

SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA COMO CONSEQUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dirnei Levandowski Xavier ¹
Christiane Heloísa Kalb ²
Dalvana Spiecker ³

Resumo

Trata-se da análise envolvendo a subjetividade na aplicação das medidas de segurança no processo penal brasileiro como consequência da teoria do direito penal do inimigo, apresentou-se as principais questões das medidas de segurança constantes no Direito Penal brasileiro, como seu conceito, previsão legal, aplicação, espécies, procedimentos e cessação da periculosidade; posteriormente verificou-se a teoria do Direito Penal do inimigo para enfim demonstrar a subjetividade na aplicação das medidas de segurança dentro desse contexto. Portanto, procura-se demonstrar de forma crítica, superficial e didática a atual aplicação do instituto das medidas de segurança de forma subjetiva no Direito Penal brasileiro, o que sem sombra de dúvidas causa imenso prejuízo aos destinatários das normas penais (“inimigos” ou “hostis”), assim objetivando buscar o reconhecimento da problemática, bem como iniciar discussões e colocar em pauta às possíveis soluções, para tentar ao máximo garantir uma melhor aplicação das medidas de segurança no Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave: Código de Processo Penal. Direito Penal. Medidas de Segurança. Direito Penal do Inimigo.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade CESUSC, estagiário da Procuradoria da República em Santa Catarina. dirneilxavier@gmail.com.

² Pós doutora - PPGICH/UFSC, Doutora em Ciências Humanas - PPGICH/UFSC, Professora Direito Criminal CESUSC, christianekalb@hotmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade CESUSC,oficinacomp@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A medida de segurança é aplicada sempre que um sujeito considerado inimputável ou semi-imputável pratica um fato definido pelo direito como infração penal, em seu sentido analítico sistemático, nascendo assim direito de punir do Estado – jus puniendi. Nesse contexto de coerção, têm-se como mais uma forma de sanção penal, mascarado pelo discurso de natureza preventiva, apenas diferenciando-se da pena comum em relação a periculosidade e a execução não admitindo regressão, mas mesmo assim continua sendo pena em seu sentido único.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, existem basicamente quatro diferenças entre pena (privativa de liberdade e restritiva de direito) e a medida de segurança: a) as penas têm caráter retributivo-preventivo e as medidas de segurança têm natureza preventiva, pelo menos segundo discurso oficial; b) o fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade e a medida de segurança fundamenta-se na periculosidade; c) as penas possuem prazos determinados e as medidas de segurança prazo indeterminado (só findam quando cessar a periculosidade do agente, segundo discurso oficial); d) as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis, já as medidas de segurança são aplicadas nos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.

O presente artigo foi dividido em três capítulos, no primeiro capítulo trabalhou-se conceitos básicos, procedimento e alguns pressupostos da aplicação da medida de segurança. No segundo capítulo tratou-se da teoria do Direito Penal do Inimigo, mesmo que brevemente, dado a importância e correlação direta e imediata com a aplicação das medidas de segurança, sobretudo no Brasil. Por fim, no terceiro e último capítulo, buscou-se trabalhar a subjetiva na aplicação das medidas de segurança denunciadas na obra Criminologia e Subjetividade no Brasil.

Quanto aos aspectos objetivos e subjetivos da escolha do tema, tem-se basicamente a preocupação exposta na obra analisada, mas também demonstrar o atraso legislativo e ideológico, tendo em vista que nossos Códigos de Processo e Direito Penal são do século passado, e mesmo com as alterações havidas nos últimos anos ainda permanece com a mesma visão punitivista, seletiva, inquisitiva e retrógrada de sua elaboração. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo-se da norma aos

casos analisados na obra base, utilizando-se todos meios em admitidos em pesquisas acadêmicas científicas.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO, PREVISÃO LEGAL, APLICAÇÃO, ESPÉCIES, PROCEDIMENTO E CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE

O incidente de insanidade mental é instaurado quando há dúvidas acerca da higidez mental do investigado/acusado/condenado, e segundo Távora e Alencar (2013, p. 361) pode ocorrer tanto no Inquérito Policial, como no curso da Ação Penal ou até mesmo na execução penal.

Para Damásio de Jesus (2011, p. 592) tratando-se de inimputabilidade, salvo menoridade penal, “não se aplica medida de segurança se o fato se encontra acobertado por causa de exclusão da antijuridicidade. A ausência da culpabilidade, porém, não impede a aplicação, pois ela é substituída pelo juízo de periculosidade”.

Assim, se o agente for inimputável (art. 26, Caput do CP⁴) o magistrado ao absolvê-lo determinará sua internação - periculosidade presumida - no entanto, se “a pena abstrata prevista para o crime por ele cometido for de detenção, poderá submetê-lo a medida de segurança restritiva e não detentiva, que é a sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97, Caput, 2.^a parte⁵).

Eugênio Raúl Zaffaroni (2011, p. 730) afirma que a medida de segurança, seja de internação ou tratamento ambulatorial, perdura enquanto persistir a periculosidade, entendida como “o simples perigo para os outros ou para a própria pessoa, e não o conceito de periculosidade penal, limitando à probabilidade da prática de crimes. A averiguação da periculosidade deve ser feito por perícia médica”.

Uma pequena mas importante advertência! Não se pode confundir questões prejudiciais com questões preliminares.

⁴ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

⁵ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

A primeira (prejudicial) diz respeito necessariamente ao mérito da causa, influenciando diretamente na natureza jurídica da decisão a ser proferida pelo magistrado, e de acordo com Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2014, p. 331-332) “o resultado conferido às questões prejudiciais, na medida em que refletirá na tipicidade da conduta, levará o juiz a proferir uma sentença necessariamente absolutória (se atípico o fato)”, ou então em contraponto, será proferida “decisão condenatória (caso seja típica a conduta praticada e estejam presentes os demais elementos configuradores da ilicitude e culpabilidade)”.

Em outro caminho estão as questões preliminares que possuem natureza eminentemente processual e refletem apenas na regularidade formal do processo, onde “o acolhimento ou não de uma preliminar não afeta a natureza absolutória ou condenatória da sentença, mas releva na consideração acerca da validade dos atos praticados” (AVENA, 2014, p. 332).

O procedimento das medidas de segurança está disciplinado do artigo 149 a 154 do CPP, constituindo-se basicamente em instauração do incidente pelo juiz, nomeação de curador, suspensão do processo principal - mas permanece correndo a prescrição - intimação das partes para ofertar quesitos complementares, prazo de 45 dias para conclusão do laudo, salvo necessidade de prazo maior (§ 1º do artigo 150 do CPP⁶), juntada dos autos do incidente no processo principal.

Imperioso ressaltar que a decisão que instaura o incidente de insanidade mental é irrecorrível, mas pode-se impetrar mandado de segurança como sucedâneo processual (Lei 12.016/09). Quando a decisão rejeitar a instauração do incidente caberá a impetração de habeas corpus (artigo 5º, LXVIII da CRFB/88⁷, regulado pelo artigo 647 e seguintes do CPP), tendo em vista que segundo Távora e Alencar (2013, p. 363), “salvo ilegalidade manifesta, onde seria aventável o mandado de segurança, o agente não pode negar-se a submeter ao incidente, isto porque o expediente objetiva a detecção da higidez mental ” que será determinante na fixação da pena.

Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2014, p. 416-417) afirma que dificilmente é cumprido o prazo de elaboração do laudo, pela falta de estrutura dos órgãos oficiais,

⁶ Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar. § 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

⁷ LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

neste caso em decorrência do princípio da razoabilidade e do excesso de prazo poderá ser interposto habeas corpus caso esteja internado o periciando, com escopo de colocá-lo em liberdade.

Advindo a inimputabilidade na fase de execução de pena (insanidade que se manifesta no cumprimento da pena), segundo Távora e Alencar (2013, p. 363), como regra “o juízo das execuções poderá valer-se do art. 41 do Código Penal, para determinar o recolhimento do acometido em hospital e tratamento psiquiátrico”, no caso de sua falta poderá colocá-lo em outro estabelecimento adequado. Neste caso é necessário que a expectativa do transtorno seja apenas provisória, pois “durante a internação o indivíduo continua cumprindo pena, e se esta chegar ao seu final, ele deve ser liberado”.

No entanto, se o transtorno mental do condenado for definitivo, poderá substituir a pena por medidas de segurança (artigo 183 da Lei 7.210/84 - Lei de Execuções Penais - LEP⁸), e para Távora e Alencar (2013, p. 364) “o tratamento agora passa a ser o das medidas de segurança, que não possuem prazo máximo, perdurando até o agente recobrar a sanidade”.

Por sua vez, se a insanidade for superveniente - insanidade mental após a infração penal, no transcurso do Inquérito Policial ou da Ação Penal, desde que antes do trânsito em julgado da sentença penal -, de acordo com Távora e Alencar (2013, p. 364), “se à época do fato o infrator era imputável, a expectativa é que seja processado para que ao final ocorra a condenação, imprimindo-lhe pena”.

No caso de sobrevier a inimputabilidade no transcorrer da persecução penal o “processo ficará suspenso, aguardando que ele recobre a sanidade, pois só assim poderá defender-se, exercendo plenamente a auto-defesa, e só então o processo poderá prosseguir”, procedimento disciplinado pelo artigo 152 do CPP⁹, conhecido como típico caso de crise de instância, tendo em vista que o processo fica parado sem ser extinto.

⁸ Art. 184. O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida. Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.

⁹ Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149. § 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado. § 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Imperioso ressaltar que no período da suspensão a prescrição da pretensão punitiva estatal continuará correndo normalmente e o magistrado poderia determinar a internação do acusado em manicômio judicial ou outro estabelecimento congênere (§ 1º do artigo 152 do CPP). Surge aqui grande impasse doutrinário, haja vista que para Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 323) haveria compatibilidade da medida como forma de proteção social e do próprio réu; e para Távora e Alencar (2013, p. 362) esse dispositivo ofende a presunção de inocência por antecipação da medida, que somente poderia ser estabelecida com a sentença penal condenatória, entretanto, nada impede que haja intervenção familiar determinando “seja submetido a tratamento psiquiátrico, interditado e até mesmo internado em medida extra-penal”.

Há diversas conclusões possíveis do incidente de insanidade mental que igualmente possuem uma plêiade de reflexos no processo penal.

Quando a instauração ocorreu no curso do processo, segundo Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2014, p. 418-419) haverá basicamente três conclusões possível. Laudo concluiu no sentido de plena capacidade do réu, tanto na época do fato delitivo como no momento em que foi realizado o exame pericial, “neste caso, deve o juiz apensar o incidente ao processo principal e determinar o prosseguimento normal do processo”.

A segunda hipótese é a que o laudo concluiu no sentido de plena capacidade na época do fato delitivo, porém sua incapacidade no momento em que foi realizado o exame, nesta hipótese o processo deverá permanecer suspenso até que o acusado se restabeleça ou ocorra a extinção da punibilidade (artigo 152 do CPP). Restabelecendo-se o processo retomará seu curso natural, no entanto caso o acusado demonstre alguma periculosidade no período de paralisação, poderá o Juiz determinar sua internação (§ 1º do artigo 152 do CPP).

Importante ressalva a ser feita é que a providência de internação acima exposta não possui natureza de medida de segurança provisória “que há muito foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro (na atualidade, o art. 171 da Lei 7.210/1984¹⁰ condiciona a execução da medida de segurança ao trânsito em julgado da sentença que a impuser)”, muito menos trata-se da internação de medida cautelar diversa da prisão prevista no artigo 319, VII do CPP¹¹ (AVENA, 2014, p. 418, grifos do autor).

¹⁰ Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

¹¹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (...) VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça,

A última hipótese é quando o laudo conclui pela incapacidade do acusado na época do fato, situação disciplinada pelo artigo 151 do CPP¹², em que o incidente de insanidade mental será juntado/apensado ao processo que terá seu regular prosseguimento, mediante presença de curador.

Nesta hipótese há duas possibilidades lógicas para o juiz fixar na sentença: a) acusado inimputável ao tempo do fato (incapacidade total): aplicação do artigo 26 Caput do CP que define “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

O dispositivo expressamente fala em isento de pena, porém o magistrado mesmo assim poderá proferir uma decisão absolutória própria sem imposição de pena (art. 386, VI do CPP¹³) ou então absolutória imprópria com imposição de medida de segurança (inciso III do parágrafo único do artigo 386 do CPP¹⁴), que nada mais é do que pena (ZAFFARONI, 2011, p. 98); b) acusado semi-imputável ao tempo do fato (capacidade parcial): neste caso será aplicado parágrafo único do artigo 26 do Código penal, em que a pena será 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”.

Segundo Damásio de Jesus (2011, p. 592), o agente que for considerado semi responsável (capacidade parcial) gozará da aplicação do sistema vicariante, nos termos do artigo 98 do CP¹⁵, foi assim “extinto o sistema do duplo binário, que determinava a aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança”, devendo o Juiz impor somente a pena reduzida ou então a medida de segurança.

quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹² Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

¹³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; ([Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

¹⁴ (...) Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); III - aplicará medida de segurança, se cabível.

¹⁵ (...) Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Em que pese parte da doutrina e até mesmo o próprio legislador brasileiro considere que a medida de segurança tem propósito curativo e terapêutico, ao estipular apenas o prazo mínimo de 1 a 3 anos, em que não é possível a detração (artigo 42 do CP¹⁶), demonstra-se claramente incompatível com o disposto no artigo 5º, XLVII, “ b ” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁷ (SANCHES CUNHA, 2013,p. 491).

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 1.875), sempre de forma extremamente didática, esclarece que atualmente “o imputável que praticar uma conduta punível sujeitar-se-á somente à pena correspondente; o inimputável, à medida de segurança, e o semi-imputável, o chamado “fronteiriço”, sofrerá pena ou medida de segurança”, ou seja, um ou outro, jamais os dois conjuntamente.

Por sua vez, quando a instauração do incidente de insanidade mental ocorrer no curso de Inquérito Policial haverá duas consequências: a) Inquérito Policial é finalizado antes do término do incidente: não impede que o órgão acusatório (Ministério Público) ou então o acusado subsidiariamente ofereça denúncia ou queixa, respectivamente, oportunidade em que o recebimento da inicial acusatória pelo Juiz suspende a Ação Penal até o término do incidente (§ 2º do artigo 149 do CPP¹⁸); b) incidente é finalizado antes do término do Inquérito Policial: nesta situação aguardará eventual ajuizamento da Ação Penal respectiva, em sendo ajuizada determinará o magistrado no recebimento as providências correspondentes ao resultado do exame, conforme já analisado quando a instauração ocorrer no curso do processo.

Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2014, p. 419) esclarece que o “ inquérito policial em trâmite na delegacia de polícia, ou o incidente de insanidade mental em curso no Poder Judiciário”.

O prazo mínimo da medida de segurança será de um a três anos (§ 1º do artigo 97 do CP), isto é, o prazo de internação ou tratamento ambulatorial é por prazo indeterminado, “perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica,

¹⁶ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

¹⁷ XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo

¹⁸ Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. (...) § 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

a cessação de periculosidade” (JESUS, 2011, p. 592). De acordo com o § 2º do artigo 97 do CP¹⁹, a perícia médica realizar-se-á somente após o término do prazo mínimo fixado pelo Juiz, que deverá ser repetido de ano em ano, ou a qualquer tempo se assim determinar o magistrado da execução.

André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 510), analisando algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus 174.342, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, 14/11/2011) verificaram “que o condenado não pode ser submetido à medida de segurança por tempo superior ao máximo previsto em abstrato no tipo penal como pena”, por sua vez o Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 107.432, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, primeira turma, 09/06/2011) “decidiu em definitivo a questão, firmando interpretação no sentido de que o prazo máximo é o de 30 anos mencionado no art. 75 do Código Penal, não guardando, assim relação com o montante previsto em abstrato”.

A desinternação ou a liberação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente vier a cometer fato que indique a persistência de sua periculosidade, antes de um ano, conforme (§3º do artigo 97 do CP²⁰). Estefam e Gonçalves (2012, p. 512) ressaltam que se for constatada a cessação da periculosidade, o Juiz da Execução determinará a desinternação ou liberação do executando (art. 97, § 3º do CP), contudo “é sempre condicional, pois será revertida se, no prazo de 1 ano, o agente praticar fato indicativo de persistência da periculosidade”.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2013, p. 493), os Tribunais Superiores vem admitindo “a desinternação progressiva, consistente na passagem da internação em hospital de custódia para o tratamento ambulatorial antes da definitiva liberação do paciente”, com base no artigo 5º da Lei 10.216/01 (STF, HC 97.621, Relator Ministro Cezar Peluso, 26/06/09; STF, HC 107.777, Relator Ministro Ayres Brito, 16/04/2012).

O procedimento de execução da medida de segurança está previsto nos artigos

¹⁹ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) § 2º- A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁰ § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

171 a 179 da Lei 7.210/984 LEP), realizado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que impuser medida de segurança, e conforme artigo 172 da LEP²¹, ninguém poderá ser internado em HCTP ou submetido a tratamento ambulatorial sem a respectiva guia de internação ou tratamento. “Em se tratando de medida de internação, a realização de exame criminológico se mostra necessária para a adequada individualização da medida de segurança e para a obtenção de dados reveladores da personalidade do executado”, conforme determinado os artigos 8º, 9º e 174²² da LEP).

No caso de tratamento ambulatorial, a providência é facultativa (ESTEFAM e GONÇALVES, 2012, p. 511).

De acordo com o artigo 175 da LEP, “a cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente”, observando-se seus seis incisos:

I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida; II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico; III - juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um; IV - o juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver; V - o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança; VI - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5(cinco) dias

Esse dispositivo impõe que no prazo mínimo fixado pelo juiz, “será realizada perícia para a verificação da cessação ou permanência da situação de periculosidade do agente”. Cabe ressaltar que o artigo 43 da LEP “autoriza a contratação de médico particular para o acompanhamento da execução da medida de segurança. Caso haja divergência entre as opiniões técnicas, decidirá a controvérsia o juiz da execução” (SANCHES CUNHA, 2013, p. 492).

Para Bitencourt (2012, p. 1.896) “embora a LEP seja omissa, que o médico particular pode participar também da realização do exame de verificação de cessação da

²¹ Art. 172. Ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

²² Art. 174. Aplicar-se-á, na execução da medida de segurança, naquilo que couber, o disposto nos artigos 8º e 9º desta Lei

periculosidade, como assistente técnico, com base no princípio da ampla defesa” (artigo 5º, LV da CRFB/88²³).

Ainda há hipótese que excepcionalmente o Juiz da Execução permitirá o exame de cessação da periculosidade antes mesmo do prazo mínimo fixado na sentença, desde que haja requerimento fundamentado das partes interessadas (art. 176 do CPP²⁴).

Contra todas decisões da Vara da Execução Penal caberá recurso de agravo em execução, com fundamento no artigo 197 da LEP²⁵, cujo prazo é de 5 dias (Súmula 700 do STF) e efeito suspensivo.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 1.883), o artigo 96 parágrafo único do CP, “ao determinar que, “extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta”, deixa claro que todas as causas extintivas de punibilidade (art. 107) são aplicáveis à medida de segurança, inclusive a prescrição”. No entanto, diante da ausência de pena concreta, caso o agente seja inimputável em um primeiro momento convém “registrar que o prazo prescricional das medidas de segurança são aqueles disciplinados nos arts. 109 e 110 do CP. Em segundo lugar, para fins de contagem do prazo prescricional, deve-se distinguir o inimputável do semi-imputável”.

Portanto, ante tudo que foi exposto, não pairam dúvidas que a denominação mais realista para as medidas de segurança é pena em seu único sentido, porque chamá-las de outra maneira “é um eufemismo e ao mesmo tempo um grave erro que pode colocar seriamente em perigo a segurança jurídica, porque delas relega indevidamente o caráter penoso” (ZAFFARONI, 2011, p.115).

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A origem ideológica do Direito Penal do Inimigo, segundo Francisco Muñoz Conde (2010, p. 94), remete-se ao final do século XX quando o professor Günter Jakobs anunciou ao mundo “urbi et orbi, a “má notícia” de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um Direito Penal do cidadão, um “Direito Penal do

²³ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁴ Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

²⁵ Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo

Inimigo” (Feindstrafrecht)”, que em nome da segurança coletiva defendia a limitação ou até mesmo exclusão de alguns princípios limitadores do Poder Punitivo Estatal.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 69-70) o Direito Penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político utilizado pelo Estado para organizar as relações sociais, nesse contexto, “pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto”, ou também pode estrutura-se “a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade”.

De acordo com Válder Kenji Ishida (2015, p. 13), Günter Jakobs ao formular a teoria do direito penal do inimigo acabou por contribuir de forma extremamente expressiva e importante no Direito Penal, fundamentando sua teoria em três pilares básicos: a) “antecipação da punição do inimigo (o agente criminoso)”; b) impõe sanções desproporcionais e relativiza garantias constitucionais e humanitárias; c) o Estado cria lei específica direcionando-as para uma parcela da sociedade.

O Direito Penal do autor trata-se de uma orientação ressuscitada por “movimentos neorraciais, que andam recrudescendo, perigosamente, em alguns países do continente europeu. Quer dizer, julga-se pelo que o indivíduo é e não pelo que faz”, demonstrando-se claramente discriminatório por distinguir cidadão de inimigos, isto é, nessa linha de pensamento não importa o que se faz (Direito Penal do Ato), mas sim quem faz, “não se pune pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz” (BITTENCOURT, 2012, p. 1.696).

O Direito Penal de Autor para Eugênio Raúl Zaffaroni (2011, p. 110-111) “ao menos em sua manifestação externa, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor”, assim o ato teria valor de sintoma de uma personalidade, no sentido de que “o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato”.

Há ainda uma concepção que parte da premissa de que a personalidade “que se inclina ao delito, é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas e, portanto, postula que a reprovação que se faz ao autor não o é em virtude do ato, mas em função da personalidade que este ato revela”. Outrossim, pode-se concluir

que “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou de ato”.

Desta forma, pode-se concluir que o “direito penal de autor, de cunha fascista, ressuscitado por movimentos raciais e capitaneados, no plano político-criminal, por Günter Jakobs, com seu ‘direito penal do inimigo’” (BITTENCOURT, 2012, p. 1.403).

2.3 SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA COMO CONSEQUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Cristina Rauter (2003, p. 11) ainda na apresentação de sua obra ressalta a importância da introdução da avaliação técnica-científica sobre a personalidade do agente tido como delituoso, pois “muitas vezes, pela inoperância do próprio sistema, por seu funcionamento discriminatório e ilegítimo, introduzem apenas novos entraves burocráticos que têm como principal efeito concreto o aumento puro e simples da pena”, inclusive não é inexato dizer que “o principal efeito dessas novas tecnologias no contexto brasileiro é o aumento da velha pena de prisão”, só que desta vez tentando legitimar a aplicação de pena para as pessoas especiais.

Em que pese reconhecermos que houve notável avanço na aplicação das penas e medidas de segurança pelo atual Código Penal, principalmente por deixar de lado a crueldade em que foram aplicadas historicamente, ainda assim “o destino reservado a esta classe de criminosos é, na prática, uma pena prolongada e arbitrária, justificada pela necessidade de defesa social ” (RAUTER, 2003, p. 73).

Aury Lopes Júnior (2016, p.776) ao analisar a internação provisória do acusado prevista no artigo 319, VII do Código de Processo Penal (medida de segurança cautelar), inclusive reconhece pelo menos três problemas: a) ausência de limitação de duração que poderá gerar abusos, na mesma medida que na prisão preventiva; b) subjetividade da perícia que demonstra a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, uma vez que há graves riscos inerentes às avaliações psicológicas e psiquiátricas decorrentes do seu caráter retroativo - os peritos verificam se no tempo da conduta (passado) o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e não atual estado de saúde psíquica (artigo 26 do CP); c) insegurança jurídica pela urgência inerente às cautelares, no sentido de que “nem sempre haverá condições de se fazer um exame de

insanidade como necessário e, com isso, acabaremos criando a situação do “inimputável provisório”, para não dizer, do “louco temporário”, o que por si só traria incomensurável prejuízo e injustiça caso o diagnóstico no exame definitivo seja diferente.

Ao acima afirmar o caráter retroativo da perícia não estamos esquecendo-nos que também deverá informar o momento atual do periciando, bem como ter em mente que “a despeito do caráter técnico desta prova, não está o magistrado a ela vinculado, podendo discordar de suas conclusões no todo ou em parte, desde que o faça fundamentadamente”, conforme artigo 182 do CPP²⁶ (AVENA, 2014, p. 417).

Além do fato da avaliação realizada posteriormente, como é feita, não ser objetiva, mas tão somente subjetiva e irrefutável, “na medida em que se pretende avaliar a interioridade psíquica do agente, impossível de ser constatada ou demonstrada empiricamente”, gera segundo Aury Lopes Júnior (2016, p. 777) a fusão do discurso jurídico com o da psiquiatria, gerando assim uma “ditadura do modelo clínico com efeitos penais”.

Cristina Rauter (2003, p. 73) esclarece que na verdade “a ambiguidade com que são definidas as medidas de segurança acaba por deixar claro que sua intenção primeira é a vigilância e não o tratamento”, tendo em vista que na dúvida “entre hospital e prisão ficaremos na prática com a velha prisão”.

Ademais, a situação que já era extremamente tênue entre legalidade e ilegalidade torna-se ainda mais preocupante com as atuais condições existentes dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP ou simplesmente manicômios judiciais), inclusive causando a estigmatização, rótulo e fenótipo de inimputável ao acusado que recebe o laudo provisoriamente, “culminando por determinar e engessar seu futuro, posto que uma vez rotulado de “doente mental”, dificilmente conseguirá se livrar deste estigma” (LOPES JR, 2016, p. 777).

Nesse contexto, “a medida de segurança é o resultado prático de cerca de quatro décadas de discussões nos meios jurídicos brasileiros, é a adoção de um novo critério de julgamento, baseado não no ato criminoso, mas na personalidade do delinqüente”, bem como corresponde a uma transformação social da concepção da pena e de sua ação em face da personalidade tido como anormal, nos exatos termos da teoria do Direito Penal do Inimigo. Desta forma, a conclusão de Cristina Rauter (2003, p. 75)

²⁶ Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte

demonstra-se perfeitamente aceitável ainda atualmente, porque é “contraditório, impreciso, desordenado, o discurso da criminologia não deixa de ter, entretanto, para o Judiciário, a função de dotá-lo de uma racionalidade científica, de transformar a função repressiva numa função técnica, fruto da “neutra” observação dos fatos individuais e sociais”.

Na segunda parte do livro criminologia e subjetividade no Brasil de Cristina Rauter, foram analisados 120 laudos de Exame para Verificação de Cessação de Periculosidade (EVCP), realizados no Instituto de Classificação Nelson Hungria no período de 1968 a 1972, no qual foram constatados e denunciados “o caráter não-científico dos exames e técnicas empregados, o que não constituiria grande novidade. Se este fosse o caso, tratar-se-ia simplesmente de, demonstrado o fracasso destes instrumentos”, porém o que chamou atenção da pesquisadora e nosso foi o grau de eficácia ou utilidade que os exames apresentaram, “eles têm consequências palpáveis, no que diz respeito ao futuro do condenado”, posto que na maioria das vezes um resultado desfavorável lanç a desconfiança sobre a índole do periciando, que inclusive “poderá perdurar como uma marca indelével sobre seu futuro no interior das instituições carcerárias, tendo como efeito prolongar-lhe indefinidamente o tempo de reclusão ou dificultar-lhe a concessão de benefícios” (RAUTER, 2003, p. 84).

3 MÉTODOS

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo-se da norma aos casos analisados na obra base, utilizando-se para isso de pesquisa bibliográfica principalmente em livros - doutrina, documental e jurisprudencial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto podemos afirmar que as medidas de segurança assim como qualquer coerção imposta pelo Estado em nome do Direito Penal (poder punitivo estatal)   sanção em seu único sentido, não merecendo reconhecimento de legitimidade a alega o de prevenção geral ou de “recuperação” dos inimputáveis ou semi-imputáveis, posto que impõe desnecessário e irregular aplica o, primeiro porque não possui prazo máximo delimitado, mas apenas mínimo; segundo porque os HCTP são

utilizados como penitenciárias e presídios, uma vez que é notório que não são dotados da infraestrutura necessária; terceiro porque utiliza uma política de prevenção, porém acaba por legitimar o encarceramento de pessoas que necessitam de tratamentos especiais, entre tantos outros empecilhos conhecidos.

Em que pese houve grandes avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais ainda não há uma compatibilidade do Código de Processo Penal e de Direito Penal, pois além de anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil e das diversas alterações legislativas, continuam aplicação um processo e direito penal de forma autoritária, seletiva, inquisitiva e injusta.

Com isso percebemos que na prática acabou-se criando uma forma aparentemente legal - legal só porque está na lei - de endurecer as penas aplicadas pelo Direito Penal em decorrência da ampliação do poder punitivo estatal, assim não se pode propor um tratamento sem enfatizar a necessidade de vigilância, na mesma medida que não se pode falar em reforma social sem se defender a repressão policial, ligado ao chamado combate ao crime, haja vista que as medidas de segurança são aplicadas de forma seletiva, no sentido de aplicada aos considerados inimigos ou hostis do direito penal, e o pior que os laudos que deveriam ser técnico-científicos acabam sendo realizados de forma imprudente, negligente e arbitrária, determinando-se subjetivamente a periculosidade dos inimputáveis e semi-imputáveis.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** . 6 Ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** . 17 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 27/05/2018.

. **Decreto-Lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 27/05/2018.

. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm>. Acesso em 27/05/2018.

. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em 27/05/2018.

. **Lei 10.216**, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em 27/05/2018.

CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo** . São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM), v. 10, n. 83, 2010.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral** . São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral** . 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal** . 13 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal** . 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil** . Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de direito penal** . Salvador: Editora JusPodium, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** . 8 Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro** . 9 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.