

## medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade

maria lúcia karam \*

### 1. Limitações constitucionais ao poder do Estado de punir

O ordenamento jurídico-penal brasileiro prevê a imposição de medida de segurança consistente em internação, por tempo indeterminado, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado, a portadores de enfermidades mentais, que se revelem inimputáveis autores de condutas penalmente ilícitas, admitido o tratamento ambulatorial apenas quando tal conduta for punível com pena de detenção (artigos 96 a 99 do Código Penal).

Nas regras do artigo 29 da Lei nº 6.368/76, ainda em vigor, também se encontra a previsão de medida de segurança consistente em tratamento médico, para au-

\* Juíza de Direito aposentada, ex-Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro e ex-Juíza Auditora da Justiça Militar Federal. Integrante do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Associação de Juízes para a Democracia e do Instituto Carioca de Criminologia.

tores de condutas relacionadas a drogas qualificadas de ilícitas, criminalizadas por meio daquela lei, que, em razão da dependência, sejam inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com este entendimento. Em tais hipóteses, a dependência a drogas qualificadas de ilícitas é identificável à inimputabilidade.<sup>1</sup>

A análise destas previsões legais de medidas de segurança para inimputáveis, como deve acontecer na discussão de qualquer tema concernente ao ordenamento jurídico, há de se guiar pela permanente busca de efetivação da supremacia da Constituição Federal, assim se desenvolvendo sob a ótica condicionadora da validade (ou da eficácia) dos dispositivos legais, disciplinadores dos institutos abordados, à sua compatibilidade e adequação aos comandos emanados dos princípios e regras constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 introduziu um preâmbulo, para afirmar, expressamente, que a Assembléia Nacional Constituinte se reunia para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Acorde com tal preâmbulo, a regra do *caput* do artigo 1º da Carta logo estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo, dentre seus fundamentos, como apontado em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana. Vem, então, o artigo 5º, que começa por afirmar a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, para, em seguida, detalhar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

A essência do Estado Democrático de Direito encontra-se na exigência do consentimento e do controle populares para o exercício do poder estatal e na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas, principalmente, daqueles que exercem o poder, com vista a garantir os direitos, a dignidade e, assim, o bem-estar de cada indivíduo.

A concretização desta essência conduz a que a função maior do ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, consista na criação de limites ao exercício do poder estatal, de forma a assim assegurar os direitos e a dignidade dos indivíduos.

A dignidade, por sua vez, traz, em sua essência, a liberdade ou a autodeterminação do indivíduo, isto é, a sua capacidade de escolha, sem a qual sequer se poderia pensar, seja em pessoa, seja em democracia. Implica, ainda, na consideração do indivíduo como um fim em si mesmo, vedando sua utilização como instrumento de realização de quaisquer outros fins, estatais ou não. A liberdade, essencial ao reconhecimento da dignidade, impede, também, a transformação moral forçada do indivíduo, assegurando-lhe a opção por pensar, ser e agir como bem lhe aprouver, enquanto não afetar concretamente direitos de terceiros.

Destas premissas decorre o princípio da prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, funcionando aquela tutela como limitação ao poder estatal. Tal prevalência da tutela da liberdade já se traduz na própria proibição da auto-tutela, enunciada na fórmula *nulla poena sine iudicio*, contida na cláusula fundamental do devido processo legal, a fazer com que a pretensão punitiva seja sempre insatisfeita, a aplicação da pena não podendo se dar sem prévia realização do processo.

A prevalência da tutela da liberdade do indivíduo, apontando para a contenção e a redução do poder do

Estado de punir, há, portanto, de permanentemente dar as diretrizes e permanentemente se exercitar, no campo penal, em todas as etapas do processo de criminalização, não só para avanço e fortalecimento dos postulados do Estado Democrático de Direito, em que tal prevalência se inclui, mas, antes disso, para assegurar sua própria subsistência, freqüentemente ameaçada pela tensão estabelecida entre seus princípios e as manifestações autoritárias, que permanecem em seu interior, naturalmente, não existindo Estados de Direito ou Estados Democráticos de Direito reais, que sejam puros ou perfeitos, mas apenas Estados de Direito ou Estados Democráticos de Direito historicamente determinados que controlam e contêm, melhor ou pior, as manifestações autoritárias, sobreviventes em seu interior.

O poder de punir, concretizado através das seletivas e violentas intervenções do sistema penal, constitui uma destas manifestações autoritárias, que maiores riscos traz ao Estado de Direito<sup>2</sup>.

O sistema penal, gerador de situações muito mais graves e dolorosas do que os conflitos qualificados como crimes, que, enganosamente, anuncia poder resolver, alimenta e alimenta-se de uma nefasta e perversa fantasia, que faz crer que a punição de selecionados autores daquelas condutas conflituosas qualificadas como crimes, serviria para trazer segurança, tranquilidade e proteção. A reação punitiva, no entanto, não passa de mera manifestação de poder, servindo apenas para manter e reproduzir as estruturas dominantes em que este surge. Do ponto de vista das almeçadas segurança, tranquilidade e proteção, as intervenções do sistema penal constituem tão somente uma ilusão cruel, a permitir a subsistência de um sofrimento, tão inútil quanto profundo, que atinge dimensões extremas, quando encon-

tra, como ainda hoje, na privação da liberdade, a forma primordial de concretização da reação punitiva.

A contenção e a redução deste sofrimento, tão profundo quanto inútil, fazem ainda mais imperativo o compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo e, assim, com a permanente reafirmação da prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir.

Para assim controlar e conter as manifestações autoritárias, presentes no interior do Estado Democrático de Direito, permanentemente reafirmando a prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder de punir, é preciso que as normas constitucionais, garantidoras desta prevalência, sejam sempre interpretadas em forma que lhes dê a máxima efetividade.

Dentre as linhas mestras, a serem seguidas, três hão de ser sublinhadas: nenhuma interpretação pode retirar ou diminuir a razão de ser da norma constitucional considerada; o sentido a ser atribuído à norma constitucional há de ser o que maior eficácia lhe dê; a cada norma constitucional, vista em sua relação com as demais, há de ser conferido o máximo de capacidade de regulamentação<sup>3</sup>.

É, pois, sob estes ângulos, que deve se desenvolver a análise das previsões legais de medidas de segurança para inimputáveis, a, naturalmente, partir da compreensão da culpabilidade, como elemento inseparável da identificação da conduta criminalizada e como princípio limitador do poder do Estado de punir.

## **2. A Constituição Federal e o princípio da culpabilidade**

As limitações ao poder de punir, inseparáveis dos postulados do Estado Democrático de Direito, estão consagradas nos princípios e regras constitucionais

garantidores da tutela da liberdade, podendo vir ali explicitadas ou diretamente decorrendo de cláusulas positivadas no texto constitucional.

O princípio da culpabilidade, embora não conste de enunciado expresso no texto constitucional, diretamente decorre do reconhecimento da dignidade do indivíduo, cuja proteção, como antes assinalado, constituindo função maior do ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, igualmente constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme assentado na regra do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

A culpabilidade consiste, basicamente, na possibilidade de se exigir do autor de uma conduta penalmente ilícita que ele tivesse um outro comportamento, ajustado ao que determinam as leis criminalizadoras.

O princípio que estabelece a culpabilidade como elemento indispensável ao juízo de reprovação que poderá recair sobre o autor de uma conduta penalmente ilícita, dando, ao mesmo tempo, a medida da reprovação possível, delimita a intervenção do poder do Estado de punir, na esfera de liberdade do indivíduo.

Dizendo respeito à capacidade de escolha (isto é, à autodeterminação) do indivíduo — capacidade esta, como visto, inerente ao próprio conceito de pessoa —, o princípio da culpabilidade mostra-se inseparável do reconhecimento de sua dignidade. Sua função garantidora integra-se aos princípios limitadores do poder do Estado de punir, gerados por aquela função maior do ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, de proteção à dignidade do indivíduo.

Ao derivar do reconhecimento da capacidade de escolha do indivíduo, o princípio da culpabilidade condiciona o exercício do poder do Estado de punir à demonstração da possibilidade exigível de motivação

pela norma do autor da conduta penalmente ilícita (o injusto penal) concretamente realizada.

Assim, além de impedir a reprovação pela mera causação de um resultado lesivo (imputação de resultado fortuito), o princípio da culpabilidade impede qualquer reprovação por uma escolha que a pessoa não pôde fazer, ou que se a reprove quando não pôde exercitar sua capacidade de escolha, sempre considerada tal escolha tão somente em relação à conduta ilícita concretamente realizada.

A medida da culpabilidade é dada, exatamente, pela revelação do maior ou menor âmbito de autodeterminação da pessoa, na realização da conduta considerada, a estabelecer a maior ou menor possibilidade de se lhe exigir que, no caso concreto, escolhesse um outro comportamento ajustado ao que determinam as leis criminalizadoras.

É por isto que, para o reconhecimento da prática de um crime, não basta a realização de uma conduta, definida em um dispositivo legal criminalizador e não permitida pela ordem jurídica (a conduta penalmente ilícita ou o injusto penal), sendo ainda indispensável que, nas circunstâncias em que concretamente realizada aquela conduta penalmente ilícita, pudesse seu autor ter agido de outra forma, neste enunciado se contendo a concepção da culpabilidade como exigibilidade.

Para que o Estado possa exigir este outro comportamento, faz-se necessário, antes de tudo, que a pessoa tenha capacidade psíquica de compreensão ou de autodeterminação, em relação ao caráter ilícito de sua conduta. A incapacidade psíquica, que configura a inimputabilidade, necessariamente afasta a culpabilidade e, conseqüentemente, a existência do crime.

### **3. Medidas de segurança para inimputáveis e vulneração do princípio da culpabilidade**

Embora reconhecendo a ausência de culpabilidade e, assim, a inexistência de crime nas condutas daqueles que se revelam inimputáveis, o ordenamento jurídico-penal brasileiro, paradoxalmente, insiste em alcançá-los, ao impor, como consequência da realização da conduta penalmente ilícita, as chamadas medidas de segurança, com base em uma alegada “periculosidade” atribuída a seus inculpáveis autores.

Aqui, indevidamente, se abre o espaço para manifestação da aliança entre o direito penal e a psiquiatria, responsável por trágicas páginas da história do sistema penal. É sempre bom lembrar da simetria existente entre o manicômio e a prisão, instituições totais de controle, que têm sua origem comum nos séculos XVIII e XIX, quando, com a evolução do processo de industrialização, se consolidam as formações sociais do capitalismo.<sup>4</sup>

A idéia de “periculosidade” não se traduz por qualquer dado objetivo, ninguém podendo, concretamente, demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro. Já por isto, tal idéia se mostra incompatível com a precisão que o princípio da legalidade, constitucionalmente expresso, exige de qualquer conceito normativo, especialmente em matéria penal. A “periculosidade” do inimputável é uma presunção, que não passa de uma ficção, baseada no preconceito que identifica o “louco” — ou quem quer que apareça como “diferente” — como “perigoso”.

Na realidade, as medidas de segurança para inimputáveis, consistindo, como prevêem as mencionadas regras dos artigos 96 a 99 do Código Penal e do artigo 29 da Lei nº 6.368/76, na sujeição obrigatória e



por tempo indeterminado a tratamento médico (ambulatorial ou mediante internação), não passam de formas mal disfarçadas de pena, sua incompatibilidade com a Constituição Federal, por manifesta vulneração do princípio da culpabilidade e, conseqüentemente, por manifesta vulneração da própria norma constitucional, que aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, decerto, havendo de ser afirmada.

Quando se considera a conduta penalmente ilícita como um diferencial entre enfermos mentais, submetendo-se os que são apontados como inimputáveis autores daquela conduta à intervenção do sistema penal, o que se está efetivamente fazendo é passar por cima do princípio da culpabilidade, para, assim, impor-lhes uma indevida punição pela prática daquela conduta.

No que concerne aos inculpáveis autores de condutas criminalizadas através da Lei nº 6.368/76, em razão da dependência, deve ser destacado que, em se tratando da simples posse de drogas qualificadas de ilícitas para uso pessoal ou de seu consumo em circunstâncias que não ultrapassem o âmbito individual, a imposição do tratamento médico obrigatório, integrado ao sistema penal, antes mesmo de violar o princípio da culpabilidade, reafirma a igualmente inconstitucional violação da liberdade individual, da intimidade e da vida privada, presente em qualquer intervenção do Estado sobre autores de condutas que não afetam concretamente bens jurídicos de terceiros.

Mas, este inconstitucional tratamento obrigatório já vem sendo aplicado até mesmo para aqueles que têm íntegra sua capacidade psíquica, nas tentativas, diretamente veiculadas pelos Estados Unidos da América, de transportar, para o Brasil, as chamadas *drug courts*, que, aqui, se pretende sejam adotadas, com a tradução literal de “tribunais de drogas”, ou sob a denominação de

“justiça terapêutica”, esta última explicitando a retomada daquela nefasta aliança entre o direito penal e a psiquiatria.

Segue-se, aqui, o rastro aberto pela Lei nº 9.099/95, que, tratando dos juizados especiais criminais, consagra a idéia da aplicação antecipada de penas alternativas à prisão, em hipóteses de infrações penais, consideradas de pequeno ou médio potencial ofensivo, através da aceitação, por parte do réu, do recebimento destas penas, explícitas ou disfarçadas, sem que se discuta e comprove a efetiva prática da infração penal e sem que haja, assim, um efetivo exercício do direito de defesa. Nesta linha, alguns órgãos da Justiça criminal vêm impondo um legalmente não previsto tratamento médico, como forma de antecipar a concretização dos princípios embutidos nas *drug courts* norte-americanas.

Assim, estende-se o tratamento médico a imputáveis, o que já contraria as próprias leis penais ordinárias vigentes. Assim, amplia-se o alcance do sistema penal, com a imposição de verdadeiras penas, negociadas ao preço da quebra de diversas garantias do réu, derivadas da cláusula fundamental do devido processo legal, constitucionalmente consagrada. Neste ponto, vale destacar a observação, notada na prática desenvolvida na matriz norte-americana, sobre a violação dos princípios do contraditório e da imparcialidade do julgador, configurada pela ação conjunta de promotor, defensor e juiz, para conduzir o réu a aceitar o programa de tratamento<sup>5</sup>.

Esta importação das *drug courts* chega, ainda, ao âmbito dos juizados da infância e da juventude. Ali também, pretende-se violar a liberdade individual, a intimidade e a vida privada de adolescentes, através da imposição de um tratamento médico obrigatório, sem que sequer seja externado transtorno mental que, teoricamente, o pudesse aconselhar.

A Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de crianças e adolescentes, na regra contida em seu artigo 227. Também neste campo, não se pode esquecer que as leis infraconstitucionais têm sua vigência (ou aplicabilidade) condicionada à sua compatibilização com o disposto na Lei Maior. As medidas restritivas da liberdade de adolescentes, como as que são previstas nas regras do artigo 112 ou em alguns incisos do artigo 101 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), decerto, não autorizam um tal antecipado tratamento médico obrigatório, cuja imposição, diante da prática de um alegado ato infracional (correspondente às infrações penais), somente poderá se dar, através de sentença, proferida com a observância das garantias do devido processo legal.

Na hipótese de simples posse de drogas qualificadas de ilícitas para uso pessoal ou seu consumo em circunstâncias que não ultrapassem o âmbito individual, não se pode afirmar a prática de ato infracional, da mesma forma que não podem tais condutas ser objeto de criminalização.

O discurso, que acena com uma supostamente necessária “proteção” ao adolescente, representa apenas uma desautorizada insistência em fazer reviver a antiga doutrina da “situação irregular”, que, se fazendo presente no revogado Código de Menores (Lei nº 6.697/79), que precedeu a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), negava à criança e ao adolescente a qualidade de sujeitos de direitos — e, portanto, de pessoas dotadas de cidadania —, utilizando-se de uma alegada proteção àqueles como pura e simples forma de controle social.

#### **4. Tratamento médico e sistema penal: incompatibilidade**

O tratamento de qualquer transtorno mental não se coaduna com o caráter punitivo, indissolúvelmente ligado à sua determinação, por parte de órgãos integrantes do sistema penal, submetidos a conclusões de um discurso médico ultrapassado e igualmente comprometido com a repressão e o controle dos indivíduos.

Em um tratamento integrado ao sistema penal, os objetivos de controle sobre o indivíduo acabam por se sobrepor aos objetivos terapêuticos e, pior do que isso, acabam mesmo por se sobrepor a princípios éticos.

Pense-se, por exemplo, no tratamento obrigatório, imposto a dependentes de drogas qualificadas de ilícitas, nos termos das regras do artigo 29 da Lei nº 6.368/76. Em um tal tratamento, exige-se uma nem sempre possível ou desejável abstinência do uso da droga qualificada de ilícita, tampouco se admitindo a “frustração” do tratamento ambulatorial, o que contraria os fatos bastante conhecidos de que “recaídas”, ausências ou interrupções de sessões são episódios normais em qualquer tratamento, nem sempre traduzindo um fracasso dos objetivos terapêuticos.

Tais exigências, somando-se à própria natureza obrigatória do tratamento e à sua integração ao sistema penal, implicam no controle dos órgãos da Justiça criminal sobre a pessoa a quem o tratamento foi imposto, controle este que é feito a partir de informações prestadas pelos próprios encarregados do tratamento.

O comprometimento do tratamento é evidente. Como esperar que um paciente se abra com um terapeuta, que age, ao mesmo tempo, como uma espécie de informante? Mas, pior do que comprometer o desenrolar do tratamento, a integração deste tratamento ao sistema penal implica no rompimento com a ética, que deve pre-

sidir as relações entre terapeuta e paciente. Baseando-se na confiança e no sigilo, voltados para a proteção do paciente, esta ética é, necessariamente, violada, quando o profissional da saúde, encarregado do tratamento, rompendo com o próprio dever de sigilo inerente à sua profissão, relata — ou, talvez seja mais apropriado dizer, delata —, para um órgão de controle, comportamentos do paciente, que poderão atuar contra ele, piorando sua situação jurídica.

No campo dos transtornos mentais, não pode haver espaço para a atuação da Justiça criminal. Neste campo, a atuação do Poder Judiciário, em sua função maior de garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos, há de se dar no juízo cível, destinando-se, unicamente, a controlar a legalidade de eventuais tratamentos compulsórios, requeridos por familiares ou determinados por profissionais da saúde, na mesma linha de atuação desenvolvida, por exemplo, em hipóteses de pedidos de interdição.

Este controle da legalidade, visando a garantia dos direitos fundamentais do portador de transtornos mentais, decerto, há de levar em conta que tratamentos compulsórios, mesmo quando requeridos por familiares ou determinados por profissionais da saúde, só se autorizam em casos extremos, em períodos agudos, em que manifestado um total comprometimento da capacidade de escolha do indivíduo e, simultaneamente, demonstrada uma agressividade concretamente produtora de danos a si e a terceiros, em nada interessando a identificação ou não da prática de condutas penalmente ilícitas, atribuídas ao enfermo mental.

Neste ponto, vale repetir que, quando se considera a conduta penalmente ilícita como um diferencial entre enfermos mentais, submetendo-se os que são apontados como inimputáveis autores daquela conduta à intervenção do sistema penal, o que se está efetivamente

fazendo é passar por cima do princípio da culpabilidade, para, assim, impor-lhes uma indevida punição pela prática daquela conduta.

Também vale repetir que a liberdade, essencial ao reconhecimento da dignidade, assegurando ao indivíduo a opção por pensar, ser e agir como bem lhe aprouver, enquanto não afetar concretamente direitos de terceiros, impede sua transformação moral forçada. O tratamento médico compulsório do portador de transtornos mentais não pode, pois, ser imposto por mera vontade ou conveniência de médicos ou familiares, sob mero pretexto de “proteção” ou de uma verticalizada identificação do que seria melhor para o paciente. Aqui também, a alegada “proteção” pode acabar por se transformar na negação da cidadania e em pura e simples forma de controle social.

## Notas

<sup>1</sup> Os dispositivos correspondentes do projeto de lei nº 1873/91 (nº 105/96 no Senado Federal), que resultou na nova Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, restringiam o reconhecimento da inimputabilidade, em razão da dependência, à realização de condutas relacionadas à posse para uso pessoal de drogas qualificadas de ilícitas. Tais dispositivos, no entanto, foram alcançados pelo veto do Presidente da República a todo o capítulo III daquele projeto. O projeto de lei nº 6.108/2002, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, retoma a linha seguida na Lei nº 6.368/76, reconhecendo a inimputabilidade, em razão da dependência, qualquer que seja a conduta penalmente ilícita praticada.

<sup>2</sup> A este respeito, deve ser consultado o *Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2000, de Eugenio Raúl Zaffaroni, em que é profundamente desenvolvido este tema, a permear toda a obra, na delimitação de um direito penal orientador das decisões judiciais, em sua função de limitação e contenção das manifestações de poder próprias do Estado policial, presentes no interior do Estado Democrático de Direito.

<sup>3</sup> Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 2º ed. . Coimbra Editora Limitada, 1988, p. 229.

<sup>4</sup> Sobre o tema, sempre se faz necessária a remissão à leitura da obra clássica de Michel Foucault. *Vigiar e punir*, 25<sup>o</sup> ed. Petrópolis, Editora Vozes, 2002.

<sup>5</sup> Observação neste sentido pode ser encontrada em textos divulgados no site [www.drugwarfacts.org](http://www.drugwarfacts.org).

#### RESUMO

*O artigo problematiza como a criação de uma jurisprudência específica, sob a justificativa de acelerar o andamento da Justiça, abre vias para a incrementação do sistema penal ao propiciar a renovação da antiga aliança da psiquiatria e direito penal. Abarca, assim, em seu espectro os considerados inimputáveis, imprimindo a lógica da punição na alegada distensão da aplicação de tratamento. O detalhamento de tal questão explicita violações aos imperativos consoantes à Constituição e ao Estado democrático de Direito.*

#### ABSTRACT

*This article discusses how the creation of a specific jurisprudence, under the excuse of accelerating the pace of justice, opens paths to the enhancement of the penal system when it allows the renewal of the ancient alliance between psychiatry and penal law. It comprises, thus, in its range the ones considered not imputable, establishing the logic of punishment in the alleged distension of the application of treatment. The specification of such matter demonstrates violations of imperatives associated to the Constitution and the democratic rule of law.*