



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL

Gilson de Cavalcante Almeida

Orientador: Prof. Sérgio Rebouças

Fortaleza  
2008



GILSON DE CAVALCANTE ALMEIDA

## DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará como requisito parcial  
para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Sérgio Rebouças

Fortaleza  
2008

GILSON DE CAVALCANTE ALMEIDA

**DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará como requisito parcial  
para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Data da Defesa: 13/06/2008.

---

Média Final

---

Prof. Sérgio Bruno Araújo Rebouças  
Orientador

---

Pontuação Atribuída

---

Dr. Joviano Silva Lopes  
Examinador

---

Pontuação Atribuída

---

Bel. José Tarcísio Nogueira de Paula  
Examinador

---

Pontuação Atribuída

## **AGRADECIMENTOS**

- Antes de tudo e de todos, a Deus, causa primária de todas as coisas, princípio de nossa própria existência, força que dirige minha vida todos os dias.
- Aos meus queridos pais, Gilson e Vitória, exemplos vivos de amor, dedicação, acolhimento, bondade, incentivo e confiança para comigo, sempre.
- Às minhas irmãs Marcela e Beatriz, modelos que me fornecem inspiração na determinação, responsabilidade e respeito às pessoas.
- Aos meus avós José Walter, Amélia e Mariinha, pela grandeza com que sempre souberam trilhar suas vidas e pelos exemplos e ensinamentos que deles continuo recebendo.
- Aos meus colegas, que me deram a expressão dos seus afetos, me ajudaram e tornaram mais prazerosa a caminhada na Faculdade.
- Ao Professor Sérgio Rebouças, pela disponibilidade em me ajudar desde o início desse trabalho e pelo incentivo que recebi, fazendo acreditar que é possível construir.
- Ao Sr. Tarcísio e Dr. Joviano, por terem tão gentilmente aceitado integrar a banca examinadora da minha monografia.
- Finalmente, a todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização dessa monografia, quer pela tolerância, compreensão ou ensinamentos; a eles, a minha gratidão.

## RESUMO

A inimputabilidade por doença mental é instituto importante do direito penal e do processo penal. No processo que se desenvolve sob a égide desta condição, não ocorre punição para o agente na sua forma mais tradicional; muitas vezes, a medida mais adequada ao seu caso é a internação psiquiátrica. Num primeiro momento, procede-se a uma explanação lógico-sistêmica, abordando, de maneira geral e ao mesmo tempo objetiva, aspectos centrais e periféricos concernentes ao assunto, de modo a convergir para o objeto tema desse estudo, qual seja, a inimputabilidade do doente mental, possibilitando assim uma melhor compreensão a respeito da questão. Em seguida, discorre-se no estudo sobre a saúde e a doença mental, seus reflexos no direito de punir do Estado, bem como os pormenores da declaração de inimputabilidade por laudo pericial. Discorre-se também sobre a possibilidade de diminuição de pena nos casos em que se declara tão-somente a semi-imputabilidade do agente causador do fato definido previamente pela legislação como crime. Aborda-se como o processo penal deve proceder para cada caso diagnosticado ao longo do processo. Menciona-se ainda o particular referente ao processo de competência do Tribunal do Júri e as conseqüências de uma sentença absolutória. Faz-se, ademais, uma abordagem sobre a internação psiquiátrica e seus efeitos positivos e negativos, bem como a força da luta antimanicomial na produção legislativa do Poder Legislativo. Por fim, conclui-se que o tema é, por vezes, polêmico, e que o reflexo disso é a marginalização dos agentes portadores de algum transtorno mental, o que dificulta sua reinserção no contexto social sem prejuízos para si e/ou para a sociedade.

Palavras-chave: inimputabilidade, semi-imputabilidade, internação psiquiátrica, direito penal, processo penal.

## **ABSTRACT**

Nonimputability due to mental illness is an important institute for penal law and penal process. In the process that develops under this condition, there is no penalty to the agent in its most traditional form; often times, the most appropriate measure is the inpatient hospitalization. In a first moment, we proceed to a logical/systemic explanation, relating in a general and objective way the central and peripheral aspects in order to converge to the central theme of this work, the nonimputability due to mental illness, allowing a better understanding about the matter. We approached under the study of the mental health, its reflexes on the State right of punishment, as well as the details of the declaration of unimputability from specialized report. We also mention the possibility of decreasing the penalty in those cases in which one only declares semi-imputability of the agent that has caused the previously defined actually by the crime legislation. We approached how the penal process should proceed for each diagnosed case on the course of the process. We mention the nuances referred to the process of competency of the Court of Jury and the consequences of an absolving sentence. We talked about psychiatric inpatient hospitalization and its positive and negative effects as well as the power of the antimanicominal debates in the legislative production of the Legislative Power. As conclusion, we agree that this theme is, often times, a polemic one, and the consequence of this is the marginalization of those people who suffer from a mental illness, which impairs their reinsertion in the social context without prejudice to themselves or to society.

Keywords: unimputability, semi-imputability, psychiatric hospitalization, penal jurisprudence, penal process.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL - ARCABOUÇO JURÍDICO FUNDAMENTAL	12
1.1 Direito Penal	12
1.1.1 Crime	14
1.1.2 Culpabilidade	18
1.1.3 Imputabilidade	22
1.1.4 Causas de exclusão da culpabilidade	25
1.1.5 Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado	26
1.1.6 Medidas de segurança	31
1.2 Direito Processual Penal	33
1.2.1 Incidente de insanidade mental	33
1.2.2 Procedimento do incidente de insanidade mental	34
1.2.3 Internação em estabelecimento adequado	36
2 A DOENÇA MENTAL	38
2.1 Saúde e doença mental	38
2.2 História da doença mental	40
2.3 A reforma psiquiátrica e as políticas de saúde mental no Brasil	45
2.4 Hospitais de custódia e tratamento - aspectos históricos e situação atual	49
3 A PENA E O DIREITO DE PUNIR	52
3.1 Das penas privativas de liberdade	55
3.2 Regimes de cumprimento de pena	57
4 A INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL NO DIREITO PENAL	61
4.1 Culpabilidade como limite à execução penal	61
4.2 Inimputabilidade; semi-imputabilidade – aspectos penais	63
4.2.1 Inimputabilidade	63
4.2.2 Semi-imputáveis	67
4.3 O processo penal	72

4.4	Sentença absolutória	76
4.5	Internação psiquiátrica – a reforma psiquiátrica e a luta anti-manicomial	78
	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	84

## INTRODUÇÃO

A sanção surgiu, inicialmente, como um mecanismo de retaliação. A figura do Estado não existia, então as tribos ou congregações humanas estabeleciam os próprios mecanismos de punição para aqueles que ultrapassassem limites pré-determinados de convivência social. Pode-se afirmar, assim, que a sanção surge tão logo o homem passa a conviver em sociedade.

Perpassa, assim, a sanção pelo período da vingança do sangue, vingança privada, o que atingia não apenas a pessoa que cometesse ato digno de sanção, mas todo o grupo ao qual ela pertencia.

Segue-se a sanção, já tida como pena, pelo princípio do Talião, adotado no Código de Hamurábi e na Lei das XII Tábuas. Passa-se, com o tempo, a vincular a prática de uma sanção pelos representantes das divindades, conhecidas tais práticas por Ordálios. Neste período, Igreja e Estado eram figura única, posta a completa hegemonia da Igreja sobre aquele.

Com o aparecimento de um Estado mais sólido, as penas deixaram de ter caráter religioso, bem como o grupo deixou de ser responsabilizado por uma prática individualizada. É assim que surge a penalização pelo aspecto criminal como é atualmente conhecida no direito pátrio.

O Estado, enquanto regente das relações entre os homens, tem o direito-dever de punir aquele que pratica ato que atente aos limites que foram pré-estabelecidos. No entanto, o processo meramente punitivo não traz resultados positivos para a sociedade quando aquele punido regressa para o convívio social. Procurou-se, assim, dar caráter preventivo, punitivo e educacional para as penas.

Em se tratando de pessoas cuja saúde mental encontra-se limitada, torna-se extremamente delicado impor penas com tal finalidade, pois os transtornos mentais que acometem aquele agente, por vezes, impedem que haja a completa absorção dos princípios que a pena para ele deveria representar. Usa-se assim dizer que não há como apenar-se aqueles que são declarados pela lei como inimputáveis ou semi-imputáveis. Para estes casos, a lei estabelece que lhe seja aplicada uma medida de

segurança. Uma segurança para si e para a sociedade, dado que devido à sua periculosidade, fatalmente um dia sua agressão lhe seria retribuída da mesma forma.

Procura-se, assim, com este estudo, proporcionar uma melhor compreensão a respeito desses específicos infratores penais, contribuindo em chamar a atenção da sociedade a um segmento da população muitas vezes esquecido que são os indivíduos portadores de doença mental.

Para isso, traçou-se como objetivo geral desta pesquisa analisar-se o conceito de inimputabilidade e semi-imputabilidade pelo prisma do direito penal. Dessa forma, buscou-se trabalhar o aspecto penal, processual penal e psiquiátrico sobre estes dois possíveis agentes de crimes. Ademais, intentou-se trazer à baila o poder punitivo do Estado e como sua atuação poderia ser limitada pelos portadores de transtorno mental.

Como recurso metodológico, o estudo utilizou-se de pesquisa eminentemente bibliográfica e documental, por meio da exploração de livros, decisões jurisprudenciais, legislação acerca do assunto, bem como periódicos voltados para a área da medicina psiquiátrica, a fim de compreender melhor os trâmites dos transtornos de ordem mental.

No primeiro capítulo, com o intuito de proporcionar ao leitor uma noção geral sobre o tema, procede-se a uma explanação lógico-sistêmica, abordando, de maneira geral e ao mesmo tempo objetiva, aspectos centrais e periféricos concernentes ao assunto, rumo à convergência para o objeto tema desse estudo, qual seja, a inimputabilidade do doente mental.

O segundo capítulo direciona-se para o estudo da saúde e da doença, através de explanação sobre o conceito de saúde, seus reflexos na saúde mental, bem como a conceituação, caracterização e história da doença mental. Também são enfocados os principais marcos da Reforma Psiquiátrica e das Políticas de Saúde Mental no Brasil, bem como considerações sobre os Hospitais de Custódia e a sua situação atual.

Prossegue-se no texto açambarcando, no terceiro capítulo, a pena e o direito do Estado de punir aquele que pratica ato criminoso. Faz-se ainda breve dissertação sobre as penas privativas de liberdade, como mecanismo ápice do poder sancionador/punitivo do Estado, bem como os regimes de cumprimento de pena atualmente aceitos no direito penal pátrio. Por fim, fala-se da sanção penal cabível aos casos de infrações penais cometidas por inimputáveis e semi-imputáveis (quando o caso), qual seja, a medida de segurança.

O quarto capítulo versa sobre o ponto central deste estudo. Aborda-se cada um dos itens essenciais à compreensão de como o direito penal vê a inimputabilidade e a semi-imputabilidade, que reflexos esta constatação tem para as partes, para o próprio poder judiciário. Analisa ainda como esta questão se comporta dentro do plano adjetivo penal, através de sucinto estudo sobre o processo penal e a insanidade mental.

Abre-se um tópico conciso, porém importante, sobre a questão isolada dos crimes de competência do tribunal do júri, visto que tal prática também pode vir a ocorrer tendo como agente pessoa portadora de transtorno mental. Assim, identificam-se questões pertinentes a esta parte específica do tema, abordando em especial a questão da absolvição sumária e da imposição de medida de segurança àquele cuja perícia identificou como portador de enfermidade mental.

Por fim, intenta-se traçar uma discussão acerca da internação psiquiátrica e os reflexos da reforma psiquiátrica, bem como da força do movimento conhecido como luta anti-manicomial, e como isso pode trazer benesses para os portadores de transtorno mental que incorram em prática delitiva.

## **CAPÍTULO I - DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL - ARCABOUÇO JURÍDICO FUNDAMENTAL**

Este capítulo preliminar tem o escopo de proporcionar ao leitor uma melhor compreensão a respeito da questão, procedendo a uma explanação lógico-sistêmica, abordando, de maneira geral e ao mesmo tempo objetiva, aspectos centrais e periféricos concernentes ao assunto, de modo a convergir para o objeto tema desse estudo, qual seja, a inimputabilidade do doente mental. Adotou-se, para esse fim, as referências bibliográficas de: Psiquiatria Forense, de José G. V. Taborda, Miguel Chalub e Elias Abdalla-Filho, 2004; Direito Penal, 1º Volume - Parte Geral, de Damásio E. de Jesus, 2003; e Manual de Processo Penal e Execução Penal, de Guilherme de Souza Nucci, 2006.

### **1.1 DIREITO PENAL**

O ponto de partida na formação da noção de Direito é o fato social. Surge o Direito então das necessidades fundamentais das sociedades humanas, por ele reguladas como condição essencial à sua própria sobrevivência. É no Direito que se encontra a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas formadoras da ordem jurídica. O fato social contrário à norma de Direito gera o ilícito jurídico, que tem no ilícito penal sua forma mais séria e que atenta contra os bens mais importantes da vida social.

O Estado, contra a prática desses fatos, estabelece sanções, de forma a evitar a violação dos bens que protege. Fixa também outras medidas para prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A pena é a mais severa das sanções, sendo estabelecida para os casos de inobservância de um imperativo. Já entre as medidas de repressão ou prevenção, encontram-se as medidas de segurança.

Assim, o Estado estabelece normas jurídicas com o objetivo de combater o

crime, e a esse conjunto de normas dá-se o nome de Direito Penal.

A pena é o meio de ação de que se vale o Direito Penal, em caso de já se haver a satisfação de uma exigência da justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal correspondente em gravidade ao dano que ele causou. Todavia, na evolução do Direito, a pena vem atenuando cada vez mais, principalmente quando da sua execução, tal aspecto de retribuição e de castigo, perdendo agora seu posto de única sanção do fato punível. As modernas idéias a respeito da natureza do crime, bem como suas causas, e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, paralelo à velha reação punitiva, uma série de medidas dirigidas não somente a punir o criminoso, mas também a promover sua recuperação social ou segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível, nas chamadas medidas de segurança.

A função específica do Direito Penal é, portanto, a tutela jurídica, visando proteger os bens jurídicos. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo nos casos de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Ao impor sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem.

Pode-se definir Direito Penal como sendo o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder punitivo do Estado. Por regular as relações do indivíduo com a sociedade, não pertence o Direito Penal ao Direito Privado, e sim ao Direito Público. Ao praticar-se um delito, estabelece-se uma relação jurídica entre o sujeito e o Estado, surgindo o *jus puniendi*, justamente o Direito do Estado de atuar sobre os delinqüentes na defesa da sociedade contra o crime. Por outro aspecto, aquele que viola a norma penal tem o direito de liberdade, consistente em não ser punido fora dos casos previsto por leis estabelecidas pelos órgãos competentes e na obrigação de não impedir a aplicação das sanções.

Diz Magalhães Noronha que o Direito Penal é uma ciência cultural, normativa, valorativa e finalista. Cultural por pertencer à classe das ciências do dever-ser e não

do ser. Normativa por ter a finalidade de estudar a norma. Valorativa porque o Direito Penal tutela os valores mais elevados ou preciosos, atua somente onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade, valorizando suas normas. Finalista por atuar em defesa da sociedade na proteção de bens jurídicos fundamentais, a exemplo da vida humana, integridade física, honra, patrimônio etc. Por fim, diz-se que o Direito Penal é sancionador, pois através da cominação da sanção, protege outra norma jurídica de natureza extrapenal, de modo que, por exemplo, enquanto o Direito Civil regula o direito de propriedade, o Código Penal comina sanções aos que atentam contra a propriedade alheia, sendo então o Direito Penal um conjunto complementar e sancionador de normas jurídicas.

O conteúdo do Direito Penal abarca o estudo do crime, da pena e do delinqüente, que são seus elementos fundamentais, precedidos de uma parte introdutiva. Nesta parte, estuda-se a propedêutica jurídico-penal e a norma penal, em sua exegese e aplicação no tempo-espaço. Somam-se a isso partes referentes à ação penal, punibilidade e medidas de segurança.

Por fim, tem o Direito Penal, como ciência jurídica, natureza dogmática, pois suas manifestações tem por base o direito positivo, expondo o seu sistema através de normas jurídicas, exigindo o seu cumprimento sem reservas. A adesão aos seus mandamentos se estendem obrigatoriamente a todos. Seu método é o técnico-jurídico, conjunto de meios que viabilizam a realizabilidade do Direito, pois o Direito existe para ser realizado, sendo a sua realização a vida e a verdade do Direito.

### *1.1.1 CRIME*

Da noção de crime depende todo o desenvolvimento do estudo do Direito Penal, pois qualquer instituto jurídico-penal tem fundamento na noção de crime.

Pelo conceito material de crime, evidencia-se seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. Sem descrição legal, nenhum fato pode ser considerado crime, sendo importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos

como criminosos, o estabelecimento de um norte ao legislador. Nesse sentido que delito é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, ou acompanhada de determinadas circunstâncias prevista em lei. Assim, sob o aspecto material, o conceito de crime visa aos bens protegidos pela lei penal, sendo nada mais que a violação de um bem penalmente protegido.

Pelo aspecto formal, crime é um fato típico e antijurídico, constituindo a culpabilidade um pressuposto da pena, e não requisito do crime.

Quanto à contravenção, ontologicamente não há diferença de essência entre a mesma e o crime. Um mesmo fato pode ser considerado pelo legislador como crime ou contravenção, de acordo com a necessidade da prevenção social. Dessa forma, um fato que atualmente configura contravenção, no futuro poderá ser definido como crime.

Para que haja crime é preciso primeiramente uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão), mas somente o comportamento humano descrito pela lei penal pode ser assim considerado, em face do princípio da reserva legal. Somente o fato típico, aquele que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante, sendo este o primeiro requisito do crime. Porém, é preciso que o fato também seja contrário ao direito, ou seja, antijurídico. O legislador às vezes permite determinadas condutas que, em regra, são proibidas. Assim, apesar de enquadradas em normas penais incriminadoras, portanto fatos típicos, não ensejam a aplicação da sanção, como no caso da legítima defesa, em que ocorre uma causa de exclusão da antijuridicidade (arts. 23, II, e 25 CP). Mesmo assim, não basta que o fato seja típico e antijurídico para caber a sanção, é preciso também que o agente seja culpável. Em havendo causa de exclusão da culpabilidade, o fato é típico e antijurídico, mas não incide o juízo de reprovação social, a culpabilidade. Existe o crime, mas o sujeito não é apenado, pois ausente está a culpabilidade, que é um pressuposto da imposição da sanção penal.

Resumindo, sob o aspecto formal, são características do crime o fato típico e a antijuridicidade, sendo o fato típico o comportamento humano (positivo ou

negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração; e a antijuridicidade, como relação de contrariedade entre fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta típica será antijurídica ou ilícita quando não expressamente declarada lícita, sendo, portanto, o conceito de ilicitude de um fato típico encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade.

Por fim, a culpabilidade, que é a reprovação da ordem jurídica em face de o sujeito estar ligado a um fato típico e antijurídico; a reprovabilidade que recai sobre o agente, pois a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, já que tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não tê-lo feito uma vontade contrária àquela obrigação, exprimindo-se no comportamento uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma. Como visto, a culpabilidade não é requisito do crime, mas uma condição de imposição da pena.

A doutrina majoritária entende que a punibilidade não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica. Violado o preceito penal, o Estado tem o direito-dever de impor a pena ao sujeito, que por sua vez tem o dever de não obstaculizar a aplicação da sanção. Surge assim a relação jurídico-punitiva entre o Estado e o cidadão, e disso resulta que a punibilidade não é mais que a aplicabilidade da sanção, a possibilidade jurídica de ser imposta. Essa possibilidade é justamente o efeito característico do crime, uma consequência jurídica do crime e não seu elemento constitutivo. As causas de extinção da punibilidade não afetam os requisitos do crime, mas somente excluem a possibilidade de aplicação da sanção.

Sendo o crime um instituto jurídico, necessário incluí-lo no esquema genérico da ontologia jurídica. A teoria do Direito estuda os fenômenos jurídicos em seus traços formais, criando, com um sistema de abstração e classificação, uma hierarquia de princípios de relevante valor lógico. Assim sendo, necessário determinar qual a situação do crime nessa hierarquia de princípios e mandamentos jurídicos.

Crimes, ilícitos civis e administrativos são diferentes entre si, porém isso constitui apenas um aspecto de uma questão mais ampla, a do ilícito penal, que por

sua vez pertence à categoria dos fatos jurídicos. Reside a questão, portanto, em situar o crime no sistema geral do Direito.

Existem fatos que não interessam ao Direito, os chamados fatos comuns. Porém tais fatos podem acabar por interessar ao Direito, que lhes atribuirá conseqüências jurídicas. Portanto o Direito, ao recair sobre um fato comum, faz com que ele ingresse no mundo jurídico, atribuindo-lhe efeitos de nascimento, conservação, alteração, transmissão e extinção de um ou mais direitos subjetivos, transformando-o em fato jurídico. Este, portanto, pode ser determinado como todo acontecimento capaz de produzir conseqüências jurídicas.

Como o Direito não recai sobre todos os fatos, estes se classificam em: fatos comuns, que não interessam ao direito; e fatos jurídicos, acontecimentos a que o Direito atribui efeitos e que, por sua vez, se subdividem em fatos jurídicos naturais, como o nascimento e a morte; e ações humanas. Estas se agrupam em ações humanas de efeito jurídico voluntário, em que a atividade do homem se alia à vontade de produzir conseqüências jurídicas. São os atos jurídicos; e as ações humanas de efeito jurídico involuntário, acontecimentos que produzem conseqüências jurídicas, mas sem qualquer atenção à vontade do homem, não sendo o efeito jurídico desejado pelo agente, porém ocorrendo por força de lei. Dentre estes acontecimentos, estão incluídos os atos ilícitos de natureza civil, administrativa e penal. Dessa forma, os atos ilícitos não são atos jurídicos, mas pertencem à categoria dos fatos jurídicos.

O crime se enquadra na categoria dos atos ilícitos, ao lado dos ilícitos civil e administrativo, não sendo, portanto, um ato jurídico, mas ação humana de efeitos jurídicos involuntários, pertencendo ao vasto universo dos fatos jurídicos. Não é ato jurídico pois a sanção, efeito jurídico do crime, não é desejado pelo agente, não recai sobre este por causa de sua vontade, mas por imposição legal. A conduta é voluntária em sentido amplo, e a conseqüência jurídica contida no preceito sancionador da norma incriminadora é involuntária. O crime é um ato contrastante com a ordem pública, sendo, portanto, um ato ilícito, e dentro dessa categoria, consubstancia o ilícito penal.

Resumindo, o crime primeiramente é um fato; dentre os fatos é um fato

jurídico, já que produz efeitos jurídicos; como fato jurídico é uma ação ou omissão humana de efeitos jurídicos involuntários, e nessa categoria corresponde ao ilícito penal.

### *1.1.2 CULPABILIDADE*

Ao tratar de causa excludente da antijuridicidade, o CP utiliza expressões como "não há crime" (art.23, caput), "não se pune" (art.128, caput), "não constituem" (art.142, caput) etc. Já em relação à causa excludente de culpabilidade, emprega expressões como "é isento de pena" (arts.26, caput e 28, § 1º), "só é punível" (art.22, de onde se deduz o que não é punível). Havendo causa de exclusão da ilicitude, não há crime, pois um fato não pode ser ao mesmo tempo lícito e antijurídico. Já quando há causa de exclusão da culpabilidade, existe o crime, embora não efetivo em relação ao agente declarado não culpável. Dessa forma, surge a figura do crime não punível.

Para a existência do crime, como visto, bastam 2 requisitos: fato típico e antijuridicidade. A culpabilidade liga o agente à punibilidade, a pena se liga ao agente pelo juízo de culpabilidade. O crime existe por si mesmo, mas para que seja ligado ao agente é necessária a culpabilidade. Essa é a vertente adotada pela lei penal brasileira.

É suficiente, portanto, que o sujeito tenha praticado um fato típico e antijurídico, sendo, portanto, prescindível a culpabilidade. O crime existe por si mesmo com aqueles 2 requisitos, todavia, só se liga ao agente se este for culpável. Por isso a expressão "não há crime" para o caso de exclusão da antijuridicidade, já exclui o crime, e a expressão "é isento de pena" para o caso de exclusão da culpabilidade, correspondente a "não é culpável", subentendendo-se que o Código considera o crime mesmo não havendo a culpabilidade, como se dissesse "não é culpável quem comete o crime". Entende então o código que, havendo fato típico e antijurídico, configurado está o ilícito penal, de forma que existe sim crime sem culpabilidade. Em resumo, culpabilidade não é requisito do crime, este possui

apenas 2 facetas, a do fato típico e a da ilicitude. Funciona a culpabilidade, portanto, apenas como condição da resposta penal.

Pelo acima exposto, conclui-se que a culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime, de forma que a imposição da pena está condicionada à culpabilidade do agente; que, além disso, a culpabilidade também limita a quantidade da pena: quanto mais culpável o sujeito, maior deverá ser a quantidade da sanção penal.

Existem 3 teorias a respeito da culpabilidade:

A primeira é a teoria psicológica, segundo a qual a culpabilidade reside na relação psíquica do autor com seu fato, a posição psicológica do agente diante do fato cometido. Compreende assim a análise do dolo e da culpa, que seriam suas espécies. Esgotando-se em suas espécies dolo e culpa, consiste a culpabilidade na relação psíquica entre o autor e o resultado, tendo por fundamento a teoria causal ou naturalística da ação. O dolo é caracterizado pela intenção do agente ou assunção do risco em produzir o resultado, e a culpa pela inexistência dessa intenção ou assunção do risco de produzi-lo. Tal doutrina fracassou por reunir como espécies fenômenos completamente diferentes como dolo e culpa. Aquele, caracterizado como um querer, e esta por um não querer, portanto, conceitos positivo e negativo respectivamente, não podendo ser espécies de um denominador comum, a culpabilidade. O ponto de identidade entre ambos não poderia ser a relação psíquica entre autor e resultado, pois na culpa não há esse liame, já que é ela exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz sobre a possibilidade de antevisão do resultado. Assim, um conceito normativo (culpa) e um conceito psíquico (dolo) não poderiam ser espécies de um denominador comum.

A segunda teoria é a psicológico-normativa, segundo a qual a culpabilidade não seria só um liame psicológico entre autor e fato, ou entre agente e resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Dolo e culpa não seriam então espécies da culpabilidade, mas seus elementos. E a culpabilidade seria psicológico-normativa, contendo o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade como fator normativo. Então, segundo essa teoria, são elementos da culpa a imputabilidade, o elemento psicológico-normativo

(dolo ou culpa) e a exigibilidade de conduta diversa. Tal teoria peca por defeitos encontrados na doutrina psicológica, pois o dolo persiste como elemento da culpabilidade, e, no entanto, ele é um fator psicológico que sofre um juízo de valoração, não podendo estar na culpabilidade, e sim fora dela, para poder sofrer a incidência do juízo de censurabilidade, sendo, portanto, um coeficiente de culpabilidade, e não seu elemento. A culpabilidade é uma censura, o que implica um juízo de valoração em relação ao delinqüente, e como consequência, a culpabilidade deve ser um fenômeno normativo, de forma que normativos devem ser seus elementos. Porém, segundo essa teoria, o dolo apresentado como elemento da culpabilidade não é normativo, mas sim psicológico.

A terceira teoria é a teoria normativa pura, também chamada extrema ou estrita, e que se relaciona à teoria finalista da ação. Ela retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal, exclui do dolo a consciência da ilicitude e a coloca na culpabilidade. Assim, os elementos da culpabilidade seriam a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto (potencial consciência da ilicitude) e a exigibilidade de conduta diversa. São, portanto, puros juízos de valor, excluídos de qualquer fator psicológico. Essa teoria é a aceita por boa parte da doutrina. Podendo ser valorada quantitativamente, possui a culpa um elemento normativo, qual seja, a censurabilidade da conduta, a reprovabilidade do comportamento. Havendo ações dolosas que não são reprováveis, como a legítima defesa, pode-se afirmar que há ações dolosas não culpáveis, de maneira a concluir que o dolo não é parte da culpa, sofrendo um juízo de valor, de apreciação, no campo da culpabilidade, restando para esta o juízo de valoração (elemento normativo).

Portanto, a culpabilidade seria um juízo de valor que incide sobre um tipo psicológico que existe ou falta. No tipo doloso, a ação é censurável pela vontade de cometer o fato; no culposo, a conduta é reprovável porque o sujeito não evitou o fato por meio de um comportamento regido de maneira finalista. No juízo de culpabilidade a valoração é feita no sentido de que o sujeito devia agir conforme a norma porque podia atuar de acordo com ela; no juízo de ilicitude o sujeito agiu em desacordo com a norma, deixando aberta a questão se podia ou não ter agido de forma adversa. Como a vontade da conduta é um fator puramente psicológico, e como essa vontade, segundo o finalismo, corresponde ao dolo, trata-se de dolo natural, sem qualquer fator normativo, sem consciência da antijuridicidade. Excluída

do dolo a consciência da antijuridicidade, integrada esta à culpabilidade, e constituindo a culpabilidade puro juízo de valor, tem-se que o conhecimento do injusto deve ter a mesma natureza daquela. Trata-se de potencial consciência da ilicitude, não real e atual. Basta que o sujeito tenha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta, sem se exigir que possua real conhecimento do injusto.

Com isso, a culpabilidade não está revestida da característica psicológica, sendo puro juízo de valor, puramente normativa, sem nenhum elemento psicológico, composta assim de 3 elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. Os 3 elementos funcionam tanto nos crimes dolosos como culposos. Ressalte-se que, atualmente, no crime culposos, o nexo finalista é juridicamente irrelevante. Na ação culposa, o objetivo do agente é juridicamente irrelevante, mas sim a conduta, que não foi prudente ou cuidadosa. Segundo a teoria finalista, como o dolo pertence à ação e não exige real conhecimento da ilicitude, indiferente para a existência da conduta dolosa a questão da consciência da ilicitude, a ser examinada na culpabilidade. Havendo meios para se saber se um fato é ou não punível, ou seja, possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta, culpável é a ação. Evitável o erro, não se exclui o dolo nem a culpabilidade, podendo atenuá-la. Inevitável o erro, íntegro o dolo, excluindo-se a culpabilidade. Portanto, o dolo não é elemento da culpabilidade, mas seu coeficiente, sofrendo um juízo de valor no plano da reprovabilidade.

Além dessas 3 teorias, há ainda a teoria limitada da culpabilidade, que é na verdade uma modalidade da anterior. Ela concorda com a teoria extrema no sentido de que o erro de proibição não exclui o dolo, enquanto o erro de tipo sim. Também concorda com os fatos de a circunstância de o erro de proibição excluir a culpabilidade, de o dolo constituir elemento subjetivo do tipo, de a consciência da ilicitude pertencer à culpabilidade e de exigir-se mera possibilidade de conhecimento do injusto, de modo que a falta de consciência da antijuridicidade não afasta o dolo. Todavia, difere sobre a suposição de causa excludente da ilicitude (discriminantes putativas, como a legítima defesa putativa).

Segundo a teoria extremista, mesmo nesses casos subsiste dolo, absolvendo-se o agente no caso de a ignorância da ilicitude ser inevitável. Já a teoria limitada distingue ignorância da ilicitude por erro que recai sobre a regra de proibição e a

ignorância da ilicitude por erro incidente sobre a situação de fato. Caso o agente, por erro, supõe existir uma norma que, se realmente existisse, tornaria legítima sua conduta, concordando com a teoria extrema, a teoria limitada afirma haver dolo, cabendo absolvição apenas no caso de erro inevitável. Porém, quando ao invés de o erro incidir sobre a regra de proibição, recair sobre a situação de fato, supondo o sujeito estar agindo acobertado por uma causa excludente da ilicitude, o dolo é afastado, podendo, todavia, responder por crime culposos. Assim, diante da ignorância da ilicitude do erro, há a distinção entre erro sobre a norma de proibição, em que subsiste o dolo, podendo ser excluída ou atenuada a culpabilidade, caso inevitável ou evitável, e o erro sobre a situação de fato, não subsistindo o dolo, podendo responder por crime culposos. O primeiro é considerado erro de proibição, o segundo erro de tipo.

Essa teoria limitada é a adotada pela reforma penal de 1984. De forma que as discriminantes putativas, quando derivadas de erro sobre situação fática, são tratadas como erro de tipo, excluindo-se o dolo e a culpa em caso de erro inevitável, e apenas o dolo se evitável, subsistindo a culpa (art.20, § 1º, CP). Quando surgem perante erro sobre a ilicitude do fato, trata-se de erro de proibição, excluindo a culpabilidade se inevitável, e atenuando a pena se evitável (art.21, caput, CP).

### 1.1.3 IMPUTABILIDADE

Imputar significa atribuir a alguém a responsabilidade de algo. Em direito penal, imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que conferem ao agente capacidade para lhe ser imputada juridicamente a prática de um fato punível. O conceito de sujeito imputável encontra-se, a *contrario sensu*, no art.26, caput, CP, que trata da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo isento de pena o agente que, por esses motivos, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento. Portanto inimputável é o agente que se encontra nessas condições. De outro lado, imputável será o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de compreender o caráter ilícito e de

determinar-se de acordo com esse entendimento.

Imputabilidade contém um juízo sobre a capacidade geral do autor, não se tratando de uma valoração específica, que a tornaria psicológica. A capacidade concreta de culpabilidade não é suscetível de percepção, sobretudo por terceiras pessoas, uma vez que não pode ser objeto de conhecimento teórico. É de se ressaltar que a norma não fala que o sujeito não compreendeu o caráter ilícito do fato, pois assim estaria determinando uma apreciação concreta e psicológica. Cabe então a distinção entre capacidade intelectual e volitiva (imputabilidade) e consciência de ilicitude, tratando-se assim de um puro juízo de valor a respeito da capacidade de culpabilidade.

A imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às conseqüências jurídicas oriundas da prática de uma infração. Responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime, o dever que a pessoa tem de prestar contas de seu ato, o que depende da imputabilidade do indivíduo, pois somente quem tem consciência da antijuridicidade do fato criminoso e quer executá-lo pode sofrer suas conseqüências.

Segundo a doutrina da imputabilidade moral, o ser humano é dotado de inteligência e liberdade e por isso é responsável pelos seus atos, assim, quem não possui esses atributos é inimputável. Livre como é, pode escolher entre o certo e o errado, e ao optar por uma conduta lesiva a interesses jurídicos de outrem, deve sofrer as conseqüências de sua atitude. A doutrina dominante e a legislação vêem a imputabilidade na capacidade de entender e de querer realizar o fato criminoso. É inimputável o mentalmente são e desenvolvido e com capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica, está eivado de reprovabilidade. A inimputabilidade deve existir no momento da prática da infração (ação ou omissão).

A inimputabilidade é a exceção, sendo a imputabilidade a regra. Todo indivíduo é imputável, exceto nos casos de exclusão de imputabilidade, que são: a doença mental; o desenvolvimento mental incompleto; o desenvolvimento mental retardado; a embriaguez completa, oriunda de caso fortuito ou força maior. Essas hipóteses excluem, por conseguinte, a culpabilidade. Também exclui a

imputabilidade a menoridade, encontrando-se abrangida pela expressão "desenvolvimento mental incompleto" (art.26, caput, CP), e segundo o art.27, os menores de 18 anos são plenamente inimputáveis, estando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e leis complementares).

Ressalte-se que é necessário que em decorrência dessas causas de exclusão o agente não tenha a capacidade de entender e de querer. A presença da causa e do efeito é que faz nascer a inimputabilidade. Como dito, a imputabilidade deve existir no momento da prática do fato, não cabendo imputabilidade subsequente. Se no momento da prática não tinha capacidade de compreensão e de determinação por causa de uma doença mental, por exemplo, não será considerado imputável, mesmo que após a ocorrência readquire a normalidade psíquica. Também é possível o caso de a doença mental sobrevir à prática da conduta punível, situação em que o agente não será considerado inimputável, suspendendo-se a ação penal até que se restabeleça. Pode ocorrer ainda de o agente se colocar propositadamente em estado de inimputabilidade para a realização da conduta punível, como o caso da embriaguez voluntária para cometimento de crime, estando em estado de inimputabilidade no momento da execução, surgindo nesse caso a questão da *actio libera in causa, sive ad libertatem relatae* (ação livre em sua causa, relacionada com a liberdade), casos de condutas livremente desejadas, porém cometidas no instante em que o sujeito se encontra em estado de inimputabilidade, não possuindo, no momento da prática, capacidade de querer e de entender.

Nesse caso houve liberdade originária, mas não atual. *Actio* indica conduta; *libera*, o elemento subjetivo do sujeito; *in causa*, a conduta anterior determinadora das condições para a produção do resultado. Tais expressões reunidas apontam a existência de um *prius*, consistente em conduta dominada pela vontade livre e consciente, perante um *posterius*, não mais por ela regido. Esses tipos de ações podem ser ativas ou omissivas, dolosas ou culposas, sendo na maioria das vezes omissiva e culposa.

Na *actio libera in causa* a conduta se apresenta com 2 atos, o ato livre e o ato (em sentido amplo) não livre, sendo assim uma conduta em 2 graus: no primeiro, livre na resolução, no segundo, não livre na conduta. O ato de colocar-se o agente

em estado de inconsciência não constitui ato executório do crime, sendo ato preparatório, tanto que, se após o primeiro ato (livre) nada ocorrer, não configura crime, sequer tentativa. Para responder pelo crime no caso em questão, necessário que na fase livre (resolução) esteja presente o elemento dolo ou culpa ligado ao resultado, exigindo-se então que tenha querido ou assumido o risco de produzir o resultado (dolo), ou que este seja previsível (culpa).

A potencial consciência da antijuridicidade, como visto, consiste na possibilidade de conhecimento do caráter ilícito da conduta. Necessário ainda, para configurar a culpabilidade (reprovação social), a exigibilidade de conduta diversa, isto é, que nas circunstâncias do fato, tivesse o agente a possibilidade de realizar outra conduta, em conformidade com o ordenamento jurídico. Só há reprovação da conduta quando o sujeito, podendo realizar comportamento diverso, de acordo com a norma jurídica, realiza outro, proibido. Assim, não sendo exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade, como no caso de coação moral irresistível. Termina assim a análise dos elementos constitutivos da culpabilidade.

#### *1.1.4 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE*

Já foi visto que a culpabilidade é formada por 3 elementos, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Faltando algum desses elementos, não subsiste a culpabilidade. Nosso CP prevê expressamente as causas de extinção da culpabilidade. Tais causas assim excluem a própria culpabilidade, embora o crime subsista, apesar de não ser culpado o sujeito, que deve ser absolvido.

Dessa forma, são as seguintes as causas excludentes da culpabilidade: o erro de proibição (art.21, caput, CP); a coação moral irresistível (art.22, 1ª parte, CP); a obediência hierárquica (art.22, 2ª parte, CP); **a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado** (art.26, caput, CP); a inimputabilidade por menoridade penal (art.27, CP, estando essa causa contida no

quesito "desenvolvimento mental incompleto"); e a inimputabilidade por embriaguez completa oriunda de caso fortuito ou força maior (art.28, § 1º, CP). Tais causas se relacionam com os elementos da culpabilidade, e cada uma exclui certo elemento dela, que conseqüentemente fica excluída. Assim sendo, o erro de proibição recai sobre a potencial consciência da antijuridicidade; a coação moral irresistível e a obediência hierárquica excluem a exigibilidade de conduta diversa; e a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade penal e a embriaguez fortuita excluem a imputabilidade.

Mister ressaltar que não se confunde causas de exclusão da antijuridicidade (justificativas) com causas excludentes da culpabilidade (dirimentes). As primeiras estão previstas no art.23, CP (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito), já as segundas estão previstas nos arts. 21, 22, caput, 26, caput e 28, § 1º do CP. Tal distinção é importante, pois, em face de uma causa excludente da ilicitude, não há que se discutir se o agente praticou o fato com culpa ou não. Uma vez excluída a antijuridicidade, prejudicada está a questão da culpabilidade. A distinção também influi na reparação do dano causado pelo fato.

A diferença entre as causas excludentes da antijuridicidade e as excludentes da culpabilidade é que as primeiras referem-se ao fato, ao passo que as segundas referem-se ao autor. Em caso de concurso de agentes em que um induz o outro a agir acobertado por uma excludente da ilicitude, contribui para a prática de um fato lícito, portanto também ficando impune, o que não aconteceria com aquele que, sem estar em erro, induz alguém a agir incidindo em uma causa excludente da culpabilidade. Finalmente, as excludentes da ilicitude geralmente impedem a reparação do dano, o que não acontece com as excludentes da culpabilidade.

#### *1.1.5 INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO*

A imputabilidade pode ser excluída por determinadas causa, as chamadas

causas de inimputabilidade, que excluem a própria culpabilidade e conseqüentemente a pena, devendo o agente, nesses casos, ser absolvido, aplicando-se então a medida de segurança cabível. Como dito, excluem a imputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto (menoridade penal) ou retardado e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Existem 3 sistemas sobre as causas de inimputabilidade, o sistema biológico, o psicológico e o biopsicológico. De acordo com o primeiro, considera-se a causa e não o efeito. A imputabilidade fica condicionada à inexistência de doença mental, de desenvolvimento mental deficiente e de transtornos psíquicos momentâneos. Sendo o sujeito doente, é considerado inimputável, não importando que a causa tenha excluído ou diminuído a capacidade de compreensão ou de determinação do delito. Segundo o sistema psicológico, o que importa é o efeito e não a causa. Considera-se se o sujeito, no momento da prática do fato, tinha condições de compreender o caráter ilícito e de determinar-se segundo esse entendimento. Se não tinha essa capacidade, é inimputável, sendo desnecessária precisar a causa. Já o sistema biopsicológico é formado pelos 2 primeiros, considerando-se tanto a causa como o efeito. Somente é inimputável quem, devido a anomalia mental, não possuía capacidade de compreensão do caráter criminoso do fato ou de determinação conforme essa compreensão. Assim, a doença mental por si só não seria causa de inimputabilidade, sendo necessário que, em decorrência dela, o sujeito não possuía capacidade de entendimento ou de autodeterminação. Nosso código adotou o sistema biopsicológico, como se percebe nos arts.26, caput e 28, § 1º.

Para ser considerado inimputável, portanto, não basta que o agente seja portador de doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é preciso também que, por causa desses estados, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, no momento da conduta. Dessa forma, pode-se dividir os requisitos da imputabilidade do art.26, caput em: requisito causal, que seria a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; requisito cronológico, ao tempo da ação ou omissão; e requisito conseqüencial, a inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse entendimento.

Caso o doente mental, no momento da conduta, por causa da doença, era inteiramente incapaz de compreender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, deve ser considerado inimputável, ao contrário, se embora doente mental, no momento de praticar o fato, tinha capacidade intelectual e de autodeterminação, deve ser considerado imputável.

A doença mental, um dos pressupostos biológicos da inimputabilidade, dentre outras, abrange psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como demência senil, sífilis cerebral, psicose traumática, alcoolismo, psicose maníaco-depressiva...), esquizofrenia, loucura, histeria, paranóia etc. A outra causa de inimputabilidade é o desenvolvimento mental incompleto, que ainda não se concluiu, o caso dos menores de 18 anos (art.27, CP) e dos silvícolas ainda não adaptados. Por fim, a última causa, desenvolvimento mental retardado, caso dos oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais) e dos surdos-mudos (de acordo com as circunstâncias). Neste último caso, se devido à surdo-mudez é inteiramente incapaz de compreender ou de determinar-se no momento da prática do fato, é inimputável (art.26, caput, CP); no entanto, se devido à anomalia, teve sua capacidade intelectual e volitiva apenas diminuída, é semi-imputável, respondendo pelo crime com pena diminuída (art.26, parágrafo único, CP); e se, embora surdo-mudo, tem plena capacidade de compreensão e autodeterminação, responde pelo crime sem qualquer atenuação quanto à pena abstrata. Ademais, embora absolvido por ausência de culpabilidade, ao inimputável aplica-se medida de segurança (art.97, CP).

Em psiquiatria, entre a saúde e a anomalia psíquica não se pode traçar uma linha precisa de demarcação, havendo assim graus intermediários. Dessa forma, entre a imputabilidade e a inimputabilidade, há um estado intermediário, com reflexos na culpabilidade e conseqüentemente na responsabilidade do agente. Devido ao fato de o agente, nesses casos, não possuir plena capacidade intelectual ou volitiva, o Direito Penal atenua a sua severidade com a diminuição da pena imposta. A diminuição, portanto, é da responsabilidade (diminuição da pena), e não da imputabilidade. Assim sendo, o correto seria denominar esses agentes de "semi-responsáveis", embora tenha se difundido a expressão "semi-imputáveis", e da mesma forma se deveria falar em "semi-responsabilidade", apesar de ser mais comum o uso da expressão "semi-imputabilidade". Essa responsabilidade diminuída não constitui causa excludente de culpabilidade, e o agente responde pelo crime

com pena privativa de liberdade atenuada ou medida de segurança, sendo a sentença de natureza condenatória.

O art.26, parágrafo único, CP, prevê a hipótese de responsabilidade diminuída, com redução da pena de um a dois terços, no caso de o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se consoante tal entendimento. O caput do mesmo artigo trata do caso de o agente ser inteiramente incapaz, sem possuir qualquer capacidade intelectual ou volitiva, enquanto o parágrafo único refere-se à hipótese de o agente não ser inteiramente capaz, sem estar integralmente suprimida a capacidade intelectual ou volitiva. O caput utiliza a expressão "doença mental", enquanto o parágrafo único fala em "perturbação da saúde mental", o que é diferente. Toda doença mental é uma perturbação da saúde mental, mas a recíproca não é verdadeira. No parágrafo único, estão as doenças mentais que não retiram do sujeito a capacidade intelectual ou volitiva, mas apenas a diminui, além de outras anormalidades psíquicas que não constituem doenças mentais, embora também diminuam o entendimento e a vontade.

Então, ao doente mental, por exemplo, sendo inteiramente incapaz, é aplicado o caput do artigo, por outro lado, não possuindo ele a plena capacidade de entendimento e de determinação, aplica-se o parágrafo único. Assim como no caso da inimputabilidade, no caso da responsabilidade diminuída também é preciso que, em consequência da perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possua o agente a plena capacidade de entendimento e de determinação, aplicando-se também aqui, devidamente adaptados, os requisitos causal, cronológico e consequencial.

A redução da pena é uma obrigação, não uma faculdade. A expressão "pode" se refere ao *quantum* da redução, e não à própria causa de diminuição, desde que dentro dos limites de um a dois terços. O nosso código adota atualmente (art.98, CP) o sistema vicariante ou unitário, de forma que ou se aplica somente pena ou somente medida de segurança, sendo vedada a aplicação ao condenado semi-imputável uma pena e uma medida de segurança para execução cumulada e sucessiva (sistema do duplo binário); ou um ou outro, conforme o caso.

A capacidade psicológica se manifesta por meio do entendimento (capacidade de entender o caráter ilícito do fato) e da vontade (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento), sendo então 2 os requisitos normativos da imputabilidade, um intelectual e outro volitivo. O primeiro diz respeito à capacidade de compreender que o fato é socialmente reprovável, o segundo à capacidade de determinação, de dirigir o comportamento de acordo com o entendimento de que ele é socialmente reprovável. Na falta de um dos requisitos, falta a imputabilidade. Não é necessária a ausência dos 2 requisitos para surgir a inimputabilidade, bastando um ou outro. Existem casos em que o sujeito, apesar de ter consciência da ilicitude do fato, não tem condições de vontade capazes de fazer com que deixe de praticá-lo. A vontade viciada pela doença mental, por exemplo, é impotente para impedi-lo de praticar o fato.

O caput do art.26, CP, ao falar em desenvolvimento mental incompleto, abrange também os menores de idade. Ao passo que, para os outros casos, como visto, o Código adotou o sistema biopsicológico, em relação aos menores ele adotou o sistema biológico, uma exceção à regra. De acordo com o art.27, CP os menores são penalmente inimputáveis, sujeitando-se às regras estabelecidas na legislação especial. Portanto, menor de 18 anos não responde por crime por ausência de imputabilidade, que exclui a culpabilidade. A presunção da inimputabilidade, nesses casos, é absoluta. Uma vez acatado o critério biológico, basta que seja menor de idade, sendo desnecessário que em decorrência da menoridade seja inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se conforme tal entendimento.

O Código já presume de forma absoluta que o menor de 18 anos é inteiramente incapaz nesses casos, não se admitindo prova em contrário. Então o menor, por mais que em verdade possua capacidade intelectual e volitiva, não responde por crime. Se for menor de 18, mas já tenha atingido a maioridade civil, também não responde, pois o que importa é a menoridade penal de 18 anos. O limite de idade é fixado conforme a regra do art.10, 1ª parte, CP, incluindo o dia do começo no cômputo do prazo. Considera-se o dia, não importando a que hora teria completado exatamente 18 anos de vida, surgindo a maioridade a partir do primeiro instante do dia do aniversário. Sob outro aspecto, o que se leva em conta é o momento da atividade e não o momento da produção do resultado. A lei n.8.069/90

(ECA) dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos de idade pela prática de fatos definidos como infrações penais.

#### *1.1.6 MEDIDAS DE SEGURANÇA*

Juntamente com as penas, as medidas de segurança constituem as formas de sanção penal. Ao passo que a pena é retributiva-preventiva, com a atual tendência a readaptar à sociedade o delinqüente, a medida de segurança tem natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que cometeu crime e se apresenta perigoso venha a cometer novas infrações penais. Diferem então as medidas de segurança das penas no fato de que estas têm natureza retributiva-preventiva, enquanto aquelas são essencialmente preventivas; as penas são proporcionais à gravidade da infração, e as medidas de segurança são proporcionais à periculosidade do sujeito; as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social), e as medidas de segurança pelo juízo de periculosidade; as penas são fixas, as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito; as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis, já as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis.

Periculosidade é a potência, capacidade, aptidão ou idoneidade que alguém tem para converter-se em causa de ações danosas. Extrai-se um juízo de probabilidade de que uma pessoa chegue a ser autor de um crime ou de uma conduta que possa causar danos a terceiros ou a si próprio. Não se trata, portanto, de fatores, externos ou internos, que apontem para a possibilidade de o sujeito vir ou tornar a delinqüir, mas sim de uma probabilidade de delinqüir, com maiores chances de que venha a acontecer.

A verificação da periculosidade é feita por um juízo sobre o futuro, diferentemente do juízo de culpabilidade, que é projeto sobre o passado. Vale-se o juiz, nessa verificação, de fatores (elementos) e indícios (sintomas) do estado perigoso. Os fatores de periculosidade são os elementos que atuam sobre o

indivíduo e o transformam num sujeito com probabilidade de delinquir, sendo externos ou internos, referentes às condições físicas individuais, morais e culturais, às condições físicas do ambiente, de vida familiar e social, revelando sua personalidade. Já os sintomas de periculosidade são os antecedentes criminais, civis ou administrativos, os motivos determinantes da prática delituosa e suas circunstâncias.

A aplicação da medida de segurança pressupõe a prática de um fato descrito como crime e a periculosidade do sujeito. Em relação aos agentes semi-imputáveis, não basta que tenha cometido fato típico, sendo preciso também que seja antijurídico e que ele seja considerado culpado. Nesses casos de semi-imputabilidade, faltando tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, não cabe a medida de segurança. As medidas de segurança também não são impostas aos autores de crime impossível e de participação impunível. A periculosidade pode ser real, quando é verificada pelo juiz, ou presumida, quando a lei a presume, independentemente da real periculosidade do sujeito.

Como visto, só cabe medidas de segurança aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, podendo ser de 2 espécies, a detentiva e a restritiva. A primeira é a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (art.96, I, CP); a segunda é a sujeição a tratamento ambulatorial (inc. II). A execução está prevista na Lei de Execução Penal - LEP (arts.171 e seguintes).

Quanto à imposição de medida de segurança a inimputável, com exceção da menoridade penal, não são aplicadas se o fato está acobertado por causa excludente de ilicitude. Todavia, a ausência de culpabilidade não evita sua aplicação, uma vez que é substituída pelo juízo de periculosidade. Segundo o art.97, caput, CP, se o agente é inimputável, o juiz, absolvendo-o, determinará sua internação (periculosidade presumida, portanto). No entanto, caso a pena abstrata prevista para o crime cometido for de detenção, poderá submetê-lo à medida de segurança restritiva e não detentiva, cabendo então a sujeição a tratamento ambulatorial (art.97, caput, 2ª parte, CP). O prazo de internação ou de tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, por uma perícia médica, a cessação de periculosidade, sendo certo que

o prazo mínimo é de um a três anos (§ 1º). A perícia médica será realizada ao término do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida anualmente, ou a qualquer tempo, se assim determinar o juiz da execução (§ 2º). A desinternação ou liberação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior caso o sujeito, antes do decurso de um ano, cometer fato indicativo da persistência da periculosidade (§ 3º). Durante o tratamento ambulatorial, o juiz poderá em qualquer fase determinar a internação do agente, quando necessária para fins curativos (§ 4º).

Foi visto que o sistema adotado pelo nosso código é o vicariante, então no caso de agente semi-responsável que cometeu crime a pena deverá ser reduzida ou a medida de segurança deverá ser aplicada, não cumulando as duas. Dessa forma, resta extinto o sistema do duplo binário, que determinava aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança. Assim, no caso de o semi-responsável precisar de tratamento curativo especial, a pena privativa de liberdade deve ser substituída pela medida de segurança detentiva ou restritiva, por prazo mínimo de um a três anos. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento (art.99, CP). Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta (art.96, parágrafo único, CP). A extinção da punibilidade pode ocorrer antes ou depois da sentença irrecorrível, e, em ambos os casos, não é aconselhável a imposição ou execução da medida de segurança. Justifica-se, pois, não tendo mais o Estado o direito de punir, sem poder impor a pena, portanto, também não deve impor ou executar medida de segurança.

## **1.2 DIREITO PROCESSUAL PENAL**

### *1.2.1 INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL*

Incidente de insanidade mental é o procedimento instaurado para apurar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, considerando sua capacidade

de compreensão do ilícito ou de determinação conforme esse entendimento à época da infração penal. Essa medida se justifica, já que não é possível a condenação e, conseqüentemente, a aplicação de pena ao inimputável. Este, assim reconhecido à época do crime, deve ser absolvido (art.386, parágrafo único, III, CPP), recebendo então medida de segurança, uma espécie de sanção penal, nitidamente voltada ao tratamento e cura do enfermo. Em relação ao semi-imputável, constatado o estado de perturbação da saúde mental que lhe retire parcialmente a compreensão do ilícito ou da determinação de agir consoante essa compreensão, poderá haver condenação, sendo a pena reduzida, como já visto. Eventualmente, também pode ser aplicada ao semi-imputável medida de segurança, se mais conveniente ao caso.

O inimputável é capaz de cometer uma infração penal (conduta típica e antijurídica), mas não merece ser socialmente reprovado devido à ausência de capacidade de entendimento do ilícito ou de determinação de acordo com esse entendimento, cabendo-lhe, ao invés da pena, que é a típica sanção penal aplicável aos criminosos, a medida de segurança, espécie de sanção voltada à cura e ao tratamento. Já o semi-imputável, pelo seu entendimento parcial do injusto cometido, preenche os requisitos para sofrer juízo de culpabilidade, merecendo assim ser condenado e receber pena, embora reduzida. Mas, em alguns casos, recebe medida de segurança, quando entender-se ser o melhor caminho para a sua recuperação.

### *1.2.2 PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL*

Havendo dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado à época do fato, implica ao juiz que, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do réu, determine a instauração do incidente de insanidade mental para que seja realizado o exame médico-legal (art.149, CPP). Desde a fase do inquérito, e não somente no processo, pode ser realizado tal exame. Caso a autoridade policial perceba que está investigando alguém inimputável ou semi-imputável deve, desde já, fazer representação ao magistrado competente pela realização do incidente. Em apartado, o juiz formará o incidente, baixando portaria e nomeando curador ao acusado, se

não o tiver, podendo a nomeação recair na pessoa do seu advogado. É suspenso o curso do processo principal, sem suspensão da prescrição, possibilitando ao Ministério Público e à defesa a apresentação de quesitos, que serão respondidos pelo perito judicial. Diligências indispensáveis serão realizadas, desde que apurada a sua urgência. Ressalte-se que somente a dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado dá margem à realização do incidente.

Um ponto importante é a possibilidade de, realizado o exame da insanidade mental durante o inquérito e apurada a inimputabilidade do indiciado, o Ministério Público apresentar denúncia contendo pedido de absolvição e imposição de medida de segurança. Isso ocorre porque o insano tem direito ao devido processo legal, exatamente pelo fato de a medida de segurança ser uma espécie de sanção penal, que restringe direitos. Então, para ser aplicada, é necessário demonstrar que o agente praticou a infração penal, o que ocorre após a produção de provas, com a devida assistência de advogado. Inadmite-se o aproveitamento de laudos produzidos em outros processos, mesmo que referentes ao mesmo acusado, porque a apuração da inimputabilidade penal se dá em cada caso concreto. O prazo para a conclusão do laudo é fixado em 45 dias, podendo ser dilatado (art.150, § 1º, CPP). Suspenso o processo, nada impede que os autos sejam entregues aos peritos (art.150, § 2º, CPP). A apuração e constatação da doença mental ou da perturbação da saúde mental é uma difícil tarefa que pode exigir o confronto das alegações do réu com o conteúdo das declarações de outros, já ouvidos durante o inquérito ou instrução.

Perícia concluída, pode-se alegar que, ao tempo da infração, o acusado era imputável, e nesse caso o processo segue o seu curso normalmente, sem a participação do curador. Possível também a conclusão de que era inimputável à época da infração, seguindo então o processo com a assistência do curador, que normalmente é o próprio advogado. Todavia, se for concluído que o acusado, à época do fato, era imputável, mas na época da realização do exame era doente mental, o processo é paralisado (art.152, CPP). Inexiste recurso contra o indeferimento do requerimento de instauração do incidente. Eventualmente, em casos evidentes, como em que o acusado é nitidamente doente mental, pode ser impetrado *habeas corpus*. Caso o juiz determine a instauração de incidente contra o réu mentalmente são, trata-se de um tumulto processual, em que cabe correção

parcial. Contra a decisão que homologa o laudo apresentado pela perícia, cabe apelação.

A ocorrência de doença mental durante o cumprimento da pena ocasiona duas possibilidades: sendo transitória, aplica-se o art.41 do CP, transferindo-se o condenado para o hospital penitenciário, sem conversão da pena em medida de segurança, por tempo suficiente, desde que breve, para tratamento; sendo a doença de caráter duradouro ou permanente, há a conversão da pena em medida de segurança, de acordo com o art.183 da lei 7.210/84.

### *1.2.3 INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO*

O código penal emprega a expressão "hospital de custódia e tratamento" (art.96, I), que corresponde ao local antes conhecido por manicômio judiciário, referido no art.150 do CPP. Seria um local equivalente ao regime fechado (presídio) das penas privativas de liberdade, em que o internado não tem liberdade para ir e vir e sofre vigilância constante. Apesar disso, é o local mais apropriado para o sujeito preso, pois permite que, desde logo, se inicie o tratamento, além das condições para a realização do exame. São nesses hospitais de custódia e tratamento que o preso deve permanecer, ainda durante a instrução. Configura constrangimento ilegal manter um doente mental, ainda que cautelarmente detido, em presídio comum (art.99 CP).

A medida adequada para assegurar que o acusado doente mental fique segregado é a decretação da prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art.312 do CPP. Não cabe mais falar, portanto, em decretação de medida de segurança provisória ou preventiva, instituto extirpado pela reforma penal de 84, devendo, por isso, o juiz se valer dos mecanismos atuais para a prisão de qualquer pessoa. Necessitando de tratamento urgente, realmente não faz sentido a manutenção do infrator doente mental em presídio ou distrito policial, devendo haver a transferência para o hospital de custódia e tratamento. Isso, porém, não significa que a medida de segurança provisória continua a existir. Para esse réu, é decretada

a prisão preventiva, transferindo-o ao hospital, onde irá permanecer até o deslinde do processo.

Para se internar alguém em hospital de custódia e tratamento para cumprimento de medida de segurança, é necessária a guia de internação (art.172 da lei 7.210/84). No entanto, não há vedação para a internação por motivo de prisão cautelar, sem guia de internação, pois ainda não houve a aplicação definitiva da medida de segurança. O art.41 do CP prevê a transferência do condenado doente mental para hospital de custódia e tratamento, mesmo que sua pena não seja convertida em medida de segurança, o que só irá ocorrer nos casos em que a doença for duradoura. O art.150 do CPP também demonstra que é possível a internação de alguém, para fins de exame, sem a aplicação da medida de segurança. O exame médico em réu solto deve ser realizado no local indicado pelos peritos, podendo ser qualquer lugar adequado, inclusive o hospital de custódia e tratamento, caso em que o réu não ficará detido.

A superveniência de doença mental depois da ocorrência da infração penal configura causa de paralisação da instrução, ocorrendo a suspensão do processo. Aguarda-se até que o réu melhore para que possa se defender de forma eficaz, em conformidade com o princípio da ampla defesa. Quando urgentes as provas, podem ser feitas com a presença do curador, depois, suspende-se o andamento do processo.

## CAPÍTULO II - A DOENÇA MENTAL

### 2.1 Saúde e doença

As definições do que vem a ser saúde e doença dependem, dentre outras questões, de fatores sociais, culturais e do momento histórico a que as populações estão vinculadas (MACIEL, 1999). Segundo Elsen *et al*, 1994, o valor e o significado de saúde e doença e a necessidade de cuidados são influenciados pela cultura.

Durante muito tempo prevaleceu o conceito de que saúde era a ausência de doença e esta como sendo um desequilíbrio da saúde, configurando um entendimento bastante limitado. São conhecidas diferentes concepções acerca do entendimento da doença: a) o mágico, que se apóia em elementos sobrenaturais, ou seja, doença vista como castigo das divindades; b) o ingênuo, em que a doença é aceita e explicada como destino e processo acabado sem possibilidade de superação; c) o crítico, que estabelece relação de causalidade entre saúde e doença, relacionando-a com as condições de vida do indivíduo.

As primeiras tentativas sistemáticas de construir teoricamente o conceito de saúde, ainda na década de 70, partiram da noção de saúde como ausência de doença. Segundo Almeida Filho (2000), essa proposição do conceito de saúde baseava-se na distinção entre as dimensões biológica e cultural da doença, correspondendo a duas categorias: patologia e enfermidade. Assim, a doença estaria associada às idéias de patologia e enfermidade.

Georges Canguilhem defende que a saúde é uma questão filosófica, na medida em que recobriria, sem com ela se confundir, a saúde individual, privada e subjetiva (1990, apud ALMEIDA FILHO, 2000). Trata-se, nesse caso, de uma saúde sem conceito, que emerge na relação de *práxis* do encontro médico-paciente, validada exclusivamente pelo sujeito doente e seu médico.

Conforme explicita o autor, enquanto a saúde filosófica compreende a saúde individual, a saúde científica será a saúde pública, ou seja, uma salubridade que se

constitui em oposição à idéia de morbidade. E é a partir deste conceito que se desenvolve, como se verá adiante, o novo conceito de saúde, adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Partindo-se da idéia de saúde envolvendo como mais do que a concepção de Canguilhem, mas também não adstrita ao modelo proposto por Foucault (1972), percebe-se que o conceito de doença se desdobra em vários componentes.

De modo equivalente, uma primeira aproximação ao problema da definição teórica da saúde mostra que não se pode falar da saúde no singular, e sim de várias "saúdes", a depender dos níveis de complexidade considerados. E, justamente por isso, passa-se a questionar, dentro deste vão histórico, a construção de um conceito de saúde que ultrapasse a idéia de saúde como ausência de doença.

Na conceituação da Organização Mundial de Saúde (OMS), saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social que não se caracteriza unicamente pela ausência de doenças. SINGER (1987) afirma que esta formulação inclui as circunstâncias econômicas, sociais e políticas, como também a discriminação social, religiosa ou sexual; as restrições aos direitos humanos de ir e vir, de exprimir livremente o pensamento. Este conceito reconhece como paradoxal alguém ser considerado como portador de saúde mental quando é afetado por pobreza extrema, discriminação ou repressão. Nesse sentido, a formulação da OMS relaciona a saúde da pessoa com o atendimento de suas necessidades e as possibilidades do sistema socioeconômico e sociopolítico em atendê-las.

Percebe-se que a perspectiva da saúde como ausência de doença, apesar de conceitualmente confortável e metodologicamente viável, de fato não dá conta dos processos e fenômenos referidos à vida, saúde, doença, sofrimento e morte, em nenhum dos níveis de realidade. Isto porque, pela sinergia, do mesmo modo que o todo é sempre mais que a soma das partes, a saúde é muito mais do que a ausência ou o inverso da doença.

Em 1986, no Canadá, publica-se a Carta de Ottawa, documento oficial que institucionaliza o modelo canadense, definindo os principais elementos discursivos do movimento da Promoção da Saúde: a) integração da saúde como parte de políticas públicas "saudáveis"; b) atuação da comunidade na gestão do sistema de

saúde; c) reorientação dos sistemas de saúde; d) ênfase na mudança dos estilos de vida (WHO, 1986; BUSS, 2000 e 2003).

Nota-se que o estilo de vida começa a influenciar de modo mais explícito nas questões ligadas ao processo saúde/doença, culminando no novo conceito de saúde, como o estado de completo bem-estar físico, motor e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades. Para isso, deve-se levar em consideração que, na medida em que um indivíduo ou grupo é capaz, por um lado, de realizar aspirações e satisfazer necessidades e, por outro, de lidar com o meio ambiente, ele estará saudável e praticando saúde. A saúde é, portanto, vista como um recurso para a vida diária e não como objetivo dela; leve-se ainda em consideração que o fato de abranger os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas, é um conceito positivo e, por isso, muito bem acolhido pela idéia de saúde pública. É em cima deste conceito que se pretende desenvolver o estudo direcionado para a insanidade mental na prática de crimes.

## **2.2 História da doença mental**

Um resgate histórico da doença mental remete-nos às muitas maneiras pelas quais ela vem sendo entendida. Já se constituiu expressão de magia e feitiçaria; campo de preocupação da caridade cristã; livre expressão do homem; na Renascença, tanto pôde gozar de certa tolerância ou ser encarada como antítese da razão, passando a ser necessário o seu confinamento; foi inscrita nos espaços simbólicos da morte e da doença, no dizer de Foucault; permitiu, na época da revolução industrial, que se gerasse processo de exclusão e confinamento dos loucos e inválidos, ditado pela necessidade de aproveitamento da mão de obra para a produção que passou a considerar incômodo todo aquele que não pudesse produzir.

Somente na segunda metade do séc. XVIII, com Pinel, houve o reconhecimento científico para o tratamento da loucura como fenômeno pertencente à área médica, embora reproduzindo claramente a ideologia da época: fornecia um

tratamento de cunho moral, com o objetivo de reeducar os pacientes para o trabalho. Manteve-se a estratégia de exclusão e isolamento do doente e acreditava-se que esse era um tratamento necessário ao doente mental, porque se tinha a concepção de que a família e a sociedade eram estímulos negativos, associava-se a uma causa física, fatores psicológicos e sociais eram desconsiderados (PEREIRA; LABATE; FARIAS, 1998).

A proliferação e a superlotação dos hospícios mostraram a ineficácia do modelo proposto.

Historicamente é no século XIX que a loucura recebeu o *status* de doença mental. Até esse momento, os loucos eram confundidos com outras vítimas da segregação. Isto ocorria em hospitais gerais porque eram espaços indiscriminados, voltados para o abrigo dos diversos desvalidos.

Não obstante as contribuições e evidências científicas acumuladas ao longo dos anos sobre o tema, a doença mental suscita até hoje questionamentos, pelo fato de que não há uma causa padrão que tenha plenas condições de explicar tal enfermidade, notadamente estigmatizante. No entanto, o processo de doença mental, por uma série de fatores, é facilmente percebido, pois, em geral, são apresentados pelos indivíduos que adocem comportamentos fora daqueles normalmente aceitos pela sociedade. Presume-se assim que, em realidade, não possui origem apenas metabólica ou hormonal; também se relaciona à determinação cultural e de valores. E, em decorrência deste fato, indica-se a existência de um paradigma de exclusão social que se resume em isolamento dos doentes que não são aceitos dentro dos padrões habituais.

Como consequência desse processo de exclusão, ocorre práticas direcionadas a alijar e manter distante do convívio social as pessoas diagnosticadas com esse padrão comportamental diferencial. Nas palavras de Spadini & Sousa (2006, p.124), “a estigmatização da loucura faz com que o doente perca a sua cidadania, sofra preconceitos e seja segregado da sociedade”.

A partir desta idéia, Michael Foucault publicou, em 1961, “Loucura e razão: história da loucura na Idade Clássica”. Esta obra foi utilizada por muito tempo em várias áreas das ciências humanas, sociais e da saúde, e sofreu longas críticas por

alguns autores da época, em especial Jacques Derrida, que prefaciou seu livro. Foucault apresentava uma linha de idéias muito peculiar, como se identifica a seguir:

A constituição da loucura como doença mental, no fim do século XVIII, atesta um diálogo rompido, dá a separação como fato consumado, e enterra no esquecimento todas estas palavras imperfeitas, sem sintaxe fixa, um pouco balbuciantes, na qual se dava a troca da loucura e da razão. A linguagem da psiquiatria, que é o monólogo da razão sobre a loucura, só se pode estabelecer sobre tal silêncio (FOUCAULT, 1972, iv).

Ele justifica esta afirmativa recuperando a maneira pela qual o homem se relacionava com a loucura desde a Antigüidade Clássica até meados do século XVIII.

“Os gregos relacionam-se com alguma coisa que chamam *hybris*. Esta relação não era somente de condenação; [...] mesmo se seu discurso nos é transmitido já envolto na dialética tranqüilizadora de Sócrates. Mas o *logos* grego não tinha contrário” (FOUCAULT, 1972, iv).

Em uma análise mais acurada, verifica-se que a história da doença mental é relatada desde os primórdios da civilização, talvez não com a mesma terminologia. Neste período, estabeleceram-se os primeiros mecanismos de relações sociais, e, por isso, a pessoa considerada anormal era abandonada à sua própria sorte, para morrer de fome ou por ataque de animais (RODRIGUES, 2001).

Assim, conforme se constata na obra inicial de Foucault, até o final do século XVII, loucura e razão não estavam ainda separadas. Não havia um vazio entre elas. Loucura e não-loucura, razão e ‘des-razão’ estariam confusamente implicadas. “Para Foucault, durante a Época Moderna, o renascimento científico, associado à filantropia, buscou progressivamente cercar a loucura” (PEREIRA NETO, 1996, p. 638). Essa tendência se deu dentro da ordem absolutista. Dessa maneira se deu a passagem da experiência medieval da loucura para a atual, que a confina com o estatuto de doença mental.

Para Foucault, no século XVIII ocorre a experiência-limite entre a razão e a ‘não-razão’. Desde então, o homem contemporâneo deixou de se comunicar com o

louco. Com o estabelecimento dessa divisão originária, a ciência transformou a loucura em um acidente patológico.

O homem da loucura passou a ser visto e compreendido através de uma razão igualmente abstrata.

Após 1950, ao surgirem os psico-fármacos, iniciou-se uma tendência de esvaziamento dos hospitais e uma nova perspectiva para o tratamento dos doentes, permitindo aos hospitais ressignificar seus papéis, delineando sua função terapêutica, ressocializante, protetora e custodial. O novo modelo hospitalar praticado mostrou-se frágil, visto que o aspecto da recuperação continuou não se fazendo, e, ao contrário, confirmava e reforçava a doença, ao mesmo tempo em que a transforma em mercadoria. Uma nova identidade para o hospital teria que ser pensada e que pudesse banir esse componente de reforço da doença e da deterioração.

O período que se seguiu à II Guerra Mundial pode ser considerado o berço dos projetos de reforma psiquiátrica, visto que a comunidade mundial, impregnada dos ares de liberdade e da paz recém-adquirida, mostrou-se particularmente tolerante para com o doente mental, condenando o abandono e a exclusão dos pacientes psiquiátricos da sociedade, embora diferindo no aspecto da sua crítica. Paralelamente, havia a constatação dos maus-tratos nos hospitais, associados a local de confinamento, mais sede de iatrogenias que formas de cuidado e tratamento. Isto permitiu a articulação das lutas pelos direitos humanos dos doentes mentais. A questão passou a ser discutida em várias produções, tanto de natureza sociológica como psicológica (ZUSMAN, 2003).

Neste cenário, teve lugar uma série de experiências de reestruturação do modelo assistencial e dentre as mais importantes cita-se:

a) A Comunidade Terapêutica, que no início da década de 50, na Inglaterra, tinha sua proposta baseada na democracia das relações, procurava enfatizar a participação de todos (internos, médicos, enfermeiros, entre outros) na organização das atividades, na administração do hospital, no aspecto terapêutico; a ênfase se dava na liberdade de comunicação e no trabalho para a recuperação, com utilização ao máximo, da reaprendizagem social. A modificação tinha o sentido de melhorar a

prestação de cuidados intra e extramuros, apontando para uma evolução gradual da assistência de um modelo hospitalocêntrico para outro centrado na comunidade. Maxwell Jones foi o nome mais expressivo do movimento (AMARANTE, 1995; ZUSMAN, 2003; ALMEIDA, 2005; PALHA, 2006);

b) a Psiquiatria de Setor, com início na França, que buscava recuperar a função terapêutica, o que não era considerado possível dentro de uma instituição hospitalar: o paciente passava a ser tratado dentro do seu próprio meio social e o hospital era dividido em setores de acordo com a divisão da região, possibilitando à equipe responsável pelo território acompanhar os pacientes de sua área;

c) a Psicoterapia Institucional, que também surgiu na França e podia ser vista como correlata da experiência inglesa da comunidade terapêutica. Teve como objetivo humanizar e melhorar as condições materiais dos hospitais psiquiátricos, através de mudanças na organização interna. O principal descaminho estaria na existência de um hospital psiquiátrico dissociado da realidade (ZUSMAN, 2003; PALHA, 2006);

d) a Psiquiatria Comunitária ou Preventiva, desenvolvida nos Estados Unidos na década de 60 e que procurava intervir nas causas do surgimento das doenças, visando à prevenção da doença mental e a promoção da saúde mental. Teve em Caplan o seu grande entusiasta e criticava tal qual na psicoterapia institucional, a dissociação entre práticas hospitalar e da sociedade: a alternativa estaria na vida cotidiana, com a comunidade mapeada e acompanhada (ZUSMAN, 2003);

e) a Antipsiquiatria, movimento que surgiu para questionar a psiquiatria e a própria doença mental, a forma de conhecimento que não conseguia responder aos problemas surgidos com a doença e denunciava a violência com que a psiquiatria lidava com as esquizofrenia; considerava a loucura como um fato social, político, e o hospital como conseqüência natural de um construto nocivo e enganoso sobre a loucura, os diagnósticos servindo de fachada para uma validação “pseudo-científica” do preconceito e das medidas restritivas de todo aquele que fosse incômodo para a sociedade; defendia a reavaliação da compreensão da loucura e a criação de dispositivos assistenciais distintos dos hospitais; Laing, Cooper e Basaglia são as figuras mais expressivas; para a Antipsiquiatria, o que estava em jogo era a

substituição dos hospitais psiquiátricos por redes de apoio na comunidade; descredenciava explicitamente o saber psiquiátrico (ZUSMAN, 2003; PALHA, 2006);

f) a Psiquiatria Democrática Italiana, considerado um movimento dentro da Anti-psiquiatria (AMARANTE, 1995), também questionava o saber psiquiátrico, sem negar a existência da doença mental, mas propondo uma maneira mais ampla de se lidar com ela. A loucura seria então entendida como uma produção psicopatológica onde o doente se refugia a fim de escapar de uma realidade social insuportável e que ao ser classificado como doente mental, perde todas as suas outras referências sociais, profissionais, culturais, etc. O hospital representa e concretiza o conjunto de falsos saberes que a psiquiatria desenvolveu para justificar a sua existência, daí não pode ser instrumento de ajuda. O movimento é constituído a partir de 1973, buscando a construção de bases amplas para viabilizar a reforma psiquiátrica em toda a Itália, tendo concretizado a revisão da reforma, aprovando a Lei n.180, em substituição à legislação de 1904. O principal nome deste movimento é Franco Basaglia (ROTELLI *et al.*, 1992; BEZERRA JUNIOR *et al.*, 1992; AMARANTE, 1995; ZUSMAN, 2003; PALHA, 2006).

Hoje é sabido que a doença mental, explicada por causas biológicas, psicológicas e sociais, necessita de assistência adequada, com a finalidade de ressocialização do doente e de apoio adequado para este e para a família. A ressocialização ainda é difícil, pois a doença mental, em alguns casos, ainda é vista como transgressões de normas sociais, considerada uma desordem, não tolerada e, portanto, passível de segregação. As ações de promoção da saúde mental na atenção básica, e que se articulem com os princípios da integralidade e humanização da atenção ainda estão à espera de uma inserção mais nítida (ALMEIDA, 2007).

### **2.3 A Reforma Psiquiátrica e as Políticas de Saúde Mental no Brasil**

A legislação psiquiátrica no Brasil, vigente desde a década de 30, sofreu um grande desgaste nos anos 60 e 70. Os hospitais públicos entraram em colapso e

sua substituição pelo sistema privado só veio criar um grande número de hospitais de má qualidade (FERRAZ, 2000). Desde o início da década de 70, paralelamente ao surgimento do movimento por uma Reforma Sanitária que reorganizasse o atendimento à saúde da população, desenvolveu-se o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental, trazendo consigo os reflexos dos movimentos internacionais e a discussão da Reforma Psiquiátrica.

É na década de 80, com as mudanças das práticas políticas, que os movimentos psiquiátricos ganham mais vigor e se direcionam em busca de mudanças. Vem se discutido, desde então, um conjunto de propostas de reestruturação da atenção à Saúde Mental através de uma reforma psiquiátrica, tendo como ponto de partida a avaliação de que a forma como a assistência ao doente mental estava organizada era ineficaz, cara, segregadora e alienante. O Projeto de Lei Paulo Delgado, que trazia no seu bojo a reorientação dos recursos para a área extra-hospitalar e mudanças de práticas, pode ser entendido como o marco emblemático do movimento (BEZERRA JUNIOR *et al*, 1992; FERRAZ, 2000).

Em 1987, durante a I Conferência Nacional de Saúde Mental foram apresentadas, entre outras, as seguintes proposições: reversão da tendência “hospitalocêntrica”, dando prioridade ao sistema extra-hospitalar e multiprofissional; não credenciamento pelo setor público de leitos hospitalares em hospitais psiquiátricos tradicionais; proibição da construção de novos hospitais psiquiátricos; implantação de recursos assistenciais alternativos (ex. hospital-dia, lares protegidos, centros e núcleos de atenção psicossocial); emergência psiquiátrica funcionando em emergência de hospitais gerais; e algumas propostas visando o resgate da cidadania e dos direitos dos pacientes, entre as quais as garantias legais contra internações involuntárias. Observe-se que a política de assistência às populações carcerárias em sofrimento mental não é contemplada.

Posteriormente, a II e III Conferência Nacional de Saúde Mental re-enfatizaram as deliberações da I Conferência. Trouxeram como inovação a proposta de participação efetiva dos usuários e familiares, com foco na atenção integral e na cidadania, e a inserção do atendimento à saúde mental na atenção básica, uma vez que é na atenção básica que deverá estar o principal foco das atenções da organização da assistência em saúde mental. Por esse entendimento, caberia ao

município a incumbência de fazer a reforma acontecer, pela contratação e capacitação de técnicos e a estes o desafio de assumir os determinantes sociais dos problemas com os quais têm que lidar, buscando práticas que promovessem a cidadania (AQUINO, 2003).

O processo de redução dos leitos psiquiátricos e de desinstitucionalização de pessoas com longo histórico de internação passa a tornar-se política pública a partir dos anos 90, ganhando grande impulso em 2002, com uma série de normatizações do Ministério da Saúde. O Brasil dispunha, em 2001, de 53 mil leitos em hospitais psiquiátricos. Estimava-se que um terço dessas vagas estaria sendo ocupados por pacientes sem necessidade de tratamento em regime de internação. Por outro lado, são pessoas que não têm a possibilidade de reinserção social em médio prazo, por conta de dificuldades econômicas enfrentadas pela família e até mesmo devido à perda de vínculos familiares.

Em 2003 foram extintos 1.890 leitos, prevendo-se a esta época que, até o final de 2004, outros 2.800 seriam desativados, com repasse dos recursos remanescentes para a rede extra-hospitalar, ambulatorios e atenção básica, especialmente no Programa de Saúde da Família (PSF), ampliando o acesso da população aos serviços de saúde mental em todo o país (ANDRIOLLI, 2007; AQUINO, 2003). Esta redução vem de fato se observando: dos 72.514 leitos disponíveis no SUS em 1996, em 2005 havia 42.076, 58% dos quais da rede privada, configurando uma forte concentração deles nos centros de maior desenvolvimento econômico, deixando vastas regiões carentes de qualquer recurso terapêutico (DELGADO *et al.*, 2007). Contudo, de maneira inequívoca, a inversão do financiamento vem privilegiando o equipamento substitutivo da atenção em detrimento do Hospital Psiquiátrico (ONICKO-CAMPOS *et al.*, 2006).

O deslocamento do eixo da atenção em saúde mental, a partir da desconstrução gradativa do modelo centrado no hospital, permitiu que a assistência, antes fortemente ancorada na figura do psiquiatra, passasse a incorporar outros técnicos, outros saberes, num trabalho que paulatinamente vem assumindo características interdisciplinares e multiprofissionais cada vez mais fortes. Dentre os novos modelos de atenção em saúde mental os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) se credenciam como espaços saudáveis e humanizados. Tendo o seu

atendimento baseado na desospitalização de pacientes, reforçam a assistência extra-hospitalar qualificada. Neles, os portadores de transtornos mentais continuam recebendo atendimento especializado, sem que para isso precisem ficar internados ou afastados do convívio familiar. Geram-se, assim, as condições fundamentais para o tratamento e recuperação de pacientes, propiciando ainda a defesa dos direitos de cidadania do paciente (AQUINO, 2003).

No Brasil, a política de saúde mental vem apresentando duas importantes tendências: a reversão do modelo hospitalar para uma ampliação significativa da rede extra-hospitalar, de base comunitária; e o entendimento das questões do álcool e outras drogas como problema de saúde pública e como prioridade no atual governo. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Saúde, 3% da população sofrem de transtornos mentais severos e persistentes, 6% apresentam transtornos psiquiátricos graves decorrentes do uso de álcool e outras drogas e 12% necessitam de algum atendimento em saúde mental, seja ele contínuo ou eventual. Bandeira *et al.*, 2007, investigaram a ocorrência de transtornos mentais comuns em usuários do Programa de Saúde da Família (PSF) e encontraram um índice global elevado (37,8%) de pessoas com perfil sintomático indicativo de transtornos mentais comuns, com taxa significativamente mais elevada no escore global para homem. Os mesmos autores afirmam que essas taxas seriam provavelmente maiores, caso os profissionais da Atenção Primária recebessem uma ação educativa (BANDEIRA *et al.*, 2007).

As necessidades de Saúde Mental têm sido determinadas mais recentemente não somente pelos índices de todas as doenças mentais, mas também pelos índices das doenças mentais severas (DMS) e doenças mentais persistentes (DMP). Usando estimativas de prevalência de doenças mentais em estudos que mostram ser as DMS de 6,0% e as DMP de 3,1%, no Brasil teríamos cerca de dez milhões com DMS, das quais 5,2 milhões são persistentes. Estes mais de 10 milhões requerem atenção psiquiátrica especializada (MARI *et al.*, 2007). Nos Estados Unidos considera-se, atualmente, que a doença mental severa é de 2 a 3 vezes mais prevalente na população carcerária do que na pública em geral.

Pela proposta de desinstitucionalização, preconiza, igualmente, a extinção dos hospitais de custódia da mesma forma que alguns teóricos da reforma psiquiátrica defendem a extinção dos estabelecimentos psiquiátricos.

#### **2.4 Hospitais de Custódia e Tratamento - aspectos históricos e situação atual**

Os hospitais psiquiátricos tiveram um papel relevante, representando os primeiros centros de estudos sistematizados na observação por meio dos métodos científicos e fenomenológicos das formas clínicas e evolutivas das doenças graves e das anteriormente chamadas psicoses maníaco-depressivas. A evolução da ciência médica vem se processando no sentido de uma especialização crescente, o mesmo ocorrendo no campo da psiquiatria, quando se verifica uma oferta de serviços cada vez mais especializada ou mesmo fragmentada (tratamentos ambulatoriais, clínica para dependentes químicos, pacientes geriátricos, transtornos afetivos, etc.). Nesta perspectiva surgiram os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), instituições especializadas em Psiquiatria Forense, constituindo um campo de saber em que a Psiquiatria tem interface com o Direito Penal. Antigamente denominados de manicômios judiciários, os HCTP realizam laudos periciais solicitados pelos representantes do poder judiciário, avaliando a imputabilidade de indivíduos incursos nos artigos do CP e prestando assistência médico-psiquiátrica aos pacientes que estão cumprindo medidas de segurança determinadas pelo Juiz (DUMMAR FILHO, 2005).

A expressão manicômio é de origem italiana e este tipo de instituição passou a ser construído na segunda metade do séc. XIX, quando surgiram o asilo de Brodmoor, em Londres (1863), o de Aversa, na Itália (1876) e o State Form for Criminal Insane, nos EUA (1884). No Brasil, o primeiro manicômio judiciário foi construído no Rio de Janeiro (1921), destinado exclusivamente aos enfermos mentais delinqüentes. Já em 1903, havia proibição de que os doentes mentais fossem mantidos em cadeias públicas, evitando que se tornassem vítimas de maus tratos dos criminosos comuns que cumpriam pena. Em 1920, foi criada uma seção no hospital nacional dos alienados no RJ, destinada aos “alienados criminosos”. No

Ceará, os infratores e portadores de doença mental eram enviados para tratamento no Hospital de Saúde Mental de Messejana. A experiência se mostrou inadequada, sendo proposto o encaminhamento daquela população à Casa de Detenção de Fortaleza. O convívio com delinqüentes comuns mostrou-se igualmente inadequado, configurando a necessidade de uma estrutura apropriada, consubstanciada na construção do Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes, subordinado à Secretaria de Justiça do Estado do Ceará e inaugurado em 12 de setembro de 1969 (DUMMAR FILHO, 2005).

Os hospitais psiquiátricos do Ceará vêm recebendo, nos últimos anos, investimentos para a qualificação de pessoal, aprimoramentos do modelo de atenção e recuperação das instalações físicas, o que pode ser entendido como desdobramento das ações propostas pelo movimento de Reforma Psiquiátrica. Diferentemente do que aconteceu com os hospitais, contudo, pouco foi investido na melhoria do Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes. Neste particular, merece atenção a assertiva de Abdalla Filho, 2004, no seu livro *Psiquiatria Forense*, quando lembra a desatenção dada à população carcerária por parte dos psiquiatras que lideraram as recentes discussões sobre a reforma psiquiátrica, uma vez que não abordam a saúde mental dentro do contexto penitenciário.

Para chamar a atenção e propor modificações dentro dos HCTP foi elaborado o relatório “Reforma Psiquiátrica do Manicômio Judiciário”, por parte do Ministério da Saúde (2002), que informava existirem àquele tempo 19 HCTPs no país, compreendendo cerca de 4.000 internos. O relatório parte do conhecimento de que poucos recursos foram investidos nessas instituições para transformá-las em hospitais psiquiátricos modernos, com equipes multiprofissionais atuantes e recursos complementares para a elaboração de diagnósticos, como o mapeamento cerebral, tomografias e exames neuro-psicológicos. A superlotação que, vias de regra, se observa reflete a condição precária dos presídios, ao lado da deterioração das instalações físicas e de hotelaria, com prejuízo para os internos. No mencionado documento, é destacada a Lei Federal n. 10.216/2001 que procura redirecionar o modelo existente e que afirma em seu art.4º:

A internação em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º: O tratamento visará como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º: O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros.

§3º: É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no parágrafo 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art.2º.

Enquanto não houver o cumprimento da Lei 10.216/2001, o que permitiria a prática de uma assistência integral às pessoas portadoras de transtornos mentais, permanecem os indícios de que os direitos humanos dos pacientes que cumprem medida de segurança não vêm sendo respeitados.

### CAPÍTULO III - A PENA E O DIREITO DE PUNIR

A pena, em sua origem, nada mais foi do que vingança – seu sentido de punição, expiação e coação nasceu com o próprio homem a partir do entendimento do que seria o bem ou o mal.

Afirma René Ariel Dotti:

É generalizada a opinião de que a pena deita raízes no instinto de conservação individual movimentado pela vingança. Tal conclusão, porém, é contestada diante da afirmação segundo a qual tanto a vingança de sangue como a perda da paz não caracterizavam reações singulares, mas a revolta coletiva (DOTTI, 1998, p. 31).

A vingança privada, fluente na organização jurídica primitiva, gerou inúmeros conflitos por não guardar proporção entre o mal produzido e a pena aplicada. Era baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum. Daí o surgimento do talião, para delimitar o castigo, adequando a vindita ao mal ocasionado.

Encontrada nas leis mais remotas, a pena do talião determinava: se alguém tira um olho de outrem, também perderá um olho. Assim como o Código de Hamurabi (XXIII a.C.), a legislação mosaica e ainda os romanos, através da Lei da XII Tábuas, acolhiam o talião.

Sobre essa particularidade, René Ariel Dotti (1998, p. 32) ensina:

[...] a idéia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. **É a pena pública que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição.** A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens (grifo nosso).

Na fase da vingança pública, a pena visava resguardar a segurança do soberano, procurando intimidar por sua crueldade e rigurosidade. Prevalencia o arbítrio julgador, não havendo maior preocupação com a culpa ou com o ânimo subjetivo do autor. A pena de morte se destacava por requintes de desumanidade exacerbados.

Foucault (2006) ilustra esse período com a ostentação dos suplícios e a aplicação de penas corporais destinadas a causar o máximo de dor possível, quando a crueldade se fazia sentir nas penas capitais precedidas ou sucedidas de violências como a amputação de membros, executadas com a queimadura até a morte ou o estrangulamento sucedido do arrebatamento. Mesmo as penas inicialmente não corporais se convertiam em alguma espécie de suplício, como a multa que vinha acompanhada de açoite. Segundo Foucault (2006, p. 31), "há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas [...]".

Sem que se pretenda promover uma análise exaustiva da fundamentação do direito de punir, seguem as doutrinas de maior relevância tratadas por Carrara (1977), ao considerar praticamente impossível enumerar todos os diversos sistemas que fundamentaram o castigo:

a) a vingança purificada – a sociedade castiga para que o indivíduo não se vingue;

b) a aceitação – doutrina por meio da qual se elimina a questão, pois sustenta que, uma vez promulgada a lei que estabelece a pena, o cidadão, ao cometer o delito, se submete voluntariamente a essa pena, e não tem razão de queixar-se dela;

c) a convenção (Rousseau, Montesquieu, Burlamaqui, Blackstone, Vattel, Beccaria, Mably Pastoret, Brissot de Warville) – cessão à sociedade do direito privado de defesa direta;

d) a reparação – parte da premissa de que quem haja causado um dano, o deve reparar, de onde deduz que o delinqüente deve reparar o dano que tenha causado à sociedade;

e) a conservação – a sociedade, ao castigar, exerce o direito que tem de ser a sua própria conservação;

f) a utilidade (Hobbes, Bentham) – se apóia sobre o falso postulado de que a utilidade (entendida no sentido de bem material) subministra o supremo princípio do bem moral e a origem adequada do direito;

g) a correção – essa doutrina postula que a sociedade tem direito de castigar o culpável para emendá-lo;

h) a *expição* (Kant, Henche, Pacheco) – é um princípio de justiça absoluta, segundo o qual quem tenha causado um mal deve expiar sua falta sofrendo um mal.

Inaugurando a busca de valores racionais, o Iluminismo produziu consideráveis mudanças, desde a arte à estrutura político-jurídica do Estado. Para o direito penal, em particular, após uma longa tradição de crueldade na aplicação da pena, de insegurança jurídica e desmedido arbítrio judiciário, o Iluminismo inaugurou uma fase de execução da pena com base em parâmetros racionais e no respeito à condição humana.

O surgimento das idéias liberais, a partir do século XV, condicionada pela renovação de conceitos a respeito do mundo e do ser humano, acentua-se, concretizada finalmente no século XVIII, com os postulados da Revolução Francesa. Novas concepções surgem no campo penal e, com elas, as doutrinas acerca do fundamento do direito de punir.

O exame do tema traz à baila a figura do filósofo italiano Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, seguidor das idéias de Rousseau e Montesquieu e autor do famoso livro “Dos delitos e das penas” – (1764). A partir de sua obra, as penas desumanas e degradantes do primitivo sistema punitivo cederam seu espaço para outras, com senso mais humanitário, cuja finalidade é a recuperação do delinqüente. Beccaria (2003, p. 65) postula “que as leis sejam inexoráveis, que sejam os seus executores inflexíveis; mas, que o legislador seja indulgente e humano”.

Os limites *do jus puniendi*, desde Beccaria (2003, p.19), se pronunciam sobre o amparo da necessidade como fundamentais à intromissão estatal na esfera individual dos cidadãos. O Marquês prescrevera, em seu tempo, que o direito do

soberano de punir os delitos se ampara sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares.

As preocupações sociais remetiam à consagração do processo acusatório em substituição ao sistema inquisitório, ao estabelecimento de uma concepção essencialmente jurídica da justiça penal, à concessão de tratamento digno aos delinquentes (com a abolição da tortura) e ao incremento da concepção de humanização da pena, significando, hodiernamente, como pilastra de qualquer sistema penal de caráter racional e justo.

No entanto, a observação da realidade punitiva demonstra que os ideais justificadores e legitimantes da pena, em tempo algum, se harmonizaram com as práticas mundanas.

### **3.1 Das penas privativas de liberdade**

A pena privativa de liberdade, largamente utilizada nas modernas civilizações, era outrora apenas um instrumento de custódia provisória do acusado, enquanto se desenrolava o processo ou se aguardava o início da execução da pena. A prisão não era aplicada como pena propriamente dita, mas sim como um local de retenção temporária. A idéia de confinamento para purgação dos pecados teve como precursora a Igreja Católica - é o gérmen da pena de prisão. Outra raiz do surgimento da privação da liberdade como pena se encontra no contratualismo do século XVIII. O contrato social, se violado, mereceria uma sanção; entretanto, como a sociedade daquele tempo não dispunha de grandes riquezas, decidiu-se privar o indivíduo daquilo que lhe era mais precioso: a liberdade.

Quando a prisão surgiu finalmente com o caráter de pena, despontaram reflexões sobre como deveria ser o sistema de seu cumprimento. John Howard, teórico inglês considerado precursor da noção de penitenciária, foi um dos primeiros a considerar a questão com atenção, propondo a criação de um juiz para fiscalizar o regime de cumprimento das penas e sugerindo a separação dos condenados em células distintas para homens e mulheres, reincidentes e primários. Além disso,

Howard defendeu o isolamento noturno dos presos e o trabalho obrigatório como meio de reforma e regeneração moral, que veio posteriormente a encontrar guarida no sistema celular.

Jeremy Bentham também trouxe idéias representativas para o movimento reformador do direito penal. Bentham, para quem a pena deveria assumir um caráter preventivo de novos delitos, condenou os castigos desumanos e tornou-se conhecido por ter sido o primeiro teórico a enfatizar a relevância da arquitetura das prisões, por meio do "panóptico".

O "panóptico" ("pan" – tudo, "óptico" – visão) consistia em uma construção circular, em cujo centro se situava uma grande torre com o objetivo de ver todas as celas. Nas palavras de Foucault (2006, p. 167), "o Panóptico é uma máquina de dissociar para ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto".

Beccaria, Howard e Bentham contribuíram consideravelmente para a consolidação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Após um longo período de prevalência da pena de morte e das penas corporais, a pena privativa de liberdade surgiu com todo o crédito, inclusive com pretensões de reforma e regeneração dos condenados.

Em regra, as sociedades modernas prevêm as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e aquelas de natureza pecuniária. As penas de morte, desterro<sup>1</sup> e confinamento são aberrações contempladas em certas legislações penais, em que há a completa privação de liberdade do ofensor através do enclausuramento em um estabelecimento penal, ou somente a limitação ou restrição do *jus libertatis*, quando se constrange o réu a permanecer em determinado lugar.

Hoje, os sistemas jurídico-penais recorrem profusamente às penas privativas de liberdade que, nem sempre, resultam na reforma ou melhora do condenado.

---

<sup>1</sup> Exílio: obrigava o réu a sair dos limites territoriais do lugar onde delinqüiu, da sua principal residência e da principal residência do ofendido, durante o tempo determinado na sentença (artigo 52 do Código Criminal de 1830).

A crise manifesta das penas privativas de liberdade estimula o ceticismo quanto ao seu aspecto ressocializador, já que esta vem se revelando ineficaz no tocante à dificuldade de comparar os efeitos dos diferentes sistemas prisionais, ou isolar o efeito de um sistema do efeito de todo o processo de prisão ou condenação. Todavia, conquanto se reconheça o fracasso da pena de prisão, esta continua a ser o eixo em torno do qual gira todo o sistema punitivo.

Numa sociedade cada vez mais distante daquela do início da prática da prisão, onde o ritmo das transformações sociais se acelera, a manutenção de longas penas privativas de liberdade não deve ser senão uma exceção. Erram, por isso, os que pretendem combater o fenômeno delinqüencial com a exacerbação das penas privativas de liberdade.

Há um direcionamento no sentido de alteração substancial da aplicação da pena privativa de liberdade, tendente à mitigação por meio de processos alternativos e modelos prisionais suficientes à repressão, apoiado na constatação de que o delinqüente não se reabilita com a severidade que lhe é imposta, antes, torna-se absolutamente corrompido, desviando-se em definitivo dos fins e utilidades da sanção a que está sendo submetido.

Malgrado a problemática da pena de prisão seja de difícil equacionamento, sua aplicação, desde que justa e adequada à pessoa do criminoso, é providência positiva.

### **3.2 Regimes de cumprimento de pena**

No que concerne à aplicação da pena propriamente dita, o Código Penal Brasileiro adotou o procedimento sistema trifásico para a aplicação da pena privativa de liberdade, isto é, devem ser percorridas, consecutivamente, três etapas. O artigo 68 do CP fixa o procedimento trifásico a que o juiz deve limitar-se. Já o artigo 59 o orienta na fixação da pena, no estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena ou na promoção das substituições que a lei prevê. Trata-se de um trabalho dogmático, de suma importância.

O método consiste em três operações contínuas: na primeira — fixação da pena —, levam-se em conta as circunstâncias do artigo 59 do CP; na segunda, devem-se apreciar as circunstâncias legais dos artigos 61, 62, 65 e 66 do mesmo estatuto jurídico, cumulando-as com a pena antes fixada (pena-base); na terceira e última, apreciam-se as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, estas sobrepostas ao resultado a que se chegou quando da efetivação da segunda fase (circunstâncias legais).

Assim, aplicada a pena pelo juiz da sentença, deve ele, obedecendo aos critérios estabelecidos em lei, fixar o regime inicial de seu cumprimento (artigo 59, III, CP e artigo 110, LEP).

Acerca da matéria, salienta-se que o atual Código Penal rejeitou, na reforma de 1984, a tendência de unificação do sistema prisional. Manteve, portanto, a distinção da pena privativa de liberdade em reclusão e detenção, de cunho eminentemente formal. A diferenciação entre reclusão e detenção se resume quase que exclusivamente ao regime de cumprimento de pena, que na primeira hipótese deve ser feita em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção – admite-se a execução somente em regime semi-aberto ou aberto (artigo 33, *caput*, CP).

É importante frisar, ainda, que se abandonou também a distinção entre os regimes penais fundada na periculosidade do agente.

Portanto, em conformidade com o sistema progressivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, existem três regimes para a execução das penas privativas de liberdade, a saber:

a) regime fechado: a pena deve ser cumprida, necessariamente, nos estabelecimentos de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, a);

b) regime semi-aberto: admite a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, b);

c) regime aberto: o cumprimento da pena dá-se em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, c).

A pena de prisão simples, cominada nas contravenções penais, deverá ser executada sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. É vedada, portanto, a imposição de regime fechado.

Encontram-se obrigatoriamente sujeitos às regras do regime fechado, desde o início da execução da pena privativa de liberdade, o condenado a pena de reclusão reincidente ou aquele a quem foi aplicada pena superior a oito anos (art. 33, § 2º, a, CP).

Esboçadas essas considerações, cumpre dizer que, embora a reclusão do condenado a pena superior a oito anos seja obrigatoriamente iniciada em regime fechado, abrem-se aos sentenciados a penas situadas aquém desse limite possibilidades de cumprimento em condições menos severas. Assim, o condenado não-reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, b, CP). Na mesma situação, quando a pena for igual ou inferior a quatro anos, o condenado não-reincidente poderá, a seu turno, cumprir a pena inicialmente em regime aberto.

A pena de detenção jamais pode começar a ser cumprida no regime fechado. Essa é a grande diferença entre a pena de detenção e a pena de reclusão. Tem somente dois regimes iniciais: regime semi-aberto: quando a pena aplicada exceder a 4 anos (independente da reincidência); e regime aberto: quando a pena aplicada for igual ou inferior a 4 anos (com possibilidade de regressão).

Como conseqüência, pode-se concluir que para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena concorrem dois fatores: a quantidade de pena imposta (art. 33, § 2º, CP) e as condições pessoais do condenado (art. 33, § 3º e 59 CP).

No caso de condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processo distintos, a determinação do regime será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observadas, se necessário, a detração ou remição (art. 111, LEP). Não obstante, sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime (art. 111, parágrafo único, LEP).

Sem que se tencione efetuar o aprofundamento dogmático do conteúdo da progressão de regime no tocante aos crimes hediondos, note-se que com o advento da Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990, criou-se o regime integralmente fechado.

Assim, por força da regra fixada no art. 2º, § 1º, da lei 8.072, de 25 de julho de 1990, denominada “Lei dos Crimes Hediondos”, que assim dispõe: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”, doutrina e jurisprudência, sempre com fortes argumentos, passaram a debater a constitucionalidade ou não da vedação quanto a possibilidade de progressão de regime prisional em se tratando de crimes hediondos e assemelhados.

A primeira fissura legislativa ocorreu com a lei de tortura (Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º), que passou a permitir a progressão de regime nos crimes de tortura. Tentou-se estender sua incidência para todos os crimes hediondos. Mas o STF firmou jurisprudência no sentido de que a lei de tortura só se aplica à tortura (GOMES, 2006).

No entanto, no HC 82.959-7, cujo relator era o Ministro Marco Aurélio, onde se discutiu em profundidade a questão, o placar final foi de seis votos (Marco Aurélio, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence) a cinco (Carlos Velloso, Nelson Jobin, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Celso de Mello), pela inconstitucionalidade do 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990. A decisão do Pleno do STF foi proferida em 23.02.2006. Com isso, observou-se mudança substancial no perfil julgador do STF, bem como mudança de pensamento em relação ao tema.

A lei dos crimes hediondos proibia a progressão de regime de modo peremptório e geral e, formalmente, não abria nenhuma exceção. Isso era muito rigoroso e era injusto em muitos casos. A partir da decisão do Pleno do STF (HC 82.959), admite-se a progressão do regime em casos de crime hediondo, o que inclusive já se encontra consagrado na referida lei.

## **CAPÍTULO IV – A INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL NO DIREITO PENAL**

### **4.1 Culpabilidade como limite à execução penal**

A análise da culpabilidade é complexa e requer, em virtude da delicada função que vai realizar – fundamentar o castigo estatal – uma justificativa mais clara possível do porquê e para que da pena.

Tal axioma pode ser entendido como a reprovabilidade do injusto ao autor. Ao não ter se motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito. De acordo com este entendimento, consideram-se requisitos gerais da culpabilidade, entendida como reprovabilidade: que tenha sido exigível do agente a possibilidade de compreender a ilicitude ou antijuridicidade de sua conduta (capacidade de entendimento), e que as circunstâncias em que agiu não lhe tenham reduzido o domínio de autodeterminação além de um limite mínimo.

Logo, o que é relevante para se perquirir o juízo de culpabilidade, não é se poderia o sujeito, ou não, agir de outro modo, mas responder às seguintes questões: nas circunstâncias do caso, era esperado do agente, no contexto da normalidade das relações sociais, que observasse o imperativo normativo? Diante da situação circundante, criou-se a expectativa social de observância da norma?

Se positivas as respostas, isto é, se frustrada a expectativa social de cumprimento da norma, certo restará o juízo de reprovação. De outro lado, na hipótese de restarem negativas as indagações, não se afirmará a culpabilidade do agente.

O embasamento da culpabilidade é a liberdade do ser humano de optar, ou não, no momento do fato, pela realização da conduta. Não se trata de um livre arbítrio absoluto - tanto que são admitidas causas legais e supralegais de exculpação -, mas uma liberdade limitada, isto é, enquadrada no real, sob condições.

Esta capacidade de liberdade que caracteriza a culpabilidade, mesmo que somente vivenciada, ou seja, constatada de modo empírico pela experiência comum, constitui ainda o substrato mais relevante para se dotar o direito penal do respeito à dignidade humana que requer o Estado Democrático de Direito e garantia indispensável ao indivíduo - seja como fundamento, seja já como limite de pena -, à qual não ofereceu a doutrina, pelo menos até este momento histórico, alternativa viável.

Na realidade, o ser humano se educa para perder uma parte considerável de sua liberdade de ação, pois sem tal restrição seria impossível conviver. Então, o indivíduo que absorve esta idéia chega a um determinado momento em que é capaz, perfeitamente, de avaliar os atos que pretende praticar, com base em um sistema de valores que adquiriu e assimilou e que lhe permite determinar se aquela conduta é positiva ou negativa, desejável ou indesejável, justificada ou injustificada.

Essa capacidade de avaliação é o que se chama de capacidade de entendimento. É mister que, além desta capacidade, o indivíduo tenha condições de autocontrole e de exercer uma espécie de "freio" psíquico de dizer o "não" que a situação impõe.

O ponto nodular da matéria em exame demonstra a oposição a uma responsabilidade pelo resultado relacionada exclusivamente à imputação de fatos objetivos. Afirma-se que a imputação do ilícito a uma pessoa só é procedente se houver a vinculação individual com o ilícito realizado através da possibilidade de reconhecer a contrariedade à norma de seu comportamento e de motivar-se de acordo ela.

Portanto, o axioma em estudo pode ser considerado como espécie de alicerce da pena, na medida em que, para justificar-se a imposição de uma sanção penal a um sujeito, pressupõe-se a ocorrência, sobre o seu comportamento, de um juízo de reprovação. Um ato não reprovável - seja pelas circunstâncias que o cercam (coação moral irresistível, obediência à ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal), seja pelas condições internas do agente (ausência de potencial consciência da ilicitude) - não legitima a atuação do poder punitivo do Estado. Onde não há culpabilidade, não pode haver pena.

Nessa perspectiva, não há como negar que seja a culpabilidade, no nosso sistema, fundamento da pena, no momento em que estabelece como critério punitivo reitor a pena justa e merecida, isto é, a pena proporcional à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do autor (art. 59, CP).

A culpabilidade representa, portanto, instrumento insubstituível à concretização da democracia, o que revela a necessidade de sua manutenção como categoria jurídico-penal. Demais disso, é limitadora da pena, na proporção em que estabelece uma barreira à faculdade de intervenção estatal e protege o delinqüente, impedindo uma ingerência mais severa e descabida em sua liberdade pessoal.

## **4.2 Inimputabilidade, semi-imputabilidade – aspectos penais**

### *4.2.1 Inimputabilidade*

Partindo-se do pressuposto teórico de que a culpabilidade é um juízo de reprovação e, uma vez certificado que somente pode ser responsabilizado o sujeito pela prática de um fato ilícito quando havia a possibilidade que pudesse agir conforme a norma penal (sob consequência de incidir-se em uma excludente de ilicitude), a imputação exige que o agente seja capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento (MIRABETE, 1999).

Assim, essa capacidade só existe quando ele tiver uma estrutura psíquica suficiente para querer e entender, de forma tal que a lei considera inimputável quem não a tem. Nos termos do CP, excluem a imputabilidade e, por conseguinte, a culpabilidade, a doença mental – tema do estudo em foco – e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez fortuita completa.

Para que possua efeito nos termos do artigo 26 do CP – “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” –, a

imputabilidade deve ser aferida quanto ao momento em que o agente pratica o fato ilícito, isto é, deve-se verificar se, ao tempo da ação ou omissão, o agente tinha capacidade de entendimento ou determinação.

Para isso, torna-se importante frisar que, uma vez que o agente se coloque em estado de inconsciência (MIRABETE, 1999), considera-se a situação do agente no momento em que se colocou em estado de inconsciência, e não no momento da ocorrência do fato, para fins de culpabilidade.

O artigo 96 do Código Penal traz as medidas de segurança cabíveis. Frise-se que elas são cabíveis somente aos inimputáveis e semi-imputáveis (quando o caso), não sendo cabíveis, por conta do fim do sistema duplo-binário, aos imputáveis. Foram criadas como uma medida alternativa à ineficácia da execução da pena quanto à prevenção e à recuperação do criminoso.

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Merece destaque a Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, que trata sobre o tratamento que deve ser dispensado às pessoas acometidas de transtorno mental. Esta Lei, seguindo o movimento da conhecida “luta antimanicomial”, teve como intuito trazer tratamento digno para aqueles portadores de alguma enfermidade mental, independente de sua raça, cor, credo, sexo, orientação sexual, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra (art. 1º).

Com isto, tem-se que nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados de muitos direitos inerentes a si, tais como:

- ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; bem como ser tratados com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- ser protegido contra qualquer forma de abuso e exploração; o que inclui ter garantia de sigilo nas informações prestadas; ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; além de ser tratados em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; ser tratado, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

A Lei prevê ainda, no seu artigo 4º, que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Isto significa dizer que mesmo a medida de segurança aplicada ao portador de transtorno mental deverá obedecer a estes critérios (art. 4º c/c art. 6º da lei em comento).

O tratamento destas pessoas, conforme a lei, visará, como finalidade permanente, à reinserção social do paciente em seu meio – assim como as funções primordiais da pena.

A respeito disto, estabelece o Código Penal:

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.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 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.

§ 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.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Depreende-se, da leitura do *caput* do artigo 97, que uma vez comprovada a inimputabilidade, o juiz determinará a internação do agente. É importante frisar que embora importantes, os exames regulares que comprovam a insanidade nem sempre são exigidos para esse fim:

Provados o fato típico e a autoria, mas demonstrada nos autos a inimputabilidade do réu, portador de esquizofrenia, ainda que não realizado exame regular de insanidade mental, deve ele ser absolvido, com imposição de medida de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. (TJSP, RT 634/262)

De acordo com os parágrafos 1º e 2º, tem-se que a internação não poderá ser aquém ou além do limite pré-estabelecido em lei. Isso, no entanto, não impede que o juiz determine a realização de exames sazonais, a fim de identificar processos ou involuções na saúde mental do agente. E, se necessário, prorrogar a estadia do agente no hospital de custódia até a cessação da periculosidade do agente. O juiz poderá também determinar a realização da perícia a qualquer tempo, desde que haja requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, através de procurador ou defensor.

Assim, por exemplo, se o chefe do estabelecimento de internação nota progressos no tratamento do transtorno mental que acomete o paciente, isso poderá justificar um pedido de realização de exame ainda que extratemporâneo.

Realizada a perícia e positivada a cessação de periculosidade do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, deve ser suspensa a execução da

medida de segurança imposta. Transitada em julgado a sentença que reconhecer a cessação de periculosidade, o juiz deve expedir a ordem para desinternação ou liberação.

Deve-se frisar, conforme atesta Mirabete (1999), que dar-se-á o restabelecimento da medida de segurança nas hipóteses de descumprimento de condições, da ausência ou recusa ao trabalho curativo, entre outras hipóteses. Assim, a medida de segurança só fica extinta após um ano da desinternação ou liberação, se não ocorrer nesse período algum fato que indique a persistência de periculosidade no agente.

#### *4.2.2 Semi-imputáveis*

Neste estudo já se mencionou os casos em que a inimputabilidade advier de embriaguez accidental, casos estes que serão comprovados através de exame clínico. No caso dos atos praticados por agente menor de 18 anos, naturalmente não existem dificuldades em comprovar aquela inimputabilidade, pois a simples apresentação do registro de nascimento comprova tal fato.

Mais delicado, entretanto, é a declaração de inimputabilidade, quando se suspeitar da integridade mental do agente, pois esta confirmação só se dará através de exame psiquiátrico. O mesmo valerá para os casos em que não se sugere a completa incapacidade do agente de compreender o ato praticado e seus reflexos, mas também em relação àquele que, à época da ação ou omissão condizente com a prática de crime, não tinha pleno discernimento, ou seja, possuía capacidade mental para compreender o ato praticado não em sua plenitude, mas tão somente em parcelas.

O exame psiquiátrico pode ser solicitado em qualquer fase do procedimento criminal, quer na sua fase inquisitorial, quer na sua fase processual, bem como na sua fase executória. No entanto, deve-se destacar que o fato de poder ser solicitado em qualquer fase não implica em afirmar que qualquer pessoa poderá solicitar a

realização de perícia para atestar a insanidade mental daquele acusado. Em realidade, o Código de Processo Penal é bem claro ao determinar que:

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.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

O magistrado é o único com competência para determinar a feitura do exame de sanidade mental. Assim, esse tipo de perícia é a única que o delegado não pode determinar de ofício. Há a necessidade de que ele faça representação ao juiz competente para tal, no sentido de ser concedida a perícia (TOURINHO FILHO, 2007).

Deve-se frisar a necessidade, para não falar em imprescindibilidade, da realização do exame psiquiátrico, quando surgir quaisquer dúvidas dessa natureza, visto que é o único mecanismo hábil e de fato eficaz para que se estabeleça o nível de entendimento do agente, no momento em que praticou o delito. A necessidade da realização da perícia também se justifica no fato de que para que se possa averiguar se a doença pré-existia ou se veio a ocorrer após o evento delituoso só é possível através da realização de perícia médica.

Os casos de semi-imputabilidade são caracterizados pelo fato de que o agente não possui uma doença mental propriamente dita, mas sim uma perturbação de seu estado mental. Cria-se, assim, uma lacuna obscura entre a higidez mental e a insanidade completa daquele agente. Para esses casos, tidos fronteiriços, o Código Penal prevê a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, como se verá adiante.

Os semi-imputáveis, atualmente, são regidos pelo sistema vicariante (Lei 7.209/1984), um sistema de substituição; nele haverá o estabelecimento de uma pena ou de medida de segurança. Diferencia-se do sistema anterior (cujo modelo

vem sendo debatido por conta de recentes edições legislativas de confusa redação), o duplo binário, no qual se determinava pena e mais a medida de segurança.

Assim, percebe-se que a adequação da pena ou da medida de segurança, para aqueles decretados como semi-imputáveis, acontece porque embora o agente tenha alguma capacidade de entender o caráter delituoso de sua ação, não o compreende por inteiro, de forma que não poderia em momento algum ser tido como inteiramente responsável por seus atos, impossibilitando que sua conduta seja punida na totalidade prevista pelo tipo (MOSSIN, 2005).

Art. 26. *omissis*

[...]

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.

O artigo 26 faz previsão, no seu parágrafo único, dos casos em que a culpabilidade será diminuída, também conhecida como semi-imputabilidade. A expressão “diminuída” sugere que o agente é tido como imputável, portanto, responsável por ter alguma consciência da ilicitude e por ter alguma capacidade de determinação.

Refere-se a lei, num primeiro momento, à perturbação da saúde mental, expressão ampla que abrange todas as doenças mentais e outros estados mórbidos, tais como psicopatias, portadores de neuroses profundas (por exemplo a sífilis, a neuro-cisticercose ou ainda a doença de chagas, que em algumas situações pode inchar o cérebro e ocasionar mudança de personalidade). Independentemente das hipóteses suscitadas, uma vez comprovadas por exame pericial, o agente deverá ser condenado, mas, levando-se em consideração a menor reprovabilidade de sua conduta, haverá redução da pena de um e dois terços, conforme o texto do parágrafo único.

É digna de destaque a discussão em torno da possibilidade de redução da pena. Isto porque se poderia partir da premissa de que uma vez comprovada a semi-imputabilidade, o juiz necessariamente teria que reduzir a pena, apenas fazendo a dosimetria conforme o caso concreto. No entanto, há margem para que existam posicionamentos no sentido de que é uma faculdade do magistrado, pela simples interpretação gramatical do verbo. Outros autores, porém, interpretam este parágrafo utilizando-se do critério bio-psicológico, devendo o magistrado adequar a pena à compreensão do agente pelo ato praticado.

Mirabete (1999) explica que a percentagem da redução deverá levar em conta a maior ou menor intensidade da perturbação mental, e não pelas circunstâncias do crime, pois já foram consideradas na fixação da pena antes da redução.

Em se tratando de culpabilidade diminuída, ainda há que se levar em consideração o disposto no art. 98 do CP:

Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando 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, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Conforme já mencionado, tão somente o juiz pode determinar a realização de perícia médica. Poderá fazê-lo de ofício, mediante representação do delegado ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, curador, ascendente, descendente irmão ou cônjuge do acusado.

PENAL. PROCESSUAL. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INSTAURAÇÃO "EX OFFICIO". POSSIBILIDADE. "HABEAS-CORPUS". RECURSO.

1. O art. 149 do CPP permite ao juiz, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, ordenar, de ofício, seja este submetido a exame médico-legal.
2. recurso improvido.

(STJ, RHC 6290/RJ, 5ª t., Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 24.06.1997, DJ 01.09.1997, p. 40853).

No caso de solicitação da perícia médica, os peritos poderão ser oficiais ou não. Nesta segunda hipótese, para que seu relato tenha validade, deverão prestar compromisso, sendo nomeados. É importante mencionar que os peritos indicados não podem se negar a aceitar esta nomeação, salvo nas hipóteses de justa escusa, sob pena de multa. O prazo para a feitura do exame deve respeitar o prazo limite de 45 dias, salvo complexidade demonstrada pelo perito, devendo os autos correr apartados da ação principal.

Uma vez apresentado o laudo, não necessariamente o juiz ficará adstrito a ele. Isto ocorre porque pode ser que o laudo não tenha sido suficiente no intuito de dirimir toda e qualquer dúvida suscitada acerca da condição mental do agente causador do crime, casos estes em que o juiz poderá inclusive determinar que seja realizada nova perícia e, conseqüentemente, emitido novo laudo, até que as dúvidas sejam completamente dirimidas.

HC. EXAME DE INSANIDADE MENTAL. HOMOLOGAÇÃO DO SEGUNDO LAUDO EM DETRIMENTO DO PRIMEIRO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE E DO STF.

1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial. Cumpre-lhe valorar cada uma das provas, e, se não lhe resta claro o objeto do laudo, mostra-se necessária a realização de novo exame, a fim de se apurar a imputabilidade do acusado.
2. O princípio do livre convencimento permite ao magistrado homologar o laudo pericial que lhe pareça coerente e imparcial.
3. Ordem denegada.

(STJ, HC 17964/SP, 6ª t., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 27.11.2001, DJ 04.02.2002, p. 572).

Só assim aquele laudo ou laudos se tornarão úteis à formação do seu juízo de convencimento. Deve-se ainda levar em consideração que conforme preceito constitucional (CF, art. 93, XI), todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Assim, o juiz deve solicitar, como uma forma de se salvaguardar, no

caso de dúvida sobre a semi-imputabilidade do agente, mais de um laudo pericial sobre a questão, a fim de poder fundamentar de forma cabal sua decisão.

Em termos de finalidade, em alguns pontos a medida de segurança se assemelha às penas, pois ambas preenchem os critérios da prevenção geral e especial. A prevenção geral ocorre quando dá à sociedade uma resposta, através do processo penal propriamente dito, acerca da lesão sofrida pela vítima e pela própria sociedade. A especial acontece quando garante ao autor do delito um tratamento médico para que não haja a reincidência nas práticas delitivas.

### **4.3 O processo penal**

A insanidade mental, dentro do processo penal, pode relacionar-se com ele de duas formas: como uma questão pré-existente (ou seja, da prática de crime enquanto portador de patologia mental ativa) ou como um fato superveniente ao crime, durante o processo, seja ele cognitivo, seja ele executório.

Na primeira situação, ou seja, quando a má condição mental do agente é relevante no momento da prática do crime, ao longo do processo penal – ou ainda no início do inquérito policial, caso necessário – o juiz solicitará, caso verifique a necessidade, a realização de perícia para identificação de eventual transtorno mental no agente. No processo penal, a isto se chama de questão incidental.

O incidente é um fato ou constatação que ocorre eventualmente ao longo do processo, e que deverá ser solucionado antes do julgamento da causa principal. Assim, devem ser julgados em um processo incidental, que muitas vezes não poderá correr paralelamente ao processo principal, por de seu resultado depender a próxima medida a ser tomada pelo juiz.

Por estes motivos, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a realização de perícia médica, conforme inteligência do artigo 149 do Código de Processo Penal.

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.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 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.

Assim, para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em HCTP, onde houver. Caso esteja solto, e o requererem os peritos, será remanejado para estabelecimento que o juiz designar adequado.

Não constitui constrangimento ilegal a submissão do acusado a exame psiquiátrico, na forma legal, quando a sua conduta faz transparecer dúvida sobre a sua integridade mental. Naturalmente isso implica que, se não há motivo algum para suspeitar-se da integridade mental do acusado, não há porque solicitar-se o exame.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXAME DE INSANIDADE MENTAL. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À SANIDADE MENTAL DO RÉU.

Somente a dúvida séria sobre a integridade mental do acusado serve de motivação para a instauração do incidente de insanidade mental, sendo certo que o simples requerimento, por si só, não obriga o juiz (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso desprovido.

(STJ, RHC 19698/MS, 5ª t., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 03.08.2006, DJ 25.09.2006, p. 281).

Isso inclui a prática de crimes hediondos. A brutalidade de uma prática, por si só, não justifica a solicitação de exame a fim de aferir-se a sanidade mental do agente. Além disso, como a matéria atinente à sanidade mental é de ordem pública, não pode o acusado recusar-se ao exame. De onde concluímos que do despacho que determina a realização do exame de sanidade mental não cabe recurso.

Conforme o parágrafo primeiro do artigo 150, o exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INTERNAÇÃO PARA EXAME. EXCESSO DE PRAZO NA REALIZAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Acusado que, em face da dúvida sobre sua integridade mental à época do crime, foi internado em hospital de custódia para exame médico-legal, estando segregado há mais de um ano.

2. A manutenção do examinando por mais de 01 (um) ano em hospital de custódia para exame de insanidade mental não encontra amparo na interpretação da lei, tampouco no próprio princípio da razoabilidade, inerente aos trâmites processuais mais complexos.

3. Se é certo que a lei faculta a dilação do prazo nos casos em que os peritos necessitem de mais tempo para o diagnóstico, assim entendendo os casos de difícil análise, não é menos acertado apontar que há constrangimento ilegal à liberdade do recorrente diante de sua segregação, por mais de 01 (um) ano, sem que se tenha notícia da elaboração do laudo. É nítida a violação ao princípio da razoabilidade.

4. Recurso a que se dá provimento.

(STJ, RHC 19879/BA, 6ª T, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 06.02.2007, DJ 12.03.2007, p. 330).

Recomenda Noronha (*apud* MIRABETE, 2000) que o juiz, desde já, fixe o prazo da prorrogação, evitando assim uma demora injustificada. E ainda se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Se os peritos concluírem, findo o prazo, que o acusado era, ao tempo da infração, incapaz de compreender seus atos e os seus reflexos, o processo prosseguirá com a presença de curador. Por outro lado, verificando-se que a doença mental sobreveio à infração, deverá o processo manter-se suspenso até que haja o restabelecimento mínimo do acusado, conforme o parágrafo segundo do artigo 149. Nesta situação específica, o juiz poderá ordenar a internação do agente em um HCTP ou em algum outro estabelecimento adequado.

O incidente da insanidade mental deverá ser processado em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.

Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, inimputável, nos termos do artigo 26 do Código Penal, deverá ser nomeado curador para o agente. E, ao final do processo, deverá ser aplicada a medida de segurança cabível. O mesmo valerá para o caso daquele que for declarado, pelos peritos, semi-imputável (GRECCO FILHO, 2002).

Na possibilidade de os peritos contabilizarem que o acusado não era inimputável no momento da prática penal e sua condição mental persiste, ou seja, ele continua sem apresentar nenhum tipo de transtorno mental, o processo deverá seguir normalmente, sem a presença de curador.

Se a insanidade sobrevier no curso do processo e antes da execução penal, deve-se levar em consideração o bom senso.

INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO (SUPERVENIÊNCIA).  
SUSPENSÃO DO PROCESSO (NECESSIDADE). PENA (CARÁTER REEDUCATIVO).

1. Constatada a doença mental do acusado, é de rigor a suspensão do processo penal até que o réu se restabeleça, sob pena de se violarem os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 152 do Cód. de Pr. Penal).

2. É de ver que eventual imposição de pena – em casos que tais – retira da sanção penal o caráter reeducativo.

3. Ordem concedida.

(STJ, HC 41808/RJ, 6ª t. Rel. Min. Nilson Naves, j. em 15.08.2006, DJ 27.08.2007, p. 292).

Assim, caso a perícia constate que à época do fato o agente era imputável, mas que no decorrer do processo, ele desenvolveu algum tipo de transtorno mental, para parcela da literatura deverá o processo ser suspenso até que o acusado se restabeleça. Para outra parcela da doutrina, no entanto, não se pode mais determinar a internação por período indeterminado, pois isso atenta contra a

liberdade física do acusado. Assim, para estes autores, nomeia-se curador para o acusado e o processo segue.

Por fim, a hipótese contida no artigo 154 do CPP. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, deve o juiz observar o disposto no artigo 682 do CPP. Porém, com o advento da Lei 7.210/84, a matéria passou a ser disciplinada pela mesma, onde é prevista a possibilidade, na hipótese de conversão de pena em medida de segurança. Cabe ao juiz decidir pela simples transferência, computando-se o tempo da internação na duração da pena. Assim, a duração da medida de segurança não poderá ser superior ao tempo da pena privativa de liberdade.

#### **4.4 Sentença absolutória**

Os crimes de competência do Tribunal do Júri são processados e julgados em duas fases: o *judiciom accusationis* e o *judicium causae*. Na primeira, o processo tem início com o oferecimento da denúncia e se encerra com a sentença de pronúncia; a segunda tem início com o libelo e termina com o julgamento pelos membros do Tribunal do Júri.

A sentença de pronúncia determina a admissibilidade do julgamento daquela ação pelo Júri. É, assim, o momento determinante para que o processo passe a correr por normas diferenciadas. No entanto, este momento pode ter outras decisões: impronúncia, desclassificação e absolvição sumária.

A impronúncia está prevista no artigo 409 do CPP: “Se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa”. Isto não significa dizer que não haja julgamento dos eventuais outros crimes correlacionados. Ou seja, é apenas a decretação da inadmissibilidade de remessa para o Júri, não havendo decisão definitiva em favor do acusado: “Enquanto não extinta a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado processo contra o réu, se houver novas provas”.

Assim, subentende-se que não há julgamento do mérito da ação, sob pena de ocorrer uma questão prejudicial obrigatória.

A desclassificação ocorre quando o juiz se convence da existência de crime diverso dos de competência do Júri. Deverá o juiz, nestes casos, remeter o processo ao juiz que seja competente para processar e julgar tal ação. Em qualquer caso, conforme o artigo 410 do CPP será reaberto ao acusado prazo para defesa e indicação de testemunhas, prosseguindo-se, depois de encerrada a inquirição, de acordo com o procedimento do juiz singular.

Dentro do nosso estudo, assume relevância a análise da sentença que decreta absolvição sumária, posto que existe a possibilidade de que o crime cometido pelo agente seja um crime de competência do júri.

Marques (2000) explica que a sentença de absolvição sumária tem caráter definitivo, pois decide sobre o mérito da questão. O juiz, no caso desta sentença, decide que o réu é inocente, por vários motivos, incluindo não ser o culpado.

Os seis incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal apresentam os possíveis fundamentos de uma sentença absolutória: I) estar provada a inexistência do fato; II) não haver prova da inexistência do fato; III) não constituir o fato infração penal; IV) Não existir prova de o réu ter concorrido para a infração penal; V) existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena e, VI) não existir prova suficiente para a condenação.

Vale destacar que são causas de *exclusão da antijuridicidade*: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, dentre outros.

Segundo Jesus (2003), as causas excludentes de culpabilidade são as seguintes: o erro de proibição (art.21), a coação moral irresistível (art.22, 1º parte), a obediência hierárquica (art. 22, 2º parte), a inimp utabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (incluindo a menoridade penal) ou retardado (art. 26, *caput*, e 27) e a inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (CP, art.28, §1º).

Assim, em se tratando de procedimento de competência do Tribunal do Júri, uma vez constatado o transtorno mental do agente, deverá o juiz absolvê-lo, indicando na seqüência, medida de segurança cabível, até que a periculosidade do agente cesse (art. 386, parágrafo único, III).

#### **4.5 Internação psiquiátrica – a reforma psiquiátrica e a luta anti-manicomial**

O Estado, enquanto provedor de garantias mínimas constitucionais, decorrentes da premissa da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, possui algumas responsabilidades em se tratando do tratamento a ser dispensado àqueles portadores de transtornos mentais que sejam sentenciados à internação psiquiátrica. Assim, surge a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Determina esta Lei que é responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais. Indica ainda a lei, neste dispositivo específico, que isso deverá ocorrer com a devida participação da sociedade e da família.

Tais ações de saúde e promoção deverão ser prestadas em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Assim, se houver mecanismos disponíveis, vias de regra, capazes de solucionar/estabilizar a situação daquele portador de transtorno mental, deverão eles ser utilizados em detrimento da medida de internação, pela proteção da liberdade e dignidade daquele cidadão.

A finalidade primordial da internação psiquiátrica será, antes de qualquer outra, a reinserção social do paciente em seu meio. E, para isso, o tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à

pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros.

A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Para fins de nosso estudo, compreenda-se o laudo que motivará a decisão judicial, internação esta conhecida como compulsória. O juiz, ao determinar a internação, deverá levar em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Para fins de preservação da identidade e integridade da personalidade do paciente portador de transtorno mental internado em decorrência de decisão judicial, pesquisas científicas, sejam para fins diagnósticos ou terapêuticos, não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal. Ademais, uma vez autorizadas por quem de direito, serão devidamente comunicadas aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Deve-se frisar que a questão da internação psiquiátrica não se resume à lei 10.261/01. Em realidade, com a conhecida reforma psiquiátrica, este modelo de internação tende a diminuir até tornar-se ínfimo ou, mesmo, sumir. O movimento da reforma psiquiátrica vem ligado, embora não de forma umbilical, ao movimento da luta antimanicomial, que defende, em poucas linhas, a extinção dos hospitais psiquiátricos e a re-inserção daqueles portadores de transtornos psiquiátricos no convívio social. Assim, a reforma psiquiátrica determina a substituição progressiva dos leitos nos hospitais psiquiátricos por rede de atenção integral em saúde mental, bem como clama por regras de proteção aos que padecem de sofrimento psíquico, especialmente quanto às internações psiquiátricas compulsórias.

Percebe-se, assim, que existem reflexos da reforma psiquiátrica nas internações determinadas pelo poder judiciário. Isto não significa dizer que indivíduos notadamente perigosos devam ser automaticamente re-inseridos no meio social em que vivem; seria uma irresponsabilidade do Estado tão somente indicar a extinção de hospitais psiquiátricos sem nada desenvolver no sentido de solucionar este problema, pois esta medida não acarretaria na ressocialização do

inimputável. Assim, acreditamos que a reforma psiquiátrica se faz necessária, mas deve ocorrer de modo gradual, para que haja completo restabelecimento daqueles que necessitam tratar seus transtornos de ordem mental.

Alguns autores criticam a atual legislação em vigor; muito embora ela represente um avanço em relação à legislação de 1934 (GENTIL FILHO, 1999). Proibir a construção de hospitais psiquiátricos impede a modernização do parque hospitalar, além de criar uma reserva de mercado, dificultando o acesso de pessoas portadoras de transtornos mentais a um atendimento com um mínimo de dignidade.

Gentil Filho (1999, p. 5), ao comentar a Lei 10.261/01, à época ainda substitutivo, aprovado recentemente no Senado, sugere que se façam algumas alterações no bojo da lei:

*Para que isso não ocorresse, bastariam duas pequenas alterações em seu texto. A primeira seria a modificação da redação do Artigo 4º para: "O Poder Público destinará recursos orçamentários para a construção e manutenção de uma rede de serviços de saúde mental diversificada e qualificada, sendo que a construção de novos hospitais psiquiátricos públicos e a contratação ou financiamento, pelo Poder Público, de novos leitos em hospitais psiquiátricos somente será permitida nas regiões onde não exista estrutura assistencial adequada ou quando esses hospitais representarem efetivo avanço no modelo de assistência hospitalar, desde que aprovada pelas Comissões Intergestoras e de controle social dos três níveis de gestão do SUS".*

Desta forma, ao invés de proibir a modernização e o ingresso de novos grupos que possam se dispor a investir em bons projetos no setor, a lei impediria a manutenção dos atuais manicômios e estimularia sua substituição por instituições médicas de alta complexidade, chamadas hospitais. Mantida como está, ela condenará nossos pacientes a viver em manicômios até que seja instalada a caríssima rede alternativa, que nem os países mais ricos conseguem manter.

Isto ocorre porque a substituição dos manicômios por unidades psiquiátricas em hospitais gerais não resolve os problemas da hospitalização. O confinamento em enfermarias psiquiátricas, compartilhadas por portadores de problemas tão diversos quanto os que hoje habitam os manicômios e as unidades psiquiátricas nos hospitais gerais, não é o que de melhor se pode oferecer em termos de atendimento psiquiátrico, limitando os mecanismos de restabelecimento social do paciente.

Ainda conforme Gentil Filho (1999), as equipes poderiam trabalhar melhor em unidades para patologias afins, tanto nos hospitais gerais quanto em um moderno hospital psiquiátrico, horizontal, em campo aberto. E, de fato, pode-se afirmar que algo parecido já existe, para pacientes particulares, em hospitais brasileiros. Se, um dia, o SUS puder oferecer esse padrão de internação, com recursos humanos e remuneração condizentes, isso poderá ser mais eficiente e mais desejável do que a enfermagem psiquiátrica de um hospital geral. Só que será proibido por lei federal, como de fato o seria hoje.

Percebe-se assim que as questões que envolvem a reforma psiquiátrica são plenas de controvérsias, sem que haja um posicionamento definitivo acerca do assunto. E, mais importante, sem dar-se a atenção devida ao portador de transtorno de natureza mental. Assim, aqueles declarados por laudo pericial como inimputáveis ou semi-imputáveis acabam sofrendo as conseqüências da segregação da sociedade.

## CONCLUSÃO

O tema da inimputabilidade decorrente de transtorno mental, num primeiro momento, parece assunto já estabilizado em se tratando dos aspectos jurídico-legais. Porém, uma segunda análise do tema, mais profunda, nos revela que por trás desta aparente calma existe um tema controverso e com inúmeras facetas, às vezes imprevisíveis.

O aparecimento de um transtorno de natureza mental pode alterar completamente o ritmo de vida de uma pessoa. Muitas vezes ela deixa de ser responsável pelos seus atos e passa a necessitar de alguém que lhe dê suporte. Neste aspecto ela poderá, também, praticar algo que a legislação pátria defina como crime. E, em virtude da sua situação especial, o tratamento que lhe será dispensado é previamente estabelecido em lei. Assim, àquele cuja sanidade mental se encontra ausente ou debilitada, ser-lhe-á destinado um processo penal diferenciado, com conseqüências de execução penal diversas daquelas habitualmente destinadas àqueles que praticam crimes.

O Estado, ao mesmo tempo em que detém consigo o direito/dever de punir, deve também zelar pela manutenção da saúde mental e qualidade de vida de seus cidadãos. Entra assim uma questão controvertida a respeito do tratamento que deve ser dado aos portadores de transtornos mentais assim diagnosticados por laudo pericial.

Tratamento diferenciado deve ser dado àqueles diagnosticados como semi-imputáveis. Encontram-se algumas questões controversas a respeito da possibilidade de diminuição do tempo de pena, tendo em vista a discutida faculdade concedida ao juiz prolator daquela sentença.

Outra questão digna de destaque reside no fato de, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, também prevalecer a questão relacionada à sanidade mental do acusado. Assim, tem-se que na realidade a grande função da decretação da insanidade mental daquele acusado de praticar um crime é proteger à sociedade e a ele mesmo de sua periculosidade.

Por fim, ressalta-se que, a despeito da aparente estabilidade da questão que envolve a medida de internação do inimputável penal, reside aí uma das maiores controvérsias ligadas ao mundo médico e da promoção da saúde. A medida de internação, como vem sendo aplicada, é insuficiente para promover a saúde mental do interno.

As alterações legislativas vêm, neste sentido, melhorando a situação dos portadores de transtornos de ordem mental; no entanto, ainda recebem duras críticas por parte dos profissionais da área da saúde, pelas limitações que impõe ao funcionamento dos estabelecimentos de tratamento e promoção da saúde. Ressalta-se ainda a força do movimento conhecido como luta antimanicomial na edição da legislação nacional a respeito do tema.

Conclui-se que, a despeito de a lei tentar prever todas as situações envolvendo o portador de transtorno mental, torna-se difícil fazer-lhe um acompanhamento que lhe permita retornar à sociedade, seja pela dificuldade de internação em estabelecimento adequado, seja pela falta de atenção dada ao tema. Há a necessidade de a sociedade manter-se mais atenta às modificações ocorridas no tratamento dispensado aos portadores de transtornos mentais, para que estes não se mantenham à margem da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Naomar. **O conceito de saúde e a vigilância sanitária:** notas para a compreensão de um conjunto organizado de práticas de saúde. In: I Seminário Temático Permanente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília [DF]: Anvisa, 2000. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/snvs/coprh/seminario/conceito.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2008.

ALMEIDA, G.H. *et al.* Os caminhos da integralidade da atenção: uma proposta de reorganização dos níveis de atenção em saúde mental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PSIQUIATRIA, 2005, Belo Horizonte, MG. **Anais**. Belo Horizonte, 2005.

ALMEIDA, G.H. **Possibilidades e impasses de acolhimento e tratamento de portadores de esquizofrenia na atenção básica:** a visão de gestores, técnicos, familiares e pacientes [tese de doutorado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP; 2007.

AMARANTE, P. (Org.) **Loucos pela vida:** a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro: ENSP, 1995.

ANDREOLI, S.B. Serviços de saúde mental no Brasil. In: MELLO, M.F. MELLO, A.A.F.; KOHN, R. (Org.). **Epidemiologia da saúde mental no Brasil**. Porto Alegre: Artmed, 2007. 207 p. Cap. 3, p. 85-100.

AQUINO, R. A. B. **O Impacto dos centro de atenção psicossocial – CAPS nas internações no Município de Fortaleza.** 2003. 87 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2003.

BANDEIRA, M.*et al.* Avaliação da ocorrência de transtornos mentais comuns em usuários do Programa de Saúde da Família. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v.56, n.1, p.41-47, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

BEZERRA JUNIOR, B.; AMARANTE, P. A Psiquiatria sem hospício: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica. In: ROTELLI, F.; AMARANTE, P. **Reformas psiquiátricas na Itália e no Brasil:** aspectos históricos e metodológicos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Reforma Psiquiátrica e Manicômio Judiciário**, p.14-23, Brasília, 2002.

BUSS, P. M. Promoção da saúde e qualidade de vida. **Ciência & Saúde Coletiva**, 5(1): 163-177. 2000.

BUSS, P. M. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. In: **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendência. Organizado por Dina Czeresnia. Rio de Janeiro: editora Fiocruz, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal, parte general**. Bogotá: Temis, 1977. v. 2.

DELGADO, P.G.G. et al. Reforma Psiquiátrica e Política de Saúde Mental. In: MELLO, M.F.; MELLO, A.A.F.; KOHN, R. (Org.). **Epidemiologia da saúde mental no Brasil**. Porto Alegre: Artmed, 2007. 207 p. cap. 2, p. 39-79.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUMMAR FILHO, J. **Psicopatologia e mal estar social**. Fortaleza: Edições Livro Técnico, 120 p., 2005.

ELSEN, I. Desafios da enfermagem no cuidado de famílias. In: BUB, L.I.P. (Coord.) **Marcos para a prática de enfermagem com famílias**. Florianópolis: UFSC, 1994. 195 p., p.61-67.

FERRAZ, M. P. T. Manicômio, asilo ou hospital psiquiátrico? **Psiquiatria Hoje**, ano 22, n. 1, p. 8-9, 2000.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GENTIL FILHO, Valentim. A Lei Delgado e o futuro da assistência psiquiátrica. **Rev. Bras. Psiq.**, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 5, jan./mar. 1999.

GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. parte geral. 1 v. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACIEL, A.A. **A procura por cuidados de saúde**: o papel das crenças e percepções das mulheres na vivência do processo saúde-doença. 1999. Tese, São Paulo.

MARI, J.J. et al. Epidemiologia dos transtornos psiquiátricos em adultos. In: MELLO, M.F.; MELLO, A.A.F.; KOHN, R. (Org.). **Epidemiologia da saúde mental no Brasil**. Porto Alegre: Artmed, 2007. 207 p. Cap. 5, p. 129-141.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da Jurisprudência**. São Paulo: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ONOCKO-CAMPOS, R. T.; FURTADO, J. P. Entre a saúde coletiva e a saúde mental: um instrumental para avaliação da rede de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) do Sistema único de Saúde. **Caderno de Saúde Pública**, v. 22, n. 5, p. 1053-1062, 2006.

PALHA, A. P. Refletindo sobre os prós e contras da reforma do modelo assistencial em Portugal. **Psiquiatria Hoje**, ano 27, n. 1, p.13-14, 2006.

PEREIRA, M. A; LABATE, R. C.; FARIAS, F. L. R. Refletindo a evolução histórica da enfermagem psiquiátrica. **Acta Paul. Enf.**, São Paulo, a. 11, n. 3, p. 52059, jul./set. 1998.

PEREIRA NETO, A. de F. Foucault, Derrida e a História da Loucura: notas sobre uma polêmica. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.14, n.3, p.367-641, jul./set. 1998.

RODRIGUES, Leiner Resende. **"Só quem sabe da doença dele é Deus"** - O significado da doença mental no contexto cultural. 2001. [dissertação]. Ribeirão Preto: Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP; 2001.

ROTELLI, F. ; AMARANTE, P. **Reformas psiquiátricas na Itália e no Brasil: aspectos históricos e metodológicos**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

SPADINI, Luciene Simões; SOUZA, Maria Conceição Bernardo de Mello. A doença mental sob o olhar de pacientes e familiares. **Rev. Esc. Enf. USP**, São Paulo, a. 40, n. 1, p. 123-127, jan/fev. 2006.

TABORDA, José G. V; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WHO. Carta de Ottawa. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Promoção da saúde: cartas de Ottawa, Adelaide, Sundsvall e Santa Fé de Bogotá**. Brasília, DF, 1986. p. 11-18.

ZUSMAN J.A. Reflexões, Revoluções e Reformas Psiquiátricas. **Psiquiatria Hoje**, ano 24, n. 2, p. 8-16, 2003.