

A IMPUTABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA CONDUTA

Filipe Wesley Leandro Pinheiro da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco

Resumo

Dentro do conceito analítico de crime, a imputabilidade sempre foi enquadrada como pressuposto da culpabilidade ou como seu elemento. Caso se fizesse presente algum dos requisitos que levassem à inimputabilidade, restaria afastada a culpabilidade. Ocorre que a exclusão da culpabilidade na hipótese de inimputabilidade, diferentemente dos outros elementos, não levaria a afastar a possibilidade de alguma resposta estatal, sendo aplicada medida de segurança. Sendo a inimputabilidade um elemento diretamente relacionado à capacidade do agente de representação dos fatos, interferiria diretamente na conduta dolosa, presente na tipicidade a partir do finalismo. O artigo possui como objetivo analisar de que forma a imputação de um crime a um agente totalmente inimputável cria uma falsa afirmação sobre sua capacidade de representação dos fatos, e, consequentemente, vicia a consciência de sua ação, situação não configurável para àquele imputável que agisse com erro escusável, tornando-se uma presunção de conduta dolosa dirigida a um fim. Quanto à metodologia, optou-se pela abordagem exploratória, valendo-se de revisão da literatura. No que tange o resultado, ver-se-á que a aplicação de medida de segurança em caso de inimputabilidade implica responsabilidade objetiva do inimputável, não justificável dogmaticamente, colocando-o numa situação desfavorável ao imputável em erro escusável, e submetendo-o a uma medida estatal, quando não deveria haver a atuação penal. Na conclusão, defender-se-á a tese segundo a qual em caso de inimputabilidade ocorrerá o afastamento de qualquer medida penal, mesmo que “favorável” ao agente inimputável, por ausência de tipicidade, sendo-lhe aplicadas medidas protetivas, as quais são objeto da seara cível.

Palavras-chave: direito penal; conceito analítico de crime; dolo; imputabilidade.

Abstract

Within the analytical concept of crime, imputability has always been framed as a prerequisite for culpability or as its element. If any of the requirements that lead to non-imputability were present, culpability would be ruled out. However, the exclusion of culpability in the event of

non-imputability, unlike the other elements, would not rule out the possibility of any state response, with a security measure being applied. Since non-imputability is an element directly related to the agent's ability to represent the facts, it would directly interfere with the willful conduct, present in the typicality based on finalism.

The article aims to analyze how the attribution of a crime to a totally non-imputable agent creates a false statement about his ability to represent the facts, and, consequently, vitiates the awareness of his action, a situation that is not configurable for an imputable person who acted with an excusable error, becoming a presumption of willful conduct directed towards an end.

As for the methodology, an exploratory approach was chosen, using a literature review.

As regards the result, it will be seen that the application of a security measure in the case of non-imputability implies the objective liability of the non-imputable person, which cannot be justifiably dogmatically, placing him in an unfavorable situation to the person responsible for excusable error, and subjecting him to a state measure, when there should be no criminal action. In conclusion, the thesis will be defended according to which in the case of non-imputability, any criminal measure will be excluded, even if "favorable" to the non-imputable agent, due to the lack of typicality, and protective measures will be applied to him, which are the subject of the civil sphere.

Keywords: criminal law; crime analytical concept; fraud; imputability.

1 Introdução

Na evolução da teoria do crime, durante o período causalista e neokantista, a imputabilidade foi considerada pressuposto ou elemento da culpabilidade, sempre antes da análise dos elementos dolo e culpa. Após o finalismo de Hans Welzel e a migração do dolo e da culpa para a tipicidade, permanecendo somente a potencial consciência da ilicitude na culpabilidade, houve uma dissociação da análise da conduta e da imputabilidade, havendo primeiro a análise da existência de uma tipicidade subjetiva e posteriormente verificada a capacidade mental do agente.

Embora presente em ambas as modalidades, limitar-se-á neste

artigo à análise do dolo, no qual discute se há, na conduta, a presença do elemento cognitivo, denominado de consciência ou representação, que se refere à capacidade do agente de entender a conduta que será perpetrada e a possibilidade da geração de um resultado danoso ou risco a terceiros através dos meios empregados.

Seja para imputáveis ou não, quando se analisa a tipicidade, há somente o exame da conduta, sem considerações sobre a existência ou não de condições normais mentais do agente, que somente será analisada na culpabilidade.

Ocorre que, a análise da consciência da conduta do agente somente é possível em caso de condições normais, quando se verifica a presença ou não de representação. Se o agente é totalmente inimputável, possuindo doença mental que o incapacite de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com tal entendimento, tal avaliação será uma presunção de conduta, já que o agente, em nenhum momento, terá consciência do seu ato.

Tal situação coloca o inimputável em situação desfavorável em relação ao imputável, pois na hipótese de erro de tipo escusável, ao imputável será possível afastar a conduta dolosa e culposa e, conseqüentemente, a tipicidade. No entanto, para o inimputável, que sequer atinge tal patamar mínimo de consciência para atuar em erro, não lhe é concedido o mesmo resultado em razão da necessidade de aplicação de uma medida de segurança. Assim, verifica-se que tal medida, que em tese lhe é favorável, denominada de “absolvição imprópria”, já que não há crime por ser inimputável, restringe sua liberdade, em uma medida de cunho sancionatório, embora não se verifique qualquer finalidade dessa “pena”. Sob outro prisma, a lei antimanicomial (Lei 10.216/2001) trouxe medidas protetivas em favor da pessoa com transtorno mental que ainda não foram adotadas na seara penal.

Assim, no presente artigo, após a explanação sobre a evolução da teoria do crime e a posição dos institutos da imputabilidade e do dolo no conceito analítico, analisar-se-á os elementos do dolo, especificamente o cognitivo, para entender se o inimputável possui tal condição para realizar uma ação relevante para o direito penal, ou atuará sempre em erro escusável, em situação desfavorável quanto ao imputável. Em seguida, far-se-á uma análise da imputabilidade, como previsto no Código Penal, para entender como tal instituto é relevante não somente para o juízo de reprovação do agente, mas para a própria análise da conduta. No mesmo tópico, fundamentar-se-á se a finalidade da pena se encontra ou não presente na medida de segurança para o inimputável, entendendo-se necessária ou não a atuação penal em

detrimento da seara cível e aplicação da lei antimanicomial. Ao final, concluir-se-á por uma mudança de entendimento em relação à análise da imputabilidade quanto à conduta.

A pesquisa é do tipo exploratória, valendo-se de revisão bibliográfica sobre o assunto.

2 Evolução da teoria do crime

Na evolução da teoria do crime, a primeira fase, denominada de clássica ou causalista, cujos expoentes são Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, houve a separação dos institutos que compõem o conceito analítico do crime em tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A tipicidade e ilicitude formavam a parte objetiva, e a culpabilidade a parte subjetiva. Na culpabilidade, seus elementos eram o dolo e a culpa, sendo a imputabilidade o pressuposto da culpabilidade. A esse respeito disserta Gomes Filho (2022, p. 54):

Os institutos da estrutura analítica do crime foram interpretados de maneira formal, sem a possibilidade do intérprete fazer juízo de valor. O crime foi dividido em duas partes: parte objetiva, formada por tipicidade e ilicitude; e parte subjetiva, formada pela culpabilidade, dentro do qual estavam o dolo e a culpa, funcionando a imputabilidade como mero pressuposto¹.

Nessa etapa, a culpabilidade era psicológica, diante da presença do dolo e da culpa, e não havia elementos normativos. O dolo era normativo, formado por representação, vontade e consciência da ilicitude. Sobre a consciência da ilicitude, entendia-se como necessário o *dolus malus* do Direito Romano, no sentido de causar o mal a alguém. Nesse sentido, pontua Gomes Filho (2022, p. 56):

Prevalece a afirmação de que o dolo causal clássico era normativo, formado por conhecimento das circunstâncias do fato, vontade de realizar o resultado representado e consciência da ilicitude. O dolo do sistema clássico também era psicológico, com espaços de valoração, incorporados em estados mentais do agente, e exigia a consciência da ilicitude, que constitui um

¹GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 54.

elemento axiológico, que se conectava à concepção de *dolos malus* do direito romano².

A conduta era considerada a partir de um movimento corporal voluntário que provocava modificações no mundo exterior.

Na fase neoclássica ou neokantista, a imputabilidade deixou de ser premissa da culpabilidade e passou a ser um dos seus elementos constitutivos. Além disso, a exigibilidade de conduta diversa foi incorporada à culpabilidade, permanecendo ainda o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade. Assim, nessa fase, a culpabilidade passa a ter uma natureza psicológica-normativa.

Não houve alteração estrutural quanto ao injusto, permanecendo como a parte objetiva, e a culpabilidade como a parte subjetiva. Mas houve a identificação de presença de elementos subjetivos na tipicidade com a existência de tipos penais que exigiam um dolo específico, como o “para si ou para outrem” do furto, bem como a presença de análise axiológica na antijuridicidade, havendo a presença de uma carga valorativa superior ao causalismo. Esclarecendo essas mudanças, assim define Gomes Filho:

No modelo neokantista, a culpabilidade foi alterada na composição de seus elementos. Nessa fase, a imputabilidade deixou de ser pressuposto e foi transformada em um elemento. O dolo e a culpa deixaram de ser espécies de culpabilidade e se transformaram em elementos da culpabilidade. Por fim, o terceiro e novo elemento, como já dito, passou a ser a exigibilidade de conduta diversa (Gomes Filho, 2022, p. 66)³.

Como a conduta era considerada como o movimento corporal voluntário que provocava modificações no mundo exterior, não houve o rompimento com o sistema ôntico do causalismo.

Observa-se que a imputabilidade, seja como pressuposto ou como elemento, era verificável antes do dolo e da culpa, o que poderia, em caso de inimputabilidade, afastar sua análise e a ocorrência de crime, submetendo o agente à medida de segurança. Dessa forma, a análise

²Idem.

³GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.2

sobre a possibilidade de condições normais de representação do agente era aferível antes do dolo.

Posteriormente, com o finalismo, houve uma alteração profunda na posição dos elementos do conceito analítico de crime. O dolo e a culpa, formados somente pela consciência e vontade, migraram para a tipicidade, passando a ser meramente psicológicos, já que a consciência da ilicitude permaneceu na culpabilidade. Agora o dolo passou a ser entendido como à vontade humana dirigida a um fim. Sobre essas mudanças, resume os doutrinadores Dermeval Farias Gomes Filho (2022, p.72) e Cláudio Brandão (2022, p. 69):

No injusto doloso, a vontade integra o dolo. O dolo, com o finalismo, portanto, passa a integrar o tipo e é formado por vontade e representação do resultado. Abandona-se, desse modo, a consciência da ilicitude, a qual estava presente no dolo normativo causal clássico e neoclássico⁴.

Quando se diz que a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um fim, diz-se na verdade que o *dolo* reside na ação. Esta é a fundamental diferença entre a teoria causalista e a teoria finalista: na teoria causalista não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação, para esta teoria o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim rege a causalidade, logo, o conteúdo da vontade, isto é, o *dolo*, é integrante da ação⁵.

Na fase finalista, a culpabilidade passou a ser meramente normativa, tendo como elementos constitutivos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, e a exigibilidade de conduta diversa. Nessa fase, observa-se que a consciência da ilicitude deixou de ser atual para ser potencial, ou seja, desde que o agente pudesse ser capaz de atingir o conhecimento da ilicitude da conduta, poder-lhe-ia ser imputado a prática do crime. Com essa mudança, o dolo, através do seu elemento cognitivo, é analisado antes da imputabilidade, afirmando-se

⁴Idem.

⁵BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

que alguém agiu com consciência, para, na culpabilidade, avaliar suas condições mentais e entender-se que não tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento, sendo, portanto, inimputável e submetendo-o a uma medida de segurança. Nesse sentido, assevera Gomes Filho (2022, p. 74):

A culpabilidade no finalismo, por sua vez, se estrutura no livre arbítrio e constitui juízo de reprovação pessoal que tem por fundamento o poder de agir de outro modo e evitar a prática do fato proibido. Essa possibilidade de o agente agir de outro modo é o centro da culpabilidade do finalismo. Significa que o homem, quando capaz de agir conforme o direito, é responsável quando age de forma diversa.

Apesar de estar fundada na possibilidade de o agente, no caso concreto, agir de outro modo, a culpabilidade finalista exige que o agente possua capacidade de culpabilidade – ou capacidade de motivar-se de acordo com a norma (imputabilidade) – e que ainda esteja em condições de compreender o caráter ilícito do fato (potencial consciência da ilicitude)⁶.

Sobre a teoria social da ação e o funcionalismo, embora tenham seus entendimentos sobre o conceito analítico de crime, não houve alteração da estrutura e dos elementos do dolo e da imputabilidade.

3 O elemento cognitivo do dolo

Sobre os elementos do dolo, conforme magistério de Cláudio Brandão (2022, p. 131):

Toda ação tem em sua estrutura essencial a *vontade dirigida a um fim*; assim, toda ação é finalista. Ora, a vontade dirigida a um fim é precisamente *querer o resultado*. Assim, o dolo é um elemento integrante da conduta humana, pois só se quer o que se representa no plano mental com a consciência e no plano psíquico com volição. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o primeiro é

⁶GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade⁷.

Verifica-se que o dolo é formado pelos elementos consciência (ou representação), de ordem intelectual, e vontade, de ordem volitiva, ambos elementos internos do agente. Enquanto no elemento intelectual a intenção do agente somente ocorre em sua mente, no elemento volitivo tal intenção seria constatada através das ações externas dirigidas a um fim. Sobre tal conhecimento do agente, a doutrina se manifesta da seguinte forma:

A conduta intencional (ou dolosa) do sujeito pressupõe o conhecimento de todos os aspectos do comportamento, dos meios necessários para sua realização, bem como dos resultados a serem produzidos. [...] Em termos subjetivos, conhecimento é representação do fato, é compreensão de que o resultado naturalístico é certo ou provável como decorrência da conduta praticada (Galvão, 2023, p. 282)⁸.

O quadro ideal da ação humana, baseado no silogismo prático, representa uma ação final, direcionada a um objetivo, atuando o agente com conhecimento de todas as circunstâncias relevantes (no modelo conhecido como ‘desire-belief’) (Marteleto Filho, 2020, p. 260)⁹.

Como se observa, para se afirmar que uma pessoa praticou uma conduta dolosa, no momento da ação criminosa, o agente deve ter o conhecimento de que a conduta está sendo dirigida a tal finalidade, que o resultado que se quer produzir pode derivar de sua conduta, e que os meios que se pretende empregar são capazes de chegar a tal resultado.

E tal conhecimento exigido não é meramente potencial, do que se poderia ou não saber, mas sim o conhecimento atual das circunstâncias, do que o agente tinha acessível no momento de sua ação, como leciona

⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2022.

⁸ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2023.

⁹ MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*.

Francisco Muñoz Conde (1988, p. 58):

O conhecimento que exige o dolo é conhecimento atual, não bastando um conhecimento meramente potencial. Isto é, o sujeito deve saber o quê faz, não basta que tivesse devido ou podido sabê-lo. Isto não quer dizer que o sujeito deva ter um conhecimento exato de cada particularidade ou elemento do tipo objetivo. Em alguns casos, isto seria impossível. Assim, por exemplo, no estupro de uma menor de 12 anos não é preciso que o sujeito saiba exatamente sua idade, basta que aproximadamente a represente; no furto basta que saiba que a coisa é alheia, ainda que desconheça exatamente o seu dono¹⁰.

Observa-se, conforme citado anteriormente, que o conhecimento exigido é das circunstâncias relevantes para a consumação do crime. Nos exemplos citados, no caso de estupro, a idade da mulher menor de catorze anos de idade, seja treze, doze ou onze anos, não altera o conhecimento da circunstância ilícita; de igual modo, no furto, quanto à titularidade do bem móvel, contanto que se saiba que não lhe pertence. A possibilidade de erro sobre tais circunstâncias, no caso de a mulher possuir catorze ou mais anos de idade, ou ser do agente o bem subtraído, representaria erro sobre as circunstâncias fáticas, apto a excluir o dolo e significar a ausência de tipicidade por ausência de figura culposa. A esse respeito, segue a doutrina de Cláudio Brandão (2022, p. 137-138):

No dolo, a consciência refere-se à percepção dos elementos objetivos do tipo. Por exemplo, no crime de homicídio (art. 121 do Código Penal, que tipifica 'Matar alguém'), o sujeito deve ter consciência de que mata uma pessoa humana. Além disso, a consciência também deve abranger o curso causal da conduta, que conduz até a percepção do resultado.

[...]

Só é possível a configuração do segundo elemento do dolo, o volitivo, se o elemento intelectual estiver configurado. Tomás de Aquino já que o intelecto tem primazia sobre a vontade, porque

¹⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

se pode representar mentalmente sem querer, mas não se pode querer o que não se representou. Se, por exemplo, o agente nunca teve consciência da existência de um país chamado Omã (localizado no nordeste da África), jamais pode ter vontade de ir para lá. A consciência é, portanto, previamente necessária para a existência da vontade¹¹.

Concernente ao erro sobre as circunstâncias do tipo legal, de acordo com o artigo 20 do Código Penal, tal fato afasta o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. Para tanto, é necessário que o agente atue com representação fática, embora em erro sobre as circunstâncias.

Tratando sobre o elemento intelectual do dolo, leciona Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 151-152):

[...] O componente *intelectual* do dolo consiste no *conhecimento atual* das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica: não basta conhecimento *potencial* ou capaz de ser atualizado, mas também não se exige um conhecimento *refletido*, no sentido de conhecimento verbalizado. Esse elemento intelectual do dolo pode ser deduzido da regra sobre o erro de tipo: se o erro sobre os elementos objetivos do tipo legal exclui o dolo, então o conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo legal integra o dolo¹².

Agora se o agente, por doença mental, for incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de se comportar de acordo com esse entendimento, sendo totalmente inimputável, quando a consciência dos fatos não lhe seja possível atingir em razão da sua condição, seria possível afirmar que possui dolo para alguma conduta? E, nesse caso, seria possível afirmar que não atua em erro escusável? Entende-se que não, conforme ensinamento de Juarez Tavares dos Santos (2020, p. 191):

A falta de performatividade pressupõe, em sua análise, que a conduta do agente seja apreciada em face das normas proibitivas ou mandamentais, ou seja, das normas criminalizadoras. Essa

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

relação entre a conduta e as normas criminalizadoras é avaliada no âmbito do injusto, em uma fase prévia ao exame dos elementos do tipo. O que se objetiva, com essa inserção no âmbito do injusto de uma fase prévia destinada a avaliar a ação, é excluir do direito penal, por força da relação de contexto, aqueles comportamentos que não podem ser atribuídos a um sujeito que se encontre impossibilitado de atuar, porque não pode conferir à sua atuação uma pretensão de validade, ou seja, não pode refletir acerca da validade de sua conduta diante da norma. Como consequência normal dessa condição, o inimputável não deveria sofrer qualquer medida penal¹³.

Nesse sentido, concorda-se com a visão do autor.

4 A natureza jurídica da imputabilidade

Como se observou na evolução da teoria do crime, a culpabilidade constitui a parte subjetiva da teoria tripartida, sendo o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito, em relação ao fato. Discorrendo acerca do tema, infere Busato:

O Código Penal brasileiro procurou adotar um sistema misto, um *sistema bio-psicológico*, que congrega ambas as correntes. Ao fazê-lo, porém, estabeleceu a necessidade de coincidência das duas dimensões para a afirmação da imputabilidade. Dessa forma, será considerado inimputável apenas aquele que é portador de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, cujo problema mental seja a fonte da sua incapacidade de compreensão da ilicitude de suas condutas ou, em sendo possível compreendê-las, o inabilite para agir em conformidade com tal compreensão¹⁴.

Em sua obra “Fundamentos da Teoria do Delito”, Juarez Tavares (2020, p. 191), após declarar que a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, define a imputabilidade como “[...] o conjunto de qualida-

¹³TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 191.

¹⁴BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 400-401.

des pessoais que possibilitam a censura pessoal. O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação da sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade”¹⁵.

A imputabilidade inicia a análise dos elementos presentes na culpabilidade. Para tal análise, entende-se que, para os menores de dezoito anos de idade, adotou-se um critério etário, afastando-os da aplicação da lei penal, e submetendo-os às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para aqueles maiores de dezoito anos de idade, adotou-se um critério biopsicológico, segundo o qual, para se configurar o instituto da inimputabilidade, é necessária a conjugação da existência de uma doença mental (biológico), que afasta inteiramente a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato, e de determinar-se de acordo com esse entendimento (psicológico).

Sobre a incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato, dentro da análise da imputabilidade, leciona Fernando Galvão (2023, p. 519):

É necessário constatar se o sujeito possui certa capacidade psíquica para responsabilizá-lo criminalmente. No entanto, a capacidade que interessa do exame da culpabilidade não se confunde com a capacidade que confere voluntariedade à conduta humana, pois, em caso de atos involuntários, não se caracteriza o próprio tipo penal incriminador. Da mesma forma, a incapacidade que caracteriza a inimputabilidade não decorre da inconsciência, pois os atos inconscientes não caracterizam conduta jurídico-penal relevante. O movimento corpóreo inconsciente, verificado nas hipóteses de sonambulismo ou de atos reflexos, não caracteriza o pressuposto fático da teoria do crime. Também não interessa ao juízo de reprovação da culpabilidade a capacidade psíquica necessária ao reconhecimento dos dados fáticos coincidentes com os elementos objetivos do tipo, incriminador ou permissivo, que, segundo a teoria limitada da culpabilidade adotada pela legislação brasileira, constituem temas vinculados ao juízo de tipicidade. A incapacidade que interessa ao exame da culpabilidade é somente a incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato¹⁶.

¹⁵BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2022, p. 245.

¹⁶GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2023

Segundo o doutrinador citado, fora do contexto da ausência de voluntariedade, tal consciência não seria aquela necessária para o reconhecimento do elemento cognitivo do dolo, sendo a imputabilidade somente necessária para a compreensão do caráter ilícito do fato. Seguindo essa linha de raciocínio, nos termos do artigo 26, *caput*, do Código Penal¹⁷:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ao analisar a norma penal, observa-se que a inimputabilidade influencia diretamente nos demais elementos da culpabilidade, consistentes no potencial consciência da ilicitude do fato e na exigibilidade de conduta diversa, ou seja, incidindo a inimputabilidade, é o caso de afastamento da culpabilidade antes da análise dos demais elementos.

Nesse sentido, seguem as doutrinas de Cláudio Brandão (2022, p. 216-217) e Wagner Marteleto Filho (2022, p. 261-262):

Na última parte do conceito de culpabilidade, vemos que, para que a mesma de perfaça, é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao direito. Se o autor não pode, nas circunstâncias, comportar-se conforme o direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação. A razão da reprovação feita pelo juízo de culpabilidade é o fato de o autor, quando podia comportar-se conforme o direito, opta por se comportar contrário ao direito¹⁸.

O conteúdo de desvalor, portanto, não se estabelece, *per se*, a partir da intenção *strictu sensu*, mas também, especialmente, do controle de ação e sua realização externa, embora o manifesto perigo,

¹⁷BRASIL. *Código penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁸BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

conhecido pelo agente. O que se há de levar em conta é o distanciamento do comportamento em face daquilo que exige a norma¹⁹.

Nota-se que tal entendimento encontra consonância quando se analisa a posição da imputabilidade no causalismo e neokantismo, quando a inimputabilidade afasta a própria análise do dolo. No finalismo, após a migração do dolo para a tipicidade, essa total dissonância com o elemento cognitivo do dolo traz uma presunção de conhecimento que não se coaduna com a realidade.

No que tange às consequências práticas da inimputabilidade em nosso ordenamento jurídico, verifica-se que ao final de um processo penal, caso se entenda pela inimputabilidade do agente, será aplicada uma medida de segurança, após uma absolvição imprópria, submetendo-o a um cerceamento de liberdade, seja através da medida de internação, seja através da medida ambulatorial, não em razão do fato praticado, mas em razão de uma suposta periculosidade, de modo que “a medida de segurança não é retributiva, isto é, não é aplicada como reprovação à culpabilidade do agente, por isso, não se vincula ao passado (culpabilidade por um fato cometido), mas sim ao futuro, isto é, à perigosidade do sujeito” (Brandão, 2022, p. 252)²⁰.

Sobre a finalidade retributiva da sanção, observa-se a sua ineficácia, considerando que o agente inimputável será incapaz de entender a reprimenda a qual é submetido, conforme magistério de Salo de Carvalho (2020, p. 552) a seguir exposto:

O tipo ideal (ou o estereótipo teórico) que contrapõe a capacidade de culpa (culpabilidade) é a *condição* ou *potência de perigo* (periculosidade). O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, seria aquele que, diferentemente do culpável não possui condições mínimas de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, consequentemente, atuar conforme as expectativas do direito (agir de acordo com a lei). Em razão da ausência de condições

¹⁹MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

²⁰BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

cognitivas (déficits cognitivos) para direcionar sua vontade, a aplicação de uma *pena* com caráter marcadamente retributivo passa a ser inadequada, notadamente no esquema da *culpabilidade pela reprovabilidade*, em que se postula uma adequação da pena ao grau de reprovação do ato voluntário praticado pelo sujeito. Neste cenário de ausência de responsabilidade penal, a pena é substituída pela *medida* (de segurança) e a finalidade retributiva da sanção é substituída pela orientação de *tratamento do paciente*²¹.

Sobre a finalidade preventiva geral, assim como no caso de agente imputável que atua em erro escusável, é desnecessária a medida para reafirmação da norma ou intimidação aos seus destinatários, já que se trata de uma situação atípica.

Quanto à finalidade preventiva especial negativa, que atua sobre o agente, por sua incapacidade de entender a situação, resta ineficaz. Concernente à finalidade preventiva especial positiva, que busca sua ressocialização, resta descabido ressocializar quem nunca esteve à margem da lei.

Dessa forma, qualquer medida sobre o agente inimputável, de natureza penal, caracteriza um exercício de poder arbitrário pelo Estado.

Nesse sentido, seguem as lições de Salo de Carvalho (2020, p. 73) e Francisco Muñoz Conde (1988, p. 150):

As teorias absolutas da pena (ou teorias retributivistas) sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade de reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais)²².

[...] na base dessa postura estava a idéia de que o doente mental é sempre um ser perigoso, que deve ser encarcerado e isolado do resto da sociedade,

²¹CARVALHO, Salo de. *Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

²²Idem.

ainda mais quando cometeu um crime. Parece, pois, que os conceitos de doença mental e periculosidade estão, na prática jurídica, mais unidos do que uma análise precipitada e puramente teórica do tema possa dar a entender. O internamento obrigatório do doente mental que cometeu um crime se converte, assim, em um substitutivo da pena, com a mesma finalidade afliitiva e defensista. Para isso, mitifica-se a periculosidade do doente mental, exagerando sua importância qualitativa e quantitativa e fazendo dela um pretexto para impor medidas essencialmente repressivas, e não curativas, por mais que os atuais conhecimentos psiquiátricos demonstrem que a periculosidade permanente de alguns doentes mentais é muito reduzida, e poucos, com efeito, são os casos de internamento obrigatório justificado pela periculosidade do agente²³.

Buscando mudar tal panorama, a Lei Federal nº 10.216/2001²⁴, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, alterou tal paradigma, buscando medidas de proteção, ao invés de punitivas, para aquelas pessoas com transtornos mentais.

Essa lei coloca como responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, aliando a participação da sociedade e da família como parte dessa política de Estado. De acordo com o seu art. 4º, a internação, “em qualquer de suas modalidades”, só será indicada quando os recursos possíveis fora dos ambientes hospitalares se mostrarem insuficientes.

Contudo, mesmos passados mais de 20 anos desse novo direcionamento das políticas públicas para as pessoas com transtornos mentais, ainda não se divisa as suas repercussões dentro da seara penal, mantendo-se a responsabilidade penal do inimputável, retoricamente abrandada na, a ele atribuída, “absolvição imprópria”.

²³ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

²⁴ BRASIL. Lei Federal nº 10.216/2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

5 Imputabilidade como pressuposto da conduta

De acordo com o entendimento de Juarez Tavares (2020, p. 171):

Uma vez que o código tenha assumido a postura de eliminar da responsabilidade penal o inimputável, será também condição do injusto que o sujeito atue com plena capacidade de entendimento e autodeterminação. Isso porque não será possível edificar um sistema coerente se não se reconhecer no sujeito a capacidade de se vincular, conscientemente, à ilicitude da conduta, quer no âmbito dos delitos dolosos comissivos, quando dirija sua vontade no sentido da realização do fato injusto, quer no âmbito dos delitos omissivos, quando tenha consciência acerca da obrigatoriedade de cumprimento de um dever que lhe é imposto pela ordem jurídica, quer no âmbito dos delitos culposos, quando deva observar a atenção a deveres de cuidado, ao realizar uma conduta perigosa para o bem jurídico²⁵.

Ao não considerarmos a incapacidade de entendimento do inimputável, haverá sua submissão a uma situação desfavorável em relação ao imputável, já que, ao consciente, poder-se-ia entender pela atuação em erro e afastamento do dolo em caso de escusabilidade, enquanto ao inimputável não seria possível tal enquadramento. Ocorre que o inimputável não atingirá tal conhecimento, atuando sempre em erro escusável, que afasta o dolo e culpa, e sendo causa de exclusão da tipicidade.

Sobre essa temática, observa Juarez Tavares (2020, p. 192):

Essa antecipação da análise da antijuridicidade e do processo de imputação corresponde a um ajuste de performatividade, que opera pela lógica do discurso. Por essa lógica, um sistema se torna apto a solucionar um conflito quando leva em conta todos os parâmetros de orientação, no caso, a infração à norma proibitiva ou mandamental, a permissão da conduta e a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico, sob o enfoque de uma limitação da atuação

²⁵TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020

penal diante de um sujeito determinado. Quando o sujeito está fora do exame normal de consistência do sistema, como é o caso dos inimputáveis e daqueles que, por diversidade cultural, estejam submetidos a outras normas e valores, esse sistema deve variar para se ajustar às suas qualidades e superar os paradoxos de sua inconsistência²⁶.

Assim como ocorre no erro de tipo, a ausência de representação sobre a existência de norma proibitiva/permissiva ou sobre os limites de seu ato faz com que um agente inimputável seja incapaz de incidir em erro de proibição. Sobre a existência de uma norma proibitiva direta, a inimputabilidade já afastaria a potencial consciência de ilicitude. Ocorre que tal ausência de representação também é capaz de afastar a antijuridicidade de uma conduta no caso de erro de proibição indireta, incidente sobre normas permissivas, devendo ser considerada lícita sua conduta, caso seja típico.

Nesse sentido, segue a doutrina de Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 618):

[...] Não obstante, a pergunta sobre a capacidade de autor *inimputável* atuar em *erro de proibição* ou em *situações de exculpação* parece ter resposta negativa: **se** o defeito do aparelho psíquico do *inimputável* significa incapacidade intelectual de ‘entender o caráter ilícito do fato’, ou incapacidade volitiva de ‘determinar de acordo com esse entendimento’, *então* o *inimputável* não pode ter *conhecimento da proibição*, ou não pode *determinar* o comportamento *pelo conhecimento da proibição* – estados psíquicos pressupostos no *erro de proibição* –, nem pode possuir *dirigibilidade normativa* – estado psíquico pressuposto na *exigibilidade de comportamento diverso*, excluído ou reduzido nas *situações de exculpação*. Logo, autores *inimputáveis* por *incapacidade penal* determinada por *doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto* ou *retardado* não podem atuar em *erro de proibição* excludente ou redutor da culpabilidade, nem agir em *situações de exculpação*,

²⁶Idem.

excludentes ou redutoras da *dirigibilidade normativa*, que fundamenta a exigibilidade de comportamento diverso²⁷.

Evitando-se uma presunção de consciência de ação de um inimputável, e submetendo-o a condições desfavoráveis em relação ao agente imputável, a antecipação da análise para verificação da total inimputabilidade, em casos de dúvida sobre tal condição, para o interior do injusto, antes da análise da conduta, verificar-se-ia a possibilidade de o agente ter representação dos fatos. Nesse sentido, segue o entendimento de Juarez Tavares (2020, p. 171):

A incorporação da imputabilidade no âmbito do injusto, como condição do sujeito, não obsta, por outro lado, pelos princípios da lógica discursiva, que também seja levado a efeito na culpabilidade quando influir na determinação da pena. Isso ocorrerá quando a avaliação do sujeito conduzir ao reconhecimento de uma redução da capacidade de entendimento e de autodeterminação, por motivo de transtornos mentais ou *déficits* de desenvolvimento mental, de modo a caracterizar uma situação de semi-imputabilidade. Assim, a dupla análise da imputabilidade, no injusto e na culpabilidade, preenche os objetivos de integração dos elementos do delito, mas só tem mesmo relevância quando implique uma redução das medidas penais aplicáveis ao sujeito²⁸.

Caso se verifique que o agente possui capacidade para praticar a ação, tendo o elemento cognitivo de dolo, mesmo que reduzido, haverá a possibilidade de se analisar sua conduta, concluindo-se ou não pela tipicidade e antijuridicidade.

6 Conclusão

Em busca de uma racionalidade da dogmática penal, evitando-se a responsabilidade objetiva de um agente inimputável, propõe-se que a análise das condições cognitivas se dê anteriormente à análise da condu-

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

²⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ta, dentro do injusto penal. Caso seja totalmente inimputável, resta afastada a tipicidade por ausência de dolo, por falta de elemento cognitivo. Caso tenha deficiência cognitiva, ou seja, totalmente imputável, passa-se a analisar a conduta do agente. Ao final, na culpabilidade, em seu elemento da imputabilidade, será possível definir o grau de afetação que a doença mental foi capaz de causar na consciência sobre o caráter ilícito do fato ou na capacidade de comportar de acordo o entendimento exigido.

Tal tese segue o entendimento de Juarez Tavares (2020, p. 168-168), segundo o qual:

Uma vez configurado o sujeito da ação a partir de sua condição de pessoa deliberativa, segue-se também a edificação de um conceito de imputabilidade, como elemento decisivo para a estruturação do injusto penal. A doutrina penal da modernidade sempre considerou a imputabilidade como pressuposto ou mesmo como elemento da culpabilidade. Atendendo, porém, à necessidade de uma reformulação metodológica, no sentido de incluir o sujeito na configuração objetiva do delito, a questão da imputabilidade não pode mais ficar jungida exclusivamente à determinação dos fundamentos da responsabilidade subjetiva, mas sim aos contornos dos modelos de conduta. Daí proceder-se-á sua inclusão no âmbito do injusto. Normalmente, a análise da condição de pessoa deliberativa é precedente da análise da imputabilidade. No entanto, na linha dos pressupostos lógicos do discurso, nada obsta que a análise da imputabilidade possa ser também antecipada e se integre na condição do sujeito, antes que se fixem seus requisitos ou fundamentos como pessoa deliberativa²⁹.

Em consonância com o entendimento de Alexis Couto de Brito (2006, *apud* Martinelli; De Bem, 2023, p. 814-815), abaixo exposto, passa-se a entender que a imputabilidade seja analisada como um pressuposto da conduta, por ser inerente à pessoa, e não totalmente normativo.

²⁹TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

Distintamente da doutrina majoritária, Alexis Couto de Brito, por sua vez, entende ser a imputabilidade um *pressuposto da conduta*, e não um elemento da culpabilidade, uma vez que seu conteúdo é ontológico, inerente à pessoa, e não normativo. Para o autor, a imputabilidade é uma manifestação da autodeterminação em um discurso comunicativo. Significa dizer: imputável é quem tem capacidade de atuar comunicativamente, entendendo e fazendo-se entender, e com consciência e influência de seu modo de vida. Somente assim o conceito de culpabilidade seria puramente normativo, a ponto de se reduzir à consciência do ilícito. Dessa forma, a imputabilidade teria o papel de resolver a atribuição ou não do agir consciente à pessoa que não interage comunicativamente a certos tipos possuidores de elementos normativos, que exigem um mundo de vida maior para a realização de um discurso em nível comunicativo (Brito, Alexis Couto de. *Culpabilidade*, 2006, p. 249-252)³⁰.

Ao assim proceder, evitando-se a imputação àqueles com ausência de elemento cognitivo, entende-se que haveria uma adequação dogmática, não se presumindo dolo ou culpa de quem não possui consciência de sua conduta.

E, já constatada tal situação, não se buscaria na seara penal o tratamento ao inimputável através de medida de segurança, que não possui eficácia em sua finalidade retributiva ou preventiva, mas sim, sendo o caso de inimputabilidade do agente, dever-se-ia fazer o seu encaminhamento para a seara cível, buscando medidas de proteção em seu favor, tratando-o como sujeito de direito, merecedor da terapêutica adequada, e não como alguém que deva ter sua liberdade restringida por uma suposta periculosidade futura.

³⁰MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal, lições fundamentais*: parte geral. 8. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2023, p. 814-815.

Referências

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6 ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2022.

BRASIL. *Código penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.216/2001*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2023.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Dogmática penal*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal: fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal, lições fundamentais: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.