§ 14 – IMPUTABILIDADE E INCAPACIDADE MENTAL

Leandro Ayres França[1]

Leon Murelli Silveira[2]

Sumário: *1 Referência Jurisprudencial. 2 O Caso. 3 Os fundamentos da decisão. 4 Problematização; 4.1 A Incapacidade Mental como Limite e Modificador Biopsicossocial da Imputabilidade Penal; 4.2 A Inimputabilidade Penal por Incapacidade Mental nos Códigos Brasileiros; 4.3 A Inimputabilidade Penal por Incapacidade Mental à Luz do Discurso Científico e de Suas Representações Sociais. 5 Referências.*

1 REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* 101.930/MG – Relª. Minª. Cármen Lúcia – j. em 27.04.2010.

2 O CASO

No princípio de 2009, R. L. de B., 1º Sargento do Exército, foi denunciado pelos crimes de denunciação caluniosa (art. 343) e de peculato-furto (art. 303, § 2º), ambos do Código Penal Militar. Em 20 de julho do

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Psicólogo graduado pela Universidade Católica de Brasília – DF (UCB).

mesmo ano, foi impetrado *habeas corpus* em favor do militar, requerendo o trancamento dos dois processos sob o argumento de que, sendo o paciente interditado judicialmente – desde novembro de 2005 –, não poderia ele receber citação para se ver processar e julgar. Os relatórios de perícias médicas apresentados atestavam que R. L. de B. era portador de transtorno misto de ansiedade e depressão, de transtorno de adaptação e esquizofrenia e de transtorno psiquiátrico compatível com esquizofrenia paranoide.

Os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, acolheram parcialmente o pedido, concedendo a ordem para declarar a nulidade dos atos de citação nos dois procedimentos, porém denegando a ordem quanto ao trancamento das ações penais, por falta de amparo legal[3].

Contra o acórdão da Corte militar, foi impetrado *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal. A Ministra Relatora Cármen Lúcia indeferiu o pedido de medida liminar com o fundamento de que a incapacidade civil não se confunde com a inimputabilidade criminal, devendo esta ser demonstrada pela realização do exame de insanidade mental. O parecer do Ministério Público Federal ratificou esse argumento: "*Para que haja a declaração de inimputabilidade penal se faz necessária a realização de exame pericial de insanidade mental, quando surgirem dúvidas à integridade mental do paciente*". No mérito, a ordem de *habeas corpus* foi denegada.

3 OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Na fundamentação de seu voto, a Ministra Relatora ressaltou que tanto o Código Penal Militar (art. 48) quanto o Código Penal (art. 26) adotaram o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado, o que condiciona a não culpabilidade do agente (i) à presença de uma doença mental ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado e (ii) à identificação da absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender ele o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A doença mental do paciente, atestada, conforme fundamentação do acórdão, a partir do critério biológico, pôde justificar a decretação de sua incapacidade civil; porém, foi insuficiente para que ele fosse considerado penalmente inimputável, sem análise específica dessa condição por meio de incidente de insanidade mental, procedimento médico-judicial competente para verificar se, ao tempo da ação ou da omissão, o Sargento R. L. de B. era

[3] BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* 2009.01.034679-1/MG.

inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico).

4 PROBLEMATIZAÇÃO

4.1 A Incapacidade Mental como Limite e Modificador Biopsicossocial da Imputabilidade Penal

As codificações brasileiras utilizaram-se de variados limites e modificadores biopsicossociais da capacidade civil e da imputabilidade penal. Critérios biológicos de *raça* e *hereditariedade* jamais foram utilizados expressamente por ambos os Códigos. O mesmo pode ser afirmado quanto ao critério mesológico de *condições metereológicas*. Quanto ao critério de *civilização*, atualmente os indígenas podem liberar-se do regime tutelar, preenchidos os requisitos legais, através de requerimento judicial (Lei 6.001/1973, art. 9º).

Os Códigos Civis e Penais, todavia, comungaram alguns limites e modificadores biopsicossociais: foram os casos dos critérios de *idade* (arts. 3º e 4º, CC; art. 27, CP); de *sono*, *sonambulismo* e *hipnotismo* (arts. 3º, III, 104, I, 1.535, CC; art. 26, parágrafo único, CP); de *embriaguez* (arts. 4º, 1.767, CC; art. 28, II, parágrafos, CP); de *doença mental* ou de *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* (arts. 3º, 4º e 1.767, CC; art. 26, CP). Há casos em que os limites e modificadores da imputabilidade penal não correspondem a qualquer critério distintivo da capacidade civil: o *surdimutismo* (art. 26, parágrafo único); o *gênero* (arts. 123 e 124, CP); a *psicologia coletiva*, conhecida como o "estouro da boiada" (art. 65, III, *e*, CP); o *estado emotivo* (arts. 28, I, 65, III, *c*, 121, § 1º, CP). Em sentido contrário: o *pródigo* (arts. 4º, IV, e 1.767, V, CC).

A *doença mental* e o *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* constituem, pois, um critério dos vários limites e modificadores biopsicossociais da capacidade civil e da imputabilidade penal. Contudo, enquanto a exigência de que o agente possua saúde mental e maturidade psíquica está presente tanto para a *capacitas civilis* quanto para a *capacitas* de *imputatio poenalis*, a lei penal cobra, no momento da realização do ilícito, o pleno discernimento de seu autor. Esta distinção é fundamental, e foi muito bem explicitada no voto da Ministra Relatora no *Habeas Corpus* 101.930-MG, que deu ensejo ao presente estudo.

A capacidade civil corresponde à aptidão para uma pessoa reger a si própria e gerir seus bens. Uma vez que ela decorre do entendimento dos atos que pratica e do exercício da sua vontade de os praticar, é necessário que a pessoa seja mentalmente normal e tenha desenvolvimento mental completo. A limitação dessa característica biológica pode justificar a incapacidade civil através da interdição judicial, porém é insuficiente para causar efeitos à imputabilidade penal. Isso porque esta representa o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de fato punível. Assim, conforme a redação do art. 26 do Código Penal, a inimputabilidade exige a deficiência mental (critério biológico) e também a incapacidade de o agente realizar o ato ilícito com pleno discernimento (critério psicológico). Essa opção legislativa pelo critério *biopsicológico* derivou tanto da histórica adoção do critério jurídico-penal que delimitou a razão de atuação do sistema repressivo aos atos delituosos, e não aos agentes, quanto do desenvolvimento das ciências médicas e psicológicas.

4.2 A Inimputabilidade Penal por Incapacidade Mental nos Códigos Brasileiros

A previsão da inimputabilidade por incapacidade mental emergiu no ordenamento jurídico brasileiro com a primeira legislação penal pátria. Em substituição à codificação beata e déspota das Ordenações Filipinas – confirmadas pelo rei D. João IV, em 1643, ao reino português e às suas terras além-mar –, o Imperador D. Pedro I sancionou, no ano de 1830, o Código Criminal do Império. Sua redação, contrastante com as Ordenações do Reino, evidenciava a intenção dos administradores de uma nação recém-proclamada independente em dotá-la de leis próprias, adequadas às contemporâneas reformas das ideias políticas e jurídicas do movimento humanitário moderno.

Nessa codificação renovada, o segundo parágrafo do art. 10 dispunha que os "*loucos de todo o gênero*" não eram julgados criminosos, salvo se tivessem cometido crime em "*lucidos intervallos*". Manoel Mendes da Cunha Azevedo explicitou, à época, a distinção entre os *loucos* e os *homens de juizo*:

> *Os loucos, e os furiosos em geral tem huma vontade propria, e conhecimento do mal, que fazem, como os homens de juizo são, com a diferença, que estes obrão por uma deliberação espontanea, e a vontade daquelles he determinada por hum sentimento que tem o seu principio inherente á alteração de seu estado mental, o qual predominando sobre a razão não dá logar á reflexão.*

Mais de meio século após a introdução do Código Criminal, o Conselheiro Vicente Alves de Paula Pessoa anotou, de modo mais elucidativo, que

> *Para que o homem possa dar conta de um acto por elle completo é essencial que seja intelligente, capaz de comprehender o que fez, discernindo o bem do mal e livre, isto é, em estado de fazer e não fazer, de preferir o que é bom ao que é máo. Na ausencia desta dupla condição não ha responsabilidade, porquanto o agente do delicto não é uma causa livre e esclarecida. (...) Estes principios, não contestaveis, assignalados por todos os criminalistas modernos, nos levão ao caso de considerar a loucura, que é a perturbação no estado moral, não podendo o louco ser punido, por isto que fallece-lhe a intelligencia do que pratica. A justiça moral, de accordo com a lei, dizem Chaveau et Helie, não póde reconhecer nenhum crime na acção de um homem, cuja molestia obliterou-lhe a intelligencia.*

Embora o dispositivo legal fosse mudo quanto à necessidade de que a *loucura* fosse evidenciada no momento do crime, a doutrina de então não deixava de anotar essa ressalva. O próprio Vicente Pessoa anotou que o legislador pouco se inquietara que a alienação mental fosse inata ou que tivesse sobrevindo ao agente; que constituísse estado permanente ou temporário, contínuo ou instantâneo: "*O que importa é a prova da loucura no momento da acção*". E para tal declaração, havia a exigência de uma avaliação médica,

> *por quanto trata-se de um phenomeno psychologico e physiologico que só a sciencia póde determinar, sendo o medico o unico competente para esse exame, devendo dar-se-lhe o tempo que exigir. [ditou o Acórdão do Recurso Crim. 117, de 20 de agosto de 1875, da Relação de Ouro Preto; e assim concluiu o julgamento:] Anullam o julgamento de fl. 40 em diante; porquanto, tendo os peritos no exame de fl. 40 v. declarado não poderem emittir suas opiniões no pequeno espaço de tempo que tiveram para observar a ré, devia-se-lhes conceder prorrogação de prazo sufficiente para concluirem suas observações e exame, visto como, tratando-se da alienação mental, são os exames medicos as provas reconhecidas em direito como mais legitimas e legaes.*

Promulgado em 1890, o Código Penal da República recém-instituída considerava não criminosos aqueles que "*por imbecilidade nativa,*

ou enfraquecimento senil, [fossem] *absolutamente incapazes de imputação*" (art. 27, § 3º). Nos comentários que traçou ao Código republicano, Oscar de Macedo Soares criticou a má redação normativa uma vez que se poderia admitir, *a contrario sensu*, a existência de *imbecis natos* capazes de imputação ou de *imbecis de imbecilidade adquirida*, também não contemplados nesse parágrafo. Do mesmo modo, escreveu o doutrinador, "*a* imbecilidade nativa *por ser uma das especies de alienação mental, devia estar comprehendida entre os irresponsaveis do § 4*".

Esse quarto parágrafo dispunha que não era criminoso quem se encontrasse "*em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime*". Baptista Pereira, em suas *Notas historicas*, denunciou a divergência entre a redação original e o texto publicado: ao invés de *privação* de sentidos e de inteligência, o parágrafo autêntico continha a *perturbação* de sentidos e de inteligência – redação primeira inspirada no Código bávaro. A partir do texto adulterado, Eduardo Durão extraiu, então, que a tese legal somente compreenderia o cadáver, o corpo inerte e sem vida, incapaz de gesto ou ato imputável fisicamente[4]. A interpretação majoritária, no entanto, assemelhou-se àquela proferida pelo Juiz de Direito de Santarém, Turiano Meira Vasconcellos, em sentença confirmada pelo tribunal de Relação de Belém, em setembro de 1892, segundo a qual o novo Código não se limitara ao conceito geral de loucura e tampouco se aventurara em arrolar todos os casos de perturbação de espírito, de anomalia mental, de desvarios e de *psychoses* que deveriam juridicamente excluir a responsabilidade criminal; a nova redação do Código, conforme esse juízo, fora além ao decretar, "*por uma these muito mais vasta, a irresponsabilidade criminal de todos aquelles que no acto de praticarem o crime não tenham a possibilidade de obrar livremente, em cujo numero se acham os loucos de todo genero*". Na ampliada categoria hipotética, incluíram-se as *especies morbidas* das *doenças mentaes*, os *somnambulos*, os *epilepticos*, os *hypnotisados* e aqueles que padecessem *no delirio da febre*.

E através do parágrafo sétimo do mesmo artigo, também foram excluídos do reconhecimento como criminosos os surdos-mudos de nascimento, que não tivessem recebido educação nem instrução – salvo provado que obraram com discernimento. Quanto a essa equiparação, contestou Oscar Soares que eleger os surdos-mudos natos e *sem cultura* como *irresponsaveis* constituía um equívoco: "*E a prova de que não deve o surdo mudo ser juridicamente equiparado ao louco está no facto de tornar-se elle apto, pela cultura, para o exercicio de quaesquer profissões, até mesmo liberaes*".

[4] *Apud* SOARES, Oscar de Macedo. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil.*

Parecem contrassensos as más técnicas legislativas, as ampliações categóricas abstratas e as inadequadas equiparações, no contexto de um Estado que se pretendia secularizado e tolerante, ainda muito influenciado pelo racionalismo ilustrado. E, se evidenciarmos o fato de que, após sete décadas da extinção da Inquisição portuguesa e após sessenta anos sem quaisquer leis que tratassem de magia, voltava-se a criminalizar a possessão espírita, os feitiços de amor, a homeopatia, o hipnotismo, o magnetismo animal, a cartomancia e o curandeirismo (arts. 156 a 158), o Código Penal de 1890 suscita ser um passo retrocedente perante o Código imperial, anterior. É necessário, todavia, compreender os movimentos ideológicos e sociais que tinham na codificação penal o reflexo de seus anseios: do período da República Velha, intensificavam-se a campanha de profissionais da saúde por um controle social paternalista (sanitarismo, vacinações) e as reformas civilizantes das classes sociais mais baixas, as quais incluíam quarentenas de enfermos e internamento compulsórios de *loucos*. Os bastidores desse período são evidenciados por Noyelle Neumann das Neves, em seu recente estudo[5] sobre a histórica hostilidade projetada contra a *loucura* através do binômio periculosidade-vulnerabilidade; no artigo, resgata-se a forte influência exercida pela corrente médica do *alienismo*, imigrada da Europa e estabelecida por estas terras na segunda metade do século XIX, e muito bem retratada n'**O Alienista**, de Machado de Assis: publicado entre o final de 1881 e início de 1882, o conto relata a história de um médico, o doutor Simão Bacamarte, quem, ao retornar após uma estadia na Europa, constrói o primeiro manicômio da pequena cidade de Itaguaí e passa a internar todas as pessoas que possuem qualquer tipo de desvio de conduta. Com o agudo realismo, peculiar deste escritor, a narrativa percebe e exprime a consolidação e a legitimação da psiquiatria no período do final da monarquia e início do regime republicano.

O Código Penal de 1940, em sua redação original, tratou como *irresponsável* e, por consequência, 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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 22). Tal como ocorrido na elaboração do Código de 1890, a Comissão Revisora do projeto do professor Alcântara Machado (composta por Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira) propôs que o texto tratasse, de modo genérico, de *perturbação mental*. No entanto, a proposta foi parcialmente rejeitada, com o argumento, em favor da fórmula vencedora, de que a referência ao *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* era mais compreensiva, permanecendo, então, o termo *perturbação* somente na reda-

[5] NEVES, Noyelle Neumann das. *A construção do louco como inimigo...*

ção do parágrafo único. A nova previsão legal excluía do rol da plena *irresponsabilidade* a exclusiva vinculação conata da enfermidade e as hipóteses do enfraquecimento senil e, ao menos explicitamente, do surdo-mudo congênito.

Na exposição de motivos do novo Código, o Ministro da Justiça Francisco Campos apresentou os três sistemas de fixação do pressuposto da responsabilidade penal e qual desses critérios foi escolhido pelo projeto:

> *O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsavel, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente o método bio-psicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída, se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e auto-determinação.*
>
> *O método biológico, que é inculcado pelos psiquiatras em geral, não merece adesão: admite aprioristicamente um nexo constante de causalidade entre o estado mental patológico do agente e o crime: coloca os juizes na absoluta dependência dos peritos-médicos, e, o que é mais, faz* tábula rasa *do carater ético da responsabilidade. O método puramente psicológico é, por sua vez, inaceitavel, porque não evita, na prática, um demasiado arbitrio judicial ou a possibilidade de um extensivo reconhecimento da irresponsabilidade, em antinomia com o interesse da defesa social.*
>
> *O critério mais aconselhavel, de todos os pontos de vista, é, sem dúvida, o misto ou bio-psicológico.*

O parágrafo único do art. 22 facultava a redução da pena ao agente que não possuía, no momento do crime, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A possibilidade de minoração da punição constituiu uma novidade legislativa e teve em vista, conforme justifica a própria exposição de motivos do Código Penal, os intitulados *fronteiriços*: *anormais psíquicos* e *psicopatas*.

Com a reforma do Código Penal, promovida pela Lei 7.209/84, passou-se a utilizar a designação de *inimputáveis* no subtítulo e corrigiu-se a terminologia *caráter criminoso* por *caráter ilícito*. Esses reparos encerraram um confuso debate quanto à fórmula da *responsabilidade*. Para Guilherme Arbenz, a responsabilidade era o pressuposto necessário e uma consequência da punibilidade, e resultava do concurso dos requisitos que caracterizavam a imputabilidade, ou seja, a capacidade de imputação. Confirmava-se e se constituía na declaração, pronunciada por uma jurisdição competente, de que alguém é imputável e efetivamente idôneo para sofrer as consequências jurídico-penais de um delito (o que ultrapassava a avaliação da imputabilidade pela perícia médico-psiquiátrica). Genival de França argumentou que "*em toda responsabilidade há uma imputabilidade, mas nem todos os imputáveis são legalmente responsáveis por determinadas infrações*". Entretanto, venceu a argumentação do revisor Nélson Hungria, quem afirmava que essa distinção entre imputabilidade e responsabilidade era bizantina e inútil.

A inimputabilidade penal decorrente de incapacidade mental encontra-se, pois, assim consignada no Código Penal vigente:

> *DA IMPUTABILIDADE PENAL*
>
> *Inimputáveis*
>
> *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.*
>
> *Redução de pena*
>
> *Parágrafo único. 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.*

A jurisprudência pátria tem ratificado esse entendimento. Além do precedente do qual principiamos a discussão, vide recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. *Habeas Corpus*. Alegação de inimputabilidade à época dos fatos. Existência de laudo pericial específico concluindo pela plena capacidade de compreensão e de autodeterminação. Dosimetria da pena. Fundamentação.
>
> *I – Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental (critério biológico), faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa (critério psicológico).*

II – No caso em tela, a inimputabilidade do paciente fica afastada em razão de prova pericial específica, que concluiu que o réu, ao tempo do delito, possuía plena capacidade de compreensão e de se auto determinar (...)[6].

No mesmo sentido: HC 33.401/RJ STJ (j. em 28.09.2004), HC 49.767/PA STJ (07.03.2006), HC 200302010002725 TRF2 (02.06.2003) e AI 200903000392146 TRF3 (21.06.2011). Também no mesmo sentido, a partir de julgados cíveis: AC 599204930 TJRS (09/06/1999), ED 630442-9/01 TJPR (13.05.2010), AI 630442-9 TJPR (11.02.2010). Em entendimento contrário: HC 2.531/RJ STJ (24.06.1994) e ACR 200261090069806 TRF3 (18.08.2008).

4.3 A Inimputabilidade Penal por Incapacidade Mental à Luz do Discurso Científico e de Suas Representações Sociais

O discurso sobre a incapacidade mental tem sua origem na história do "louco" e na evolução de suas representações sociais. Pessotti[7] demonstra a preocupação com a figura do louco desde a Grécia antiga. Tomando como exemplo do pensamento da época o enredo de Homero, percebe-se que a loucura era vista como uma punição. Era um mal infligido diretamente pelos deuses sobre o homem, como resposta a males praticados pelo alvo do castigo. O louco era então responsável por seu acometimento, condenado à loucura por algum ato inaceitável de sua autoria consciente voluntária. No entanto, sua desrazão e os atos praticados nela são obra divina e não do homem em si.

Mais adiante, durante a Idade Média, a produção cristã de conhecimento sobre a loucura manteve o posicionamento de que os atos do louco acometido não eram de autoria do indivíduo: a loucura e outros males passaram a ser explicados pelo fenômeno da possessão demoníaca[8]. Os atos do louco em sua loucura eram, como na visão antiga, responsabilidade da entidade que o possuía. A responsabilidade pela loucura em si saía do indivíduo e passava para a própria entidade (o demônio) ou um suposto instigador (as bruxas), ganhando um teor repulsivo pelo medo do contato com o demônio. A loucura deixara de ser o castigo do indivíduo culpado e passava a ser o desfortúnio do indivíduo vulnerável.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 55.230/RJ.

7 PESSOTTI, Isaias. *A loucura e suas épocas*.

8 Do grego antigo, tem-se que δαίμων (*dæmon*), derivado de *daiō* (= distribuir destinos), é a denominação do *eu superior*, no sentido do gênio (*genius*) de um indivíduo. A escola neoplatônica foi grandemente responsável por reformar o antigo politeísmo grego em uma demonologia que dispôs abaixo do *Ser Supremo* uma hierarquia de forças sobrenaturais malignas (as quais nada mais eram que a incorporação dos deuses e heróis helênicos). A expressão aqui utilizada refere-se a esta segunda concepção, adotada pela Igreja Católica. *Vide* FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*.

A partir do advento das primeiras autópsias que coroaram a primeira vitória da ciência sobre o cristianismo (contestando a inviolabilidade do corpo), a loucura recebeu uma nova definição. No século XIX, auge da época do cientificismo, a causa da loucura era intrínseca ao indivíduo. Vinha de sua biologia, como a grande maioria dos acometimentos de responsabilidade da medicina da época. Os atos do louco continuaram não sendo atribuídos ao próprio indivíduo, e sim à patologia que o adoece. Neste pensamento, a loucura era vista como constitutiva da biologia do indivíduo e passava a ser abordada de um ponto de vista higienista fundado em observações darwinianas. Carlos Alberto Elbert exemplifica essa tendência da época citando Spencer:

> *Eliminar o doente, o deformado, o menos veloz ou potente, impede toda a degeneração da raça pela multiplicação desses representantes menos valiosos. Assegura-se assim a manutenção de uma constituição completamente adaptada às condições do entorno, e, por conseguinte, produtora de um grau máximo de felicidade*[9].

É nesse contexto que surgiram as classificações nosológicas[10] das doenças mentais. Os conjuntos de sintomas e características foram agrupados e nomeados com um propósito clínico. Procurava-se determinar três aspectos básicos comuns entre os fenômenos observados para agrupá-los em um construto de uma doença: o diagnóstico, o prognóstico e a terapêutica. Essas classificações descritivas das doenças foram imprescindíveis para a época, já que um critério objetivo para selecionar quem seria normal e quem deveria ser alienado era o que a ciência moderna procurava.

A figura do louco, a partir de então, começa a perder o foco e a desfalecer. Aquele que seria chamado de louco passou a receber diferentes alcunhas identificando-os pelos seus sintomas: psicótico, histérico *et al*. No entanto os vários novos tipos de loucura continuaram a ser sinônimo de incapacidade mental, possuindo causas intrínsecas à biologia do indivíduo, os quais permaneceram tratados como párias da sociedade. O indivíduo continua uma vítima, cá de uma doença, e o tratamento agora é embasado em ciência (mas, na prática, os métodos não diferem muito de um exorcismo).

A psiquiatria se desenvolveu, mas as classificações nosológicas continuaram a ser um pilar de sustentação da prática contemporânea. De

9 ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*.

10 Nosologia é o ramo da medicina que estuda e classifica as doenças.

uma parte, porque, além dessas classificações terem se desenvolvido em complexidade e confiabilidade, a previsibilidade que se obtém quanto à trajetória da doença e às possibilidades de seu tratamento ao conseguir nomeá-la tornaram-se de grande valia para o atuar médico. Assim, embora haja movimentos contrários aos diagnósticos (acusando-os de servirem para rotular indivíduos e sempre remetidos ao seu passado de intimidade com as instituições manicomiais higienistas), estes trouxeram uma contribuição de anos de estudo sobre a mente humana, o que se tornou indispensável à pratica clínica. De outra parte, porque o paradigma clínico tem o mérito de ser preciso e redutor de conflitos de competências entre o aplicador do direito e o perito médico – entre eles estabelecendo-se "*uma razoável divisão de trabalho*" –: o que o juiz quer saber é exatamente aquilo que o perito se sente capaz em responder, que seja, "[s]*aber, nomeadamente, se o agente sofria de uma doença mental biopsicologicamente comprovável, fosse permanente ou temporária; e, em caso afirmativo, se o seu grau de gravidade era tal que afetasse as suas faculdades de entendimento, de discernimento e – eventualmente – de avaliação do fato cometido*"[11].

No entanto, revoluções proporcionadas por novas concepções das ciências do homem – abandono da concepção mecanicista da matéria e da metodologia positivista do conhecimento do ser humano, da cultura e da sociedade; desvalorização do paradigma etiológico e explicativo, que resultou na recusa do dogma determinista; e, dentro do que nos interessa, aumento na complexidade das classificações das doenças mentais – transformaram a concepção de incapacidade mental, o que impactou os pressupostos jurídicos da culpabilidade[12]. Devido a um maior conhecimento sobre os processos mentais e suas patologias percebeu-se que a presença da patologia não era sinônimo de incapacidade mental. A esquizofrenia, por exemplo, é a patologia que mais se aproxima da descrição do louco antigo e medieval e constitui a caricatura do louco moderno; porém, possui uma característica episódica. O indivíduo acometido apresenta surtos psicóticos e períodos de relativa estabilidade mental. A incapacidade de "*entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*" se dá apenas durante os surtos na grande maioria dos casos. Com a evolução dos tratamentos e observando-se o esquizofrênico percebe-se que alguém que seria chamado de louco antigamente possui capacidade de entender a realidade e determinar-se em boa parte do tempo. Assim, uma única definição do louco ou da loucura se mostra impossível e improdutiva.

[11] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica*, p. 261.

[12] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 268.

No que interessa ao direito, a figura do louco foi excluída do texto jurídico, acompanhando esse desenvolvimento histórico do conhecimento sobre a mente humana. Enquanto o aspecto biológico foca a classificação nosológica aplicável, o direito penal mantém a ideia de insanidade ou incapacidade mental definida, como já visto, por um critério biopsicológico. O aspecto psicológico foca essa última característica da loucura: o prejuízo do contato e apreensão da realidade e a impossibilidade de autodeterminação (ambos aspectos do ego[13], como descrito pela psicanálise) no momento do ato (caráter episódico de um estado de "loucura"), caracterizando a inimputabilidade do indivíduo pelo ato por ele praticado.

Isso nos conduz ao argumento de que o construto da incapacidade mental na culpabilidade se beneficia mais do conhecimento psicanalítico sobre a consciência, o ego e suas funções, do que das definições das patologias clínicas. No entanto, o conhecimento psicanalítico carece do objetivismo que o direito prima na sua busca pela "verdade", da forma mais eficiente possível, o que as categorizações etiopatogênicas podem oferecer.

Os mais recentes conhecimentos na área da psicopatologia evoluíram para além das classificações nosológicas. Nos manuais atuais, como o do Dr. Paulo Dalgalarrondo[14], descrevem-se, além dos transtornos mentais, as alterações específicas das funções psíquicas. O estudo das funções psíquicas e suas alterações traz contribuições claras das várias linhas psicológicas, da psicanálise e neurociências. São esses estudos complexos sobre as funções psíquicas e suas alterações que se apresentam, então, como uma contribuição adequada ao direito penal e à concepção de crime.

Para o direito civil as classificações nosológicas ainda são de grande utilidade. Ao atribuir a um indivíduo a capacidade de gerir a si mesmo e seus recursos, analisa-se o indivíduo. Aqui seus traços e características psicológicas são de grande relevância. A previsibilidade que um diagnóstico oferece ao apontar um prognóstico é importante para essa análise. O risco de surtos, que indicam a probabilidade de o sujeito tornar-se incapaz de gerir-se em momentos de sua vida, justificaria uma intervenção judicial para proteger a ele e a seu patrimônio.

Para o direito penal, por sua vez, ao atribuir à culpabilidade um caráter situacional, focando sua avaliação para o momento da ação, a análise do indivíduo na constituição do crime implica uma análise do estado do indivíduo e não tanto de seus traços e características. Com isso, os diagnósticos perdem

[13] "*Instância do aparelho psíquico definido por Freud como o mediador entre os desejos do id, as imposições do superego e as exigências da realidade. É responsável pela defesa da personalidade contra a angústia e pela adaptação do sujeito*". (LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*, p. 124)

[14] DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais.*

boa parte de sua utilidade, como já demonstrado, já que o foco da análise está nas condições psicopatológicas do ato e não mais no indivíduo. Assim, em conformidade com o critério biopsicológico adotado, o que interessa ao direito é a apreciação da existência ou não de alterações específicas do funcionamento psíquico do indivíduo capazes de prejudicar a capacidade de autodeterminação no momento do ato. Nessa perspectiva, não é a identificação da esquizofrenia que torna o sujeito inimputável, mas a presença de uma alucinação no momento do ato que o convencia que o ato criminoso era o certo a se fazer. É a alteração da percepção que prejudica o contato com a realidade no momento e determina a incapacidade mental para tal ato.

A opção legislativa pelo critério *biopsicológico*, assim, demonstra tanto as configurações de um modelo de direito penal que depositou na culpabilidade a análise do caráter situacional (alteração da percepção no momento do delito), evitando-se, pois, o uso do paradigma positivista de ciência no qual uma classificação nosológica seria suficiente para a imposição de uma previsibilidade de conduta (que, por certo, caracterizaria um direito penal de autor), quanto do desenvolvimento das ciências médicas e psicológicas, que evidenciou a insuficiência dessas mesmas classificações nosológicas para se determinar a capacidade ou incapacidade mental em suas formulações (o esquizofrênico, herdeiro do estigma do louco, pode ser perfeitamente imputável).

Os diagnósticos trouxeram uma grande contribuição para a saúde mental ao relacionarem um prognóstico e terapêuticas eficazes a um caso tratado e foram criados e moldados para isso: trata-se de uma contribuição clínica. No entanto, ao direito não interessam, para a determinação da culpabilidade, os prognósticos e aspectos terapêuticos do indivíduo. Interessa-lhe, sim, a capacidade mental, que não é foco das construções nosológicas. Não por outra razão, dar um nome à condição do indivíduo é de contribuição supérflua para a determinação do crime e sugere ser um resquício da subtração da responsabilidade do próprio indivíduo (atribuída aos deuses, aos demônios e, agora, à doença), o que anula a individualidade (razão de ser da culpabilidade) na metonímia redutora de categorias etiopatogênicas.

Para expandir o leque de reflexões, optamos por rascunhar algumas provocações breves, mas suficientes:

- *(In)aplicabilidade do critério biopsicológico na ausência da classificação nosológica*: Se a lei penal exige a necessária vinculação às classificações nosológicas (critério biológico), um sujeito que apresente dissociação ou compulsão pode ser considerado culpado de um ato que foge ao seu controle (critério psicológico), considerando que os manuais de transtornos mentais não acompanharam o desenvolvimento das patologias, não contemplando seu conjunto de sintomas em suas categorizações etiopatogênicas?
- *Incapacidade mental preordenada (variação da actio libera in causa)*: Alguém com diagnóstico de esquizofrenia, controlada por medicamentos e terapia, que deixe de fazer uso da medicação por conta própria planejando (enquanto tratado e consciente), com isso, estar em surto e armado quando em contato com a vítima, pode ser considerado culpado utilizando, para tanto, o mesmo argumento do uso premeditado do álcool para cometer o crime?
- *Incidente de insanidade mental*: A previsão jurídico-processual do incidente de insanidade mental (art. 149 e ss, do Código de Processo Penal) como um exame médico-legal construído apartado aos autos principais do processo não cinde "*a anomalia mental do fato praticado, o qual acaba por não ser processualmente averiguado, ou por o ser só de modo insuficiente*"[15], possibilitando-se a aplicação de uma medida de segurança sem que tenha sido averiguado o fato ilícito-típico que é seu pressuposto?
- *A imputabilidade por capacidade mental como pressuposto da culpabilidade*: Se, como afirma Jorge de Figueiredo Dias, "*o substrato biopsicológico da inimputabilidade, aliado a um certo efeito sobre a personalidade do agente, destrói as conexões reais e objetivas de sentido que ligam o fato à pessoa do agente, a tal ponto que o seu ato pode ser (causalmente) 'explicado', mas não pode ser 'compreendido' como 'fato de uma pessoa'*", a inimputabilidade por incapacidade mental não constituiria mais do que uma causa de exclusão, tornando-se obstáculo à determinação da culpabilidade a tal grau que se poderia afirmar que essa imputabilidade constituiria, em verdade, um *pressuposto* da culpabilidade?

5 REFERÊNCIAS

ARBENZ, Guilherme Oswaldo. *Medicina Legal e Antropologia Forense*. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1988.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. O Alienista. *In: Papéis avulsos*: contos. Rio de Janeiro: Lombaerts e Cia., 1882.

[15] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica*, p. 277.

AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *O Codigo Penal do Imperio do Brasil*. Recife: Typographia Commercial de Meira Henriques, 1851.

BORGES, Dain. Healing and mischief: witchcraft in Brazilian Law and Literature, 1890-1922. *In*: SALVATORE, Ricardo D.; AGUIRRE, Carlos; JOSEPH, Gilbert M. (Ed.). *Crime and punishment in Latin America*: law and society since late colonial times. Durham and London: Duke University Press, 2001.

BRASIL. *Código Criminal do Império do Brazil*. Lei de 16.12.1830.

_____. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940.

_____. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Nacional, 1956.

CROCE, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais*: Paulo Dalgalarrondo. Porto Alegre: Artmed, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? *In*: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Revista dos Tribunais, 1999.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Trad. de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. [no prelo]

FREUD, Sigmund. (1910). Cinco lições de psicanálise. *In Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. 11.

_____. (1921). Psicologia de grupo e análise do ego. *In*: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. 18.

_____. (1930). O mal-estar na civilização. *In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Imago, Rio de Janeiro, 1976. v. 19.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*: Laplanche e Pontalis. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NEVES, Noyelle Neumann das. A construção do louco como inimigo: entre periculosidade e vulnerabilidade. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Tipo*: Inimigo. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*: commentado e annotado com os principios de direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia dos tribunaes, avisos do governo, interpretando, alterando ou revogando diversas das suas disposições até o anno de 1884. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885.

PESSOTTI, Isaias. *A loucura e suas épocas*. São Paulo: 34, 1994

RIBEIRO, Leonidio. *O novo Código Penal e a Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

SOARES, Oscar de Macedo. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil Annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.