XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MEDIDA (DE SEGURANÇA) CAUTELAR: A HERANÇA DO TRADICIONALISMO PENAL-PSIQUIÁTRICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CAUTIONARY MEASURE: A HERITAGE OF TRADITIONAL CRIMINAL-PSYCHIATRIC IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Thayara Silva Castelo Branco
Antonio Eduardo Ramires Santoro

Resumo

A Lei nº 12.403/11 reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro e introduziu as medidas diversas da prisão, entre as quais está a internação provisória de inimputável ou semi-imputável. Buscou-se a justificativa da inclusão da internação como medida diversa da prisão, trabalhando com a hipótese do ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal. Abordou-se a genealogia, os fundamentos e a natureza jurídica das medidas cautelares, como também, as bases não declaradas da herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico e da criminologia positivista no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Medidas cautelares diversas, Periculosidade, Medidas de segurança, Internação provisória, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

Law No. 12,403 amended the system of precautionary measures in the Brazilian criminal procedure and introduced various measures of imprisonment, among which is the provisional hospitalization of unimpaired or semi-imputable. We sought to justify the inclusion of hospitalization as a measure different from the prison, working with the hypothesis of the rancidity of criminological positivism that places dangerousness as a verticaliser of the Criminal Justice System. The genealogy, fundamentals and legal nature of the precautionary measures were also discussed, as well as the undeclared bases of the heritage of criminal-psychiatric traditionalism and positivist criminology in Brazilian criminal proceedings.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Various provisional measures, Dangerousness, Security measures, Temporary hospitalization, criminal procedure

1. INTRODUÇÃO

Em 2011 o sistema processual penal brasileiro sofreu uma importante alteração no que tange ao rol de medidas cautelares. A lei nº 12.403/2011 trouxe ao ordenamento jurídico uma série de medidas alternativas à prisão preventiva, colocando-se em primazia de aplicação ao caso concreto, atendendo assim, determinantes constitucionais de ter a prisão (sobretudo provisória) como *ultima ratio*. Dessa forma, pensou o legislador em garantir mais alternativas à prisão, ajustar o Código de Processo Penal à Constituição e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras.

No entanto, apesar de medidas diversas da prisão, elas apresentam significativas restrições de liberdades, tendo requisitos rígidos de aplicação (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*) que não podem ser suprimidos ou banalizados. Assim, estão submetidas às características das medidas cautelares, dentre elas: motivação, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade, provisionalidade, contraditório.

Tem-se, portanto, uma lei que estabeleceu vários instrumentos para serem aplicados como "alternativas" à prisão, mas que quando observada com mais cuidado apresenta algumas incoerências.

Como recorte metodológico, optou-se pela problematização do seguinte ponto: *o que justifica a inclusão de uma medida de internação penal-psiquiátrica no rol de medidas cautelares diversas da prisão, estabelecida no art. 319, VII Código de Processo Penal?*

Sem presunção de esgotar o tema ou estabelecer verdades, traça-se como hipótese, um ranço do positivismo criminológico, que coloca a categoria de periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal brasileiro, justificando segregações (provisórias) penal-psiquiátricas - sob o manto da condição biopsicopatológica do sujeito – como medida cautelar diversa da prisão.

Assim, para traçar a investigação parte-se da genealogia das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil, apresentando os fundamentos e a natureza jurídica de tais medidas e, posteriormente, os critérios específicos da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável. No capítulo seguinte, procura-se demonstrar as bases não declaradas da herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico, e consequentemente, do conceito de periculosidade do agente construído pela criminologia positivista no processo penal brasileiro. Por fim, sob um viés crítico-reflexivo, finaliza-se com uma

análise da internação psiquiátrica cautelar juntamente com os requisitos do exame pericial.

2. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

2.1. Genealogia das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil

O Código de Processo Penal de 1941 tinha por objetivo declarado a necessidade de "...maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado...", pois o Ministro da Justiça Francisco Campos entendia que a legislação então vigente garantia aos réus "...um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade". (CAMPOS, 1941)

A prisão antes da decisão condenatória definitiva foi, sob esse fundamento, ampliada no Código de inspiração fascista de 1941, tendo sido "...restringida a aplicação do *in dubio pro reo*,...ampliada a noção de flagrante delito, para o efeito de prisão provisória" e tornado a prisão preventiva, em certos casos, um dever imposto ao juiz.
O tratamento dado do processo penal brasileiro em torno das cautelares produzia um binarismo intransponível, ou seja, o acusado respondia ao processo preso ou solto, não havendo que se falar na possibilidade de outras medidas diversas a essa situação.

No ano de 2001, começou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.208, cujo objetivo era alterar o Código de Processo Penal no que concerne à regulamentação da prisão, medidas cautelares e liberdade. Esse projeto teve origem na proposta elaborada pela comissão de juristas constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, composta por Ada Pellegrini Grinover, como presidente, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco. O Projeto de Lei nº 4.208/2001 foi encaminhado pelo Poder Executivo para o Congresso pela Mensagem nº 214/01[1] e terminou por alterar o Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

A professora Ada Pellegrini Grinover (2017) escreveu um artigo[2] sobre o movimento de reforma do Código de Processo Penal em que esclareceu a opção pela

[1] Mensagem 214/01. **Diário da Câmara dos Deputados 30 mar 2001**. p. 09532.
[2] Texto disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>

reforma parcial, uma vez que a reforma total, embora tivesse a seu favor a harmonia do novo sistema, seria, no seu entendimento, "inexeqüível operacionalmente", por isso o Ministro José Carlos Dias convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual pelo Aviso nº 1.151/1999 a apresentar propostas de reforma do código de processo penal para posterior envio ao Congresso Nacional, constituindo a comissão pela já citada Portaria nº 61/2000 que passou a ter um prazo de noventa dias a partir da instalação para apresentar a proposta de reforma.

A comissão apresentou onze anteprojetos sobre os seguintes assuntos: 1 – Investigação Policial; 2 – Procedimentos; 3 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 4 – Efetividade da defesa; 5 – Interrogatório; 6 - Prova pericial; 7 – Prova testemunhal; 8 – Provas ilícitas; 9 – Citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 10 – Júri; 11 – Recursos.

Remodelar institutos inteiros, sempre na preocupação da adequação das normas processuais à Constituição de 1988 e à Convenção Americana sobre os Direitos do Homem foram as razões que motivaram a comissão a elaborar os anteprojetos de reforma, segundo Ada Pellegrini Grinover.

Especificamente quanto ao anteprojeto sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade, a professora afirmou que as finalidades eram "superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal"[3]. Quanto ao conteúdo do anteprojeto de reforma do sistema de cautelares pessoais, Grinover (2017) afirmou que

> ...as principais alterações da reforma projetada são: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça às pessoas; d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere; e) a impossibilidade de, antes de sentença

[3] De se observer que o professor Antonio Scarance Fernandes, um dos membros da comissão, produziu dois trabalhos em 2014 exatamente para comparar as cautelares diversas da prisão no Brasil com a Itália e com Portugal. Os textos estão disponíveis nos endereços, respectivamente: Sobre Brasil e Itália, disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105096>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 83-95. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105336, e Portugal, disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 61-71. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=116095>

> condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.

De fato, os pontos mais sensíveis foram (1) a tentativa de superação do pensamento binário prisão/liberdade, inserindo as possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão de forma preferencial à prisão cautelar, (2) a redução das possibilidades de admissão da prisão preventiva, bem como (3) a impossibilidade de execução de pena sem trânsito em julgado da condenação. O primeiro e o terceiro pontos interessam mais diretamente a este trabalho.

O último ponto se concretizou na revogação dos dispositivos que estabeleciam a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia como efeito automático, bem como da obrigação de se recolher preso para garantir o direito de apelar, tendo inclusive dado nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal estabelecendo que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória recorrível só se admite prisão de natureza cautelar. Nas palavras da autora:

> A revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado de Direito. (Grinover, 2017)

Tomando, portanto, este ponto (a impossibilidade de execução de pena sem trânsito em julgado da condenação) e o primeiro (inserção das medidas cautelares diversas da prisão), uma grande questão é se as medidas cautelares diversas da prisão têm de fato natureza cautelar ou se representam uma execução antecipada de pena. Mais precisamente, de forma peculiar, se a internação provisória do acusado inimputável prevista no art. 319, inciso VII, do Código de Processo Penal é uma medida cautelar ou uma antecipação da medida de segurança.

2.2. Natureza e fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão

Embora o texto do art. 319 do Código de Processo Penal denomine as medidas nele elencadas de "diversas" da prisão, Badaró (2015, p. 999) afirma que são medidas "alternativas" à prisão. O jurista esclarece que estas medidas são "alternativas" e não "substitutivas", porque se assim fossem a prisão preventiva seria concretamente cabível, "mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa".

Por outro lado, Choukr (2017, p. 778) afirma que como as medidas devem preceder à determinação de prisão, elas não são "alternativas", mas "precedentes", "da

mesma forma que a prisão como pena é a *ultima ratio* em relação a penas não privativas da liberdade".

No entanto, um ponto de extrema relevância e que antecede à discussão quanto à denominação "diversa", "alternativa", "substitutiva" ou "precedente" é aquele referente à sua cautelaridade.

No processo penal não existe propriamente um processo cautelar autônomo ao processo principal, uma vez que a tutela cautelar é prestada por meio de medidas independente do exercício de uma ação. Ademais, é doutrinariamente comum o entendimento de que as medidas cautelares são instrumentais. Divergem, entretanto, os processualistas quanto ao objeto de tutela do instrumento que são as medidas cautelares penais. Há quem compreenda o processo como "um instrumento para realização do direito material" e, nesse sentido, "a medida cautelar é um instrumento para assegurar a utilidade e eficácia do resultado final do processo"[4]. Há quem compreenda a instrumentalidade como a garantia do desenvolvimento do processo, ou seja, "são medidas destinadas à tutela do processo", como o prof. Lopes Jr. (2015, p. 581). E, por fim, os que vislumbram uma dupla finalidade, qual seja, garantia do desenvolvimento processual e do resultado final do processo.

Há, por outro lado, quem não veja qualquer legitimidade na prisão preventiva, enquanto medida cautelar penal, diante de sua incompatibilidade com a presunção de inocência. Segundo Ferrajoli (2014, p. 511), o encarceramento preventivo reduz "a presunção de inocência a um inútil engodo" e "contradiz na raiz o princípio da submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento". Inobstante a compreensão de Ferrajoli sobre a ilegitimidade da prisão antecedente ao julgamento, além de ser necessário trabalhar com o direito posto, tal como consta do nosso texto legal, cumpre aqui não apenas discutir a legitimidade da custodia cautelar, mas de qualquer medida cautelar, sobretudo aquelas diversas da prisão. Nesse ponto é preciso trabalhar com a instrumentalidade das cautelares e afastar a possibilidade de que as mesmas sejam utilizadas como um sucedâneo antecipado da sanção.

A análise que se pretende realizar aqui não é prática, mas do texto legal. Em outras palavras, tal como o texto de lei está posto pelo inciso VII do art. 319 do Código de Processo Penal, *é possível falar em instrumentalidade da medida cautelar de internação provisória?*

[4] Como BADARÓ (2015, p. 938) que a chama de "instrumentalidade hipotética", porque garantiria o resultado prático de uma condenação hipotética.

Fato é que a Lei nº 12.403/2011 alterou o sistema de cautelares do Código de Processo Penal, introduziu as medidas diversas da prisão, mas não definiu seus fundamentos.

Para Lopes Júnior (2015, p. 658) os fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão são os mesmos da prisão preventiva, ou seja, "exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, (...) inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa"[5].

Ainda na visão do autor, os critérios que definem a utilização da prisão preventiva ou das medidas cautelares diversas, são: (1) a proporcionalidade, pois que se houver uma medida menos gravosa para alcançar o mesmo objetivo, ela deve ser utilizada; (2) os casos de admissibilidade para a prisão preventiva determinados em lei, qual seja, aqueles previstos no art. 313 do Código de Processo Penal, que se não satisfeitos impedem a custódia preventiva, mas não a cautelar diversa da prisão.

O problema é que no que respeita aos fundamentos para decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (que também são os mesmos das medidas cautelares diversas da prisão), embora o anteprojeto tenha proposto uma alteração considerável dos requisitos configuradores do *periculum libertatis*, ao fim os mesmos restaram mantidos[6], inclusive os casos de perigo de liberdade com conceitos absolutamente abertos, a saber: a ordem pública e a ordem econômica[7].

Para Geraldo Prado, isso configura uma inconstitucionalidade que deve ser analisada sob dois vieses:

> ...a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de uma medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída –

[5] Importante frisar que para Alexandre Morais da Rosa além dos fundamentos, "o deferimento das medidas cautelares se funda nos mesmos pressupostos da prisão cautelar – legalidade, presunção de inocência, precariedade, necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade...". (ROSA, 2016, p. 313)

[6] Para alguns doutrinadores houve o acréscimo de uma "nova situaçào de periculum libertatis: o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão", que "se soma às anteriormente existentes" (BADARÓ, 2015, p. 985).

[7] O texto original do anteprojeto eliminava estas hipóteses e conferia a seguinte redação ao art. 312 do CPP: "A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficiente de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa."

> valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação da liberdade. (PRADO, 2011)

Ora, a configuração do *periculum libertatis* a partir de fórmulas tão genéricas como asseguração da ordem pública e da ordem econômica, além de desnaturar a cautelar como tal, implica em que a possibilidade do juiz aplicar uma medida cautelar diversa da prisão depende muito mais da subjetividade do julgador, eis que a lei não é "dotada de denotação empírica taxativa". A falta de legalidade estrita acaba por gerar uma exposição a "integrações substancialistas" por parte do juiz, desvinculando-o de um cognitivismo processual. (FERRAJOLI, 2014, p. 348)

Sendo os fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão os mesmos que aqueles utilizados para a prisão preventiva, estar-se-ia diante dos mesmos vícios de constitucionalidade?

A resposta é positiva quando à desvinculação do cognitivismo judicial, mas a questão não se afigura tão simples quanto ao caráter não cautelar das medidas e sua aproximação com o que Geraldo Prado entendeu como uma antecipação da punição, porquanto é necessário analisar a medida concretamente em si.

É o que será feito especificamente em relação à medida cautelar de internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável.

2.3. Admissibilidade e fundamentos específicos da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável

O artigo 319, VII do CPP estabelece a "internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do código penal) e houver riscos de reiteração".

Para aplicação da medida exige-se, cumulativamente, que: a) o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça; b) seja comprovada pelo perito a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente; c) exista o risco de reiteração criminosa.

Das três exigências legais acima referidas, é possível verificar que a primeira se trata de um caso de admissibilidade, a segunda configura um requisito formal para sua aplicação e a última constitui um fundamento específico dessa medida cautelar.

Com efeito, na prisão preventiva, antes da análise dos fundamentos (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessário verificar se a prisão é admissível na forma do art. 313 do Código de Processo Penal, ou seja, (1) se o crime é

doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (2) se o investigado ou acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressaltado o caso do art. 64 do Código Penal; ou (3) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ocorre que no caso das medidas cautelares diversas da prisão não se aplicam os casos de admissibilidade, de tal forma que apenas os fundamentos da prisão preventiva são necessários para que o juiz aplique uma (ou mais, em razão da cumulatividade) medida cautelar diversa da prisão.

Todavia, no caso específico da cautelar de internação provisória, antes de se analisar os fundamentos, deve ser verificado se a mesma é admissível, isto é, se o crime pelo qual o investigado ou acusado foi praticado com violência ou grave ameaça. Uma vez que se verifique ser admissível, passa-se à análise dos fundamentos.

Como visto acima, os fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão são os mesmos da prisão preventiva: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Ocorre que especificamente quanto à medida cautelar de internação provisória, o *periculum libertatis* tem outra compreensão.

Em relação ao *fumus commissi delicti* nada muda especificamente em relação à medida cautelar de internação provisória. Em outras palavras, tal como consta do artigo 312 do Código de Processo Penal, é preciso haver a fumaça da existência do crime e indícios de sua autoria.

Todavia, o *periculum libertatis* não é aquele previsto para a prisão preventiva no art. 312 do Código de Processo Penal, mas especificamente a existência de "riscos de reiteração". Essa expressão traz em si dois graves problemas: (1) sua incompatibilidade com a presunção de inocência e (2) a presunção de um fato futuro.

O primeiro problema, que diz respeito à incompatibilidade com a presunção de inocência, decorre do fato de que não se pode afirmar que alguém reiterará uma prática criminosa antes de ter sido julgado, ao mesmo tempo em que a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos afirmam que todos são considerados inocentes (ou não culpados, como é o caso da referida Convenção) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ninguém pode reiterar o que presumidamente não fez.

O segundo problema é que ainda que se ignorasse a presunção de inocência, afirmar que alguém vai ou tem uma grande probabilidade de reiterar uma conduta

criminosa seria um claro exercício de adivinhação, "completamente subjetiva e impossível de ser aferida". (LOPES JR., 2015, p. 666)

O que ocorre aqui, na realidade são duas presunções: (1) presunção de culpa e (2) presunção de reiteração. Mas por que especificamente esta medida se fundamenta em duas presunções? Estamos com Aury, quando afirma que "pode representar um grave retrocesso essa internação provisória do inimputável ou semi-imputável, pois significa a aplicação da medida de segurança cautelar, fundada na 'periculosidade' do agente".

E o pior, como o pressuposto da aplicação dessa verdadeira medida de segurança não é o julgamento, que ainda não terá havido, há um vínculo dessas presunções com a aferição da inimputabilidade ou semi-imputabilidade pelos peritos, o que ratifica a conclusão de que o fundamento é, na realidade, a periculosidade da pessoa, nada tendo a ver com o fato que deveria ser o objeto do julgamento.

Faz-se necessário, portanto, aportar as considerações críticas ao requisito desta específica cautelar, consistente na comprovação pelo perito da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade do agente.

2.4. Aportes críticos à internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável e ao requisito do exame pericial

Primeiramente há que se destacar que o legislador ao estabelecer a medida cautelar de internação provisória não especificou o local de internação, nem tampouco o limite máximo de cumprimento. O artigo 96 do Código Penal prevê que as medidas de segurança detentivas (ou de internação) devem ser cumpridas em Hospital de Custódia e Tratamento psiquiátrico, ou à falta, em outro estabelecimento adequado. Este artigo do Código penal, por si só, já é problemático ao prever a possibilidade de internação "em outro estabelecimento adequado", proporcionando assim, internações indevidas em estabelecimentos prisionais comuns. Devido à omissão do legislador e por analogia, o juiz poderá determinar os locais explícitos (e subentendidos) no referido artigo do Código Penal para a internação provisória, abrindo brechas para mais violações aos dispositivos da Lei 10.216/01, que em hipótese nenhuma, autoriza a internação em cadeias públicas ou delegacias[8]. Pelo contrário, a Lei Antimanicomial, fruto da reforma psiquiátrica[9], fundamenta-se na cidadania plena dos pacientes, determinando que a

[8] Sobre essas denúncias ver o relatório do censo 2011. (DINIZ, 2013).

[9] Em resumo, as diretrizes da reforma psiquiátrica são**:** a) ampla mudança do atendimento público em Saúde Mental, garantindo o acesso da população aos serviços e o respeito a seus direitos e liberdade; b) novo modelo de tratamento com pleno convívio familiar e comunitário; c) fortalecimento da rede extra-

internação, em qualquer de suas modalidades, somente ocorra quando os recursos extra-hospitalares forem ineficazes e em locais dignos e adequados. Ou seja, a própria internação "provisória", como "inovação" legislativa, vem na contramão do que se aplica como medida de segurança em casos graves de crimes punidos com reclusão, segundo Caetano (2009, p. 16):

> Impõe-se agora uma nova interpretação da regra do parcialmente derrogado art. 97 do CP conjugadamente com o art. 4º, caput, da Lei nº 10.216/2001, de forma que, mesmo que o fato seja punível com reclusão, deve o juiz preferir a medida de segurança não-detentiva, utilizando a internação apenas nos casos em que esta severa medida mostrar-se comprovadamente necessária. Entretanto, não havendo recursos extra-hospitalares suficientes e uma vez determinada pelo juiz a internação, esta deve obedecer aos estreitos limites definidos pela Lei da Reforma Psiquiátrica, sendo obrigatoriamente precedida de "laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos" (art. 6º, caput), vedada a internação, mesmo quando imposta como medida de segurança, sem a recomendação médica de sua real necessidade.

Cabe destacar ainda que os semi-imputáveis, que no referido artigo também estão submetidos à internação cautelar, se condenados, a lei prevê (art. 26 do CP) que "a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." E somente se necessitar o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos (artigo 98 do Código Penal). Ou seja, o presente dispositivo prevê uma internação cautelar ao sujeito, sem previsão de durabilidade, que se condenado for, não será internado.

Sobre a ausência de limitação temporal da internação provisória, este mesmo erro está previsto no art. 97, §1° do Código Penal sobre a duração das medidas de segurança (detentiva e ambulatorial). No entanto, o STF desde 2005 expôs a proibitiva de que:

> A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos[10].

---

hospitalar: Centro de Atenção Psicossocial - CAPS, Residências Terapêuticas, Ambulatórios, Centros de Convivência; d) as internações, quando necessárias, são feitas em hospitais gerais ou nos CAPS/24 horas. Os hospitais psiquiátricos de grande porte vão sendo progressivamente substituídos/extintos.

[10] Habeas Corpus 84.219, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, DJ de 23-9-2005). No mesmo sentido, houve votação do ministro Ricardo Lewandowski (HC 98.360, julgamento em 4-8-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009) e do ministro Cezar Peluso (HC 97.621, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009).

Na mesma linha, em maio de 2015, o STJ aprovou uma súmula que, embora não tenha efeito vinculante, serve de orientação a toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal, que tem a missão constitucional de unificar a interpretação das leis federais. Em conformidade com o entendimento do STF, a Súmula 527 do STJ expõe que "o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

Levando-se em consideração os entendimentos pacificados dos Tribunais Superiores e dos dispositivos da Lei Antimanicomial, e tratando-se de uma internação provisória (o que já é equivocado e complexo), seria minimamente prudente que o Legislador tivesse especificado limites máximos de duração para não gerar abusos, aplicações arbitrárias e ilegais como ocorre de forma recorrente com as prisões provisórias no Brasil e na América Latina[11].

Outro aspecto importante e perigoso do dispositivo versa sobre a confirmação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente ao tempo da ação ou omissão por parte da perícia, como visto no item anterior. Aqui recai uma questão crucial: *com quais instrumentos pode-se comprovar empiricamente que uma pessoa é materialmente sã ou doente, ou, inclusive que era momentaneamente desconhecedora do que fazia ao tempo da ação ou omissão?*

Na verdade, parece comprovada a tendência de "supervalorização da periculosidade criminal no exame psiquiátrico, com inevitável prognose negativa do inimputável", assim como, por outro lado, parece óbvia a confiança ingênua dos operadores jurídicos na capacidade do psiquiatra de prever comportamentos futuros de pessoas consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis, ou de determinar e quantificar a periculosidade de seres humanos. (SANTOS, 2005, p. 193)

Para Foucault (2001, p. 43), na perícia psiquiátrica trabalha-se com a noção de perversão – que permite costurar conceitos médicos e jurídicos – e a noção de perigo – que permite justificar e fundar em teoria uma cadeia ininterrupta de instituições médico-judiciárias. "Perigo e perversão: é isso que constitui a espécie de núcleo essencial, o núcleo teórico do exame médico-legal".

Insistindo na mesma linha, percebe-se o exame como um maximizador de poder. "É um instrumento que permite impor ao acusado uma inércia, um

[11] Assim aponta o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf

assujeitamento que escapa inclusive ao modelo inquisitorial. A sofisticação é retirar do acusado qualquer possibilidade de fala". (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 350)

Venturini, Casagrande e Toresini (2012, p. 228) esboçam bem o problema das perícias psiquiátricas que apresentam uma fisionomia técnico-científica anacrônica:

> A linguagem é estereotipada; o desenvolvimento e o tipo de indagações são comprimidos em uma visão da psicopatologia predominantemente biológica e tradicional; a argumentação se concentra em um raciocínio centrado no "juízo consumado". Para compensar o esquema convencional e previsível, concedem-se longas citações, reveladoras da situação crítica de uma ciência que, como a psiquiátrico-forense, raramente consegue se ancorar em sólidas certezas científicas. Na realidade, dever-se-ia admitir que o problema da indeterminação atinge toda a psiquiatria. Com efeito, bastaria considerar que a hipótese multifatorial da doença mental, adotada em nossos dias, demonstra exatamente a subsistência de uma não resolvida crise epistemológica da disciplina e a tentativa de chegar a um compromisso, diante de sua incapacidade de se reconhecer em um paradigma definível cientificamente.

Afirma ainda Lopes Jr. (2017), que considerando a urgência inerente às cautelares, nem sempre haverá condições de se fazer um exame de insanidade como necessário e, com isso, poderá ser criada a situação do 'inimputável provisório' – portanto absolutamente ilegal - correndo o risco posteriormente do laudo definitivo ser bem diferente.

O que se verifica, portanto, é não apenas o fundamento da medida em duas presunções (de culpa e de reiteração), mas baseado em uma perícia provisória, de um inimputável ainda provisório, reforçando um sistema penal psiquiátrico positivista, de tal forma que se faz necessário abordar esta tradição brasileira.

3. O RANÇO DO TRADICIONALISMO PENAL-PSIQUIÁTRICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Vive-se no século XXI com fortes pulsões à sombra do século XIX. É a era da medicalização, da normalização e da produção de doenças, no sentido da determinação social dos transtornos mentais que compõe o atual e "moderno" modelo de *psiquiatrização do cotidiano.*

Já não se debate a fragilidade epistemológica dos conceitos como transtornos mentais, doenças, distúrbios, desordens mentais, etc. Isso porque, como cuidadosamente trabalhou Thomas Szasz (1977, pp. 111-118), a "doença mental é metáfora[12], [...] a

[12] Insiste-se nesse quesito, trazendo novamente as explicações de Szasz: "Se por doença denominamos uma desordem do mecanismo psicoquímico do corpo humano, então podemos afirmar que o que chamamos de doenças mentais funcionais não são doenças em absoluto. Pessoas consideradas portadoras de tais desordens são socialmente marginais ou inaptas, ou estão em conflito com indivíduos, grupos ou

terapia é inexistente e a custódia é apelidada de tratamento", ou seja, as pessoas são confinadas em hospitais psiquiátricos não por serem "perigosas" nem por serem "mentalmente insanas", mas por serem bodes expiatórios da sociedade cuja perseguição é justificada pela propaganda e retórica psiquiátrica. Porém, ressalva o autor, qualquer classificação, mesmo falsa, é uma forma de limitar o comportamento do outro dentro de uma categoria e serve de esperança para um domínio bem sucedido, pois, se é difícil controlar um homem, "pior ainda é não controlá-lo, reconhecer sua autonomia e respeitar sua liberdade". Logo, a privação da liberdade do "louco perigoso" é um tranquilizante, uma terapêutica social.

As "classes perigosas" surgidas no final do século XIX, ligadas à noção do sujeito "doente e perigoso", encontravam-se no rol dos indesejáveis, social e politicamente determinados. Essa demanda produziu uma estratégia sofisticada e precisa, capaz de sustentar um mecanismo de (bio)poder duradouro, científico e eficaz (enquanto eficácia invertida) que desaguou diretamente no Sistema de Justiça Criminal. Essa (re)produção sócio-individual da necessidade de *controle penal-psiquiátrico* no Brasil pautou-se em três eixos básicos: *criminalidade/anormalidade* (a aproximação entre crime e doença entendida pelo viés da antropologia criminal desenvolvida e modificada ao longo dos anos), *periculosidade* (associada diretamente ao "louco-criminoso"), *medo/insegurança* (conceito intrínseco à doença mental e às relações sociais modernas). A construção do estereótipo do criminoso no século XIX com todos os seus atributos (negro/miscigenado, pobre, doente, degenerado, perigoso etc.), somado à tônica do medo − que, segundo Robert Castel (2005), é o alicerce das sociedades modernas, pois não encontram em si a capacidade de assegurar proteção − (re)legitimaram a ideologia da defesa social, a política recrudescida de controle e repressão, o direito penal moderno autodefinido como *direito penal de tratamento* e um processo penal psiquiatrizado pautado no perigosismo.

Não se teve nenhuma ruptura histórica com os antecessores da medicina social (e psiquiátrica) que governaram o país. Pelo contrário, do acúmulo histórico sobreveio a reprodução e repaginação da "política psiquiatrizada" novecentista, gestora dos corpos e das mentes, com os seus vínculos fortes com a (nova?) política criminal atuarial, em que é primordial prever, analisar e disciplinar eventos, ainda que hipotéticos, visando o bem-estar coletivo. Esse modo permanente, característico das instituições totais destinadas a pessoas em sofrimento psíquico (com cometimento de injustos penais ou

---

instituições. Já que não sofrem de nenhuma doença, é impossível 'tratá-las' de qualquer doença. [...] Em resumo, o confinamento de pessoas que sofrem de psicoses funcionais serve a propósitos morais e sociais mais que médicos e terapêuticos". (SZASZ, 1977, p. 113).

não), dá o alívio e a tranquilidade necessária ao convívio social. "A 'morte' de cada 'malvivente' surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes" (GALEANO, 2010, p. 81). E é importante que se diga o óbvio: *o Estado psiquiatriza o perigo público, enjaula e joga a chave fora.*

A execução atual da engrenagem penal-psiquiátrica no Brasil é o que se pode dizer de "leitura mais conservadora do sistema político-criminal da escola positiva", por se manifestar de forma rígida e combativa à anormalidade biológica do "delinquente". (LILLY; CULLEN; BALL, 1995, pp. 31-37)

No entre-lugar entre o moderno e o pós-moderno, vive-se a era da normalização e da operação terapêutica, da psiquiatrização do cotidiano, campos por onde se dá o exercício do poder e do controle social. Trata-se de uma dimensão biopolítica extremamente complexa e sofisticada, na qual a herança do saber médico penetrou em diferentes instâncias de poder, e como já foi destacado anteriormente, a dialética entre o normal e o patológico é que dita a diretriz do regimento da sociedade e não mais os códigos tradicionais. (FOUCAULT, 1979)

4. A HERANÇA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE

O *indivíduo perigoso* construído no Brasil[13], oficialmente a partir do século XIX, passa a ser o principal alvo de intervenção punitiva, tornando-se o fio condutor subsequente do desenvolvimento das legislações no âmbito das ciências criminais e *psi*, bem como da Política Criminal oficial.

Com o código penal de 1940, a periculosidade, definida como probabilidade de delinquir, passa a ser um dos pressupostos das medidas de segurança, assim definida por um perito médico que garantirá a segurança do diagnóstico e a legitimidade da imposição da sanção.

É assim que o Estado Penal-Psiquiátrico funciona como *reação à periculosidade (presumida) do agente* − adepta ao tradicional direito penal do autor −, ou seja, além de esta ser um requisito da dogmática penal de imposição da medida de segurança, após o incidente penal, o núcleo duro do processo penal (tanto na fase de instrução como de execução) também está voltado (única e exclusivamente) para a questão subjetiva do agente, ou seja, para a probabilidade de cometer novos crimes em decorrência da sua condição biopsicológica supostamente "comprovada" pela ciência médica. "O direito de punir, mesmo do século XIX, foi modulado não somente a partir

[13] Sobre o paradigma racista-higiênico-normalizador-disciplinar dos "alienados fabricados", ver: CASTELO BRANCO, 2016.

do que os homens fazem, mas a partir do que eles são ou daquilo que se supõe que eles sejam" e cada vez mais, no nível do funcionamento, "os juízes necessitam acreditar que eles julgam um homem tal como ele é e segundo aquilo que ele é". (FOUCAULT, 2006, pp. 24-25)

É a nova psiquiatria − que desponta no século XIX − que apresenta essa subjetividade criminosa, ou seja, o crime patológico, que tem por motivo aquilo que está fora de sua responsabilidade. O psiquiatra entra como uma modalidade de poder[14] nessa esfera, tratando o perigo social como uma enfermidade e atribuindo a necessidade do exame psiquiátrico para legitimar a sanção, fornecendo um nexo causal a cada momento processual. O exame, então, "edifica um mecanismo de distribuição do poder-dizer a outros protagonistas, externos ao campo jurídico, são eles: médicos, psicólogos e psiquiatras", os juízes paralelos do processo penal. (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 351)

Essa periculosidade, que se viu ressignificada nos últimos tempos pela retórica do risco, justificando o paradigma segregacionista, sugere agora um questionamento importante que não gira mais em torno do ponto se o confinamento protege ou não a sociedade, mas sim, *de qual perigo o confinamento verdadeiramente protege*?

Tentando aclarar este ponto, necessária se faz uma referência sobre a questão dos *racismos.*

Os racismos[15] como mecanismos fundamentais de poder, surgem como um corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No campo biológico da espécie humana a que se dirige o biopoder, a distinção e a hierarquia das raças surgem como maneiras de desqualificar grupos em relação a outros. Outra função é deixar morrer para garantir a sobrevivência; noutros termos, a morte da raça ruim, inferior, garantirá a vida sadia dos demais. Numa sociedade de normalização, *o direito de matar do Estado necessariamente passa pela trilha do racismo*, afirma Foucault (1999. pp. 304-307). E foi por esse eixo que se estabeleceu o vínculo entre a teoria biológica e o discurso de poder e se encontrou "uma maneira de pensar as relações de colonização, a necessidade das guerras, a criminalidade, o fenômeno da loucura e da doença mental, a história das sociedades com suas diferentes classes, etc."

[14] Isso porque, nesses casos, subtrai-se a capacidade do sujeito e sua possibilidade de confissão, confissão esta que além de reconhecer a responsabilidade do acusado, a partir do século XVIII passou a admitir a soberania e a legitimar a punição. Já que não há responsabilidade e possibilidade de confissão, fez-se necessário criarem-se outros artifícios que legitimasse a sanção penal, por isso a importância dos exames e dos médicos psiquiatras. Sobre o assunto, ver em: FOUCAULT, 1981.

[15] Não o racismo propriamente étnico, mas também do tipo evolucionista, biológico, científico.

Dessa forma, a raça adversa, o miscigenado (degenerado[16]) representa o perigo biológico das raças declaradas superiores e os racismos asseguram a mortificação na economia do biopoder. A noção de degeneração permite ligar o menor dos criminosos a todo um perigo patológico para a sociedade e para a espécie humana. Os racismos modernos, assinalados por Foucault (1999, pp. 308-309), tratam de uma técnica de poder utilizada pelo Estado para exercer o mecanismo de eliminação ou contenção e não uma simples ideologia ou uma espécie de operação biológica. Faz todo o sentido observar que o combate à criminalidade foi pensado através dos racismos, justificando e legitimando a eliminação do criminoso perigoso ou seu isolamento. O mesmo se deu com a loucura e as diversas anomalias.

Alinhado à Foucault, Franco Basaglia (2005) endossa que os racismos são a busca do bode expiatório dentro de um grupo, a necessidade de excluir a parte de si que se tem medo, a parte que se teme por ser inacessível. É um modo de negá-lo em si mesmo, negando o outro; de afastá-lo, excluindo os grupos em que foi reificado.

Foram os racismos científico e biológico, utilizados pela medicina (psiquiátrica), que inspiraram e afirmaram o conceito de periculosidade e ditaram o plano de inocuização e extermínio como fundamento do direito de prevenir comportamentos futuros. E respondendo ao questionamento inicial, é desse "perigo" (?) que o Estado penal-psiquiátrico, com suas estratégias de confinamento e eliminação, supõe querer proteger a sociedade.

Nesse ponto, o "perigo" é posto em questão porque devido aos usos e abusos de diagnósticos psiquiátricos poder-se-ia concluir que nada significam, mas não é bem assim.

> Quando os psiquiatras chamam as pessoas de 'paranoicas' ou 'compulsivas', em geral se referem a algo tão real como a pele escura de um negro ou a pele rósea de um homem branco. A questão não é que os diagnósticos psiquiátricos não tenham significado, mas que podem ser, e geralmente são, usados como cassetetes semânticos: golpear a respeitabilidade e dignidade do sujeito o destrói, efetiva e frequentemente, mais do que golpear seu crânio. A diferença é que o homem que empunha um cassetete é reconhecido por todos como uma ameaça pública, mas aquele que empunha um diagnóstico psiquiátrico não é. (SZASZ, 1977, p. 194)

Apesar de vazios, monótonos e impessoais − segundo Hulsman e Jacqueline Celis (1993, p. 81) − tais diagnósticos empreendem consequências desastrosas, que vão desde a fixação de estereótipos e invalidação dos seres humanos, à inocuização cautelar, como no caso do art. 319, VII do CPP.

[16] Sobre a teoria da degenerescência, ver: MOREL, 1857.

Por isso, Zaffaroni (2007, p. 104) sinaliza que a periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou inimigo onticamente reconhecível, cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, termina na supressão física dos inimigos. "O desenvolvimento coerente do perigosismo, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração".

Com efeito, a periculosidade social não corresponde a nenhum dos critérios que constroem o diagnóstico psiquiátrico sobre os quais se funda o método científico e não se reveste de qualquer valor terapêutico, cumprindo, tão somente, a função de defesa social. Segundo Venturini, Casagrande e Toresini (2012, p. 237), o juízo de periculosidade se funda num critério de probabilidade, muito mais que de possibilidade: expressa, do ponto de vista estatístico, uma perspectiva de recaída no evento negativo superior a 50%. Esse critério, que talvez seja válido em alguns âmbitos médicos, é totalmente arbitrário no campo psíquico, porque o comportamento humano é extremamente complexo e não pode ser facilmente reduzido a estatísticas.

Ainda sob essa perspectiva, a face que se expõe é o tipo de relação que se tem com esse "doente/criminoso", previamente selecionado. O significado estigmatizante e todas as consequências da doença mental imposta variam de acordo com essa abordagem. Ou seja, confirmam a perda do valor social do indivíduo muito anterior à suposta doença, enquanto entidade mórbida. Esta, por sua vez, adquire significados concretamente distintos segundo o nível socioeconômico de quem está doente. Tudo vai depender de quem se trata e não da doença que se impõe ou do incidente penal supostamente cometido.

A indissociabilidade preconceituosa e institucionalizada entre sofrimento mental e perigo é o fundamento desse sistema processual/penal psiquiatrizado que trabalha no funcionamento da punição (retributiva) como técnica de transformação individual, contenção dos riscos e prevenção, assim como na procura dos estigmas patológicos para marcar os rotulados como "perigosos".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se verifica pela fundamentação exposta é que o inciso VII, do art. 319 do Código de Processo Penal, apesar de fruto de um processo de reforma e pretendida modernização do sistema de cautelares e sua adequação aos paradigmas de proteção de direitos e garantias processuais da Constituição brasileira e convenções das quais o Brasil é signatário, traz consigo o tradicionalismo penal-psiquiátrico do processo penal novecentista brasileiro.

Trata-se de uma medida supostamente cautelar diversa da prisão, que sob o aspecto ontológico, em nada diverge da Medida de Segurança detentiva. Mas é ainda pior. Isso porque esta medida não se fundamenta na instrumentalidade que deveria legitimar as medidas cautelares. Ao contrário. Ainda que se admita que a instrumentalidade pode ter um duplo viés, ou seja, garantir o processo ou a investigação, bem como assegurar a aplicação de eventual pena, esta medida não tem nenhuma dessas finalidades.

Como bem observa Badaró (2005, p. 1001), as medidas constantes do art. 319 do Código de Processo Penal que tem por fundamento evitar a prática de novas infrações, o que é o caso dos incisos II, IV e VII, são apenas rotuladas de cautelares. Na verdade, são medidas que visam, em tese, uma prevenção especial, o que é apontado pela doutrina tradicional como finalidade da pena[17]. No caso específico do inciso VII, a internação provisória fundada no risco de reiteração se baseia em duas presunções (de culpa e de reiteração), que além de afastar a natureza cautelar, corroboram, como dito, a tradição penal-psiquiátrica brasileira.

A internação decorrente da incidência do inciso VII do art. 319 do Código de Processo Penal é, em realidade, uma medida de segurança, aplicada antecipadamente, sem que o fato tenha sito julgado, fundado na periculosidade do agente, no qual o *saber médico psiquiátrico se sobrepõe ao jurídico e se estabelece um direito penal do autor.*

Punir o delinquente, sem julgamento, por suas características pessoais é a vitória histórica das premissas da escola positiva. Significa principalmente fortalecer uma legitimação ilimitada de uma punição do delinquente em detrimento do delito cometido. É uma porta escancarada por onde adentrou, avançou e se perpetua a defesa social sem limites em seu maior grau. Há uma rigorosa e econômica mecânica da lei que possibilitou e deu espaço à plêiade de saberes e a inflação de instâncias anexas à judicial, todas prontas a parasitar, com medidas individualizantes em termos de norma, e a legitimar o sistema penal. (AMARAL, 2014. pp. 259-263)

E pior, incorrer novamente na (in)determinação do prazo máximo, é cair na armadilha da intersecção entre o direito e a medicina e o poder dos laudos psiquiátricos autorizadores de prisões/internações perpétuas − (in)constitucionais. Continuam tentando neutralizar a periculosidade em nome de uma nova defesa social. A avaliação sobre a periculosidade é sempre um procedimento de alta especialização e potenciais incertezas, incertezas estas que acabam "determinando um padrão universal de

[17] Ronaldo Bezerra dos Santos aponta que a prisão provisório, nos moldes brasileiros, é uma espécie de pena antecipada e tem por fundamento a relação com as finalidades da pena pela prisão de natureza provisória. (SANTOS, 2017, p. 213 e ss.).

mediocratização dos laudos, desfavoráveis como regra, premidos talvez pelo temor da libertação desavisada" (DELGADO, 1992).

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

BASAGLIA, Franco. **Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica.** Organização: Paulo Amarante; tradução: Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BRASIL. Mensagem 214/01. Diário da Câmara dos Deputados 30 mar 2001. p. 09532.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. DOU 13 out 1941.

CASTEL, Robert. **A Insegurança Social**: o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.

CASTELO BRANCO, Thayara S. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Vol. 1. 7ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COSTA, Domingos Barroso da e PACELLI, Eugenio. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/2011**. São Paulo: Atlas, 2013.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. **As razões da tutela**. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DINIZ, Débora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil** – censo 2011, Brasília: Editora UNB, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão - Brasil e Itália. In: **LIVRO homenagem a Miguel Reale Júnior.** Coordenação de Janaína Conceição PASCHOAL, Renato de Mello Jorge SILVEIRA. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105096>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 83-95. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105336>. Acesso em: 31 jan. 2018

_____. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal. In: **ESTUDOS em homenagem a Vicente Greco Filho.** Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 61-71. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=116095>. Acesso em: 31 jan. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2014, p. 348.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

_____. **Obrar mal, decir la verdad** – la función de la confesión em la justicia. Curso de Lovaina. 1ª edição. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
_____. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.
_____. **Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V).** Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar** – a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L &PM, 2010.
GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica.** Curitiba: Editora Champagnat – PUCPR; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993. p**.** 81.
LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. **Criminological theory**. Londres: Sage, 1995.
LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
MATTOS, Virgílio de (organizador); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. (autores). **O crime louco**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Brasília: CFP, 2012, p. 228.
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Centro de apoio operacional de defesa do cidadão. **Implementação da reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança.** Texto: Haroldo Caetano. Goiás, 2009.
MOREL, Benedict-Augustin. **Traité des dégénérescences physiques, intelectuelles et Morales de l´espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés maladives**. Paris: Baillière, 1857.
PELLEGRINI GRINOVER, Ada. **A Reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acessado em 20 fev 2017.
PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisoria. Comentários aos artigos 311-318 na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. (coord.) **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403 de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.
ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.
SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. **A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 213 e ss.
SZASZ, Thomas. **Ideologia e doença mental** – ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977, pp. 111-118.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.