

INIMPUTÁVEL E O DIREITO PENAL: A IMPOSSIBILIDADE DE PUNI-LO FRENTE À TEORIA FINALISTA DA AÇÃO E AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luan Carlos Pereira¹

Stefani Allebrandt Luedke²

Andrey Luciano Bieger³

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 INIMPUTABILIDADE. 3 QUEM SÃO OS INIMPUTÁVEIS. 3.1 DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO. 3.2 MENORIDADE PENAL. 3.3 ESTADO DE EMBRIAGUEZ. 4 DIREITO PENAL E A PUNIÇÃO DO INIMPUTÁVEL. 4.1 PRESSUPOSTO DA PUNIÇÃO. 4.2 CRÍTICA A MEDIDA DE SEGURANÇA E SEU FUNDAMENTO. 5 O INIMPUTÁVEL E O INJUSTO PENAL. 5.1 A DESMISTIFICAÇÃO DA AÇÃO FINAL DO INIMPUTÁVEL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar a inimputabilidade, destacando o que de fato é este conceito, bem como, quem são os inimputáveis os quais estão inseridos no Código Penal brasileiro. Este trabalho busca da mesma forma esclarecer os critérios utilizados para a aferição da inimputabilidade. Diante a definição de inimputabilidade, o ensaio elucidará a ligação entre o Direito Penal e o Estado Democrático de Direito, desmistificando a teoria do crime e sua resposta a ação do inimputável. A referida pesquisa é desenvolvida, principalmente, por meio bibliográfico, com supedâneo em obras de renomados autores penais.

Palavras-chave: Inimputável. Direito Penal. Medida de Segurança. Teoria do Crime. Teoria finalista da ação.

1 INTRODUÇÃO

A imputabilidade penal é uma seara tormentosa, com diversos enlaces e intersecções entre a aplicação da pena e a teoria do delito. Em virtude disso, alguns doutrinadores, colocam-na como pressuposto da pena. Entretanto, à doutrina majoritária, a culpabilidade é um elemento do crime, compondo a formação do delito e não mero pressuposto da punição.⁴

O legislador penal optou pelo aspecto negativo da descrição da capacidade do agente, isto é, diz-se no Código Penal quem não é imputável. A redação do Artigo vinte e seis (26) do Código Pátrio, prelecionar que: “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

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. E-mail: lcpluanpereira@gmail.com

²Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. E-mail: stefaniluedke07@gmail.com

³Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. Mestre em Direito (UNOCHAPECÓ). E-mail: andrey@uceff.edu.br.

⁴PASCHOAL, Janaina Conceição. Título III: da imputabilidade penal. In: JALIL, Maurício Shaun (Coord.); FILHO, Vicente Greco (Coord.). **Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Barueri [SP]: Manoele, 2019. p. 96- 106.

fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”⁵

Pela redação do Artigo vinte e seis (26), o inimputável não está sujeito a pena, mas sim as medidas de segurança previstas no Título IV, do Código Penal. Imputabilidade é “a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável.”⁶ Já, inimputável é “quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas [...]”⁷

A posição do inimputável no Direito Penal é de suma relevância, pois, para que seja responsabilizado e sujeito a medida de segurança, é imprescindível que tenha realizado um injusto penal. Este, constituído pelo fato típico e antijurídico, tem como supedâneo a teoria final da ação, qual, por sua vez, não consegue explicar a conduta realizada por um inimputável.

Indubitavelmente, a medida de segurança e a punição do inimputável são resquícios do Direito Penal do Inimigo, que encontra-se adormecido sob os escombros dos genocídios do século XX, aguardando o momento para reerguer-se e compor o núcleo do Estado Democrático, o que vem ocorrendo repetidamente.⁸

O ensaio traz à tona a discussão sobre o inimputável e sua posição no Direito Penal, delineando sua conceituação e elementos que o circundam, bem como, uma análise detalhada da impossibilidade de um inimputável realizar um injusto típico e a inconstitucionalidade da medida de segurança.

2 INIMPUTABILIDADE

Sabe-se que no Código Penal Brasileiro não está expressamente definido o que de fato é imputabilidade, porém, seu conteúdo pode ser extraído indiretamente,

⁵Ibidem. p. 96.

⁶BITENCOURT, C. R. **Tratado De Direito Penal – Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 485.

⁷MUÑOZ CONDE Apud BITENCOURT, C. R. Op. Cit. p. 485

⁸A Lei nº. 13.964/2019, é o exemplo mais recente dos frutos que se formaram a partir de raízes do século passado. O aumento para quarenta (40) anos de cumprimento de pena é uma afronta ao Estado Democrático de Direito, com gênese nos “anseios sociais” que clamam por “justiça”. Contudo, esquece-se o povo que, um Direito Penal legitimado é um Direito sem controle. O Estado Social do início do século XX e seu Direito Penal Liberal, guardavam ligações com o autoritarismo, que veio à tona por volta da década de 30, com os regimes Nazifascistas. O Direito Penal do Estado Social serviu de legitimação para o Direito Nazista, inclusive, com diversos doutrinadores usando de suas obras para fomentar a punibilidade do Regime. Dentre esses, destaca-se Mezger e sua obra sobre os estranhos à comunidade. Diante disso, é imprescindível o cuidado com a legitimação dada ao *jus puniendi*, pois o inimigo de amanhã pode ser quem o legitima hoje. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007; e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. rev. e ampl. Valencia Tirant lo blanch, 2003).

da descrição estabelecida nos artigos vinte e seis (26) e vinte e sete (27) do Código Pátrio.⁹

Vale destacar que, a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade, ela é capaz de isentar de culpa, ou seja, se não há culpa, não haverá sanção, em regra.¹⁰

Como bem explana BITENCOURT,

pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a imputabilidade, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos. A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade.¹¹

Assim, há três (3) critérios, quais possuem como finalidade a aferição da inimputabilidade, sendo esses o sistema biológico, critério psíquico e por fim o critério biopsíquico.

O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica.¹²

Ao contrário do sistema biológico, o psicológico não se preocupa com a existência de perturbação mental no agente, mas se no momento da ação ou omissão delituosa, ele tinha condições de avaliar o caráter criminoso do fato e orientar-se com esse entendimento.¹³

Concernente ao sistema biopsicológico, nas palavras de BITENCOURT,

nos casos em que o agente padece de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado é necessário constatar a consequência psicológica desse distúrbio (sistema biopsicológico), pois este é o aspecto relevante para o Direito Penal no momento de decidir se o sujeito pode ser, ou não, punido com uma pena.¹⁴

Cita-se ainda, que esse critério possui como constatação da inimputabilidade os requisitos, de natureza biológica, ligado à causa ou elemento provocador, e relacionado com o efeito, ou a consequência psíquica provocada pela causa.¹⁵

⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 178

¹²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 178

¹⁵LENZA, Pedro (org.). **Direito Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Salienta-se ainda que, estes requisitos devem estar presentes para haver a inimputabilidade, à exceção dos menores de 18 anos regidos pelo sistema biológico, assim, é imprescindível que,

o requisito causal aduz a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, previsto em lei; o cronológico tange a atuação ao tempo da ação ou omissão delituosa e; ao consequencial compete a perda total da capacidade de entender ou da capacidade de querer.¹⁶

Desse modo, é inimputável aquele que, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, atue no momento da prática da infração penal sem capacidade de entender o caráter criminoso ou determinar -se conforme entendimento.¹⁷

3 QUEM SÃO OS INIMPUTÁVEIS

Tendo em vista a falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental, que podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade da culpabilidade,¹⁸ far-se-á indispensável mencionar quem são os inimputáveis sob a ótica do Direito Penal Brasileiro.

Consideram-se inimputáveis os doentes mentais ou os indivíduos que possuem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e que no momento do delito, encontravam-se em estado incapaz de compreender a ilicitude do ato;¹⁹ os menores de dezoito (18) anos, ou os que cometeram crime em estado de embriaguez completa, desde que seja proveniente de caso fortuito ou força maior.²⁰

3.1 DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

Desde tempos antigos este tema vem sendo discutido por várias pessoas na sociedade, prova disso se faz presente de acordo com as palavras de ARISTÓTELES, o qual presumia conforme sua definição a noção da responsabilidade

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

¹⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁰SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3 ed, 2008.

penal ao afirmar que,

só existe responsabilidade de comportamento, ou imputabilidade, quando o sujeito, no momento em que cometeu o comportamento, tinha a capacidade de conhecer a natureza e as consequências desse mesmo comportamento. Nos casos contrários o sujeito deve ser considerado inimputável, isto é, não responsável criminalmente nem civilmente pelo seu comportamento.²¹

Assim sendo, existem condições psíquicas que afetam a capacidade intelectual para compreender a ilicitude, no qual, certas espécies de psicoses e neuroses eliminam o senso valorativo da conduta, afetando a autodeterminação.²²

A doença mental deve compreender, portanto, como afirmava ANÍBAL BRUNO,

os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoias; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxicos-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias.²³

Concernente ao desenvolvimento mental retardado, é considerado aquele em que não se atingiu a maturidade psíquica, por deficiência de saúde mental. De regra, nas hipóteses de desenvolvimento mental retardado aparecem com alguma frequência os chamados casos fronteirizos, particularmente nas oligofrenias, nas quais o diagnóstico não oferece a segurança desejada.²⁴

O artigo vinte e seis (26), caput, do Código Penal refere-se à inimputabilidade penal em caso de doença mental, determinando ser isento de pena, o autor do delito que apresentar no momento da ação, ou omissão, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se em conformidade. Já, o parágrafo único do dispositivo, traz um redutor de pena – de um a dois terços –, que será aplicado ao agente se em virtude de perturbação a saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se em conformidade esse entendimento.²⁵

²¹ARISTÓTELES apud COSMOS, Eduardo Marcel; et al. **A Inimputabilidade Penal dos Doentes Mentais**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj033016.pdf/consult/cj033016.pdf> Acesso em: 29 jul 2020

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

²³ ANÍBAL apud CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

3.2 MENORIDADE PENAL

Segundo o artigo vinte e sete (27) do CP “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”²⁶ Segundo MIRABETE, ao determinar que os menores de idade são inimputáveis, o Código Penal adotou o chamado critério biológico, havendo nesse caso uma presunção absoluta de que os menores de dezoito (18) anos não reúnem a capacidade de autodeterminação.²⁷

Neste sentido, adotou a legislação pátria uma presunção de que todo menor de dezoito anos não é capaz de entender o caráter ilícito de sua ação, visualizando-o, pois, como possuidor de um desenvolvimento mental incompleto.²⁸

Caso ocorra a prática de algum crime, a atribuição de responsabilidade deve estar lastreado sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do adolescente,²⁹ ou seja, caso contrário, o Estado será mais severo com o menor de idade do que com um adulto capaz, impondo-lhe a responsabilidade penal objetiva.³⁰

3.3 ESTADO DE EMBRIAGUEZ

O Brasil optou por adotar o Critério Biopsicológico, logo, não basta o agente estar embriagado por caso fortuito ou força maior para que seja considerado inimputável, deve haver também a perda total da capacidade de entendimento.³¹ Além disso, a embriaguez pode ser definida como a intoxicação aguda e transitória provocada pela ingestão do álcool ou de substância de efeito análogo.³²

A doutrina identifica três estágios de embriaguez: excitação, depressão e letargia, no qual considera-se completa a embriaguez nas duas últimas fases, pois ela

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁷MIRABETE apud RESSEL, Sandra. **Menoridade Penal**. Âmbito jurídico, 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/menoridade-penal/> Acesso em 30 jul 2020

²⁸RESSEL, Sandra. **Menoridade Penal**. Âmbito jurídico, 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/menoridade-penal/> Acesso em 30 jul 2020

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

³¹ CHAVES, Marlon Ricardo. **Embriaguez como causa de exclusão de imputabilidade**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://marlonchaves.jusbrasil.com.br/artigos/121944088/embriaguez-como-causa-de-exclusao-de-imputabilidade> Acesso em: 30 jul 2020

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

retira quase por completo a capacidade de discernimento do agente.³³ É neste sentido que se utiliza o artigo vinte e oito (28), § 1º do Código Penal, no qual dispõe sobre a inimputabilidade por embriaguez completa.³⁴

No tocante, verifica-se a divisão de acordo com o grau de embriaguez, isto é, a fase que a substância inebriante possui sobre o organismo do agente. Portanto, conforme BITENCOURT, classificam-se em não acidental: intencional ou culposa; acidental: caso fortuito ou força maior; preordenada e; habitual e/ou patológica,³⁵ que devem ser analisadas para aplicar a inimputabilidade.

Frisa-se ainda, que na Exposição do Código Penal de 1940, o Ministro Campos explicou que,

ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência *preordenado*, mas a todos os casos em que o agente se deixa arrastar ao estado de inconsciência. Quando *voluntária* ou *culposa*, a embriaguez, ainda que plena, não isenta de responsabilidade.³⁶

O conflito que fica em debate se diz a respeito da *actio libera in causa* no qual caracteriza nos casos em que o agente é inimputável no momento da realização da conduta típica, havendo agido com dolo ou culpa no momento anterior, quando era imputável.³⁷ No entanto, a mesma não foi assumida pelo Código Penal de 1940 e tampouco na Reforma Penal de 84, aplicando, repetindo, autêntica responsabilidade penal objetiva ao ébrio, assim, significa que a embriaguez com dolo pode resultar em culpa e vice-versa.³⁸

4 DIREITO PENAL E A PUNIÇÃO DO INIMPUTÁVEL

As infrações penais praticadas por inimputáveis e fronteirços, até meados da década de oitenta (80), eram sancionadas com supedâneo do sistema duplo binário.

³³ LENZA, Pedro (org.). **Direito Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁴ BAIA, Lhais Silva. **Embriaguez e responsabilidade penal**. Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/embriaguez-responsabilidade-penal/> Acesso em: 30 jul 2020

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³⁶ CAMPOS apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Este servia como fonte de neutralização aos inimigos da sociedade, disfarçado pelos discursos “curativos” da sanção imposta.

A medida de segurança tem sua origem na escola positivista, principalmente dos discursos do inimigo ôntico de RAFFAELE GAROFALO³⁹. Essa sanção penal (administrativa, na sua origem), tem como principal objetivo neutralizar a pessoa que apresenta possibilidades futuras de voltar a delinquir, isto é, análise de periculosidade. Adotada pelo Código Penal Brasileiro de quarenta (40), com inspiração no Código Rocco (ou Italiano Fascista) da década de trinta (30).⁴⁰

A reforma penal de 1984, Lei nº. 7.209, “consciente da iniquidade e da disfuncionalidade do chamado sistema ‘duplo binário’ (...) adotou, em toda a sua extensão, o sistema vicariante, eliminando definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança (...)”⁴¹. Assim, o fundamento da pena estaria na culpabilidade, enquanto a essência da medida de segurança está na periculosidade.

Não obstante, o Direito Penal pátrio continuou influenciado pela doutrina positivista do século XIX, que se voltava para a neutralização do indivíduo perigoso, e, principalmente, punir ao inimigo que afronta o ordenamento estatal, mesmo que não tenha consciência do vitupério que praticou.

4.1 PRESSUPOSTO DA PUNIÇÃO

A doutrina traça requisitos limitadores do *jus puniendi*, restringindo a aplicação das medidas de segurança. Segundo BITENCOURT, são três os pressupostos:

1º. *Prática de Fato Típico Punível* – para que o inimputável seja sancionado, é imprescindível a prática de um injusto penal. Isto é, caso ocorra excludentes de criminalidade ou culpabilidade, o inimputável não será punido.

2º. *Periculosidade do Agente* – é necessário que o agente apresente um grau

³⁹A Medida de Segurança era vista como uma medida administrativa, com intuito de neutralizar os opositores do Estado, que, em sua maioria, eram considerados pouco desenvolvidos e, precipuamente, desvinculados dos princípios sociais e penais; estes, não podendo servir como base de limitação para com os inimigos. Percebe-se no discurso positivista íntima ligação para com a distribuição hobbesiana e kantiana da sanção penal, para quais o Direito Penal era aplicado aos membros do contrato social e, a punição mais intensa e sem piedade, desvinculada das limitações do Direito, para com os desvirtuadores da ordem.

⁴⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. Ed. 3. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁴¹BITENCOURT, C. R. Op. Cit. p. 940.

de periculosidade⁴². Segundo BITENCOURT, “o Código Penal prevê dois tipos periculosidade: 1) *periculosidade presumida* – quando o agente for inimputável (...); 2) *periculosidade real* - (...) quando se tratar de agente semi-imputável (...).”⁴³

3º. *Ausência de Imputabilidade plena*: o agente imputável estará sujeito, exclusivamente, a pena. O semi-imputável poderá sofrer pena ou medida de segurança, a depender da necessidade do caso concreto. Já o inimputável, estará sujeito somente a medida de segurança, pela presunção absoluta de periculosidade.

4.2 CRÍTICA A MEDIDA DE SEGURANÇA E SEU FUNDAMENTO

O inimputável possui presunção *jure et de jure* de periculosidade, denominada pela doutrina tradicional de periculosidade abstrata ou presumida. Presunção que vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, que proíbe punições baseadas em meras presunções. Assim, “a periculosidade somente poderá ser aferida em concreto, sendo uma presunção abstrata absoluta incompatível com o Estado Democrático de Direito.”⁴⁴

A temática do inimputável, já não mais encontra coerência com os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. Destes, destaca-se o princípio da proporcionalidade, vilipendiado pela manutenção das medidas de segurança no ordenamento pátrio. Segundo PASCHOAL,

na atual sistemática do Código, um imputável que cometa um homicídio simples pode ser colocado em liberdade condicional em dois anos, um terço da pena mínima. O inimputável pode ficar internado por toda a sua vida. Isso porque ele não compreende o caráter ilícito do fato?⁴⁵

Conclui a professora, que a explicação que se dá “é a de que a medida de segurança, diversamente da pena, teria por fim o tratamento, justificando-se, portanto, sua duração enquanto permanecer a periculosidade concretizada no fato previsto como crime”⁴⁶

Nas precisas palavras de CIRINO,

a crise das medidas de segurança estacionárias é a crise da prognose de periculosidade e da eficácia da internação para transformar condutas ilegais de inimputáveis em condutas legais de imputáveis. A inconsciência desses

⁴²Nas palavras de BITENCOURT. Op. Cit. p. 942. “periculosidade pode ser definida como *um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antisociabilidade*. É um *juízo de probabilidade* (...).”

⁴³Ibidem. p. 942.

⁴⁴PASCHOAL, Janaina Conceição. Op. Cit. p. 96-97.

⁴⁵Ibidem. p. 97.

⁴⁶Ibidem. p. 97.

pressupostos explica a convicção generalizada sobre a necessidade de redução radical das medidas de segurança estacionárias.⁴⁷

O conceito de periculosidade é um dos problemas fundamentais da aplicação da medida de segurança, sendo em substância, “um juízo de probabilidade que se forma diante de certos indícios. Trata-se de juízo empírico formulado, e, portanto, sujeito a graves erros.”⁴⁸

A perícia da qual se retira o fundamento técnico de periculosidade, apresenta problemas resultantes da instrumentalização deficitária da perícia. Para FRAGOSO

(...) as dificuldades a que conduz o critério legal, que concebe a psicologia da ação de forma que não corresponde à realidade. A ação se divide numa parte racional ou intelectual e noutra parte em que se opera a decisão da vontade. O perito pode constatar o estado de alteração do psiquismo, de fundo biológico, e assim pode afirmar se o acusado é, ou não, portador de qualquer das doenças mentais, mas são irrespondíveis as indagações sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação conforme a tal entendimento (KURT SCHNEIDER).⁴⁹

Os testes psicológicos são instrumentos de avaliação de possibilidade, mas não de diagnósticos. A margem de erro dos testes é incomensurável, apesar disso, são tidos como confiáveis, servindo como fonte de justificação às punições. A interdisciplinariedade do Direito, pode servir para fomentar a interpretação e limitar o *jus puniendi*, mas também para punir além do necessário.

5 O INIMPUTÁVEL E O INJUSTO PENAL

A Teoria do Crime é o ramo do Direito Penal responsável por organizar e delinear os elementos que compõem o crime. A culpabilidade é o terceiro elemento do delito, formado pela inimputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. O inimputável, conforme a doutrina tradicional, pratica o injusto ilícito e, só assim, poderá ser sancionado por seu grau de periculosidade.

Não obstante, a Teoria Final da Ação, predominante na doutrina pátria, não explica com clareza a conduta do inimputável. Diante desse impasse, apresenta-se prescindível a aplicação da medida de segurança, pelo princípio da exterioridade da ação (*Nulla injuria sine actione*).

⁴⁷SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2. ed. 2007. p. 641.

⁴⁸FRAGOSO *Apud* CARVALHO, Salo. PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 523. Nota de rodapé 50.

⁴⁹FRAGOSO *Apud* CARVALHO, Salo. Op. Cit. p. 523. Nota de rodapé 50.

5.1 A DESMISTIFICAÇÃO DA AÇÃO FINAL DO INIMPUTÁVEL

A teoria predominante da ação na doutrina nacional, indubitavelmente, é a Final da Ação, desenvolvida por WELZEL com inspiração na Obra de SAMUEL VON PUFFENDORF.⁵⁰ Segundo BITENCOURT, “atribui-se à *teoria final da ação* o mérito de ter superado a taxativa separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o *injusto naturalístico* em *injusto pessoal*.”⁵¹

Para essa teoria, ação é o exercício de uma atividade final. Por assim ser, nas palavras de WELZEL

A ação é, portanto, um acontecer *final* e não puramente *causal*. A *finalidade* ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente.⁵²

É notório, à teoria final da ação, a vontade como núcleo do fato típico, “considerando que a *finalidade* baseia-se na *capacidade de vontade* de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, (...) conforme a um plano, à consecução de um fim.”⁵³ Sem a vontade, não há ação dirigida finalisticamente, e, por conseguinte, o processo causal não estaria no âmbito de proteção, sendo, somente, uma ação causal cega.

O inimputável não pode praticar uma ação, sob o aspecto finalístico da ação. A ação típica, exige que o indivíduo represente (consciência) a ação realizada e o resultado almejado, junto a vontade de praticar nos exatos termos da representação – ação voltada para um fim, com plena consciência da causalidade derivada.⁵⁴ O inimputável é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Diante disso, cai por terra o injusto penal, imprescindível para a responsabilização do inimputável.

A ação típica exige a representação ou consciência do ato a ser cometido. Condição *sine qua non* para que a conduta do agente seja qualificada como típica.

⁵⁰BITENCOURT, C. R. Op. Cit. p. 301.

⁵¹Ibidem. p. 301. Grifos originais.

⁵²WELZEL *Apud* BITENCOURT, C. R. Op. Cit. p. 302. Grifos originais.

⁵³BITENCOURT, C. R. Op. Cit. p. 302. Grifos originais.

⁵⁴“A própria teoria final da ação no princípio não apreendeu corretamente o delito culposo. A razão disso esteve em que partiu-se primitivamente com o prejulgamento generalizado na doutrina jurídico-penal de que o resultado era o aspecto jurídico-penal essencial do fato culposo.” (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987 p. 155-156)

Outrossim, é indispensável que o agente tenha a vontade voltada para o fim a ser realizado. Este, impossível de caracterizar-se na ação do inimputável, pois sua vontade está viciada, não tendo a capacidade de determinar-se conforme o exigido, vale dizer, inexistindo vontade dirigida a um fim almejado – e de se comportar conforme a previsibilidade objetiva da causalidade derivada da conduta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre os inimputáveis sempre gerou calorosos debates sobre a possibilidade, ou não, de puni-los. O ensaio buscou elucidar os fatos que circundam os elementos do fato punível, com foco na possibilidade de um inimputável realizar, ou não, uma ação típica. À vista disso, destaca-se que o conceito de inimputabilidade ganhou notoriedade nos estudos da Escola Clássica, cunhada como pressuposto da culpabilidade.

A conceituação da imputabilidade é a mesma desde a Escola Clássica. Isto é, a capacidade de imputar ao agente a ação por ele praticada. Por assim ser, concordamos com Miguel Reale Jr., ao deslocar a imputabilidade para o fato típico, mais precisamente à ação. Assim, a imputabilidade seria pressuposto da própria ação, ligada a finalidade de lesar ou expor a perigo determinado bem jurídico⁵⁵.

Já a punição do inimputável, conforme parte da doutrina, tem raízes no positivismo jurídico do século XIX, voltando à tona, durante o regime do Nacional-socialismo na Alemanha e, Fascismo na Itália. O Código Penal de 1940, teve como principal influência, o Código Italiano de 1930, do qual retirou a essência da medida

⁵⁵ Para corroborar à análise do Professor Miguel Reale Jr., resolvemos explicitar sua afirmação: A ação para a teoria finalista é um acontecer final, nas palavras de Welzel. Ou seja, para que se possa realizar a ação típica, faz-se necessário que o agente possa prever o desenvolvimento causal de sua conduta, orientando-se sob esse aspecto. Por assim ser, é perceptível que a inimputabilidade é um pressuposto da ação, e não da culpabilidade ou, mesmo, punibilidade como defende certa parcela da doutrina tradicional. Dado que a inimputabilidade é a capacidade do autor entender o caráter ilícito do fato e, diante disso, determinar-se em conformidade. Só poderá realizar uma ação voltada a um fim, aquele que tenha consciência que sua ação, determinada, possa desenvolver a causalidade almejada – o que o inimputável não é capaz de fazer, como foi explicitado durante o ensaio. Assim, a análise da imputabilidade deverá ser feita junto a conduta – como seu pressuposto -, averiguando-se se há possibilidade do agente atuar, ou não, em direção a um fim, previsível – subjetivamente, e não objetivamente como explana a atual doutrina; pois para que se analise em conformidade com a teoria final, deve-se partir da concepção que o agente saiba, ou ao menos deveria saber, que sua conduta possa se desenvolver em uma causalidade que origine um resultado criminoso -, para imputá-lo a conduta como típica.

de segurança.

É patente a incongruência entre a teoria do fato punível e a punição do inimputável. O primeiro ponto de desinteligência de tal sistema, é a imprescindibilidade da ação típica para que possa punir o inimputável, e ter como base a teoria final da ação. Isto é, a teoria final da ação exige para que se configure uma conduta típica, a previsibilidade da conduta, junto a consciência e a vontade de realizar a ação voltada a um fim. Entretanto, sabe-se que o inimputável não tem consciência de suas ações, muito menos as realiza voltada a um fim desejado, jogando por terra a possibilidade da realização de um injusto penal.

O segundo ponto de incongruência, é a adoção do conceito de reprovabilidade. O juízo de reprovabilidade vai de encontro aos axiomas de um Estado Democrático de Direito, desrespeitando o Direito Penal do Autor. O termo reprovabilidade, no século XX, legitimou genocídios em massa, sob o argumento de o Estado agir dentro da capacidade de reprovação do agente. Não se punia o agente pelo fato praticado, mas pela própria pessoa do praticante.

À vista disso, é imprescindível extirpar do Estado Democrático de Direito, qualquer vestígio dos elementos que fundamentaram o genocídio de outrora. A punição do inimputável guarda semelhança com o Direito Penal do Inimigo e do Autor, que retira qualquer direito do “não-pessoa” e o pune por quem é, e, não pelo que fez. Por assim ser, os dispositivos que tratam da matéria foram inteiramente revogados pelos princípios constitucionais e pela Lei 10.216/2001, que estabeleceu direitos e regras de proteção às pessoas com transtorno mental.

Destarte, a punição ao inimputável viola os axiomas mais profundos de um Estado de Direito, bem como, dá origem a incongruência na sistemática penal atual, punindo àquele que não praticou uma ação típica. Diante disso, não há motivos para que o Direito Penal regule os casos de inimputabilidade, sob a premissa de “tratá-los” e “curá-los”, cabendo essa função à Lei 10.216/2001 e ao Código Civil.

REFERÊNCIAS

BAIA, Lhais Silva. Embriaguez e responsabilidade penal. Canal Ciencias Criminales, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminales.com.br/embriaguez-responsabilidade-penal/> Acesso em: 30 jul 2020

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. Ed. São Paulo:

Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019

COSMOS, Eduardo Marcel; et al. **A Inimputabilidade Penal dos Doentes Mentais**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj033016.pdf/consult/cj033016.pdf> Acesso em: 29 jul 2020

CHAVES, Marlon Ricardo. **Embriaguez como causa de exclusão de imputabilidade**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://marlonchaves.jusbrasil.com.br/artigos/121944088/embriaguez-como-causa-de-exclusao-de-imputabilidade> Acesso em: 30 jul 2020

LENZA, Pedro (org.). **Direito Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENORIDADE PENAL - Inimputabilidade ou Impunidade? **REVISTA JURÍDICA UNIFACS**. Salvador: 01/2002. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2002/corpodiscente/graduacao/menor.htm Acessado em: 29 jul 2020

REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2017.

RESSEL, Sandra. **Menoridade Penal**. Âmbito jurídico, 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/menoridade-penal/> Acesso em 30 jul 2020

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.