

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ELISA HELENA DE ABRANTES PONTES

SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA: UM CONTRAPONTO ENTRE A  
LEGALIDADE E A JUSTIÇA DE UMA DECISÃO

SOUSA  
2013

ELISA HELENA DE ABRANTES PONTES

SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA: UM CONTRAPONTO ENTRE A  
LEGALIDADE E A JUSTIÇA DE UMA DECISÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Dr<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA  
2013

ELISA HELENA DE ABRANTES PONTES

SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA: UM CONTRAPONTO ENTRE A  
LEGALIDADE E A JUSTIÇA DE UMA DECISÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Dr<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão.

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: \_\_\_\_\_

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão  
Orientadora

---

Examinador Interno

---

Examinador Externo

A Deus, que sempre me acompanhou e abençoou durante toda a minha caminhada.

Aos meus pais, por tudo que me proporcionaram; pelo carinho e amor incondicional que me concederam; por estarem ao meu lado em todas as fases da minha vida. Amo vocês.

## AGRADECIMENTOS

A meu grandioso Deus, por me fortalecer a cada dia em um novo amor e uma nova fé. Todas minhas vitórias e alegrias pertencem a ti. Obrigada por me conceder a força e a serenidade para lutar. Tu és a minha fortaleza de paz, amor, dedicação e coragem; a certeza de sua existência e de suas bênçãos me guiam a cada passo do meu viver.

À mãe de todos, a minha compadecida Nossa Senhora, por todo amparo e ternura afluída nessa jornada. Por toda proteção e intervenção que suspira como um sossego em meu coração. És a mãe que não desampara os clamores de seus filhos, és o ensinamento do amor incondicional de mãe.

Aos meus pais, Ernande e Eleide, por acima de tudo terem me amado infinitamente. Por terem de forma zelosa e carinhosa me proporcionado a formação necessária para alcançar meus sonhos. Sou eternamente grata por todo apoio e confiança depositada. Vocês são os exemplos de honestidade e persistência que levarei como inspiração por toda minha vida. Hoje tenho certeza que o sabor das minhas conquistas só existe quando vejo o brilho de orgulho em vossos olhares, cada luta vencida é para vocês. Espero honrar com o amor de filha todos os valores a mim ensinados. Obrigada pelo esforço e dedicação a nossa família. Vocês são a melhor parte de mim. Meu amor por vocês é simplesmente indescritível.

À minha irmã, Eianny Cecília, por toda amizade e cumplicidade. És minha irmã, amiga, confidente, conselheira, és, enfim, meu eterno porto seguro. Deus nos contemplou com uma união perfeita que nos faz sentir juntas sempre, acredito que ele te colocou em minha vida com o propósito que eu descobrisse a forma mais pura de amar, de me expressar, de sentir, de confiar e de perdoar. Nossas conversas me ajudam a compreender melhor a vida. Guardo com gratidão os abraços e os acaletos nos momentos de dificuldade. Obrigada, por todo apoio, amor e carinho. Amo você Cicilha!

A meu irmão, Eriston, por todo o cuidado e preocupação. O ofício de irmão mais velho se cumpriu novamente, você exerceu com zelo o seu papel de me proteger e ensinar os tropeços da vida. Agradeço pelo carinho e atenção de sempre. Obrigada por me acompanhar e me segurar desde deos primeiros passos, te amo!

À minha princesinha, Maria Clara, agradeço por toda iluminação que traz a nossa família. Um anjinho que aflora alegria, amor, cuidado e ternura. Obrigada, pelos dias que precisei de seus sorrisos e travessuras para continuar a batalha. Você é um doce remédio para meus medos, stress e angústias. Seu olhar puro e esperançoso me faz confiar que tudo é possível, quando se acredita. Te amo, minha pequena.

Ao meu cunhado, Leonardo, pelo carinho, força e amizade. Obrigada pelo apoio em minhas lutas, tristezas, alegrias e neste momento de vitória.

Ao meu L'amor, Claudimar, pelo amor e carinho de sempre. Cada passo é dado com sua ajuda. Agradeço por não ser apenas um namorado, mas sim um amigo e companheiro. Sua compreensão e apoio são essências no meu triunfo. Você me sustenta em cada decisão, me escuta em cada angústia, me dá colo em cada carência, me proporciona segurança quando a descrença pensa em me afligir, enfim agradeço por você fazer parte da minha vida. Sou grata pelo tempo que está ao meu lado e por me aceitar, mesmo conhecendo meus maiores defeitos. Obrigada por perdoar e respeitar minha ausência durante este tempo de dedicação a esta etapa. Te amo muito!

Às minhas companheiras de quarto, aliás, a minhas irmãs adotivas, Ana Helena e Karla, agradeço por toda amizade e carinho. Vocês apareceram em ocasiões diferentes, mas em momentos importantes... quando deixei minha querida cidade em busca dos meus anseios, encontrei ombros amigos, que me deram carinho, irmandade e cumplicidade, que me fizeram sentir-se em casa, em braços familiares. Obrigada, Ana Helena, por todas às vezes que me fez sentir o real significado de uma amizade verdadeira. Obrigada, Kaká, por me apoiar em tudo, me ajudar em cada escolha, por acreditar em mim...quando até eu mesma dúvida. Em especial agradeço pela ajuda e paciência durante a conclusão desta jornada. Amo demais vocês duas! Desejo que nossa amizade seja uma lembrança constante em nossas vidas.

À minha Xuxuzinha, Mabelly, agradeço pelos cuidados e carinhos nos dias sousenses. O apego à responsabilidade a menininha que acabará de chegar, fez nascer uma linda amizade que se fortaleceu em um elo de confiança. Obrigado pela ajuda, pelas conversas, e por fazer parte desta história. Meus dias sousenses foram mais felizes ao seu lado.

À minha orientadora, Jônica, pela serenidade e inteligência com que me orientou. Um exemplo de ética e cordialidade profissional a ser seguido. Obrigada pela paciência e apoio na feitura deste trabalho. Sinto-me honrada de ter compartilhado dos seus conhecimentos.

A Sílvia, funcionário deste campus, devo toda a gratidão por ter me ajudado e me proporcionado a conclusão deste curso. Sem medir esforços usou de sua eficiência para que minha grade curricular fosse cumprida e para este momento fosse concretizado. Obrigada pela atenção e esforço durante a construção desse objetivo.

Aos meus amados companheiros de curso, em especial a Aninha, Kennya, Renata, Leninha, Micaella e Paulo que me acolheram de braços abertos e me acompanharam em uma árdua batalha de 5 anos. Enfim, nós conseguimos! Estamos na tão sonhada porta de saída. Obrigada pela amizade e companheirismo, guardarei de forma especial cada um de vocês, nossos tempos universitários já tem sabor de saudade.

À minha tia Beta e à minha amiga Katyane, pelas orações dedicadas a minha pessoa. Acredito que cada pedido e desejo foram ouvidos pelos anjos. Obrigada por terem me aproximado de Deus e concretizado a minha fé divina.

Com carinho, a todos os meus amigos, em especial Kaian, Maria Rita, Valdir, Thayanna, Ingrid, Paron e Nayara, que me acompanharam desde o início desta caminhada, torcendo ou contribuindo de forma direta ou indireta para a minha vitória. Obrigada pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro de produção melhora tudo o que tenho produzido na vida.

A todos que já falei, agradeço por acreditarem no meu potencial, na minha profissão, nas minhas ideias, nos meus devaneios, principalmente quando nem eu mais acreditava. Enfim, obrigada a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse crescer como pessoa.

**“Se vi ao longe é porque estava nos ombros dos gigantes”**

**(Aristotéles)**

*“Nada temas, porque estou contigo, não lances olhares desesperados, pois eu sou seu Deus, eu te fortaleço e venho em teu socorro...”*

Isaías 41:10



## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

Art- Artigo

Arts- Artigos

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal Brasileiro

CPP - Código de Processo Penal Brasileiro

Divulg - Divulgado

DJ - Diário Justiça

DJe- Diário de Justiça Eletrônico

Eg- Egrégio

HC - Habeas Corpus

Min - Ministro

MG - Minas Gerais

Nº - Número

Public- Publicado

RE - Recurso Extraordinário

RS - Rio Grande do Sul

SP - São Paulo

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

## RESUMO

A sentença penal absolutória imprópria é a sentença aplicada ao inimputável em casos de doentes mentais, sua finalidade legal é absolver o inimputável em razão da ausência de culpabilidade, e logo em seguida, de modo preventivo e curativo, aplicar-lhe uma medida de segurança. Desta forma, o objeto de estudo do presente trabalho é a análise da sentença penal absolutória imprópria, dos preceitos que embasam esta decisão, bem como de suas consequências sócio-jurídicas. Como objetivo geral aponta-se: analisar os aspectos de legalidade e justiça da sentença penal absolutória imprópria, no que diz respeito à decisão que absolve o inimputável por doença mental, ao tempo que impõe, coercitivamente, uma medida de segurança. Assim, esta pesquisa procura de forma fundamentada, a título de problematização, investigar se o julgamento do inimputável pela sentença penal absolutória imprópria apresenta-se legalmente admissível e justo no que tange ao tratamento jurídico processual conferido ao réu inimputável por insanidade mental. Para tanto, se empregará o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo a presente pesquisa de princípios e leis gerais, para uma premissa específica, iniciando o estudo através das diversas teorias conceituais do instituto do crime, fazendo em seguida uma abordagem específica da culpabilidade e a influência de seus postulados na sentença absolutória imprópria. Assim, se utilizará da técnica de pesquisa bibliográfica do referencial teórico selecionado, para se buscar a análise das hipóteses levantadas na pesquisa, visando confirmá-las ou refutá-las ao final do trabalho. Conclui-se, assim, que em uma análise do aspecto prático da sentença penal absolutória imprópria, percebe-se que a camuflagem em relação à imposição de uma medida de segurança ao louco infrator, é uma maneira injusta que o Estado-punitivo encontrou para eufemisticamente absolver o doente mental, sem, contudo garantir a ele os mesmos direitos conferidos ao condenado mentalmente saudável, obviamente, guardadas as devidas especificidades.

Palavras-chave: Louco infrator, Sentença Penal Absolutória Imprópria, medida de segurança, decisão injusta.

## ABSTRACT

The improper absolute penal sentence is the sentence applied to the not imputable in cases of mental illness, its legal purpose is to absolve the not imputable due to the lack of culpability, and soon afterwards, in a preventive and curative way, applying to it a security measure. Therefore, the object of study of this work is the analysis of the improper absolute penal sentence, of the precepts that support this decision, as well as its socio-legal consequences. As a general objective is highlighted: the analysis of the aspects of legality and justice of the improper absolute penal sentence, regarding to the decision that absolves the not imputable by mental illness, at the time it imposes, coercively, a security measure. So, this research seeks, in a reasoned manner, as a questioning, to investigate whether the trial of the not imputable by the improper absolute penal sentence presents itself legally acceptable and fair, regarding the procedural legal treatment given to the defendant not imputable by mental illness. Thus, it will be used the method of hypothetical-deductive approach, starting the present research from principles and general laws, to a specific premise, starting the study by the various conceptual theories of the crime institute, then by making a specific approach of the culpability and the influence of its postulates on the improper absolute penal sentence. So, it will use the technique of the bibliographic research, the selected theoretical reference, to seek the analysis of hypotheses raised in the research, in order to confirm or prove them wrong in the end of the work. It is concluded that in an analysis of the practical aspect of the improper absolute penal sentence, it is clear that the camouflage in relation to the imposition of a measure of safety to the insane violator, is an unfair manner that the punitive State has found to euphemistically absolve the mentally ill, without, however assure him the same rights granted to the mentally healthy convict, obviously, regarding the appropriate specific features.

Keywords: Insane violator. Improper Absolute Penal Sentence. Security measure. Unfair decision.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 TEORIA DO CRIME</b> .....	16
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	16
2.1.1 Conceito clássico de delito .....	17
2.1.2 Conceito neoclássico de delito .....	18
2.1.3 Conceito finalista de delito .....	19
2.1.4 Conceito analítico de delito .....	21
2.2 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOB O ASPECTO FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO DE CRIME .....	22
2.3 ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO E SUAS RESPECTIVAS TEORIAS .....	25
<b>3 CULPABILIDADE</b> .....	31
3.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE.....	31
3.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade .....	32
3.1.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade .....	33
3.1.3 Teoria da ação final .....	35
3.1.4 Teoria normativa pura da culpabilidade: teoria extremada e teoria limitada da culpabilidade.....	36
3.1.5 Teoria social da ação .....	38
3.1.6 Teoria do funcionalismo.....	38
3.2 O JUÍZO DE CENSURA DA CONDUTA CULPÁVEL ATRAVÉS DO LIVRE- ARBÍTRIO E DO DETERMINISMO TRADICIONAL .....	39
3.3 ESTRUTURAÇÃO DA CULPABILIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUA IMPORTÂNCIA NA FORMAÇÃO DO DELITO.....	41
3.4 IMPUTABILIDADE .....	44
3.4.1 A incapacidade da culpabilidade .....	45
3.4.2 Critérios estabelecidos para determinação da imputabilidade.....	46
3.4.3 Exclusão da imputabilidade por insanidade mental .....	49
<b>4 SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA</b> .....	54
4.1 APRECIÇÃO E CABIMENTO LEGAL .....	54
4.2 APLICABILIDADE E INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	56

4.3 A PERICULOSIDADE COMO ELEMENTO NORTEADOR DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	62
4.4 ANÁLISE DA LEI Nº 10.216/2001 E SUA EFICÁCIA .....	66
4.5 ASPECTOS CRÍTICOS ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	69
4.6 SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA: JUSTIÇA, LEGALISMO OU EUFEMISMO?.....	72
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>81</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do crime revela que diante da complexidade de sua construção, o crime deve ser entendido de forma integrada aos aspectos sociais, jurídicos e culturais de uma época, razão pela qual se afirma que a sua conceituação deverá ser amoldada à contemporaneidade vivenciada.

A compreensão do crime e das teorias que o embasa é de fundamental importância para a pesquisa ora desenvolvida. Pois o entendimento da análise do crime e as suas implicações no mundo jurídico se mostram, em todo caso, um tanto quanto dificultosas, contudo, podem se tornar bem mais complexas quando tratar do sujeito ativo inimputável, pois não só a lei terá que amoldar-se a esta especificidade, mas também a técnica jurídica e toda a sociedade.

Desta forma, a pesquisa se debruçará sobre a questão da inimputabilidade e de suas consequências, quando o sujeito ativo do crime for portador de transtornos mentais. Portanto, o objeto de estudo da pesquisa é a análise da sentença penal absolutória imprópria, com enfoque especial voltado para a absolvição do inimputável e conseqüentemente para a aplicação da medida de segurança.

O tema se apresentará como de grande importância para a comunidade acadêmica e para sociedade como um todo, uma vez que, no contexto caótico em que vivem as pessoas na contemporaneidade, percebe-se, com significativa frequência, que o número de indivíduos portadores de transtornos mentais tem aumentado.

Para justificar esse fenômeno, indica-se que, além dos aspectos de caráter biopsicológicos e, portanto, pessoais; outros fatores precisam ser ponderados, tais como os fatores sociológicos oriundos das vertentes ideológicas próprias da chamada sociedade do risco; onde em meio a tantos apelos e exigências ditas pós-modernas, o limiar entre a lucidez e loucura é cada vez mais tênue.

Assim, será consequência lógica desse cenário, o aumento do número de processos onde se identifique nos sujeitos processuais alguma doença mental capaz de lhe conferir o caráter de inimputável, ou na melhor das hipóteses, de semi-imputável; daí advindo uma série de consequências sociais e jurídicas.

Deste modo, a presente pesquisa apresentará como objetivo geral analisar os aspectos de legalidade e justiça da sentença penal absolutória imprópria, no que diz respeito à decisão que absolve o inimputável e ao mesmo tempo impõe coercitivamente uma medida de segurança.

Para bem desenvolver o trabalho monográfico se empregará o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo a presente pesquisa de princípios e leis gerais, para uma premissa específica, iniciando o estudo através das diversas teorias conceituais do instituto do crime, fazendo em seguida uma abordagem específica da culpabilidade e a influência de seus postulados na sentença absolutória imprópria.

Assim, se utilizará da técnica de pesquisa bibliográfica do referencial teórico selecionado, para se buscar a análise das hipóteses levantadas na pesquisa, visando confirmá-las ou refutá-las ao final do trabalho.

Procurar-se-á no decorrer do trabalho investigar e diferenciar os aspectos materiais e processuais que norteiam este tipo de sentença, com a finalidade de embasar a contraposição entre o texto legal e o resultado prático desta decisão. Buscando analisar, assim, a opção de julgamento pela sentença absolutória imprópria, independente da conceituação analítica adotada pelo juiz; e se a sentença absolutória imprópria verifica-se legalmente adequada e justa no que diz respeito ao tratamento jurídico dispensado ao réu por doença mental. Para tanto, e com intuito de sistematizar as informações aqui expostas, foi o trabalho dividido em três capítulos que analisará a sentença penal absolutória imprópria, a luz da teoria do crime e dos fundamentos que embasam a culpabilidade.

Portanto, a frente da própria complexidade do significado de crime para a sociedade e para o Estado, o primeiro capítulo cuidará do estudo do crime, de modo a explicar a sua construção e a sua formação conceitual diante dos embates existentes entre as diversas teorias. Procurar-se-á, com esse aprofundamento, minimizar as inquietações acerca do conceito de crime e de suas possíveis consequências nos desfechos processuais e, por conseguinte, na vida das pessoas que protagonizam as cenas que preenchem de humanidade a esfera criminal da justiça.

Na construção do capítulo será realizada, primeiramente, a evolução histórica do crime, para depois estudar a conceituação do crime sob a ótica formal, material e analítica, especificando a análise mais precisamente na estratificação do crime sob sua forma analítica, segundo as teorias bipartida e tripartida do crime.

O segundo capítulo, será o liame entre estudo do crime e o enfoque principal da pesquisa; de modo que relatará detalhadamente o papel da culpabilidade dentro do conceito de crime, com o intuito de estudar a sua importância na formação do ilícito e a sua estruturação no atual Código Penal Brasileiro.

Deste modo, preliminarmente, abordar-se-ão as diversas teorias que embasam o estudo da culpabilidade sob a ótica criminal; e enfatizará, como mencionado, a posição e a efetiva

função que embasam a culpabilidade na grande área da teoria do crime. A *posteriori*, ainda nesse capítulo, se analisará a culpabilidade em face da imputabilidade do agente, de modo a compreender a incapacidade de culpabilidade daqueles indivíduos que possuem perturbações psíquicas. Esta interface entre culpabilidade e imputabilidade complementa o capítulo, e apresentar-se-á como a explicação da inimputabilidade de um doente mental, e, conseqüentemente da exposição dos argumentos que ensejam a ausência de responsabilidade do doente mental pelo ilícito penal cometido.

Por fim, o terceiro capítulo enfocará especificamente a sentença penal absolutória imprópria, analisando esse decisório e os aspectos práticos e legais que o envolvem. Dessa maneira, inicia-se o com a análise específica sobre o entendimento legal e doutrinário acerca da referida sentença, destacando mais precisamente o tratamento legislativo e aplicação da norma neste tipo de sentença.

Levantam-se, então, os institutos que se interligam na sentença penal absolutória imprópria, instigando-se ao surgimento discussões sociais e jurídicas polêmicas, isto é, explicações sobre a indeterminação temporal da medida de segurança e sua controvérsia sancionatória, bem como a abordagem sistemática e crítica da periculosidade como elemento norteador desta medida.

Em seguida, propõe-se a análise dos direitos do inimputável no seio do processo penal, tomando-se como parâmetro a avaliação da Lei nº 10. 216/01e, obviamente, como questão de base, o respeito aos direitos e garantias fundamentais que devem socorrer material, e processualmente, a todo portador de transtornos mentais, que tenha praticado um fato típico e injusto e que se comprove a sua condição de inimputável por doença mental.

Por derradeiro, embasado nas incursões e discussões teóricas que fomentam o tema, analisa-se a complexidade da sentença penal absolutória imprópria e os desfechos jurídicos que se apresentam diante da avaliação do grau de justiça e legalidade desta sentença. Assim, a finalidade desta pesquisa é abordar as conseqüências do tratamento jurídico penal e processual penal dirigido ao inimputável no ordenamento jurídico brasileiro; de modo analisar a deslealdade estatal na prolação da absolvição do louco infrator, em face da legalidade e (in) justiça da decisão, que o absolve e em contrapartida aplica-lhe, coercitivamente, uma medida de segurança, isto é, analisa-se a sentença penal absolutória imprópria com suas verdadeiras feições práticas e implicações sócio-jurídicas no que tange ao tratamento processual diferenciado instituído especialmente para o doente mental.



## 2 TEORIA DO CRIME

A teoria do crime é a pedra angular do Direito Penal, porque se propõe a investigar a história do delito, suas fases evolutivas, sua construção estrutural, e conseqüentemente sua conceituação. A sua importância reside em um estudo dogmático e científico acerca do crime, por meio de uma expedição que procura o aperfeiçoamento e o entendimento da definição do crime na atualidade.

De tal modo, a teoria do crime institui e proporciona um saber rico, com posicionamentos diversificados, proporcionando mais segurança e embasamento para tratar do delito em seus diferentes aspectos. Acredita-se que a teoria do crime é essencial no estudo do delito, pois através de sua análise são estabelecidas outras teorias, características, e elementos constitutivos que englobam o ilícito penal. Conforme preleciona Zaffaroni apud Greco (2009, p.137) em seu entendimento sobre a teoria do crime:

[...] a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quer dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência do delito em cada caso concreto.

Por tal importância diante do entendimento do crime, enxerga-se a necessidade de um estudo pormenorizado dentro da teoria do crime, enfocando claramente os aspectos mais relevantes para presente trabalho.

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Um ponto crucial a ser inicialmente abordado sob a teoria do crime seria o conceito de crime e sua evolução histórica, isto porque abordando-se primeiramente o conceito do ilícito penal, avaliar-se-ia as raízes as que dão procedência as correntes e teorias existentes na árdua conceituação do crime.

Logo, se caminha na teoria do delito sob a apreciação preliminar das três fases iniciais dessa conceituação; começando com o conceito clássico, neoclássico e finalista, analisando posteriormente a atual formação analítica do crime. Esta evolução histórica tem por escopo a realização de um apanhado conciso sobre as etapas de formação das definições, mostrando

seus criadores e adeptos, bem como a ponderação dos pontos proeminentes de cada conceituação.

### 2.1.1 Conceito clássico de delito

O conceito clássico de delito perdurou durante todo o século XIX, e conseqüentemente teve forte influência do positivismo. Este conceito acreditava que a formação do ilícito penal, surgia através de um movimento corporal, seria uma ação fundamentalmente naturalística, (dai porque este conceito também é conhecido como teoria naturalista ou causal) que se conectaria com o seu resultado através de um nexó de causalidade. Há de ser lembrado, que os precursores deste movimento clássico foram Von Liszt e Beling, que cultivaram grande importância para a construção deste conceito.

Nesta conceituação, a ação é considerada como um movimento muscular que produz resultados no mundo externo, desprovido, no entanto de uma finalidade. Isto porque, na medida em que, desconsidera-se qualquer caractere de ordem interna ou subjetiva, liga-se tão somente o movimento muscular (ação) a um resultado através do nexó causal apresentado.

Acredita-se neste ponto, que a ação era emanada por uma vontade, embora não apresentasse uma finalidade definida, desta forma, se utilizava de um enquadramento objetivo da conduta ao tipo legal descrito, separando-se assim o caráter subjetivo do objetivo. Na verdade, defendia-se a existência de uma vontade psíquica, todavia esta não se posicionava junto ao seu conteúdo. Nas precisas lições de Bitencourt (2007, p.206):

*O conceito clássico de delito foi produto do pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação, deu um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo- descritivo, a antijuricidade era puramente objetivo-normativa, e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva.*

Logo, vislumbra-se que o conceito clássico de delito era formado por quatro elementos: ação, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade. Contudo, é cediço que inicialmente a tipicidade ocupava um caráter puramente limitado ao texto legal, porém em seguida passou-se a somar a tipicidade com a antijuricidade, acrescentando que o tipo seria possivelmente uma conduta antijurídica. Ainda menciona-se Bitencourt (2007, p.207) para tal fundamentação:

Na primeira fase, o tipo e a tipicidade apresentavam um carácter descritivo, valorativamente neutro, como foi inicialmente concebido por Beling. No entanto, pouco tempo depois (1915), Mayer, mesmo mantendo o carácter descritivo inicial, acrescentou que a tipicidade, na verdade, era um *indício da antijuricidade*, isto é, toda conduta típica é provavelmente antijurídica, salvo se ocorrer uma *causa de justificação*, cuja constatação pertenceria a uma etapa seguinte de avaliação.

Deste modo, elenca-se uma breve consideração acerca dos elementos constituidores do conceito clássico de delito, sendo, ação um movimento corpóreo (uma conduta humana) meramente naturalístico e objetivo, que causa um resultado no mundo externo, isto é, uma ação genuinamente descritiva que mantinha o foco voltado o resultado praticado; no que tange a tipicidade eram usados critérios puramente legais, uma vez que seria a descrição da ação ao seu possível enquadramento legal, sem, no entanto, analisar o aspecto interno subjetivo da conduta; já a antijuricidade era uma espécie de censura negativa que se exercia perante o resultado, um juízo formal que incidia sobre a ação e consequentemente sob a tipicidade de acordo com os moldes legais; por fim a culpabilidade era empregada de forma restrita a enxergar um liame subjetivo entre o autor e o resultado praticado, e ainda que houvesse uma contradição com a sua função apresentava defendia-se que esse elemento detinha a parte subjetiva do crime.

Tal conceito obteve uma quantidade generosa de críticas, uma vez que o ilícito penal se transformou em uma tipificação meramente descritiva e formal, sem, no entanto analisar os aspectos subjetivos do crime e sem considerar o anseio da coletividade sobre o fato ou ato que desestruturaria a paz social. Para Capez (2008, p.118):

Acreditava-se ser mais seguro confiar na letra estática do texto legal. O legislador não reconhecia nem declarava o crime, mas o criava. Antes da lei não existia nada no mundo jurídico, rejeitando-se qualquer noção jusnaturalista, e, após a sua criação, bastava um mero exercício de lógica formal para se proceder ao enquadramento entre o que o modelo legal descrevia e o que objetivamente era praticado. Deste modo, crime não é uma estrutura lógico-objetiva axiologicamente indesejável, ou seja, algo que qualquer pessoa normal considera mal e pernicioso. Crime é aquilo que o legislador diz sê-lo e ponto final. Se tem ou não conteúdo de crime, não interessa. O que importa é o que está na lei.

A posteriori o conceito clássico foi sendo avaliado e examinado por outros estudiosos de modo a sofrer algumas alterações no seu entendimento, a partir daí surgia o conceito neoclássico de delito.

### 2.1.2 Conceito neoclássico de delito

O conceito neoclássico de delito deriva primordialmente dos pensamentos neokantista, daí o motivo de também ser conhecido como corrente neokantista. Os aspectos inicialmente abordados pertencentes ao conceito clássico de delito foram sendo transformados sob a ideia de que o tipo penal não poderia somente ser composto por elementos objetivos, bem como a culpabilidade sediar todos os elementos subjetivos, assim, aprimorou-se o ilícito penal sem modificar seu conceito (ação típica, antijurídica e culpável), mantendo os princípios fundamentais e formadores com um a visão mais ampla sobre a subjetividade e valoração que o ilícito penal deve deter.

A princípio, ação não era mais vista exclusivamente como um movimento naturalístico muscular; a tipicidade afastou-se da restrição da objetividade do tipo e ganhou elementos subjetivos que não estavam submissos a uma mera descrição legal; a respeito da antijuricidade, acrescentou-se o aspecto material a sua interpretação, concebendo um ponto crucial para a coerência do ilícito penal, a cobrança de um dano à coletividade; concluiu-se as mudanças através da culpabilidade, ao ponto que foi introduzido um juízo de reprovabilidade diante o fato praticado. Resumem-se tais transformações através dos ensinamentos de Bitencourt (2007, p.208):

Com essa reformulação, o *tipo*, até então puramente descritivo de um processo exterior, passou a ser um instituto pleno de sentido, convertendo-se em *tipo de injusto*, contendo, muitas vezes, *elementos normativos*, e, outras vezes, *elementos subjetivos*. A *antijuricidade* deixou de ser concebida apenas como a simples e lógica contradição da conduta com a norma jurídica, num puro conceito formal, começando-se a trabalhar um *conceito material de antijuricidade*, representado pela danosidade social. O conceito material de antijuricidade permite a introdução de considerações axiológicas e teleológicas, que facilitam a interpretação restritiva de condutas antijurídicas. A *culpabilidade* também foi objeto de transformações nesta *fase teleológica*, recebendo de Frank a ‘reprovabilidade’, pela *formação da vontade contrária ao dever*, facilitando a solução das questões que a *teoria psicológica da culpabilidade* não pode resolver. A evolução definitiva da culpabilidade foi propiciada pelo *finalismo Welziano* que redimensionou todos os conceitos da teoria do delito.

Como elucidado na última parte da citação, o conceito neoclássico de delito sofreu intensas mudanças no redimensionamento dos elementos constitutivos do ilícito penal, entretanto, apesar da evolução apanhada entre o conceito clássico e neoclássico, este último ainda carregava forte influencia dos ideais positivistas, dessa forma, se fez surgir um novo conceito de crime, dando inicio aos pensamentos finalistas.

### 2.1.3 Conceito finalista de delito

Através de Hans Welzel, o conceito finalista de delito rompeu com o naturalismo e com vários aspectos das correntes anteriores, iniciando assim, nas décadas de 20 e 30 uma nova forma de composição do crime. O ponto central desta composição se amolda na teoria final da ação, onde a ação estaria intimamente ligada a sua vontade.

Segundo Capez (2008) houve uma descoberta na qual se detinha finalidade como elemento intrínseco da conduta, isto é, sem análise da vontade finalística não era possível à concretização da tipicidade.

As mudanças sofridas foram muitas, além de entender a ação como uma conduta humana empregada e interligada a um resultado finalístico, procurou-se unir os conceitos objetivos e subjetivos de todo o ilícito penal, facilitando assim a conexão entre seus elementos. Vale enfatizar, que a constituição do crime continuou da mesma forma: ação típica, antijurídica e culpável, o que mudou bruscamente foi o modo de como esses elementos estavam sendo contextualizados dentro do delito. Neste sentido, cita-se Mirabete e Fabbrini (2010, p.88 e 89):

Para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista), como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é uma fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente.

[...]

Em suma, a vontade constitui elemento indispensável, à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne. Isso, entretanto, não tem o condão de deslocar para o âmbito da ação típica, igualmente, o exame do conteúdo de formação dessa vontade, estudo que há de se reservar à culpabilidade.

Outra mudança de suma importância para a teoria do delito reside na culpabilidade, na medida em que foram afastados todos os elementos subjetivos da mesma. Transformando assim, a culpabilidade em um elemento essencialmente normativo, um elemento de valoração para reprovabilidade da conduta. Aduzia-se neste contexto, que o dolo e culpa faziam parte do tipo e não da culpabilidade como acreditava os classistas.

Como dispõe Bitencourt (2007, p.209): “O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade -, levando, dessa forma, a finalidade para o centro do injusto”.

Assim sendo, nota-se que apesar das grandes modificações estarem centradas na ação e na culpabilidade, não se alterou apenas estas, pois, reformulou-se toda a forma de visualização do ilícito penal. Isto porque, outras mudanças como a diferenciação da tipificação dolosa

e culposa; a distinção da finalidade e da causalidade; bem como ainda a troca do injusto naturalístico da culpabilidade por um injusto normativo composto somente por elementos objetivos, foram modificações introduzidas pelos os ideais finalistas.

Resume-se o finalismo através de uma brilhante comparação com clássico causalismo, aludida por Toledo (1994, p.97):

Assim é que o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis consequências de sua conduta, bem como (e por isso mesmo) estabelecer diferentes fins (propor determinados objetivos) e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins e objetivos. A finalidade é, pois vidente: a causalidade cega. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito clássico causal de ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois desencadeada, é considerada, em sentido inverso, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo fim antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida.

Com o finalismo de Welzel a teoria do crime evolui de forma intensa, contudo com o seu ontologismo demasiado e seus ideais normativistas inflexíveis, acabou-se por receber críticas que serviram para o aperfeiçoamento do conceito de crime, abrindo azo para a atual concepção analítica do crime.

#### 2.1.4 Conceito analítico de delito

Com a insuficiência das demais conceituações, nasceu a concepção analítica do crime, sendo esta atualmente a definição mais aceita e coesa no mundo jurídico. O conceito analítico veio suprir as lacunas das demais conceituações, ao ponto que se mostra completo pelo oferecimento da estratificação e divisão do crime, sem, todavia separá-lo formalmente.

Este conceito respaldou-se preliminarmente nos ideais de Deciano e Bohemero, porém foi em 1833, através de Carmignani que surgiu a delimitação analítica do crime. Acreditava-se inicialmente, que a conduta criminosa era composta de uma força física e de uma força moral, integrando o dano material e moral respectivamente.

No entanto, foi Beling em 1906 que complementou e deu sustentação a teoria analítica do delito, pois acrescentou a tipicidade como elemento integrante do crime, proporcionando a evolução e conceituação do crime até os dias atuais. Fundamenta-se a evolução histórica nas sábias lições de Bitencourt (2007, p.210):

A elaboração do conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a

ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral situar-se-ia a culpabilidade e o dano moral do delito. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo. A construção do conceito analítico do delito, no entanto, veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico, predominante, passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável.

Basicamente a finalidade desta teoria se encontra no oferecimento de uma adequada e justa decisão sobre o ilícito penal e conseqüentemente sobre seu infrator, propiciando ao legislador um raciocínio estratificado em etapas (CAPEZ, 2008, p.113).

Ressalta-se, que foi com os ideais analíticos que surgiu a maior parte das divergências doutrinárias, isto porque, embora a citação anterior conceitue o crime como ação típica, antijurídica e culpável, outras conceituações surgiram a partir dos ensinamentos analíticos. Desta forma, entende-se que apesar da maior parte da doutrina abordar o crime sob seu aspecto analítico, existem diferenças nas suas conceituações, entretanto, este ponto será abordado um pouco mais adiante.

## 2.2 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOB O ASPECTO FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO DE CRIME

É cediço, que os conceitos históricos inicialmente abordados foram de fundamental importância para o desenvolvimento da teoria do crime, porém, é válido enfatizar que apesar dos mais diversos posicionamentos sobre o significado do delito, a doutrina brasileira não detém uma definição legal e precisa do conceito de crime. Isto porque, o legislador não abordou em lei uma definição extada a ser adotada, de tal modo se fez surgir diante dos estudiosos à necessidade de uma conceituação jurídica e dogmática na busca da existência do crime.

Com a inópia da definição legal, a doutrina começou a desenvolver pensamentos, críticas e conclusões que foram evoluindo de acordo com o ilícito penal. Como o código deixou tal encargo aos doutrinadores, não foi fornecido um conceito uniforme acerca do crime. Os mais variados posicionamentos foram formados e fundamentados em suas respectivas teorias, de modo que, três conceituações se destacaram e difundiram-se com o passar dos anos.

A primeira conceituação a ser mencionada, analisa o delito sob seu aspecto formal, sendo crime qualquer conduta que infringisse a lei penal estabelecida, ou seja, crime seria toda conduta humana que o legislador definisse como uma infração penal. Assim, define-se crime nas palavras de Jesus (2010, p.195):

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio da reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. [...] Dessa forma, somente o *fato típico*, *i.e.*, o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante.

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2010, p.84), para a caracterização de um crime sob seu aspecto formal se mostra necessário: uma ação ou omissão humana, tipicamente estabelecida em lei; e que o fato ocorrido seja antijurídico e, por conseguinte não amparado por motivo que exclua a sua injuridicidade.

Já sob o ponto de vista material, não se buscou apenas o caráter externo como acima exposto, mas, sim a indagação do motivo e da circunstância daquele fato ou ato ser tipificado como ilícito penal. Desta forma, passou-se a considerar como crime toda conduta humana que venha lesionar bens penalmente tutelados por lei; bens estes de essencial importância para a conservação do equilíbrio, segurança e paz social. Fundamenta-se tal conceito material nas palavras de Nucci (2009, p.121):

É a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação da sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, ameaçada de pena. Esse conceito é aberto e informa ao legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores.

Compreende-se assim, que o conceito material exterioriza as barreiras do delito, não se limitando apenas a um simples enquadramento legal, isto porque os que adotam o conceito material procuram a razão de a conduta humana ser considerada criminosa. É um conceito formado com ciências extraleais, que incorporam elementos sociológicos, filosóficos, econômicos, culturais e estatais.

Ademais, é importante ressaltar que o legislador não se encontra desatado em um longo contexto sobre a concepção do ilícito penal, compreender que o mesmo crava raízes e parâmetros diante da importância que bem jurídico apresenta para a coletividade, uma vez que sua segurança é indispensável para a harmonia estatal. Veja-se o entendimento de Jesus (2010, p.193):

O conceito material de crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um



norte ao legislador, pois de uma forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria a lesar o *jus libertatis* dos cidadãos.

Observa-se que dois conceitos foram formados objetivando a necessidade de definir o crime, então aplicaram-se pesquisas e investigações que embasaram suas compreensões. Porém, repara-se que embora os dois posicionamentos tenham a mesma intenção, seus entendimentos se colidem diante das sabedorias jurídicas e extrajurídicas. É o que sucintamente compreende Bettiol apud Greco (2009, p.142) em seu texto, anota-se:

[...] duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando crime ‘todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’.

Adverte-se, que apesar dos dois conceitos acima explicados possuírem seus adeptos, eles não são na verdade os mais coerentes segundo a doutrina brasileira. Visto que, não definem o delito com a devida exatidão.

Neste contexto, a crítica ao crime sob esse aspecto formal reside no fato de não alcançar os elementos fundamentais do delito, uma vez que não se considera a lesividade material da conduta, ou seja, o conceito formal se encontra basicamente na identificação da incoerência do fato com a lei penal aplicável.

Por outro ângulo a censura sob o aspecto material, se encontra pautada no princípio da legalidade, de modo que, para os materialistas só ocorrerá crime se aquele bem de suma importância estiver protegido pela esfera penal. Portanto, nota-se, que um bem imprescindível à coletividade poderá ser violado sem que com isso aconteça um crime, pois somente se vislumbra a eficácia da importância de um bem, se este estiver salve-guardado pelo código penal.

Envolto às críticas e dificuldades das duas concepções anteriormente mencionadas, uma terceira visão foi sendo incorporada; de modo a estabelecer os aspectos essenciais do crime, analisando todos os seus elementos constitutivos sem que, com isso, se mitigue o significado infração penal, desta forma foi construído o chamado conceito analítico de crime. Assim, afirma-se a conceituação segundo Capez (2008, p.113):

É aquele que busca, sob seu prisma jurídico estabelecer elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre in-

fração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas.

O escopo desta definição encontra-se marcado pelo melhor esclarecimento acerca do ilícito penal, onde a procura para a conceituação do crime inicia-se a partir dos elementos formadores do tipo legal, considerando, contudo o crime um todo indivisível. Logo, majoritariamente acredita-se que o aspecto analítico do crime, seria a concepção mais coerente a ser adotada diante das necessidades do mundo jurídico. Segundo Roxin, apud Greco (2009, p.145), relata-se a importância do estudo analítico do crime:

[...] quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos, etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre diferentes andares sistema.

A forma analítica trouxe grande complementação e fundamentação teórica para a conceituação do delito, porém, foi com ela que surgiram diversas posições doutrinárias acerca dos elementos a serem considerados dentro do todo unitário para a classificação do crime. Desta forma, de acordo com as divergências encontradas, foram sendo formadas correntes que buscavam fornecimento para composição do ilícito penal.

Tais correntes mostram-se igualmente respaldadas e fundamentadas no conceito analítico de crime, porém, distinguem-se à medida que seus elementos estruturais se despontam diferenciados dentro da formação do ilícito penal. Então, a priori observa-se que, embora, elas sejam convergentes sob o prisma analítico, se individualizam ao momento que moldam suas respectivas teorias e auferem defesas dos seus pesquisadores e adeptos.

Assim sendo, três conjecturas se destacaram perante a doutrina brasileira, a teoria bipartida, tripartida e quadripartida, cada qual classificando o crime de acordo com seu conceito e elementos constitutivos; por conseguinte conclui-se que seria de fundamental importância uma análise mais apanhada sobre o ilícito penal e sua forma analítica, uma vez para a teoria do crime este aspecto se mostra bastante relevante para estudo e compreensão do crime.

### 2.3 ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO E SUAS RESPECTIVAS TEORIAS

Como anteriormente relatado, o conceito analítico do crime, possibilitou uma estudo mais aprofundado sobre o crime. Visto que, sob a ótica analítica o delito pode ser vislumbrado de forma fragmentada, dando ênfase ao estudo dos seus elementos formadores, sem, contudo perde-se dos fatores jurídicos e extrajurídicos essências entre a conexão do crime com a realidade social.

A priori, se faz uma análise minuciosa sobre a forma analítica do crime, mostrando os posicionamentos de cada teoria e contatando-se que diante do cenário acerca do estudo do crime, as teorias bipartida, tripartida e quadripartida mantiveram-se no núcleo das pesquisas.

Portanto, dá-se início com a teoria bipartida, que considera o crime como um fato típico e ilícito, não entrando aqui a culpabilidade no conceito do crime, mas tão somente na aplicação da pena, é o que assevera Mirabete e Fabbrini (2010, p.84):

Para a existência do crime, é necessária uma conduta humana positiva (ação em sentido estrito) ou negativa (omissão). É necessário, ainda, que essa conduta seja típica, que esteja descrita em lei como infração penal. Por fim, só haverá crime se o fato for antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua sua injuridicidade.

Segundo Greco (2009) pode-se elencar que estão ao lado desta perspectiva, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, René Ariel Dotti, entre outros. Ressaltando o crime tão somente sob um fato típico e ilícito.

Para esta teoria, fato antijurídico seria aquele contrario ao texto legal, ou seja, é a um fato que é tipificado como ilícito pelo ordenamento jurídico. Há de ser lembrando, que presente injuridicidade defendida por lei penal não há que se falar em crime. Já o fato típico seria o enquadramento de uma conduta humana a uma infração elencada pelo código penal. Para Jesus (2010, p.196 e 197):

Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto em lei penal como infração. Assim, fato típico do homicídio é a conduta humana que causa a morte de um homem.

[...]

Antijuricidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuricidade.

É imperioso relatar, que para os adeptos desta teoria a culpabilidade não é elemento do crime, mas sim uma condição para aplicação da pena. Entende-se que a culpabilidade se faz

presente apenas como um vetor de valoração diante da conduta criminosa, importando-se assim apenas no momento de aferição da pena. Como dispõe Mirabete e Fabbrini (2010, p.83):

O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade de conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for culpado, ou seja, se houver culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena.

Apesar da visão bipartida, esta difundida na doutrina brasileira, este conceito recebe críticas pela exteriorização da exclusão da culpabilidade como acima exposto, uma vez que majoritariamente não tem se admitido a expulsão da culpabilidade do conceito de crime. Sintetizam-se as críticas nas palavras de Azevedo (2001, p.69):

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, desmonta lógica e essencialmente a ideia jurídico-penal de delito, além de trazer sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, porquanto todos os elementos que constituem pressuposto da intervenção estatal na esfera da liberdade – sustentação de um direito penal minimalista – são diminuídos de modo a conferir-se destaque à categoria da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção. Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conhecer o delito tão-só como índice de periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramatica, cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade. É uma picada aberta ao abandono do direito penal do fato, pelo desvalor da conduta, e acolhimento do direito penal do autor, de pesadas lembranças.

Outra dificuldade encontrada é na justificação que determinados autores oferecem a teoria bipartida, visto que, após pesquisas entendeu-se predominantemente que o fundamento do conceito bipartido se encontra respaldado no Código Penal, isto porque, este em seu texto refere-se à culpabilidade como contexto interligado a aplicação da pena e suas possíveis isenções.

Com efeito, das recriminações ao conceito bipartido de crime, vislumbra-se a ideia tripartida do crime, onde a conduta criminosa será vista sob a ótica de uma ação típica, ilícita e culpável, desta forma não tendo o crime os seus três integrantes, considera-se um indiferente penal, menciona-se a visão majoritária tripartida na seguinte delimitação de Zaffaroni, apud Greco (2009, p.146):

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e

que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).

Então, para esta teoria tripartida, a ilicitude e antijuricidade se amoldam na mesma definição elencada para a teoria anteriormente considerada, a diferença a ser tratada se localiza na culpabilidade como elemento do crime, sendo esta um juízo de reprovabilidade exercido sobre o a conduta criminosa e conseqüentemente sob o infrator.

Segundo Nucci (2009) defendem esta visão Rogério Greco, Juarez Tavares, Heleno Fragoso, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Néelson Hungria, Magalhães Noronha, Salgado Martins, Vicente Sabino Júnior, Manoel Pedro Pimentel entre outros.

Atualmente, esta concepção tripartida se mostra predominante na doutrina nacional e estrangeira, de modo que se apresenta mais completa e coesa na formação do ilícito penal. Acrescentando a culpabilidade como elemento formador do crime, sem, contudo esquecer-se da ilicitude e da tipicidade, possibilitando assim, a análise de um conceito fragmentado, composto por um estudo em etapas distintas, porém conexas entre si. Assevera tal entendimento nas palavras de Greco (2009, p.137):

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.

Adverte-se, que não é pelo fato de ser majoritária diante as pesquisas, que a teoria tripartida não recebe julgamentos intensos, constatou-se que para os doutrinadores da concepção bipartida, a visão tripartida se mostra inadequada ao momento que restringe a culpabilidade como simples item de valoração do crime, como se constituísse uma repreensão estatal a ser prolatada ao criminoso. Para Capez (2008, p.114):

Com o finalismo de Wezel, descobriu-se que o dolo e a culpa integravam o fato típico e não a culpabilidade. A partir daí, com a saída desses elementos, a culpabilidade perdeu a única coisa que interessava ao crime, ficando apenas com elementos puramente valorativos. Com isso, passou a ser mero juízo de valoração externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor da infração penal. Com efeito, a culpabilidade, em termos coloquiais, ocorre quando o Estado aponta o dedo para o infrator e lhe diz: você é culpado e vai pagar pelo crime que cometeu! Ora, isso nada tem que ver com o crime. É apenas uma censura exercida sobre o criminoso.

Explica-se, que a teoria acima exposta não se confunde com a teoria tripartida constitucionalista, estas são teorias tripartidas distintas entre si, pois esta inclui a punibilidade no conceito de crime e exclui a culpabilidade, sendo o crime considerado um fato típico, antijurídico e punível, por outro ângulo, aquela preliminarmente abordada compreende a culpabilidade como elemento constitutivo do crime como antes apresentado, defendendo o delito sob a ótica ilícita, antijurídica e culpável. Contudo, vale ser citada a teoria tripartida constitucionalista para erradicar qualquer dúvida existente, cita-se Gomes (2005, p.85):

Somos partidários, como se vê, de um sistema tripartido, mas que é distinto do clássico ‘fato típico, antijurídico e culpável’. A culpabilidade, na verdade, não faz parte da teoria do delito (de fato punível). É fundamento da pena. De outro lado, jamais existe delito, (no nosso direito penal) sem a ameaça de pena (sem punibilidade).

Contudo, grifa-se tal distinção apenas como prevenção de uma futura confusão etimológica, não se pretende neste trabalho adentrar na teoria tripartida constitucionalista, esclarece-se apenas esta diferenciação com intuito informativo e elucidativo.

Ademais, vale ser advertido, que o presente trabalho não se atém neste tópico a algumas correntes interligadas ao estudo do delito, assim, ressalta-se que dentro da análise analítica do crime não se faz necessário à distinção entre autores casualista ou finalista, pois analisa-se a constituição elementar do delito, e não de correntes para adoção do mesmo, isto porque, o que se procura com a pesquisa é um melhor entendimento constitutivo do crime. Desta forma, nota-se que apesar da estrutura analítica tripartida de crime ser dominante perante a doutrina brasileira, não se manifesta intimamente conectada a nenhuma corrente, como a causalista, a finalista ou teoria social da ação. Entretanto, é válido um melhor esclarecimento destas correntes e suas interligações com o conceito estratificado do crime, como aduz Nucci (2009, p.122):

O mais importante, nesse contexto, é perceber que a estrutura analítica do crime não se liga necessariamente à adoção, da concepção finalista, causalista ou social da ação delituosa. [...] O causalismo busca ver o conceito da conduta meramente naturalístico, despido de qualquer valoração, ou seja, neutro (ação ou omissão voluntária e consciente que exterioriza movimentos corpóreos). O dolo e a culpa estão situados na culpabilidade. Logicamente para quem adota o causalismo, impossível se torna acolher o conceito bipartido de crime (fato típico e antijurídico), como ensina Frederico Marques, para quem o delito possui, *objetivamente* falando, dois elementos, (tipicidade e antijuricidade), mas não prescinde da parte subjetiva (culpabilidade) para formar-se completamente [...] a conduta, sob o prisma finalista, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade. Ao transferir o dolo para a conduta típica, o finalismo o despiu da consciência da ilicitude, (tornando-a potencial), que continuo fixada na culpabilidade. O importante é estabelecer que a teoria tripartida é a mais aceita, por ora, dentre causalistas, finalistas, e adeptos a teoria social da ação. Não se pode acolher uma das concepções bipartidas, que refere ser o

delito apenas um fato típico e antijurídico, simplificando em demasia a culpabilidade e colocando-a como mero pressuposto da pena.

Por fim, menciona-se ainda a conceituação quadripartite informando que a penalidade também integra o conceito de crime, conceituando o crime como ação típica, ilícita, culpável e punível. Porém, fica evidente em pesquisas, que esta última conceituação do crime é ponto minoritário, tendo as visões bipartides e tripartides maior ênfase perante discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim sendo, compreende-se que não obstante de uma ou outra teoria se encontrar mais difundida, ambas carregam consigo suas críticas e fundamentos, no entanto buscando sempre o melhor conceito a ser adotado pela teoria do crime. Destaca-se ainda, que o presente trabalho não tem o intuito de firma-se em concreto ao lado de nenhuma teoria, foi demonstrado tão-somente posicionamentos doutrinários acerca do conceito de delito e seus possíveis espaços dentro do estudo penal. Deste modo, o núcleo deste tópico aperfeiçoa-se bastante preciso, ao momento que busca interiormente um entendimento profundo e diversificado sobre conceito do crime, sem, contudo se ater as teorias ou correntes mencionadas.

Antes de adentrar no capítulo seguinte, se torna necessário fazer referência a elucidação do crime pela Lei de Introdução ao Código Penal, em seu art. 1º, (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), expondo:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Como anteriormente mencionado, adverte-se que o atual código não se preocupou em adotar nenhum conceito-científico de delito, apenas diferenciou a contravenção penal e o crime, de forma a destacar um estudo doutrinário deste, incentivando uma pesquisa mais detalhada sob seu conceito e suas respectivas teorias. Daí a importância de um melhor entendimento dos elementos constitutivos do ilícito penal e principalmente dos pontos controversos em meio as suas correntes dogmáticas; deste modo, como a culpabilidade se mostrou a principal divergência e o ponto culminante das críticas, passa-se a sua análise.

### 3 CULPABILIDADE

A culpabilidade representa um ponto de fundamental importância neste trabalho, pois através desta, encaminham-se as linhas de investigação ao encontro com núcleo central da pesquisa. Isto porque, informalmente, a culpabilidade independe de qualquer teoria do delito para se encontrar conectada ao ilícito penal, uma vez que adotada qualquer teoria, a culpabilidade se mantém presente mesmo que se apresentando em momentos distintos.

Menciona-se ainda que a culpabilidade muitas vezes seja observada como uma chave para o delito e sua punibilidade, isto é, tem-se aceitado aquela como um termômetro mediador do Direito Penal. É com tal estimação e peculiaridades que se reserva uma explicação mais detalhada acerca de um elemento tão significativo para a ciência penal.

Coloquialmente, buscou-se o significado da palavra “culpa” sendo esta delimitada como uma ação ou omissão prejudicial e danosa a outrem, porém não propositada. Segundo Mirabete e Fabbrini (2010) a palavra “culpa e culpado” aborda a responsabilidade de alguém sobre a prática de um fato ou ato condenável em algum aspecto, contudo, acreditam que esta culpa só pode ser atribuída ao autor da ação ou omissão culpável, se pudesse aquele ter agido de outro modo a evitar o resultado danoso.

O atual conceito jurídico de culpabilidade está intimamente ligado à existência de um juízo de censura, de reprovação, exercido sob a conduta e o autor por a obtenção de um resultado típico e ilícito. Para Sanzo Brodt (1996, p.102):

A culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica.

É sabido que “é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do direito penal” (LISTZ apud GRECO, 2009, p.381). É nesta conjuntura que se analisa a culpabilidade e seus aspectos mais marcantes, iniciando a seguir com teorias que embasam tal elemento.

#### 3.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE

As teorias foram construídas no intuito de desenvolver e amadurecer as lições estabelecidas para a culpabilidade. Cada teoria, busca a compreensão e estruturação da culpabilidade de acordo com seus ideais; pretende-se estudá-las para maiores esclarecimentos e comentá-



rios acerca do assunto. Vale ser ressaltado também, que estas guardam grande interligação e total contextualização com as teorias do crime analisadas em capítulo próprio.

### 3.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade

Esta teoria surgiu no âmbito dos ideais causalistas de Listz e Beling, defendia-se que a culpabilidade se dirigia aos elementos subjetivos do crime (o dolo e a culpa), ou seja, são através desses elementos que a culpabilidade exercia relação psicológica entre a conduta praticada e o resultado obtido, ou ainda entre o autor e o fato. Neste caso vislumbra-se o dolo e a culpa como exclusivas formas ou espécies da culpabilidade, sendo o dolo a intenção que o autor demonstrava na prática do resultado e a culpa por outro lado se consolidava pela falta de intenção da transgressão cometida.

Para Capez (2008) os estudiosos desta teoria enxergavam a conduta como uma ação ou omissão dentro dos moldes naturalísticos, como sendo um elemento objetivo sem liame psíquico de valoração com o resultado causado. Por outro lado era a culpabilidade que se responsabilizava pela valoração dos elementos subjetivos, revelado nas suas duas formas: dolo ou culpa.

Desta forma, compreende-se que para os adeptos da teoria psicológica da culpabilidade, a exclusiva condição para a imposição da responsabilidade ao autor, era a imputabilidade. Pois, sendo o autor do ilícito, um imputável, se concretizava a responsabilidade por meio do dolo ou culpa, conforme o caso concreto. É o que preleciona Madeira (1999, p.21):

[...] é que um doente mental jamais poderá agir com dolo ou culpa, porque, sem a capacidade psíquica para a compreensão do ilícito, não há nenhuma relação psíquica relevante para o Direito Penal, entre o agente e o fato. Sem a imputabilidade, não perfaz a relação subjetiva entre a conduta e o resultado. Não se pode falar em dolo ou culpa de um doente mental. O dolo e a culpa como formas de exteriorização da culpabilidade em direção à causação do resultado, pressupõem a imputabilidade do agente.

Não obstante, desta teoria está confortada no positivismo jurídico do século XIX, não se mostrou intacta a críticas, isto porque os pesquisadores não acolheram que a culpabilidade estava sediada por dois elementos tão distintos, na medida em que o dolo encarava o aspecto psicológico da conduta, e a culpa se mostrava com um elemento essencialmente normativo, assim, não era coerente que a culpabilidade psicológica contivesse um elemento normativo e não psíquico. É o que aduz Jesus (2010, p.504) em sua obra:

O erro desta doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceito positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre autor e resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente. A culpa exclusiva normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado. Ora, como é que um conceito normativo (puro) podem ser espécies de um denominador comum? Diante disso, essa doutrina encontrou tal fracasso.

Ressalta-se que, em relação à culpa consciente discorda-se do renomado autor acima citado, uma vez que nem a culpa consciente (aquela que o sujeito pode prevê o resultado) é capaz de abarcar o aspecto psíquico da culpabilidade, visto que quando a consciência aduz um resultado está se limitando a uma previsão ou possibilidade, e não concretizando exatamente um liame psicológico entre a conduta e o autor.

Por fim, mencionam-se outras censuras recebidas por esta teoria: a não inclusão de causas ou circunstâncias que ponderassem o a culpabilidade dentro de cada caso específico, (embriaguez, fortes emoções); a incoerência da explicação da culpa consciente; a ausência de conceituação da culpabilidade, e tão-somente sua exposição por meio dos seus possíveis elementos; e por fim a comprovação que o dolo por seus aspectos psicológico não configuraria um elemento da culpabilidade normativa. Com tais críticas a corrente não tinha mais forças e respaldo na sua sustentação, por conseguinte surgia a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

### 3.1.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

A teoria psicológico-normativa surgiu em 1907 com Reinhard Frank, através de seus ensinamentos e com o descobrimento dos elementos normativos e subjetivos do tipo, foi desencadeada a decadência do antigo sistema naturalista, e iniciou-se a incorporação das metodologias neokantistas.

As novas pesquisas passaram a entender que o dolo e a culpa, não se caracterizavam mais como espécies de culpabilidade, mas sim como elementos da mesma. Constituindo a partir de agora a culpabilidade como um elemento externo ao autor do fato, exercendo-se assim seu novo papel de censura e reprovação sob o agente, isto é formou-se um juízo de culpabilidade diante da sua nova estruturação.

Outro ponto inovador desta teoria reside na inclusão da exigibilidade de conduta diversa como elemento estruturador da culpabilidade, esta inovação surgiu no decorrer da referida teoria, ao passo em que se compreendeu que apenas o dolo e a culpa não eram capazes de

abarcam as condições que se encontravam o infrator ao momento da prática do delito. Isto é, com a introdução deste elemento procurava-se explicações acerca de circunstâncias como a coação moral irresistível, o estado de necessidade, entre outros. Sintetizam-se as mudanças desta teoria nas palavras de Jesus (2010, p.504 e 505):

Frank, em 1907, com fundamento no disposto no art.54 do CP alemão, que tratava do estado de necessidade inculpável, analisando o fato da tábua de salvação, percebeu que existem condutas dolosas não culpáveis. O sujeito que mata um estado de necessário age dolosamente. Sua conduta, porém, não é culpável, uma vez que, diante da inexigibilidade de outro comportamento, não se torna reprovável. Então, não somente em casos de dolo, como também em fatos culposos, o elemento caracterizador da culpabilidade é a reprovabilidade. Quando é inexigível outra conduta, embora tenha o sujeito agido com dolo ou culpa, o fato não é reprovável, *i.e.*, não se torna culpável. Assim, a culpabilidade não é só um liame psicológico entre autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Diante disso, o dolo e a culpa não podem ser considerados espécies da culpabilidade, mas sim elementos.

Assim sendo, nota-se, pelos fundamentos acima expostos que a culpabilidade se estruturou com os seguintes elementos: com inimizabilidade já elencada anteriormente; o dolo ou a culpa como elementos psicológicos- normativos; e com a exigibilidade de conduta diversa.

Há de ser lembrado através dos ensinamentos de Bitencourt (2007), que o dolo nesta teoria não era apenas um elemento psicológico, e sim um psicológico-normativo, ao ponto em que possuía vontade, previsão e consciência do caráter ilícito da conduta, conclui-se assim que o dolo estaria sendo formado por um elemento intencional, que aduzia sua vontade; um elemento intelectual que detinha a expectativa do fato; e por fim um elemento normativo que carregava a consciência sobre a ilicitude do fato.

Como se explicou anteriormente o dolo estava sendo considerado como um elemento psicológico-normativo, este ponto, porém veio a trazer complicações para a teoria tratada, na medida em que deve-se enxergar o dolo a partir do grau de consciência da ilicitude do fato por parte do autor, isto é, só se restava caracterizada a presença do dolo no delinvente, se este estivesse ciente de censura negativa social que se exercia perante a sua conduta praticada.

Portanto, para que haja a culpabilidade sob o fato consumado, tem-se necessariamente que estar completa a composição dos elementos desta, pois na falta de algum não se poderia formar a mesma. Diante disto, vislumbra-se que pelo o fato do dolo vincular-se mais ao seu lado psicológico da conduta, e a culpabilidade sediar mais o aspecto normativo, dever-se-ia deslocar aquele para o exterior da culpabilidade, em nome de uma análise mais coesa do juízo valorativo. Cita-se novamente, os fundamentos de Jesus (2010, p.505):

Assim, o dolo persiste como elemento da culpabilidade. Ora, como vimos, o dolo é um fator psicológico que sofre um juízo de valoração. Se é assim, o dolo não pode estar na culpabilidade. Deve estar fora dela para sofrer a incidência do juízo de censurabilidade. É coeficiente da culpabilidade, não seu elemento. Como diz Maurach, ‘se se diz ‘a culpabilidade é uma censura’, faz-se um juízo de valoração em relação ao delincente. Em consequência, a culpabilidade deve ser um fenômeno normativo’. Ora, se a culpabilidade é um fenômeno normativo, seus elementos devem ser normativos. O dolo, porém apresentado por esta teoria como elemento da culpabilidade, não é normativo, mas psicológico. Segundo um provérbio alemão a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo pelo contrário, está na cabeça do réu. Assim, o dolo não pode manifestar um juízo de valoração; ele é o objeto desse juízo.

Existe quem defenda que além do dolo, a culpa também não deve ser elemento da culpabilidade. Para Capez (2008, p.306): “A principal crítica a esta teoria consiste em ignorar que o dolo e a culpa são elementos da conduta e não da culpabilidade”. Com a crise criada em torno dos elementos construtores da culpabilidade, a teoria psicológica-normativa entrou em decadência, abrindo espaço para a construção de outras teorias.

### 3.1.3 Teoria da ação final

A teoria da ação final foi desenvolvida com Hans Wezel, em meados da década de trinta, despreendeu-se dos ideais da escola neoclássica, e destacou-se mais precisamente a ação humana como o centro do estudo.

Segundo esta teoria, a ação deve ser vista como algo voluntário diante da conduta humana, de modo que o indivíduo possa estabelecer em seu alcance algumas possibilidades de causas e efeitos de sua desejada finalidade. É a ação, a norteadora de todo o sistema, na medida em que esta se interliga imperiosamente a uma finalidade, pois, toda e qualquer conduta humana detém uma finalidade. Nesse sentido cita-se Wezel apud Greco (2009, p.389 e 390):

[...] a ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘causal’. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de duas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componente causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – dito em forma gráfica- *vidente* e a causalidade, *cega*.

O finalismo foi de fundamental importância para o estudo do crime e da culpabilidade. Muitas mudanças foram trazidas com os estudos da ação final, uma das mais importantes foi à

alteração em relação ao dolo, pois este não era mais visto como um elemento normativo, mas sim um elemento livre e natural capaz de se auto definir sem, contudo, necessitar dos elementos normativos que o guiavam para a consciência da ilicitude da conduta, ou seja, o dolo foi retirado da culpabilidade e introduzido na ação do indivíduo; a culpa também foi transferida da culpabilidade para a conduta humana, passando esta a ser concebida tão somente pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude da conduta e exigibilidade de conduta diversa. Podem ser citadas as inovações desta teoria através dos ensinamentos de Greco (2009, p.391):

Os tipos penais na concepção finalista, passaram a considerar-se complexos, uma vez que neles deviam fundir-se os elementos de natureza objetiva com aqueles de natureza subjetiva (dolo e culpa).

A antijuricidade, como predicado da ação típica, também deveria a partir de agora, vir impregnada do mesmo elemento subjetivo desta última. [...]

Da culpabilidade foram extraídos o dolo e a culpa, sendo transferidos para a conduta do agente, característica integrante do fato típico. O dolo, após sua transferência, deixou de ser normativo, passando a ser um dolo tão-somente natural. Na culpabilidade, contudo, permaneceu a potencial de consciência sobre a ilicitude do fato- extraída o dolo-, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa.

O fato de esta corrente ter influenciado e se apresentado em grande semelhança com a teoria normativa pura, alguns doutrinadores, a exemplo de Greco, têm aduzido que a “teoria final também é reconhecida como uma teoria normativa pura” (GRECO, 2009, p.391).

### 3.1.4 Teoria normativa pura da culpabilidade: teoria extremada e teoria limitada da culpabilidade

A teoria normativa pura da culpabilidade nasceu com os ideais finalistas, e carrega forte relação com a mesma, por isto alguns autores tratam as mesmas em conjunto. No presente trabalho optou-se por separá-las para uma melhor apreciação das espécies da teoria normativa pura.

Portanto, enfatiza-se, preliminarmente, que a doutrina divide a teoria normativa pura em duas espécies, sendo elas: a teoria estrita ou extrema da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade. Ambas se contextualizam na teoria finalista anteriormente explicada, porém divergem-se na medida em que tratam das discriminantes putativas do tipo.

Iniciam-se então pelos pontos convergentes, ajuizadas nos ensinamentos finalistas, deslocam o dolo e culpa da culpabilidade e os inserem no tipo penal; bem como retiram a normatividade do dolo repassando a consciência de ilicitude da conduta tão somente para a culpabilidade, consagram também os tipos penais dolosos e culposos, enfim todas as mudan-

ças finalistas anteriormente elencadas foram abarcadas pela teoria normativa pura. Mas, contudo, a mudança mais imperiosa e consequencial desta nova visão, foi em relação nova posição do dolo e da culpabilidade do agente. Para Capez (2008, p.306):

Assim, em vez de imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa, a teoria normativa pura exigiu apenas imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, deslocando o dolo e culpa para a conduta. O dolo que foi transferido para o fato típico não é, no entanto, o normativo, mas o natural, composto apenas de consciência e vontade. A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto. Exemplo: a culpabilidade não será excluída se o agente, a despeito de não saber que sua conduta era errada, injusta, inadequada, tinha totais condições de sabê-lo.

Por outro lado as teorias limitada e extremada se separam, na medida em que tratam diferentemente as discriminantes putativas, para a primeira a o erro que incide sobre uma situação fática, é chamado erro de tipo, e o erro que recai sobre a existência das justificadoras normativas, é o chamado erro de proibição; já a outra não faz distinção entre o as discriminantes putativas em erro de proibição ou erro de tipo, pois quaisquer dos dois erros são assimilados unicamente como erro de tipo.

O que deve ser notado neste momento é que a distinção das duas teorias reside no tratamento dado às excludentes de ilicitude; para teoria extremada, mesmo nos casos em que o agente estiver acometido por um erro, persistirá o dolo, e só será o agente absolvido se evidente total desconhecimento da ilicitude da conduta, e para a teoria limitada ora o dolo permanece, outra hora é eliminado, a depender é claro, do erro que se apresentará no caso concreto. Faz-se uma comparação das duas teorias nas lições de Jesus (2010, p.509):

Difere a respeito da suposição da causa excludente de ilicitude (as chamadas discriminantes putativas, como legítima defesa putativa). Para a teoria extrema da culpabilidade, mesmo nesses casos subsiste o dolo, absolvendo-se o agente no caso de ser inevitável a ignorância da ilicitude. A teoria limitada, porém, faz distinções entre a ignorância da ilicitude por erro incidente sobre a situação de fato. Se, por erro, o sujeito supõe a existência de uma norma que, se existisse, tornaria legítima sua conduta, concordando com a extrema, a teoria limitada afirma existir o dolo permitindo a absolvição em caso de erro inevitável. Quando, porém em vez de incidir o erro sobre a regra de proibição, recair sobre a situação de fato, supondo o sujeito estar agindo acobertado por excludente de ilicitude, o dolo é eliminado, podendo responder por crime culposos.

O importante neste ponto é entender a essência da teoria normativa pura e de suas derivações, pois essa questão das discriminantes putativas e a incidência dos erros de tipo e proibição serão mais bem estabelecidas no item 2.3 da pesquisa, uma vez que se analisará mais

especificamente a teoria normativa pura limitada, como a admitida pelo Código Penal Brasileiro.

### 3.1.5 Teoria social da ação

A teoria social da ação através dos estudos preliminares de Eb. Schimidt durante a década de 1930 enfatizava que a ação deveria ser concebida como um fenômeno social, ou seja, a ação ou conduta humana deve ser algo que produza conscientemente uma importância dentro do ambiente social do indivíduo, é como se a ação do homem, exercesse tão grande papel dentro da coletividade e por isto devesse encontrar-se conceituada e estabelecida nos parâmetros sociais. Para Rocha e Greco (1999, p.66):

[...] na concepção social, o conceito de ação decorre de solução conciliatória entre a pura consideração ontológica e a normativa. A teoria social pretende fazer com que a ação seja entendida como conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é verificada à medida que a conduta produza efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social.

Porém desde logo, notou-se a impossibilidade desta formação teórica social sobre o conceito de ação, assim citam-se as dificuldades encontradas por meio de Tavares (1980, p.92):

[...] a) a impossibilidade, até agora, de se fornecer um conceito preciso para a aventada relevância social da conduta e b) na imprestabilidade prática de um conceito de ação que implique um juízo de valor de tal ordem, que já diga respeito, no fundo, ao conteúdo social do fato, isto é, de conformidade ou desconformidade com a estruturação dos mandamentos coletivos (que, em seu conteúdo, não são coletivos).

Portanto, nota-se que a dificuldade desta teoria foi uniformizar um conceito de ação que traduzisse a relevância social de uma conduta, pois, sem a afirmação dos padrões a serem observados diante desta, abriu-se espaço para um grande juízo de valoração que não detinha parâmetros designados para o seu exercício.

### 3.1.6 Teoria do funcionalismo

É o chamando sistema funcional do direito penal, na medida em que se entende que a conjuntura política, jurídica e criminal devem se encontrar regidas pelo funcionalismo do Direito penal, assim não são considerações finalistas ou causalistas que devem nortear o cenário

jurídico penalista, mas sim critérios estabelecidos pela sistemática penal. Fundamenta-se nas lições de Greco (2009, p.393):

Desde aproximadamente 1970, começou-se a discutir e a se desenvolver um sistema entendido como racional-final (ou teleológico) ou funcional do Direito Penal. Na precisa lição de Roxin, ‘os defensores desta orientação estão de acordo em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do Direito Penal’.

Ressaltam-se ainda os ensinamentos de Greco (2009, p.393) acerca da sustentação deste sistema, Veja-se:

Em sede de estrutura do crime, o sistema funcional trabalha com duas vigas mestras: a teoria da imputação objetiva e a ampliação da culpabilidade para a categoria de responsabilidade. A primeira delas, nos crimes de resultado, passa a exigir, além da relação material de causalidade, um nexos normativo de causalidade, a fim de aferir se o resultado produzido pelo agente pode, juridicamente, ser a ele imputado. A segunda coluna do funcionalismo, ampliando o conceito de culpabilidade para o de responsabilidade, exige, sempre, a aferição de necessidade preventiva (especial ou geral) da pena, sem a qual se torna impossível à imposição desta.

Desta forma, são elencados dois pilares fundamentais, sendo um dedicado à imputação objetiva do indivíduo, relacionando um nexos normativo de causalidade ao resultado obtido; e no outro fica estabelecido uma extensão da culpabilidade para o campo da responsabilidade, possibilitando assim uma sistemática preventiva com embasamento nas funções e regras do Direito Penal.

### 3.2 O JUÍZO DE CENSURA DA CONDUTA CULPÁVEL ATRAVÉS DO LIVRE-ARBÍTRIO E DO DETERMINISMO TRADICIONAL

Com intuito de conduzir e explicar o desempenho do juízo valorativo da conduta, duas correntes distintas foram formuladas, a primeira com os ideais da escola clássica, induzindo a reprovabilidade da conduta sob o livre-arbítrio e a outra influenciada pelo positivismo que enaltecia a ideia do determinismo.

O livre-arbítrio pregava que o homem é livre para fazer suas escolhas, e, por conseguinte só pode lhe ser reprovada as condutas que dependem de sua vontade, ou seja, para que se concretize a censura negativa sob uma conduta humana, se faz necessário que o agente



delituoso tenha vontade antagônica aos parâmetros da conduta correta grifada pelas normas do direito. Para Aragão (1995, p.72):

Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se põem aos delinquentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária. Só é punível quem é moralmente livre e, por conseguinte, moralmente responsável, porque só estes podem ser autores de delitos. Se o homem cometeu um crime deve ser punido porque estava em suas mãos abster-se ou se o quisesse, praticar ao invés dele um ato meritório.

Elucida-se ainda que Wezel, como tratou Bitencourt (2007) em sua obra, analisou o livre-arbítrio dividindo o sistema em três pontos distintos, o antropológico, caracterológico e o categorial. O primeiro faz um comparativo entre o homem e o animal, informando que aquele diferentemente deste possui condutas instintivas, e detém elementos suficientes e inteligentes de desenvolver a conduta correta, seguindo assim as próprias determinações desejadas; no plano caracterológico induz que o homem pode controlar os impulsos de valor e sentido da conduta; já o plano categorial procura a solução de como é possível que um homem tenha domínio de suas condutas se espelhando em vontades, e como pode ele ser responsabilizado pela escolha da opção errada em detrimento da correta.

Por outro prisma, o determinismo enfoca a existência de fatores internos e externos que provocam a influência da conduta humana na prática da ação delituosa, existe um ponto gritante entre esta corrente e a ulterior acima elencada, na medida em que o determinismo critica profundamente a liberdade consentida ao sabor da vontade humana.

Desta forma, segundo Aragão (1995) considerando-se livre-arbítrio como direcionador da conduta, estar-se-ia desconsiderando-se os fatores sociais, educacionais e físicos que contornam a mesma e influenciam o homem. Do mesmo modo, a corrente do livre-arbítrio censura o determinismo tradicional, aduzindo que o erro desta é admitir o agente como não suficientemente capaz de controlar os impulsos interiores e exteriores de acordo com sua vontade.

Muitos outros pontos controversos circundam a contextualização destas duas correntes, porém é satisfatória a análise genérica acima perpetrada de modo a compreender as funções do livre-arbítrio e do determinismo diante a culpabilidade.

Entende-se, pois, pelo mesmo ponto de defesa de Greco (2009), aduzindo que as duas correntes se completam em uma conjuntura entre a livre vontade e as possíveis influências que os fatores externos exercem sob o agente. Isto porque, o homem é um ser único, dotado das mais variadas formas de identidade, e por tal motivo deve-se analisar a sua culpabilidade

com todas as peculiaridades que influenciam esta, de forma considerar os fatores internos e externos que lhe circundavam ao momento da sua conduta.

É válido enfatizar, que abarcando inicialmente uma, ou outra, corrente como ponto de partida, não se atinge a estruturação da culpabilidade no decorrer de sua formação legal-doutrinária, o que se distingue aqui, é onde se dá o início para caminho da culpabilidade no conjunto de sua reprovabilidade, desta forma adotando-se as duas teorias ou simplesmente uma, a culpabilidade ao final possui a mesma formação estrutural, é o que se analisa a seguir.

### 3.3 ESTRUTURAÇÃO DA CULPABILIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E SUA IMPORTÂNCIA NA FORMAÇÃO DO DELITO

Conceituada a culpabilidade, faz-se imprescindível o estudo de sua estruturação no Código Penal Brasileiro, de onde parte o entendimento dos crimes culposos e suas derivações. Para melhor entendimento é preciso fazer um breve comentário sobre a teoria adotada pelo referido código, sendo a teoria normativa pura ou ainda mais especificamente como aduz Capez (2008), a teoria limitada da culpabilidade.

Para esta teoria, o dolo (elemento subjetivo) pertence ao tipo e o grau de consciência da ilicitude da conduta (elemento normativo) se apresenta na culpabilidade, já se for o caso de existir um erro de tipo estar-se-ia concretizada a exclusão do dolo, do mesmo modo se houver um erro de proibição se faz a exclusão da culpabilidade. Já sobre as causas que excluem a ilicitude da conduta (discriminantes putativas), se forem elencadas sob a forma de putativas fáticas são estabelecidas pelo erro de tipo, e de outro modo às putativas que recaem sobre a ilicitude do fato, são aduzidas como erro de proibição.

Desta forma, a teoria apresenta-se por dois ângulos: nesta hipótese, o erro recai sobre existência ou limites jurídicos da conduta, tratando-se assim de um erro de proibição que exclui a culpabilidade do tipo e, caso possível, se atenua a pena; diferentemente daquela que se vislumbra a incidência do erro sobre a situação de fato, de modo a excluir o dolo da conduta, permitindo ao agente infrator responder por crime culposos. Abreviam-se alguns aspectos da teoria limitada, nas palavras de Capez (2008, p.307):

Para a teoria limitada da culpabilidade, o erro recai sobre uma situação de fato (discriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição.

Abre-se um parêntese para uma sucinta explicação sobre erro de tipo e erro de proibição, entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares circunstâncias ou qualquer dado que se agregue a determinada figura típica; já o erro de proibição ou erro de proibição indireto dispõe sobre uma compreensão errada da norma legal, pois o agente conhece a situação fática, contudo seu erro incide sobre o que lhe é permitido legalmente. Fundamenta-se nas palavras de Bitencourt (2007, p.378 e 379):

Erro de tipo é o que recai sobre a circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal.

[...]

Erro de proibição, por sua vez, é o que incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida sua conduta proibida.

Conclui-se assim que no erro de tipo o agente acredita em uma dada realidade que não condiz com as verdadeiras elementares da situação vivenciada; ele interpreta corretamente a norma, mas recai no erro quanto ao fato, o que não enquadra sua ação como delituosa, visto que se embasa em uma suposição circunstancial falsa. Já no erro de proibição o agente tem plena consciência de toda a situação fática que recai sobre sua conduta, porém detém uma interpretação alheia acerca do caráter de um injusto que pode, ou não, ser reprovável, segundo o senso de justiça que analisa o erro.

Sublinha-se que apesar daquela teoria ser a adotada pelo Código Penal, há quem discorde desse entendimento, e opte pela teoria extremada da culpabilidade. É o que entende Mirabete e Fabbrini (2010), pois segundo eles existe uma grande controvérsia que circunda as causas de justificação da conduta, mas optam pela teoria extremada da culpabilidade, na medida em que esta caracteriza as discriminantes putativas como erro de proibição, excluindo-se assim tão somente a culpabilidade. Isto se deve ao fato do agente ter atuado com dolo devido as circunstâncias de fato, mas, contudo supondo que sua conduta se encontrava lícita. É como se o agente quisesse o resultado, mas não apreciasse os elementos ilícitos de sua ação, e conseqüentemente não enxergasse sua reprovabilidade.

Relembra-se ainda através do capítulo anterior, as teorias bipartida e tripartida do crime, enfatizando que não implica neste ponto da pesquisa, se a culpabilidade é entendida como elemento do crime ou pressuposto da pena, uma vez que ambas as teorias entendem a culpa sob o mesmo ângulo, diferenciam-se apenas em relação à localização e aplicação da mesma dentro perspectiva criminal, contudo sua compreensão é mesma diante culpabilidade.

Entendida a teoria adotada pelo Código Penal, começa-se a traçar a estruturação da culpabilidade, desta forma adotou-se legalmente que a culpabilidade estaria sendo formada pelos seguintes elementos: imputabilidade, potencial de consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Presente estes três requisitos se encontra caracterizada a culpabilidade da conduta praticada.

A imputabilidade é entendida como a percepção do entendimento sobre o aspecto ilícito da conduta, do ato ou fato a ser praticado. O agente, no momento da prática do delito, deve se comportar conscientemente interligado ao juízo moral, social e psíquico de que aquele ato vai de encontro à lei, mas, todavia se concretiza pautado plenamente em sua inteira vontade. Para Capez (2008, p.308):

[...] é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas e psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

O potencial de consciência da ilicitude do fato é vislumbrado quando o agente no momento da conduta possui conhecimento da sua ilicitude, ou seja, é necessário que o infrator, na hora que estiver praticando a conduta, tenha plena convicção que sua ação é típica e ilícita nos moldes da legislação penal, sendo, ainda, capaz de conduzir a sua conduta, conscientemente, em conformidade com esse entendimento.

Assim, “para que uma ação contrária ao direito possa ser reprovada, ao autor será necessário que conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude”. (BITENCOURT, 2007, p.347).

Enfatiza-se, ainda, o princípio da inescusabilidade do desconhecimento da lei, isto porque, não adianta que o agente infrator alegue simploriamente o desconhecimento do texto legal com a intenção de justificar sua conduta, pois como cidadãos, todos estão obrigados a conhecer o que se torna ilícito ou imoral nos moldes sociais, culturais e legais, em defesa da ordem jurídica e moral de toda a coletividade. Fundamenta-se em Mirabete e Fabbrini (2010, p.188):

Não pode escusar-se o agente com a simples alegação formal de que não sabia haver uma lei estabelecendo punição para o fato praticado. Para haver culpabilidade, diz Jescheck, é bastante que o agente ‘saiba que seu comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária e que, por conseguinte, se acha proibido juridicamente’.

O indivíduo como membro da sociedade, tem intuição do que é proibido e pode, assim, evitar a violação da ordem jurídica e a prática de atos lesivos, mesmo nas hipóteses em que os tipos penais não coincidem com a ordem moral, porque se exige que, normalmente, se informe a respeito da regularidade jurídica de seus atos.

Por fim menciona-se a exigibilidade de conduta diversa para então estar concretizada a culpabilidade do agente e, por conseguinte realizar-se a reprovabilidade de sua conduta. Este último elemento exige que o autor, em situação de ação ou omissão, haja de acordo com as normas jurídicas estabelecidas, isto é, é a manifestação da perspectiva social e da possibilidade que agente detém de atuar de outra forma, a evitar aquela conduta proibida pelos mandamentos legais. Nesse sentido, cita-se Bitencourt (2007, p.349):

O conteúdo da reprovabilidade, como afirma Manuel Vidaurri, consiste em o autor dever e poder adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não a resolução de vontade antijurídica. O Direito exige geralmente do sujeito imputável, isto é, daquele que pode conhecer a antijuricidade do seu ato, que tome sua resolução de vontade conforme com esse conhecimento possível. Porém, reconhece Welzel, existem situações em que não é exigida uma conduta adequada ao Direito, ainda que se trate de sujeito imputável e que realize dita conduta com conhecimento da antijuricidade que lhe é própria. Nessas circunstâncias, ocorre o que se chama de inexigibilidade de outra conduta, que afasta o terceiro elemento da culpabilidade, eliminando-a, conseqüentemente.

Pelo exposto, grifa-se a importância da culpabilidade em cada conceito e elemento estrutural de sua formação, pois, torna-se indispensável e imperioso a análise daquela diante o ilícito penal. Através da culpabilidade não se vislumbra exclusivamente a reprovabilidade das condutas, mas as consequências que se revelam, a partir de sua análise, na vida do sujeito ativo do delito. Deste modo, nota-se que a culpabilidade é um ponto que resulta no desfecho de toda análise estrutural do delito, destacando-se, especialmente para os fins do presente trabalho monográfico, o estudo da imputabilidade do agente; é o que se analisa a seguir.

### 3.4 IMPUTABILIDADE

Como relatado anteriormente, a imputabilidade é a capacidade que o direito penal detém de imputar um fato delituoso ao um agente que possui plena consciência que a prática de sua conduta contradiz os limites legais.<sup>1</sup> Por outro lado, a inimputabilidade se caracteriza co-

---

<sup>1</sup> “O velho Carrara nos dava uma definição lapidar sobre imputabilidade, afirmando que: ‘A imputabilidade é o juízo que fazemos de um fato futuro, previsto como meramente possível; a imputação é o juízo de um fato ocorrido. A primeira é a contemplação de uma ideia; a segunda é o exame de um fato concreto. Lá estamos diante de um conceito puro; aqui estamos na presença de uma realidade.’ Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, é aptidão para ser culpável.” (BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume.1, 11.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 350.)

mo a condição para se considerar que autor do delito é incapaz de entender a ilicitude do fato realizado, ou de se determinar de acordo com esse entendimento (por motivos de insanidade ou imaturidade mental), ou seja, na inimputabilidade o agente não tem condições de compreender ou de se determinar de modo coerente com a sua compreensão e os parâmetros legalistas penais.

A inimputabilidade é a não possibilidade da responsabilização do agente pelo fato ilícito, uma vez que o não se pode responsabilizar alguém por algo que ele próprio não compreende como ilícito ou imoral. Como preleciona Muñoz (1988, p.137) “[...] quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos”.

A inimputabilidade é auferida no momento da ação ou omissão delituosa, sendo vislumbrada quando o agente se apresenta com doença mental; desenvolvimento mental incompleto (menoridade); desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior; são estados e características pessoais- psíquicas que são capazes de excluir a culpabilidade de acordo com análise de cada caso concreto.

#### 3.4.1 A incapacidade da culpabilidade

Os inimputáveis são incapazes de serem responsabilizados penalmente por fatos, ou atos por eles praticados, pois não possuem a correta consciência de suas vontades, bem como não compreendem a lei de forma a interpretá-la. Desta forma, não possuem a capacidade da culpabilidade e conseqüentemente não podem ser reprovados por suas condutas.

Isto porque, a imputabilidade pode ser interpretada sob dois ângulos, um volitivo e o outro cognoscivo, neste o autor da conduta tem que se apresentar em potencial de compreensão dos enunciados legais; no outro é o próprio autocontrole, é como o agente se comporta no domínio de suas próprias vontades. Como dispõe Sanzo Brodt (1996, p.46):

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. *Bettiol* diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, deve ter, pois ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a ‘capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético- jurídico’. Conforme *Bettiol* é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impede à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal.

Assim sendo, nota-se que a inimputabilidade contorna-se mais precisamente entre grau de capacidade e de responsabilidade que o agente detém. Então se faz necessária uma equação determinada de seus conceitos, pois eles completam-se dentro de uma conjuntura inseparável, mas não são, contudo sinônimos entre si.

A inimputabilidade é a junção da incapacidade e da irresponsabilidade do agente, em virtude do não entendimento da ilicitude e tipicidade de sua conduta, bem como pela falta de autodeterminação de acordo com suas próprias vontades. Já a responsabilidade, é a possibilidade de o agente ser penalizado por seus próprios atos, é resposta punitiva de uma ação ou omissão que contraria os moldes legais e sociais. Enfim a capacidade se torna mais abrangente, pois é o ponto de partida dos outros dois acima elencados, uma vez que sendo incapaz, se torna um inimputável e conseqüentemente não pode ser responsabilizado por seus atos.

#### 3.4.2 Critérios estabelecidos para determinação da inimputabilidade

Para o estabelecimento da inimputabilidade foi necessário desenvolver-se sistemas capazes e analisar o sujeito e as circunstâncias físicas e psíquicas que envolviam o crime no caso concreto, visto que o atual código não elencou legalmente o significado de inimputabilidade. Assim, não era suficiente apenas uma análise superficial do agente e da situação fática ocorrida, era necessário algo que procurasse entender o porquê daquela situação, o motivo e fundamento que levou o autor ao cometimento do crime, como também os fatores internos e externos que poderiam ter lavado a prática da conduta delituosa; enfim tinha-se a necessidade de uma análise minuciosa de cada detalhe que envolvia o crime, para então, posteriormente, concluir-se de uma forma seria e fundamentada sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do infrator.

Desenvolveu-se desta forma, três sistemas que procuravam analisar o indivíduo por ângulos diferenciados, contudo com o mesmo intuito de obter compreensão e explicação da realização do crime. Os sistemas a serem avaliados são: o sistema biológico, o psicológico e por fim o biopsicológico.

O sistema biológico ou etiológico entende que para a caracterização da inimputabilidade precisa-se tão somente da constatação que o agente infrator é possuidor de uma doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Assim, para este primeiro sistema não importa a análise de outras elementares que envolvam o agente do crime, pois através da constatação da perturbação mental já se torna inimputável penalmente, não importando aqui

se o agente ao momento da prática do delito detinha capacidade ou inteligência de discernir o entendimento da conduta delituosa e de sua pretensão.

Este sistema se encontra adotado no Código Penal Brasileiro, como uma causa excepcional, pois quem possui o desenvolvimento mental incompleto, ou seja, o menor de dezoito anos, sempre se enquadra como presumidamente incapaz, por não entender a ilicitude de suas condutas, bem como não determinar-se sob o domínio de suas vontades. Como comenta Greco (2009, p.70):

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, na qual, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente *biológico*.

Apesar de o sistema exercer uma função na legislação brasileira, nota-se que o mesmo não se apresenta como a análise mais adequada em meio às necessidades encontradas de aferição da inimputabilidade. Isto se dá ao fato do mesmo não abarcar outros fatores internos e externos que complementam a comprovação da situação pessoal do autor quando da prática do crime. Poder-se-ia muito bem vislumbrar um indivíduo possuidor de transtornos mentais momentâneos, e então indagar-se se no momento da prática criminosa estaria o autor sob o domínio de perturbação mental ou em plena consciência delituosa, sendo, pois, esta a falha do sistema. Mais adequado seria analisar não só a presença de uma perturbação mental permanente no agente, mas seria preciso saber se no momento da ação ou omissão se encontrava o autor com capacidade suficiente de entender e de se determinar de acordo com a ilicitude de sua conduta. Segundo Mirabete e Fabbrini (2010, p.196): “É, evidentemente, um critério falho, que deixa impune aquele que tem entendimento e capacidade de determinação apesar de ser portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto etc.”.

Por sua vez, o sistema psicológico aprecia se no momento da ação ou omissão delituosa o agente detinha perturbação mental, ou seja, o importante neste ponto é tão somente o momento da prática delituosa e possivelmente a não consciência do agente perante sua vontade e a lei, tornando-se um inimputável penal.

Fazendo uma comparação entre este sistema e o anteriormente citado, nota-se que este se preocupa unicamente com os efeitos momentâneos, levando-se em conta apenas os valores internos que englobavam o autor ao momento da conduta, sem, todavia analisar a causa que ensejou aquela perturbação mental; já o sistema biológico se comporta em contrário, pois



considera exclusivamente a existência da causa consequencial que deu origem a inimputabilidade, mas não importando se essa causa perturbadora influiu no momento do crime.

Após uma análise dos dois sistemas, nota-se que ambos carregam suas falhas, uma vez que um não analisa a causa existencial da insanidade mental, deixando-se influenciar por qualquer motivo temporário que perturbe seu aspecto psicológico e afete deste modo sua determinação pessoal e legal, considerando-se assim por qualquer causa um indivíduo inimputável (sistema psicológico)<sup>2</sup>; e, no entanto o outro analisa a causa da perturbação mental, a sua existência, mas não estuda, entretanto o momento que esta perturbação pode ter sido auferida no indivíduo, não sendo necessário, assim, discernir se ao momento do delito estaria o agente imbuído de capacidade ou incapacidade mental, sendo a doença mental isoladamente justificadora da inimputabilidade.

Assim, observa-se imprescindível um sistema capaz de englobar as duas análises feitas pelos sistemas anteriores, surgia então o sistema biopsicológico que unia o aspecto biológico e o psicológico em uma única apreciação.

Como pode ser deduzido o novo sistema analisa a causa e o efeito da perturbação mental, assim se torna necessário que o agente detenha uma insanidade mental com previsão legal (a existência da perturbação mental do sistema biológico) e que no momento da ação ou omissão esteja o autor incapacitado de compreender e determinar-se de acordo com suas vontades e com o caráter lícito do texto legal (análise ao efeito de momento do sistema psicológico). Por ser o mais coerente e justo o Código Penal Brasileiro adotou o mesmo para delimitar os critérios de estabelecimento da inimputabilidade.

Em um comentário sucinto fundamentam-se os três sistemas, através do Ministro Francisco Campos apud Bitencourt (2007, p.351), na sua Exposição de Motivos do Código Penal de 1940:

Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. 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. O *método psicológico* não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a sua causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o *método biopsicológico* é a reunião dos dois pri-

<sup>2</sup> “A título de ilustração se, fosse adotado o critério psicológico entre nós, a supressão total dos sentidos pela emoção, que não está prevista em lei como causa dirimente, poderia levar a exclusão da imputabilidade do agente, quando retirasse totalmente a capacidade de entender ou a de querer.” (CAPEZ, F. **Curso de direito penal**, volume1: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 312).

meiros: a responsabilidade só é excluída, se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação.

Como o sistema biopsicológico foi o adotado, como regra, pelo Código Penal Brasileiro, mencionam-se, a título informativo, os critérios usados pelo referido sistema para caracterização da inimputabilidade, sendo eles: o requisito causal, o cronológico e o consequencial<sup>3</sup>.

Explicado os sistemas que determinam a inimputabilidade penal e entendidas as circunstâncias e ocasiões legais em que a mesma é auferida, necessário se faz aprofundar a discussão precisamente no enfoque central desta pesquisa, por meio de uma análise mais específica no campo da inimputabilidade por doença mental.

### 3.4.3 Exclusão da imputabilidade por insanidade mental

A insanidade mental e suas derivações são geradoras da inimputabilidade penal, estas perturbações mentais são caracterizadas por meio de distúrbios psíquicos que afetam o indivíduo de modo a ensejar a sua não capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e de não se autodeterminar de acordo com seu entendimento.

Acometidos de perturbações psicológicas que comprometem os aspectos internos e externos da conduta, pode o agente praticar um fato sem, contudo, compreendê-lo ilícito, inteiro ou parcialmente, ou ainda sem exercer o total controle volitivo da realização desse fato, implicando, como efeito dessa constatação, na isenção ou diminuição da pena.

Assim sendo, o Código Penal Brasileiro dispõe no *caput* seu 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”. Constata-se pela redação legal, a adoção do critério biopsicológico como anteriormente mencionado, enfatizando-se, assim, a necessidade da constatação da doença mental no momento do crime.

A doença mental é entendida como um gênero de moléstia psíquica que engloba vários transtornos psicológicos, isto porque, os indivíduos que carregam consigo esta doença, possuem seu grau de discernimento afetado por um transtorno mental-psicológico que prejudica a

---

<sup>3</sup> “[...] a) Causal: existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que são causas previstas em lei; b) Cronológico: atuação ao tempo da ação ou omissão delituosa; c) Consequencial: perda total da capacidade de entender ou da capacidade de querer.” (CAPEZ, F. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.312).

sua compreensão dos aspectos antijurídicos da conduta e de seu agir perante suas emoções. Para Capez (2008, p.309):

[...] é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral, etc.

Como mencionado, expressão doença mental atualmente é bastante ampla, pois não só abarca os doentes mentais como inimputáveis, são diversas perturbações mentais que incapacitam os indivíduos, e, por conseguinte estão adentrando-se no rol jurisprudencial e doutrinário perante os inimputáveis, pode-se citar: as psicoses funcionais, a paranoia, as psicoses maníaco-depressivas, a demência senil, psicose alcoólica, paralisia progressiva, a epilepsia, entre outras<sup>4</sup>.

Já por desenvolvimento mental retardado, entende-se por aquele sujeito que se encontra abaixo da média de compreensão e entendimento de acordo com a sua faixa etária, isto é, são indivíduos que possuem um desenvolvimento intelectual reduzido em comparação com as demais pessoas de igual desenvolvimento. São os casos de oligofrenia (idiotia, imbecilidade, debilidade mental), desta forma em decorrência do seu baixo potencial intelectual e mental são considerados inimputáveis penalmente. Para Bruno (1967, p.135):

[...] formas típicas, que representam os dois extremos e o ponto médio de uma linha contínua de gradações de inteligência e vontade e, portanto, da capacidade penal, desde a idiotia profunda aos caos leves de debilidade, que tocam os limites da normalidade mental. São figuras teratológicas, que degradam o homem da sua capacidade psíquica normal e criam, no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus.

Alguns doutrinadores ainda elucidam a inimputabilidade ao surdo-mudo e ao silvícola inadaptado, enfatizando que se ao momento da ação ou omissão da conduta estariam eles totalmente alheios a situação de fato, sem qualquer discernimento ou compreensão do acontecimento, classificar-se-iam estes como inimputáveis.

Justifica-se tal pressuposição diante do fato de ambos apresentarem dificuldades para se inserir-se no mundo social e jurídico que os rodeiam, uma vez que a anomalia do surdo-

<sup>4</sup> “[...] aí se incluem os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou a evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxicos-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e demência secundárias.” (BRUNO, A. **Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. v. 1 a 3, p. 133).

mudo dificulta sua adaptação e convivência para com a coletividade, do mesmo modo o aspecto e as barreiras culturais do silvícola obsta a inclusão deste no seio social. Assim sendo, alguns estudiosos entendem que estes devem ser considerados como detentores de um desenvolvimento mental retardado, porém como nunca foi estabelecido um texto legal para tal suposição, depende-se necessariamente da análise de cada caso em concreto.

Abrevia-se o comentário de Bitencourt (2007, p.354-355) sobre o surdo-mudo em igual tratamento para com o silvícola:

*O surdo-mudo, privado do som e da comunicação oral, de regra, fica alijado da cultura, sem assimilar suas normas, sem capacidade de avaliar o sentido ético-social de seus atos. Ante a possibilidade de educar-se, e ajustar-se aos meios sociais, sua plena capacidade de entendimento e de autodeterminação deve ser comprovada em cada caso particular. Mas, ainda que consiga uma educação, a sua capacidade, que não se limita exclusivamente à instrução, será naturalmente inferior à normalidade do cidadão; por isso, a necessidade do exame conveniente em cada caso concreto.*

[...]

*Aos surdos-mudos equiparam-se os silvícolas, que podem hoje estar aculturados. No entanto o nível de adaptação social às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em cada caso em concreto.*

Abre azo para um esclarecimento, pois talvez tenha sido observado que inimputabilidade por motivos de desenvolvimento mental incompleto (menoridade penal - 18 anos) não foi objeto de explicação neste tópico, isto porque, procura-se neste momento afunilar a pesquisa no entendimento das inimputabilidades por insanidade mental que dão ensejo, por conseguinte a medida de segurança e a sentença penal absolutória imprópria; sendo desta forma o desenvolvimento penal incompleto causa de inimputabilidade regida por outros parâmetros normativos distintos dos avaliados no presente trabalho<sup>5</sup>.

Diante do exposto e da complexidade das insanidades mentais mencionadas, nota-se que se faz necessário à existência de alguma prova que oriente o julgador no andamento do processo que supõe uma causa de inimputabilidade. Logo, a comprovação desta é feita através do exame pericial, que comprovará que ao tempo da ação ou omissão era o agente incapacitado de dominar-se diante das suas vontades e de comporta-se segundo a juricidade da conduta, restando assim estabelecida à inimputabilidade do autor do fato.

Portanto, comprovada a inimputabilidade, retira-se a culpabilidade do agente, e o autor deverá ser “absolvido” pela imposição de sentença penal absolutória imprópria, sendo-lhe

---

<sup>5</sup> “Por isso os menores de dezoito anos, autores de infrações penais, terão suas ‘responsabilidades’ reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê as medidas adequadas à gravidade dos fatos e à idade do menor infrator (Lei n. 8.069/90).” (BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume. 1, 11.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 352.)

imposta, conseqüentemente, uma medida de segurança que se justificará como um tratamento psíquico para sua enfermidade. Este ponto será analisado no próximo capítulo com maior profundidade.

Antes de adentrar no próximo capítulo, é válido frisar alguns comentários sobre uma das hipóteses de capacidade diminuída do agente, e conseqüentemente da possibilidade de redução da pena ou aplicação da medida de segurança.

Isto ocorre com o sujeito que caminha entre a imputabilidade e a inimputabilidade, pois existem transtornos mentais que se apresentam parcialmente na vida do indivíduo. São perturbações que podem variar e influenciar a capacidade do sujeito entender e se autodeterminar de acordo com o entendimento do caráter lícito da conduta por ele praticada, de tal forma que a lei considera reduzida a culpabilidade do agente.

Nestes casos, são os indivíduos caracterizados pela semi-imputabilidade, que segundo o art.26 do CP possuem uma “perturbação da saúde mental” implicando, pois, em uma espécie de culpabilidade diminuída, vez que no momento da conduta, o agente não se mostrou inteiramente capaz de entender sua vontade e valorar o aspecto ilícito da prática do ato, porém, entretantes, não se mostra plenamente incapaz para ser considerado um inimputável, já que resta esclarecido que é apenas a perda de uma parte da capacidade, não autorizando a eliminação completa da culpabilidade. Assim para Capez (2008, p.321):

[...] é a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação a prática do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas a sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais.

Assim sendo, nos casos de indivíduos semi-imputáveis poderá o juiz agir em acordo com o art. 26 do CP, de modo a avaliar o grau da perturbação mental e determinar-se pela imputabilidade com pena reduzida de 1/3 a 2/3 em decorrência da capacidade e responsabilidade diminuídas, obviamente comprovada por exame pericial a gravidade na patologia mental, dependendo do grau apontado pelo perito, poderá optar o julgador, pela imposição da medida de segurança. Fundamenta-se ainda nas lições de Capez (2008, p.321) sobre escolha feita pelo juiz, aduzindo:

A escolha por medida de segurança somente poderá ser feita se o laudo de insanidade mental indicá-la como recomendável, não sendo arbitrária essa opção. Se for aplicada pena, o juiz estará obrigado a diminuí-la de 1/3 a 2/3, conforme o grau de

perturbação, tratando-se de direito público subjetivo do agente, o qual não pode ser subtraído pelo julgador. Em sentido contrário, entendendo ser faculdade do juiz: José Frederico Marques.

A maior parte a doutrina acredita que a escolha pela redução da pena pelo fato da culpabilidade diminuída seja uma obrigação do juiz e um direito do indivíduo, porém, alguns defendem que se trata de uma faculdade do juiz, ou ainda de uma faculdade-dever. Em interpretação do texto legal, complementa Bitencourt (2007, p.357): “Finalmente em que pese o texto legal utilizar o verbo ‘pode’, a redução de pena, na hipótese de culpabilidade diminuída, é obrigatória, e não mera faculdade do juiz”.

Não se atrelando ao aspecto da natureza opcional da decisão, é importante lembrar que, na aplicação da redução da pena ou mesmo de imposição de medida de segurança, não obstante ambas as decisões serem consideradas uma sentença condenatória, como diz Capez (2008, p.321): “o juiz terá duas opções: reduzir a pena de 1/3 a 2/3 ou impor medida de segurança (mesmo aí a sentença continuará sendo condenatória).” visto que não se trata de absolvição imprópria exatamente por não se tratar de um inimputável, mas de se uma responsabilização abrandada por perda de parte da capacidade da culpabilidade.

Neste diapasão, em se tratando de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, vislumbra-se que a doutrina apresenta-se um tanto quanto lacônica ao tratar dos aspectos jurídicos relacionados à temática, contudo, em especial no que diz respeito à inimputabilidade, necessário se faz, para subsidiar a presente pesquisa, um aprofundamento acerca da sentença penal absolutória imprópria.

## 4 SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA

Primeiramente, deve ser entendido o significado e a pretensão de uma sentença no âmbito do direito processual penal. Atualmente, a legislação processual optou por não definir com exatidão o conceito daquela, visto que diversas entrelinhas embora partam do mesmo ponto, se encaminham para rumos diferentes. Isto porque, algumas sentenças diferem uma das outras em seu sentido e conteúdo, umas a condenar, outras a absolver, outras ainda, a determinar certas medidas de caráter definitivo ou apenas paliativo.

Assim sendo, se torna mais razoável entender sua essência, que delimitar uma conceitualização específica que não abarque as diferentes sentenças penais existentes. De tal modo, a sentença pode ser compreendida como uma decisão intelectual, histórica, formal e lógica de aplicação da lei ao caso concreto, é a prolação de uma decisão que busca a adequação da legislação e arcabouço jurídico geral à resolução da lide existente no bojo processual. Na sentença analisa-se o mérito do caso, apresentando-se, enfim, uma decisão definitiva do processo naquela instância.

Segundo Cunha e Pinto (2009), as sentenças podem ser analisadas em sentido amplo e em sentido estrito, as primeiras abrangem qualquer ato jurisdicional que tenha conteúdo decisório (decisões interlocutórias), e as últimas analisam o mérito daquela situação fática, e conseqüentemente importam numa decisão definitiva naquele tribunal. As tratadas em sentido estrito dividem-se em sentença absolutória, sentença condenatória e terminativa de mérito. As absolutórias são aquelas que afastam a pretensão punitiva, já a condenatória se caracteriza por receber a pretensão punitiva, e por fim as terminativas de mérito julgam o mérito da questão, e encerram a relação processual, mas não são condenatórias, tampouco absolutórias.

### 4.1 APRECIACÃO E CABIMENTO LEGAL

Malgrado a inegável importância de cada uma dessas modalidades, neste trabalho investiga-se as sentenças penais absolutórias e, mais especificamente, as absolutórias impróprias, isto porque, as sentenças absolutórias se subdividem em: sentença absolutória própria e imprópria. É cediço que as próprias negam a pretensão punitiva de acordo com as hipóteses legais; é o que alude Távora e Alencar (2011, p.712): “A sentença absolutória é aquela que rejeita a pretensão punitiva estatal, isto é, julga improcedente o pedido condenatório.” Por sua vez as impróprias impõem medida de segurança a um inimputável, como aduz Cunha e Pinto (2009, p.126), no sentido de que nesse tipo de sentença o juiz “[...] após a análise da prova e

da existência do fato e de sua autoria, acaba por impor medida de segurança, face à inimputabilidade do agente [...]” esta última será o objeto de estudo da pesquisa que se segue.

A sentença penal absolutória imprópria é entendida como uma sentença que não acolhe o pedido punitivo, pelo fato do autor da ação delituosa não possuir culpabilidade, ou seja, a sentença penal absolutória imprópria é prolatada diante de um réu inimputável, impondo a este a execução de uma medida de segurança.

Os inimputáveis praticam um fato típico e ilícito, entretanto, de acordo com a legislação brasileira, não correspondem à pretensão punitiva do Estado, pois são indivíduos que carregam uma patologia mental que os impedem de conduzirem-se de acordo com os padrões legais exigidos na estrutura do crime e conseqüentemente da punição. Para Távora e Alencar (2011, p.714):

Desse modo, as sentenças absolutórias impróprias – fundadas no reconhecimento da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que implique na incapacidade de entendimento do fato ou de determinação de acordo com esse entendimento – produzem efeitos nas órbitas, civil e administrativa, notadamente por terem acertado a controvérsia fática.

De tal modo o Código de Processo Penal Brasileiro em seu art.386 relatou as causas de absolvição do infrator, e, por conseguinte em seu parágrafo único estabeleceu a legitimidade da sentença penal absolutória imprópria, impondo uma medida de segurança. Veja-se:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando, a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I- estar provada a inexistência do fato;
- II- não haver prova da existência do fato;
- III- não constituir o fato infração penal;
- IV- estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V- não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI- existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts.20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art.28, todos do Código Penal) ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII- não existir prova suficiente para a condenação

**Parágrafo único.** Na sentença absolutória, o juiz mandará:

- I- mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
- II- ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;
- III- aplicará medida de segurança, se for cabível.

Assim, fica comprovada a legitimidade e legalidade da sentença penal absolutória imprópria, em face de uma medida de segurança. É notório que o CPP, não estabeleceu taxativamente a nomenclatura de sentença penal absolutória imprópria, visto que esta denominação ficou a cargo da doutrina, na medida em que se passou a compreender que a lei mesmo absolvendo o réu inimputável, estabelece uma medida de segurança, não equivalendo, assim, a uma



absolvição propriamente dita como as demais, pois o absolvido impropriamente não usufrui de sua absolvição completamente - de caráter livre como nas outras hipóteses do artigo acima mencionado. Como aduz Greco (2009, p.398):

Merece ser ressaltado que, se comprovada a total inimizabilidade do agente, deverá ele ser absolvido, nos termos do inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, de acordo com a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, aplicando-se-lhe, por conseguinte, medida de segurança. Daí dizer que tal sentença é impropriamente absolutória uma vez que, embora absolvendo o inimputável, aplica-se-lhe medida de segurança.

Portanto, observa-se que a finalidade da sentença penal absolutória imprópria é a “absolvição” do doente mental, isto porque, mesmo que o portador do distúrbio psiquiátrico tenha cometido um fato antijurídico e típico, não será ele responsabilizado segundo os padrões legais da pena, isto é, estando ausente de culpabilidade por parte do agente, aplica-se uma espécie distorcida de sanção – sendo a medida de segurança que irá providenciar o tratamento psiquiátrico do inimputável.

Conclui-se, assim, que sentença penal absolutória imprópria e medida de segurança são institutos que se interligam em uma mesma conjuntura; reunindo nesta temática, os mais diversos elementos, tais como: a questão da inimimizabilidade (como aspecto científico e jurídico); o conceito de fato delituoso; a condição de inimputável (por patologia mental) implicando na conseqüente ausência da culpabilidade; por fim o caráter híbrido deste tipo de tratamento compulsório, que muito se assemelha uma sanção, como conseqüência social e jurídica decorrente da prática do fato julgado.

Desta forma, entendida o tipo de sentença que concentra o enfoque da pesquisa, analisam-se os aspectos que envolvem a mesma sob a luz dos direitos do indivíduo e os deveres do Estado para com a justiça, dentro dos critérios de legalidade de uma decisão.

#### 4.2 APLICABILIDADE E INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Como mencionado, a medida de segurança vem a lume com a sentença penal absolutória imprópria, ela se propõe, no mais das vezes, a determinar tratamento ao inimputável (sujeito ativo da conduta), ao tempo em que previne a coletividade de outras ações lesivas que possam ser praticadas por aquele mesmo sujeito. É uma medida que traz o Estado como garanti-

dor de uma prevenção para com toda a coletividade, por meio da imposição de uma medida de segurança ao doente mental.

A medida é estabelecida diante daquele infrator com patologias psíquicas descontroladas, e têm intenção de fixar um tratamento coercitivo, bem como garantir a prevenção social. No entendimento de Nucci (2009, p.519):

[...] trata-se de uma espécie de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.

De forma sucinta, procura-se resumir em linhas gerais os aspectos mais relevantes para o entendimento da medida de segurança, de modo a informar que o atual sistema adotado na legislação brasileira é o *vicariante*, onde se aplica a pena ou medida de segurança, de acordo com o caso concreto, visto que atualmente não há permissão legal para se aplicar as duas sanções como se instituía no duplo binário<sup>6</sup>.

Outro ponto relevante diz respeito às suas espécies, que podem ser de índole detentiva ou restritiva; a primeira fica estabelecida quando a pena cominada for de reclusão, resultando em uma internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; já a segunda é auferida quando a pena cominada resultar em detenção, sendo aplicado, neste caso, um tratamento ambulatorial. Para Greco (2009, p.679):

O tratamento a que será submetido o sujeito a medida de segurança poderá ocorrer dentro de um estabelecimento hospitalar ou fora dele. Assim, a medida de segurança poderá iniciar-se em regime de internação ou por meio de tratamento ambulatorial. Dessa forma, podemos considerar que as medidas de segurança podem ser detentivas (internação) ou restritivas (tratamento ambulatorial).

Outro aspecto crucial que norteia a medida de segurança diz respeito aos pressupostos para sua aplicabilidade, sendo hoje hipóteses exigidas para que seja estabelecida a medida, deste modo faz-se necessário primeiramente: a prática de um fato delituoso, e em seguida a determinação do potencial de periculosidade do agente infrator. Assim para Mascarenhas (2002, p.22):

---

<sup>6</sup> “Consciente da iniquidade e da disfuncionalidade do chamado sistema ‘*duplo binário*’, a Reforma Penal de 1984 adotou, em toda a sua extensão, o sistema *vicariante*, eliminando definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança, para os imputáveis e semi-imputáveis. (BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume.1, 11.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 689)

Embora de forma implícita, permanecem os pressupostos para aplicação das medidas de segurança – a consumação de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. É o que diz os artigos 97 e 98 do Código Penal. Não basta a periculosidade, presumida pela inimputabilidade, ou reconhecida pelo juiz em casos de semi-imputabilidade. Necessário e imprescindível que, na condição de sujeito ativo, tenha a pessoa cometido um fato típico e punível. Não se aplica medida de segurança no caso de não haver provas que confirmem a imputação, assim como se o fato não constituir ilícito penal ou se o agente tiver praticado o fato, protegido por uma excludente de antijuricidade.

Neste sentido, nota-se que a prática de um crime e a periculosidade do agente, são elementos que se completam na aferição da medida; e que diante desta linha, a periculosidade se apresenta com um elemento essencial no momento da aplicação da medida; bem assim, a existência de um nexo causal entre a insanidade mental do agente e a conduta delituosa praticada. Percebe-se neste prisma que a periculosidade é elemento instituidor e fundamentador da medida de segurança, porém isto será analisado em tópico próprio.

Assim, o CP através do seu art. 26, aduz a isenção da pena para aqueles que no momento da prática do crime estavam acometidos por uma enfermidade mental. Transcreve-se:

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

Neste diapasão, surge a controvérsia intelectual sobre a medida de segurança; deveria figurar como sanção *sui generis*, ou como uma medida estatal administrativa para prevenção do crime?

Isto porque, se a finalidade da mesma é apenas preventiva (diferentemente da pena que tem intenção retributiva-preventiva), e que o escopo essencial é a prevenção da coletividade em meio ao tratamento de um doente mental, conclui-se assim, por ser a medida de segurança uma espécie de mera medida administrativa estatal, que previne a delinquência. Ora, se é possível prevenir um dano à sociedade e ao mesmo tempo tratar da saúde mental do infrator, porque assim não fazer? Defende-se a paz social como o bem maior do Estado, e garante o direito de um tratamento adequado para aqueles que necessitam de cuidados e assistência por parte máquina estatal. Na defesa, elenca-se Garcia (1973, p.593 e 594):

[...] tem-se dito que a pena continua a ser um castigo, ainda que, cada vez mais, se pretenda expungí-la do caráter retributivo e expiatório. Embora se intente, na sua execução, evitar afligir o condenado, causar-lhe um sofrimento que o faça recebê-la como punição, na verdade a pena jamais perderá, no consenso geral, a eiva paga do mal pelo mal, *malum passionais quod infligitur ob malum actionis*. Ora, em contraposição, as medidas de segurança não traduzem castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar ao delinquen-

te uma assistência reabilitadora. À pena – acrescenta-se – invariavelmente se relaciona um sentimento de reprovação social, mesmo porque se destina a punir, ao passo que as medidas de segurança não se voltam [sic] a pública animadversão, exatamente porque não representam senão meios assistenciais de cura do indivíduo perigoso, para que possa readaptar-se à coletividade.

Prontamente, por outro ângulo, acredita-se que a medida de segurança não é nada mais do que uma pena estabelecida em parâmetros diferenciados ao inimputável, é uma segregação entre a parte saudável da sociedade e a parte louca incurável, é, pois entendida como um castigo pelo mal praticado a sociedade, vale dizer igualmente ao sistema retributivo da pena, contudo levando a soma o agravante da insanidade mental. Revelam-se as lições acerca do instituto, em Mattos (2006, p.181):

A medida de segurança constitui-se na criação de um instituto, pretensamente protecionista, mas que na verdade, produziu apenas e tão somente uma dupla exclusão, baseada, ou, se preferirem, justificada, em uma ‘garantia’ jurídica especial, que não trata o ‘diferente’, reconhecendo o seu direito à diferença, mas, ao contrário, ao tratá-lo ‘diferentemente’, o subsume a uma dupla inserção que, antes de inserir, segrega duplamente.

Os pontos são gritantes entre si, mas existem fundamentações e defesas em ambos os sentidos, contraposições que oscilam até mesmo nas mentes mais concretizadas em seus respectivos entendimentos. Há quem elenque ainda, concisas diferenças entre os dois institutos, como aduz Bitencourt (2007, p.690):

- a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva.
- b) O *fundamento* da aplicação da pena é a *culpabilidade*; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na *periculosidade*.
- c) As penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
- d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de *especial tratamento curativo*.

No que tange ao seu tempo de duração, delimita-se pela indeterminação temporal, de modo que o Código Penal estabeleceu somente os três anos como tempo mínimo de duração da medida; já a sua extinção, taxativamente quando da cessação da periculosidade do agente, isto é, a medida de segurança perdura até o momento em que não se extingue a periculosidade do inimputável. É o que dispõe o artigo 97, §1º, do CP, *in verbis*:

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.

Nota-se através da leitura do artigo, que depois de estabelecido o prazo mínimo não se tem em média o prazo definitivo de duração da medida. Constatada a existência e permanência da periculosidade, não será sustada a medida, até que se comprove através da perícia médica que o agente infrator não possui periculosidade, encontrando-se, assim, hábil para a sua, desinternação e, por conseguinte, apto para o retorno ao convívio social.

Acontece que por muitas vezes a cessação dessa periculosidade extrapola os limites previstos, pode ela ser extinta em pouco tempo, ou até mesmo nunca, tornando-se, portanto *ad vitam*. Pois, na maioria dos casos, a doença mental não possui um diagnóstico preciso de cura ou permanência, e com afirmação de uma indeterminação temporal ferem-se todos os princípios constitucionais garantidos ao indivíduo. Nessa mesma perspectiva, cita-se Greco (2009, p.681):

A medida de segurança, como providência judicial curativa, não tem prazo certo de duração, persistindo enquanto houver necessidade do tratamento destinado à cura ou à manutenção da saúde mental do imputável. Ela terá duração enquanto não for constatada, por meio de perícia médica, a chamada cassação da periculosidade do agente, podendo não raras vezes, ser mantida até o falecimento do paciente. Esse raciocínio levou parte da doutrina a afirmar que o prazo de duração das medidas de segurança não pode ser completamente indeterminado, sob pena de ofender o princípio constitucional que veda a prisão perpétua, principalmente tratando-se de medida de segurança detentiva, ou seja, aquela cumprida em regime de internação.

De tal modo, a medida de segurança representa atualmente um aporte de desordem dentro do texto constitucional. Uma vez que o mesmo enaltece a liberdade do indivíduo como sendo uma das maiores garantias preconizadas pelo Estado Democrático de Direito. E na medida em que a lei e o Estado não reverenciam a liberdade do indivíduo como um bem tão-somente restringido diante da mais absoluta necessidade, estar-se-á desrespeitando o cumprimento aos direitos garantidos aos indivíduos.

Isto porque, a indeterminação da medida de segurança é ponto concretizado na lei, e não se atrelando a nenhuma divergência a respeito da medida como compreensão de pena ou medida administrativa, mas tão somente utilizando da fundamentação para os ensinamentos e preceitos da Carta Magna, tem-se o art. art. 5º, XLVII, b, da CF aduzindo a não existência de penas de caráter perpétuo. Neste sentido, asseveram Zaffaroni e Peirangeli apud Greco (2009, p. 681): “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete que tem a obrigação de fazê-lo”.

Desta forma, depreende-se que a medida de segurança não pode confortavelmente impor um tratamento compulsório com caráter temporal indeterminado. É cediço que não se

considera a pena como sinônimo de medida de segurança, entretanto, nota-se que as duas guardam semelhança entre si, pretendendo-se aquela mais gravosa que esta, por dirigir-se aos sujeitos culpáveis.

Há de se convir por essa razão, que se observa referência proibitiva do dispositivo constitucional em face das penas de caráter perpétuo. Neste passo, convém esclarecer que ao se incrementar, legalmente, as medidas de segurança com o sinal da perpetuidade, estar-se-á, seguramente, violando os direitos de liberdade inerentes ao réu inimputável.

Como a indeterminação temporal da medida desencadeou debates e controvérsias que acabam por causar insegurança jurídica no ordenamento, os tribunais vêm se posicionando no sentido que tal medida não pode apresentar-se de caráter perpétuo, sendo assim estabelecida pelo prazo máximo de 30 anos, pois este é o limite máximo das penas restritivas de liberdade. Nesse sentido, colaciona-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. NATUREZA PUNITIVA. DURAÇÃO MÁXIMA DE 30 ANOS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PENAS PERPÉTUAS. JULGADO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. (RE 630208/RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 27/09/2010, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 06/10/2010 PUBLIC 07/10/2010)

O mesmo entendimento acima demonstrado observa-se em outro julgado do referido tribunal:

MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (HC 84219/SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/08/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-09-2005)

Portanto, Bitencourt (2007) esclarece que na verdade a medida de segurança deveria ser imposta de modo a não exceder o equivalente ao limite máximo de pena alusiva ao crime praticado, pois se trata do possível alcance estatal perante a liberdade do indivíduo e consequentemente a adequação a abolição constitucional da perpetuidade da pena.

Do mesmo modo, complementa Copetti (2000, p.185):

[...] totalmente inadmissível que uma medida de segurança venha a ter uma duração maior que a medida da pena que seria aplicada a um imputável que tivesse sido condenado pelo mesmo delito. Se no tempo máximo da pena correspondente ao delito o

internado não recuperou sua sanidade mental, injustificável é sua permanência em estabelecimento psiquiátrico forense, devendo, como medida racional e humanitária, ser tratado como qualquer outro doente que não tenha praticado qualquer delito.

Isto é, a determinação do tempo da medida deveria ser calculada de acordo com o limite máximo da pena em abstrato do referido crime cometido, para então se apresentar um parâmetro de igualdade entre as penas cominadas para uma mesma tipificação legal e consequentemente proporcionar razoabilidade e retidão a uma decisão de acordo com a verdadeira gravidade da infração, é, pois o cumprimento dos princípios constitucionais e o respeito aos direitos e garantias fundamentais<sup>7</sup> na aplicação e interpretação da legislação penal para com inimputáveis.

#### 4.3 A PERICULOSIDADE COMO ELEMENTO NORTEADOR DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A periculosidade é entendida como a potencialidade ou capacidade que o indivíduo apresenta para a prática de ações lesivas, ou seja, é analisada sob a ótica da probabilidade de vir o sujeito a delinquir, são, pois, circunstâncias da personalidade que não condizem com as normas sociais e legais, que são infringidas pelo cometimento de um crime. Como anota Jesus (2010, p.590) em sua elucidação sobre a periculosidade:

Como explicam José F. Argibay Molina e outros, o condicionamento total de fatores individuais e sociais num homem e num dado momento de sua vida permitem extrair, como conclusão, um ‘juízo de probabilidade’ de que chegue a ser o autor de crime, ou de uma conduta que, sem ser delito possa causar danos a terceiros ou a si próprio. Não se trata de fatores, externos ou internos, que indiquem a *probabilidade* de delinquir, ‘estado de desajustamento social do homem, de máxima gravidade, resultante de uma maneira de ser particular do indivíduo, congênita ou gerada pela pressão de condições desfavoráveis do meio’, manifestando, ‘nos casos extremos, uma criminosidade latente à espera da circunstância externa do momento para exprimir-se no ato de delinquir’.

No campo da inimputabilidade, a periculosidade é presumida, ou seja, se o laudo médico apontar um distúrbio mental estar-se-á obrigatoriamente implantada a medida de segurança; já na semi-imputabilidade se trata de uma periculosidade real, onde não basta somente

<sup>7</sup> “[...] mencionemos que, na construção do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil), não se pode abrir mão de aplicar todos os princípios constitucionais inseridos pelo poder constituinte, sob pena de se questionar a supremacia do Texto Fundamental, colocando em risco a própria noção de soberania do povo. Os direitos e garantias fundamentais fazem parte desses princípios (são os princípios-garantia) e necessitam ser eficazmente respeitados, porque foram as normas eleitas pelo constituinte para reger os rumos da sociedade brasileira.” (NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65)

o laudo médico são necessárias outras averiguações para que então se analise a decisão a ser tomada. Segundo Jesus (2010, p.591): “Fala-se em periculosidade real quando ela deve ser verificada pelo juiz. Cuida-se de periculosidade presumida nos casos em que a lei a presume, independentemente da periculosidade do sujeito”.

Resumindo a conjectura do conceito de periculosidade em meio à medida de segurança e especificando suas espécies, complementa Bitencourt (2007, p.691):

É indispensável que o sujeito que praticou o ilícito penal típico seja dotado de periculosidade. Periculosidade pode ser definida como *um estado subjetivo mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade*. É um *juízo de probabilidade* – tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir. O Código Penal prevê dois tipos de periculosidade: 1) *periculosidade presumida* – quando o sujeito for inimputável nos termos do art.26, caput; 2) *periculosidade real* – também dita *judicial* ou reconhecida pelo juiz, quando se tratar de agente semi-imputável (art. 26, parágrafo único), e o juiz constatar que necessita de “especial tratamento curativo”.

Neste raciocínio, e como anteriormente mencionado têm-se a periculosidade como sendo o principal pressuposto fundamentador da medida de segurança, isto porque, na medida em que se analisa a periculosidade do enfermo mental, pondera-se a capacidade de o mesmo vir a delinquir novamente e causar mais prejuízos à coletividade. Neste sentido, dispõe Ferrari apud Ribeiro (2008, p.3):

A probabilidade na reiteração de um ilícito-típico de acentuada gravidade há de ser, portanto, um dos pontos a serem avaliados na periculosidade penal, servindo como parâmetro para verificar a incidência da medida de segurança criminal, bem como para escolher as espécies de medidas terapêuticas enunciadas pelo legislador.

Assim, em uma comparação entre pena e medida de segurança, Bitencourt (2007) aduz que o fundamento da pena passou a ser tão somente a culpabilidade, enquanto a medida de segurança embasa-se tão somente na periculosidade do agente somada a sua incapacidade. Desta forma, enquanto não eliminada a periculosidade conserva-se a medida de segurança. Uma vez que a extinção daquela em sede de medida de segurança só pode ser verificada através de um exame pericial que relate que o doente mental infrator não oferece mais riscos à sociedade. Este exame pericial deverá ser realizado quando do término do prazo mínimo de duração, diga-se de três anos, sendo depois repetido de ano em ano, ou ainda a pedido do juiz<sup>8</sup>

<sup>8</sup> “Cumpre ressaltar, para evitar equívocos, que a determinação oficial, a qualquer tempo, só pode ocorrer depois de decorrido o prazo mínimo, isto é, o juiz só pode determinar, de ofício, a repetição do exame. Antes de escoado o prazo mínimo, referido exame somente poderá ser realizado mediante provocação do Ministério Público ou de interessado (procurador ou defensor), nunca de ofício. Tanto a provocação quanto a decisão devem ser devi-



em qualquer momento do tratamento. É o que estabelece o art. 97, §2 do CP: “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”.

Diante destas explicações sobre periculosidade, inquire-se se esta é eficientemente necessária e capaz de determinar-se sobre a probabilidade ou não daquele doente mental voltar a delinquir. Pois bem, possibilidade ou probabilidade de vir a delinquir, todos os indivíduos que vivem em sociedade apresentam em maior, ou em menor grau; o crime faz parte da própria natureza humana.

O que ocorre é o enaltecimento quase caricatural da periculosidade face ao instituto da medida de segurança, taxando-se um juízo de probabilidade muito maior perante os enfermos mentais. Assim, para Oliveira Júnior (2005, p.49):

Pode-se então afirmar, que a noção de periculosidade nasceu da ideia de uma patologia incrustada na personalidade do criminoso [...] atenuando, de certa forma, a responsabilidade plena dos atos cometidos e prevenindo a sociedade da presença incômoda destes mutilados éticos e morais.

Não se pode, pois, dizer que o imputável tem menos aptidão a delinquir, do que um inimputável. Ilusório afirmar que um doente mental pode vir a cometer mais ações danosas à sociedade, que um indivíduo normal capaz de conceber e orientar cada ação, segundo uma razão responsável pela sua fúria, desejo ou intenção. Todavia, pela letra da lei, são os inimputáveis considerados perigosos para a paz social.

Então um imputável que conhece cada falha do sistema penal, bem como por muitas vezes impõe suas vontades e ambições a frente das normas legais-sociais, comete delitos, apresenta-se legalmente culpável, mas, sem jamais despertar o temor social quanto à periculosidade própria, e privativa, do inimputável? Compreende-se que assim se verifica no mundo jurídico pelo fato de a periculosidade ser entendida atualmente como uma justificativa de segregar seres humanos que, tal como bomba relógio, representa o risco que a sociedade se recusa a suportar.

Os inimputáveis, rotulados como loucos, pelo fato de não se encaixarem nos padrões sociais médios, são sem hipocrisia um fardo que a coletividade almeja esquecer. Mattos (2006, p.86) traduz o real significado do louco infrator para a coletividade:

[...] economicamente, o louco infrator é um estorvo. Não produz e ainda mais inibe a produção familiar de subsistência. Embaraça as relações mais simples. [...] logo estará claro que este homem não é como os outros, que [sic] afasta-se do comum, e que ele se aparece, não direi absolutamente com os idiotas, mas com parcialmente imbecis, cujas faculdades são limitadas e que denunciam a mediocridade intelectual em toda aparência exterior. Do ponto de vista político, é um fardo que não vota [...]. Sob o prisma do direito, aparece como um não sujeito. Quando aparece como sujeito, é sempre de solução pior.

Não se procura aqui culpar os imputáveis, mas, apenas desmistificar o tão monstruoso e perigoso louco infrator que assombra toda a coletividade, por efeito de sua periculosidade tão extrema.

É mais uma obscuridade que envolve o louco infrator e sua periculosidade perpétua, é, pois uma escuridão camuflada em um silencioso preconceito por parte de todo o sistema social. Nas preleções de Mattos (2006, p.37): “Aos portadores de sofrimento ou transtorno mental infratores só têm oferecido o silêncio entre risco e a periculosidade. No final, todos morrem”. E tudo fica, aparentemente, resolvido sob a luz difusa da justiça penal; até que outro caso se apresente a perturbar a paz social.

Outro ponto relevante é a discrepância do tempo da medida de segurança, pois como se sabe o tempo de duração é medido de acordo com a existência da periculosidade, todavia, pode esta nunca vir a ser cessada diante dos olhares clínicos periciais.

A periculosidade é bastante subjetiva e pode muitas vezes se tornar elemento injusto e inconstitucional na avaliação de continuidade da medida de segurança. Isto é, pode ela muitas vezes perpetuar o tempo de cumprimento; e há de se convir que se o enfermo mental já cumpriu, diga-se, já pagou pelo mal cometido à sociedade de acordo com a sua conduta, não poderá injustificadamente ficar submetido aos grilhões estatais. Comenta Mattos (2006, p.112), sobre o iludido fim da periculosidade:

Lamentavelmente, na qualidade de observadores do presente, tivemos a oportunidade de acompanhar e denunciar o que acontecia àqueles portadores de sofrimento mental infratores que obtinham o ‘milagre’ do laudo de cessação de periculosidade: eram internados em um ‘novo’ manicômio.

Neste contexto abrem-se aspas, e observa-se que o exame pericial se apresenta como de extrema importância para a sentença penal absolutória imprópria, pois por meio dele se define a patologia mental, aplica-se a medida de segurança adequada ao caso, e, por conseguinte norteia-se a duração da medida.

Traduziu-se acima, a relevância o significado do laudo pericial para a justiça e a sociedade. Porém não são poucas as críticas que envolvem tal exame. Seria suficientemente eficaz

ao ponto definir com precisão o nível de periculosidade do examinado, orientando adequadamente o magistrado quanto ao retorno do sentenciado à vida em sociedade. Neste sentido, cita-se Manita apud Oliveira Júnior (2005, p.48):

O médico alienista, respondia a uma necessidade dos juízes, que operavam com o pressuposto da existência de uma racionalidade intrínseca às ações humanas, e que deparavam com ações criminosas sem razão aparente, que não partiam de indivíduos que se encaixavam facilmente nos quadros clássicos da loucura, e não se apresentavam como meros subversivos dos meio socialmente dados para a consecução de fins legítimos e desejáveis, como riqueza, posição social ou prazeres sexuais [...] Nesta área de eternos conflitos de competência, os psiquiatras na realidade, criminalizam o louco, no sentido de incorporarem à sua figura um novo perfil marcado pela crueldade, indisciplina, amoralidade e periculosidade.

Convém destacar que não se discorda da realização do exame pericial e de sua importância no estudo e aferição da periculosidade, porém, há de se enfatizar que por muitas vezes ele não se faz eficiente e imparcial diante das necessidades da cassação da periculosidade de um inimputável. Tornando assim, cada vez mais, a existência da periculosidade um fator perpétuo e injusto diante da decisão que mantém ou origina a medida de segurança.

Desse modo, não há dúvidas do estigma de louco que o enfermo mental carrega consigo para toda a vida; parece, pois, que uma vez louco, sempre louco. E a vida segue no mundo das normas, das decisões judiciais, da rotina social. Nesta oportunidade, cita-se a lição de Mattos (2006, p.41): “Um traço fundamental através dos tempos, no que diz respeito à loucura, é o silêncio dos observadores. Covarde ou suicida, cínico ou arrogante, o silêncio é sempre uma forma de participar da pior forma possível: pela omissão”. Bem a propósito, convém destacar que no cenário legal, já nessa década, observou-se interesse quanto à necessária proteção ao direito dos inimputáveis por doença mental, aspectos interessantes a que convém analisar com mais detalhes.

#### 4.4 ANÁLISE DA LEI Nº 10.216/2001 E SUA EFICÁCIA

A Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001, conhecida também como Lei da Reforma Psiquiátrica, veio instituir proteção aos direitos dos portadores de doenças mentais, estabelecendo humanização nos tratamentos para com os inimputáveis, e reforçando os ideais antimanicomiais.

Esta lei veio pôr abaixo a parte sistemática penal e executiva que não condizem com os preceitos humanizadores do tratamento de um inimputável, bem como propiciar pontes para as possíveis reinserções do inimputável no âmbito social, familiar, profissional.

Procurando entender o conteúdo e finalidade desta nova lei, detém-se a análise em algumas mudanças e enfoques marcantes que chamaram a atenção na contextualização jurídica e social que se encontra.

A nova lei estabelece em seu art.6º, parágrafo único, três espécies de internação para o doente mental, sendo elas a internação voluntária, a internação involuntária, e a internação compulsória. Transcreve-se o mencionado artigo:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Para fins deste trabalho, todos os pontos relatados na Lei nº 10.216/01 são de suma relevância, contudo interliga-os mais precisamente com internação compulsória realizada pela justiça, pois é esta a que implica a imposição de medida de segurança, coadunando-se com o presente estudo.

Sobre a internação compulsória, um ponto inovador desta lei foi à abolição dos antigos modelos asilares, como os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, que desrespeitosamente violavam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Assim sendo, a lei em seu art. 4º, § 3º dispõe:

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

Desta forma, nota-se que a lei procurou extinguir os antigos hospitais psiquiátricos, por tratamento hospitalares comuns da rede pública, que de forma correta venham a proporcionar um tratamento digno, de acordo com as necessidades do enfermo mental, tendo por escopo a cura do inimputável e a possibilidade do retorno para a vida em sociedade. Neste sentido, fundamenta-se através Costa (2010, p.164):

A Lei Federal n.º 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, reformulou o paradigma de atenção à saúde mental, propondo um tratamento humanitário. Promove-se o acesso ao tratamento na rede de atenção à saúde mental em substituição ao modelo manicomial.

Isto porque, as antigas instituições não geravam nenhum bem ou melhora na patologia mental dos indivíduos, uma vez que seu tratamento desumano agredia de forma constante a dignidade da pessoa humana dos que estavam sujeitos a estas unidades terapêuticas. Tonando-se assim, essa espécie de tratamento um violador categórico do artigo 5º, XLVI, “e” da CF que veda tratamentos desumanos ou degradantes a qualquer indivíduo.

Há de se enfatizar ainda que, no sentido de proteger e proporcionar um tratamento respeitoso e humano, e apagar as agressões do antigo sistema, o art. 2º da Lei nº 10.216/01, estabelece direitos pertencentes a qualquer pessoa portadora de deficiência mental, tais como:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada 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;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Ocorre que, apesar da lei ter sido instituída de acordo com os corretos parâmetros legais, sua eficácia se mostra demasiadamente baixa no atual tratamento para com os inimputáveis. São desconsiderados e desrespeitados os direitos estipulados na referida lei, e apesar da mesma enfatizar um tratamento humano e digno para uma futura ressocialização do doente mental, o sistema aplicado não condiz com as normas prelecionadas na referida lei. Neste diapasão, citam-se as lições Costa (2010, p.165):

Infelizmente, não se verifica o alcance concreto da Lei n.º 10.216/2001 às pessoas que tiveram medida de segurança aplicada pelo Poder Judiciário. Primeiramente porque são raras as sentenças absolutórias impróprias que seguem o parâmetro legal atual. Aplicam-se de forma *contra legem* as disposições do Código Penal sem uma leitura normativa sistêmica.

Desta forma, nota-se que a nova lei desperta para direitos que precisam e necessitam ser aplicados urgentemente, de modo a assegurar um tratamento capaz de oferecer melhoras a patologias apresentadas. Não pode o Judiciário e a sociedade continuar tratando os inimputáveis por doença mental com descaso, ao ponto de esquecê-los até o longínquo ou inexistente fim da sua periculosidade. Como fundamenta Costa (2010, p.166):

O portador de sofrimento mental que praticou um injusto penal tem de ser tratado e respeitado como sujeito de direitos que responderá por seus atos na justa medida de sua peculiar situação, e não como se pertencesse a uma subespécie humana que deve ser alijada da sociedade, como se merecesse ser excluído até mesmo da justiça criminal, recluso em algum manicômio judicial até que 'sua periculosidade cesse'.

Assim sendo, nota-se que não existe motivo plausível para que não se utilize a Lei nº 10.216/01 no tratamento de um doente mental, em especial na medida de segurança. O Poder Judiciário, não pode se omitir diante da ineficácia da lei, devendo trabalhar a sistemática desta em concordância com os preceitos estabelecidos nas normas penais.

Para que com isso o inimputável tenha seus direitos e garantias cumpridos de forma justa; não somente diante da abstração dos parâmetros legais que regem o direito, mas também como objetivo reintegrador que deve existir no meio social. Por fim, menciona-se o desfecho desta ineficácia por meio de Costa (2010, p.167):

Os operadores do direito, além do dever de aplicar a legislação, devem interpretá-la e concretizá-la de modo ético e garantidor da maior eficácia da norma, superando as barreiras meramente legalistas que impeçam a transformação da realidade social com justiça. Não há razões lógicas, jurídicas e nem éticas que sustentem a não aplicação da Lei n.º 10.216/2001 aos portadores de sofrimento mental infratores que suportam uma medida de segurança imposta pelo Poder Judiciário.

Fica evidente assim, que o Judiciário e a sociedade têm o dever de unirem forças para a verdadeira concretização da lei analisada, podendo, assim, de forma coerente materializar nessa seara uma conjuntura legal e ética.

#### 4.5 ASPECTOS CRÍTICOS ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É cediço, que qualquer norma legal deve respeitar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Nota-se, pois, a fundamental importância da consonância das normas penais e processuais penais com aplicação e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, e em especial do inimputável.

Assim sendo, entende-se que direitos e garantias fundamentais são dispositivos constitucionais que estabelecem direitos e deveres invioláveis para o indivíduo e para Estado pátrio. São nas palavras de Bulos (2008, p.404):

*Direitos fundamentais* são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, cor, condição econômica ou *status-*

social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Respondendo a indagação sobre quais seriam os destinatários de tais direitos, ainda assevera Bulos (2008, p. 411): “Com efeito, transposta a etapa de concretização das liberdades públicas pelos órgãos executivo, legislativo ou judiciário, elas se voltam para a proteção das pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, desde que estejam em território pátrio”.

Nesta esteira, ainda se faz necessário, esclarecer do que se tratam distintamente os direitos e garantias fundamentais. Os primeiros enquadram-se como bens e vantagens estabelecidos nas normas constitucionais, já as garantias são os meios usados para assegurar a aplicação daqueles mencionados bens, ou seja, as garantias fundamentais é a ferramenta que assegura a prática e defesa dos direitos fundamentais. Nas palavras de Moraes (2006, p.28):

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Vale frisar ainda, que os direitos e garantias fundamentais estão em uma sistemática superior as demais normas infraconstitucionais, isto porque, os direitos naqueles estabelecidos predominam diante de conflitos que possam vir a existir com as demais normas legais. No mesmo sentido, aduz Nucci (2008, p.75):

[...] a Constituição é suprema no sistema normativo; dentre suas normas, são axiologicamente hegemônicas as que tiverem sido eleitas pelo poder constituinte originário como *pétreas*, pois evidenciam o cuidado especial que possui o povo ao tratar dos assuntos por ela regidos. É o caso dos direitos e garantias individuais. Se as normas ordinárias entrarem em confronto com tais normas constitucionais, devem estas últimas prevalecer [...]

Deste modo, atina-se que as decisões processuais que cuidam e guarnecem a efetivação dos direitos dos indivíduos, devem seguir e respeitar os direitos fundamentais, não apenas com tecnicidade a codificação legal, mas sim buscando exercer seu papel social-jurídico de modo a solucionar os conflitos dos indivíduos de forma justa e coerente. Assim, entende Vargas (1992, p.67): “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição”.

Neste sentido, compreende-se que as decisões processuais penais, bem como a materialização do direito penal, devem ocorrer de modo a garantir a plena efetivação das leis fundamentais e dos demais preceitos da Lei Maior, uma vez que nenhuma norma processual ou material deve ir de encontro com Carta Magna.

É com tal embasamento constitucional, que a sentença penal absolutória imprópria deve se apresentar ao mundo jurídico, pois devem ser prolatadas decisões que respeitem os direitos e garantias fundamentais do inimputável, de modo a proporcioná-los uma medida de segurança alicerçada em um tratamento digno que possibilite o seu retorno ao meio social. Assim complementa Cardoso e Pinheiro (2012, p.17):

O art.1º da CF/88, estabelece que a República Federativa do Brasil se caracteriza como Estado Democrático de Direito. Destarte, assim como toda legislação existente no ordenamento jurídico pátrio, a lei penal, em especial as normas atinentes às medidas de segurança, devem observar todos os princípios constitucionalmente assegurados. Especialmente em relação ao delinquente inimputável, a sua permanência em estabelecimento dotado de características hospitalares, com vistas a cessação de sua periculosidade, deve obedecer a um mínimo de direitos fundamentais que lhe proporcione condições de se reabilitar ao convívio em família e em sociedade.

Ocorre que, como relatado no decorrer deste capítulo, nota-se que por muitas vezes esquecem que os inimputáveis possuem os mesmos direitos como qualquer outro indivíduo. Pois, o tratamento jurídico-legislativo do doente mental se mostra demasiadamente codificado e pouco incorporado diante da aplicação dos direitos e garantias fundamentais constitucionais. São, pois tratamentos que não respeitam as questões principiológicas da dignidade humana, da liberdade do indivíduo, da igualdade, da individualidade da medida, entre outros. Neste diapasão, complementa Cardoso e Pinheiro (2012, p.17):

Desse modo, doente mental que venha a cumprir a sanção penal descrita no art. 96 do CP tem a garantia dos seguintes princípios: da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da igualdade e da individualização das sanções, sem prejuízo dos demais princípios e de seus respectivos corolários.

Não obstante o ordenamento jurídico pátrio estabeleça que se deva observar as disposições acerca dos direitos e garantias fundamentais, não é este o cenário que prevalece. Uma vez que, não raro, ver-se constantes violações a tais mandamentos. São inviolabilidades constitucionais que germinam da sentença penal absolutória imprópria, que se iniciam desde os embasamentos legais de sua aferição, caminham pela institucionalização das medidas segu-



ranças perpétuas, e por fim acoplam-se no tratamento desumano e degradante que se oferece aos inimputáveis.

Assim sendo, diante das exposições feitas no decorrer deste capítulo e dos contrapontos enunciados, embasa-se a avaliação do grau de justiça e legalidade da sentença penal absolutória imprópria, é a análise que se segue.

#### 4.6 SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA: JUSTIÇA, LEGALISMO OU EUFEMISMO?

Como mencionado no início deste capítulo, a sentença penal absolutória imprópria é uma espécie da sentença penal absolutória, que impõe medida de segurança aos inimputáveis. Apesar de estes terem de fato cometido um ato típico e ilícito, não respondem criminalmente pelo injusto, por motivo da ausência de culpabilidade, de modo que a medida imposta se justifica, tão somente, no seu caráter preventivo social. Nas palavras de Nucci (2008, p.689):

[...] é a chamada sentença absolutória imprópria, quando o juiz reconhece não ter havido crime, por ausência de culpabilidade, mas, por ter o acusado praticado um injusto penal (fato típico e antijurídico) no estado de inimputabilidade, merece ser sancionado, com a finalidade de não tornar de tornar a perturbar a sociedade.

Assim sendo, indaga-se: este tipo de sentença tem por escopo essencial o tratamento do inimputável, sua absolvição criminal e a prevenção social de possíveis delitos que aquele venha a cometer? Talvez a resposta seja afirmativa caso avalie-se a sentença penal absolutória imprópria de uma forma superficial ao texto legal, uma vez nos art. 97 do CP e 386 do CPP, evidenciam o tratamento do inimputável e a absolvição do mesmo, respectivamente.

Todavia, se a sentença penal absolutória imprópria for analisada sob seu verdadeiro papel jurídico e social, a resposta muda de prisma, na medida em que se vislumbra que a sentença que absolve o inimputável, se trata, pois, de uma sentença condenatória camuflada em suas justificativas.

Isso porque, *in casu* nota-se que esta sentença impõe na verdade uma pena ao inimputável, não existindo diferença entre a restrição da liberdade do indivíduo por uma sentença condenatória ou por a absolutória imprópria, pois ambas retiram o direito de liberdade do sujeito. Desta forma, entende-se que a orientação da lei na imposição de medida de segurança para o inimputável, carrega de fato um intuito punitivo, e não preventivo e curativo como defende alguns legalistas. Assim, para Távora e Alencar (2011, p.714):

As hipóteses de isenção de pena, quando o juiz reconhece a exclusão da culpabilidade por inimputabilidade, [...] dão lugar ao que se tem por sentença absolutória imprópria, que tem conteúdo que reconhece a prática do fato e, ao final não obstante contenha dispositivo absolutório, aplica medida de segurança, que nada, mais é que uma denominação eufemística para uma ‘pena’ cominada a alguém que sofra de alguma perturbação mental. A chamada ‘absolvição imprópria’ é aqui entendida como um eufemismo, pois disfarça a ‘condenação’. Daí que, malgrado as controvérsias doutrinárias, entende-se aqui que a sentença absolutória imprópria é título executivo equiparável à sentença condenatória.

Neste contexto, se for à procura do entendimento sobre a finalidade da pena, muitas teorias se complementam, porém a teoria adotada pelo Código Penal em seu art.59 é a teoria unificadora da pena, que enfatiza o caráter preventivo e retributivo da pena. Nas palavras de Greco (2009, p.491):

Isso porque a parte final do caput do art.59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.

Embora exista parte da doutrina que defenda que a imposição da medida de segurança pela sentença penal absolutória imprópria seja de índole puramente preventiva, como aduz Bitencourt (2007, p.689): “As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva”. Entende-se diferentemente do texto legal e de alguns doutrinadores, pois a sentença penal absolutória imprópria detém de forma obsoleta o caráter retributivo da pena, uma vez que pune a liberdade do inimputável de modo a retirá-lo do convívio social com a simples argumentação de cunho preventivo e assistencialista.

Como esclarece Noronha (1987, p.298): “Como a pena, é a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção”.

Desta forma, não se mostra razoável considerar a sentença absolutória imprópria como uma decisão que absolve o inimputável do ilícito penal praticado, pois o legislador ao estabelecer a medida de segurança resultou em obtenção de igual finalidade da punição, incorporando eufemisticamente a condenação do inimputável. Assim assevera Tourinho Filho (2000, p. 266 e 267):

[...] a doutrina, sem discrepância, entende que, *in casu*, há verdadeira condenação, porquanto a aplicação daquela medida [...]  
 [...] no nosso Código Penal, ela se insere entre as absolutórias, mas a doutrina, sem perdoar o legislador, prefere denominá-la *sentença absolutória imprópria*, para dis-

tingui-la da genuína absolutória, pela qual se desacolhe a pretensão punitiva deduzida na pela acusatória, sem que possa o Juiz, sequer, aplicar a medida de segurança.

Há quem explique do por que do legislador ter adotado o termo sentença absolutória, quando na verdade impõe uma condenação. Esclarece Barreto<sup>9</sup> (2007):

Por que então chamar a sentença que aplica a medida de segurança de absolutória se ela aplica uma pena? Isso se explica pelo fato do nosso Código Penal ter adotado um sistema pluralista da pena, misturando características da Escola Positivista (onde nasceu a medida de segurança, com base na periculosidade do agente e com o fim de tratamento) e da Escola Clássica (da qual originaram-se as ‘penas’, com base na reprovabilidade da conduta, estritamente ligada à imputabilidade, e com caráter punitivo e preventivo).

[...]

Misturaram-se, assim, conceitos das duas escolas penais, absolvendo os inimputáveis, mas impondo a eles, na própria sentença absolutória, uma grave restrição a seus direitos, que, no plano fático, é uma pena, mas não é tratada como tal no plano jurídico. Pode-se concluir, assim, que a sentença que absolve e aplica medida de segurança constitui uma absolvição apenas do ponto de vista processual, já que, na prática, ela terá os mesmos efeitos de uma sentença condenatória, acarretando a constrição da liberdade do réu.

Enfatiza-se ainda, que a sentença penal absolutória imprópria na maioria das vezes se torna por demais severa e injusta do que as demais sentenças que estabelecem taxativamente uma condenação, pois, se forem considerados os aspectos explicados nos tópicos anteriores sobre a indeterminação temporal da medida de segurança e o vínculo legal existente entre este aspecto e a cessação da periculosidade, observa-se que o inimputável fica cada vez mais perpetuado a sua loucura incurável.

É um sistema preconcebido em ideais discriminatórios que retira da sociedade, vale dizer sem intenção de reingresso, um indivíduo que não condiz com os parâmetros aceitáveis pela coletividade. É na justificativa do sistema, uma prevenção da paz social, e tratamento do doente mental, porém leia-se: que é a exclusão eterna de um louco por não servir para nenhum convívio social.

Classificar então, a sentença que impõe medida de segurança como absolutória é um eufemismo legal e injusto, dentro de uma segregação distorcida dentre indivíduos normais e os loucos infratores. Não admissível assim, considerar que uma decisão prolatada em consideração a fragilidade de um inimputável, seja mais agressiva do que aquela proferida para aque-

<sup>9</sup> Citação extraída do artigo científico: BARRETO, R. A. de S. HC 87614/SP – **Aplicação de medida de segurança na absolvição sumária**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/9366-Artigo:-HC-87614-SP---Aplicacao-de-medida-de-seguranca-na-absolvicao-sumaria>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2013.

les indivíduos que não possuem nenhuma anomalia psíquica e, por conseguinte possuem discernimento suficiente de seus atos.

Resumem-se tais críticas, nas lições de Mattos (2006, p.147):

Trouxe-lhe a '*sciencia*' apenas a exclusão e segregação para sempre, travestida de tratamento. Impôs-lhe um regime pior, de impossível cumprimento, cuja única saída possível e a 'não saída', ou, em outras palavras, a inviável possibilidade de só sair morto, que não pode ser considerada saída. Esta foi, em resumidas linhas, a prática da medida de segurança, desde sua criação, cheia de boas intenções e ciência, mas que, na verdade, só trouxe segregação e desespero.

Observa-se que examinada à luz da doutrina e jurisprudência, evidencia-se que a sentença absolutória imprópria é legal, porém injusta. Esta espécie de sentença penal, na realidade, se esconde por trás de uma camuflagem desleal para impor um decreto ainda mais difícil de cumprir com êxito que o condenatório ao inimputável. Em confirmação a este pensamento, com raras exceções, os operadores do direito, tomando como escudo a letra da lei, aderem fortemente à defesa desta injustiça perante as decisões dos tribunais.

Comprovando esse viés exacerbadamente legalista, colacionam-se diversas jurisprudências que buscam, em vão, o afastamento das sentenças absolutórias impróprias; todas fundamentadas nas mais diversas teses defensivas, tais como: absolvição própria; desclassificação do crime por porte de droga para o próprio uso (990101876680 SP, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 18/11/2010, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/11/2010); absolvição própria do crime de roubo, esta argumentando insuficiência probatória e revogação da medida de segurança (993050359018 SP, Relator: Salles Abreu, Data de Julgamento: 05/08/2008, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 05/09/2008); apelo defensivo buscando a absolvição própria, ou a desclassificação do fato para furto privilegiado tentado (0045136-55.2009.8.26.0050 SP, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 15/12/2011, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/12/2011). Como medida ilustrativa, mencionam-se os fundamentos da jurisprudência HABEAS CORPUS Nº 38.500 - MG (2004/0135828-0):

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. INIMPUTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INEXISTÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CAUSAS EXCLUDENTES DO CRIME PELA DEFESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUMARIANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

Sustenta o impetrante, em síntese, 'estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, reparável pela via heroica, pois ao ser improvido o recurso de ofício aviado pelo magistrado de 1º grau, mantendo-se a absolvição sumária com aplicação de medida de segurança, tudo nos termos do art. 411 do CPP, o eg. Tribunal das alterosas ofen-

deu a instituição do Júri, muito especificamente a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos, garantias previstas na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas a e c'. Por fim, pede a concessão da ordem de habeas corpus 'para que a decisão do TJMG seja reformada, submetendo-se o paciente a plenário de julgamento garantindo-se, desta forma, a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos'. (38500 MG 2004/0135828-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 25/04/2005, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.07.2005 p. 574).

Contudo, notou-se que todos os apelos foram negados devido a sua impossibilidade perante a inimputabilidade decorrente de doença mental, assim aponta-se o grau de justiça neste tipo de sentença que retira, de forma arbitrária, diversos direitos materiais e processuais inerentes à pessoa humana, réu no processo, independentemente de ser este possuidor de doença mental. Fundamenta-se a desvantagem desse sistema para os inimputáveis, nas lições de Mattos (2006, p.91):

Comparece já devidamente etiquetado pela perícia psiquiátrica, tem a transformação da pena em medida de segurança e suporta uma carga de exclusão muito superior àquele que, não tendo qualquer comprometimento de ordem mental, pode contar com determinados direitos mínimos, como, por exemplo, insista-se: a progressão de regime, a remissão pelo trabalho, o livramento condicional, o indulto, etc. O direito penal cumpre, enfim, sua velha função de corrigir desonestos e guardar lunáticos.

Portanto, elucidar a sentença penal absolutória imprópria como uma absolvição do inimputável é apenas conceder à conjuntura penal legislativa uma dogmática formal para a sua sustentação. Deixar o juiz de absolver o inimputável por qualquer tese defensiva plausível, objetivando, preferentemente, reconhecer a sua inimputabilidade e aplicar-lhe medida de segurança, é seguramente mais danoso aos direitos constitucionais do sentenciado que aplicar-lhe uma sentença condenatória.

É sabido que estas pessoas precisam de um tratamento diferenciado, mas essa diferenciação não dispensa o afastamento da justiça perante decisões que os envolvam de forma a excluí-los do campo dos direitos e garantias fundamentais. É injustificável, pois, a intervenção e tutela do Estado punitivo de forma inadequada ao tratamento do inimputável, são enaltecidas medidas ineficazes que não respeitam os princípios e não representam, em nenhum aspecto, a cura de uma perturbação mental.

## CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho monográfico, realizou-se um estudo sobre o instituto da sentença penal absolutória imprópria, de maneira a explicar a aplicabilidade do texto legal e como se porta o nível de justiça da decisão que absolve o doente mental, e implica-lhe como única opção solucionadora do conflito a imposição da medida de segurança.

Desta feita, apresentou-se um estudo sobre a teoria do crime, de forma a caminhar pela sua evolução histórica e compreender o crime sob seus diversos aspectos e teorias. Foram trabalhadas diversas conceituações e explicações que levam a uma compreensão contemporânea e profunda sob os aspectos constitutivos que embasam o crime. Destacando-se, por fim, que para o presente estudo não se mostrou necessário à adoção a nenhuma das teorias estudadas; pois o que se buscou com estudo das teorias que estudam os aspectos conceituais do crime, foi um entendimento mais aprofundado e dinâmico sobre a sua conceituação doutrinária na atualidade.

Procurou-se, além disso, fazer um estudo mais detalhado do elemento norteador da pesquisa, sendo feita, assim, a análise da culpabilidade e das teorias que a explicam. Apontou-se, em seguida, a importância deste elemento na teoria do crime, conforme a atual legislação brasileira, especialmente, no que tange a aferição da imputabilidade como elemento integrante da culpabilidade, elemento este, ausente nos casos cuja autoria se atribui ao louco infrator.

Com isso se pode compreender melhor a essência deste elemento dentro estudo do crime, de forma a detalhar o fundamento que abaliza a inimputabilidade do doente mental no presente estudo, reconhecendo-o legalmente impossibilitado de praticar crimes (teoria tripartida); ou, embora lhe seja legalmente possível a prática criminosa (teoria bipartida), ao menos, por uma medida de política criminal, não lhe deverá ser aplicada pena, eis que incompleta a culpabilidade, devendo o Estado-juiz lhe absolver (impropriamente) e, ato contínuo, aplicar-lhe medida de segurança, cujo caráter é eminentemente preventivo e curativo.

Posteriormente, feitas as devidas explicações que proporcionaram a compreensão genérica do objeto da pesquisa, iniciaram-se as perquirições quanto ao instituto da sentença penal absolutória imprópria, e as consequências sociais e jurídicas na prolação da sentença que “absolve impropriamente” o doente mental, resultando, por conseguinte, em aplicação coercitiva da medida de segurança. Assim foi procedido precipuamente o estudo dogmático da referida espécie de sentença penal, de modo a fazer compreender o seu escopo legal.

Logo em seguida, foram feitas interligações entre objeto da pesquisa com a medida de segurança e periculosidade do agente. Buscou-se avaliar deste modo, que a ausência de deli-

mitação legal quanto ao tempo máximo de duração da medida de segurança, origina um odioso caráter de perpetuidade desta medida; bem como que a periculosidade como elemento norteador da aplicação da medida de segurança, se apresenta como legalmente indefinido e, portanto, muito subjetivo; implicando, assim, em significativa discricionariedade na atividade judicante de individualizar o inimputável, para lhe conferir o destino processual que entender mais justo.

Verificou-se assim, que a indeterminação temporal da medida de segurança e a discutível indefinição da periculosidade do louco infrator, se mostram um tanto quanto desproporcionais no campo de suas aplicabilidades funcionais; e que atualmente os dois institutos sobrecarregam com maior estigmatização, a pessoa do louco infrator perante a coletividade.

Foi realizada ainda sob o enfoque da Lei nº 10. 216/01, a análise acerca da violação dos direitos e garantias do inimputável, restando esclarecido que diante do julgamento do doente mental, deve o julgador, objetivando a justiça da decisão, permitir-se iluminar na tarefa de interpretação da lei e de sua aplicação ao caso concreto, exatamente como se procede nos casos em que o indivíduo não é possuidor de patologias mentais.

Por último, foi concretizada a verdadeira análise da sentença penal absolutória imprópria à luz dos critérios de legalidade e justiça desse tipo decisório. Considerou-se, para tanto, as explicações anteriormente apontadas nessa conclusão para apontar à constatação de que, embora legal, a sentença penal absolutória imprópria não se afigura justa, vez que trata com muito maior rigor o indivíduo inimputável, que o indivíduo plenamente consciente de todos os seus atos.

Acrescente-se que no decorrer do trabalho, foi demonstrado que, por muitas vezes, não obstante a bandeira da prevenção empunhada pela medida de segurança urge enfatizar que, na realidade, demonstra-se mais gravosa que uma pena privativa de liberdade em regime fechado, haja vista que restringe em demasia a liberdade e os direitos do doente mental; sendo o tratamento imposto na sentença, letra morta.

A título de reforço, esclareça-se que a importância desta pesquisa reside exatamente na constatação de que a sentença penal absolutória imprópria, adotada pelo Código Penal Brasileiro, muito embora se apresente legal, uma vez que se encontra em consonância com o que preleciona a legislação nacional, se apresenta por demais injusta no que se refere ao absolvido imprópriamente, quando da aplicação de medida de segurança, uma vez que a medida imposta se apresenta tal como uma condenação escamoteada, da qual não poderá o sentenciado livrar-se dos grilhões estatais, em momento definido, ainda que haja por parte de seu representante

legal o compromisso de submetê-lo ao tratamento indicado pelos peritos criminais, no bojo do incidente de insanidade mental instaurado no curso da demanda.

Assim, a partir das pesquisas feitas foi notada a total escassez de estudos doutrinários sobre o tema. A maioria dos livros cuida em estabelecer, de quando a sentença a penal absolutória imprópria é aplicada e a quem ela se dirige, ou seja, a maioria dos doutrinadores resumem a codificação legal em sucintas palavras destinadas a apreciação exclusiva do texto legal. Contudo, outros doutrinadores, diga-se a minoria, vai um pouco além, e faz uma pequena analogia entre a nomenclatura da sentença e a discrepância prática desta absolvição, relacionando-a, ainda que de forma enxuta e tímida, à realidade de uma condenação.

Porém, não passa disso; não chegam, em nenhum momento, a dedicarem-se ao estudo das consequências e injustiças experimentadas pelo doente mental a partir deste tipo sentença. Poucos são os livros nessa temática; e apenas os específicos chegam a tratar sobre a sentença penal absolutória imprópria e seus resultados como sendo uma condenação camuflada, mergulhando, assim, na questão da ética formal do sistema.

É, pois, este silêncio, não só doutrinário, como também legislativo, jurisprudencial e social, que permite reinar a injustiça diante de uma minoria frágil que não detém voz ativa para emplacar sua defesa. Silêncio este caracterizado pelo preconceito, esquecimento e estigma que o louco infrator carrega. São omissões que preferem ser camufladas na apatia contemporânea que ignora o problema que a ninguém é interessante suscitar.

Assim sendo, aponta-se como contribuição deste trabalho a confirmação da hipótese afirmativa no sentido de que a sentença penal absolutória imprópria, traduz a omissão sócio-jurídica em relação ao doente mental, que parece mesmo inexistir perante o olhar estatal e social. A supressão de direitos é tamanha que no direito penal, tampouco no processual penal, não se contempla o julgador em seu papel de garantidor dos direitos individuais, bem como não se dispõe a refletir, que seja, sobre uma eventual função reintegradora, insistindo na utópica cura do doente mental como condição exclusiva para garantir o seu retorno à liberdade. Em outras palavras, lhe arbitra internamento perpétuo.

Contudo, procurou-se, ainda, deixar claro que esta pesquisa não retira a importância e necessidade da medida de segurança, mas se inquieta cientificamente quanto ao modo como a mesma é aplicada, censurando-se, especialmente, o caráter de justiça de uma sentença, que não deixa abertura alguma para uma análise de mérito qualificada e adequada no bojo do processo onde se constata a presença de um réu inimputável.

Por fim, clama-se pela atenção legislativa, judiciária e social, para que enxerguem o doente mental como um indivíduo social; um sujeito de direitos, que precisa de ajuda; que



precisa ter sua existência reconhecida e não esquecida em medidas judiciais perpétuas. É preciso compreender que o inimputável não é um fardo ou problema a ser extinto, ou ao menos esquecido, mas um ser humano como qualquer outro, que é detentor de todos os direitos e deveres de cidadão, e no caso específico do objeto da pesquisa, de todos os direitos e deveres processuais que garantam um processo coerente; à concretização de uma sentença justa em sua cominação, aplicação e execução processual.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, A. M. S. de. **As três escolas penais**. São Paulo: Freitas Bastos, 1995.
- AZEVEDO, D. T. de. **Atualidades no direito e processo penal**. São Paulo: Método, 2001.
- BARRETO, R. A. de S. HC 87614/ SP. **Aplicação de medida de segurança na absolvição sumária**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/9366-Artigo:-HC-87614-SP---Aplicacao-de-medida-de-seguranca-na-absolvicao-sumaria>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2013.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1, 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de março de 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 de março de 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 22 de março de 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução ao Código Penal e da Lei de Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, DF, 09 de dezembro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm)>. Acesso em: 22 de março de 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, DF, 09 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm)>. Acesso em: 01 de março de 2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 84219**, 1º Turma, São Paulo, SP, DJ 23/09/2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corpus-hc-84219-sp-stf>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 630208**, Rio Grande do Sul, RS, DJe -189 DIVULG 06/10/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16509603/recurso-extraordinario-re-630208-rs-stf>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **HC 38500**, 5ª Turma, Minas Gerais, MG, DJ 01.07.2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/81877/habeas-corpus-hc-38500-mg-2004-0135828-0-stj>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2013

BRUNO, A. **Direito Penal**. 3ª ed. Rio Janeiro, Forense, 1967. V.1 a 3.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. Volume1: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

CARDOSO, D. A.; PINHEIRO, J. de M.. **Medidas de Segurança: Ressocialização e Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2012.

COPETTI, A. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, M. L. P.da.**Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal**.Belo Horizonte: Ano 16,V.11, Nov/2010. Disponível em: <[http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/5/Revista%20do%20CCPC%20Nov\\_2010.pdf](http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/5/Revista%20do%20CCPC%20Nov_2010.pdf)>. Acesso em: 10 de março de 2013.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Processo Penal Doutrina e Prática**. Bahia: JusPodivm, 2009.

GARCIA, B. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1973. v.I, t. I.

GOMES, L. F. **Direito Penal: Parte Geral -Introdução**.2 ed. São Paulo: RT, 2004.

GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 2. ed. – Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_, R. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, D. E. de. **Direito Penal**. Volume1: parte geral. 31. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MADEIRA, R. T. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MASCARENHAS, M. O. **A Transformação da medida de segurança em prisão perpétua**. Monografia Jurídica apresentada para conclusão do curso de graduação em Direito, no Departamento de Ciências Jurídicas, na Universidade Católica de Goiás, sob a orientação do Prof. Eurípedes Balsanulfo de Freitas e Abreu. Goiânia, 2002. Disponível em: <[http://pt.scribd.com/doc/46914175/atransformacaodamedidadese\\_seguranca](http://pt.scribd.com/doc/46914175/atransformacaodamedidadese_seguranca)>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2013.

MATTOS, V. de. **Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**.Volume 1: parte geral. 26. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

MUÑOZ, C. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luís Régis Prado. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

NORONHA, M. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 9. ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_, G. de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª. Edição rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, A. de. **Penas especiais para homens especiais: as teorias biodeterministas na Criminologia Brasileira na década de 1940**. Rio de Janeiro, 2005. Dissertação (Mestrado em História das Ciências da Saúde) – Casa de Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 2005). Disponível em: <<http://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/3998/2/000002.pdf>>. Acesso em 08 de março de 2013.

RIBEIRO, B. de M. **Medidas de Segurança**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

ROCHA, F. G. da; GRECO, R. **Estrutura Jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

SANZO BRODT, L. A. **Da consciência da ilicitude no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TAVARES, J. **Teorias do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª ed. rev. amp. e atual. Bahia: JusPodivm, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2000.

VARGAS, J. C. de. **Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.