assim é que esse internamento – o mesmo gesto de internamento – significava, a um só tempo, paradoxalmente, recompensa ou castigo. Recompensa para os pobres resignados que fazem dela um gesto de assistência e reconforto. Os pobres maus, incapazes de reconhecer no hospital a ordem e a assistência de que precisam, revoltam-se contra a instituição, e, para eles, o internamento é repressão. O mesmo conteúdo material da ação tem significado de acolhimento ou de punição, de acordo com a atitude de quem o recebe ou de quem a ele é submetido.

Muitas questões levaram à definição de condição do louco, entre toda a gama da clientela do grande internamento europeu. Desajustamento individual à rotina da instituição, incapacidade de cumprir as tarefas pessoais, inadaptação à vida social da instituição, a questão da sexualidade, a questão patrimonial e a de trabalho, todas essas questões são relacionadas com a definição da loucura no meio da *boa pobreza*. Aquela sensibilidade para a loucura como dimensão trágica, ou mesmo como dimensão crítica da vida de todos, perdeu-se nesse momento histórico para estabelecer a loucura em oposição à ordem e à razão existentes no mundo burguês e seu espaço como o espaço da instituição de internamento. O louco é sempre o outro, e o outro é sempre ameaçador. Daí a transformar o louco em um caso de polícia é apenas um pequeno passo. E de fato ele se transforma em um caso de polícia.

Polícia, no sentido preciso que a era clássica atribui a esse termo, isto é, conjunto das medidas que tornam o trabalho ao mesmo tempo possível e necessário para todos aqueles que não poderiam viver sem ele²⁶.

No mesmo trecho o autor cita uma passagem de Voltaire, na qual ele pergunta:

O quê? Desde que vocês se estabeleceram como corpo do povo ainda não encontraram o segredo para obrigar todos os ricos a fazer todos os pobres trabalharem? Neste caso ainda não chegaram nem à cartilha da polícia.

Dentro da ética do trabalho, elevado como único caminho para a salvação em um mundo dessacralizado, os que estavam fora da lógica do trabalho estavam fora da ética, da moral, da ordem, e para ela deviam ser chamados – à força, se necessário. Esse era o sentido do internamento: tirar o miserável da desordem do seu mundo, colocá-lo no ambiente da ordem artificial, “aplicar uma coação moral tão rigorosa quanto necessária para que a luz se torne inevitável”²⁷.

Esses *hospitais gerais, casas de correção, casas de trabalho*, ou qualquer que seja o nome que tenham tido nos séculos XVII e XVIII, não eram, repita-se, instituições médicas; não no sentido que conhecemos atualmente. E, se sentimos a tentação de acreditar que elas foram a semente para um *sistema racional de internamento* que acreditamos ter hoje em dia – baseado na finalidade de tratar e curar, ou seja, de cuidar –, seria melhor e mais preciso acreditar que elas são, na verdade, o germe daquilo que hodiernamente se classifica como *instituição total*, do ponto de vista sociológico, como define Erving Goffman:

Toda instituição conquista parte do tempo e do interesse dos seus participantes e lhes dá algo de um mundo; em resumo, toda instituição tem tendências de “fechamento”. Quando resenhamos as diferentes instituições da nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas

²⁶ FOUCAULT, 2002, p. 63.

²⁷ Ibidem, p. 99.

são muito mais “fechadas” que outras. Seu “fechamento” ou seu caráter total é simbolizado pela barreira com relação ao mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arames farpados, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de instituições totais, e desejo explorar suas características gerais²⁸.

1.3 Histórias da psiquiatria

A construção lenta de uma ética para a loucura possibilitou o advento da psiquiatria com as bases complexas que tem hoje e iniciou um diálogo nem sempre amistoso entre os juristas e os médicos; um diálogo de *retroalimentação* e *disputa de competências* que veio a refletir na forma ambígua com que a loucura é tratada ainda hoje no direito positivo e também a solapar as bases clássicas do direito penal e do próprio direito social de punir, ao mesmo tempo em que pôs em xeque as noções de liberdade e de livre-arbítrio, criando reflexos que estão na raiz da concepção contemporânea de responsabilidade penal. Se nós, juristas, muitas vezes não nos damos conta desses condicionamentos e dessas contradições é porque estamos mergulhados nelas – seria muito difícil para um peixe ter noção da água na qual flutua e entender que pode haver outro tipo de meio para sustentar a vida.

Voltemos ao fio da meada. Encontraremos Pinel em seu gesto mítico de soltar os loucos – gesto no qual a moderna psiquiatria enxerga a fundação da sua própria história, a história da perfeita equiparação entre loucura e doença mental²⁹. Estabeleceram-se, a

²⁸ GOFFMAN, 2001, p. 16.

²⁹ “Em 1793, sendo nomeado médico no Bicêtre, Pinel rompe as correntes dos loucos, desalojando-os dos seus calabouços. Pouco depois, o mesmo gesto é realizado na Sapêtrière. Esse acontecimento é registrado na história da Psiquiatria como sendo a instauração da *primeira revolução psiquiátrica*, seguida da ruptura freudiana criadora do conceito de Inconsciente, instituidora da prática da Psicoanálise no final do século XIX e, mais modernamente, a partir da década de sessenta do século atual, a Psiquiatria Comunitária é assinalada como a terceira revolução psiquiátrica. Pinel teria libertado os insensatos de séculos de incompreensão e de maltratos, rompendo com a tradição demonológica da loucura e configurando-a como doença mental” (BIRMAN, 1978, p. 1. Grifos no original).

um só tempo, dois dos pilares do que gostamos de enxergar como tratamento *científico* ao louco – a medicalização do manicômio e o estudo sistemático, com pressupostos científicos, sobre essa nova categoria nosológica e suas formas de tratamento.

Não vamos discutir se o gesto de Pinel foi real ou mítico nem se inaugurou ou não a psiquiatria. É um gesto carregado de simbolismo e de significado e provocou conseqüências grandes demais no mundo contemporâneo para ser ignorado. Se a idade clássica criou os pressupostos para a concepção hodierna de loucura, foi Pinel quem transformou a loucura em um assunto estritamente médico, por um lado, e seu tratamento em um assunto basicamente moral, por outro.

O método pineliano de tratamento da loucura consistia em reforçar a autoridade moral do médico, retratado como um pedagogo firme, porém justo, que reorientaria a razão extraviada do paciente. Essas técnicas deveriam ser aplicadas “num ambiente controlado, longe das paixões corrompedoras e artificiais engendradas pela civilização onde os *sprits aliénés* retornariam ao seu estado *natural*”³⁰. Há, portanto, uma certa relação entre loucura e moral – uma vez que o tratamento moral preconizado consistia exatamente em usar do rigor científico e da insuspeição moral do médico para *convencer* o louco a voltar à sanidade mental.

Explicitam-se, pois, outros pressupostos que lastreiam a concepção contemporânea de loucura, notadamente no direito penal – a loucura como *inferioridade moral*, estado do qual as pessoas poderiam ser *trazidas de volta* ao rumo da *sanidade*, se afastadas das forças alienadoras da sociedade. Vale dizer, se perdessem a liberdade psicológica da loucura e fossem guiadas pela mão segura do alienista, não lhes restaria mais do que trilhar o caminho da normalidade. A cura, nessa concepção, seria o retorno ao estado ideal simbolizado pelo *homo medius* – o estado *normal* –, por mais metafísica que a noção de normalidade possa parecer, mesmo porque tanto a noção de *homem médio* quanto a noção de normalidade são apenas abstrações

³⁰ HARRIS, 1993, p. 17.

racionais. Ninguém encontra um homem médio na rua tomando um cafezinho na esquina. Quanto a encontrar uma pessoa normal, vale a advertência de Caetano Veloso: “de perto ninguém é normal”³¹.

Observando e descrevendo aqueles sujeitos – tidos, por pressupostos, como loucos por terem sido encontrados acorrentados naqueles ambientes –, Pinel estabeleceu a primeira classificação da loucura em termos científicos, que era simples e fácil de manejar. A loucura foi classificada assim:

- 1) melancolias;
- 2) manias sem delírio;
- 3) manias com delírio;
- 4) demências³².

A *cura* vai mostrar-se impossível em muitos casos, daí por que a classificação fundadora de Pinel será multiplicada pelos seus seguidores, em um caminho paralelo ao traçado pela criminologia – que veio no rastro da psiquiatria como *irmã siamesa* –, notadamente e de forma mais evidente nos aspectos relativos à psicopatologia forense. O litígio de fronteiras entre *criminologistas*, *juristas* e *psiquiatras* estava apenas começando.

A partir do surgimento da psiquiatria com *status* médico e da própria criminologia, o Judiciário passa a realizar um trabalho que é muito mais do que simplesmente identificar a materialidade e a autoria de um delito e aplicar-lhe a respectiva sanção: trata-se de

³¹ VELOSO, C. Vaca Profana. In: Veloso, C. *Totalmente demais*. Rio de Janeiro: Polygram, 1986. 1 CD. Faixa 1. A estrofe inteira é assim:

Dona das divinas tetas
Quero teu leite todo em minha alma
Nada de leite mau para os caretas
Mas eu também sei ser careta
De perto ninguém é normal
Às vezes segue em linha reta
A vida que é meu bem/meu mal
No mais as “ramblas” do planeta
“Orchata de chufa si us plau”.

³² COSTA, 2002, p. 144.

desenvolver um procedimento na busca do próprio móvel, das causas do crime, da sua reprovabilidade e da própria lucidez de seu autor. Nas palavras precisas de Foucault:

Não mais simplesmente: *o fato está comprovado, é delituoso?* mas também: *o que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deve ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade?* Não mais simplesmente *quem é o autor* mas: *como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade?* Não mais simplesmente: *que lei sanciona essa infração? Mas que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido?*³³.

Trata-se, pois, de uma operação muito mais complexa do que julgar os crimes – trata-se de julgar a *alma* dos criminosos³⁴.

Pode-se citar, nesse passo, uma genealogia de grandes psiquiatras debruçados sobre a questão-mor do louco criminoso, desde Esquirol com suas *monomanias*, passando por Morel com seus *degenerados*, Charcot com suas *histéricas*, nas quais ele desenvolveu intensos estudos sobre hipnose, até os atuais *pepezões*, ou *personalidades psicopáticas*, categoria com a qual a psiquiatria moderna lida sem definir muito claramente, a não ser para categorizar tudo o que existe de *imoral, sádico, cruel e sacana* na personalidade humana, e que não pode ser explicado pelos padrões do tal *homem médio*, ajustado aos padrões sociais. O *pepezão* seria uma espécie de *justificação científica do medo irracional que sentimos do louco* – o que nos remete à discussão sobre a questão da *periculosidade*, que será retomada adiante.

Ao lado desse desenvolvimento *oficial* da psiquiatria (oficial porque foi reconhecido, posteriormente, como legítimo pela *história oficial da ciência*) existiram outras experiências e outros discursos médicos a respeito de crime e loucura que foram levados muito a sério na sua época – embora totalmente desacreditados

³³ FOUCAULT, 1999, p. 20.

³⁴ Idem, loc. cit.

hoje –, e que fundamentaram uma forma de pensar culminante na chamada *escola positiva de direito penal*, escola esta que ainda influencia o pensamento jurídico contemporâneo e, em especial, os juristas e os operadores penais.

1.3.1 Monomania

A partir da experiência fundadora de Pinel, o olhar positivista foi-se debruçando de forma cada vez mais efetiva sobre o louco. Dois campos tinha a novel psiquiatria para aprofundar suas elucubrações: o *asilo*, formado ao longo da chamada idade clássica, e a *prisão*, com a correlativa questão criminal, formadora da clientela externa do *alienista*.

Os escritores apontam exatamente a demanda dos tribunais como motivadora das primeiras incursões dos alienistas franceses fora dos asilos³⁵. Na verdade, a demanda decorria do próprio pressuposto de *racionalidade* nas ações humanas, como o assumido pelos grandes penalistas liberais. No entanto, algumas ações criminosas não se enquadravam nesse pressuposto de racionalidade, quer pelos seus motivos, que permaneciam ocultos ou pareciam não existir ou ainda eram tão moralmente inaceitáveis que não pareceriam humanos, quer pela forma de execução, ou pela ofensa a valores que teoricamente estariam enraizados na própria *natureza humana*, como o amor filial, o amor materno ou a sensibilidade à dor alheia.

Assim é que os alienistas – ou psiquiatras, como denominados hoje em dia – eram chamados para encontrar a loucura, já que ela parecia escondida aos olhos não-médicos, e, nessa medida, a loucura foi-se transformando em um saber um tanto *esotérico*, somente acessível a esses guardiões médicos da sanidade.

Entre os que esquadriharam a mente humana, os historiadores apontam a noção de monomania trazida por Esquirol: um sujeito com monomania caracterizar-se-ia por permanecer razoável em todos os pontos, menos naquele que diz respeito ao crime que co-

³⁵ A esse respeito, ver CARRARA, 1998, p. 69.

meteu – no qual se mostra como *louco*. Essa loucura pode aparecer em um *átimo*, mesmo estando insuspeita por todos que convivem com ela, e sumir após o cometimento do desatino. Essa alteridade que domina o sujeito no momento do seu ato irrazoável o deixaria *irresponsável* pelo crime. Como lembra Foucault,

um homem, normal sob todos os outros aspectos, comete de repente um crime de uma selvageria desmedida; para o seu gesto não se pode encontrar nem causa nem razão. Para explicá-lo não há lucro, nem interesse, nem paixão: uma vez cometido, o criminoso transforma-se no que era antes. É possível dizer-se que se trata de um louco? A completa ausência de determinações visíveis, o vazio total de razões, permitem concluir pela não-razão do que cometeu o gesto? A irresponsabilidade se identifica com a impossibilidade de fazer uso de sua vontade; portanto, identifica-se com um determinismo. Ora, esse gesto, não sendo determinado por nada, não pode ser considerado irresponsável. Mas, inversamente, é normal que um ato seja realizado sem razão, fora de tudo aquilo que poderia motivá-lo, torná-lo útil para um interesse, indispensável para uma paixão? Um gesto que não se enraíze numa determinação é insensato³⁶.

Nesse sentido, não parece fora do normal, fora da razão, que um indivíduo cometa um crime subvertendo valores socialmente relevantes – como a propriedade, no furto; ou mesmo a vida, no homicídio – na medida em que reforça ou coloca outros valores socialmente aceitos, tais como a riqueza (nos crimes contra o patrimônio) ou a honra (nos homicídios em defesa dela). Contudo, há crimes em que os valores sociais são negados, sem que o criminoso reafirme outros ou sem que pareça haver razão para que o sejam. No entanto, os perpetradores não parecem *delirar*, como era de se esperar em um louco. Isso traz sérios problemas quanto à questão da *irresponsabilidade penal*, porque irresponsabilidade significa o reconhecimento de que o ato criminoso foi determinado por algo *além da vontade do infrator*. Todavia, se o ato parece *indeterminado*, não se pode falar com segurança em *irresponsabilidade*.

³⁶ FOUCAULT, 2002, p. 519.

É certo que Pinel já havia classificado as *manias sem delírio*, mas Esquirol as sistematiza nesse novo conceito de monomania, ou seja, algo como *delírio parcial* de uma mente que permanecia razoável para todas as coisas, menos para determinada idéia delirante. Assim, um castelo seria construído por uma mente sobre essa idéia; castelo esse que seria razoável, caso a idéia fosse verdadeira. O exemplo seria a mania de perseguição, que seria razoável se o monomaniaco estivesse, de fato, sendo perseguido. Sendo esse delírio circunscrito, poderia remanescer desapercibido para os circunstantes, mesmo por um longo tempo.

As monomanias foram desdobradas em *monomanias racionantes* e *monomanias instintivas*. Nestas, a razão estaria comprometida em função de uma desordem da vontade, que levaria um sujeito naturalmente ponderado e calmo a gestos repentinos e fugazes de crueldade, dos quais ele se arrependeria profundamente depois. Isso explicava aqueles atos tresloucados, incompatíveis com a história de vida tranqüila e ordeira do perpetrador e com sua atitude de arrependimento e colaboração posterior.

Nas *monomanias racionantes*, todas as faculdades intelectuais estariam preservadas, mas o indivíduo estaria privado de emoções, remorso ou mesmo de qualquer sentimento de compaixão ou sensibilidade. Também chamados de *loucos morais*, essa figura ainda remanesce hoje na descrição dos *pepezões*, ou *personalidades psicopáticas*, nos livros de psiquiatria e de direito. Ela explicaria os crimes cometidos por indivíduos com histórias pessoais cruéis, de insensibilidade e desajuste permanente, mas aparentemente sem delírios.

É patente, pois, a importância desse conceito na prática contemporânea do direito penal da loucura. Nós, juristas, o aplicamos muitas vezes sem ter noção de que o fazemos. Como exemplo, note-se o trecho de Roque de Brito Alves, ao tratar da *loucura moral* como é entendida hoje. Diz o autor que:

o grande perverso é sempre aquele cuja personalidade não tem, não apresenta inibições ou freios morais, éticos, insensível sempre às exi-

gências morais e afetivas mais elementares e comuns, indiferente ou desajustado, assim, ao seu grupo ou ambiente social.

Ele alerta que

são mantidas, em geral, íntegras as suas faculdades de entendimento e de vontade (capacidade intelectual e volitiva), com a ausência de um outro componente básico da personalidade, qual seja, a afetividade ou – o que é mais grave – o senso moral³⁷.

A maior conseqüência, entre tantas relevantes que o conceito de monomania trouxe para o desenvolvimento da psiquiatria e das relações desta com o direito, foi exatamente aquela de não ser mais necessário o rompimento total com a razão para que se pudesse vislumbrar a loucura. Ela poderia estar *oculta* ali mesmo onde estava *invisível* ao não-médico. Além disso, como no caso da loucura moral, ela pode estar além do processo de cura psiquiátrica – como aplicar um tratamento de fundo moral exatamente em quem está incapacitado para esse aspecto da vida humana?

Isso teria, também, a conseqüência de trazer insegurança jurídica, na medida em que, se o fundamento da sanção penal é o *livre-arbítrio* e o fundamento da internação hospitalar é o *tratamento*, os loucos morais estão em uma zona de ninguém – não podem ser tratados –, por questões técnicas, já que dificilmente seriam curáveis. Não podem ser *presos*, por questões jurídicas – são irresponsáveis pelos seus atos. A criminologia teria de buscar outro fundamento para retirar-lhes a liberdade. Esse fundamento é a *periculosidade*, expressa como a *necessidade de defesa social*. Mais tarde, a criminologia irá negar o próprio livre-arbítrio e considerar de forma *determinística* praticamente *toda a esfera de ação humana*, indiferenciando, no limite, os *loucos dos criminosos*.

Lombroso chegou a afirmar:

O critério do mérito não mudará nada quando a maior parte das virtudes e dos vícios for reconhecida como efeito de uma mudança mo-

³⁷ ALVES, 2001, p. 195.

lecular. Nós nos recusamos a admirar a beleza, mesmo reconhecendo ser ela um fenômeno totalmente material e independente da vontade humana? O diamante não tem nenhum mérito por brilhar mais que o carbono; qual mulher, no entanto, jogaria fora seus diamantes, a pretexto de que eles não são, na verdade, mais que carbono?³⁸.

A questão da monomania esbarrou no princípio filosófico do *monismo da alma*. Poder-se-ia aceitar uma solução que *fatiasse* os atributos humanos e considerasse a possibilidade de que eles fossem *ligados* ou *desligados* independentemente?

Essa é uma discussão ainda aberta. António Damásio aprofunda essa questão na discussão do caso de Phineas Gage, operário da Estrada de Ferro Rutland & Burlington, na Nova Inglaterra, Estados Unidos. Esse rapaz, aos 25 anos, foi atingido por um vergalhão de ferro que voou após uma explosão e trespassou-lhe o cérebro. Surpreendentemente, ele sobreviveu, embora tivesse perdido a capacidade afetiva. Manteve íntegra, em grande medida, a capacidade puramente intelectual de resolver problemas abstratos, mas a falta de capacidade afetiva o levou à impossibilidade de tomar decisões e de manter a estabilidade de sua vida – o que o encaminhou a uma derrocada e a uma morte miserável.

Após debater a questão do livre-arbítrio e da própria responsabilidade moral e social de Gage, inclusive o quesito da identidade consigo mesmo ou do *eu* pré-acidente com o *eu* pós-acidente, o neurologista português questiona o primado básico do cartesianismo: *penso, logo existo*. Ele procura demonstrar que, ainda que mantida íntegra a capacidade de formular pensamentos abstratos, toda a racionalidade ficaria comprometida com a perda da capacidade de sentir, de ter emoções. Isso leva, segundo ele, à impossibilidade de tomar decisões acertadas e, no limite, de viver em sociedade. De acordo com António Damásio:

Gage perdeu algo de exclusivamente humano: a capacidade de planejar o futuro enquanto ser social. Até que ponto esteve consciente dessa

³⁸ LOMBROSO apud CARRARA, 1998, p. 62.

perda? Poderá ser descrito como um ser consciente de si mesmo, tal como qualquer um de nós? Será sensato afirmar que sua alma foi prejudicada ou que a perdeu? E, se assim foi, o que pensaria Descartes se tivesse conhecimento desse caso e possuísse os conhecimentos que hoje possuímos sobre neurobiologia? Ter-se-ia interrogado a respeito da glândula pineal de Gage?³⁹.

No entanto, a noção de monomania foi perdendo força, no decorrer do século XIX, para a noção de *degeneração*, construída por Morel, e que também chegou aos nossos dias, remanescendo nos desvãos do nosso ordenamento jurídico.

1.3.2 Os degenerados

A discussão antiga entre os lamarckianos e os não-lamarckianos sobre a questão da *hereditariedade dos caracteres adquiridos* é muito profunda e interessante e trouxe frutos em longas discussões de psiquiatras e criminologistas sobre as causas biológicas do crime.

O século XIX, visto retroativamente, foi uma época de fervilhante atividade intelectual. A força do mito científico criou a impressão de que a humanidade estava muito perto de desvendar todos os segredos da natureza. Não era de se estranhar, portanto, que as ciências sociais buscassem fincar seus alicerces sobre o solo fértil e seguro das ciências naturais. Toda ciência queria ser a *física*. Toda *física* estava centrada na *matemática*. Veja-se o cientista e escritor Carl Sagan:

Por ocasião de um jantar muitas décadas atrás, pediram ao físico Robert W. Wood que respondesse ao brinde: *À física e à metafísica*. Por *metafísica* as pessoas entendiam algo semelhante à filosofia, isto é, verdades que só podiam ser reconhecidas pelo pensamento. Podiam ter incluído também a pseudociência. Wood respondeu com a seguinte argumentação:

Um físico tem uma idéia. Quanto mais ele a examina, mais sentido parece ter. Ele consulta a literatura científica. Quanto mais lê, mais pro-

³⁹ DAMÁSIO, 1996, p. 41.

missora se torna a idéia. Assim preparado, ele vai ao laboratório e delinea um experimento para testá-la. O experimento é trabalhoso. Muitas possibilidades são verificadas. A precisão da medição é refinada, as margens de erro reduzidas. Ele deixa as fichas caírem aleatoriamente. Está voltado apenas para o que o experimento ensina.

No final de todo esse trabalho, por meio da experimentação cuidadosa, descobre que sua idéia não tem valor. Assim, o físico a descarta, liberta sua mente da confusão do erro e passa a trabalhar em alguma outra coisa. A diferença entre física e metafísica, concluiu Wood ao levantar seu copo, não é que os profissionais de uma sejam mais inteligentes do que os da outra. A diferença é que o metafísico não tem laboratório⁴⁰.

Assim, era muito mais seguro para uma nascente psiquiatria esconder-se na *biologia* do que na filosofia ou na psicologia. Mas esse porto biológico ou físico era um porto seguro para a criminologia também. Nada mais legitimador para um discurso repressivo como o discurso penal que a sua fundamentação estivesse na natureza, e não em um *pacto social* esotérico, e explicitamente reconhecido como frágil pelos próprios filósofos de então.

Voltemos então à *degeneração*. A idéia de degeneração é de uso corrente na medicina para designar uma *mudança* que implique *menor funcionalidade*. No âmbito psiquiátrico, porém, foi usada por Morel de forma mais específica. Ele parte da concepção ideal de homem – um Adão hipotético, pré-queda, um homem a quem o físico está absolutamente submisso ao moral –, vale dizer, um homem *mítico*, completamente responsável e racional, plenamente conhecedor de si mesmo e capaz de controlar totalmente a si próprio. Um homem, diriam os freudianos, completamente *sem sombra*, totalmente sem *id*. A partir da queda, do pecado original, a espécie humana entra em um caminho de decadência, que irá resultar na queda total, na total degeneração, enfim, tão mais decadente quanto mais, ao longo da história, a espécie humana se afasta dessa origem divina.

Assim, nesse antidarwinismo, os degenerados seriam uma forma de *visão antecipada* da decadência que nos aguarda a todos em

⁴⁰ SAGAN, 1997, p. 51.

um futuro remoto; um desvio patológico que antecipa a queda final da espécie humana. Apesar de seus pressupostos antievolucionistas, alguns postulados lamarckianos eram aceitos pela teoria da degeneração, em especial o postulado da *hereditariedade dos caracteres adquiridos*.

Assim, a idéia de degeneração estaria na base da própria idéia de doença mental – embora Morel enxergasse *doenças mentais não-degenerativas*, e, portanto, curáveis, até mesmo estas poderiam encaminhar à degeneração os doentes e seus descendentes. Assim, a angústia dos psiquiatras – consistente no fato de nunca terem achado lesões biológicas nas autópsias que se faziam nos loucos, ao menos lesões que fossem diversas daquelas encontráveis nos ditos *normais* – pôde ser substituída pela hipótese de má-conformação de um sistema nervoso degenerado.

É claro que a busca de estigmas físicos era importante, uma vez que a degeneração moral e psiquiátrica refletia-se também em uma degeneração física, como indício da queda do indivíduo. As histórias de infância e de toda uma vida, as histórias dos antepassados e colaterais, todas poderiam evidenciar o desregramento, o desequilíbrio que levaria à queda moral do degenerado – a loucura crescendo como erva daninha no meio do solo fértil de uma má herança genética.

Para localizar a degeneração, o psiquiatra pesquisava a vida do examinado, seus hábitos, seu desenvolvimento psicomotor, a precocidade sexual – tida como indício de degeneração –, os vícios, as carências sociais e até mesmo as histórias de loucura na família, os desregramentos dos antepassados e dos colaterais. Uma verdadeira pesquisa detetivesca dos traços humanos que eram – e são – vistos como indicadores de *degeneração*. Tudo isso *ainda* é feito atualmente. Quem conhece os laudos psiquiátricos judiciais, signos da busca de uma história de degeneração, sabe o quanto esse tipo de informação é esquadrihada ainda hoje, mesmo que a sua utilidade pareça *esotérica* para nós juristas.

Exemplo de laudo típico:

Antecedentes pessoais: nasceu de parto normal, a termo, tendo sido acometido somente de sarampo (das doenças próprias da infância) que “recolheu”, deixando-o “variado”; isto aconteceu somente desta vez. Andou com nove meses, falou com um ano e três meses; apresentou enurese até os seis anos, negando que tenha sido acometido de enxaquecas, desmaios ou ataques. [...] Antecedentes familiares: pai falecido de causas ignoradas; a mãe vivia, tinha saúde aparentemente (quando teve notícias dela pela última vez). É o mais velho de uma prole de nove filhos, nenhum dos quais bebe ou sofre de ataques ou precisou de médico em alguma ocasião. Nenhum parente próximo com antecedentes psiquiátricos importantes⁴¹.

Tomando concretamente os tipos de comportamento que Morel apontava como próprios dos degenerados, vemos que em seguida aos *sãos*, ou seja, os indivíduos idealmente íntegros, próximos ao tipo adâmico, estão os predispostos, todos nós, filhos de Eva decaída. Em um segundo degrau estariam os *originais, excêntricos, suicidas, indivíduos que cometem atos insólitos e impulsivos*⁴². Em seguida, os *monomaniacos, loucos morais e perversos sexuais* – um passo adiante na degeneração. No terceiro degrau, os indivíduos com tendência precoce para o mal – aqueles que mais tarde Lombroso chamará de *criminosos natos*. Por fim, o quarto grupo, evidenciador do futuro destino decaído de toda a humanidade – *os cretinos, imbecis e idiotas*⁴³. Com isso, como alerta Carrara,

a reflexão médica não poderia mais se restringir às formas clássicas de loucura, mas deveria atingir todo ato considerado excêntrico, criminoso ou imoral, atos que não eram senão manifestações mais brandas de um mesmo processo de decadência nervosa⁴⁴.

Eis a psiquiatria estendendo seu domínio a praticamente todo o campo penal. Não há mais crime que não seja, em alguma monta,

⁴¹ EÇA, 2002, p. 37.

⁴² MOREL apud CARRARA, 1998, p. 97. Note-se que entre os excêntricos, os impulsivos e os gênios há apenas uma questão quantitativa, não qualitativa.

⁴³ MOREL apud CARRARA, loc. cit.

⁴⁴ Ibidem, p. 97.

evidência de degeneração. Não há mais criminoso que não seja, de algum modo, paciente psiquiátrico potencial. Não há mais, portanto, nenhum processo penal que não seja, potencial e prejudicialmente, passível de submissão a incidente de insanidade mental. A sanidade passou a ser uma presunção *juris tantum* e das mais frágeis.

Falando das relações conflituosas entre medicina mental e direito, Birman sublinha:

A medicina mental, através de sua trama conceitual, procurará encontrar a alienação mental em todos os lugares, gestos, palavras e ações. Há uma evidente ofensiva da psiquiatria no sentido de fundamentar um conjunto de práticas sociais e morais, de invadir regiões estabelecidas pela Cultura e pela tradição histórica. O objeto da psiquiatria será hipostasiado, expandindo-se para todos os setores da sociedade. Movimento de patologização do espaço social, que é apenas um aspecto de um movimento mais amplo que então se passava, de medicalização da sociedade⁴⁵.

1.3.3 Charcot e suas histéricas

Se a fragilidade da mente humana ainda não foi totalmente estabelecida e se o dogma da liberdade da vontade humana ainda não foi totalmente abalado, o passo seguinte será esse, com os debates de Charcot (administrador da *Sapetrière*), estudioso da histeria e da hipnose, criador da *Escola de Paris*, e de Hippolite Bernheim, representante da chamada *Escola de Nancy*, estudioso dos mesmos temas. Confrontados nos meios científicos – e especialmente nos meios jurídicos –, seus debates teriam profundas conseqüências no estabelecimento da *responsabilidade penal* e do *poder da sugestão*, mormente no cometimento de crimes *por* e *contra* mulheres – tidas como muito mais *susceptíveis ao hipnotismo*.

Para Charcot – que mais tarde influenciou Freud –, a suscetibilidade à hipnose seria reveladora de sintomas de *histeria*, percebidos ou desapercibidos. Em seus polêmicos estudos sobre a histeria, ele

⁴⁵ BIRMAN, 1978, p. 8.

fazia exhibições quase teatrais, nas quais produzia a “*duplicação fotográfica*” de sua vontade no cérebro de suas pacientes. Foram conduzidas experiências em que a pessoa hipnotizada cometia *crimes simulados*, sem saber que eram simulados.

Gilles de la Tourette, um dos discípulos de Charcot, conduziu uma experiência na qual uma paciente histérica, Blanche W., foi hipnotizada e instruída a dar um copo de um líquido que ela acreditava ser veneno ao diretor de teatro Jules Claretie. Foi-lhe dito, sob transe hipnótico, que Jules havia assassinado um médico que ela venerava. Jules bebeu o líquido e fingiu que passava mal, enquanto ela saía do transe e era acusada do crime. A reação de Blanche impressionou o diretor do *Théâtre*, que relatou:

eu a observava por uma fresta na porta quando, com uma expressão inesquecível de medo, ela disparou a gritar aterrorizada pronunciando as palavras rápida e indistintamente, numa eloquência atordoante que nem mesmo Sarah Bernhardt conseguiria acompanhar: “Ah, não fui eu! [...] vocês estão me acusando [...]! Não fui eu! [...]” O tempo todo como um réu assustado debatendo-se diante do investigador. Não venham me dizer que essa cena foi uma representação. Tenho provas da absoluta sinceridade do que observei⁴⁶.

Apesar do sucesso espetacular do imenso poder pessoal de Charcot na sociedade com suas *histéricas* (verdadeiras *Charquettes*, diríamos hoje) e da disposição ilimitada dessas mulheres em colaborar com ele no que quer que ele almejasse provar, a Escola de Paris nunca admitiu que a hipnose pudesse forçar alguém a praticar comandos repugnantes à sua natureza íntima. Não obstante, não estava afastada a possibilidade de indução à participação passiva em crimes como o estupro, do qual a hipnotizada fosse a vítima. De fato, acreditava-se que as mulheres sequer deveriam viajar sozinhas ou olhar nos olhos de estranhos, “pois o contato prolongado com o olhar de um macho predador bastaria para desencaminhá-las”⁴⁷.

⁴⁶ A narrativa e os dados técnicos que suportam este capítulo estão em Ruth Harris (1993, p. 188).

⁴⁷ HARRIS, 1993, p. 205.

Para os adeptos da Escola de Nancy, porém, pessoas poderiam ser hipnotizadas para serem induzidas a participar de crimes na condição de *perpetradores ativos*, e essa posição foi defendida em tribunal algumas vezes, em casos franceses rumorosos. Essa posição levaria, no extremo, à conclusão de que, eventualmente, uma pessoa poderia anular, ou até mesmo destruir, a vontade da outra, tornando-a virtualmente irresponsável pelo crime.

É claro, no entanto, que as condições de laboratório eram muito específicas – médicos com personalidade férrea; mulheres frágeis submetidas a essa personalidade, em posição de submissão total e de confiança na integridade moral deles. Esse elo histérico era um *pas de deux*, ou seja, a histeria era um jogo para ser jogado a dois. Nada prova nem comprova (como de fato não ficou comprovado posteriormente) que, se essas mulheres não tivessem a mais perfeita consciência de que *estavam* em laboratório, esses médicos hipnotizadores jamais as sugestionariam com ordens que fossem uma real ameaça à sua segurança ou à de terceiros, sob pena de desmoralizar seu próprio trabalho, e que certamente esses *crimes simulados* jamais seriam praticados.

1.4 Histórias da saúde mental no Brasil

Assim como na Europa, foi longo o interstício que levou à categorização da loucura como assunto médico no Brasil – embora certamente os europeus não tenham nada tão saboroso quanto o conto *O Alienista*, de Machado de Assis, para descrever o processo.

Tampouco aqui os hospitais eram espaços plenamente medicalizados antes do século XIX, e os manicômios judiciais, apesar do nome pomposo de *hospitais de custódia e tratamento* recentemente dado a eles pela reforma penal de 1984, continuam até hoje a ser espaços não plenamente medicalizados, como será visto adiante.

No Brasil Colônia, o que hoje conhecemos como *medicina*, ou como campo de atuação da medicina, era exercido por uma série de sujeitos, com práticas que a ciência não mais legitima, mas que

o povo brasileiro ainda usa: curandeiros, pajés, pais-de-santo, cirurgiões-barbeiros, benzeduras, atos religiosos, como confissões e exorcismos, tudo isso ao lado dos raríssimos físicos (licenciados que estudavam em Portugal ou na Espanha) e, mais tarde, dos doutores médicos – pouquíssimos –, já nos séculos XVII e XVIII.

Os hospitais e casas de misericórdia eram espaços de acolhimento piedoso, onde os religiosos recebiam excluídos, doentes, loucos, miseráveis e desgraçados para confortá-los e, de alguma forma, minorar seu sofrimento.

No entanto, a medicina veio consolidando-se como detentora exclusiva do poder de cura, processo que não se completou até hoje e que, possivelmente, não se completará, diante de fatores como a largueza do conceito de saúde da OMS. Surge, assim, maior respeito à especificidade étnica de grupos indígenas, remanescentes de quilombos, ciganos, entre outros, às religiões minoritárias e à própria crise do modelo científico – que tem levado à aceitação oficial de práticas até então marginais na medicina oficial, como a acupuntura e a homeopatia.

O século XIX viu o surgimento de algumas escolas médicas no Brasil. Surgiram as primeiras faculdades de medicina, ainda nos idos da década de 1830. A psiquiatria, entretanto, tardou ainda um pouco. Paulo Rennes Marçal Ribeiro⁴⁸ dá notícia de que ela surgiu a partir da *medicina legal*, em cuja cátedra *as doenças mentais e seus respectivos tratamentos eram estudados, nos primórdios das academias médicas brasileiras*. Desde o início, a proximidade entre psiquiatria e medicina legal é praticamente *gemelar*, senão *siamesa*. Somente em 1881 a cátedra de psiquiatria se firmou.

No início, o interesse dos médicos na questão da loucura era *acadêmico*, apenas como exercício pedagógico de qualificação. A escolha de temas para dissertações de graduação não vinculavam à titulação do estudante nem o habilitavam de forma especial a exercer a psiquiatria. É ainda Paulo Rennes Marçal Ribeiro quem dá alguns exemplos das teses defendidas nessa época:

⁴⁸ RIBEIRO, 1999, p. 19.

As teses de Silva Peixoto, de 1837 (*Considerações gerais sobre alienação mental*); de Geraldo F. de Leão, 1842 (*As analogias entre o homem são e o alienado e em particular sobre a monomania*); de A. J. I. C. Figueiredo, em 1847 (*Breve estudo sobre algumas generalidades a respeito da alienação mental*); de Cid Emiliano de Olinda Cardozo, em 1857 (*Influência da civilização sobre o desenvolvimento das afecções nervosas*); de Carneiro da Rocha, em 1858 (*Do tratamento das moléstias mentais*); e de F. J. F. de Albuquerque em 1858 (*Dissertação sobre a monomania*) são alguns exemplos desse trabalho pioneiro⁴⁹.

O doutor João Carlos Teixeira Brandão assumiu, em 1881, a cadeira recém-criada de Clínica Psiquiátrica e Moléstias Nervosas como primeiro professor concursado. Ele publicou violentos manifestos que denunciavam os maus-tratos aos doentes mentais nos espaços asilares, em especial no Hospício Dom Pedro II ou Hospício Nacional. Há relatos de que

os loucos por leitões tinham tábuas, sem colchões nem travesseiros, nem ao menos cobertura para lhes ocultarem a nudez e os resguardarem dos rigores do inverno. Os loucos agitados eram metidos em caixões de madeira, onde permaneciam nus e expostos às intempéries⁵⁰.

Sob essa virulência, bem pineliana, repetia-se o gesto mítico da *quebra das correntes e cadeados*, embora com cem anos de atraso. Uma segunda leitura pode indicar que, subjacente ao discurso humanitário e cientificista, existe uma luta por poder contra a Provedoria da Santa Casa de Misericórdia e as freiras católicas da Irmandade de São Vicente de Paula. Essa confraria já tinha sido enfrentada em outros países, inclusive pelo alienismo francês, na fase imediatamente posterior à Revolução de 1789. A luta pela melhoria do tratamento aos loucos era, da mesma forma, uma luta pela psiquiatrização dos espaços asilares.

Note-se que o estado deplorável dos loucos, denunciado então pela medicina psiquiátrica como de responsabilidade dos não-médicos

⁴⁹ RIBEIRO, 1999, p. 19.

⁵⁰ CHARAM apud RIBEIRO, 1999, p. 19.

que aplicavam métodos *não-científicos* na sua lida com a alienação foi fundamentado, em grande monta, em um mito de eficácia científica que a história veio a *desconfirmar* em parte. Veja-se, por exemplo, a descrição do Centro de Terapia Intensiva do Manicômio Judiciário de Franco da Rocha, realizada em 2001 por Douglas Tavolaro:

Centro de Terapia Intensiva, CTI. A designação é a mesma da área dos hospitais destinada à internação dos pacientes em risco. O drama de estar com a vida presa a tubos e aparelhos de respiração, lado a lado com a morte, no entanto, parece irrelevante se comparado ao que se passa no universo da CTI de um manicômio. A insanidade alcança aí seu último degrau. Não há mais portas ou saídas. A psiquiatria perdeu a guerra contra a demência e esgotaram-se os recursos da medicina. Seres humanos miseráveis, malvestidos ou nus expressam-se com gestos incompreensíveis. Canções religiosas. Códigos indecifráveis. Desespero ou a calma opressiva, mais angustiante do que a agonia dos agitados. A CTI é assim: a imagem da face caótica da loucura⁵¹.

O escritor, que é repórter, noticia a rotina realmente insana (sem trocadilhos) dessa CTI psiquiátrica, apelidada pelos pacientes (segundo o autor) de *corredor da morte*. Esse é o espaço de vitória da insanidade sobre a ciência, desfazendo a sensação novecentista de sua onipotência. Se naquela época a ciência não podia tudo, parecia ser apenas uma questão de tempo para que a natureza entregasse seus segredos aos cientistas. Hoje, porém, parece claro que a ciência tem limites intrínsecos e que são muito mais estreitos do que se podia pensar então.

Um trecho com teor análogo, *mutatis mutandis*, poderia constar de um manifesto novecentista contra a administração não-médica dos hospícios, como prova da necessidade da ciência médico-psiquiátrica. Atesta, porém, mais de cem anos depois, que a luta pelo louco era – e em grande medida continua sendo – uma luta pelo poder, muito mais do que uma luta pelo bem-estar do sujeito disputado ou mais precisamente, do *objeto* disputado, porque o louco nunca foi *sujeito* nessa luta.

⁵¹ TAVOLARO, 2001, p. 88-89.

Os grandes debates novecentistas estabeleceram-se, portanto, em torno do *louco criminoso* e da *medicalização do espaço hospitalar*. Quanto ao louco criminoso, foi longa a luta para que ele fosse retirado dos hospícios regulares e colocado em manicômios judiciais. A própria noção de *irrecuperabilidade* – estivesse ela lastreada em uma concepção moreliana de *degeneração* ou na concepção lombrosiana de *atavismo* – levava o louco criminoso a ser um *cão sem dono*, em uma *terra de ninguém*; seres que, segundo Juliano Moreira, à época diretor do Hospício Nacional, “não deveriam estar alojados aqui no Hospício, mas em uma prisão de caráter especial, prisão e manicômio ao mesmo tempo”⁵². Assim foi plantada a semente dos manicômios judiciais, esses espaços dúbios, em que o internado não se sabe *doente nem culpado*, sendo ao mesmo tempo um pouco de ambos. Assim se manifesta Carrara sobre o assunto:

Assim, a despeito de infinitas nuances, continuamos a distinguir claramente os atos desviantes que seriam frutos da loucura dos atos desviantes que seriam frutos da delinquência e os apreendemos através de conjuntos de representações que se opõem em relação ao estatuto de sujeito responsável que atribuem ou não aos transgressores. Frente a tais representações, o MJ [Manicômio Judiciário], instituição destinada aos loucos-criminosos, não deixa de parecer fundado sobre uma contradição. De fato, através da minha experiência em campo, foi possível perceber que a instituição representa a ambivalência como marca distintiva e a ambigüidade como espécie (se os psiquiatras me permitem o uso da expressão) de *defeito constitucional*. Através da legislação e do tratamento dispensado aos loucos-criminosos, foi possível perceber que essa ambivalência poderia ser detectada em vários níveis. Uma linha, a um só tempo lógica e sociológica, parece atravessar toda a instituição, marcando desde a legislação que a suporta até a identidade auto-atribuída dos internos e das equipes de profissionais encarregadas do estabelecimento⁵³.

O processo que levou à criação do Manicômio Judiciário no Rio de Janeiro culmina em 21 de abril de 1920, com o lançamento

⁵² MOREIRA apud CARRARA, 1998, p. 193.

⁵³ Ibidem, p. 28.

da pedra fundamental do primeiro asilo criminal brasileiro – que foi inaugurado em 30 de abril do ano seguinte. Anuncia-se, então, “muito mais que o surgimento de uma outra instituição pública”, mas “primordialmente a emergência de uma forma inteiramente nova de intervenção social, mais flexível, mais globalizante, mais autoritária”⁵⁴.

O processo repetiu-se em São Paulo, onde o crescimento desordenado (de trinta mil habitantes, em meados do século XIX, para mais de 350 mil, no início do século XX⁵⁵) gerou um *exército de excluídos*:

loucos, desempregados, ex-escravos, prostitutas, sífilíticos, jogadores e bêbados dividiam as ruas e compunham uma multidão que representava, para as elites, o risco de contágio de epidemias, como febre amarela, tifo e varíola, e de revoluções sociopolíticas, como as insurreições anarquistas e a greve geral de 1917⁵⁶.

Tratava-se, então, de estabelecer uma cidade *limpa e racional*, purificando-a de todos os elementos que destoassem dessa racionalidade. A diferença estabelecida pela *loucura*, como a diferença estabelecida pelos vícios, pela miséria, pela deficiência, pelo desajuste de forma geral, seria resolvida – como ainda é – pela *exclusão*.

Franco da Rocha faleceu um mês antes da inauguração, em 31 de dezembro de 1933, em São Paulo, do manicômio judiciário que levou seu nome e cuja criação foi, em grande monta, impulsionada pelo seu trabalho.

Por volta de 1896, Franco da Rocha acumulava dois cargos importantes: diretor do então Serviço de Assistência aos Psicopatas e coordenador do Hospício da Várzea do Carmo, um velho asilo psiquiátrico situado num sobrado na rua Tabatingüera, no centro de São Paulo. Com frequência, em artigos para os jornais da Capital, o médico denunciava as precárias condições do hospício, muitas vezes caracterizado como

⁵⁴ MOREIRA apud CARRARA, 1998, p. 194.

⁵⁵ TAVOLARO, 2001, p. 25.

⁵⁶ Idem, loc. cit.

um casarão fechado e de aspecto soturno. Afirmava sempre que a situação deficiente do internato agravava a situação psíquica dos pacientes⁵⁷.

Franco da Rocha foi um dos grandes fomentadores do sistema de manicômios judiciais especiais para loucos-criminosos. Assim, ele representou, para a sociedade paulista, o mesmo que Teixeira Brandão teria representado no Rio de Janeiro, a voz que denunciava a forma *cruel e pouco científica* com que esses desajustados estavam sendo tratados e a necessidade de tratá-los *cientificamente*, entregando a responsabilidade pelo seu tratamento aos *psiquiatras* – mandatários de uma sociedade que buscava reconhecer-se positivista, racional, produtiva, branca e européia.

Nesse contexto, surgiu a *Liga Brasileira de Higiene Mental*, ainda no período da chamada República Velha. Originalmente, com o objetivo de melhorar a assistência psiquiátrica e de aperfeiçoar o cuidado aos doentes, a Liga abraçou logo os ideais *eugenistas*, especialmente no final dos anos 1920 – fruto de sua orientação política *direitista* e dos preconceitos estabelecidos na época pela influência *científica* trazida da Europa, juntamente com os ideais *nazifascistas* que estavam se fortalecendo por lá. Lamentando a decadência da constituição étnica brasileira, a nossa recém-nascida psiquiatria se comprazia em traduzir na íntegra leis nazistas como a assinada por Hitler em pessoa, que determinava a “*esterilização de doentes transmissores de taras*”⁵⁸. O conhecimento e o manejo do doente mental foram ficando mais metódicos e precisos, ao tempo em que a autoridade do psiquiatra sobre a loucura foi tornando-se tão aguda que se transformou em *monopólio*.

Em conversas com psiquiatras, durante a elaboração da pesquisa, ouvi um deles comentar que não conhecia nem reconhecia a categoria *loucura*, sendo este apenas um termo chulo, vulgar e até desrespeitoso para aquele a quem se dirigisse. Para esse médico, não existe a loucura, apenas as doenças e os transtornos mentais, devidamente catalogados pelo CID 10.

⁵⁷ TAVOLARO, 2001, p. 28.

⁵⁸ RIBEIRO, 1999, p. 27.

Esse monopólio foi refletido no nosso Código de Processo Penal. O art. 149 do referido código estabelece que o exame a ser realizado quando houver dúvidas sobre a integridade mental do acusado é o exame médico-legal, excluindo qualquer outra autoridade técnica sobre a loucura no campo do processo penal. Estamos, em grande monta, mergulhados ainda, por inércia, nessa herança – ao menos no que diz respeito ao louco-criminoso. A reforma psiquiátrica que vem consolidando-se em nosso direito sanitário ainda não chegou nas searas penais e processuais penais. Identificar esse descompasso é exatamente o escopo do nosso trabalho.

Aí estão, em traços gerais, rápidos e obviamente muito pouco precisos, os elementos da psiquiatria *hospitalocêntrica*, *determinista*, ideologicamente *direitista* e *monopolista*, para quem o louco é tão-somente um *doente sob seus cuidados*, e a loucura, objetificada, tira-lhe a voz e a *qualidade de sujeito do processo humano*.

Em determinada oportunidade, durante a visita a uma penitenciária, um psiquiatra perguntou-me: “depois de tantos anos de estudo, vocês juristas já têm alguma idéia sobre o que é que causa, nessas pessoas todas, o impulso para cometer crimes?”. Respondi, com honestidade, que entendia que a única coisa que poderia levar uma pessoa a cometer crimes seria a liberdade. Sem liberdade em algum grau, não se cometem crimes. Todavia, sem liberdade em algum grau, ou se deixa de ser humano ou se morre. Assim, a potencialidade para delinquir é a própria potencialidade para viver.

Vem dessas extensas raízes, inclusive, a longa história de debates e conflitos entre a *psiquiatria* e a *psicanálise*. Esta última nunca foi bem aceita pela psiquiatria tradicional. Ao explicitar o poder do inconsciente, Freud evidenciou o quanto o homem burguês tinha pouco controle sobre seu próprio *eu*, sendo esse controle exatamente o que, cartesianamente, o distinguiria do louco. Nesse sentido, cada homem tem sua própria *sombra* – a sombra daquilo que, em grande medida, ele é, mas não reconhece como parte de si.

Freud identificou a loucura que, de certa forma, atinge a todos. Assim, forçoso seria romper a identificação recém-estabelecida en-

tre *doença mental e loucura* – o que a psiquiatria fez, negando a validade científica deste último conceito e afirmando a daquele, e mais, restabelecendo seu *monopólio* sobre a doença mental⁵⁹, deixando a psicanálise como *religião*, como *filosofia*, como *terapia das culpas burguesas ocidentais*, como substituta laica do instituto católico da confissão, desmoralizado em um mundo cada vez menos religioso.

Existe uma longa tradição de embates entre a psiquiatria mais tradicional e a psicanálise. Durval Marcondes, um dos pioneiros em psicanálise no Brasil, conta que realizou trabalho clínico em um hospital psiquiátrico paulistano, entre 1925 e 1927. Ali, recebeu a seguinte reprimenda do psiquiatra que dirigia o estabelecimento:

[...] Não estou satisfeito com o senhor aqui. Eu não estou satisfeito porque o senhor não está se comportando como deve. Não está se colocando no seu lugar aqui. O senhor vive por aí em conversas demoradas com os doentes. O senhor está aqui para ser respeitado. Não é para estar dando confiança aos doentes. O senhor tem que realmente examiná-los, fazer suas observações clínicas, fazer seus diagnósticos e pronto. Não tem que ficar por aí nessas conversinhas a tarde toda com eles⁶⁰.

Nesse contexto, dialogar com o louco subjogado pela loucura seria herético, quase como dialogar com o diabo.

⁵⁹ Diz a piada que os *neuróticos* constroem castelos no ar, os *psicóticos* moram neles e os *psiquiatras* cobram o aluguel.

⁶⁰ MARCONDES apud RIBEIRO, 1999, p. 49.

2

Conceitos e preconceitos sobre a loucura



2.1 Do *Demônio de Laplace* a uma *partida de dados* com Deus: determinismo ou livre-arbitrismo

É preciso discorrer um pouco acerca das questões atinentes ao determinismo e ao livre-arbitrismo, especialmente em direito penal e em saúde mental. Esses temas são centrais e fundamentais, não só para permitir uma abordagem mais clara da questão da loucura no direito sanitário, mas principalmente para avaliar filosoficamente a consistência do tratamento penal dado ao louco. Isso será feito, no entanto, de forma extremamente superficial, um sobrevôo de foguete por um assunto que mereceria alentado estudo.

O caminho da ciência – e o caminho da filosofia, já que, de certa forma, andaram de mãos dadas pelo menos até o século XVIII – foi no sentido de explicar, de modo cada vez mais pormenorizado, o funcionamento da natureza. Com o Iluminismo e o crescimento do Racionalismo europeu, o progressivo êxito da ciência em realizar essa descrição acabou gerando um afastamento entre as ciências, em sentido estrito, e a filosofia, restando a esta última os domínios da epistemologia e da ontognoseologia como legítimos à sua atuação, uma vez que os domínios metafísicos foram deslegitimados pelo próprio Comte como “próprios de uma sociedade involuída”.

Havia, naquele momento histórico (séculos XVIII e XIX e início do século XX), a certeza de que a ciência desvendaria todos os mistérios da natureza, que seria uma questão de tempo chegar-se

à reunião de todos os dados, à construção da *teoria sobre tudo*, à elaboração das equações matemáticas com as quais o universo fora construído – como um imenso relógio. Com essas equações, desvendariamos o passado e o futuro e todas as coisas teriam explicação. Essa pretensão foi muito bem representada pelo chamado *Demônio de Laplace*¹ – uma inteligência superior que, sendo capaz de conhecer a *posição* e a *velocidade* de todos os elementos do universo em dado momento, fosse capaz de explicar inteiramente o passado e de prever completamente o futuro.

Essa confiança na ciência (*ciência*, neste caso, entendida como o conhecimento do homem sobre a natureza) levou à necessidade de legitimar o conhecimento como um todo pela aproximação do paradigma científico aos outros campos do conhecimento humano, que também deveriam ser tidos como científicos. Daí o positivismo comteano ter proposto a aplicação do método científico ao conhecimento social, criando as ciências sociais sobre as mesmas bases epistemológicas da biologia, da física e da matemática.

Assim, questões como o livre-arbítrio, a responsabilidade moral e a liberdade foram, subitamente, catapultadas para um céu bastardo de uma filosofia deslegitimada, sob o manto da *metafísica* – palavra mágica que significava, grosso modo, *isso não é um conhecimento verificável*, então, não é um conhecimento *válido*.

Com o passar do tempo, esse grande relógio, ao qual foi comparado o universo newtoniano, foi sendo, pouco a pouco, esquadrinhado por esses cientistas e suas lunetas, seus cálculos e seus instrumentos laboratoriais, seus métodos experimentais e sua objetividade. Para a surpresa de todos, no entanto, a *física* e a *matemática* começaram a destruir um determinismo que estava funcionando muito bem – do ponto de vista ideológico e político – nas ciências sociais.

Ouso dizer que todo determinismo é conservador, na medida em que explica e justifica as coisas que *são* como aquelas que *de-*

¹ Pierre Simon Laplace (1749-1827), astrônomo e matemático francês, autor de obras famosas como *Traité de mécanique celeste*, *Exposition du système du monde* e *Théorie analytique des probabilités*.

vem ser, equiparando o plano ontológico com o plano deontológico. Nada mais forte do que buscar na natureza os fundamentos da minha dominação política.

A matemática começou a desenvolver suas geometrias não-euclidianas, a Teoria do Caos e representações nas quais, a depender dos pressupostos aceitos pelo observador, dois e dois não necessariamente seriam quatro. Segundo o grande cientista Stephen Hawking,

as equações muitas vezes possuem uma propriedade conhecida como caos, de modo que uma pequena mudança na posição ou velocidade em um determinado momento pode levar a um comportamento totalmente diferente em momentos futuros. Quem viu Parque dos Dinossauros sabe que um distúrbio minúsculo em um lugar pode causar mudança em outro. Uma borboleta batendo as asas em Tóquio pode causar uma chuva no Central Park de Nova York. O problema é que a seqüência de eventos não pode ser repetida. Da próxima vez que a borboleta bater as asas, uma série de outros fatores serão diferentes e também influenciarão o clima. Por esse motivo as previsões do tempo são tão duvidosas².

Foram desenvolvidos cálculos que representavam realidades inimagináveis, como universos em que o caminho mais curto entre dois pontos não era uma reta e onde dimensões adicionais, além da quarta e da quinta, eram matematicamente plausíveis, embora absolutamente inverificáveis na prática.

Um pequeno exemplo: o conhecido Teorema de Pitágoras trata da relação entre os lados de um triângulo retângulo. Todos conhecem a sua fórmula: $a^2+b^2=c^2$, quer dizer, *a soma dos quadrados do cateto é igual ao quadrado da hipotenusa*. Isso significa que, dadas duas retas que representam duas dimensões em um plano euclidiano, é possível calcular a diagonal que as liga. É fácil, nesse mesmo passo, calcular a diagonal de um cubo, em um espaço euclidiano tridimensional. Basta imaginar, seguindo a mesma lógica, que a soma do quadrado dos três lados adjacentes – que formam entre si o ân-

² HAWKING, 2001, p. 105.

gulo de 90° – resulta no quadrado da diagonal do cubo, que está a 45° de qualquer uma das dimensões do cubo. Assim, $a^2+b^2+c^2=d^2$. O físico e matemático Michio Kaku explica:

Torna-se simples então generalizar isso para o caso de N-dimensões. Imagine um cubo N-dimensional. Se a, b, c, ... forem os comprimentos dos lados de um *hipercubo* e z for o comprimento da diagonal, então $a^2+b^2+c^2+d^2+\dots=z^2$. Extraordinariamente, ainda que nossos cérebros não possam visualizar um cubo N-dimensional, é fácil redigir uma fórmula para seus lados. Esta é uma característica comum do trabalho no hiperespaço. Manipular matematicamente o espaço N-dimensional não é mais difícil que manipular o espaço tridimensional. É simplesmente espantoso que numa simples folha de papel você possa descrever matematicamente as propriedades de objetos com dimensões adicionais que não podem ser visualizados por nossos cérebros³.

E havia uma partícula no caminho. Aliás, uma partícula que teimava em comportar-se como uma onda. O surgimento da física quântica rompeu com a analogia entre o universo e o relógio.

Entre 1925 e 1926, alguns cientistas começaram a desenvolver pesquisas químicas muito complexas, obscuras, mas extremamente consistentes com a realidade observada em laboratório. Foi o desenvolvimento da teoria quântica, sobre a qual Niels Bohr teria dito: “quem quer que não fique chocado com a teoria quântica não a compreende”⁴. Ora, até hoje, ninguém que tenha entrado em contato um pouco mais profundo com ela deixou de chocar-se.

Interessa-nos mais de perto o chamado *Princípio da Incerteza de Heisenberg*. Por esse princípio, *nunca se pode conhecer simultaneamente a velocidade e a posição de uma partícula subatômica*. Vale dizer, se calcularmos a *posição* de um elétron, não conseguiremos determinar sua *velocidade*. Se calcularmos sua *velocidade*, não saberemos com certeza onde ele *está* em dado momento. Estava decretada a sentença de morte do Demônio de Laplace.

³ KAKU, 2000, p. 58.

⁴ BOHR apud KAKU, 2000, p. 131.

O *Princípio da Incerteza* é um dos aspectos mais polêmicos da física quântica. É preciso entendê-lo bem. O princípio não significa que nossa ciência ainda não se desenvolveu o suficiente para estabelecer a posição e a velocidade de uma partícula ao mesmo tempo. Não é que tenhamos instrumentos toscos ou que ainda não tenhamos evoluído cientificamente o suficiente; segundo Heisenberg, *essa indeterminação é uma lei da natureza*.

Esse princípio tem resistido a meio século de experimentações laboratoriais de alta indagação, e não há desvio algum experimental a essa regra.

Há outros paradoxos interessantes decorrentes da teoria quântica. Entre eles está o de que o próprio ato de observar uma partícula altera seu comportamento, ou, ao calcular sua velocidade, de certa forma, interfere-se na sua posição e vice-versa. Foi o fim da objetividade científica que se percebia absoluta e de uma neutralidade que parecia inabalável. Se a observação de um físico sobre uma partícula subatômica tem o poder de alterar o objeto observado, como defender uma ontognoseologia para as ciências sociais que não leve em conta a relação do cientista com o objeto social estudado?

Outras características bizarras da física quântica incluem o *tunelamento* ou salto quântico através de barreiras. Colocando um elétron dentro de uma caixa, mesmo que esse elétron não tenha energia suficiente para atravessar as paredes da caixa, existe a probabilidade finita e calculável de que o elétron cave um túnel pela parede da caixa e apareça fora dela. “No laboratório”, diz Michio Kaku, “quando se mede a taxa em que elétrons cavam túneis através dessas barreiras, os números concordam precisamente com a teoria quântica”⁵.

O cientista continua, alertando que “isso significa também que há uma probabilidade finita, calculável, de que eventos *impossíveis* ocorram. Por exemplo, posso calcular a possibilidade de eu vir a desaparecer e abrir um túnel através da Terra e reaparecer no

⁵ KAKU, 2000, p. 136.

Havaí”⁶. No entanto, ele alerta que o tempo que teríamos de esperar para que tal evento ocorresse é maior que o tempo de vida do universo. Portanto, conclui, não é prático usar a teoria quântica para abrir túneis até locais de férias em todo o mundo. Todavia, tal efeito tem outras aplicações práticas, tais como o *diodo túnel*, um dispositivo puramente quântico, no qual o efeito de tunelamento tem permitido que trilhões de elétrons, obedecendo a essa lei, nos proporcionem a beleza de ouvir música em um equipamento estereofônico⁷.

Portanto, é claro que, quando se fala em *determinismo*, hoje, no mundo das ciências naturais, fala-se de alguma coisa muito diferente do determinismo de que se tratava nos séculos XVIII e XIX, bem como no início do século XX. Mesmo a mecânica quântica, que resgata para a Física a intenção de calcular o futuro, incorpora o Princípio da Incerteza nos seus discursos *neodeterministas*. “Na mecânica quântica”, ensina Stephen Hawking, “pode-se, grosso modo, prever exatamente metade do que se esperaria prever no ponto de vista clássico de Laplace”⁸. Esse neodeterminismo é tão peculiar que o mesmo Hawking chegou a afirmar:

não podemos nem sequer supor que a partícula possua uma velocidade e uma posição conhecidas por Deus mas ocultas para nós. Tais teorias de *variáveis ocultas* prevêm resultados que destoam da observação. Mesmo Deus está limitado pelo princípio da incerteza e não pode conhecer a posição e a velocidade; ele só pode conhecer a função de onda⁹.

Note-se que, em geral, quando um cientista refere-se a Deus, normalmente ele está se referindo a uma inteligência superior que teria instituído a ordem na Natureza, enquanto, quando imaginamos Deus religiosamente, normalmente mentalizamos uma divindade capaz de eventualmente quebrá-la. Há, no entanto, uma tremenda riqueza na imagem de um Deus tão cioso da liberdade no universo

⁶ KAKU, 2000, p. 137.

⁷ Ibidem, loc. cit.

⁸ HAWKING, 2001, p. 106.

⁹ Ibidem, p. 107.

que criou, que preferiu criá-lo de forma tal que ele fosse imprevisível, momento a momento, para a própria divindade.

O próprio paradigma da ciência mudou a partir daí. No célebre embate entre Albert Einstein e Niels Bohr, este sustentava que estava fora do limite da ciência a possibilidade de prever tudo. A ciência somente nos daria conhecimento sobre diferentes futuros possíveis. Einstein discordava e proferiu a célebre frase: “Deus não joga dados”¹⁰.

Assim, se físicos e matemáticos desistiram do modelo determinista clássico pela natureza indeterminada dos átomos e partículas subatômicas e pelo caráter peculiar de uma matemática que é impossível de ser visualizada racionalmente pelo nosso cérebro, tampouco podemos deixar de reconhecer que o determinismo é inaplicável nas ciências que tratam diretamente com o ser humano. Haveria uma previsibilidade, mas não uma determinação. Pela lição de Hawking:

Desse modo, embora em tese as leis da eletrodinâmica quântica devessem nos permitir calcular tudo na química e na biologia, não temos tido muito sucesso em prever o comportamento humano com base em

¹⁰ Seguiu-se a isso um intenso debate entre Einstein e Bohr, talvez o maior da física do século XX. Um debate que teve conseqüências decisivas sobre a concepção de ciência derivada das idéias de Platão e sobre o possível alcance de uma teoria de tudo. Pela primeira vez desde Platão, havia um ingrediente novo. O mundo das idéias, embora representado pela nuvem de probabilidades das partículas quânticas, não dava conta de prever tudo. O observador, ou a simples existência de um observador, interferia e alterava o resultado do experimento. O conhecimento sobre um dado da natureza poderia modificar a própria natureza. Era isso que Einstein não conseguia aceitar. Bohr e seus seguidores acreditavam que o presente só é capaz de nos dar conhecimento sobre diferentes futuros possíveis. Tudo o que podemos fazer, diziam eles, é calcular probabilidades. Mais que isso, Bohr ainda afirmava que não é necessariamente verdade que todas as coisas tenham propriedades como velocidade, posição, tamanho ou massa com valores definidos em todos os momentos. Einstein, com sua célebre frase “não acredito que Deus jogue dados com o Universo”, era contrário às duas posições. Ele tinha uma posição ao mesmo tempo realista (tudo pode ser medido) e determinista (tudo pode ser previsto teoricamente). Bohr era a um só tempo antideterminista e anti-realista. Para ele, tudo que a ciência poderia almejar era o conhecimento das probabilidades de resultados experimentais. Para Einstein, era a compreensão dos segredos por trás do funcionamento da natureza, de por que as coisas eram de um jeito e não de outro. A questão de Bohr era apenas “o quê”; a de Einstein, “por quê?”. Einstein perdeu (GUROVITZ, 2003, p. 57).

equações matemáticas. Contudo, apesar dessas dificuldades práticas, a maioria dos cientistas tem se satisfeito com a idéia de que, novamente em tese, o futuro é previsível¹¹.

Somos essencialmente indeterminados, embora possamos ser eventualmente condicionados pelas nossas circunstâncias, mas nós não somos as nossas circunstâncias. Somos o que fazemos de nós mesmos dentro das circunstâncias que nos são dadas, ou seja, eu sou eu e a minha circunstância¹². Mais existencialmente, eu não sou aquilo que fizeram de mim, mas aquilo que eu fiz com o que fizeram de mim.

Pode ser que Deus não jogue dados. No entanto, na Sua imensa sabedoria, Ele permite que o universo jogue dados com o Demônio de Laplace. E às vezes o Demônio de Laplace perde.

Para os menos avisados ou menos esclarecidos em física e matemática profunda, a loucura parece estar-se apossando delas, que são redutos tradicionais do maior rigor racionalista pós-iluminista. Livros de divulgação científica de física e matemática tratam abertamente de temas como a origem e o fim do universo, viagens no tempo, dimensões adicionais, supercordas vibratórias, pontes entre multiversos e outras questões absolutamente não possíveis de submissão a exames laboratoriais, mas demonstráveis matematicamente. São questões interessantíssimas, que se relacionam com a busca mítica dos cientistas pela *teoria sobre tudo*, espécie de graal físico que unificará a Teoria da Relatividade geral de Einstein com a física quântica.

Em termos jurídicos, teríamos de revisar o quanto estamos amarrados a pressupostos filosóficos ideológicos, frutos de uma herança formalista e cientificista. O quanto esses pressupostos não

¹¹ HAWKING, 2001, p. 105.

¹² Para Ortega y Gasset “la realidad básica del ser humano es la ‘realidad radical’. El hombre no tiene una naturaleza esencial inseparable del mundo (yo soy yo y mi circunstancia) y, al no tener verdades universales que lo dirijan, necesita la razón para que lo guíe en las decisiones constantes que debe hacer ante un mundo inseguro y de duda. La razón es pues vital e histórica. Su visión de la sociedad es avanzada y esto le ganó críticas de la Iglesia de su época y del gobierno”. Disponível em: <www.caracol.com.co/homenajes.asp?A=88Id=32050>.

são explicitados na nossa formação *científica* e o quanto servem de legitimação para a utilização socialmente ilegítima e politicamente repressora do instrumental jurídico, em especial do instrumental jurídico-penal. É importante, portanto, visitar e desconstruir os alicerces positivistas e deterministas que nossos antepassados nos legaram, já desconformes, inclusive, com os próprios ramos de saber que lhes serviram, à época, de modelo – como a física e a matemática, cuja evolução foi aqui superficialmente abordada.

2.2 As escolas criminológicas

Na tradição jurídico-penal, o *determinismo* e o *positivismo* estão muito vivos, não só na doutrina e na jurisprudência, como na prática diária – nem sempre formulada – e no ensino jurídico – nem sempre de forma *explícita*.

Em direito penal, ser positivista não significa necessariamente ser kelseniano¹³. Significa estar ligado a uma tradição que remonta a Lombroso e Ferri, na Itália, ou a Magnan, Brouardel, Lacassagne e Gabriel Tarde, na França.

Entre nós, a escola italiana – a *antropologia criminal* baseada em Lombroso e Ferri – floresceu largamente, não sem deixar-se contaminar pelo lado mais sociologista da corrente francesa, mantendo uma relação dialética com o desenvolvimento da psiquiatria, de forma tal que é possível ver criminalistas falando em degenerações ao lado de eminentes psiquiatras influenciados pela noção de criminoso nato.

Lombroso e Ferri fizeram e continuam fazendo muitas cabeças por aqui. Há muito mais lombrosianos do que gostaríamos de admitir. O criminoso nato – esse ser que os franceses, já àquela época, chamavam de *o arlequim ideal de Lombroso*¹⁴ – é um fantasma que

¹³ Na teoria geral do direito, normalmente chama-se de *positivista* aquele que segue rigidamente a teoria kelseniana exposta especialmente na sua obra *A teoria pura do direito*.

¹⁴ Ver, a respeito do “arlequim ideal de Lombroso”, as colocações de Ruth Harris sobre as críticas da escola francesa aos seus contemporâneos italianos. Segundo essa autora, os

assombra não só as nossas faculdades de direito, mas também as conversas de botequim, as páginas policiais e os repórteres sensacionistas, sem contar os políticos de extrema direita.

Quem era esse criminoso nato? As descrições da escola positiva o retratam basicamente assim:

- 1) Anatomicamente: crânio assimétrico, fosseta occipital média, maior desenvolvimento da região occipital em relação à frontal, fronte fugidia, assimetria facial, proeminência dos seios frontais e das arcadas superciliares, desenvolvimento exagerado dos zigomas, agudeza do ângulo facial, prognatismo (o alongamento, a proeminência ou a obliquidade dos maxilares), mandíbulas largas e salientes, malformação das orelhas (orelhas em asas, tubérculo de Darwin, aderência do lóbulo, hélice incompleto etc.), falta de barba, predomínio da grande envergadura (extensão dos braços abertos em cruz sobre a altura) e maior desenvolvimento do rosto com relação à face (cara de cavalo). Em suma, um sujeito “feio de doer”.
- 2) Fisiologicamente: mancinismo (uso da mão esquerda) e ambidestrismo (uso indiferente de ambas as mãos). Analgesia (alta resistência à dor) e desvulnerabilidade (capacidade de recuperação rápida de lesões).
- 3) Psicologicamente: insensibilidade moral e imprevidência. Imprudência, covardia, ausência de remorso, preguiça, vaidade, vingança, uso da mentira, egoísmo, luxúria, cinismo, insolência, instabilidade, ausência ou fraqueza de sentimentos de família, amor pelo jogo, pela bebida, pela orgia, inteligência obtusa, falta de sentimento estético, imaginação pouco fértil, exagero de inclinação à ironia e à farsa, levando-o a ridicularizar as coisas mais santas e caras.
- 4) Culturalmente: uso de tatuagens e gírias¹⁵.

franceses sempre foram mais *sociologistas*, enquanto os italianos eram mais *biologistas* (HARRIS, 1993, p. 96).

¹⁵ SODRÉ, 1955, p. 175.

Em suma, um monstro. Não é difícil imaginar esse monstro, deformado, levemente oligofrênico, insensível e super-resistente, caricato como um vilão de filme de super-herói ou como um lutador de vale-tudo televisivo.

Os positivistas, acuados pelas críticas ao exagero da descrição, defenderam-se afirmando *que esses caracteres não estão presentes todos ao mesmo tempo em qualquer criminoso*, mas podem aparecer em *maior ou menor proporção* em cada caso. Na verdade, eles aparecem, em maior ou menor grau, em qualquer ser humano¹⁶.

Note-se que, para a escola positivista de direito penal, criminoso é aquele indivíduo que comete crime, mas não necessariamente uma pessoa que pratica um ato tido como *típico e ilícito* penal *positivado* em alguma legislação, mas alguém que realiza uma conduta enquadrável em um *conceito natural de crime*, que, para Garófalo¹⁷, é a “violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se acham na humanidade, por meio de ações prejudiciais à coletividade”. Assim, quando um positivista penal fala em crime, ele não está falando da mesma coisa que um juiz, um advogado ou um promotor modernos fariam ao pronunciar a mesma palavra.

Esse *conceito natural de crime* foi construído para que o *cientista* criminológico não tivesse de fundamentar seu trabalho em alguma coisa tão *fluida* quanto as opções positivas do legislador de cada país. Pareciam arbitrárias aos cientistas do crime as decisões de cada povo a respeito das condutas que tinham como criminosas em suas próprias culturas. Seria necessário superar o acidental para encontrar uma definição que fosse capaz de figurar abstratamente o crime, independentemente de condicionamentos de tempo e lugar, de modo que permitisse uma construção racional de um discurso científico sobre o crime. Ora, nem as partículas subatômicas

¹⁶ Na nossa turma de acadêmicos de direito, um colega ganhou imediatamente o apelido de Lombroso – e o manteve até o final do curso – na aula em que o professor de direito penal tratou do positivismo penal italiano. Frise-se que era – e ainda é – um sujeito de excelente caráter e reputação ilibada.

¹⁷ GARÓFALO apud SODRÉ, 1955, p. 129.

são estudadas pela física contemporânea fora do condicionamento de tempo e lugar.

Porém, algumas observações devem ser feitas. A primeira e mais importante – também a mais óbvia – é a de que não existe um conceito natural de crime. Conceitos de crime não são laranjas, que dão em árvores por aí, nem estão inscritos em rochas da natureza. Qualquer conceito de crime é construído (e construído por alguém). Portanto, não existe algo como *conceito natural de crime*. Sequer se pode dizer que todas as sociedades, em todos os tempos, conheceram alguma coisa que pode ser descrita como *crime* por alguma definição atemporal.

Qualquer conceito de crime é *cultural* e construído pelo próprio observador, inclusive quando ele resolve designar esse conceito como *natural*. Pode-se construir um conceito sociológico de crime, pode-se construir um conceito psicológico de crime, pode-se até construir um conceito jurídico de crime. Qualquer um desses conceitos trará uma carga de valores e causará conseqüências diversas na abordagem acerca do fenômeno criminológico que será feita nesta obra. Ao apresentar, porém, um conceito *natural* de crime, o criminologista está, na prática, ocultando as suas próprias opções valorativas por trás de um discurso ideológico, legitimando suas próprias opções políticas em uma pretensa neutralidade *natural*. Ora, se o conceito de crime que fundamenta a abordagem da escola antropológica-positivista é um conceito *natural*, estar-se-ia lidando com um fenômeno – o crime – que se referiria à violação de leis naturais, objetivas e incondicionadas, e não de leis simplesmente humanas. Nada mais forte para fundamentar o discurso da repressão penal.

A segunda observação é que, em qualquer trabalho minimamente coerente, ao estabelecer um *conceito*, o examinador passa a tratar com os *objetos* que se enquadrem nele. Ao estabelecer o conceito de *crime natural*, Lombroso deveria ter procurado *criminosos naturais*, ou seja, pessoas que cometeram *crimes naturais*, para estudar. Qual foi – e qual é –, porém, o público estudado pelos criminalistas? O *encarcerado*. Alguém que foi condenado por um

juiz, por ter cometido delito previsto como tal pelo direito positivo. Como não existem *cadeias naturais* nem *juizes naturais*, o público encarcerado é aquele que foi julgado pelo *sistema legal vigente*. Daí o desvio metodológico: define-se o *crime natural*, mas trabalha-se, na prática, com o *conceito legal, histórico e cultural de crime* e sua respectiva *clientela*.

Posto isso, quem seria, para os positivistas, esse *criminoso nato*? Uma espécie de *autômato* (como autômatos somos todos) de acordo com a escola penal antropologista, mas um autômato cujos estigmas revelam a pré-determinação ao cometimento de crimes. Ele não tem opção: cometerá crimes, ao longo de sua vida, independentemente de sua vontade. Aliás, vontade é um conceito que essa escola não conhece: somos todos movidos pelas forças deterministas da natureza – os que nasceram para criminosos serão sempre criminosos. Os que não nasceram assim, nunca o serão; ou pelo menos, somente em condições extremas serão levados a delinquir; quando forças externas forem mais fortes que as forças internas. Nesse caso ele não será um criminoso nato, mas um delinqüente eventual.

Como diz Moniz Sodré, eminente criminalista positivista:

O homem não é dotado deste poder arbitrário e soberano de decisão livre entre a luta de motivos diversos que atuam sobre ele; mas está sujeito à lei da causalidade e os seus atos são consequência inevitável das circunstâncias internas e externas que lhe influenciam a vontade. Esta é sempre determinada pelos motivos mais fortes: como o fiel de uma balança há de pender necessariamente para o lado em cujo prato exista o maior peso, assim a vontade é levada a se inclinar fatalmente para onde a arrastarem razões mais poderosas¹⁸.

Ainda sobre o delinqüente nato, Lombroso explica sua existência pelo fenômeno do *atavismo*, isto é, pelo ressurgimento de caracteres genéticos que estavam adormecidos na raça humana e que pertenceriam ao passado mítico de *selvagens descontrolados*. Volta e

¹⁸ SODRÉ, 1955, p. 74.

meia esses genes ressurgiriam, fazendo aparecer em nosso meio um espécime antropológicamente distinto e bem marcado, um *desvio patológico* da espécie humana consistente em um ser pré-determinado para o crime. Ao contrário, pois, da teoria de Morel – que via na loucura e no crime uma *degeneração*, ou seja, uma antecipação na decadência a que a raça humana está condenada no fim dos tempos míticos, a teoria do criminoso nato vê esse *espécime* como aberração no caminho seguro da humanidade no sentido da evolução darwiniana – um ser que está desconforme com o atual estado de evolução da espécie humana e que pode, portanto, ser *legitimamente eliminado* na luta pela evolução das espécies.

Nessa posição, há enorme contradição com a própria teoria darwinista. Nessa teoria, a *evolução* não é necessariamente um conceito *axiológico*, quer dizer, não necessariamente um ser mais bem adaptado para um ambiente é *melhor* que um ser *menos bem adaptado*. O ser mais bem adaptado prevalece porque sua melhor adaptação lhe dá vantagens na disputa pela vida, mas, se o meio ambiente muda, e ele passa a não ser mais tão bem adaptado ao novo meio, sucumbe ao que antes estava em desvantagem. Ora, se o *criminoso nato* fosse realmente uma *variação* dentro da espécie humana e estivesse menos bem adaptado para a vida adotada pela *civilização* moderna (leia-se, pela civilização ocidental caucasiana), não haveria necessidade de que a sociedade o eliminasse – ele não conseguiria sobreviver nem se reproduzir, pois seria eliminado pelo espécime mais adaptado. Não seria necessária a construção de sistemas artificiais para eliminá-lo.

Além do criminoso nato, a antropologia criminal reconheceria o *criminoso louco*, que seria uma espécie de criminoso nato cujos

caracteres orgânicos e, sobretudo, psicopatológicos não só ora são idênticos e ora opostos aos delinquentes não alienados, mas também, e principalmente, porque esses caracteres variam muitas vezes de uma forma de doença mental a outra e, por conseqüência, como conclui Lombroso, não podem ser resumidos em uma figura única¹⁹.

¹⁹ SODRÉ, 1955, p. 212.

Essa distinção é, portanto, accidental. Criminosos natos e criminosos loucos estariam submetidos ao mesmo determinismo cruel, que os impeliria irresistivelmente ao crime e legitimaria o direito de punir. Adotados os pressupostos do determinismo (seja o determinismo social da escola francesa, seja o determinismo biologizante da escola italiana), não se poderia mais falar em direito de punir, mas em direito de prevenir. O direito penal transformar-se-ia em um grande direito sanitário e seu fundamento lastrear-se-ia na periculosidade e não na culpabilidade, ou seja, ao julgar alguém, o crime que ele cometeu (ou que nem sequer cometeu ainda, já que, no limite, isso é irrelevante) passa a servir apenas como baliza, como referencial para um diagnóstico de personalidade criminosa, vale dizer, um prognóstico da periculosidade do cidadão perante seus concidadãos. Julga-se a personalidade do indivíduo, integrando-o, a partir de sua história (da qual o crime eventualmente cometido é apenas um dos indicadores), em uma das inúmeras categorias que o positivismo penal inventou para prever sua conduta futura. O lastro para a aplicação do direito penal deixa de ser a punição de um crime pretérito – do qual o agente, obviamente, não tem culpa, pois o cometeu dominado por forças acima e além de uma hipotética *vontade* que o positivismo nem crê que exista. Passa a ser a prevenção de crimes futuros e inevitáveis, a serem cometidos por esse sujeito irremediavelmente mau contra os demais sujeitos irremediavelmente bons, a quem compete proteger para zelar pela evolução adequada da sociedade. Diz ainda Moniz Sodré:

De fato: logicamente só é possível sustentar-se ou o livre-arbítrio absoluto ou o determinismo absoluto. As doutrinas ecléticas sobre o assunto, filhas da timidez mental, são um verdadeiro contra-senso, porque contêm idéias que se chocam mutuamente, sem possível conciliação. Demais, como observa Ferri, *todos os argumentos trazidos contra o livre-arbítrio absoluto destroem também o livre-arbítrio limitado, pois as objeções lógicas e experimentais que valem para um metro de livre-arbítrio valem também para um centímetro desse livre-arbítrio*²⁰.

²⁰ SODRÉ, 1955, p. 91.

Por isso, tornam-se despidiendas as discussões que separam os criminosos em mentalmente hígidos ou mentalmente enfermos. Ambos são irresponsáveis, nos termos clássicos, por seus atos, porque não os controlam nem podem alterar as forças que os determinaram. São, portanto, *perigosos*, já que o seu agir evidencia, com todas as circunstâncias a serem avaliadas, uma pré-determinação a cometer atos naturalmente criminosos²¹.

O direito penal passa a trabalhar, portanto, sobre alguns pressupostos fundamentais nunca evidenciados e explicitados, mas sempre presentes:

- 1) Os homens não são essencialmente iguais em natureza. As diferenças são mais que acidentais – são da própria essência humana, constituindo os criminosos e os loucos, entre outros, categorias antropológica e até mesmo biologicamente diferentes.
- 2) Somos todos determinados pela categoria a que pertencemos. Homens de bem não são criminosos, criminosos não são homens de bem.
- 3) É irrelevante que ninguém, nem homens de bem nem criminosos, tenha liberdade para escolher sua própria atuação futura – e, portanto, não tenha responsabilidade, no sentido clássico, por suas atuações passadas. O direito social de punir e segregar vem da projeção da provável repetição futura das conditas passadas – a periculosidade.

Esses pressupostos baseiam-se em concepções conservadoras da sociedade, da vida social e do direito, muitas vezes não mais suportados nem pelo ramo da ciência que lhes serviu de modelo original, nem pelo ordenamento contemporâneo. No entanto, eles têm-se imposto, porque se colocam sempre de forma implícita, velada, não discutida ou evidenciada. Urge explicitá-los e discuti-los.

²¹ Ver, a esse respeito, o excelente filme *Minority Report*, de Steven Spielberg, lançado em 2001, sobre uma sociedade, em um futuro hipotético, que prevê os crimes antes de serem cometidos e pune, previamente, os potenciais perpetradores.

2.3 Um novo enfoque para a loucura: a reforma psiquiátrica

Há dois paradigmas na abordagem jurídica da loucura que devem ser tratados aqui, ainda que superficialmente: a) o paradigma técnico, consistente na evolução da relação dos profissionais que lidam com os pacientes e na evolução da questão da saúde mental no âmbito da saúde pública, e b) a evolução do paradigma jurídico, no âmbito do direito constitucional e do direito sanitário, a ser tratado na Parte II.

A evolução do paradigma técnico está abrangida pelo conceito amplo de *reforma psiquiátrica*, que, na verdade, é mais uma noção, um movimento, do que um conceito.

O movimento de reforma psiquiátrica tem raízes profundas, remontando a Pinel e seu gesto mítico de desacorrentar os loucos no Hospital de Bicêtre, na Paris pós-revolucionária²².

Muito se tratou, anteriormente, da construção do conceito de loucura como *psicose* – e a perda de todo o conteúdo metafísico, estético, poético e literário do termo – com a conseqüente *medicalização* da abordagem do louco, construindo-se a noção, amplamente aceita e profundamente enraizada, de que loucura é igual a doença mental, de que o espaço para o louco é o hospital psiquiátrico e de que o profissional habilitado para tratar a loucura é o *psiquiatra*²³.

²² A história é conhecida e não cabe repeti-la. Retomo apenas um episódio, narrado pelo filho e biógrafo de Pinel e comentado, entre outros, por Foucault (1961, p. 460) e Octávio Dumond de Serpa Junior (1996, p. 17-18). Reza a lenda que, em 1793, Couthon – uma das três maiores autoridades da Revolução Francesa, ao lado de Robespierre e Saint-Just – inspecionou pessoalmente o Hospital de Bicêtre, recém-assumido por Pinel. Após os primeiros contatos com os loucos, deu por encerrada a inspeção, dizendo a Pinel: “Ah, cidadão! Você também é louco de querer desacorrentar tais animais? [...] Faça o que quiser. Eu os abandono a você. Mas temo que você seja vítima de sua própria presunção”, ao que Pinel teria respondido: “tenho a convicção de que esses alienados só são tão intratáveis porque os privamos de ar e liberdade e eu ousou esperar muito de meios completamente diferentes”. O gesto pineliano de desacorrentar os loucos para implementar “meios completamente diferentes”, mito de origem da psiquiatria, é o signo de que a ciência psiquiátrica já nasceu como reforma (TENÓRIO, 2001, p. 19).

²³ É interessante ler, a esse respeito, um pequeno conto de Edgar Allan Poe, chamado *O sistema do doutor Tarr e do prof. Fether* (Doutor Piche e Professor Pena), no qual ele

Assim, dentro desses parâmetros, poder-se-ia aceitar que a internação é um ato terapêutico que visa à busca da cura para a loucura, ao lado dos seus efeitos de proteção social contra o louco, ou melhor, contra o psicótico. Este passa a ser visto como um indivíduo incapaz de responder como sujeito às demandas sociais a que é exposto, com graves problemas para os laços sociais que todos nós vivemos e formamos. A psicose manifestar-se-ia, então, pela *perda da realidade*, na forma de alucinações, delírios e, sobretudo, *passagens ao ato*, como *suicídios e violência física dirigida ao outro*²⁴.

Nesse processo dialético de convivência com a loucura, a própria ciência foi se dando conta da *insuficiência da abordagem tradicional*: a entrega do louco ao ambiente manicomial apenas o cronifica. O mandato social dado ao psiquiatra, para considerá-lo como *tutor universal do louco* e, principalmente, como *escudo protetor* entre a sociedade e a loucura (e entre o louco e sua própria loucura), foi insuficiente para trazer a *cura* – objetivo mítico de restabelecer um padrão de *normalidade* capaz de eliminar a *periculosidade* do psicótico. O que se viu e se vê, na prática, é o agravamento da condição psicótica e a perda da possibilidade de retorno social ao louco que penetra nesse sistema.

Houve, ainda, certa euforia com o uso de produtos químicos na abordagem da psicose. Entre os *remédios* químicos para a loucura, encontra-se o *Amplictil*, droga neuroléptica, sintetizada em 1950 e alardeada como *a cura da loucura*, inaugurando a era dos psicofármacos modernos. Não se pode negar que essa droga e outras que a sucederam tenham, de fato, alterado o panorama nos hospitais psiquiátricos, diminuindo a necessidade de contenção física (correntes, cadeados, grades), substituída pela contenção química. Logo,

ironiza o “sistema suave” que era aplicado aos loucos em uma certa Maison de Santé, em Provence, no sul da França. Ao final do conto, ironicamente, ele descobre que o tal *método* decorre de uma rebelião havida no manicômio, na qual os loucos prenderam os funcionários e assumiram, eles próprios, o poder (COSTA, 2001, p. 127-139). Essa identidade entre loucos e seus guardiões ocorre também, de certa forma, no conto de Machado de Assis, *O Alienista*, já citado.

²⁴ O conceito de “passagem ao ato” é muito interessante para a questão do louco-criminoso e está em Tenório (2001, p. 14).

ficaria claro que os *neurolépticos* não eram a porta de ligação entre a loucura e a sanidade, mas, muitas vezes, a porta de ligação entre a loucura e a irrecuperabilidade, mormente quando utilizadas sem um contexto mais amplo de reinserção e uma abordagem mais flexível de readaptação. Augusto César de Farias Costa alerta que o uso indiscriminado e massificado desses instrumentos, mais como métodos de *controle* do que como instrumentos terapêuticos, fez com que logo fossem chamados de *camisa de força química*, ou mais popularmente de *sossega-leão*²⁵.

Experiências ocorridas ao redor do mundo foram prenunciando uma abordagem *menos formal* e mais interdisciplinar à questão da loucura. Experiências como a de comunidades terapêuticas, na Inglaterra, e a psiquiatria preventivo-comunitária, nos Estados Unidos, têm essa direção: a primeira, inserindo outros profissionais ao lado do psiquiatra, ouvindo-os e integrando-os mais à vida social e ao labor e a segunda, buscando a psicose antes mesmo de ela manifestar-se patologicamente, por meio da investigação e do trabalho com a sociedade, pela identificação preventiva dos fatores patogênicos. Essas primeiras experiências eram *tímidas* e não floresceram no sentido de uma ampla melhora na qualidade de vida dos pacientes psiquiátricos, mas deixaram raízes que possibilitaram experiências mais profundas e radicais, posteriormente²⁶.

²⁵ COSTA, 2002, p. 150.

²⁶ A experiência das comunidades terapêuticas chegou a ser vivida em uma escala razoável, aqui no Brasil. Os estudiosos, porém, criticam-na por enxergarem-na como um *sonho* de liberdade intramuros, quer dizer, uma abordagem reformista que preservou, como pressupostos, a internação asilar e a autoridade principal do psiquiatra como detentor de um *saber privilegiado* e de uma posição hegemônica de poder sobre o paciente. Os problemas decorrentes do internamento e das instituições onde eles ocorrem não podem mais ser ignorados pela ciência depois do magistral trabalho de Irving Goffman, *Manicômios, prisões e conventos* (2001). Qualquer solução, portanto, que preserve os muros do asilo manicomial e o poder incontestável do psiquiatra é insuficiente, na avaliação dos partidários contemporâneos da reforma psiquiátrica. Por outro lado, a experiência da psiquiatria preventivo-comunitária americana foi muito criticada pelo seu conteúdo autoritário e pela carga de controle social que ela depositou nas mãos do psiquiatra, na extensão do seu mandato no sentido do controle social, a título de *erradicação de condições patogênicas*. Tampouco representa um caminhar seguro no sentido da desconstrução do poder psiquiátrico ou do modelo asilar.

Dois estudos são muito citados como fundamentadores da experiência de reforma psiquiátrica vivida no Brasil: a *antipsiquiatria* e a *psiquiatria democrática*, formulada com base nos experimentos de Franco Basaglia. A primeira tem suas raízes na Inglaterra dos anos sessenta, em plena efervescência dos movimentos *underground* da contracultura (psicodelismo, misticismo, pacifismo e movimento *hippie*), e enfoca muito de perto a questão da *esquizofrenia*. Para essa corrente, a abordagem tradicional da esquizofrenia embute todos os preconceitos de uma sociedade não-inclusiva, por meio da construção de uma *estrutura de força* que leva à *exclusão* do esquizofrênico. Há uma experiência, sempre muito citada, que ocorreu no Hospital Psiquiátrico Público de Shenley, em que jovens esquizofrênicos não-cronificados formaram uma *comunidade de vida*, subvertendo a hierarquia e os preconceitos hospitalares. Houve um resultado muito bom, com baixo índice de recaídas²⁷.

A experiência da antipsiquiatria²⁸ foi um importante prenúncio das tendências antimanicomiais mais profundas que se seguiriam, em especial a experiência italiana de Franco Basaglia. Sobre este, pode-se falar muito, mas o processo que ele desencadeou ainda está em *plena progressão*, inclusive no Brasil. Trata-se de uma experiência profundamente transformadora da abordagem científica da loucura, e traz, também, largas conseqüências filosóficas, com importantes implicações jurídicas que ainda estão carentes de investigações mais profundas.

²⁷ A antipsiquiatria busca um diálogo entre a razão e a loucura, enxergando a loucura entre os homens e não dentro deles. Critica a nosografia que estipula o ser neurótico, denuncia a cronificação da instituição asilar e considera que mesmo a procura voluntária ao tratamento psiquiátrico é uma imposição do mercado ao indivíduo, que se sente isolado na sociedade. O método terapêutico da antipsiquiatria não prevê tratamento químico ou físico, e sim valoriza a análise do *discurso* através da *metanóia*, da viagem ou delírio do louco, que não deve ser podada. O louco é acompanhado pelo grupo, seja por meio de métodos de investigação, seja pela não repressão da crise, psicodramatizada ou auxiliada com recursos de regressão (AMARANTE, 2001, p. 44).

²⁸ A antipsiquiatria, finalmente, embora inicie um processo de ruptura radical com o saber psiquiátrico moderno, termina por elaborar outra referência teórica para a esquizofrenia, inspirada na escola de Palo Alto, conhecida como a teoria da lógica das comunicações que, em última instância, desliza para uma gênese comunicativa (FLEMING, 1976, p. 89).

De forma sintética, dir-se-ia que a reforma psiquiátrica, como hoje é vista no âmbito do direito sanitário, implica o reconhecimento da noção de *cidadania*²⁹ como noção principal na abordagem do paciente em busca da saúde mental e passa por alguns parâmetros, que poderiam ser enumerados assim:

- a) abordagem interdisciplinar da saúde mental, sem prevalência de um profissional sobre o outro;
- b) negativa do caráter terapêutico do internamento;
- c) respeito pleno da especificidade do paciente e da natureza plenamente humana da sua psicose;
- d) discussão do conceito de *cura* não mais como *devolução* ao paciente da *sanidade perdida*, mas como trabalho permanente de construção de um *sujeito (eu)* ali onde parece existir apenas um *objeto* de intervenção terapêutica (*isso*);
- e) denúncia das estruturas tradicionais como estruturas de repressão e exclusão;
- f) não-neutralidade da ciência;
- g) reconhecimento da inter-relação estreita entre as estruturas psiquiátricas tradicionais e o aparato jurídico-policial.

²⁹ “Eis o ponto a isolar: o processo que denominamos reforma psiquiátrica brasileira data de pouco mais de vinte anos e tem como marca distintiva e fundamental o reclame da cidadania do louco. ‘Embora trazendo exigências políticas, administrativas, técnicas – também teóricas – bastante novas, a reforma insiste em um argumento originário: os *direitos* do doente mental, sua *cidadania*” (TENÓRIO, 2001, p. 20).

Loucura e Direito

Parte II



3

Questões gerais



3.1 Um pouco de discussão constitucional

O ordenamento jurídico é, acima de tudo, uma construção racional. Pode ser identificado, ademais, como discurso ideológico e coerente de poder. Apesar dessas duas constatações – essenciais para se discutir como a questão da loucura é tratada no âmbito do direito –, cabe fazer uma perquirição um pouco mais profunda a respeito do tratamento *principiológico* que o ordenamento pátrio reserva àqueles que são vistos como portadores de patologias mentais.

Salta aos olhos que, logo no primeiro artigo, a Constituição Federal eleja a *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse conceito – dignidade da pessoa humana – é profundamente *caro* às sociedades cristãs ocidentais contemporâneas.

Lastreada na concepção kantiana da pessoa como fim, e nunca como meio, a cultura ocidental resgatou o conceito, notadamente após a Segunda Guerra e seus horrores, diante da constatação de que o formalismo do positivismo jurídico seria insuficiente para impedi-los.

Não podemos esquecer que Kant não considerava como cidadão aquele que não tivesse independência econômica, coerentemente com sua concepção liberal-burguesa de sociedade. Ele dizia que o doméstico, o trabalhador na loja, quem trabalha segundo a jornada, o próprio cabeleireiro devem ser qualificados somente como *opera-*

rii, não como artífices (no sentido mais amplo da palavra), e, portanto, não são membros do Estado nem cidadãos. O grande mestre considera que o trabalhador empregado numa loja ou numa fábrica, o servidor (não aquele que está a serviço do Estado), o pupilo (*naturaliter vel civiliter*), todas as mulheres e em geral todos aqueles que, na conservação da própria existência (na manutenção e na proteção), não dependem do próprio impulso, mas do comando dos outros (fora do comando do Estado), carecem de personalidade civil e sua existência é, de certa forma, só imanência. É possível concluir, portanto, que os loucos jamais seriam considerados cidadãos, dentro da filosofia kantiana.

Mesmo as noções tradicionais de dignidade da pessoa humana e de cidadania (garantida na sua integralidade pelo art. 5º da Constituição Federal) revelam-se problemáticas quando se tenta aplicá-las àqueles tidos como *loucos*, como psicóticos, no plano da medicina tradicional. Ao tratar da questão da dignidade, os autores sempre buscam sua raiz na autonomia, na sua capacidade de raciocinar e de determinar-se de acordo com seu entendimento, sua livre vontade, sem ser compelido por forças externas. Nada se discute sobre a pessoa humana que tem sua capacidade de entendimento ou de determinação tolhida por forças internas¹.

A noção de autonomia é amplamente discutida entre os autores que tratam da reforma psiquiátrica. Para eles, a questão da autonomia é muito mais quantitativa do que qualitativa – a antítese autonomia-dependência marca a própria vida humana. Somos tão mais autônomos à medida que conseguimos ampliar o número de coisas/relações de que somos dependentes. Somos tão menos autônomos quanto menor o número dessas coisas/relações de que dependemos.

¹ Fontes Júnior, em trabalho inédito, trata da dignidade da pessoa humana de forma magistral; aponta as limitações práticas dessa noção, dizendo: “A doutrina não tem o menor receio de confessar que o termo lhe escapa e que as formulações gerais são insatisfatórias, que a dignidade é uma noção com corpo semântico relativamente impreciso, alertando para o fato de que o problema é muito mais grave do que aparenta; em verdade, a dignidade da pessoa vem sendo invocada para defenderem-se soluções radicalmente contrárias sobre questões fundamentais, como a admissibilidade do aborto e da eutanásia” (FONTES JÚNIOR, 2002, p. 23).

Assim, o processo terapêutico consistiria exatamente em ampliar o número de coisas das quais o indivíduo é dependente, para, paradoxalmente, aumentar sua autonomia.

Nesse sentido, o conceito constitucional de *respeito ao pluralismo político* (art. 1º, V) deve ser aproveitado para garantir-se que o respeito à cidadania e à dignidade dê-se essencialmente no plano do respeito aos múltiplos modos pelos quais a razão e a *desrazão* se manifesta. Deve-se ter consciência de que a cidadania não deve ser uma camisa-de-força jurídica, um modelo rígido no qual se tentará enfiar violentamente aquele que nela não cabe. Deve, isso sim, ser um conceito fluido, capaz de ajustar-se à infinita multiplicidade do jeito humano de ser. Isso implica o alargamento do próprio conceito de pluralismo político, para entendê-lo como a necessidade de respeito ao pluralismo humano.

Assim, será preciso construir uma noção de cidadania que não seja externa ao próprio psíquico, que não o exclua *a priori* por estar além ou aquém da sua própria capacidade como ser humano pleno e diferente, como de resto somos todos; uma noção de cidadania que não parta de “desempenhos eleitos pelos profissionais como desejáveis segundo a sua própria concepção de autonomia, e não aquilo que o sujeito vivencia como a maneira como a doença se articula em sua vida”².

Não se pode negar, portanto, que pensar a questão da insanidade, na sua interface com a cidadania, é, de certa forma, repensar a própria questão dos conceitos de cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político. A incapacidade do louco de “cumprir e respeitar o contrato social”³ tem-no transformado simplesmente

² TENÓRIO, 2001, p. 65.

³ No novo direito instituído pela Revolução Francesa, no entanto, não cabiam os recolhimentos arbitrários dos diversos grupos de desviantes, e a cidadania exigia que se regularizasse a situação dos enclausurados nos chamados “hospitais gerais”: aos criminosos, um processo; aos idosos, um asilo de cuidados; a quem merecesse, a liberdade. O louco, desprovido de razão, era incapaz de discernimento quanto ao contrato social. Sua inadequação a esse contrato não podia ser vista como desobediência passível de punição, ao contrário dos cidadãos que, dotados pela razão da capacidade de conhecer, firmar e respeitar o contrato, descumpriam-no. Persistia, contudo, a necessidade social de ex-

em alguém mais além da própria proteção que esse contrato estabelece. Evidencia-se o poder limitado de pressupostos filosóficos que lastreiam a dignidade na razão.

Essa limitação evidencia-se especialmente no tratamento constitucional ao criminoso. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, diz a Constituição, no seu art. 5º, inciso LIV. Contudo, garantir o devido processo legal a quem o próprio Direito reconhece não entender seus termos não passa de uma ficção. A Constituição estabelece, ainda, no mesmo artigo (inciso LVII), que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Ora, o pressuposto para que alguém seja apenado é o de que seja considerado culpado por sentença penal condenatória. A pena não deve, ademais, passar da pessoa do condenado (inciso XLV do mesmo artigo), o que estabelece a dupla garantia: 1) a responsabilidade estritamente subjetiva (lastreada na culpa em sentido *lato*, quer dizer, no dolo e na culpa em sentido *estrito*) e 2) a pessoalidade da sanção.

Estabelecer, portanto, a constitucionalidade de um direito penal dirigido ao inimputável, baseado na periculosidade social (juízo para o futuro) e não na culpabilidade (juízo para o passado), é muito complicado, do ponto de vista da afinação com a Constituição vigente. Submetê-lo a processo penal para aplicar-lhe uma medida de segurança é, da mesma forma, complicadíssimo. Onde encontrar a culpa de quem é legalmente irresponsável? Como garantir o devido processo penal a quem não pode sequer *entender seus termos*? Como garantir a pessoalidade (a pena não deve passar da pessoa do condenado) se o louco deve ser *absolvido* e de-pois *apenado*?

Para que fosse constitucional julgar alguém após reconhecê-lo mentalmente enfermo, a ponto de não ter noção do que faz ou de não poder conduzir-se de acordo com essa noção, sob o fundamento da periculosidade social, seria preciso que a Constituição dissesse que *ninguém será considerado culpado ou perigoso socialmente até*

clusão do louco, justamente por sua incapacidade de cumprir e respeitar o contrato social (TENÓRIO, 2001, p. 22).

o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou de sentença penal absolutória que reconheça tal periculosidade, nos termos da lei.

É claro que um texto assim soaria *profano* aos ouvidos de qualquer constitucionalista, pelo grau de insegurança jurídica que ele geraria. No entanto, o texto vem sendo aplicado para aqueles tidos como *loucos perigosos* pela Justiça como se tivesse essa redação, sem que nenhum constitucionalista jamais se desse conta ou sem que nenhum penalista jamais questionasse os fundamentos constitucionais de uma *absolvição imprópria* – absolvição com imposição de medida de segurança – no âmbito do direito penal.

É óbvio que, se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nenhuma pena pode ser imposta a quem venha a ser absolvido. E é óbvio que compelir alguém a uma internação manicomial sem prazo definido e independentemente de sua vontade é um *sancionamento de natureza penal*. Fazê-lo no âmbito de um processo penal, em obediência à legislação penal, é uma condenação penal a uma sanção, ainda que sob o disfarce de uma *sanção terapêutica*. Quando a própria comunidade científica e o próprio Sistema Único de Saúde (SUS) vêm negando o caráter terapêutico do internamento, fica claro que a medida é estritamente punitiva e, portanto, de problemática constitucionalidade. Trata-se, pois, de responsabilização penal objetiva. Parece claro que outra medida teria de ser adotada pela sociedade, caso quisesse relacionar-se com alguém legalmente inimputável que lhe estivesse ameaçando algum valor jurídico sem que se lhe pudesse atribuir *culpa em sentido lato*.

3.2 Princípios do direito sanitário

Ainda no âmbito do direito constitucional, é preciso falar um pouco dos princípios atinentes ao direito sanitário, incluídos os princípios relativos ao Sistema Único de Saúde: é ali que se vê a contradição mais evidente entre a medida de segurança penal e o discurso ideológico que a lastreia considerando-a de *natureza sanitária*. Os estabelecimentos onde se cumprem as medidas de se-

gurança são considerados como estabelecimentos hospitalares (art. 99 do Código Penal). Embora sejam considerados como estabelecimentos hospitalares públicos, não integram o Sistema Único de Saúde, mas o sistema penitenciário. Isso significa que não são regidos pelos princípios do SUS (Constituição, art. 196 e seguintes, Leis n. 8.080/1990 e 8.142/1990), mas pelos princípios da execução penal (Lei n. 7.210/1984).

No trabalho intitulado *Sistema Único de Saúde e Manicômio Judiciário*, apresentado no Curso de Especialização a Distância em Direito Sanitário para magistrados e membros do Ministério Público, promovido pela Universidade de Brasília e ENSP/FIOCRUZ, as promotoras alagoanas Adriana Maria de Vasconcelos Feijó e Dalva Vanderlei Tenório defendem a inclusão dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no SUS, embora não questionem a coerência e a constitucionalidade da própria medida de segurança, quando confrontadas com os princípios constitucionais de tutela da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Partindo do pressuposto implícito de que as medidas de segurança são perfeitas juridicamente e adequadas sanitariamente, elas concluem:

Promoção do credenciamento junto ao SUS dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, garantindo-se aos pacientes submetidos à medida de segurança o acesso a métodos terapêuticos modernos como forma de possibilitar a melhoria na qualidade da saúde mental e o respeito à dignidade e à cidadania desses portadores de transtorno ou doença mental⁴.

Não é fácil entender como um penalista e um constitucionalista poderiam harmonizar essa contradição principiológica. Afinal, hospital público e instituição penitenciária são instituições regidas por princípios absurdamente diversos e incongruentes entre si. Portanto, não há como defender que a medida de segurança tem natureza sanitária e não-punitiva, sem evidenciar a contradição de um *hospital* submetido ao sistema *penitenciário* e não ao *Sistema Único de Saúde*.

⁴ Grifo das autoras.

Evidenciada está a contradição entre as normas penais que regem a medida de segurança (e sua aplicação) e as regras constitucionais de garantia penal. É preciso, porém, verificar a adequação da legislação sanitária de reforma psiquiátrica aos mesmos princípios em dois planos: 1) a sua compatibilidade com a Constituição e 2) a sua integração com o restante do ordenamento infraconstitucional.

É preciso, nesse passo, fazer uma digressão sobre os princípios do SUS e da própria saúde pública no Brasil. Para entender o sistema sanitário brasileiro, duas leis são fundamentais: as Leis n. 8.080/1990 e 8.142/1990. Essas leis estabelecem *princípios* de direito sanitário, afinadíssimos com a Constituição Federal, que foram muito bem sintetizados por Augusto César de Farias Costa⁵:

1. SAÚDE COMO DIREITO

“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, por meio de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e ao estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva”.

2. UNIVERSALIDADE

“Acesso garantido aos serviços de saúde para toda população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. Garantia a todos os brasileiros, com ou sem vínculo previdenciário ou beneficiário de seguro privado de saúde.

3. EQÜIDADE

“Igualdade na assistência à saúde, com ações e serviços priorizados em função de situações de risco e condições de vida e saúde de determinados indivíduos e grupos de população”. O governo, em qualquer nível de gestão, cuidará de prestar atenção igualitária para a pessoa e a coletividade. O que deve determinar o tipo de atendimento é a intensidade e a forma da doença independentemente do extrato socioeconômico-cultural a que pertença o indivíduo.

⁵ COSTA, 2002, p. 152.

4. INTEGRALIDADE

“Entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigido para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema”. Garantia de tratamento à pessoa dentro de uma abordagem que não segmente ou dissocie, fazendo interagir a promoção, a prevenção, a assistência e a reinserção plena do indivíduo em seu contexto.

5. RESOLUTIVIDADE

“Eficiência na capacidade de resolução das ações e serviços de saúde, através da assistência integral resolutiva, contínua e de boa qualidade à população adstrita, no domicílio e na unidade de saúde, buscando identificar e intervir sobre as causas e fatores de risco, aos quais essa população está exposta”. Garantia de buscar continuamente a interdisciplinaridade no sentido da relação entre as várias formas de conhecimento associadas à saúde, a articulação entre as categorias profissionais e a organização do trabalho, promovendo cada vez mais o aprimoramento do sistema na prestação da saúde às pessoas e ao conjunto da sociedade.

6. INTERSETORIALIDADE

“Desenvolvimento de ações integradas entre os serviços de saúde e outros órgãos públicos, com a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do SUS, potencializando, assim, os recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos disponíveis e evitando duplicidade de meios para fins idênticos”. Garantia de buscar a segmentação dos serviços de saúde e de trabalhar em suas interfaces, visando atingir uma relação de intercomplementariedade entre eles.

7. HUMANIZAÇÃO DO ATENDIMENTO

“Responsabilização mútua entre os serviços de saúde e a comunidade e estreitamento do vínculo entre as equipes de profissionais e a população”. Garantir que o valor da vida seja o grande orientador das ações de saúde.

8. PARTICIPAÇÃO

“Democratização do conhecimento do processo saúde/doença e dos serviços, estimulando a organização da comunidade para o efetivo

exercício do controle social, na gestão do sistema”. Garantir aos cidadãos o acesso à visibilidade e à participação no processo decisório.

A estruturação do SUS obedece, também, a uma série de diretrizes, igualmente traçadas pela Constituição e pelas Leis n. 8.080/1990 e 8.142/1990. Valemo-nos da sistematização realizada por Augusto César de Farias Costa, no texto já citado, para elencar as diretrizes do SUS:

1. DESCENTRALIZAÇÃO

Atribuição e exercício da política de saúde de forma democrática, voltada para os níveis locais do sistema, em geral o município, com ações de atenção integral definidas nas três esferas de governo.

2. HIERARQUIZAÇÃO

Definição de níveis de complexidade para a atenção de acordo com a área de abrangência geográfica e a rede de serviços de saúde, nos quais as ações básicas devem absorver a maior parte da demanda e apenas os casos mais graves são encaminhados para os serviços mais complexos e/ou hospitalares.

3. REGIONALIZAÇÃO

Rede de unidades descentralizada e hierarquizada deve estar bem distribuída geograficamente para garantir o acesso da população a todos os tipos de serviços.

4. FINANCIAMENTO

O SUS deve ser financiado com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

5. CONTROLE SOCIAL

É garantido à sociedade interagir com o poder público, participar do estabelecimento das políticas de saúde, discutir suas prioridades e fiscalizar a execução dessas políticas e a utilização dos recursos⁶.

Lastreada nesses princípios, encontramos a Lei n. 10.216/2001, que trata exatamente da proteção e dos direitos das pessoas porta-

⁶ COSTA, 2002, p. 152.

doras de transtornos mentais, e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Note-se, logo em um primeiro momento, que a lei não excepciona do seu texto os portadores de transtornos que tenham cometido crime, de modo que também esses são atingidos por ela. Não há motivo para excluí-los da aplicação desse diploma, sem promover uma discriminação que não tem o menor suporte na Constituição Federal. Ao contrário, o seu art. 1º determina que os direitos ali assegurados aos portadores de transtornos mentais devem ser garantidos *sem qualquer forma de discriminação*, incluída a discriminação pelo fato da *passagem ao ato*, vale dizer, do cometimento de fato previsto na lei como crime.

A lei apresenta várias disposições interessantíssimas, cuja interpretação será necessária inclusive para fins penais e processuais. O parágrafo único do art. 2º traz uma verdadeira *declaração de princípios e direitos da pessoa portadora de transtornos mentais*, que não exclui os demais direitos atribuídos ao conjunto dos cidadãos. No entanto, o art. 4º ainda admite a internação, condicionando-a, outrossim, à insuficiência de recursos extra-hospitalares.

As leis estaduais sobre o tema foram mais precisas e avançadas que a federal. Elas prevêm, de regra, a extinção progressiva dos hospitais psiquiátricos (sem excluir os manicômios judiciais), com a sua substituição por outros recursos.

Aliás, é exatamente esta a ementa da Lei Estadual n. 12.151/1993, do Estado do Ceará. Essa lei “dispõe sobre a extinção progressiva dos hospitais psiquiátricos e sua substituição por outros recursos assistenciais, regulamenta a internação psiquiátrica compulsória e dá outras providências”. A lei de Minas Gerais (Lei Estadual n. 11.802/1995) também prevê “a implantação de ações e serviços de saúde mental substitutivos aos hospitais psiquiátricos e a extinção progressiva destes”, enquanto a lei do Paraná (Lei Estadual n. 11.189/1995) estabelece norma desse teor no seu art. 2º. Citem-se ainda as leis estaduais de Pernambuco (Lei n. 11.064/1994), do Rio Grande do Norte (Lei Estadual n. 6.758/1995) e do Rio Grande do Sul (Lei n. 9.716/1992).

A Revista Istoé n. 1.758 (11.6.2003) traz, à página 46, uma matéria interessante denominada “Regresso à Cidadania”, de Celina Côrtes, em que é noticiado o retorno ao lar da senhora Maria Soares Lacerda, a *Gatinha*, 62 anos, que passou os últimos 20 anos no Hospital Psiquiátrico Nise da Silveira, no Rio de Janeiro. Vale transcrever um trecho da citada matéria:

Maria está entre os cinco primeiros pacientes do Rio que receberam a bolsa de incentivo à não-hospitalização, de dois salários mínimos (R\$ 480,00), criada pela Lei Municipal 3.400, de 2002. É um passaporte para a liberdade a doentes internados que apresentam condições de viver na sociedade. O dinheiro vai para o paciente ou para a sua família. Ele pode ser abrigado pelos parentes, como *Gatinha*, ou morar sozinho. A legislação carioca foi baseada no projeto que o presidente Lula da Silva assinou há duas semanas, após doze anos de discussão. O texto, enviado para o Congresso, contém as diretrizes do Programa Federal de Saúde Mental. “Nossa expectativa é de que sua aprovação saia em três meses”, festeja Pedro Delgado, coordenador de Saúde Mental do Ministério da Saúde. Ele estima que dois mil pacientes trocarão os hospitais psiquiátricos pelas bolsas ainda este ano, e outros 15 mil até 2007.

O artigo prossegue pontuando que existiam à época 55 mil leitos em 244 hospitais psiquiátricos no Brasil, e que essas vagas seriam gradualmente extintas pelo citado programa. Isso representaria economia, já que cada internado custa em média R\$ 800,00 por mês aos cofres públicos. “Na prática”, prossegue o artigo,

a estratégia não significa jogar os doentes na rua, mas manter o tratamento em centros especializados e acompanhamento dos pacientes em suas próprias casas. Esta tendência começou na década de 60, a partir das idéias do psiquiatra italiano Franco Basaglia, segundo as quais deve-se dar cidadania aos doentes mentais, o que significa direito ao lazer, ao trabalho e à moradia.

A lei federal ainda não representa a plena consolidação dos ideais da reforma psiquiátrica no mundo jurídico. A resistência para sua aprovação na forma como foi proposta veio principalmente das

correntes mais conservadoras da política nacional, que sofreu pressão do poder econômico dos grandes proprietários de hospícios.

A notícia é de Augusto César de Farias Costa. Ele diz:

Como um projeto que dispunha sobre a proteção, direitos e assistência às pessoas portadoras de transtornos mentais, sofreu cerrado bombardeio de todas as correntes ideologicamente conservadoras. Essas correntes, associadas ao poder econômico dos poderosos proprietários dos hospícios privados brasileiros, aglutinados sob a bandeira da Federação Brasileira dos Hospitais, tentou transformar seu caráter de inclusão, contemporaneidade e humanização e buscou manter no modelo assistencial a mesma feição hospitalocêntrica. Porém, antes mesmo de ser aprovada a Lei Federal, várias cidades e a maioria dos Estados da Federação (PE, ES, RS, CE, RN, MG, PR, DF e outros em tramitação), além de contarem com seus núcleos da Luta Antimanicomial, já haviam aprovado suas legislações locais, guardando os mesmos princípios do projeto que estava em tramitação, numa demonstração assente da vontade popular e da irreversibilidade do processo⁷.

Já está evidente, no entanto, que esses princípios e diretrizes têm plena aplicação no tratamento dos portadores de transtornos mentais, tenham eles cometido fato capitulado como crime ou não. As questões de conflito entre tais princípios e diretrizes, com os princípios do direito penal e da execução penal, serão tratadas em seguida.

3.3 A legislação de reforma psiquiátrica e o sistema penal

As orientações do SUS, suas diretrizes e os princípios específicos previstos na lei de reforma psiquiátrica aplicam-se, integral e imediatamente, aos manicômios judiciários onde estão depositados os loucos que cometeram fatos descritos na lei penal, bem como à relação entre o mundo jurídico e eles próprios. Esse assunto foi tratado, em uma primeira abordagem, no Seminário Nacional para a

⁷ COSTA, 2002, p. 164.

Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, promoção conjunta do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Assistência à Saúde, área técnica de Saúde Mental, ocorrido em setembro de 2002. Uma das conclusões ali adotadas é a de que

nos estados onde existam manicômios judiciários, as condições mínimas devem se adequar às normas do SUS, com as mesmas regras para os hospitais psiquiátricos públicos ou credenciados aos SUS, direcionadas no sentido da humanização, desospitalização e desinstitucionalização, evoluindo para o regime aberto (Grupo de Trabalho 03)⁸.

O Judiciário vem lentamente aceitando essa orientação, como se nota da ementa seguinte, relativa a julgado oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL. INIMPUTABILIDADE DO RÉU NA ÉPOCA DOS FATOS. MEDIDA DE SEGURANÇA. TRATAMENTO AMBULATORIAL EM ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE MENTAL PREVISTO NA LEI N. 10.216/01, COM ACOMPANHAMENTO DE MÉDICO DA CONFIANÇA DO PACIENTE. DIREITOS ASSEGURADOS AO PORTADOR DE TRANSTORNOS MENTAIS.

Aplicada medida de segurança de tratamento ambulatorial a réu inimputável à época dos fatos, tem este, portador de transtorno mental nos termos da Lei n. 10.216/2001, entre outros, direito de ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo com as suas necessidades, ser tratado em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis e, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental, a fim de que possa ser reinserido socialmente em seu meio. Dessarte, em vez da internação em Instituto Psiquiátrico Forense, fica o paciente obrigado a tratamento ambulatorial nos estabelecimentos de saúde mental previstos na Lei n. 10.216/2001, restando facultada a orientação e o acompanhamento do tratamento por médico de confiança pessoal do internado, nos termos do artigo 43 da LEP (TRF 4ª Região, 8ª Turma. Apelação Criminal n. 2001.71.00.000774-0, rel. desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, julg. em 22.10.2003).

⁸ Conclusão transcrita nos anais, publicados no tomo *Legislação em saúde mental*, do Ministério da Saúde. Texto integral disponível em: <www.saude.gov.br>.

É claro que essa posição é insuficiente, porque excepciona o apelante – felizardo – do sistema manicomial penal, sem implicar o reconhecimento de que o próprio sistema é iníquo. Aponta, porém, no sentido que aqui se discute⁹.

A outra questão essencial, que decorre da promulgação dessa lei, é a derrogação da Lei de Execução Penal, no que concerne às medidas de segurança, já que seu teor aplica-se aos pacientes que cometeram ou não fato descrito como crime na lei penal. Assim, devem ser de pronto aplicadas para os atuais internos de manicômios judiciais normas como a do seu art. 5º da Lei n. 10.216/2001, que determina:

o paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

De acordo com o jornalista Douglas Tavolaro:

Segundo estimativas recentes, 10% a 20% dos doentes mentais apresentam curso de cronificação irreversível; 15% a 25% apresentam melhora parcial, permitindo alguma readaptação social; e 50% a 70% apresentam prognóstico favorável, que, se acompanhado de um tratamento correto, possibilita a reinserção social, com ganhos na qualidade de vida. A Justiça ainda não despertou para o assunto. O tempo de internação do paciente do manicômio é determinado primeiramente pelo processo, depois por prorrogações anuais estabelecidas pelo juiz corregedor, baseadas na perícia psiquiátrica elaborada pela equipe técnica do hospital. A medida de segurança tem duração de um a três anos, prorrogáveis pelo mesmo período, o que pode tornar o manicômio uma prisão perpétua¹⁰.

⁹ Agradeço ao colega Humberto Jacques de Medeiros que foi procurador regional da República na 4ª Região, participou do julgamento e conseguiu a ementa, além de ser uma das grandes autoridades no Brasil em saúde mental e direito.

¹⁰ TAVOLARO, 2001, p. 176.

É certo que a Lei Federal n. 10.216/2001 não foi expressa quanto à derrogação da Lei de Execução Penal. De fato, ela não traz nenhum artigo – nem em fórmula genérica que determine que *revogam-se as disposições em contrário*. Haveria, portanto, um caso de conflito aparente de normas no tempo.

O primeiro passo seria ir à Lei Complementar n. 95, de 28 de fevereiro de 1998, que regulamenta o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal e determina que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (art. 9º, com a redação dada pela Lei Complementar n. 107/2001). Ocorre que a Lei Complementar n. 107/2001 é de 26 de abril de 2001, tendo entrado em vigor nessa data, enquanto a Lei da Reforma Psiquiátrica é de 6 de abril do mesmo ano. Sendo-lhe anterior, não estaria obrigada a seguir seus ditames. Note-se que a redação original desse artigo na Lei Complementar n. 95/1998 (em vigor no momento da promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica) determinava apenas que *sendo necessário* a lei nova explicitasse quais dispositivos estava expressamente revogando.

Contudo essa é uma discussão um tanto bizantina: a Lei Complementar n. 95/1998 é uma lei de *técnica legislativa*, não de *técnica hermenêutica*, ou seja, ela obriga ao redator da lei, mas não ao operador e ao intérprete. Estes últimos têm, como diploma legal que fundamenta sua atuação, a Lei de Introdução ao Código Civil. Quer dizer, ainda que uma lei não traga a cláusula de revogação expressa de uma outra anterior com a qual seja logicamente incompatível (desobedecendo, em tese, à Lei Complementar n. 95/1998), ela não deixa de ser perfeita, válida e eficaz por causa disso¹¹. Seria impossível, na prática – embora recomendável, na técnica –, que o legislador pudesse se dar conta de todas as alterações que ocorrem no mundo jurídico com a promulgação de uma lei nova. É certo que a consignação expressa dos dispositivos revogados facilita enormemente o trabalho do exegeta, mas a sua omissão não significa que a lei incompatível não esteja revogada – sob pena de rompimento dos princípios da unidade e da coerência do ordenamento jurídico. Na

¹¹ É exatamente o que diz o art. 18 da Lei Complementar n. 95/1998.

verdade, a ausência de fórmula expressa de revogação causa conflito aparente de normas a ser resolvido nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim, o fato de a Lei da Reforma Psiquiátrica não expressar a revogação dos dispositivos incompatíveis no Código Penal e na Lei de Execução Penal não significa que esses dispositivos não tenham sido revogados. Citem-se, como exemplos, os §§ 1º e 2º do art. 97, com seus prazos mínimos obrigatórios para a realização e repetição de regimes (com seus correlatos arts. 175 a 179 da Lei de Execução Penal), incompatíveis com o princípio da utilidade terapêutica do internamento, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei da Reforma Psiquiátrica, ou com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes crônicos (art. 5º da Lei da Reforma Psiquiátrica). Além disso, os direitos mínimos garantidos na Lei de Execução Penal àquele que cumpre medida de segurança (art. 99, parágrafo único, da Lei de Execução Penal) confrontam-se com aqueles, *muito mais amplos*, assegurados no art. 2º da Lei da Reforma Psiquiátrica, e a classificação do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico como estabelecimento penal (Título IV, Capítulo VI, da Lei de Execução Penal) está em desacordo com os princípios do SUS, constitucionais e infraconstitucionais.

São logicamente incompatíveis dispositivos do sistema penal que determinam a *presunção de periculosidade do louco* e o seu tratamento em função do tipo de delito que cometeu (se punido com detenção ou reclusão), baseado em prazos fixos e rígidos, como as normas sanitárias que determinam que o tratamento visará como finalidade permanente à reinserção social do paciente em seu meio e que o internamento só será indicado quando os recursos extra-hospitalares mostrarem-se insuficientes (art. 4º e parágrafos da Lei da Reforma Psiquiátrica).

Havendo, portanto, conflito aparente de leis no tempo, aplicam-se os §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Vale dizer, a lei posterior revoga a anterior – o que seria o caso. A exceção seria o chamado *princípio da especialidade*, pelo qual a lei geral não ab-roga ou derroga a lei especial que com ela não for incompatível,

ainda que a lei geral seja posterior e regule integralmente a matéria. Vale a pena perquirir se esse é o caso.

Pergunta-se, então: qual a lei especial? Seria especial a lei que trata da proteção da pessoa portadora de transtornos mentais (Lei n. 10.216/2001) quando confrontada com o Código Penal, que, em tese, trata das sanções aplicáveis a qualquer cidadão que comete crime? Ou o Código Penal, ao disciplinar a aplicação de medida de segurança ao portador de transtornos mentais que comete fato típico, seria lei especial quando cotejado com uma lei que trata de todos os portadores de transtornos mentais?

Entendemos que esse é um falso problema. Na verdade, a lei de proteção à pessoa portadora de transtornos mentais não distingue, no seu texto, portadores criminosos ou não-criminosos. Note-se que nem todos os portadores de transtornos mentais são inimputáveis e que por vezes os transtornos mentais atingem quem está condenado por crime cometido anteriormente e até mesmo os que já se encontram presos por sentença condenatória transitada em julgado. Nesses casos, a lei geral (Lei n. 10.216/2001) aplica-se plenamente. Não existe, então, razão para que não se aplique plenamente aos inimputáveis que passaram ao ato, ou seja, que cometeram fato tido como típico pela lei penal. Imaginar o contrário seria concluir que a lei aplica-se ao cidadão condenado e culpado, mas não se aplica a um cidadão inimputável, o que seria um absurdo.

É óbvio que, se considerarmos que o próprio instituto da medida de segurança é *inconstitucional* – como defendemos neste trabalho –, não há mais discussão sobre o conflito aparente de normas. Caem todas as normas do sistema penal que se aplicam ao louco, que *passa ao ato* e pratica fato tipificado na lei penal, e aplica-se-lhe integralmente a Lei da Reforma Psiquiátrica. Nesse caso, passa a haver uma *lacuna axiológica do direito*¹² pela ausência de responsabilização ju-

¹² Tratando do princípio da plenitude hermética do ordenamento jurídico, A. L. Machado Neto trata do axioma, defendido por Carlos Cossio, que determina que “tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado”. Após discorrer sobre esse princípio, Machado Neto aponta que isso não impede a existência de lacunas axiológicas no direito. Ele afirma: “A partir dessa verificação, que não é puramente lógica – daí

rídica a um sujeito no exercício – ainda que peculiar – da própria cidadania. Urge construir o sistema para responsabilizá-lo, mas sem manter o atual, obviamente incoerente.

De grande importância, e igualmente de aplicação imediata, são os artigos que estabelecem que a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (art. 6º da Lei da Reforma Psiquiátrica). Parece que teremos que *repensar* o princípio, atualmente aceito de forma pacífica, de que as medidas de segurança são estabelecidas com base no apenamento do respectivo tipo penal (reclusão corresponde a internamento, detenção corresponde a tratamento ambulatorial). Pela nova sistemática, internamento ou tratamento ambulatorial decorrem de recomendação da equipe interdisciplinar que lida com o paciente e não de determinação judicial ou legal.

É de se registrar que o relatório final produzido pelo citado *Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico* já se posicionava contra a construção de novos hospitais de custódia (manicômios judiciários) e contra a ampliação dos existentes.

As considerações finais do referido seminário tratam da questão da inconstitucionalidade da medida de segurança de forma muito veemente, valendo a transcrição:

Produtos não menos importantes do Seminário Nacional para a Reorientação dos HCTPs foram os debates das mesas redondas, as reflexões nos grupos de trabalho e as conversas e reflexões próprias de um evento deste porte. Entre as idéias debatidas nestes espaços, o argumento da inconstitucionalidade da medida de segurança foi seguramente o mais arrebatador – talvez por revelar as razões de uma sensa-

que Cossio a tivesse denominado de axioma ontológico – já não é possível mais falar de lacunas de direito. O que tradicionalmente se vem assim denominando são lacunas axiológicas; mas não lógicas. Na verdade, o que existe e é vivido como uma lacuna é que o modo de vivenciar os valores jurídicos por parte de uma dada comunidade jurídica já superou o modo como atualmente está regulamentada uma situação dada. Mas ela já está regulada de alguma forma. Mesmo que a lei não a mencione sequer, quando será considerada facultada, porque não proibida” (MACHADO NETO, 1998, p. 152).

ção, compartilhada pelos participantes do seminário, de que há algo essencialmente injusto na aplicação da medida de tratamento.

O texto prossegue, mais contundente:

nestas discussões, as noções de que a aplicação da medida de segurança fere os princípios constitucionais da reserva legal e da proporcionalidade da pena apontaram para a necessidade de formulação de novos paradigmas jurídicos, além de novos paradigmas assistenciais no cuidado ao louco infrator. A Comissão Técnica constituída pelo seminário para propor mudanças na Lei de Execução Penal (LEP) certamente não será o único fórum dedicado a esta questão. O produto mais importante do Seminário Nacional para Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, na verdade, talvez ainda esteja por vir: o amplo debate do problema nos Estados, em fóruns intersetoriais. É um consenso do seminário de que assim se darão os primeiros passos para a mudança.

Muitas outras coisas podem ser ditas ainda sobre a harmonização entre a legislação sanitária, que trata da saúde mental, e essa aberração ainda conhecida como medida de segurança. Algumas dessas coisas ultrapassam os limites estreitos deste trabalho. Outras serão tratadas rapidamente em capítulo específico¹³.

¹³ Para uma visão sobre a inserção de usuário de droga no sistema manicomial penal, interessante é o livro *Meu nome não é Johnny*, que narra o ingresso de um rapaz da classe média urbana carioca (João Guilherme Estrella) no mundo do tráfico internacional, sua prisão e posterior internação no manicômio judicial e sua recuperação. O livro é da Editora Record, muito bem escrito pelo jornalista Guilherme Fiúza e merece leitura.

4

Saúde mental e processo penal



4.1 Generalidades

Muito se tem atentado para a questão da medida de segurança quando se trata especificamente de direito penal. É preciso, no entanto, tratar da relação da saúde mental com a justiça criminal em sentido *lato*. É necessário revisar as questões atinentes à loucura no direito processual penal para verificar como a justiça criminal se relaciona com o cidadão, a respeito do qual pairam dúvidas relativas à saúde mental.

Esse cidadão estará sujeito, pois, a medidas de cunho *processual* e de cunho *penal* – ambas com diferentes escopos técnicos, mas eventualmente com o mesmo resultado fático: a sua internação.

É ainda na fase do processo que surge juridicamente a questão da saúde mental do acusado. Seja o réu alguém com história de trânsito pelo sistema psiquiátrico¹, seja ele alguém de quem se duvida da sa-

¹ Estando o atual modelo psiquiátrico lastreado naquilo que os partidários da reforma psiquiátrica costumam chamar de *modelo hospitalocêntrico*, os autores costumam apontar a tendência à cronificação decorrente desse sistema. Para os partidários desse movimento, essa cronificação decorre muito mais de um defeito intrínseco do sistema de saúde mental em vigor, do que da própria natureza da *doença mental*. Fernando Tenório assegura: “Não é preciso muita experiência em psiquiatria para saber que a trajetória mais comum dos pacientes psiquiátricos graves ou de evolução prolongada é a de muitas internações, isolamento crescente, empobrecimento dos vínculos sociais e progressiva redução da vida às entradas e saídas do manicômio. São muitos os pacientes que saem de uma instituição para entrar em outra ou para voltar à mesma logo em seguida. A impos-

nidade pela própria forma com que cometeu o crime², seja alguém que apresenta inadequação aos atos processuais ou simplesmente alguém cuja defesa entende interessante submeter ao procedimento de insanidade, instaura-se o *procedimento de insanidade mental*, previsto pelos arts. 149 e seguintes do Código de Processo Penal, procedimento este *extremamente invasivo* e potencialmente *restritivo da liberdade pessoal do réu*.

A questão da falsa alegação de problemas mentais sempre preocupou os juristas e os profissionais da saúde mental que atuam parajudicialmente. Existiu sempre certo receio de que o fingimento de doença mental pudesse representar uma porta para a impunidade. Embora o inimputável seja absolvido, Antônio José Eça chama a atenção para o fato de que o indivíduo cumpre medida que, na prática, é mais penosa que a pena criminal:

Assim é que, submetido a medida de segurança, o indivíduo fica naturalmente sujeito ao parecer que deve ser elaborado ao término da mesma, e dependendo da sua situação e de seu diagnóstico, corre o risco de não ter mais alta, ou pelo menos não no período que lhe foi informado³.

sibilidade de transformar esse destino parece ser uma característica da própria doença mental grave, isto é, o sujeito que se caracteriza por ter uma doença dessa natureza, especialmente o esquizofrênico, parece ser incapaz de estabelecer para si um destino diferente. Dito de outra forma, não parece estar ao alcance da psiquiatria romper esse ciclo de repetições. Apresentada dessa maneira, essa impossibilidade é vista como decorrente da própria *evolução natural* da doença mental em suas formas mais graves”. No entanto, em seguimento, o mesmo autor ressalta que “esse destino é sobretudo o resultado de uma certa forma de fazer e pensar a psiquiatria. Dito de outro modo, a assistência psiquiátrica, quando concebida de uma determinada maneira, determina de antemão seus resultados, fazendo da institucionalização um destino inevitável” (TENÓRIO, 2001, p. 56).

² Há um pensamento, que por vezes se explicita na doutrina mais *prática*, de que *deve-se ter em mente que quanto mais raro o ato anti-social, mais anormal ele é*, como explana Antônio José Eça, no seu Roteiro de psicopatologia forense. Ele explica: “Generalizando: quanto mais aberrante ou *original* uma moda ou uma ação, tanto maior probabilidade tem o indivíduo de ser anormal. Há de se considerar, porém, que existe uma relatividade dos critérios, já que determinadas atitudes podem ter o qualificativo de anormais hoje e não amanhã, como vimos, mas deve-se considerar, antes de tudo, que seja lá qual o critério que se esteja utilizando, qualquer um deles baseia-se nas características básicas e fundamentais da personalidade” (EÇA, 2002, p. 79).

³ *Ibidem*, p. 49.

São essas as principais hipóteses que desencadeiam, na prática, o incidente de insanidade. Estigmatizado por ser cliente do sistema psiquiátrico ou pela própria forma *anormal* com que o crime foi cometido ou por sua forma *anormal* de ser ou de apresentar-se em juízo ou como *estratégia de defesa*, instaura-se o incidente.

Esse incidente tem sempre natureza judicial, isto é, sempre é determinado pelo juiz, ainda que realizado na fase pré-processual (no *inquérito policial*).

4.2 O procedimento de incidente de insanidade mental

A partir desse momento, admitido o incidente pelo juiz, o processo é suspenso, havendo uma verdadeira presunção de que o réu não é capaz de cuidar dos seus próprios interesses processuais, pelo menos até que os peritos médicos possam atestar sua sanidade mental. Nomeia-se-lhe um curador, suspende-se o processo – se já iniciada a ação penal – e somente as diligências que podem ser prejudicadas pelo adiamento são autorizadas, mas o réu é acompanhado, mesmo nessas, pelo seu curador judicialmente nomeado. Vale dizer, ele está em uma situação de *capitis diminutio*, de redução de condição jurídica, até que sua sanidade seja certificada⁴.

A partir daí, o sujeito processual que ocupa o pólo passivo da relação processual penal transforma-se em objeto do procedimento de insanidade mental. Determina a lei (art. 150 do CPP) que o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

Qual a justificativa para essa internação? Note-se que, a essa altura, não existe ainda nenhuma avaliação médica da situação do acusado, apenas a instauração de um incidente processual. Se o réu estiver pre-

⁴ Michel Foucault chama atenção para o fato de que “faz 150 ou 200 anos que a Europa implantou seus novos sistemas de penalidade e, desde então, os juízes, pouco a pouco, por um processo que remonta bem longe no tempo, começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a *alma* dos criminosos” (FOUCAULT, 1999, p. 20).

so, portanto, não estará a título de cumprimento de pena, mas a título de prisão processual, com natureza cautelar. Essa prisão, de acordo com o art. 312 do CPP, deve estar fundamentada em dois pressupostos: prova de existência de crime e indícios de autoria. Deve, além disso, atender a um dos quatro requisitos ali elencados: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência (necessidade) da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No entanto, para a realização do exame, a lei determina a internação do acusado em manicômio judiciário, se estiver preso (art. 150 do CPP). Determina, também, que, *se estiver solto, e o requererem os peritos [ele] pode ser recolhido em estabelecimento adequado que o juiz determinar*. É uma maneira, pois, absolutamente diversa da prisão processual, pela qual um acusado (ou até mesmo um simples investigado em inquérito policial) pode perder a liberdade, com requisitos muito mais largos do que os da prisão provisória, preventiva ou temporária.

Pode-se presumir, além disso, que, ao instaurar o incidente de insanidade, a lei faz presumir que o local adequado para o examinado – que passa a ser, como dito acima, objeto de exame, mais do que sujeito processual – é o manicômio judicial, se ele estiver preso processualmente⁵, ou se os peritos o requererem.

Há que se ponderar que os manicômios judiciários foram transformados em *hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico* pela reforma penal de 1984 (art. 96, I, do Código Penal), estabelecimentos estes “dotados de características hospitalares”, onde o interno “deve ser submetido a tratamento”, a teor do art. 99 do Código Penal⁶.

⁵ Sobre isso, a doutrina processual penal posiciona-se assim: “Como o exame psiquiátrico é na maior parte das vezes demorado e exige uma observação contínua e prolongada do acusado, dispõe a lei que para sua realização, se estiver preso, será internado em manicômio Judiciário, onde houver” (art. 150, *caput*, 1ª parte). Tem-se admitido, portanto, a realização de exame em outro estabelecimento penal se neste puder ser adequadamente efetuado quando da inexistência de vaga no manicômio. Não é estabelecimento penal próprio para o exame, por falta de condições adequadas ao exame, a Cadeia Pública ou a Delegacia de Polícia (MIRABETE, 1994, p. 244).

⁶ Há um pleonasma na lei penal. De fato, enquanto o art. 96, I, do CP estabelece que a medida de internamento será cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico,

Parece contraditório, então, que alguém cuja insanidade não foi estabelecida ainda – pelo menos não juridicamente – seja encaminhado a uma instituição hospitalar, por ordem estritamente judicial (e não por ordem médica), sem indicação de submissão a tratamento, mas apenas para submissão a exame médico-legal de natureza declaratória⁷. Parece que esses hospitais, como foi visto no capítulo anterior, não são tão *hospitalares* assim; pelo menos não no sentido hodierno do termo hospital.

Os manicômios judiciais ainda são hospitais no sentido *medieval* do termo – centros não-medicalizados de segregação da miséria humana. E agora a lei está apontando no sentido de sua medicalização, em uma época em que a reforma psiquiátrica está destruindo o próprio modelo hospitalocêntrico de tratamento da loucura. Isso demonstra bem o sentido verdadeiro da legislação – simplesmente segregadora.

Note-se que os peritos dispõem de quarenta e cinco dias para realizar os exames, podendo demonstrar a necessidade de prazo maior. São quarenta e cinco dias em que o acusado pode estar com sua liberdade privada apenas pela suspeita de insanidade, internado em um manicômio ou instituição similar – mas sempre uma instituição daquelas que Irving Goffman chama de “instituição total”, capaz de, por seus próprios mecanismos, alterar a conduta e a dis-

o art. 99 afirma que “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”. Ora, interpretando-se conjuntamente os dois artigos, chega-se à conclusão de que a lei determina que o hospital de custódia e tratamento tenha características hospitalares, como se as características hospitalares já não estivessem implícitas na própria conceituação de hospital. E mais, que o paciente será submetido a tratamento, como se não fosse evidente que um hospital de custódia e tratamento devesse tratar os pacientes [...] Tudo isso remete a uma antiga discussão de autoridade sobre o louco, entre juristas e psiquiatras, bem como à questão da *medicalização* dos hospitais, velha questão histórica que parece não estar totalmente resolvida pela lei penal.

⁷ A doutrina da reforma psiquiátrica entende que a substituição do termo *manicômio* pelo termo *hospital psiquiátrico* é somente uma alteração formal, usando o termo *manicômio* para designar qualquer hospital psiquiátrico. Segundo Amarante (apud TENÓRIO, 2001, p. 32), o termo *manicômio*, tradicionalmente usado para designar o manicômio judiciário, deve ser utilizado para designar qualquer hospital psiquiátrico, porque “não existe diferença entre ele ou um hospital psiquiátrico qualquer”.

posição psicológica do réu. Imagine-se um cidadão mentalmente saudável trancafiado durante quarenta e cinco dias ou mais em um manicômio. Como foi dito acima, a sua sanidade está *posta entre parênteses* no mundo jurídico, pois está à mercê de um curador processual. Ocorre uma série de efeitos estritamente subjetivos e sociais de alteração da imagem e das relações desse cidadão. Não seria difícil imaginar uma *loucura iatrogênica*⁸ – sabendo-se que a loucura é um processo que não se resume à subjetividade do louco, mas abrange a sua relação com a sociedade circundante.

É claro que o Código de Processo Penal adotou o modelo clássico da loucura como um assunto que circula entre a autoridade médica e a segurança social, vale dizer, o modelo – que veio se consolidando historicamente – de que a autoridade sobre a natureza da loucura é o médico, e o seu tratamento é a segregação, que não visa prioritariamente à *cura* (uma hipotética devolução da normalidade), mas primordialmente à segurança social contra um indivíduo perigoso por presunção legal, antes mesmo, aliás, do próprio resultado do exame de insanidade.

A medicalização da loucura é, portanto, um processo ainda não concluído no campo do direito repressor, pois já está sendo posto em xeque no campo do direito sanitário. Vale lembrar um pouco da história da medicalização da loucura: ainda no século XIX, o doutor João Carlos Teixeira Brandão, primeiro professor concursado a ocupar a cadeira de Clínica Psiquiátrica e Moléstias Nervosas na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, entra em conflito com a Santa Casa de Misericórdia e com as Freiras Católicas da Irmandade de São Vicente de Paula, responsáveis pela administração do Hospício D. Pedro II desde a sua fundação (1841). Tal confraria, conforme

⁸ A obra de Goffman, já citada, demonstra muito bem como essas instituições (que ele agrupa sob a designação de *instituições totais*) realizam um processo de *mortificação do eu*. Quanto ao interno, ele afirma que “o seu *eu* é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radicais em sua carreira moral, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele” (GOFFMAN, 2001, p. 24). Esse processo de mortificação do eu ocorre em qualquer das instituições totais, inclusive e, não menos, nos manicômios.

anota Sérgio Carrara, detinha também em outros países o controle de instituições asilares importantes. Em 1887, Teixeira Brandão assume a administração sanitária do Hospício e somente em 1890, suportado pelo anticlericalismo dos primeiros governos republicanos, consegue afastar as Irmãs do Hospício⁹.

Tudo isso remete a uma questão histórica de cunho técnico-jurídico: a sucessão de leis no tempo, que tornou defasado o discurso normativo do Código de Processo Penal em comparação ao Código Penal. Não se pode deixar de interpretar uma lei mais antiga sem atentar para a legislação mais nova, harmonizando-as. É preciso fazer uma releitura do CPP quanto ao internamento do acusado em um desses hospitais para submissão a exame médico-pericial, uma vez que, ao menos no discurso normativo, os manicômios deixaram de ser instituições penais *strictu sensu* para transformarem-se em hospitais¹⁰. Não se pode admitir que um internamento seja feito por força de um simples requerimento dos peritos, deferido pelo juiz criminal.

Isso remete, também, a questões históricas de natureza cultural: o manicômio como o local adequado para o louco¹¹, o crime como

⁹ Assim, a atuação política de Teixeira Brandão se fez basicamente no sentido de uma completa medicalização (leia-se psiquiatrização) e de um controle estatal mais efetivo dos serviços de assistência a alienados (CARRARA, 1998, p. 144).

¹⁰ Não é de se surpreender que as casas de internamento tenham aspecto de prisões, que as duas instituições sejam mesmo confundidas a ponto de se dividir os loucos indistintamente entre umas e outras. Quando, em 1806, uma comissão é encarregada de estudar a situação dos “pobres lunáticos na Inglaterra” ela enumera 1765 loucos nas *workhouses*, 113 nas casas de correção (FOUCAULT, 2002, p. 116).

¹¹ A internação é uma criação institucional própria ao século XVII. Ela assumiu, desde o início, uma amplitude que não lhe permite comparação com a prisão tal como esta era praticada na Idade Média. Como medida econômica e precaução social, ela tem valor de invenção. Mas na história do desatino, ela designa um evento decisivo: o momento em que a loucura é percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, da impossibilidade de integrar-se no grupo; o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade. As novas significações atribuídas à pobreza, a importância dada às obrigações do trabalho e todos os valores éticos a eles ligados determinam a experiência que se faz da loucura e modificam-lhe o sentido (ibidem, p. 78).

indício de loucura e vice-versa¹², a proteção social contra o louco¹³ e a redução que a simples suspeita de loucura causa no *status* de cidadania de alguém¹⁴.

Toda essa herança jurídica e cultural está contida nos artigos do Código de Processo Penal que disciplinam esse incidente, notadamente nos arts. 149 e 150. Esses artigos refletem toda uma concepção de loucura, toda uma maneira de lidar com a loucura e com o louco que não é a única, nem sempre foi a única e não necessariamente deve ser a única para sempre. O tratamento jurídico-processual penal para a loucura parte da noção de loucura – e de lidar com a loucura – historicamente condicionada, culturalmente construída e nem sempre coerente com os próprios fundamentos filosóficos e constitucionais do processo penal. No entanto, as soluções sempre foram eficazes, na prática (ao menos quanto à sua função de proteção social contra o louco), além de muito alinhadas com a concepção social e científica prevalente da loucura. Eis o motivo pelo qual são aceitas sem questionamento pela doutrina jurídico-processual.

¹² Discutindo a aproximação histórica entre crime e loucura, ou do criminoso enquanto objeto da patologia, Sérgio Carrara salienta que essa aproximação é própria da sociedade liberal, cujos fundamentos filosóficos permitiriam o seguinte raciocínio: “Percebido enquanto ataque à sociedade e ruptura do contrato social que a constitui, o crime não deixava de se transfigurar em espécie de *erro* ou irracionalidade. Se é justamente por meio da sociedade que os interesses individuais encontram condição para se expressarem e se realizarem livremente; se portanto, interesse individual e interesse social se superpõem harmoniosamente, atacar a sociedade não seria, de certa forma, atacar a si próprio? E atacar a si próprio não seria o ato irracional por excelência?” (CARRARA, 1998, p. 69).

¹³ Daí o dever [decorrente da natural sociabilidade humana] de cada um respeitar as condições básicas dessa existência, e o direito de todos de defendê-la contra os que violam esse dever. E a pena infligida ao delinqüente é um meio de defesa dessas condições de existência social. Pouco importa, para que justa seja a reação social contra o crime, que o delinqüente não possua a responsabilidade moral; pouco importa que tenha agido arrastado por uma “tirania fatal do seu organismo ou do seu meio” (SODRÉ, 1955, p. 93).

¹⁴ De todo modo, se não foi a desobediência ao contrato, foi a falta de razão que excluiu o louco do convívio social, ou mesmo do contrato social, e o tratamento que deveria receber, internado, tinha como objetivo a restituição da razão. Em tudo isso, o que estava em jogo era a vinculação entre cidadania e razão: o louco, porque desprovido de razão, não era um cidadão pleno (TENÓRIO, 2001, p. 23).

A realidade da reforma psiquiátrica, no entanto – realidade inclusive jurídica, como demonstra a Lei n. 10.216/2001 –, leva à necessidade de repensar essa relação sob novo enfoque, cotejando esses institutos não somente com um novo arcabouço jurídico, mas com uma nova concepção filosófica, política e até mesmo científica da loucura¹⁵, como foi visto nos capítulos anteriores. Há uma grave defasagem do processo penal com relação a toda a legislação sobre saúde mental e um descompasso no tratamento dado ali ao indivíduo de quem se suspeita da sanidade, em comparação ao tratamento dado pela legislação sanitária ao portador de transtornos mentais.

4.3 As conclusões do exame de insanidade

Prosseguindo o exame, naquilo que interessa ao âmbito desse trabalho, pode-se estudar as conseqüências dos resultados do exame de insanidade. Os peritos médicos podem concluir que:

- 1) o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 26 do Código Penal;
- 2) a doença mental sobreveio à infração;
- 3) o acusado não tem anomalias mentais.

Se o acusado não for portador de doenças mentais, o seu processo ficará suspenso, mas atos urgentes – e muitas vezes irrepetíveis – podem ter sido praticados com a assistência do curador. Causa perplexidade o fato de curador acompanhar, em momentos cruciais do processo, alguém que legalmente era capaz (que sempre foi e que continua sendo). Há um brocardo jurídico aplicável: o que abunda não prejudica, mas o curador pode ter praticado atos ou

¹⁵ Nesse sentido, a loucura passa a ser concebida como uma forma peculiar de ser, uma “condição de existência”, vazia em si de valor positivo ou negativo. Trata-se do reconhecimento da legitimidade da diferença, uma vez que a diferença é parte da essencialidade do ser humano. Ora, “se a psicose é uma condição de existência, então tratar a psicose é diferente de tratar uma doença, e as noções de tratamento e cura devem ser repensadas” (TENÓRIO, 2001, p. 60).

feito intervenções que venham em prejuízo do acusado de algum modo, em um ato que não pode ser refeito.

Se o acusado era, ao tempo da infração, penalmente irresponsável, há uma outra perplexidade: é que ele é irresponsável, mas o processo penal prossegue, visando a uma eventual medida de segurança. É irresponsável, mas continua a ser processado criminalmente, com a presença do curador a si designado pelo juiz. Poder-se-ia dizer que o processo prossegue para eventualmente estabelecer sua inocência ou absolver-lhe, aplicando medida de segurança, mas, ao absolver e aplicar uma medida de segurança, o juiz está aplicando o conseqüente – a sanção penal – após reconhecer que o antecedente – a culpa – não existe, de onde se pode concluir que a inimputabilidade penal não implica, na prática, irresponsabilidade penal. Há conseqüências no âmbito penal, do ato em tese infracional praticado pelo legalmente inimputável, ou ele não estaria sendo criminalmente processado.

Por fim, pode a doença mental ter sobrevivido à infração, caso em que o juiz suspende o processo até o *restabelecimento* do acusado (art. 152 do CPP), o que, nos padrões da psiquiatria tradicional, pode não ocorrer nunca. A rigor, nos parâmetros da reforma psiquiátrica, não se fala em *cura* do louco, mas em promoção de sua autonomia, na inserção, em algum grau, no sistema de trocas sociais, observadas suas aptidões e características próprias do seu jeito de ser. A questão é que, nesse caso, o juiz pode, a teor do art. 152, § 1º, determinar o internamento do acusado *em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado*, independentemente do prosseguimento do processo penal, por um período que pode coincidir – e na prática coincide – com a *vida* do acusado¹⁶. Trata-se, portanto, não de medida processual, mas de pura e simples defesa social que desconsidera qualquer aspecto técnico de saúde mental e aplica – de

¹⁶ É comum, por exemplo, encontrarmos nos prontuários das instituições psiquiátricas tradicionais a repetição, até a exaustão, da expressão “quadro inalterado, conduta mantida”. Como geralmente a expressão se repete no prontuário de pacientes cuja evolução é a da progressiva cronificação, a avaliação “quadro inalterado” não deveria levar jamais à “conduta mantida”, mas justamente à alteração da conduta. A noção de “projeto terapêutico” se opõe a isso, introduzindo a dimensão de que cada tratamento é singular, devendo ser avaliado caso a caso e a todo momento (TENÓRIO, 2001, p. 66).

forma consentânea com determinada *ideologia da loucura* –, liminarmente, uma medida de segurança de natureza mais grave dentre as previstas no Código Penal. É mais, portanto, do que responsabilização sem culpa. É *penalização sem processo* e, mais uma vez, absolutamente *em descompasso* com os princípios do SUS e da legislação sanitária citada nos itens anteriores.

Outro grande fantasma que ronda esse exame – e que é levantado pelos doutrinadores jurídicos conservadores – é a possibilidade de fingimento de uma doença mental. Há receio doutrinário de que o fingimento da loucura possa levar à impunidade e isso tem justificado a manutenção do conceito de medida de segurança no mundo jurídico-penal para assegurar que o eventual fingidor não se beneficie com a impunidade de seu crime. O fingidor pode obter a declaração de irresponsabilidade, mas não deixará de ser muito bem castigado, talvez de forma mais grave do que se não tivesse fingido, não só pelo ingresso no mundo manicomial ou no sistema psiquiátrico – mais barroco do que o sistema prisional –, como também pelas profundas alterações de imagem própria e de imagem social que decorrerão de uma declaração judicial de insanidade. Isso tem sustentado uma certa ideologia da necessidade da medida de segurança com natureza penal, como elemento de dissuasão do fingimento¹⁷.

Não se pode negar, no entanto, a grande tendência judicial em tratar com rigor os casos que possam soar como simulação. Embora seja relativamente comum que os juízes desconsiderem laudos positivos pela insanidade e responsabilizem penalmente alguém que os peritos consideraram irresponsável, dificilmente, ou mesmo quase nunca, se vê um juiz considerar inimputável alguém considerado imputável pelos médicos¹⁸.

¹⁷ Com uma franqueza dolorosa, e sem nenhum pudor ideológico, afirma Eça (2002, p. 48): “Por outro lado, principalmente nos últimos tempos, parece que está havendo uma maior ‘sede de vingança’ por parte da sociedade, que não está conseguindo perceber que em termos de proteção da coletividade, ou até, por que não dizer, em termos de punição, a medida de segurança é melhor do que a pena. Melhor, porque permite um reexame do indivíduo periodicamente, o que, se bem conduzido, somente vai liberar o paciente quando o mesmo não apresente mais real periculosidade”.

¹⁸ Não tivemos nenhuma notícia em nossa pesquisa. Tratando do fingimento, Führer

É preciso atentar para a ambigüidade do tratamento processual ao acusado do qual se duvida da integridade mental. Essa ambigüidade se reflete no prosseguimento do feito, mesmo após constatada a insanidade, trazendo para o âmbito processual penal alguém que, a rigor, é legalmente irresponsável. Contudo, a ambigüidade se revela de forma mais intensa no desfecho desse processo penal. É que o art. 386 determina, no seu parágrafo único, que na sentença absolutória o juiz aplicará medida de segurança, se cabível. É a chamada sentença absolutória imprópria – um daqueles institutos que concretamente desmentem o aforismo de que *Direito é bom senso*.

Ninguém pode ser considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). O fundamento da medida de segurança não é a *culpa*, mas a *periculosidade*. Então, ou a medida de segurança, como medida ou restritiva de liberdade individual, tem seu fundamento em outro mandamento constitucional, ou é simplesmente inconstitucional, pois nenhum mandamento constitucional autoriza a aplicação de restrição ou privação de liberdade sem sentença penal condenatória transitada em julgado – o que não existe, no caso da medida de segurança¹⁹. Como foi discutido no capítulo anterior, o fundamento constitucional da medida de segurança, frente aos princípios de cidadania, da dignidade da pessoa humana, da subjetividade e pessoalidade da culpa e do Sistema Único de Saúde, é muito difícil – senão impossível – de vislumbrar.

Existe algum movimento de discussão, a esse respeito, no âmbito das autoridades de saúde. No Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

expressa confiança na psiquiatria forense, em discernir casos assim: “A simulação da loucura geralmente é revelada pelo exame psiquiátrico bem realizado. É que cada tipo de disfunção mental tem quadro harmônico próprio, que nem sempre é conhecido perfeitamente pelo simulador ou passível de imitação prolongada. O simulador se excede no fingimento dos sintomas ou deixa de representar a evolução natural da doença, revelando a farsa” (FÜHRER, 2000, p. 105).

¹⁹ A Súmula 422 do STF determina que “a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe em privação de liberdade”.

(promoção conjunta do Ministério da Justiça com o Ministério da Saúde), constataram os debatedores que há necessidade da revisão da Lei de Execução Penal, mas faltou constatar que, encartado na lei processual penal existem medidas judiciais muito mais graves, que atingem não somente os que são portadores de transtornos mentais, mas também aqueles que não o são, mas cuja sanidade foi processualmente contestada.

Por fim, vale dizer mais uma palavra sobre o princípio do devido processo legal, garantido na Constituição Federal (art. 5º, LIV). Por esse princípio, garante-se que nenhum cidadão seja processado sem a rígida obediência aos ditames processuais relativos. O devido processo legal deve estar sempre presente na relação entre o cidadão e a sanção penal. Ele envolve a obrigação, por parte do Estado, de sempre permitir a defesa ao réu, seja a defesa efetiva (fazendo-se ouvir e podendo produzir provas), seja a chamada defesa técnica por parte de profissional de Direito. Vale dizer, é preciso que o réu tenha conhecimento, ou que, ao menos, tenha a possibilidade plena de tomar conhecimento das razões pelas quais está sendo processado, de quem o está processando, de qual o rito que será utilizado contra si e quais as conseqüências que advirão do não-exercício do seu ônus de defesa. A sentença condenatória transitada em julgado produzida sob essas condições abre, para o Estado, a possibilidade de usar a coerção contra o réu²⁰.

Impedido de entender, efetivamente, qual o teor da acusação, de produzir prova efetiva contra a acusação, de compreender as conseqüências do seu silêncio ou mesmo o objetivo e o sentido do processo ao qual responde, como se admitir, portanto, que ele seja considerado inimputável pelo respectivo incidente de insanidade e possa contra ele transitar um processo penal? O acompanhamento por curador é apenas uma ficção: não é o curador quem será sancio-

²⁰ Segundo Vicente Greco Filho, “Costuma-se dizer que o processo penal é o modo pelo qual atua a jurisdição em matéria penal. Esta, fazendo atuar a ordem jurídica penal, deve definir, em relação a um caso concreto, se o acusado é culpado ou inocente, ou seja, se sua conduta constitui, ou não, ilícito penal, determinando a quantidade de pena que a tal fato corresponde. A sentença penal condenatória libera a coerção estatal e autoriza, nos limites que fixar, a restrição à liberdade” (GRECO FILHO, 1989, p. 84).

nado posteriormente. Constatada, portanto, a presença de *transtorno mental incapacitante*, deveria o réu imediatamente ser declarado como *processualmente incapaz* – em respeito ao princípio do devido processo legal – para fins processuais penais.

5

Direito penal e loucura



5.1 Uma pequena discussão acerca da medida de segurança

A medida de segurança pode ser contextualizada em determinado momento histórico, relacionado ao entrelaço novecentista entre as escolas penais positiva e clássica, bem como no desenvolvimento da confiança na capacidade premonitória da ciência e na mudança de paradigma judicial – o que Michel Foucault aponta como o momento em que os juízes passaram a fazer algo diferente de julgar. Como o filósofo ressalta, nesse momento – há cerca de 200 ou 150 anos, na Europa –, “os juízes começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a alma dos criminosos”¹.

A medida de segurança parece ser o ponto de equilíbrio entre as escolas penais clássica e positiva, uma conciliação pragmática que não consegue lançar raízes profundas em nenhuma das duas escolas. De fato, ressaem dos conceitos filosóficos da escola clássica que um homem nunca poderia ser julgado por um crime que ele não quis ou não tinha condição de compreender, nem ser submetido a qualquer tipo de resposta penal em razão de fatos sobre os quais não teve responsabilidade, do ponto de vista subjetivo. Todo o fundamento do direito de punir, para os defensores dessa escola, estava arraigado na questão da responsabilidade subjetiva, sendo o livre-arbítrio o fundamento de tal responsabilidade. A pena seria a retribuição para

¹ FOUCAULT, 1999, p. 20.

aquele que, livremente, *optou* por descumprir a lei. Aquele que não tem liberdade para fazer essa opção está fora do direito penal, não se submetendo nem à sua jurisdição, nem às sanções por ele prescritas. Para os cultores da escola positiva de direito penal, estamos todos submetidos às forças determinantes da natureza, portanto, nenhum de nós goza de verdadeira – senão aparente – liberdade. Assim, o fundamento do direito de punir está na defesa social contra aquele que, por sua peculiar condição evolutiva, genética ou social, ameaça ao conjunto dos integrantes da sociedade que não estão submetidos às mesmas *forças deterministas criminógenas*. Haveria, portanto, essencialmente, identidade entre pena e medida de segurança, pois toda pena é, no fundo, uma medida de segurança².

Houve, conseqüentemente, uma espécie de meio-termo entre as duas escolas, mantendo-se, em tese, a responsabilidade penal baseada na liberdade como fundamento filosófico para o julgamento penal, mas trazendo para o interior desse julgamento o conceito de periculosidade – como juízo para o futuro – ao lado do conceito de culpabilidade – como juízo para o passado.

Se, por um lado – como bem ressalta Foucault –, o direito penal nunca mais conseguiu julgar a responsabilidade de um indivíduo com base apenas na sua culpabilidade, por outro, ele ganhou legitimidade para julgá-lo com base apenas em sua periculosidade, excluindo qualquer questionamento sobre sua culpabilidade. Fundou-se o binômio pena-culpabilidade, medida de segurança-periculosidade³, no qual a pena sempre leva em conta a periculosidade⁴, mas a medida de segurança não leva em conta, senão de forma acidental, a culpabilidade.

Cabe discutir um pouco o conceito de medida de segurança. Segundo Ferrari,

² Para uma comparação entre as escolas penais, ver Sodré, (1955). Ressalte-se que não se trata de uma comparação imparcial, porque o autor é um positivista penal ardoroso.

³ BITENCOURT, 1997, p. 665.

⁴ Veja-se o quanto a periculosidade entra na fixação da pena dos imputáveis, examinando-se, entre outros, os dispositivos do art. 44, III e art. 83, parágrafo único, do Código Penal.

a medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social⁵.

Para Damásio de Jesus,

as penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributivo-preventiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinqüente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais⁶.

E quem é o perigoso? Para a doutrina, periculosidade é a “*potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas*”⁷. Ora, como em tese qualquer pessoa viva tem a potência, a capacidade e a aptidão ou idoneidade para converter-se em causa de ações danosas, não faltaram autores para apontar a imprecisão de tal conceito⁸, tendo o direito penal brasileiro adotado o princípio da presunção de periculosidade para o inimputável que praticar fato típico e antijurídico. Contudo, essa presunção é por demais problemática – como ava-

⁵ FERRARI, 2001, p. 15.

⁶ JESUS, 1986, p. 473. O autor prossegue, ressaltando: “As medidas de segurança diferem das penas nos seguintes pontos: a) as penas têm natureza retributivo-preventiva. As medidas de segurança são preventivas; b) as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito; c) as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade; d) as penas são fixas; as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito; e) as penas são aplicáveis aos inimputáveis e semi-responsáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis”.

⁷ SOLER apud JESUS, 1986, p. 473.

⁸ “Periculosidade é um juízo eminentemente subjetivo que, por infelicidade, ficou colocado na lei como se fosse cânone objetivo inflexível. Ou seja, se o autor do delito for um inimputável ele automaticamente é considerado perigoso e receberá fatalmente uma medida de segurança, precisando ou não do tratamento e da contenção” (FÜHRER, 2000, p. 142).

liar os elementos subjetivos do tipo, ou mesmo da antijuridicidade, quanto a alguém que é considerado *legalmente inimputável*?⁹.

Estão estabelecidos, portanto, os principais conflitos em termos de definição doutrinária das medidas de segurança: alguns autores, como Damásio de Jesus, consideram-na como sanção penal. Outros, como Ferrari, vêem nela apenas uma medida política aplicável para possibilitar um tratamento adequado para a reinserção social do sujeito que, ao cometer fato típico, demonstre presumida periculosidade social.

⁹ Essa é uma discussão longa, que foge ao escopo do presente trabalho, mas que está muito bem posta no livro *Tratado da inimputabilidade*, de Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2000), especialmente no capítulo denominado *o louco, a antijuridicidade e a culpabilidade*. Ali, fica claro como a teoria finalista tornou absolutamente desconexa a questão da medida de segurança: como avaliar a antijuridicidade da conduta de um inimputável? E como avaliar a sua culpabilidade? Se o direito faz presumir que ele não tem condição de entender o caráter criminoso do fato, ou de comportar-se na conformidade desse entendimento, então será difícil admitir que ele tem discernimento para distinguir as situações de excludente de antijuridicidade. Além disso, se ele não é culpável, não há como avaliar se ele estava, em tese, coberto por outra excludente de culpabilidade. Somente para argumentar, vamos imaginar a seguinte situação: alguém tem um surto de loucura e, durante esse surto, um parente resolve matá-lo. No ímpeto da crise, o louco pega uma barra de ferro e agride, coincidentemente, exatamente o parente que vinha armado, para matá-lo. Não se pode esclarecer se o louco se deu conta da circunstância, mas objetivamente ele estava em uma situação de legítima defesa. Ora, se juridicamente for considerado que ele “não podia entender o caráter ilícito do fato”, como se poderia admitir que ele pudesse entender o caráter lícito de uma legítima defesa? Além disso, admitindo esse conceito doutrinário de *periculosidade*, será que o louco seria menos *perigoso* por estar acobertado por uma situação de legítima defesa da qual se presume juridicamente que ele não tinha condição de entender? Por outro lado, seria justo que ele fosse condenado em uma situação jurídica na qual, abstraída a loucura, nenhum outro cidadão seria? São questões que demonstram o desajuste entre as teorias clássicas do direito penal, inclusive o finalismo, e essa figura tão estritamente calcada no positivismo penal que é a medida de segurança. A própria discussão sobre o dolo na conduta – que a teoria finalista trouxe para o âmbito da própria tipicidade – mostra a fragilidade da construção com relação à imputação da medida de segurança: em que medida, adotadas as teorias tradicionais da psiquiatria, se poderia admitir que um inimputável agiu dolosa ou culposamente, ao considerar-se que a culpa e o dolo precisam de uma representação subjetiva na mente do agente criminoso? Ora, se a psiquiatria tradicional admite que determinadas doenças mentais são absolutamente incompatíveis com a capacidade de entendimento do agente, então nunca se poderia atribuir-lhe, em qualquer hipótese, dolo ou culpa na conduta. Então a conduta dessa categoria de inimputáveis seria simplesmente atípica, por falta de dolo ou culpa, não se justificando a aplicação de medida de segurança por conduta atípica.

5.2 Medida de segurança e reforma psiquiátrica: a impossível conciliação

Podemos, pois, a essa altura, introduzir a questão que está sendo gestada no decorrer de todo este trabalho: a medida de segurança é sanção penal ou tratamento terapêutico? Não há uma resposta clara para essa pergunta, nem no plano filosófico, nem no plano doutrinário, nem no plano legal, a essa altura do desenvolvimento do nosso Direito. Isso não nos tira a responsabilidade de raciocinar a respeito do tema.

Dizer que a medida de segurança é um tratamento de natureza terapêutica, que visa ao restabelecimento e à reintegração do louco, garantindo-se apenas circunstancialmente a segurança da sociedade contra sua periculosidade, seria afirmar que, em matéria de medida de segurança, estamos tratando de direito sanitário e não de direito penal *strictu sensu*. Essa é, portanto, uma terapia *sui generis*: aplicada e dosada pelo juiz, em uma instituição que apesar de ter *características hospitalares*¹⁰ é uma instituição do sistema carcerário. Trata-se, portanto, de uma medida terapêutica que o próprio Sistema Único de Saúde – e a própria ciência, como foi visto nos capítulos anteriores – está repensando e caminhando para a conclusão de que ela é, no mais das vezes, descabida e inconveniente. Da forma com que está prevista no nosso direito atualmente, ela seria um tratamento cuja alta não se daria em razão pura e simples da recuperação do paciente, mas pela sua submissão à perícia de cessação de periculosidade periódica, submetida ao juiz, que passaria, sem ser médico, a ter o *poder clínico* de considerar o *paciente* curado, mesmo quando a própria ciência discute se é possível falar em *cura da loucura*. Seria, além do mais, um tratamento imposto no âmbito de um processo penal, por um juiz com competência penal, mas sob um discurso sanitarista. Há, por conseguinte, um completo descompasso entre aquilo que se considera como medida de segurança no direito penal e aquilo que hoje se considera como medida terapêutica para pacientes com transtornos mentais, na ciência e no próprio direito sanitário.

¹⁰ Art. 99 do Código Penal.

No atual estágio do direito brasileiro, não se pode defender que internar alguém coativamente¹¹ (ou mesmo submetê-lo a um tratamento ambulatorial coativo¹²), por ordem judicial de um juiz criminal, com base em uma presunção de periculosidade (decorrente da prática de um ato criminal por alguém que foi reconhecido pelo direito como portador de transtorno mental incapacitante das faculdades cognitivas ou volitivas), seja considerado cientificamente como medida terapêutica. Tampouco se pode admitir que, no âmbito do direito sanitário, possa reconhecer-se a validade desse procedimento como clinicamente eficaz. A reforma psiquiátrica – e sua projeção no mundo jurídico – descaracterizou absolutamente a abordagem coativa, manicomial, unidisciplinar, repressora, como uma abordagem clinicamente eficaz. Portanto, o jurista que estiver utilizando a medida de segurança lastreado na convicção de que está utilizando uma medida terapêutica de cunho sanitário está se enganando. Em tempos de movimento antimanicomial, só um louco defenderia a internação compulsória como terapia bastante e suficiente para a reintegração do inimputável. Não há como ocultar que essa medida não se dá em benefício do portador de transtornos mentais, mas que se dá tão-somente em benefício da sociedade que se considera agredida e ameaçada pelo inimputável que cometeu um fato descrito pela lei como típico¹³.

Essa argumentação, ademais, pode ser derrubada com uma observação muito simples: a Lei de Execução Penal trata dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) no Título IV, que trata exatamente dos estabelecimentos penais. Destaca-se que juridicamente os HCTPs são estabelecimentos penais e não estabelecimentos de saúde. São espaços cuja regulamentação se dá por remissão¹⁴ ao art. 88 da Lei de Execução Penal, ou seja, onde “o condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”. Um estabelecimento penal é um lugar para onde se

¹¹ Art. 96, I, do Código Penal.

¹² Art. 96, II, do Código Penal.

¹³ Como se esse inimputável não fosse, ele próprio, parte dessa mesma sociedade.

¹⁴ A remissão está no art. 99, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

vai primordialmente cumprir pena e, somente em um plano secundário, obter terapia.

Por outro lado, ao dizer claramente que a medida de segurança é uma sanção penal, ter-se-ia o poder de expor as contradições de um sistema penal construído com base em pressupostos filosóficos e constitucionais liberais e clássicos, mas que admitiria a responsabilização penal objetiva daquele que, por ser *louco*, reconhecidamente não pode compreender o caráter ilícito do fato ou comportar-se na conformidade desse entendimento.

Pela inércia que acomete a prática judicial, aprendemos e ensinamos, na formação jurídica, a *curiosidade* de que o nosso direito conhece uma *sentença absolutória atípica*¹⁵, que determina que *não há como considerar o réu culpado* (por não lhe reconhecer sanidade), absolvendo-o, mas aplicando-lhe uma sanção penal. Qual o fundamento disso? O único fundamento seria imaginar que a medida de segurança não é uma sanção penal, mas coisa diversa. Caso contrário, esbarrar-se-ia em uma inconstitucionalidade. No entanto, que coisa diversa seria essa não se sabe.

Diz a Constituição Federal que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”¹⁶. Ora, como poderia, então, uma pena atingir a pessoa do absolvido? Curioso é notar que, adiante, a Constituição determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁷. Como aplicar sanção a alguém que obteve uma sentença penal absolutória?

Todas essas questões mostram como é complicado considerar a medida de segurança como uma *sanção de natureza penal*, no atual estágio do ordenamento. Demonstram, também, como é complicado considerá-la simplesmente uma medida sanitária. A rigor, o reconhecimento de que alguém, em razão de transtornos mentais, não é responsável pelos seus atos deveria implicar a extinção imediata

¹⁵ Art. 386, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Penal.

¹⁶ Art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ Art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

da jurisdição penal sobre ele. Caso contrário, alguém que não é considerado culpado, e que é absolvido, seria submetido a uma sanção penal, por um juiz penal, com base apenas em uma *conveniência social*¹⁸. Com o avanço filosófico, clínico e jurídico, representado pela reforma psiquiátrica, a própria natureza da medida de segurança deve ser repensada porque o seu fundamento constitucional é muito frágil e o seu fundamento científico-filosófico está sendo derrubado.

Urge reconstruir os próprios conceitos de responsabilidade penal e de *responsabilidade jurídica do louco*, para torná-los mais consentâneos com a visão contemporânea da loucura.

A devolução da voz e da cidadania ao sujeito com transtornos mentais vai implicar a restituição de responsabilidade. Para construir essa responsabilização, será necessária uma boa dose de pluralismo e de abertura a outros saberes, mas, acima de tudo, de um profundo questionamento dos conceitos jurídicos de responsabilidade civil e penal e de um repensar de estruturas arcaicas, como a medida de segurança, incoerentes com o ordenamento atual, mas aplicadas por inércia jurídica.

Não se pode defender que a revisão dessa concepção antiquada de direito penal, remanescente no instituto da medida de segurança, implique irresponsabilização total do sujeito portador de transtornos mentais. Ao contrário, urge construir um sistema de responsabilização que leve em conta o modo peculiar de ser, de agir e de pensar desses cidadãos, e que vise realmente à sua reintegração, quando ele passar ao ato, vale dizer, quando agir de forma que venha a prejudicá-lo ou a prejudicar injustamente a um terceiro. Que essa solução não deva passar pelo direito penal, isso parece claro; no entanto, não parece claro por onde ela deva passar. Somente um diálogo multilateral, interdisciplinar e democrático – que inclua, ademais, a participação desses cidadãos com necessidades especiais – pode nos apontar um caminho para a construção de uma cidadania que

¹⁸ Com base em um preconceito social contra o louco, positivado no nosso ordenamento por uma presunção *juris et de jure* de periculosidade que não se sustenta diante da concepção jus-sanitarista de reforma psiquiátrica, como foi discutido até agora.

se ajuste ao seu peculiar modo de existir, tanto no que concerne aos direitos que lhe caberão, quanto aos deveres que assumirão, dentro dos limites da sua individualidade e da sua inserção social específica. O caminho é longo.

Esse é um problema que já possui repercussões práticas ao longo desse *Brasilzão véio sem fronteiras*. Equipes interdisciplinares que trabalham em manicômios judiciais estão seguindo os ditames da legislação sanitária e promovendo a desinternação progressiva de doentes mentais cronicados, muitas vezes contando com a resistência de juízes e de promotores aferrados ao texto frio da Lei de Execução Penal.

Douglas Tavolaro anota que

a Justiça ainda não despertou para o assunto. O tempo de internação do paciente do manicômio é determinado primeiramente pelo processo, depois por prorrogações anuais estabelecidas pelo juiz corregedor, baseadas na perícia psiquiátrica elaborada pela equipe técnica do hospital. A medida de segurança tem duração de um a três anos, prorrogáveis pelo mesmo período, o que pode tornar o manicômio uma prisão perpétua.

O autor menciona uma fala da psicóloga do Manicômio Franco da Rocha:

Uma única entrevista com o preso depois de anos e anos de internação, na hora de ser avaliado, não é capaz de fornecer um diagnóstico preciso. Era por isso que, geralmente, quem entrava aqui só saía morto – afirma Thelma Ferrão¹⁹.

Contudo, em seguida, tece considerações sobre o sucesso do programa de desinternação progressiva que está sendo implantado ali.

Nesse passo, a Portaria Interministerial n. 628/2002 determina uma série de ações de saúde no sistema penal, inclusive nos manicômios judiciais, como, por exemplo, o “desenvolvimento de progra-

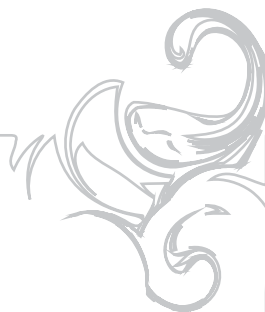
¹⁹ TAVOLARO, 2001, p. 175.

ma de atendimento em saúde mental centrado na reabilitação psicossocial para os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”²⁰, e estabelecendo ainda as seguintes metas: “implantação de Programas Permanentes de Reintegração Social junto a 40% dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no 1º ano, 60% no 2º ano, 80% no 3º ano e 100% no 4º ano”. Esses programas, se não forem conduzidos em contato estreito com os membros do Judiciário e do Ministério Público, poderão encontrar dificuldades para efetivação. As metas são ambiciosas, mas vale lembrar que, em alguns estados, sequer foi realizada a renomeação desses manicômios, determinada em 1984, para que passassem a se chamar *Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico*. Talvez seja mais conveniente assim, porque essa mudança não passou de uma alteração nominal, sem nenhuma consequência material²¹.

²⁰ Anexo I da Portaria n. 628/2002, item 3.1.3, letra b.

²¹ A respeito da equivalência entre *hospital psiquiátrico* e *manicômio*, veja-se a nota 7 do capítulo 4.

Conclusão



Repensar a abordagem jurídica concernente à questão da loucura, em matéria criminal, implica repensar os próprios alicerces filosóficos do direito penal: os fundamentos e a função social do direito de punir.

Considerar, como toda a corrente psiquiátrica tradicional, que a loucura está confinada aos limites da doença mental e que é um assunto estritamente médico implica considerar que o louco é alguém que perde sua voz, sua identidade, sua cidadania, por ser incapaz de entender plenamente uma realidade que está codificada pelo outro, com os mesmos olhos dos cidadãos ditos e tidos por normais, uma realidade na qual se vê inserido sem ter sido convidado e cujos parâmetros podem estar fora ou além da sua compreensão.

A loucura tem-se tornado um *termo maldito*, um daqueles termos politicamente incorretos, pontilhados em favor de expressões mais neutras como *transtornos mentais*, *portadores de doenças mentais* ou outros similares.

Por outro lado, o direito – e o direito penal de forma especial – vem tratando a loucura e a insanidade mental de forma quase inercial, enquanto o direito sanitário vem, paulatinamente, positivando uma abordagem muito mais arejada na lida com a questão, influenciada, especialmente pelo movimento de reforma psiquiátrica, mo-

vimento amplo, de expressão internacional. Enquanto vivenciamos, no direito penal, um sistema que coisifica a loucura e objetifica o louco, verificamos, no âmbito do direito sanitário, um movimento de resgate da sua própria cidadania, de construção da sua própria identidade, do resgate do seu papel de sujeito da sua própria história.

Daí por que é necessário revitalizar o próprio conceito de loucura – seja qual for o eufemismo pelo qual a designamos atualmente (transtorno mental, doença mental, imputabilidade) –, desmascarando e desmistificando a idéia de que aquilo que temos e lidamos como *loucura* tenha tido o mesmo significado ao longo da história. Desde a afirmação quase onipresente de que *o louco era sagrado nas sociedades antigas* até os modernos psicotrópicos que funcionam, em alguns casos, como *camisas-de-força químicas*, algumas das condutas que hoje tomamos como evidenciadoras de loucura tiveram os mais diversos significados. Não se pode dizer que alguém hoje classificado como *portador de doença mental* seria um xamã em uma sociedade antiga somente porque a conduta que hoje leva à sua exclusão era a mesma conduta que ele assumia à época. A loucura que hoje representa alienação e exclusão nem sempre se apresentou assim em outros tempos.

Mesmo na Idade Média – com seus possessos e endemoniados – houve uma relação com a loucura muito diferente da nossa. O Renascimento se debruçou sobre a loucura como faceta inesgotável da própria condição humana. Somente com o advento do Iluminismo e do Positivismo a loucura passa a ser algo não-humano, o contraponto da razão. Se, cartesianamente, *cogito ergo sum*, não posso encontrar o *ser* naquele que não reconheço como *pensante*. A razão, até então imbricada na loucura, exclui esta do domínio do próprio ente humano, da própria essência última do homem.

A grande internação – como a descreve Foucault – cria então o espaço do excluído, do outro, do que não tem lugar em nossa sociedade de pobres, inválidos, mendigos, doentes crônicos, loucos; toda a marginalia é internada no *hospital* (ainda não medicalizado) para submeter-se à disciplina policial que a reabilitaria ao trabalho. Alguns são *resgatados*, outros, não. Os *não-resgatáveis* são gradati-

vamente coisificados, surgem as bases para a percepção hodierna de alienação.

É nesse espaço que entram os psiquiatras para construir e desconstruir a forma *científica* de lidar com a loucura, em um processo dialeticamente implicado com o direito, em especial com o direito penal. Juízes mandam réus aos psiquiatras, esses encontram a loucura externada nos atos muitas vezes inexplicado e inexplicável dos criminosos. Como foi dito, os juízes já não julgam sozinhos, precisam cercar-se de especialistas. Já não julgam os atos criminosos, mas a alma dos perpetrados.

No domínio simbólico da realidade pela ciência, este é apenas um passo para a derrubada de conceitos fluidos como *liberdade e livre-arbítrio*. O determinismo arraigou-se, dando espaço para o surgimento da criminologia, com pretensões científicas. São os estudiosos tentando levantar as causas do crime, para prever o comportamento futuro das pessoas – *saber e prever para melhor prover*, eis o princípio positivista aplicado à conduta humana. Logo, o determinismo estava rompendo a noção de *responsabilidade*, em nome da *segurança social*. Troca-se um conceito de juízo para o passado, a *culpabilidade*, por um juízo de futuro, a *periculosidade*.

No entanto, as ciências exatas destroem o conceito estrito de determinismo. O ataque partiu de onde era menos provável – da física, com a física quântica e o Princípio da Incerteza de Heisenberg; e da matemática, com a Teoria do Caos, os fractais, as geometrias não-euclidianas e outros desenvolvimentos impensáveis. Eis o determinismo cambaleando.

Na psiquiatria, diversos movimentos sucedem-se à psiquiatria comunitária, a antipsiquiatria e o trabalho antimanicomial de Franco Basaglia, na Itália. Tudo isso foi paulatinamente criando uma grande tendência, designada genericamente de reforma psiquiátrica. Ela baseia-se, amplamente, na desospitalização (com negação do caráter terapêutico do internamento), abordagem interdisciplinar do fenômeno, reconstrução do sujeito e da cidadania em que antes havia uma individualidade aniquilada, dominada por *forças sobre humanas*.

Todavia, o direito penal será forçado a rever seus próprios pressupostos, principalmente aqueles atinentes à *medida de segurança*. Fica bastante evidente que a medida de segurança não tem conteúdo terapêutico nem identidade sanitária e está em profundo descompasso com a moderna legislação de saúde, que, se não realizou sua revogação, expressou, criou condições para proclamar-se sem descompasso intrínseco com o restante do ordenamento.

E cá estamos, reconstruindo a cidadania do louco e a sua condição de sujeito de direito; implodimos um sistema – o das medidas de segurança – que o tratava como não-cidadão, não-sujeito e não responsável, mas que o oprimia sob o pretexto de curá-lo.

A potencialidade de prejudicar outrem, e em particular de cometer crime, é da essência da pessoa humana, *louca* ou *sã*. Perigosos somos todos, em tese – embora não se possa negar que haja a possibilidade de prever que o ser humano, submetido a determinadas condições, tenha maior probabilidade de cometer crimes. No entanto, essa é uma ilação probabilística. Não pode servir de base filosófica para a construção de todo um sistema repressivo independentemente da noção de culpa como fundamento da responsabilidade penal.

Vamos ter, portanto, de construir um sistema de responsabilização do louco que *passe ao ato* (que comete crimes), que leve em conta a necessária integridade do sistema jurídico. No momento, há apenas o vácuo, no qual, por inércia, aplicamos o sistema das medidas de segurança sem pensar muito em sua coerência. Propomos, assim, a criação de um sistema de responsabilização coerente com os avanços da reforma psiquiátrica. Talvez seja necessário escapar dos limites do direito penal, talvez promover amplo debate desse próprio campo do direito, reformulando-o.

Em qualquer hipótese, devemos estar integralmente abertos ao princípio da interdisciplinaridade que rege a questão.

Anexo



Relatório de Inspeção ao Manicômio Judiciário do Estado de Sergipe

Secretaria de Justiça

Conselho Penitenciário do Estado de Sergipe

Aos 26 dias do mês de novembro do ano de 2003, às 07:30h, reuniu-se o Conselho Penitenciário para a sessão especial de visita de inspeção ao Manicômio Judiciário do Estado de Sergipe, tendo a reunião sido aberta na Secretaria de Justiça, nesta Capital, de onde os conselheiros partiram para o presídio feminino, visitando em seguida o referido manicômio. Presentes os conselheiros José Francisco da Rocha, Paulo Vasconcelos Jacobina, Cristiano César B. de Aragão Cabral, Maria Lúcia Cacho Maia, Maria da Conceição Góes Andrade, Said Jorge Novaes Shoucair e Gláucia Queiroz de Moraes. Aberta a sessão pelo Sr. Presidente, foi designado o Conselheiro Paulo Vasconcelos Jacobina como relator da referida inspeção. Havendo chegado ao Manicômio às 10:00h, o Conselho foi recebido pela diretora do referido estabelecimento, Dra. Sandra Cacilda de O. Barros. Foi então relatado pela Sra. Diretora que ocupa a direção do presídio desde o ano 2000. Há, segundo relata, 68 internos no manicômio, sendo 03 do sexo feminino, sendo que o manicômio tem capacidade para 68 internos, tendo a ala feminina capacidade para 11

internas. Informou que o quadro de profissionais é formado por: 01 Psicólogo, 03 Dentistas, 01 Assistente Social, 02 Enfermeiras, 01 Terapeuta, 07 auxiliares e técnicos de enfermagem, que trabalham em regime de plantão, 05 guardas do sexo masculino e 02 guardas do sexo feminino, por plantão. As visitas de familiares são aos domingos, no horário de 8:00h às 16:00h. Não foram registradas fugas no corrente ano. Quanto à alimentação, informou que são oferecidas 03 (três) refeições ao dia, que a alimentação é fornecida pela FRISUL, pelo sistema de “quentinha”, alguns internos comem no refeitório e outros na própria cela. O conselho verificou a existência da distinção entre a alimentação fornecida aos internos e a alimentação fornecida aos funcionários, embora fornecidas pela mesma empresa. Alguns conselheiros experimentaram o fígado bovino que estava sendo feito para os servidores, e a panela que estava sendo feita para os internos. Aquela preparada para os servidores estava bastante razoável, bem temperada e apetitosa. Aquela destinada aos internos estava insossa e sem tempero. Tampouco existe, para os internos, balanceamento das refeições, sendo inexistentes – segundo informações – frutas e outros vegetais no cardápio. Quanto às instalações físicas, foi verificado que existe um conjunto de salas, com instalação em bom estado de conservação, dispondo de um gabinete para o Diretor, gabinete dentário, médico, assistente social, sala de curativo, sala de aula com 20 carteiras e sala de enfermagem. Além do referido conjunto de salas existem dormitórios com, no máximo, quatro internos, banheiros em condições regulares, apesar de um pouco precários, encontrando-se em estado regular de higiene. O estabelecimento conta, ainda, com um pátio, o qual é utilizado para que os internos tomem banho de sol em pé ou deitados no chão de cimento, possuindo uma parte coberta. Por fim, possui um refeitório contendo um balcão grande e bancos de alvenaria, sendo o local todo revestido de azulejo branco, os quais estavam imundos, necessitando serem lavados urgentemente. No geral as instalações estão em bom estado, apesar de algumas áreas apresentarem bastante sujeira (algumas paredes e refeitório). As atividades de lazer e profissional existentes no estabelecimento, segundo informação da Sra. Diretora, são: diariamente (no período vespertino) os internos par-

ticipam de jogos de futebol, tendo também “aulas” de pintura e música; no período matutino, 25 internos estão matriculados na escolinha de alfabetização. Informou, ainda, que a única terapia aplicada aos internos é a farmacologia e que atualmente o Manicômio não dispõe de Psiquiatra, sendo assistido apenas por um psicólogo. Foram observados pelos Conselheiros: 1 – Falta de profissionais especializados, de assistência jurídica e de atendimento médico adequados, principalmente psiquiatras, funcionários com desvio de função; 2 – Foi constatado a total desinformação por parte dos presos sobre o andamento de seus processos; 3 – Falta de atividades profissionais; 4 – Falta de inspeção judicial, bem como não havia indicação de visita por parte de outros órgãos de fiscalização (Ministério Público, OAB, etc.); 5 – Falta de livro de Registros; 6 – Falta de Convênios; 7 – Falta de Farmacêutico; 8 – A medicação psicotrópica é fornecida pela Secretaria de Saúde do Estado e a medicação clínica pela Secretaria de Justiça, sendo que a requisição da medicação psicotrópica era feita trimestralmente pela Psiquiatra que se aposentou no mês de outubro do corrente ano. A principal reclamação dos detentos é em relação à qualidade das refeições, qualificada como ruim pelos internos. Apesar, portanto, de ser tida como um “hospital de tratamento e custódia” desde 1984, com a reforma do Código Penal, o estabelecimento continua designado como manicômio judiciário e funcionando como uma unidade prisional, desligado do SUS e de qualquer atenção à saúde mental dos internos. Trata-se, portanto, apenas de um depósito de pessoas com diagnósticos psiquiátricos em incidentes de insanidade, vivendo em um regime de exclusão, com completa desatenção aos princípios constitucionais da saúde – art. 196 e seguintes da Constituição – e aos princípios das leis sanitárias – Leis n. 8.080/80 e 8.142/90, além da Lei n. 10.216/2001 –, que garantem uma série de direitos aos portadores de transtornos mentais, direitos esses que não são assegurados, na prática, aos internos. São esses direitos, de acordo com a referida lei: São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no

trabalho e na comunidade; ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; ter garantia de sigilo nas informações prestadas; ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. Nenhum desses direitos vem sendo observado naquela unidade, onde os internos permanecem sem nenhuma perspectiva de desinternação, sujeitos, na prática, a uma prisão perpétua, sob péssimas condições sanitárias e sem a assistência à sua saúde por equipe interdisciplinar, como determina a lei. Na verdade, não existe sequer uma vinculação da unidade – que deveria ser um hospital desde 1984, repita-se – com o SUS; eis porque os princípios gerais da saúde ali não são observados. O plano estadual de saúde no sistema prisional, que nos foi apresentado mas que ainda não passou do plano de intenções, prevê a inserção do manicômio no SUS, mas não traz nenhuma previsão concreta de um plano específico de desinternação progressiva, como determina a lei, nem a previsão de instalação de assistência permanente à saúde mental por equipe interdisciplinar, na forma da legislação citada acima e das normas do SUS. Não se argumente que o completo abandono sanitário desses cidadãos acometidos de transtornos mentais se dá em razão da escassez de recursos, porque certamente a falta de credenciamento do manicômio junto ao SUS na qualidade de hospital o tem privado de importantíssimos recursos dos fundos municipal e estadual de saúde. Urge, portanto, transformá-lo em hospital, com atenção às normas clínicas e sanitárias, e submetê-lo à legislação da saúde e aos princípios constitucionais de regência do SUS, para que seus internos deixem de ser apenas pobres viventes entregues à própria miséria, na qualidade de presos perpétuos e à míngua de recursos médicos e sanitários, e passem a ser – com a atenção devida às suas peculiaridades – cidadãos atendidos pela rede pública de saúde, sob os ditames das normas constitucionais e da legislação que os deveriam proteger. Assim, lavrou-se o presente relatório, que foi submetido ao

Conselho e aprovado à unanimidade, conforme a ata da sessão respectiva. Aracaju, vinte e seis de novembro de 2003.

José Francisco da Rocha
Presidente

Paulo Vasconcelos Jacobina
Relator

Referências



ALVES, Roque de Brito. *Ciúme e crime, crime e loucura*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARANTE, Paulo et al. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2001.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. *SUS: o que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. São Paulo: Atheneu, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIRMAN, Joel. *A psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BONDER, Nilton. *O crime descompensa: um ensaio místico sobre a impunidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Edusp, 1998.

CÔRTEZ, Celina. Regresso à cidadania. *Revista Istoé*, São Paulo, n. 1758, p. 46, 11 jun. 2003.

COSTA, Augusto César de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: *Curso de especialização à distância em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura*. Brasília: Universidade de Brasília/FIOCRUZ, 2002.

COSTA, Flávio Moreira da (Org.). *Os 100 melhores contos de humor da literatura universal*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

EÇA, António José. *Roteiro de psicopatologia forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos; TENÓRIO, Dalva Vanderlei. *Sistema Único de Saúde e manicômio judiciário*. Disponível em: <www.fiocruz.br/mp>.

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

FLEMING, M. *Ideologias e práticas psiquiátricas*. Porto: Afrontamento, 1976.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. *Liberdades fundamentais e segurança pública: do direito à imagem ao direito à intimidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

_____. *Vigiar e punir*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

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

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades, direitos individuais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUROVITZ, Helio. A chave de tudo. *Revista Superinteressante*, São Paulo, n. 186, p. 56, mar. de 2003.

HARRIS, Ruth. *Assassinato e loucura: medicina, leis e sociedade no fin de siècle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 1 v.

_____. *Código penal anotado*. 10. ed. Versão revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

KAKU, Michio. *Hiperespaço*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

LUISI, Luiz. *O tipo penal: a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 102, nov. 2001.

MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS*. Tomos 1 e 2. Salvador: Casa da Qualidade, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. *Saúde mental no Brasil*. São Paulo: Arte e Ciência, 1999.

ROTTERDAM, Erasmo de. *O elogio da loucura*. Tradução Paulo M. Oliveira. Disponível em: <www.ebooksbrasil.com>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre as origens e o fundamento da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SECRETARIA EXECUTIVA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Legislação em saúde mental*. 3. ed. revista e atualizada. Brasília, Ministério da Saúde, 2002.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

SIQUEIRA, José Prudente. *A imputabilidade no projecto de código criminal brasileiro e proposições jurídicas*. Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia., 1936.

SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

TAVOLARO, Douglas. *A casa do delírio: reportagem no manicômio judiciário de Franco da Rocha*. São Paulo: SENAC, 2001.

TENÓRIO, Fernando. *A psicanálise e a clínica da reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Marca D'água, 2001.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

