

MEDIDA (DE SEGURANÇA) CAUTELAR: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA E CRIMINOLÓGICA DO ART. 319, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Safety (security) measure: a dogmatic and criminological analysis of art. 319, VII, of the Code of Criminal Procedure

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 149/2018 | p. 299 - 325 | Nov / 2018
DTR\2018\20691

Thayara Castelo Branco

Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS, com área de pesquisa em Violência, Crime e Segurança Pública (2016). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, com linha de pesquisa em Criminologia e Controle Social (2010). Especialista em Ciências Criminais pelo CESUSC (2008). Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA. Professora da graduação e da pós-graduação da Universidade CEUMA. Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade CEUMA. Professora substituta da UEMA. Pesquisa sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos. Advogada. thaybranco@yahoo.com.br

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade Nacional da La Matanza, Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade de Granada, Espanha. Professor Titular do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal do PPGD/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Advogado antonio.santoro@ucp.br

Claudio Alberto Gabriel Guimarães

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq e UNICEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. calguimaraes@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Em 2011, entrou em vigor a Lei 12.403 que alterou o CPP com a finalidade de reformar o sistema de cautelares do processo penal brasileiro. Uma das principais mudanças foi a introdução de um rol de medidas cautelares diversas da prisão, entre as quais está a internação provisória de inimputável ou semi-imputável. O problema enfrentado pelo presente trabalho é perquirir o que justifica a inclusão dessa medida entre as novas cautelares. Trabalha-se com a hipótese de que se trata de um ranço do positivismo criminológico que coloca a categoria de periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Metodologicamente, realizou-se uma pesquisa sobre a genealogia, os fundamentos e a natureza jurídica das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil. Em seguida, traçaram-se as bases não declaradas da herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico e do conceito de periculosidade do agente construído pela criminologia positivista no processo penal brasileiro para então, sob um viés crítico-reflexivo, finalizar com uma análise da internação psiquiátrica cautelar juntamente com os requisitos do exame pericial, confirmando-se a hipótese.

Palavras-chave: Medidas cautelares diversas – Periculosidade – Medidas de segurança – Internação provisória

Abstract: Law 12,403 entered into force in 2011, which amended the CPP with the purpose of reforming the system of provisional measures in the Brazilian criminal proceedings. One of the main changes was the introduction of a series of provisional measures different from the prison, among which is the provisional hospitalization of unimputable or semi-imputable. The problem faced by the present study is to investigate what justifies the inclusion of this measure among the new provisional measures. We work with the hypothesis that it is a permanence of criminological positivism, which places the category of dangerousness as a verticaliser of the Brazilian Criminal Justice System. Methodologically, a research was carried out on the genealogy, the foundations and the legal nature of the various provisional measures other than arrest in Brazil. Then, the undeclared bases of the heritage of traditional penal-psychiatric and the concept of dangerousness of the agent constructed by positivist criminology in the Brazilian criminal process were traced, and then, under a

critical-reflexive bias, to conclude with an analysis of the temporary psychiatric hospitalization together with the requirements of the expert examination, being confined to the hypothesis.

Keywords: Various provisional measures – Dangerousness – Security measures – Temporary hospitalization

Sumário:

1.Introdução - 2.Medidas cautelares diversas da prisão - 3.O ranço do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro - 4.A herança da periculosidade do agente - 5.Considerações finais - 6.Referências

1.Introdução

Em 2011, o sistema processual penal brasileiro sofreu uma importante alteração no que tange ao rol de medidas cautelares. A Lei 12.403/2011 (LGL\2011\1351) 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 (LGL\1941\8) 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, entre elas: motivação, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade, provisionalidade e contraditório.

Tem-se, portanto, uma lei que estabeleceu vários instrumentos para serem aplicados como “alternativas”¹ à prisão, mas que, quando observada com mais cuidado, apresenta algumas incoerências.

No presente trabalho, como recorte metodológico, optou-se pela problematização do seguinte ponto: o que justifica a inclusão de uma medida de internação penal-psiquiátrica “cautelar” no rol de medidas cautelares diversas da prisão, estabelecida no art. 319, VII, do Código de Processo Penal (LGL\1941\8)?

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 a justificativa 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, conseqüentemente, 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”².

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”³ 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 4.208, cujo objetivo era alterar o Código de Processo Penal (LGL\1941\8) 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 61, de 20 de janeiro de 2000, composta por Ada Pellegrini Grinover, como presidente, Petrólio 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 4.208/2001 foi encaminhado pelo Poder Executivo para o Congresso pela Mensagem 214/01⁴ e terminou por alterar o Código de Processo Penal (LGL\1941\8) pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (LGL\2011\1351)⁵.

Ada Pellegrini Grinover escreveu um artigo sobre o movimento de reforma do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) em que esclareceu a opção pela reforma parcial, uma vez que a reforma total, embora tivesse a seu favor a harmonia do novo sistema, seria, no seu entendimento, “inexequível operacionalmente”⁶. Por isso, o Ministro José Carlos Dias convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual, pelo Aviso 1.151/1999, a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) para posterior envio ao Congresso Nacional, constituindo a comissão pela já citada Portaria 61/2000 (LGL\2000\2762) que passou a ter um prazo de 90 dias a partir da instalação para apresentar a proposta de reforma.

A comissão apresentou 11 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 – Juízo e 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 Grinover⁷. 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”^{8,9}. Quanto ao conteúdo do anteprojeto de reforma do sistema de cautelares pessoais, Ada Pellegrini Grinover 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 violação 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 condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.¹⁰

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 art. 283 do Código de Processo Penal (LGL1941\8) estabelecendo que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória recorrível só se admite prisão de natureza cautelar. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

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 com os princípios garantidores do Estado de Direito.¹¹

O entendimento de que não cabe execução de pena antes do trânsito em julgado foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, quando do julgamento do HC 84.078 pelo Pleno. Todavia, em 2016, no julgamento do HC 126.292, houve uma nova mudança de entendimento e a execução da pena passou a ser admitida a partir do encerramento da jurisdição de segunda instância, entendimento esse que foi reafirmado no julgamento da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, bem como no julgamento do HC 152.752 em 2018 (caso do ex-Presidente Lula), discussão que mereceria um novo trabalho a respeito.

No entanto, para efeito deste trabalho, inobstante os autores deste trabalho discordem dos fundamentos do atual entendimento prevalente no Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que não se admite execução da pena antes do exaurimento da jurisdição de segunda instância, o que, de toda forma, é importante para o desenvolvimento dos argumentos aqui expostos.

Tomando, portanto, esse ponto (a impossibilidade de execução de pena sem trânsito em julgado da condenação ou sem o exaurimento da jurisdição de segunda instância) 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 (LGL1941\8) 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 afirma que são medidas “alternativas” à prisão. O jurista esclarece que essas 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”¹².

Fauzi Hassan Choukr, por outro lado, 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”¹³.

No entanto, um ponto de extrema relevância e que antecede a 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 independentes 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”¹⁴. Há quem compreenda a instrumentalidade como a garantia do desenvolvimento do processo, ou seja, “são medidas destinadas à tutela do processo”¹⁵. 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 Luigi Ferrajoli, 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”¹⁶.

Não obstante 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 custódia 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 estas 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 (LGL\1941\8), é possível falar em instrumentalidade da medida cautelar de internação provisória?

Fato é que a Lei 12.403/2011 (LGL\2011\1351) alterou o sistema de cautelares do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), introduziu as medidas diversas da prisão, mas não definiu seus fundamentos. Para Aury Lopes Júnior, 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”..

Para Aury Lopes Júnior¹⁷, 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 (LGL\1941\8), 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 (LGL\1941\8) (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 estes restaram mantidos¹⁸, inclusive os casos de perigo de liberdade com conceitos absolutamente abertos, a saber: a ordem pública e a ordem econômica¹⁹.

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 – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação da liberdade.²⁰

Ora, a configuração do *periculum libertatis* a partir de fórmulas tão genéricas como asseguarção 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”²¹. A falta de legalidade estrita acaba por gerar uma exposição a “integrações substancialistas”²² por parte do juiz, desvinculando-o de um cognitivismo processual.

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

A resposta é positiva quanto ao desvinculamento 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 (LGL\1941\8), 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 (LGL\1940\2)) 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 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 (LGL\1941\8), ou seja, (1) se o crime é doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 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 (LGL\1940\2); 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 às 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 analisarem os fundamentos, deve ser verificado se a mesma é admissível, isto é, se o crime do 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 anteriormente, 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 art. 312 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), é preciso haver prova da existência do crime e indícios de sua autoria. Contudo, o *periculum libertatis* não é aquele previsto para a prisão preventiva no art. 312 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), 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 (termo usado pela Convenção) ou não culpados (conforme a Constituição) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (no caso da Constituição) ou até a prova legal da culpa (no caso da Convenção). 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”²³. 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”²⁴.

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 dessa 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 art. 96 do Código Penal (LGL\1940\2) 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. Esse artigo do Código Penal (LGL\1940\2), 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 (LGL\1940\2) para a internação provisória, abrindo brechas para mais violações aos dispositivos da Lei 10.216/01 (LGL\2001\278), que em hipótese nenhuma autoriza a internação em cadeias públicas ou delegacias²⁵. Pelo contrário, a Lei Antimanicomial, fruto da reforma psiquiátrica²⁶, fundamenta-se na cidadania plena dos pacientes, determinando que a 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 Haroldo Caetano:

Impõe-se agora uma nova interpretação da regra do parcialmente derogado art. 97 do CP (LGL\1940\2) conjugadamente com o art. 4º, caput, da Lei 10.216/2001 (LGL\2001\278), 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 necessidade²⁷.

Cabe destacar ainda que os semi-imputáveis, que no referido artigo também estão submetidos à internação cautelar, se condenados, a lei prevê 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” (art. 26 do Código Penal (LGL\1940\2)). 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 (art. 98 do Código Penal (LGL\1940\2)). 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, § 1º, do Código Penal (LGL\1940\2) 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

(LGL\1940\2) 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 anos²⁸.

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 Latina²⁹.

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 se pode comprovar empiricamente que uma pessoa é materialmente sã ou doente, ou, inclusive, que era momentaneamente desconhecadora 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”³⁰, 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.

Para Foucault, 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”³¹.

Insistindo na mesma linha, percebe-se o exame como um maximizador de poder. “É um instrumento que permite impor ao acusado uma inércia, um assujeitamento que escapa inclusive ao modelo inquisitorial. A sofisticação é retirar do acusado qualquer possibilidade de fala”³².

Venturini esboça 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 cientificamente³³.

Afirma ainda Aury Lopes Jr.³⁴ 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, de o 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 ser baseado em uma perícia provisória, remetendo o sistema penal a um sistema psiquiátrico, 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 compõem o atual e “moderno” modelo de *psiquiatrização do cotidiano*.

Já não se debate a fragilidade epistemológica de conceitos como transtornos mentais, doenças, distúrbios, desordens mentais etc. Isso porque, como cuidadosamente trabalhou Thomas Szasz³⁵, a “doença mental é metáfora”³⁶, [...] a 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 de “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 socioindividual 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.), somada à tônica do medo³⁷ # que, segundo Robert Castel³⁸, 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*³⁹ e um processo penal psiquiatrizado pautado no perigosismo.

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”⁴⁰, por se manifestar de forma rígida e combativa à anormalidade biológica do “delinquente”.

O surgimento dessas *novas classes perigosas*⁴¹ # reconhecidas por Bauman como aquelas consideradas incapacitadas para reintegração e classificadas como não assimiláveis, porque não saberiam como se tornar úteis nem depois de uma “reabilitação” – provocou, no século XX, um processo de exclusão não como algo remediável e momentâneo, mas definitivo, ativamente encorajado pela *sociedade líquida*⁴². Esse modo permanente, característico das instituições totais destinadas a pessoas em sofrimento psíquico (com cometimento de injustos penais ou não), dá o alívio e a tranquilidade necessários ao convívio social. “A ‘morte’ de cada ‘malvivente’ surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes”⁴³. E é importante que se diga o óbvio: *o Estado psiquiatiza o perigo público, enjaula e joga a chave fora*.

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.

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 tradicionais⁴⁴.

4.A herança da periculosidade do agente

O *indivíduo perigoso* construído no Brasil⁴⁵, 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 do que os homens fazem, mas a partir do que eles são ou daquilo que se supõe que eles sejam”⁴⁶ 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”⁴⁷.

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 poder⁴⁸ 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”⁴⁹, os juízes paralelos do processo penal.

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 esse ponto, necessária se faz uma referência sobre a questão dos *racismos*.

Os racismos⁵⁰ 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; em outros termos, a morte da raça ruim, inferior, garantirá a vida sadia dos demais. Em uma sociedade de normalização, o *direito de matar do Estado necessariamente passa pela trilha do racismo*, afirma Foucault. 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.”⁵¹

Dessa forma, a raça adversa, o miscigenado (degenerado⁵²) 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 humana⁵³. Os racismos modernos, assinalados por Foucault, 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 biológica⁵⁴. 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. De igual forma se deu com a loucura e as diversas anomalias.

Alinhado a Foucault, Franco Basaglia⁵⁵ 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 inocuidade 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 é⁵⁶.

Apesar de vazios, monótonos e impessoais # segundo Hulsman e Jacqueline Celis⁵⁷ # tais diagnósticos empreendem consequências desastrosas, que vão desde a fixação de estereótipos e invalidação dos seres humanos à inocuidade cautelar, como no caso do art. 329, VII, do CPP (LGL\1941\8).

Por isso, Zaffaroni 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”.⁵⁸

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 Venturini⁵⁹, o juízo de periculosidade se funda em um 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. Essa, por sua vez, “adquire significados concretamente distintos segundo o nível socioeconômico de quem está doente”⁶⁰. 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 (LGL\1941\8), 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 essa 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, essa medida não tem nenhuma dessas finalidades.

Como bem observa Badaró⁶¹, as medidas constantes do art. 319 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), que têm 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 pena⁶². 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 afastarem 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 (LGL\1941\8) é, em realidade, uma medida de segurança aplicada antecipadamente, sem que o fato tenha sido 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 penal⁶³.

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. Certezas essas que acabam “determinando um padrão universal de mediocratização dos laudos, desfavoráveis como regra, premidos talvez pelo temor da libertação desavisada”⁶⁴.

6.Referências

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

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

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

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

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

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal (LGL\1941\8)*.DOU 13.10.1941.

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.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal (LGL\1941\8): comentários consolidados e*

crítica jurisprudencial. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 1.

COSTA, Domingos Barroso da; PACELLI, Eugenio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei 12.403/2011 (LGL\2011\1351)*. 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: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105096]. Acesso em: 31.01.2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521]. Acesso em: 31.01.2018.

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

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

FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: la función de la confesión em la justicia*. Curso de Lovaina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*. Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. 2. 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 – PUC-PR; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological theory*. Londres: Sage, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATTOS, Virgílio de (Org.); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. *O crime louco*. Trad. Maria Lúcia Karam. Brasília: CFP, 2012.

MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

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, intellectuelles et Morales de*

L'espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés malades. Paris: Baillière, 1857.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A reforma do Código de Processo Penal (LGL\1941\8)*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf]. Acesso em: 20.02.2017.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. Comentários aos artigos 311-318 na redação da Lei 12.403/2011 (LGL\2011\1351). In: FERNANDES, Og. (Coord.) *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403 de 04.05.2011 (LGL\2011\1351)*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. 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.

SZASZ, Thomas. *Ideologia e doença mental: ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

1 A utilização deste termo será mais detidamente discutida em tópico posterior.

2 CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. DOU 13.10.1941.

3 Idem.

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

5 A partir de então, a doutrina dedicou amplamente ao novo sistema de cautelares do processo penal. Cf. BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014; COSTA, Domingos Barroso da; PACELLI, Eugenio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2013; LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013; MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

6 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf]. Acesso em: 20.02.2017.

7 Idem.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit.

9 De se observar que o professor Antonio Scarance Fernandes, um dos membros da comissão, produziu dois trabalhos exatamente para comparar as cautelares diversas da prisão no Brasil com a Itália (FERNANDES, Antonio Scarance. *As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Itália*. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105096]. Acesso em: 31.01.2018. p. 83-95; FERNANDES, Antonio Scarance. *As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521]. Acesso em: 31.01.2018. p. 61-71).

10 Idem.

11 Idem.

12 BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 999.

13 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 1. p. 778.

14 BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 938, que a chama de “instrumentalidade hipotética”, porque garantiria o resultado prático de uma condenação hipotética.

15 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581.

16 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 511.

17 Op. cit., p. 658.

18 Para alguns doutrinadores, houve o acréscimo de uma “nova situação de *periculum libertatis*: o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão”, que “se soma às anteriormente existentes” (BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 985).

19 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 suficientes 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 proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

20 PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. 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: Ed. RT, 2011.

21 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 348.

22 Idem.

23 LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 666.

24 Idem.

25 Sobre essas denúncias ver o relatório do censo 2011 (DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Editora UNB, 2013).

26 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-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.

27 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. p. 16.

28 *Habeas Corpus* 84.219, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 16.08.2005, Primeira Turma, DJ de 23.09.2005. No mesmo sentido, houve votação do ministro Ricardo Lewandowski (HC

98.360, julgamento em 04.08.2009, 1ª Turma, DJe de 23.10.2009) e do Min. Cezar Peluso (HC 97.621, julgamento em 02.06.2009, 2ª Turma, DJe de 26.06.2009).

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

30 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena...* cit., p. 193.

31 FOCALUT, Michel. *Os anormais...* cit., p. 43.

32 GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Editora Champagnat – PUC-PR; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 350.

33 MATTOS, Virgílio de (Org.); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. *O crime louco*. Trad. Maria Lúcia Karam. Brasília: CFP, 2012. p. 228.

34 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

35 SZASZ, Thomas. *Ideologia e doença mental: ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977. p. 111-118.

36 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 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, Thomas. Op. cit., p. 113).

37 Segundo Bauman, o medo do século XX é fruto de um duplo movimento: por um lado, é nas grandes áreas urbanas que se concentram as funções mais avançadas do capitalismo. [...] As cidades tornam-se objeto de novos e intensos fluxos de população e de uma profunda redistribuição de renda. Essa cidade social-democrata que se afirmou no segundo pós-guerra torna-se ameaçada em suas fundações, pois o tecido social é submetido a intensas pressões que produzem uma verticalização crescente. O efeito desse duplo movimento é evidente na vida cotidiana de quem mora na cidade contemporânea: enquanto os bairros centrais são valorizados e tornam-se objeto de grandes investimentos urbanísticos, outras áreas são corroídas pela degradação e tornam-se marginais. Quem possui recursos econômicos ou tem condições de deslocar-se tenta se defender criando verdadeiros enclaves nos quais a proteção é garantida por empresas privadas de segurança, ou transferindo-se para áreas mais tranquilas e nobres. Os mais pobres são forçados, ao contrário, a suportar as consequências mais negativas das mudanças. Isso só pode gerar um crescente e difuso sentimento de medo. Se essa é a dinâmica estrutural a que estão sujeitas as cidades, não surpreende que alguns especulem com o medo, transformando-o na base de uma política de controle e repressão (BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 08-09).

38 CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.

39 “Na era do industrialismo, a disciplina é mais sutil. Não se centra na programação de seleção de inimigos para eliminá-los, mas na submissão de massas e nações para incorporá-las à sua tecnologia e torná-las funcionais para o poder industrial. Seu principal objetivo não é matar, mas domesticar para explorar. Isso tende a criar uma humanização das penas: do corpo se passa à alma e a pena privativa de liberdade se expande”. (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 395).

40 LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological theory*. Londres: Sage, 1995. p. 31-37.

- 41 O autor chama de novas classes perigosas porque as originais eram constituídas por gente em “excesso”, temporariamente excluída e ainda não reintegrada, que a aceleração do progresso econômico havia privado da utilidade funcional, e de quem a rápida pulverização das redes de vínculos retirava, ao mesmo tempo, qualquer proteção. (BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade...* cit., p. 22).
- 42 Sobre o tema, ver: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- 43 GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 81.
- 44 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979. p. 193-207.
- 45 Sobre o paradigma racista-higiênico-normalizador-disciplinar dos “alienados fabricados”, ver: CASTELO BRANCO, Thayara S. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.
- 46 FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*. Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 24.
- 47 FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*... cit., p. 25.
- 48 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, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: la función de la confesión em la justicia*. Curso de Lovaina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.
- 49 GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit. p. 351.
- 50 Não o racismo propriamente étnico, mas também do tipo evolucionista, biológico, científico.
- 51 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304-307.
- 52 Sobre a teoria da degenerescência, ver: MOREL, Benedict-Augustin. *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et Morales de l’espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés malades*. Paris: Baillièrre, 1857.
- 53 FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*... cit., p. 19.
- 54 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*... cit., p. 308-309.
- 55 BASAGLIA, Franco. *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica*. Org. Paulo Amarante. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 37.
- 56 SZASZ, Thomas. Op. cit., p. 194.
- 57 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993. p. 81.
- 58 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 104.
- 59 MATTOS, Virgílio de (Org.); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. Op. cit., p. 237.
- 60 BASAGLIA, Franco. Op. cit., p. 99.

61 Op. cit., p. 1001.

62 Ronaldo Bezerra dos Santos aponta que a prisão provisória, 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, Ronaldo Bezerra dos. *A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 213 e ss.).

63 AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 259-263.

64 DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *As razões da tutela*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992. p. 9-11.