

INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL: DURAÇÃO INDETERMINADA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Laís Souza Ciampi e Loures (IC) e Dra. Jessica Pascoal Santos Almeida (Orientadora)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

Esta pesquisa aborda a não-recepção do artigo 97, §1º do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. O objetivo é discutir como a falta de previsão legal para o fim da medida de segurança abre margem para sua eterna aplicação gerando conflito normativo entre o artigo 97, §1º do Código Penal e artigo 5º, incisos XLVII, alínea b. Para alcançar tal conclusão, serão utilizados os autores Michel Foucault, Erving Goffman e Alvino de Sá, indispensáveis para a análise crítica do tema. Primeiramente, faz uma digressão histórica da Loucura pelos conceitos de Michel Foucault, apresentando o caminho percorrido até o entendimento atual de tratamento para os doentes mentais. O artigo também compara as ideias apresentadas pelos autores Erving Goffman e Alvino de Sá, pelas similaridades conceituais apresentadas por ambos ao tratarem das consequências da reclusão em instituições de controle. Aproxima, através dos autores, pena e medida de segurança, demonstrando que regem-se essencialmente da mesma maneira e, portanto, devem ser orientadas pela vedação de pena perpétua prevista no artigo 5º, incisos XLVII, alínea b. Serão aprofundados os requisitos técnicos para a recepção de uma norma ou lei por uma nova Constituição, e assim esclarecer quais aspectos do artigo 97, §1º do Código Penal não estão em sintonia com o preceito fundamental de vedação de pena perpétua.

Palavras-chave: Medida de Segurança. Limitação temporal. Doentes mentais.

ABSTRACT

This article addresses the non-reception of article 97, §1 of the Penal Code by the Federal Constitution of 1988. It aims to discuss that the lack of legal provision for the end of the Security Measure opens margin for its eternal application, generating normative conflict between Article 97, § 1 of the Penal Code and Article 5, subsection XLVII, paragraph b. To reach this conclusion, we will use the authors Michel Foucault, Erving Goffman and Alvino de Sá, indispensable for a critical analysis of the theme. First, it makes a historical digression of Madness through Michel Foucault's concepts, presenting the path taken until the current understanding of treatment for the mentally ill. Then, the article compares the ideas presented

by Erving Goffman and Alvino de Sá, due to the conceptual similarities presented by both authors when dealing with the consequences of confinement in control institutions. It brings together, through the authors, Penalty and Security Measure, demonstrating that they are governed essentially in the same way and, therefore, should be governed by the prohibition of life sentence provided for in Article 5, subsection XLVII, paragraph b. Then, the technical requirements for the reception of a norm or law by a new Constitution will be deepened, and thus clarify which aspects of article 97, §1 of the Penal Code are not in tune with the fundamental precept of the prohibition of life sentence.

Keywords: Security Measures. Time Limit. Mentally ill individuals.

1. INTRODUÇÃO

No dicionário, sanidade é definida como: (1) normalidade física ou psíquica; (2) conjunto de requisitos indispensáveis à saúde, salubridade¹. Para o Direito Penal, a sanidade equivale à imputabilidade, isto é, a maturidade psíquica mínima para que o indivíduo compreenda estar num regime normativo ao qual deve obediência. Bitencourt explica que a imputabilidade deriva das “condições de atribuíbilidade do injusto” (BITENCOURT, 2018, p. 466). Segundo ele, sem a imputabilidade não há liberdade e faculdade de comportamento, logo, o agente não pode ser culpável pelo ato ilícito que cometeu. Seria, nas palavras do autor, a “incapacidade de atuar de outro modo”.

Prevista no artigo 96 a 99 do Código Penal, o fundamento da aplicação da medida de segurança, é, justamente, a ausência de imputabilidade plena do agente (BITENCOURT, 2018, p. 932). Em outras palavras, inimputabilidade. O artigo 26 do Código Penal regula a inimputabilidade por doença mental e traz dois graus de responsabilização. No caput, fala da inimputabilidade, decorrente da completa incapacidade de compreender o caráter ilícito do fato e, no parágrafo único, a semi-imputabilidade, na qual é aplicada pena, porém, reduzida de um a dois terços.

A inimputabilidade ou insanidade decorrente de doenças mentais é fortemente atrelada à loucura. Este conceito, amplamente discutido por Foucault, como veremos a diante, é carregado de conotações errôneas e falaciosas, responsáveis por perpetuar a política da exclusão social dos loucos.

Civilizações lidaram com a loucura de maneiras distintas, cada qual estabelecendo – ou não – políticas sociais para lidar com ela. O ponto de convergência de implementação dessas políticas é evidente: o isolamento. A falta de compreensão sobre o tema, o fascínio e medo dos doentes mentais fizeram com que a exclusão social fosse a medida mais tomada frente a eles. Na Europa, loucos eram mantidos e alojados em determinadas cidades a custo delas mesmas (FOUCAULT, 2014). Sem intenção de tratamento, eram somente isolados na prisão, fadados a passarem suas vidas às margens da sociedade sem que fossem compreendidos ou fosse a eles garantido o mínimo existencial.

O primeiro local em que os doentes mentais foram alocados era chamado de Leprosários. Na época, esse nome foi dado em razão do recebimento de pessoas com lepra. Os ambientes outrora utilizados para segregar os leprosos passam, gradualmente, a alojar

¹ SANIDADE. In: MICHAELIS.UOL. Editora Melhoramentos, 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=4b5wm>. Acesso em: 13 de ago. de 2023.

outros indesejados sociais a partir da constatação que não mais existiam leprosos em certas regiões (FOUCAULT, 2014, *Stultifera navis*).

A associação do louco com os criminosos remete às instituições asilares, que em meio à grande reforma (FOUCAULT, 2014, p. 422) – situada entre 1780 e 1793 – abrigava os insensatos, criminosos e vagabundos. A atenção se voltava à época ao impasse social de onde alocar tais indivíduos, qual seria melhor e mais correta maneira de enquadrar e tratá-los. É o momento também que primeiro convergiram os estudos médicos com essa questão social. A entrada da Medicina fez entrar em pauta o formato das instituições que cuidariam dos insensatos. Seriam elas de caráter hospitalar, tal qual sugerido pelo pensamento médico, ou prisionais, categorizando os indesejáveis sociais todos como um só.

Em razão da irreverência social característica dos doentes mentais, com o passar dos séculos, criou-se a pobre associação entre a loucura e o crime, conexão entre a doença mental e a periculosidade. O encontro acontece atualmente no campo do Direito Penal, quando o inimputável, acometido de doença mental, comete fato definido como crime. Rafael Lima Ribeiro, autor de “Medida de segurança: um dogma penal”, artigo que compõe o livro “O louco infrator e os estigmas da periculosidade”, traduz medida de segurança como a tentativa da benevolência com o louco infrator. Ele analisa a medida de segurança como fruto do positivismo criminológico. Segundo o autor, no século 19 surge a Escola Positiva que, em contradição à visão da Escola Clássica – a qual foca os estudos criminológicos no crime em abstrato – a Escola Positiva se volta para a figura do criminoso, ligado essencialmente ao autor (RIBEIRO, 2016, p. 128).

A corrente positivista explica o crime patologicamente, isto é, o criminoso não age com livre arbítrio, ele age conforme sua patologia criminosa. A ideia de patologia reforça o estereótipo da maldade intrínseca e natural do agente, tornando-o perigoso à sociedade. Foi pautado nessa ideologia que criou-se a medida de segurança e individualização da pena.

No cenário de defesa social, principalmente, a partir dos estudos da escola positiva a periculosidade torna-se o fundamento da aplicação da medida de segurança e assim é “seu signo e estigma; seus métodos, os mais cruéis e bizarros. A preocupação primeira é com tudo o que é ‘perigoso’, ‘temível’, fora dos padrões sociais aceitáveis, eles próprios excludentes e rotulantes.” (MATTOS, 1999, p. 63-64 apud RIBEIRO, 2016, p. 142)

Dada a definição e breve digressão histórica, conclui-se que a abordagem da loucura permeia dois pontos essenciais: a ideia de periculosidade que envolve o louco e a curabilidade ou não da doença que o acomete.

O artigo 96 do Código Penal, que versa sobre as hipóteses de aplicação da medida de segurança, traz ao campo jurídico justamente tais pontos. Os legisladores do Código, sem entendimento médico sobre as condições que envolvem a inimputabilidade por doença mental condicionaram a saída dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátricos (HCTPs) à cessação da periculosidade. O vago termo “cessação da periculosidade” atrelada à perícia médica, como vigora no artigo 97, §1º do Código Penal, cria um lapso normativo inadmissível na execução penal. Nenhuma medida de cunho retributivo, como é a medida de segurança, deve estar condicionada a fatores psíquicos do agente, assim como é intolerável a permissividade do artigo para sentenças que não estabeleçam previamente o tempo sob o qual deverá permanecer o agente sob cumprimento da medida.

Em certa medida, as privações oriundas da medida de segurança e das penas privativas de liberdade se mesclam, devendo ser entendidas como consequências da ação retributiva do poder Estatal. Ainda que sejam doutrinariamente diversas, os dois institutos em nada se diferem, uma vez que o autor a qualquer tempo pode ter a execução a pena privativa de liberdade convertida em medida de segurança. Nesse aspecto, Paulo Queiroz defende que a Medida de Segurança nada mais é que a intervenção do Estado vista uma delinquência.

Primeiro, porque, pelo que já se disse, tanto as penas quanto as medidas de segurança pressupõem fato típico, ilícito, culpável e punível, de modo que, desse ponto de vista, as medidas de segurança constituem, também, uma retribuição a uma infração penal punível. (QUEIROZ, 2005, p. 15)

Conforme explicita o autor, existem critérios que isentam o agente de pena, como as excludentes de tipicidade e ilicitude, assim como as causas de exclusão de culpabilidade. A inimputabilidade, descrita anteriormente, é uma causa excludente de culpabilidade, isto é, o indivíduo não pode ser responsabilizado por seus atos, por isso, contra ele não será aplicada pena. Visando dar alguma resposta aos inimputáveis portadores de deficiência mental ou embriaguez completa que cometeram um ilícito, impõe-se ao agente do fato delituoso a medida de segurança.

Assim como qualquer outra determinação do Direito Penal, a medida de segurança também se submete ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade. Este princípio, embora não esteja expressamente previsto na Constituição, compõe o Estado de Direito e, por isso, é positivo no ordenamento jurídico brasileiro (PISKE, 2011). Em decorrência deste princípio e em nome da equidade, a Carta Magna previu no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b), que “Não haverá penas: b) de caráter perpétuo”. As penas perpétuas são aquelas sem fim pré-determinado, ou que podem se estender pelo tempo uma vez que os critérios para a soltura não sejam alcançados.

É possível observar o evidente conflito normativo entre o artigo 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal e o dispositivo 97, parágrafo 1º do Código Penal. Percebe-se que a lei não estipula prazo máximo pelo qual deverá perdurar a medida de segurança limitando-se a indicar que seu fim só ocorrerá uma vez averiguada a cessação da periculosidade, mediante perícia médica. Ocorre que ao prever a indeterminação da duração da medida de segurança o Código Penal entra em desacordo com a Constituição Federal. Este fenômeno é denominado por Norberto Bobbio como Conflito Aparente de Normas. Isto ocorre quando duas ou mais normas incidem sobre o mesmo fato típico, antijurídico e punível. Para resolução deste conflito, uma das hipóteses apresentadas pelo autor seria o critério hierárquico, prevalecendo a norma de maior hierarquia normativa.

Isto posto, o objetivo inicial deste artigo é fazer uma digressão histórica da Loucura a partir de Foucault apresentando o sistema psiquiátrico desde sua origem até o modelo atual. Serão utilizados os conceitos de Michel Foucault, Erving Goffman e Alvino de Sá para discutir, respectivamente, Loucura, Instituições Totais e “Prisionização”, considerados conceitos cruciais para a evolução desta pesquisa.

A fim de analisar criticamente os artigos 97, § 1º do Código Penal e 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal, será primeiro feita a aproximação entre Pena e Medida de Segurança. Esta comparação se faz interessante para evidenciar que embora a vedação caráter perpétuo da pena seja rigorosamente respeitada no Brasil, muitas são as similaridades entre os dois institutos – medida de segurança e pena – fazendo com que o mesmo rigor deva ser aplicado à primeira.

Posteriormente será dada atenção aos dispositivos e leis infraconstitucionais, isto é, os artigos previstos no Código Penal e políticas implementadas por meio de Portarias. Só então será abordada a não-recepção do artigo 97, § 1º do Código Penal pela Constituição Federal de 1988.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO: FOUCAULT

No capítulo *Stultifera navis*, de *História da Loucura*, Michel Foucault relaciona razão e loucura afirmando que estão interligadas. Segundo o autor, a loucura faz parte da natureza humana, das ilusões e pensamentos diversos. Numa relação de comensalismo, a razão existe em função da loucura. O autor continua, e afirma que a aceitação da loucura interior é primordial para proteção contra o que seria a loucura patológica. Afirma que o louco carrega a sabedoria das figuras que o homem não-louco sonha em alcançar. Assim coloca Foucault (2014, p. 20):

No polo oposto a esta natureza de trevas, a loucura fascina porque é um saber. É saber, de início, porque todas essas figuras absurdas são, na realidade, elementos de um saber difícil, fechado, esotérico.

Mais adiante, no período da Renascença, a loucura muda de forma e aparece como um confronto do homem com sua verdade moral e as regras criadas à sua natureza. Nas instituições utilizavam-se exageradamente de significações psicológicas e sociais (FOUCAULT, 2014, p. 427) para justificar as internações, além de valer-se do trabalho como forma de dignificar os doentes mentais. No Brasil, o fenômeno do trabalho realizado pelos internos em hospitais de tratamento foi muito observado no Hospital de Colônia, como documenta Daniela Arbex em “Holocausto Brasileiro”. Através dos relatos coletados pela autora, percebe-se o proveito da mão de obra acumulada no Colônia para trabalhos realizados nas redondezas e dentro do Hospital. Para Foucault, diante deste cenário, seria necessário além de proteger a população internada de seus perigos, conceder-lhe uma existência digna e assistência especial.

Na Declaração de Direitos dos Homens (Março de 1790), Foucault explica que os custodiados até aquele momento que não contassem com condenação, restrição judicial por crime importante ou que estivessem presos por loucura deveriam ser liberados. Para estes, foram concedidas condições especiais e determinada a reanálise mais minuciosa dos casos. Veio, então, a Lei de 22.7.1791, a qual fez retroceder a relação de custódia entre os loucos e o Estado, determinando que aqueles ficariam sob responsabilidade das famílias e autoridades municipais.

Em um cenário mais recente, nova resolução nº. 487, de 15 de Fevereiro de 2023, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), implementa diretrizes e estabelece procedimentos para a efetivação da Lei Antimanicomial de 2001. Hoje, diferentemente de 1791, em que não havia rede de apoio que justificasse a entrega da custódia dos loucos infratores à suas famílias e autoridades municipais, há amplo entrelaçamento da esfera médica, governamental e civil, capaz de proporcionar aos internos adequado tratamento mesmo fora dos Hospitais de Custódia. É nesse sentido que a resolução nº 487 do CNJ estabelece o fim dos Manicômios Judiciários até Maio de 2024.

Durante o período de vigência da Lei de 22.7.1791, Foucault ensina que grande foi o retrocesso uma vez que as famílias, embora representem a rede de apoio e convívio social e familiar que o doente mental necessita para o abrandamento de seus sintomas, não têm conhecimento médico para trata-lo, o que pode ensejar numa piora do quadro do paciente. Para solucionar o problema ocorre a convergência de duas áreas de conhecimento, o Direito e a Medicina. Ambas com o valoroso intuito de encontrar uma alternativa viável aos loucos

infratores e à sociedade. Elas encontram, assim, nos Hospitais Psiquiátricos a escusa para realocar os loucos e lá os deixarem.

O passo essencial está dado: o internamento recebeu sua carta de nobreza médica, tornou-se lugar de cura, não mais o lugar onde a loucura espreitava e se conservava obscuramente até a morte (...). (FOUCAULT, 2014, p. 433)

Presente no artigo 97, § 1º do Código Penal, o qual utiliza tanto do aspecto médico – Laudo de Cessação da Periculosidade - como a limitação temporal mínima de um a três anos, percebe-se conceitos de ambas as áreas. Assim, o modelo que converge Direito Penal e Psiquiatria é consumado.

3. GOFFMAN x ALVINO DE SÁ

Em “Manicômios, Prisões e Conventos”, Erving Goffman esmiúça as transformações individuais e sociais que o caráter total da instituição traz ao indivíduo, afetando profundamente seu papel perante a sociedade. O livro foi fruto de um estudo de dois anos realizado no Hospital St. Elizabeths, em Washington. Embora trate de um hospital para doentes mentais, os fenômenos observados nos pacientes podem também ser identificados em indivíduos locados em outras instituições restritivas, como prisões e conventos.

Segundo o autor, uma vez internado - ou recluso - o indivíduo passa por alguns processos de adaptação e aceitação da nova condição de privação da liberdade. O que gera a chamada “mortificação do eu” (GOFFMAN, 2019, p. 24). Esse processo consiste na repressão das características individuais e referências culturais que o interno adquiriu através dos anos para se adequar à rotina da instituição. A “mortificação do eu” é decorrente da influência que bens pessoais, roupas e objetos de higiene pessoal exercem sob o papel social que um indivíduo tem perante a sociedade. Eles compõem sua persona social e, ao serem tirados do interno, destroem a maneira dele se apresentar ao mundo. No lugar, são dadas vestimentas padronizadas e velhas, com o intuito de romper com a imagem social que o interno tinha dele mesmo.

“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, 2019, p. 24)

Além do aspecto material dos utensílios, o autor observa a ruptura dos diversos papéis sociais que eram desempenhados pelo indivíduo antes da internação. Para exemplificar, Goffman cita o caso de trabalhadores de uma fábrica, os quais desempenham um papel social

coletivo naquele ambiente, mas que após o período de labor, retornam às suas casas. Nesses papéis, um ciclo de convívio não interferia no outro. Diferentemente ocorre na vida em uma instituição total, em só há um único rigoroso ambiente que impede esta troca.

O “desculturamento” proveniente de tal mortificação é tão intensa que gera no interno a sensação de fracasso. Segundo Goffman “Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado “desculturamento” - isto é, “destreinamento” - que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária” (GOFFMAN, 2019, p. 23), fazendo com que não seja capaz de adquirir os hábitos sociais para retornar à liberdade.

Ainda que seja possível aproximar Pena e Medida de Segurança pelos estudos somente de Erving Goffman, mais proveitoso ainda é tratar de aspectos identificados por diferentes pesquisadores em ambientes distintos, mas que apresentam similaridades gritantes. Nesse contexto, Alvino de Sá escreve sobre a “prisionização” (SÁ, 2010) e suas consequências no indivíduo privado de liberdade. Apresenta os problemas carcerários que divide em dois grupos: (1) má gestão da coisa pública (nesse grupo são abordados os problemas administrativos, de falta de recursos para garantir aos presos a progressão de regime, ambiente minimamente salubre, evitar a superlotação, etc.); e (2) os problemas oriundos da própria pena privativa de liberdade, da natureza do cárcere, isto é, o isolamento social e familiar que a pena implica (SÁ, 2010, p. 111).

Sá afirma que o processo de “prisionização” do indivíduo encarcerado, do corpo diretivo e dos Agentes Penitenciários, é inevitável, e decorrente justamente do contato com o ambiente carcerário. A supressão de utensílios pessoais e a convivência forçosa com outros internos, cumprem o papel de massificação dos detentos. Nas palavras do autor:

Como consequência, ela acarreta, dependendo do tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionização. Entre os efeitos da prisionização, que marcam profundamente essa desorganização da personalidade, cumpre destacar: perda da identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. (SÁ, 2010, p. 113)

Destaca que a “prisionização” é um processo de “aculturação” (SÁ, 2010, p. 112). Esse fenômeno identificado pelo autor nada mais que é a “mortificação do eu” apresentada por Goffman, sendo ambos os fenômenos decorrentes da reclusão e privação da liberdade em uma instituição total. É importante evidenciar que a série de acontecimentos antes da reclusão são de suma importância para que o apenado ou custodiado aceite as condições da instituição. A sensação antagônica sobre suas ações e o comportamento esperado pela sociedade civil

gera o sentimento de exclusão social – fracasso – com o receio de não ser capaz de ter um bom convívio com a sociedade. É este sentimento de invalidez que faz com que as condições carcerárias e hospitalares sejam justificadas não só pelos indivíduos reclusos, como pelos funcionários das instituições.

Outro aspecto válido de ser pontuado é que, tal qual ocorre na internação hospitalar, as queixas quanto ao tratamento, ao ambiente carcerário, à alimentação, são consideradas pela equipe técnica como o ajustamento “natural” à instituição. Reafirmando sua delinquência - no caso dos apenados – ou doença mental - no caso dos internos.

As queixas do paciente referentes à instituição e os seus ajustamentos secundários devem ser considerados por ele, respectivamente, como sintomas e sinais da sua perturbação e que devem ser compreendidas pelo primeiro como o reconhecimento da sua doença. O tratamento que deve prescrever sob a forma de “arregimentação” (dormitório, cela de isolamento, controle de impulsos, remédios, tarefas, prêmios e castigos), deve ser considerado como um mecanismo de reparo de um eu doente. (KUNZE, 2009, p. 282)

Como afirma Sá, muito embora não seja novidade que o isolamento em nada ajuda para a ressocialização do doente mental ou apenado, o discurso não muda. Ao contrário, somente propiciam o sentimento de fracasso e degradação da humanidade. A anulação das reivindicações dos internos é tanta que se alastra não só para os funcionários do Hospital ou Cárcere, como também para os civis. A impotência frente um serviço estatal fica muito bem demonstrado em “Holocausto Brasileiro” de Daniela Arbex. Nele é possível identificar os sinais da “prisionização” e “desaculturação” do corpo diretivo do Hospital, dos funcionários que lá trabalhavam e, sobretudo, daqueles que lá permaneciam, transformando a massa de pacientes do local em verdadeiros indigentes².

Apesar das similaridades entre medida de segurança e pena, existe um aspecto que as distingue. As garantias de progressão de regime que se aplicam à pena e a falta de tais garantias para a medida de segurança. O ponto principal é: para o cálculo da pena existem diversas variantes que afetam no tempo de cumprimento. São elas: agravantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena, reincidência específica e genérica, etc. Além desses aspectos há também a garantia de progressão de regime, do fechado para o semi-aberto, aberto e liberdade condicional. Sem entrar no mérito do efetivo cumprimento dessa progressão, fato é que ela garante ao preso a gradual saída do cárcere e dificulta a permanência *ad eternum* em regime fechado.

² O livro de Daniela Arbex, relembra a tenebrosa história do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena e nos evidencia o descaso com que eram tratados os doentes mentais até a década de 80

Em contrapartida, para a medida de segurança não há previsão alguma desta progressão ou saída do interno dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. A única condição imposta para sua desinternação condicional é o Laudo de Cessação da Periculosidade positivo, atestando o abrandamento dos sintomas e maior capacidade de convivência do doente mental. Assim, muito mais ben f cio seria a aplicação da pena sobre a medida de segurança, sob cuja recaem a análise não são do perito, no Laudo de Cessação de Periculosidade, como do magistrado. Nesse sentido:

“Questionando o seu caráter euf mico e retórico identificamos a Medida de Segurança como uma pena, uma pena que nos d  pena, pois, desprovida ao mínimo das promessas de garantias (processuais), ainda que em um mundo sem garantias. Portanto, há que se concluir: Medida de Segurança, não, obrigado. Tempos sombrios, preferimos a pena, com o suposto controle garantista.” (RIBEIRO, 2016, p. 152)

Através de uma pesquisa realizada no Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2022, constatou-se que o Laudo de Cessação de Periculosidade atestando o abrandamento dos sintomas psíquicos do paciente e indicando a possibilidade de sua saída nem sempre são acatados pelos magistrados da Execu  o³ (LOURES, 2023). O que se observa é a negativa do Laudo e manutenção da medida de segurança por força do princípio do livre convencimento do juiz e artigo 182 Código de Processo Penal.

Assinalamos que tal tendência tem se exercido no desrespeito a normativas destinadas a propor outra perspectiva de tratamento do transtorno mental, como a Lei 10.216/2001, da reforma psiquiátrica, que direciona as práticas de saúde mental pública para sua realização em meio aberto, salvo exceções restritas aos casos em que tentativas comprovadas tenham sido exploradas, sem a obtenção de qualquer sucesso. (TEDESCO, 2016)

Na época da promulgação do Código Penal não se tinha conhecimento médico suficiente sobre as questões da loucura e muito preconceito ainda circundava o tema. Com o passar do século e cristalização dos princípios da psiquiatria, estudos modernos foram feitos acerca da loucura que possibilitaram uma compreensão mais certa a respeito da origem das doenças, os possíveis tratamentos e as influências que a instituição tem sobre o doente mental.

³ A pesquisa analisou decisões de Agravo em Execução interpostos no Tribunal de Justiça de São Paulo que versassem sobre: (1) medida de segurança, (2) desintern  o condicional e (3) periculosidade. LOURES, Laís Souza Ciampi e. Argumentos para a admissão da desintern  o condicional em sede de medida de segurança, uma abordagem jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2023.

Tendo em vista lapso temporal e informacional entre a formulação do Código e os novos estudos feitos na área, que interseccionam o Direito com a Psicologia, novos institutos foram criados por meio de legislação complementar para auxiliar na saída dos internos sob medida de segurança. Um exemplo desses institutos são os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs) e os Centros de Atenção Psicossocial (CAPs), os quais proporcionam uma rede de suporte ao interno uma vez que sai dos HCTPs, além de criar alternativas para os magistrados para que tal saída não fique desamparada. Há ainda a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), regulamentada pela Portaria nº 94/2014⁴, que institui a EAP, a equipe de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei.

Como afirma Jéssica Pascoal, esses programas, que respondem à sigla “PAIISMS” (programas de atenção integral ao indivíduo em medida de segurança), obtêm êxito ao substituírem a internação por tratamento continuado fora dos muros dos Hospitais de Custódia. Eles privilegiam o tratamento psiquiátrico em contato com os familiares e a sociedade (ALMEIDA, 2019). Nesse sentido também sugere Silvia Tedesco:

Assinalamos que tal tendência tem se exercido no desrespeito a normativas destinadas a propor outra perspectiva de tratamento do transtorno mental, como a Lei 10.216/2001, da reforma psiquiátrica, que direciona as práticas de saúde mental pública para sua realização em meio aberto, salvo exceções restritas aos casos em que tentativas comprovadas tenham sido exploradas, sem a obtenção de qualquer sucesso. (TEDESCO, 2016, p. 267)

A relevância da posição trazida pelas autoras fica ainda mais evidente se confrontada com a recente resolução 487/23 do CNJ que, fundamentada exatamente na Lei Antimanicomial e visando um tratamento menos invasivo institucionalmente e harmônico com as diretrizes da Lei, determina o fim dos manicômios judiciais até maio de 2024.

Apesar da regulamentação dos programas citados, tais previsões estão todas em legislações complementares. Vale destacar o caráter complementar de tais legislações pois, talvez em razão da hierarquia normativa, os magistrados deixam de se atentar a tais legislações quando se trata de medida de segurança, e se restringem à aplicação somente do Código Penal e Constituição, ainda que tais legislações objetivem apresentar alternativas viáveis para evitar a pena de caráter perpétuo. Foi possível constatar que os magistrados não exploram tais políticas e programas por meio do Trabalho de Conclusão de Curso de minha

⁴ Institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). BRASIL, Portaria nº 94/2014, de 14 de janeiro de 2014.. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0094_14_01_2014.html.

autoria intitulado “Argumentos para a admissão da desinternação condicional em sede de medida de segurança, uma abordagem jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2022”, apresentado e defendido no dia 31 de Maio de 2023.

A hierarquia normativa deve ser respeitada e pontuada sempre que houver conflito entre normas, prevalecendo inquestionavelmente os princípios constitucionais. Entretanto, a não observância às legislações complementares que visam exatamente a melhor aplicação de tais princípios, evidencia os estigmas que ainda hoje estão atrelados ao louco e à periculosidade. Diante da constatação de similaridade entre pena e medida de segurança, cárcere e hospital psiquiátrico, eis o questionamento. Se ambas implicam nas mesmas privações sociais, igual desconstrução do eu e relação de poder entre equipe dirigente e custodiados - além de estarem previstas em legislação infra-constitucional - o que fundamenta a falta de determinação temporal para a medida de segurança?

4. NÃO-RECEPÇÃO DO ARTIGO 97, §1º DO CÓDIGO PENAL

A Constituição Federal promulgada em 1988 foi fruto de um amplo processo de redemocratização que ocorria no Brasil na época. Após longos anos de Ditadura Militar, caracterizados pelo desrespeito à privacidade e integridade dos cidadãos e marcados pelo autoritarismo, a promulgação da Carta Magna de 88 esforçou-se para caminhar no sentido contrário. De caráter garantidor, a Constituição cristalizou os numerosos 78 incisos de direitos fundamentais.

Os Estado Democrático de Direito baseia-se, dentre outros, nos princípios da reserva legal e do devido processo legal, em conjunto, eles são o fundamento do Direito Penal e Processual Penal brasileiro. A partir do primeiro princípio, entende-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Isto é, a obrigação de realizar determinada conduta, deve ser proveniente de lei. O segundo princípio também importa bastante ao Processo Penal e individualização da pena. É por meio dele que o contraditório e ampla defesa são exercidos.

O Direito Penal caracteriza-se por ser o ramo que mais invade a esfera pessoal do indivíduo, sendo o único que com condão de restringir ou privar alguém de liberdade. Não por acaso, a privação da liberdade é a punição mais severa que pode ser imputada ao cidadão pelo Estado brasileiro. Nesse sentido, a Constituição Federal tem o condão de restringir direito de punir do Estado - *jus puniendi* - para que não sejam cometidas arbitrariedades. A Carta Maior é, portanto, norteadora e limitadora dos demais códigos e legislações presentes no ordenamento brasileiro. Ela tem função basilar para a interpretação de jurisprudências e doutrinas, sendo de suma importância que as demais legislações estejam em concordância com ela.

Segundo Hans Kelsen, idealizador da Teoria Geral do Direito e da hierarquia das normas do Estado, conhecida como Pirâmide de Kelsen, o Direito é um conjunto de normas que formam um sistema normativo. Tais normas, na sua unicidade e positividade, possuem os mesmos fundamentos de validade. Para ele, a única maneira de transformar o Direito em uma ciência é por meio do processo de depuração metodológica. Criar uma metodologia que diz respeito não ao Direito nacional ou internacional, mas da Teoria Geral do Direito (JUNIOR, 2007).

A hierarquia normativa apresentada pelo autor, e adotada pelo sistema brasileiro, impõe a supremacia da Constituição Federal. Dessa soberania decorre a inconstitucionalidade de qualquer outro dispositivo que esteja em desacordo com suas disposições. É relevante destacar a discrepância temporal entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal, cuja elaboração e disposições sobre a medida de segurança deram-se em momento anterior à Constituição de 1988, tendo mais de 40 anos de diferença entre as duas promulgações. Em decorrência desta constatação, faz-se necessária, se não a adequação do Código com os princípios do texto constitucional, sua interpretação segundo eles.

Os julgados HC nº 84.219/SP; nº 97.621/RS; nº 98.360/RS; nº 107.432/RS; e nº 107.777/RS no STF e HC nº 156.916/RS; nº 91.602/SP; nº 167.136/DF; nº 251.296/SP; nº 285.953/RS; nº 269.377/AL; e nº 286.733/RS no STJ (COSTA e PAIXÃO, 2021, p. 93) trouxeram em comum o tema da limitação temporal na aplicação da medida de segurança, sendo a partir deste amplo repertório de decisões que ocorreu a publicação da Súmula 527 do STJ⁵. Em pronúncia, Marco Aurélio defendeu que a medida de segurança, enquanto sanção penal substituta da pena, não deve ser mais gravosa que ela, sendo os princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade usados para defender que a aplicação da medida de segurança não deve ultrapassar o tempo de pena cominado em abstrato (COSTA e PAIXÃO, 2021, p. 93). Estes preceitos são, em essência, norteadores para a aplicação da norma, indicam a ponderação a ser feita no caso in concreto, como forma de evitar o excesso punitivo.

Pela acepção tradicional, entende-se que a inconstitucionalidade superveniente não é admitida no Brasil, o que ocorre, então, é a não-recepção da nova Constituição do tema em questão. Isso significa que quando elaborada, a Carta Magna previu expressamente que “não

⁵ O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=S%DAMULA+527&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT&thesaurus=JURIDICO&p=true>

haverá penas de caráter perpétuo”, assim como “a lei regulará a individualização da pena”, artigo 5º, incisos XLVII, alínea b, e XLVI da Constituição. Assim, indeterminação temporal da medida de segurança prevista no artigo 97, §1º do Código Penal, atinge não só a vedação de pena perpétua, como a individualização da pena.

Para que uma Lei ou artigo seja recepcionado por uma nova constituição, o dispositivo deve observar três requisitos: (1) Estar em vigor na promulgação da nova Constituição; (2) Ter compatibilidade formal e material com a Constituição anterior, sob a vigência da qual foi criado; e (3) Ser compatível materialmente com a nova Constituição (RUBENNIG, 2016). A materialidade de uma norma diz respeito ao seu conteúdo, ao bem jurídico que objetiva-se proteger. Ao prever expressamente a indeterminação temporal da medida de segurança, o aspecto material do artigo 97, §1º do Código Penal confronta diretamente a vedação de pena perpétua do artigo 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição. O conflito se dá pois a indeterminação temporal permite que a reclusão se dê de forma perpétua, já que não estabelece previamente o tempo que o agente ficará cumprindo a medida de segurança. Para fins de comparação, o prazo máximo de reclusão que pode ser aplicado à pena no Brasil é de 40 anos – alteração feita pela Lei 13.964 de dezembro de 2019.

Se observado o terceiro requisito para a recepção de uma norma, o qual diz respeito a compatibilidade material com a nova Constituição, deduz-se que a lacuna legal criada pelo artigo 97, §1º do Código Penal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. A consequência da não-recepção pela nova Constituição é a revogação de tal dispositivo. Para sanar a irregularidade, o artigo 97, §1º do Código Penal deve ser alterado para estabelecer critérios objetivos para a liberação do doente mental, ou, então, deve-se optar pela sua revogação.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com Foucault, ficou evidente a relação conflituosa que a sociedade travou com os loucos através dos anos. Ora alocando-os em leprosários, ora utilizando sua mão de obra sem remuneração como forma de dignifica-los. Para sanar as incongruências cada vez mais evidentes no seu isolamento, criam-se os hospitais psiquiátricos, que reúnem em uma só instituição o isolamento social e o tratamento psiquiátrico, nascendo o modelo institucional de tratamento psiquiátrico para loucos infratores que conhecemos hoje.

Pela semelhança entre os estudos de Sá e Goffman, a medida de segurança mostrou-se tão ou mais gravosa que a Pena. Como afirma Alvino de Sá, é de senso comum que sistema carcerário brasileiro necessita de uma reforma estrutural, sendo este tema mais recorrente de queixas. Entretanto, é de suma importância lembrar a medida de segurança

incorre nas mesmas problemáticas, e em razão disso, deve ser objeto de estudo e debates, afim de criar um repertório consistente para analisar criticamente o tema.

Foi possível constatar que o tratamento em instituições totais, nos quais o interno é privado do contato social e familiar, incorre em um sentimento de fracasso e perda da personalidade – mesmo que tal tratamento seja adequadamente fornecido. O caráter segregacionista observado nos hospitais de tratamento, as políticas de massificação dos internos e a supressão da individualidade, fatores que ajudam a equipe dirigente a manter a relação de poder com os internos, são demasiadamente maléficos à evolução do paciente. Todos estes coeficientes facilitam o entendimento que tais instituições não são local adequado para tratar os doentes mentais. Assim, mais adequado seria o tratamento em congruência com a Lei Antimanicomial, cuja regulamentação veio em Maio deste ano, a partir da Resolução 487/23 Conselho Nacional de Justiça para determinar o fim dos manicômios judiciais.

A partir dos critérios para a recepção de uma norma pela Constituição, entende-se que o artigo 97, §1º do Código Penal não atende a todos eles, portanto, não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988. A fim de sanar essa problemática deveriam ser adicionados ao artigo critérios objetivos para o fim da aplicação da medida de segurança, sendo eles alternativos à cessação da periculosidade. Isto porque, em um país cujo modelo de justiça é o *Civil Law*, a imprecisão normativa abre espaço para a aplicação desviada da norma, fazendo com que a indeterminação temporal se traduza na perpetuidade da pena para os inimputáveis.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. Inclusão social em medida de segurança: modelos e práticas envolvendo pessoas com transtorno mental implicadas com a Justiça Criminal. 2019. 207 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

ARBEX, Daniela. 1973 – Holocausto Brasileiro / Daniela Arbex : prefácio de Elaine Brum. – 1. Ed. – Rio de Janeiro : Intrínseca. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de junho de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, DF, dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2023.

BRASIL, Portaria nº 94/2014, de 14 de janeiro de 2014. Institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0094_14_01_2014.html. Acesso em 15 de Março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=S%DAMULA+527&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jul. 2023

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da, PAIXÃO, Gabriela Silva. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Encontro Virtual. v. 7. n. 2. Jul/Dez. 2021. p. 85 – 101.

FOUCAULT, Michel. História da Loucura na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 2014.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 1. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

JUNIOR, Josesito Moura do Amaral Padilha. O conceito de Direito na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Fortaleza-Ceará: 2007.

KUNZE, Nádia Cuiabano. Resenha do Livro: GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001. Revista HISTEDBR On-line. Campinas, n.33, p.289-294. Março de 2009.

LOURES, Laís Souza Ciampi e. Argumentos para a admissão da desinternação condicional em sede de medida de segurança, uma abordagem jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2023.

MICHAELIS.UOL. Editora Melhoramentos, 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=4b5wm>. Acesso em: 13 de ago. de 2023.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

RIBEIRO, Rafael Lima. Medida de segurança: um dogma penal. In: VENTURINI, Ernesto, OLIVEIRA, Rodrigo Torres, MATTOS, Virgílio de. O louco infrator e o estigma da periculosidade. Brasília-DF: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 124-155

SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia clínica e psicologia criminal / Alvino Augusto de Sá; prefácio, Carlos Vico Manhães – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2010.

TEDESCO, Silvia H. A função ético-política das medidas de segurança no Brasil contemporâneo. In: VENTURINI, Ernesto, OLIVEIRA, Rodrigo Torres, MATTOS, Virgílio de. O louco infrator e o estigma da periculosidade. BrasíliaDF: Conselho Federal de Psicologia, 2016

VENTURINI, Ernesto, OLIVEIRA, Rodrigo Torres, MATTOS, Virgílio de. O louco infrator e o estigma da periculosidade. Brasília-DF: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

Contatos: lais.loures@mackenzista.com.br e jessica.pascoal@hotmail.com