

A Identidade entre Perigo e Sofrimento Mental no Direito.

Janaina Lima Penalva da Silva

“Na realidade, de onde vêm essas noções de periculosidade, acessibilidade à sanção, curabilidade? Elas não estão nem no direito nem na medicina. São noções não judiciárias, nem psiquiátricas, nem médicas, mas disciplinares. São todas essas disciplinazinhas da escola, da caserna, do reformatório, da usina, que tomaram cada vez mais espaço. Todas essas instituições, proliferando, estendendo-se, ramificando suas redes em toda a sociedade, fizeram emergir essas noções que eram, no início, incrivelmente empíricas, e que se encontram agora duplamente sacralizadas: de um lado, por um discurso psiquiátrico e médico, portanto, aparentemente científico, que as retoma; do outro lado, pelo efeito judicial que elas têm, já que é em seus nomes que se condena alguém¹”.

O que é o perigo no Direito? Ou contextualizando a pergunta: O que é ser perigoso do ponto de vista jurídico?

Essa seria uma pergunta aflitiva se não estivesse, como aqui está, diretamente relacionada à loucura. Se a indagação se referisse aos sujeitos “mentalmente sãos”, “racionais”, “normais”, talvez requeresse uma escolha de critérios ou requisitos para sua resposta, o que certamente implicaria em discordâncias e debates por partes dos juristas. Uma polêmica sem dúvida se apresentaria. A eleição dos critérios seria uma tarefa árdua que demandaria reflexões sérias por parte da comunidade jurídica, preocupada com os reflexos que a utilização desse conceito poderia trazer para a liberdade dos indivíduos.

Todavia quando direcionada aos portadores de sofrimento mental, a resposta a essa indagação apresenta-se facilmente. A polêmica se dissolve pela força de um consenso quase intuitivo.

Uma retomada, ainda que curta, da história da Psiquiatria e do Direito enquanto parceiros da empreitada que vinculou perigo e sofrimento mental apresenta-se como um elemento importante na tarefa de desvelar os pressupostos dessa imputação de idéias.

É possível observar - apesar dos limites de todo resgate histórico que pretenda identificar os instantes das mudanças de sentido social - que a vinculação entre as

¹ FOUCAULT, Michel. *Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise*. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 275.

idéias de loucura e perigo remonta ao século XIX, mais precisamente ao momento que J. E. D. Esquirol, discípulo de Philippe Pinel, o “libertador dos loucos”, cria o conceito de monomania, uma categoria da loucura representada por uma perturbação que não se referia aos delírios ou às desordens da inteligência, mas sim aos movimentos inesperados e incontroláveis das paixões e afetos².

“A prática do internamento no começo do século XIX coincidiu com o momento em que a loucura é percebida menos com relação ao erro do que com relação à conduta regular e normal. **Momento em que aparece não mais como julgamento perturbado, mas como desordem na maneira de agir, de querer, de sentir paixões, de tomar decisões e de ser livre.** Enfim, em vez de se inscrever no eixo verdade–erro–consciência, se inscreve no eixo paixão–vontade–liberdade. É o momento de Hoffbauer e Esquirol³.” (grifou-se)

A partir dos estudos de Esquirol, a loucura passa a ser associada a um impulso incontrolável, impassível de ser dominado pela vontade do indivíduo, neutralizador de sua autonomia, uma “imposição do inconsciente” contra a qual nada podia o sujeito fazer. Esse impulso ocupa o lugar do delírio na caracterização da loucura, interiorizando-a⁴. O louco deixa de ser somente aquele sujeito de espírito exaltado, fora de si, falante irrefletido de frases sem nexos e passa a ser também um desconhecido e como tal temível.

Essa nova categoria surge também como uma tentativa de se esclarecer casos mais polêmicos como daqueles cidadãos exemplares que, repentinamente, cometiam crimes horrendos, criando uma insegurança social imensa e desafiando a compreensão dos especialistas.

A monomania⁵ explicava de forma suficientemente coerente esses crimes, relacionando-os a esse impulso incontrolável que só podia ser identificado e detido por um médico. Por essa via, Esquirol justificava tanto os comportamentos inexplicáveis

² CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do Manicômio Judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1998, p. 30.

³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 69

⁴ FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

⁵ Conforme BIRMAN, a monomania de Esquirol estruturava-se sob a premissa de que as causas da loucura eram basicamente *morais*, eram as paixões e as perturbações na inteligência os sintomas característicos da loucura e também os meios terapêuticos indicados para seu tratamento. A confiança no tratamento moral torna-se mais clara em F. Leuret para o qual “(...) *nos alienados, a inteligência e as paixões não podem ser restabelecidas na sua regularidade, sem o socorro do tratamento moral, e este modo de tratamento é o único que tem uma influência direta sobre os sintomas da loucura*”. In: BIRMAN, Joel. *A Psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

quanto a função da Psiquiatria enquanto único saber capaz de defender a sociedade desse perigo⁶.

Ao enfraquecer o vínculo consagrado entre loucura e delírio, a monomania diluiu sua simbologia, abrindo o campo de possibilidades do saber especializado. Com a monomania, a identificação do sujeito louco deixou de ser uma questão de observação de erros e passou a representar uma tarefa de decifração, de tradução, uma atividade para iniciados.

Essa vinculação ao desconhecido fez da loucura algo temível. Ao acrescentar a dimensão de imprevisibilidade associada aos crimes à idéia de loucura, aquele sujeito que antes era apenas um desordenado passou a representar um perigo.

A partir da segunda metade do séc. XIX, as concepções médicas de Pinel, Esquirol e seus seguidores começam a sofrer duros golpes. As maiores críticas giravam ao redor da idéia de que a medicina feita por Pinel baseava-se na análise dos sintomas dos doentes e não nas causas e razões da doença.

O tratamento moral⁷ de Pinel e Esquirol perdia força em razão da emergência de uma preocupação mais forte em se localizar a loucura na anatomia humana, a tendência passa a ser a descoberta de um “corpo para loucura”.

“Para que a loucura fosse uma doença, seria necessária a conjugação do recorte combinatório dos seus sinais e sintomas com um quadro bem determinado de uma lesão cerebral, como se estabelecia e se determinava nas enfermidades da Medicina somática as suas lesões específicas, na era anátomo-patológica (...).
*Para que os loucos passassem a ser objeto da percepção e da escuta médicas, seria necessário que a loucura fosse tornada uma doença. Se o médico é definido como quem possui o saber sobre as doenças, para que os loucos sejam cuidados pelos médicos é preciso que sejam transformados em doentes*⁸.”
 (grifou-se)

⁶ A denominada monomania homicida tinha como único sintoma perceptível a propensão para prática de crimes.

⁷ Acompanhando a avaliação de BIRMAN, o tratamento dedicado aos loucos era ao tempo de Pinel e Esquirol um tratamento moral. “*Em verdade, o tratamento a que se submetia o alienado era fundamentalmente o moral. O tratamento físico era tão somente destituído de especificidade, sem qualquer consistência teórica que o validasse, como principalmente se incluía como um dos meios possíveis do tratamento moral. Os alienistas se interrogavam sobre a eficácia de seus agentes físicos, acreditando frequentemente que seu sucesso era dependente de seus efeitos morais no paciente.*” In: BIRMAN, Joel. *A Psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 59.

⁸ BIRMAN, Joel. *A Psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978 p. 56

Há um fortalecimento da necessidade da medicina psiquiátrica em uma inserção biológica da loucura, uma preocupação em se estabelecer o *locus* da inscrição da subjetividade na anatomia humana.

Todo esse movimento crítico em relação ao modelo pineliano e às classificações de Esquirol terminaram por marcar uma importante mudança na concepção da alienação mental.

Com a publicação do *Traité des dégénérescences* de B. A. Morel, em 1857, a medicina mental começa a tomar o rumo do organicismo, as pesquisas terapêuticas e farmacológicas ampliam a confiança no tratamento físico e as classificações sintomatológicas de Esquirol caem por terra.

As degenerescências de Morel eram desvios do tipo normal que poderiam ter causas intelectuais, físicas ou morais e que se transmitiam hereditariamente. Essa nova concepção da loucura que a considerava de forma definitiva como doença mental além de ter redimensionado os conceitos da época, aproximou a medicina mental da medicina geral. Conforme Morel:

“Procurei seguir minha idéia predominante que era a de vincular (...) a alienação mental à medicina geral, e de fazer emergir de seu estudo uma aplicação mais fecunda e mais universal do tratamento moral⁹”.

A mudança organicista também trouxe grandes conseqüências para a posição do médico, seu campo de intervenção sofre um considerável aumento: prevenção, profilaxia, ele não está mais preso ao asilo, pode atuar em vários momentos e com suas novas funções torna-se uma referência “*em todos os lugares de decisão da comunidade*”, inclusive no meio jurídico.

A doutrina da degenerescência tinha como um de seus pilares a idéia da hereditariedade pensada nos termos da transmissão de características mórbidas dos ascendentes aos descendentes e isso não só no nível biológico, mas também ao nível moral. Essa hereditariedade produziria indivíduos com os sistemas vitais mal-formados ou alterados que seriam os “tipos antropológicos desviantes” identificados a partir de uma

⁹ CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade do ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

análise de sua vida social, de seus antepassados, além de um histórico das moléstias que haviam lhe atingido e a seus ascendentes. Morel considerava ainda que somente os pacientes atingidos por doenças não-degenerativas seriam passíveis de cura.

O aspecto da teoria das degenerescências mais controvertido era a questão da classificação das categorias nosológicas. A doutrina de Morel aliada ao organicismo de base positiva ancorava suas classificações nas descobertas anatomopatológicas da época, mas sob uma ótica um pouco diversa.

A base da degenerescência não estaria em uma lesão perceptível do sistema nervoso, mas em uma não conformação desse sistema.

Como bem resume CARRARA:

“Tal hipótese estava tão bem integrada no horizonte intelectual do momento que se ”transfigurou” em verdadeira “descoberta”. Através dela, a medicina mental parecia ter encontrado finalmente sua base objetiva, não, é claro, em um conjunto de lesões, mas em uma espécie de “duplo” da lesão, constituído pelos estigmas físicos da degeneração. Tais estigmas passavam a atestar, na superfície do corpo, a existência de uma deformação mais profunda, de um efeito invisível mas persistente das células nervosas¹⁰.”

É dessa forma que a Psiquiatria entra para o mundo positivista concretizando-se enfim como “ciência”. Através das deformações ou mal-formações físicas e das alterações fisiológicas como lábios leporinos, dedos supranumerários, estigmatizava-se os degenerados e encontrava-se o “critério objetivo” tão caro a uma ciência positiva.

Ainda segundo CARRARA¹¹, o conceito de degenerescências e suas classificações abrangiam um número tão vasto de situações que, não só a maioria dos alienados poderia ser considerada degenerada como grande parte dos comportamentos desviantes poderia se enquadrar em alguma espécie de degenerescência. E é assim que o tipo criminoso aparece claramente como um tipo degenerativo. Como bem observa CASTEL¹², a doutrina da degenerescência patologiza o crime e dessa forma passa a questionar a legitimidade das punições do Direito Penal.

¹⁰ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do Manicômio Judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1998.

¹¹ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do Manicômio Judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1998.

¹² CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade do ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

A doutrina da monomania encarava o crime como um possível reflexo da alienação, a teoria da degeneração afirmava o crime como resultante de algum grau de deficiência psíquica.

Nesse sentido, compreende-se facilmente como a teoria das degenerescências amplia a função médica dentro das funções sociais. Como agora tudo são degenerescências e grande parte dos comportamentos, atitudes e experiências de vida são também causas dela, os objetivos da medicina mental começam a ir além da cura do doente, visa-se a uma “moralização das massas”. E assim:

“(…) qualquer que seja a dificuldade da situação, a medicina, longe de ser impotente, como pretendem alguns de seus detratores, pode ainda, apesar da predominância dos casos incuráveis, tornar-se para a sociedade um poderoso meio de salvação. Somente ela pode, efetivamente, avaliar a natureza das causas que produzem as degenerescências na espécie humana, somente ele pode dar a indicação positiva dos remédios a serem empregados¹³.”

A influência de Cesare Lombroso (1835-1909) não poderia deixar de ser mencionada, a figura do criminoso nato dominou os estudos de criminologia durante grande parte do século XIX. Para Lombroso, o criminoso trazia as inscrições de seu potencial perigoso em seu próprio corpo. O criminoso nato de Lombroso traria sinais como a ausência de pêlos no corpo, maxilares superdesenvolvidos, além da insensibilidade à dor, capacidade de rápida recuperação de ferimentos e tendências homossexuais em alguns casos.

Com o florescimento das idéias sociológicas no final do século XIX, as idéias bio-deterministas de Lombroso perdem força, o atavismo é duramente criticado e o autor de “O Homem Delinqüente” chega a reavaliar suas idéias de forma a aproximá-las da teoria das degenerescências que apesar das diferenças não representava uma mudança radical de pressupostos. Tanto o criminoso nato como o degenerado eram figuras estigmatizadas e apesar de possuírem marcas diferentes (teratológica ou psicológica) a forma de tratamento assemelhava-se muito.

Percebe-se, dessa forma, como o pensamento sobre a loucura coincidiu historicamente com as análises do criminoso. A preocupação em se eliminar o “desvio” fez com que o sujeito da loucura e o sujeito do perigo fossem fundidos em uma mesma categoria.

¹³ CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade do ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Graal, 1978

É nesse sentido que a idéia do perigo da loucura vai se inscrevendo no imaginário social, estruturada nos posicionamentos especializados de médicos e juristas sempre legitimados pelo seu saber “científico”. Os vetores normativos envoltos na idéia de loucura e crime comportavam-se como reflexos cruzantes de duas ciências sintonizadas entre si.

A ligação perigo-sofrimento mental perdura hoje em categorias como a sociopatia, psicopatia, o transtorno de personalidade etc. As ciências “psi” permanecem na busca de explicações para a conduta criminosas, na tentativa de consolidar sua autoridade e de demonstrar definitivamente que os “desvios” são resultados de conformações psíquicas.

Periculosidade

A idéia central contida no conceito de perigo é a prenúnciação de um mal¹⁴. Em última instância, o perigo nada mais é que um risco.

Situações de perigo que demandam regulamentação jurídica não são raras. Na seara jurídica, a normatização do perigo exige um cuidado especial, tendo em vista as garantias constitucionais de proteção do indivíduo. A regulamentação de situações de risco somente encontra justificativa no ordenamento jurídico, na medida em que se faça para proteção de direitos.

Dessa forma, para que essa regulamentação ocorra nos limites constitucionais é preciso que exista uma constante preocupação com as condições *objetivas* de avaliação do perigo, sob pena de se constituírem situações de abuso de direitos, afinal o risco é parte da vida e, por conseguinte, parte do Direito. A presença do risco e do perigo é parte da nossa existência no mundo e o Direito, no exercício de sua função de fixar padrões de conduta, só está autorizado a regular o perigo, se existir alguma relevância jurídica e se for possível avaliá-lo objetivamente. Fora desses casos, a intervenção jurídica será indevida, na medida em que violará os direitos e garantias constitucionais.

A questão ganha complexidade quando a regulamentação ocorre na seara do Direito Penal e, principalmente, no momento em que o foco deixa de ser as *situações* de perigo e passa a ser os *sujeitos* perigosos.

¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: 1986.

Considerações sobre o perigo que representa uma pessoa - e não uma conduta ou uma situação – só têm regulação normativa no Direito Penal.

A periculosidade é o juízo sobre o potencial criminoso de alguém.

Em casos de inimputabilidade, nos quais há exclusão de culpabilidade, um dos requisitos para aplicação da Medida de Segurança é a avaliação da periculosidade do agente. Essa avaliação consiste na análise da probabilidade do autor de um delito reincidir nessa conduta, vindo a cometer um novo crime.

A análise da periculosidade é pré-requisito tanto para aplicação da Medida de Segurança quanto para sua cessação.

As Medidas de Segurança¹⁵ são aplicáveis somente aos inimputáveis, ou seja, aos que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. São dois os requisitos de aplicação: um objetivo, a prática de um ilícito-típico e um subjetivo, a periculosidade. O prazo de duração máxima das Medidas de Segurança é indeterminado, existindo somente tempo de duração mínimo estabelecido pelo juiz e que deve variar de um a três anos. A medida só termina após um laudo que ateste a cessação da periculosidade, no entanto essa liberação será sempre condicional, permanecendo o sujeito sob a tutela do Estado para que se verifique uma eventual reincidência.

Em outras palavras, o que se tem no caso das Medidas de Segurança é uma intervenção punitiva do Estado regulada por um juízo de perigo potencial.

O tempo em que o sujeito estará sob a custódia do Estado perdurará conforme sua periculosidade¹⁶. É importante ressaltar que a periculosidade é essencialmente um prognóstico e a dúvida é inerente a qualquer juízo dessa natureza, aliás, a dúvida é da própria essência das avaliações sobre comportamentos humanos futuros. Todavia, no âmbito jurídico, e, principalmente, no campo do Direito Penal, em que se agiganta a

¹⁵ As normas penais que regulamentam as Medidas de Segurança estão contidas nos arts. 96 e 97 do Código Penal.

¹⁶ A Medida de Segurança pode importar internação ou tratamento ambulatorial, conforme o crime seja apenado com reclusão ou detenção. Todavia, se o juiz entender que o caso requer internação, poderá aplicá-la mesmo em crimes apenados com detenção. Tendo em vista que a medida é, em última instância, privação da liberdade ou de direitos, torna-se complexa a tarefa de negar seu caráter punitivo. A doutrina quase unânime insiste em considerá-la um simples tratamento médico, entretanto é um desafio imaginar as possibilidades de se tratar um sofrimento psíquico sob a intervenção penal do Estado. A Psiquiatria moderna, ao reivindicar a eliminação de qualquer tratamento manicomial, já demonstrou a importância de se tratar *em liberdade*.

importância das garantias constitucionais, a dúvida toma maiores proporções, gerando conseqüências graves à aplicação de penas, em um Estado Democrático de Direito.

A prova da periculosidade é dada por um laudo psiquiátrico. Cabe aos psiquiatras a tarefa de definir quanto perigo aquele sujeito representa para a sociedade, qual é a probabilidade de ele voltar a cometer delitos. E o julgador, baseado nessa avaliação que, em tese, não o obriga, mas que sem dúvida o conduz, decide.

A Psiquiatria, dessa forma, avaliza a intervenção penal, contribuindo para sua legitimidade e justificação. É a histórica parceria entre Direito Penal e Psiquiatria atualizando-se contemporaneamente.

A questão que se coloca então é como justificar o juízo de periculosidade em um Estado Democrático de Direito? Como sustentá-lo face às garantias individuais? Como encontrar argumentos racionais que possam balizar afirmativas sobre o futuro, ou melhor, sobre comportamentos humanos futuros? Como provar a probabilidade de nova incidência criminal?

A resposta que o sistema do Direito brasileiro fornece para essas questões é insuficiente. O argumento de que o grau de periculosidade pode ser comprovado pela existência e gravidade da doença mental está ancorado na equivocada idéia de que a loucura é perigosa, baseia-se na certeza de que o sofrimento psíquico representa um perigo para sociedade, sustenta-se sob a premissa de que loucura é ausência de razão e por isso implica em um risco grande de levar os sujeitos a condutas ilícitas resultantes de atos impensados, mal avaliados ou até mesmo desejados.

A Psiquiatria, ao atestar que o autor de um delito, portador de sofrimento mental, inimputável, provavelmente reincidirá em condutas criminosas confessa, ainda que indiretamente, sua leitura estigmatizante do louco, sujeito que deveria estar sob seus cuidados e não sob seu julgamento.

Não é uma tarefa difícil demonstrar que a vinculação perigo-loucura é um estigma, construído pelos saberes normatizantes ao longo da história e que não apresenta qualquer correspondência com a realidade. Uma comparação, mesmo que precária, entre o número de pessoas que estão cumprindo pena com o número de pessoas que estão sob Medida de Segurança demonstrará essa afirmação facilmente. A diferença é absurda e fala por si mesma. Todavia, se isso ainda for insuficiente, uma comparação entre

os níveis de reincidência nos dois casos não deixará dúvidas de que não são os portadores de sofrimento mental que ameaçam a paz social.

Definitivamente, não há como sustentar racionalmente a validade de um juízo futurístico dessa espécie.

O argumento de uma possível reincidência como justificativa para custódia perpétua do indivíduo não encontra amparo no sistema constitucional. A avaliação da periculosidade não tem qualquer base objetiva passível de verificação, ao contrário, é uma análise integralmente subjetiva baseada em uma vinculação de idéias construída para a opressão de um grupo determinado de pessoas e que, portanto, fere as garantias constitucionais desses sujeitos.

As Medidas de Segurança funcionam como uma exceção ao sistema punitivo geral. Em um Estado Democrático de Direito, exceções devem ser motivadas, sob pena de afronta ao princípio da igualdade. É preciso que existam justificativas racionais construídas de maneira argumentativa que expliquem o estabelecimento de requisitos e condições diferentes para a intervenção penal quando o auto do delito é “especial”.

A razão regularmente trazida pelo Direito para explicar esse regime de exceção é: como a causa da incidência criminosa é patológica e, portanto, localiza-se fora da esfera de escolha autônoma do indivíduo, razões de justiça obrigam a uma reação estatal diferenciada. Essa reação, então, não viria na forma de uma punição, mas sim por meio de um tratamento médico compulsório capaz de restabelecer a saúde do indivíduo, contribuindo também para paz social, na medida em que protegeria a sociedade de um agente perigoso.

Inicialmente essa parece uma justificativa plausível para o regime especial dos inimputáveis. Todavia um exame cuidadoso de seus pressupostos revela a construção frágil que a sustenta.

Tanto a aplicação quanto a execução da Medida de Segurança estruturam-se sob o juízo de periculosidade do agente. Não bastam somente a condição de inimputável e a prática de um crime, é preciso que o agente seja comprovadamente perigoso. Esse dado reenvia a discussão para as possibilidades de uma avaliação da periculosidade que, conforme mencionado, não existem sob um regime democrático.

Assim sendo, a plausibilidade de regime de aplicação de pena diferenciado para infratores que incidiram na conduta criminosa em condições “especiais” não passa de um subterfúgio lançado para encobrir uma violação aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Quanto às razões de defesa social e prevenção é certo que são objetivos válidos do sistema penal, todavia não podem ir além do possível, do identificável e do aceitável. Intervenção penal baseada na defesa da sociedade contra *prováveis* e *indeterminadas* violações é inadmissível. A defesa social não pode se sobrepor às garantias individuais do cidadão. A afronta aos princípios constitucionais é de uma clareza incômoda.

Já em relação à justificativa de que o sistema das Medidas de Segurança respeita a igualdade, na medida em que leva na devida conta as circunstâncias patológicas do crime, garantindo um tratamento aos portadores de sofrimento psíquico e não uma punição, é preciso que se analise mais detidamente as circunstâncias.

A Psiquiatria brasileira vem se reestruturando nas últimas décadas exatamente em torno da discussão sobre os pressupostos essenciais de um tratamento eficaz e digno dos portadores de sofrimento mental. A base da Psiquiatria Antimanicomial é a certeza de que não há qualquer possibilidade de cuidado e de tratamento do sofrimento psíquico *sem liberdade*¹⁷.

Dessa forma, a idéia de que aplicação de Medida de Segurança respeita a igualdade, na medida em que substitui a punição pelo tratamento, precisa ser contextualizada. A privação da liberdade, o isolamento do convívio familiar e social, a falta de vida que uma internação manicomial acarreta está muito longe de representar tratamento¹⁸. Não há, nessas circunstâncias, como se construir um tratamento desvinculado das privações inerentes à intervenção penal que desestruturam as condições de vida de qualquer pessoa.

¹⁷ Para um estudo mais aprofundamento da questão, consultar DELGADO, Pedro Gabriel. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*. Rio de Janeiro: Té Corá Editora, 1992; LOBOSQUE, Ana Marta. *Princípios para uma clínica antimanicomial*. São Paulo: Hucitec, 1997 e *Experiências da loucura*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

¹⁸ Há análises na área da Psicologia que sustentam a ineficácia de tratamentos compulsórios na saúde mental e há inclusive quem defenda que a não-culpabilidade é um obstáculo ao próprio autor do delito em seu processo de aceitação e reconstrução do ato criminoso. Essas são considerações clínicas importantes que deveriam ser consideradas se realmente o tratamento fosse uma das finalidades da Medida de Segurança. Ver CHEIB, Ana Luisa Senra. *Inimputabilidade e Loucura: conseqüências clínicas da inimputabilidade sobre o sujeito psicótico*. Belo Horizonte: Mimeo, 1998.

Há, no entanto, um questionamento anterior a essa questão: a saúde é um problema do Direito Penal? É legítima a custódia de indivíduos pelo sistema penal para fins de tratamento médico?

A Medida de Segurança é um instrumento incoerente. A justificativa da exceção que representa baseia-se na idéia de que os desiguais merecem tratamento desigual, ou seja, a reação penal diferenciada ocorre em benefício do próprio autor do delito e nada mais. No entanto, o tratamento médico deve se dar sob a vigilância do sistema penal, afinal é preciso que se previnam delitos, é necessário que se defenda a sociedade.

Em outras palavras: o sofrimento mental representa um perigo (tanto que um crime foi cometido) e a sociedade tem que se proteger, todavia a custódia do indivíduo não se justifica exclusivamente por esse delito cometido (afinal não foi resultante de uma conduta voluntária), mas pelo potencial transgressor que esse indivíduo carrega.

Há compatibilidade entre essas idéias que convencem e tranquilizam tão facilmente?

Privar a liberdade (ou direitos) de um indivíduo em nome de sua própria saúde e baseado em avaliações de futurologia parece perverso, para dizer o mínimo.

Definitivamente, questões de saúde não pertencem à seara do Direito Penal e não são, em hipótese alguma, justificativas para qualquer intervenção do *ius puniendi*.

Futurologia, juízos prognósticos, avaliações subjetivas de perigo ferem o princípio da igualdade e contribuem para uma espécie de exclusão social “legalizada”.

“Urge varrer o gasto conceito de “periculosidade”. Varrê-lo para fora de nosso ordenamento jurídico. **Ninguém pode ser punido por ser diferente. Por ter distintos sofrimentos. Por ouvir vozes. A “des-razão” como provável causa de cometimento de ilícito está fora da possibilidade de reação do direito penal**, não é ele o remédio, mas, nestes casos, funciona como o “inventor” da própria doença¹⁹”. (grifou-se)

Medidas de Segurança

Uma outra questão merecedora de reflexão refere-se à duração das Medidas de Segurança. O artigo 97, parágrafo primeiro, do Código Penal é explícito ao

¹⁹ MATTOS, Virgílio. *Trem de doido: o Direito Penal e a Psiquiatria de mãos dadas*. Belo Horizonte: Uma Editora, 1999, p. 54.

afirmar a indeterminação temporal das Medidas de Segurança, vinculando seu fim a um laudo técnico que comprove a cessação da periculosidade.

Como já mencionado, a comprovação da periculosidade é um dos requisitos de aplicação da Medida de Segurança. A reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 aboliu a presunção de periculosidade, sendo obrigatório, desde então, um laudo que ateste esse estado no momento do estabelecimento da medida. Todavia o que se observa na prática forense é a feitura de um laudo médico que atesta a inimputabilidade do agente, mas que na maioria dos casos não se refere a sua periculosidade, perpetuando, ilegalmente, a presunção de periculosidade.

Dessa forma, a avaliação da periculosidade do autor do fato só vem a ser feita após o prazo de duração mínima da Medida de Segurança²⁰.

A duração máxima, ao contrário, não tem limites. Como dito, a intervenção penal só se interrompe com o laudo de cessação de periculosidade, ou seja, após um prognóstico médico favorável, que ateste o fim do perigo.

A Constituição da República de 1988 proíbe penas de caráter perpétuo, garante a individualização das mesmas e consagra o princípio da legalidade. Todos os condenados têm direito à fixação de uma pena determinada, individualizada e legal. É inconstitucional qualquer fixação de pena sem limites temporais.

Como bem ressalta FERRARI:

“Diante do princípio da legalidade, não pode o Estado intervir indefinidamente no sagrado direito da liberdade do cidadão, devendo haver um limite máximo temporal pré-definido. **A nosso ver, inconstitucional configura-se a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais**, afrontando a certeza jurídica e o Estado de Direito, em plena violação ao art.5º, inc. XLVII, letra *b*, combinado com a cláusula pétrea enunciada no art. 60, parágrafo 4º, da Carta Magna. ²¹” (grifou-se)

A inconstitucionalidade é patente. A violação ao princípio da igualdade é incontornável, formas diferenciadas de vida não podem ser razões para reduções de direitos, a pluralidade é parte da democracia.

²⁰ Na sentença que aplica a Medida de Segurança deve constar um prazo mínimo de duração entre um e três anos. Esse procedimento parece muito incoerente, afinal é o juiz estabelecendo um prazo mínimo de duração do que, em tese, é um “tratamento médico”. Nesse momento, o julgador define sozinho, a lei não prevê qualquer auxílio técnico, o que parece indevido se o fim da medida é realmente a recuperação do sujeito, mas totalmente coerente, se a finalidade é realmente a punição.

²¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

Essa indeterminação na privação da liberdade (ou de direitos) implica na punição da diferença.

São poucos os autores que admitem o caráter punitivo das Medidas de Segurança. A doutrina majoritária sustenta que a defesa social é a finalidade única do instituto, nega qualquer caráter punitivo em sua execução e enfatiza o caráter meramente terapêutico dessa intervenção penal.

Em última instância, a grande questão das Medidas de Segurança é sua caracterização como uma medida não-punitiva. Se, ao contrário, fosse admitida como pena, o requisito da periculosidade não definiria sua aplicação, a fixação de um prazo mínimo não existiria, a pena seria definida no momento da aplicação, e todos os direitos do condenado seriam aplicáveis também aos inimputáveis.

A Medida de Segurança, no entanto, foi pensada para funcionar de uma maneira diversa das penas, foi criada para se controlar o indivíduo, para corrigi-lo ao nível de seu comportamento, de suas atitudes, de suas disposições, do perigo que representa, das virtualidades possíveis²², por isso seu alcance exige menos limites e sua duração não pode ter fim.

Conclusão

O reconhecimento do outro como igual é uma exigência do projeto democrático. Uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política do reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade²³.

A Constituição funda, conforme explica Habermas, uma comunidade de responsabilidade juridicamente mediatizada entre os cidadãos, a legitimidade dessa comunidade secular só pode estar na igual satisfação dos interesses de todos. A possibilidade de satisfação equânime desses interesses torna-se uma questão especialmente difícil em sociedades complexas como as contemporâneas. Introduce-se dessa forma o

²² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, p. 99.

²³ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Asthor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

problema da igualdade, da igual proteção, da não-discriminação, um problema eminentemente constitucional²⁴.

A identidade entre perigo e sofrimento mental demonstra uma marginalização dos loucos que pode ser considerada estrutural. A diferença que o sofrimento mental representa é tratada como um desvio a um padrão “normal”, não problemático e ideal.

As Medidas de Segurança são apenas um dos reflexos dessa exclusão que penetra todos os âmbitos da vida do portador de sofrimento mental, sua importância, no entanto, é paradigmática.

A vinculação entre sofrimento mental e perigo - expressa em um juízo de periculosidade e punida com seqüestro – desafia a capacidade democrática de um Estado.

Sem dúvida, a condição de portador de sofrimento mental é uma condição singular, diversa, que demanda especificidades de tratamento, no entanto isso não pode importar, em absoluto, na desconsideração de seus direitos fundamentais.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Asthor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.