

PARA ALÉM DE "MENORES" E "LOUCOS": ELEMENTOS PARA UM CONCEITO TELEOLÓGICO-FUNCIONAL REDUTOR DE IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL

BEYOND "MINORS" AND "CRAZY": ELEMENTS FOR A TELEOLOGICAL-FUNCTIONAL CONCEPT THAT REDUCES IMPUTABILITY IN CRIMINAL LAW

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ

Assista aos comentários do autor para este artigo



Doutor em Direito (2020) pela PUC-Rio. Mestre (2016) em Direito Penal pela UERJ. Bacharel (2014) em Direito pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal (UFF-MDI). Advogado. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4038462874056018]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0471-2529]. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbcrim.v187i187.59]. ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Recebido em: 23.06.2021

Aprovado em: 03.11.2021

Última versão do autor: 05.11.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O trabalho propõe a garantia de direitos humanos e fundamentais para adolescentes aos quais se atribui a prática de ato infracional e portadores de sofrimento psíquico, e a assunção de responsabilidade político-criminal dos atores do sistema penal brasileiro neste campo, através, em um primeiro momento, da identificação de suas práticas e discursos, e, num segundo momento, de uma reformulação da imputabilidade no direito penal de acordo com o funcionalismo teleológico redutor.

PALAVRAS-CHAVE: Imputabilidade – Direitos humanos e fundamentais – Adolescentes em conflito com a lei – Portadores de sofrimento psíquico.

ABSTRACT: The article proposes the guarantee of human and fundamental rights for Court-involved youth and for mentally disordered offenders, and the assumption of political-criminal responsibility of actors in the Brazilian penal system in this field, through, at first, the identification of their practices and discourses, and, in a second moment, the reformulation of imputability according to teleological-reductive functionalism.

KEYWORDS: Imputability – Human and fundamental rights – Court-involved youth – Mentally disordered offenders.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A clausura de portadores de sofrimento psíquico e de adolescentes autores de atos infracionais no Brasil pós-1988: normas, práticas e discursos. 2.1. O complexo normativo de proteção integral. 2.2. Práticas e discursos "desde baixo". 2.3. Práticas e discursos "desde cima". 2.3.1. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). 2.3.2. Do Sistema Interamericano aos atores do sistema de justiça criminal brasileiro: STF e STJ. 3. Que direito penal é mobilizado pelos atores do sistema quanto a imputáveis etários e por sofrimento psíquico? E o que pode ou deve fazer a dogmática a respeito?. 4. Um conceito teleológico-funcional redutor de imputabilidade no direito penal e seus desdobramentos na teoria do delito. 4.1. Premissa metodológica: uma compreensão teleológico-funcional redutora da teoria do delito. 4.2. A imputabilidade como um elemento autônomo da teoria do delito. 4.2.1. Fundamentos materiais. 4.2.2. Conceito. 4.2.3. Posicionamento sistemático. 4.2.4. Subespécies de imputabilidade e suas principais características. 4.3. Principais consequências sistemáticas na teoria do delito. 4.3.1. Consequências na culpabilidade. 4.3.2. Consequências no injusto. 4.3.3. Consequências na teoria do erro. 4.4. Impactos no sistema de penas e medidas. 4.4.1. Um direito penal para além da lógica punitiva: a dispensabilidade *a priori* da sanção. 4.4.2. Adeus à periculosidade (e ela já vai tarde): por um direito penal do fato e da culpabilidade. 4.4.3. Pelo fim das "medidas" e rumo a um sistema unitário de sanções. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 1907, em obra de importância fundamental para o desenvolvimento da culpabilidade no século XX, Reinhard Frank afirmou ser a imputabilidade o "fantasma errante" na teoria do delito (FRANK, 2002, p. 33). Algumas décadas mais tarde, ninguém menos que Edmund Mezger sustentou ser a imputabilidade a "porta de entrada da personalidade no Direito Penal" (MEZGER, 1958, p. 202)¹.

A caracterização da imputabilidade na teoria do delito encontra nas citações acima uma síntese ilustrativa das suas duas maiores fragilidades dogmáticas e político-criminais: as dificuldades de definição e enquadramento sistemático-conceitual; e a abertura a concepções autoritárias de Direito Penal de Autor, amparadas nos problemáticos conceitos de "personalidade" e "periculosidade".

De fato, como observou Zaffaroni (2002, p. 691-693), a imputabilidade já se enquadrou em todos os estratos da teoria do delito: (i) capacidade de ação, (ii) de tipicidade, (iii) de antijuridicidade, (iv) capacidade de injusto, (v) pressuposto ou (vi) elemento da culpabilidade – "capacidade de culpabilidade",

-
1. Um dos penalistas mais importantes (senão o mais importante) do regime nacional-socialista, cuja doutrina foi absolutamente funcional ao totalitarismo alemão. Sobre isto, conferir MUÑOZ CONDE, 2003.

atual percepção majoritária da categoria conceitual (MUNOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010; BITENCOURT, 2015; SOUZA; JAPIASSÚ, 2012) – e (vii) capacidade de punibilidade (quando sua ausência configurava causa de isenção de pena). Hoje, correntes doutrinárias de cunho funcionalista-sistêmico chegam a conceituar a imputabilidade como a possibilidade de expressão de um “déficit de fidelidade ao direito” (JAKOBS, 1997, p. 582), ou “a margem a partir da qual um sujeito é reconhecido como possível destinatário de um reproche por falta de lealdade comunicativa” (MAÑALICH, 2011, p. 124). Há, por fim, aqueles que subtraíram a imputabilidade do direito penal, considerando-a a “capacidade de compreensão do sentido do processo penal”².

Do ponto de vista sistemático, a imputabilidade é também uma categoria que agrupa situações bastante díspares de exclusão, sugerindo que sua própria caracterização e enquadramento enquanto conceito jurídico pode ser questionável: por exemplo, a inimputabilidade etária possui tratamento distinto da inimputabilidade por sofrimento psíquico. Ambas diferem radicalmente da inimputabilidade por embriaguez completa e involuntária, que não apenas compreende causa de inimputabilidade transitória, como a situação fática que acomete o sujeito lhe acarreta consequências aleatórias, sobre as quais a possibilidade de seu controle é afetada de forma significativamente diferente. Além disso, a verificação de situações de inimputabilidade é extremamente limitada, uma vez que a lei penal já assume a imputabilidade como pressuposto (HASSEMER, 2005, p. 291; KINDHÄUSER, 2011, p. 212). Dessa forma, merecem destaque apenas as situações de instauração de incidente processual para verificação de transtorno mental ou utilização de perícia para atestar a embriaguez, todos posteriormente ao momento da prática do fato, e, em sede de criminalização primária, a discussão a respeito da idade constitucional de responsabilização penal.

Além disso, a conciliação entre as consequências e a disciplina normativa da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico com a estrutura conceitual de um direito penal é no mínimo problemática. Se o direito penal (seja enquanto programação criminalizante, seja enquanto ramo do saber jurídico) é intrinsecamente dependente do princípio da legalidade, e este pressupõe uma punição retrospectiva a um sujeito dotado de racionalidade que, conhecedor da norma penal, optou por realizar o injusto, como se justificar o encaixe, nessa estrutura, de um tipo de controle social que se dirige contra sujeitos não motiváveis pela norma penal e que, por isso, não pode ser baseado no que se fez, mas no que se pode vir a fazer no futuro?

2. Referindo-se a MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 105-106.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Para além de “menores” e “loucos”: elementos para um conceito teleológico-funcional redutor de imputabilidade no direito penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 187. ano 30. p. 27-68. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbcrim.v187i187.59>].

A uma dogmática defeituosa, confusa e pouco coerente em matéria de imputabilidade etária e por sofrimento psíquico corresponde uma operacionalidade punitiva do sistema penal que cobra seu preço. É objeto de razoável consenso científico no campo criminológico o reconhecimento do déficit crônico e, por muitas vezes, agravado de efetividade de direitos humanos e fundamentais em relação a inimputáveis etários ou por sofrimento psíquico.

Essa constatação se reflete, no plano legislativo, no amadurecimento e aprofundamento das questões juvenil e antimanicomial brasileiras: destacam-se a Lei de Reforma Psiquiátrica – Lei 10.216/01 – e, hodiernamente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015; e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Lei 12.594/2012, que atualiza e acrescenta novas disposições ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

No plano teórico-dogmático, a busca pela garantia de direitos a esses grupos vulneráveis implica em significativas reorientações no campo jurídico, a partir do reconhecimento: (i) da natureza penal (punitiva) das medidas correcionais (sejam de segurança, sejam medidas socioeducativas); (ii) de graves problemas de compatibilidade constitucional do juízo de periculosidade para sancionamento de inimputáveis; (iii) de que a imputabilidade não é óbice à verificação dos demais elementos do juízo de culpabilidade; e (iv) que a imputabilidade não pode representar menos direitos, mas sim, os mesmos direitos reservados a sujeitos imputáveis e maiores garantias em razão de suas qualidades especiais (MATTOS, 2006; QUEIROZ, 2015; CARVALHO; WEIGERT, 2012, 2013).

Ocorre que, colocadas as questões dessa forma, as proposições visadas ainda não são coerentes com o atual tratamento dogmático da imputabilidade. Observa-se tensão com o princípio da igualdade e proporcionalidade, já que a toda negativa de capacidade ou responsabilidade a qualquer pessoa pode corresponder a, em maior ou menor medida, algum desapeço por sua autonomia e autodeterminação, que se reflete em maior distanciamento da garantia fundamental da culpabilidade, e, inversamente, maior aproximação a concepções e parâmetros de periculosidade. Consequentemente, a constatação de permanência de déficits de efetividade em matéria de garantias e direitos fundamentais para portadores de sofrimento psíquico e adolescentes autores de atos infracionais impõe a renovação de questionamentos criminológicos e jurídico-penais a respeito do tratamento conferido a estes grupos vulneráveis, particularmente no âmbito da imputabilidade.

Assim, o artigo tem por objetivo observar a atuação das agências judiciais, identificando suas responsabilidades político-criminais nessa questão e, a partir do direito penal, oferecer alternativas teóricas com vistas à garantia de direitos humanos e fundamentais de inimputáveis etários e por sofrimento psíquico.

Propõe-se, portanto, a responder as seguintes perguntas: *deve o Direito Penal continuar a se ocupar de inimputáveis etários e por sofrimento psíquico, ou subtraí-los de sua disciplina dogmática e normativa? No caso de resposta afirmativa à primeira pergunta, deve-se manter o juízo de imputabilidade; ou redesenhar o conceito de imputabilidade; ou trabalhar uma categoria conceitual inédita; ou, pura e simplesmente, dispensar a imputabilidade do Direito Penal?*

Para responder a esses questionamentos, trabalha-se a dogmática jurídico-penal a partir de uma perspectiva teleológico-funcional redutora (CARVALHO; WEIGERT, 2010), isto é, como um saber orientado em sentido político-criminal à redução e à contenção de poder punitivo, ao mínimo legal e constitucional; e, no plano criminológico, parte-se das contribuições da antipsiquiatria (ou psiquiatria alternativa) como referencial teórico³, e da premissa da natureza penal e aflitiva da responsabilização infracional e das medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais, filiando-se à consideração das sanções jurídicas aplicadas a esses adolescentes como autênticas penas, isto é, dotadas de viés repressivo (ZAFFARONI, 1991; MENDEZ, 1998, 2006; CRIVELLI, 2014; CRUZ MARQUEZ, 2011; HERNANDEZ BASUALTO, 2007; VARGAS PINTO, 2010; RODRIGUES, 2016).

O artigo se subdivide em dois grandes blocos. Em um primeiro momento, será analisado o grande complexo normativo, as práticas e os discursos que legitimam ou se contrapõem à clausura de portadores de sofrimento psíquico e de adolescentes autores de atos infracionais no Brasil atual, buscando investigar a atuação das agências e suas responsabilidades político-criminais relativamente à compreensão e tratamento jurídico-penal desses sujeitos. Na sequência, a partir dos elementos que esse quadro revela em termos teórico-dogmáticos, passa-se à defesa de uma proposta de reformulação da imputabilidade na teoria do delito.

2. A CLAUSURA DE PORTADORES DE SOFRIMENTO PSÍQUICO E DE ADOLESCENTES AUTORES DE ATOS INFRACIONAIS NO BRASIL PÓS-1988: NORMAS, PRÁTICAS E DISCURSOS

2.1. O complexo normativo de proteção integral

A partir de 1988, o Brasil foi marcado por dois grandes tipos de legislações em matéria penal e que afetam, de uma ou outra forma, inimputáveis: de um lado,

3. Fundamentais, sem prejuízo de outras, a consulta a SZASZ, 1970, 1974; COOPER, 1985; LAING, 2010; BASAGLIA 1972, 2008.

uma legislação *de direitos*, extremamente pródiga. Em relação a inimputáveis por sofrimento psíquico, é verdade que a Constituição foi, lamentavelmente, lacônica, mas destaca-se a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto 6.949/09), com força de Emenda Constitucional; a Lei Antimanicomial (Lei 10.216/01); e, recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Em relação a inimputáveis etários, por outro lado, a Constituição foi mais generosa, a partir do art. 227 e seguintes, acompanhada da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/1990); Diretrizes de Riad (1990); além da legislação infraconstitucional consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei. 12.594/2012).

A despeito das diferenças particulares entre inimputáveis etários e por sofrimento psíquico, é possível visualizar em todas as legislações citadas um fio condutor comum, uma principiologia de *proteção integral* em sentido amplo: em brevíssima síntese, *adolescentes autores de atos infracionais e pessoas portadoras de sofrimento psíquico são sujeitos com direito principalmente a participarem de forma ativa, com voz, dos seus processos de reintegração social ou de tratamento, ou acompanhamento de saúde mental, que devem seguir uma ideia básica de mínima intervenção e máxima garantia de direitos, em melhores condições do que pessoas adultas ou não portadoras de sofrimento psíquico*.

Do complexo normativo em análise, passa-se ao mapeamento das práticas e dos discursos que o atravessam (recortando-se entre “*resistências*”, assim nomeadas aquelas que efetivam a principiologia geral de proteção integral, e “*obstáculos*”, que, ao revés, são aqui compreendidos como fatores impeditivos da garantia de direitos fundamentais), considerando duas perspectivas: uma primeira, “*desde baixo*”, isto é, aqueles que surgem em nível *micro*, ou seja, perceptíveis a partir da observação e pesquisa de práticas de dia a dia dos operadores do direito, de políticas institucionais exitosas, que, por vezes, não contam com grande suporte normativo expresso, mas apenas, no máximo, com parcerias e conveniências institucionais; uma segunda, “*desde cima*”, assim caracterizada por se referir a grandes atores institucionais, ou agentes com amplo poder de transformação em larga escala. As práticas e os discursos “*desde baixo*” são múltiplos e fragmentários, de modo que serão enunciados aqui apenas os mais conhecidos e relevantes; as práticas e os discursos “*desde cima*”, por sua vez, serão analisadas, brevemente, levando em conta os principais e mais decisivos atores jurídicos, que possuem poderes de decisão mais abrangentes; para os fins aqui almejados, elencou-se: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

2.2. Práticas e discursos “desde baixo”

“Desde baixo”, se esboçam e se buscam formas de tratamento e solução de conflitos distintas, que podem ser vistas como *resistências exitosas*: em relação a portadores de sofrimento psíquico, por exemplo, são bastante conhecidos o *Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI – Goiás)*, o *Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ)*; recentemente, agrega-se o *Programa de Cuidado Integral do Paciente Psiquiátrico (PCIPP)*, desenvolvido no Estado do Piauí desde 2016 por seu Tribunal de Justiça, também em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde⁴.

Por outro lado, contra o tradicional Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade (EVCP), ergue-se, desde o Rio de Janeiro, um potente e promissor adversário, o Exame Multiprofissional de Avaliação Psicossocial (EMPAP), fruto de um esforço de mais de dez anos de militância e atuação efetiva da Defensoria Pública do Estado, principalmente pela luta da Defensora Patrícia Magno (premiada com essa prática pelo XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, que considerou o EMPAP prática exitosa), em parceria com os demais órgãos de execução penal e em conjunto com peritos e especialistas do campo psi.

O que era um procedimento de avaliação lento, custoso (em média de 6 a 12 meses para término), de lógica manicomial e asilar, fundado no questionável critério da periculosidade, transformou-se em um procedimento econômico (com duração de, no máximo, 3 meses), efetivo, multiprofissional, livre do perigosismo positivista e centrado na lógica antimanicomial do atendimento psicossocial ao sujeito⁵.

Em relação a adolescentes autores de atos infracionais, talvez as iniciativas mais ousadas sejam os programas de Justiça Restaurativa Infracional, espalhados pelo Brasil, que, infelizmente, ainda não contam com a adesão de todos os Tribunais de Justiça, e muitas vezes são de abrangência apenas local, como em cidades menores, comarcas de interior ou projetos-piloto com (ainda) pouca bibliografia a respeito (PALLAMOLLA, 2009; ORSINI; SILVA, 2016; NIEKIFORUK; ÁVILA, 2010; RODRIGUES, 2021).

4. Sobre o PAI-PJ, MUSSE ver BARBOSA, 2011. Sobre o PAILI, em números mais atualizados, ver CAETANO, p. 181-182. Sobre o PCIPP, conferir a cartilha disponibilizada pelo TJPI em [www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wp-content/uploads/2018/09/Cartilha-PCIPP.pdf] e FREITAS FILHO, José Vidal de. *Programa de cuidado integral do paciente psiquiátrico*. Disponível em: [www.editorajc.com.br/programa-de-cuidado-integral-do-paciente-psiquiatico]. Acesso em: 19.10.2020.

5. Sobre o EMPAP, sua história, seus pressupostos e resultados, conferir MAGNO, 2017; MAGNO; BOITEUX, 2018.

Entretanto, *como obstáculos*, percebe-se, também desde baixo, relativamente aos inimputáveis etários, não apenas a permanência de uma mentalidade tutelar (que restringe o alcance de direitos e amplia o poder punitivo estatal em nome do “bem” dos adolescentes), mas também um verdadeiro avanço de um discurso retributivo na execução de medidas socioeducativas, fenômeno que vem sendo conhecido como a “colonização da justiça juvenil pela justiça adulta”, disputando com o menorismo ainda presente (SOUZA, 2019; CORNELIUS, 2018; SILVA, 2020).

É importante que esse esforço institucional de resistência à lógica manicomial, embora louvável e digno de comemoração, seja percebido com realismo e cautela. Isso porque ainda vigoram, tanto na psiquiatria tradicional, como no direito e na criminologia, de forma amplamente predominante, outros parâmetros e exames para verificação da periculosidade, agora fundados principalmente em lógica probabilística e atuarial. Na psiquiatria, são métodos conhecidos (e questionáveis)⁶, entre outros, a *Psychopathy Checklist – Revised* (PCL-R)⁷, a *Barrat Impulsiveness Scale* (BIS-11) e o *Historical, Clinical and Risk Management Violence Risk Assessment Scheme* (HCR-20), que conta ainda com uma versão brasileira (OLIVEIRA, MECLER, CHALUB, VALENÇA, 2016; TELLES, FOLINO, TABORDA; DAY, 2009, 2012).

2.3. Práticas e discursos “desde cima”

2.3.1. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)

2.3.1.1. Aberturas e possibilidades a partir do direito internacional dos direitos humanos: os Casos Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006) e Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005), Corte IDH

Em relação a portadores de sofrimento psíquico, os dois grandes casos que afetam esses sujeitos são: (i) Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005) e (ii) Damião Ximenes Lopes vs. Brasil, (2006).

6. Sobre isso, criticamente, DIETER, 2013; CARVALHO, 2013.

7. A respeito desse instrumento, em particular, destacam-se as contundentes críticas levantadas por Lia Yamada (2009). Uma vez que suas premissas edificantes partem de um paradigma etiológico e retomam os mesmos preconceitos, estereótipos e falsas premissas próprias da criminologia positivista do século XIX, não apenas ele reforça a exclusão e a neutralização promovidas pelo ambiente carcerário, como os resultados a que chegam, na prática, são muito pouco consistentes.

Muito embora os fatos de *Fermin Ramírez vs. Guatemala* não guardem correspondência exata com portadores de sofrimento psíquico ou medidas de segurança, as considerações da Corte IDH transcendem a questão em disputa⁸ (convém transcrever na íntegra):

“94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el *Derecho Penal de autor*, que abre la puerta al *autoritarismo* precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.

96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.”

A Corte, então, arremata em suas Resoluções Finais:

“7. El Estado debe llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el

-
8. Em breve síntese, Fermín Ramírez era um condenado a pena de morte por homicídio qualificado, o qual, esse sim, possuía, em sua tipificação legal, referências à periculosidade do autor. O caso se caracteriza também por envolver questões processuais relevantes, como garantia à ampla defesa e ao devido processo legal no caso da execução de sua pena (pena de morte).

inculpado. En caso de que se le impute la comisión del delito de asesinato, cuya tipificación estaba en vigor al momento de los hechos que se le imputaron, deberá aplicarse la legislación penal vigente entonces con exclusión de la referencia a la peligrosidad, en los términos del punto resolutivo siguiente.

8. El Estado debe abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su artículo 2, de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en ese precepto.

9. El Estado debe abstenerse de ejecutar al señor Fermín Ramírez, cualquiera que sea el resultado del juicio al que se refiere el Punto Resolutivo séptimo.”

O Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005) consagra, portanto, a inconvenionalidade do juízo de periculosidade, afirmando categoricamente, como se trata de forma de Direito Penal de Autor, incompatível com o princípio da legalidade, que condiciona a punição penal apenas à prática certa de atos pretéritos, e não à eventual e incerta prática de atos futuros.

Em Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2006), a primeira condenação de nosso país na Corte Interamericana, embora o caso não tenha envolvido medidas de segurança, igualmente as considerações do tribunal transcenderam consideravelmente os limites fáticos do caso⁹, como se percebe dos trechos abaixo destacados das Resoluções da Corte:

“103. A Corte Interamericana considera que toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atender às obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. A Corte reitera que não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre, como a deficiência.

(...)

-
9. Em síntese, Damião Ximenes Lopes era portador de sofrimento psíquico que, em decorrência de maus-tratos e negligência estatal na garantia de seus direitos e sua proteção especial, sofridos durante seu período de internação em clínica particular, veio a falecer.

106. Com relação à salvaguarda da vida é da integridade pessoal, é necessário considerar que as pessoas portadoras de deficiência que vivem em instituições psiquiátricas ou nelas são submetidas a tratamento são especialmente vulneráveis a tortura ou a outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante. A vulnerabilidade intrínseca das pessoas portadoras de deficiência mental é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza o tratamento das doenças psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidos a internação (par. 129 infra).”

A partir do momento em que a Corte Interamericana não discriminou, em nenhum momento nos julgados comentados, se referir a portadores de sofrimento psíquico em cumprimento de medida de segurança, pode-se concluir que, perante a Corte, são inconvenções as medidas de segurança baseadas em juízo de periculosidade, bem como o tratamento discriminatório conferido a portadores de sofrimento psíquico em função de sua internação em hospitais de custódia, apartados do sistema público de saúde.

2.3.1.2. Aberturas e possibilidades a partir do direito internacional dos direitos humanos: um modelo interamericano de Justiça Juvenil e suas características

No que se refere aos adolescentes autores de atos infracionais, é possível visualizar, no seio da jurisprudência da Corte Interamericana, um verdadeiro *modelo interamericano de justiça juvenil*, baseado no seguinte grupo de casos¹⁰: Villagrán Morales vs. Guatemala (1999); OC 17/02; Instituto de Reeducação do menor vs. Paraguai (2004); Bulacio vs. Argentina, 2003; Mendoza e outros vs. Argentina, 2013.

Esse bloco de casos, estudado em trabalhos anteriores (FERRAZ, 2021), define as seguintes características de um modelo interamericano de justiça juvenil, às quais o Brasil se vincula: (i) as categorias penais e processuais penais são pensadas e aplicadas em sentido limitativo, garantidor. Legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, devido processo, um direito e processo penal juvenil representam e viabilizam garantias, e não meros microssistemas punitivos sobre menores de 18 anos; por isso mesmo, são piso e não teto em relação a direitos fundamentais; (ii) existe uma “presunção de afilidade” em relação a medidas e

10. Os casos resumidos encontram-se disponíveis para consulta no portal do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ): [https://nidh.com.br].

procedimentos aplicáveis a crianças autoras de infrações penais, uma vez que se parte do princípio de que qualquer medida aplicável e seus procedimentos são punições em sentido forte (mesmo e principalmente aquelas aplicadas em procedimentos alternativos ou substitutivos), e, portanto, deve-se assegurar, sempre, direitos e garantias fundamentais; (iii) maior tendência a repudiar vagueza, cláusulas abertas e, conseqüentemente, a discricionariedade judicial: juízes e promotores de infância e juventude não são “protagonistas” em função de um suposto “bem-estar da criança”, mas garantidores de seus direitos, com poderes limitados pela lei, constituições e tratados internacionais.

2.3.2. *Do Sistema Interamericano aos atores do sistema de justiça criminal brasileiro: STF e STJ*

2.3.2.1. Tendências jurisprudenciais sobre portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais: a problemática do prazo das medidas de segurança

Se a legislação brasileira tende a ser mais pródiga na garantia de direitos fundamentais a portadores de sofrimento psíquico, a jurisprudência caminha em sentido oposto, como se depreende dos principais entendimentos na matéria, que tendem a predominar, no âmbito do STF e do STJ.

O Supremo Tribunal Federal, em cadeias de precedentes de mais de uma década, consolidou o conhecido entendimento relativo ao limite máximo análogo ao das penas privativas de liberdade (antes, 30 anos, hoje, após a Lei 13.964/2019, 40 anos) para o cumprimento de Medidas de Segurança¹¹.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, em entendimento menos repressivo, fixou, em 2015, na Súmula 527, o entendimento de que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. Entretanto, dificilmente um imputável se sujeita, como regra, na praxis forense de dosimetria da pena, ao máximo cominado, o que demonstra a grosseira desproporcionalidade do entendimento, o que já foi criticado por parcela da doutrina (BEM; MARTINELLI, 2016, 2018).

-
11. O entendimento atual remete ao HC 84.219-SP/2005. “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”.

Os dois principais entendimentos das mais altas Cortes do país estão na contramão da reforma antimanicomial, uma vez que consagram uma forma de hibridismo punitivo, que oscila entre uma prevenção especial negativa e um retributivismo jurídico, fundado em distorcidas razões de proporcionalidade e gravidade do delito.

2.3.2.2. Tendências jurisprudenciais da Justiça Juvenil

É possível atestar o direcionamento essencialmente punitivista em matéria de Justiça Juvenil, tanto no STF quanto no STJ.

No STF, acumulam-se julgados que insistem em manejar, ao preço de se negar uma natureza penal ou afliativa das medidas socioeducativas em nome do “bem” do adolescente, a ideia menorista e tutelar de *periculosidade* para a aplicação ou manutenção de medidas socioeducativas, fenômeno que se observa também no STJ (FERRAZ, 2017).

Como um louvável “ponto fora da curva”, porém, convém destacar e elogiar o HC Coletivo 143.988/ES, recentemente julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de julgado histórico que, dando efetividade ao art. 49, II, da Lei 12.594/2012 e continuidade a uma jurisprudência mais sensível à superlotação carcerária (cujo marco recente é a ADPF 347), reconheceu o cenário nacional de encarceramento em massa juvenil e superlotação, impondo limitações ao emprego de medidas restritivas de liberdade no sistema socioeducativo a partir de uma premissa fundada no princípio *numerus clausus*, que norteia a execução de sanções afliativas limitando-a ao número de vagas disponibilizado pelo Estado, número esse que, excedido, passa a violar direitos humanos e fundamentais.

Já no STJ, contudo, vale apontar quatro casos recentes bastante problemáticos e emblemáticos da postura menorista acima denunciada: (i) a admissão da internação por reiteração mesmo diante da prática de apenas um ato infracional anterior, tendo em vista a finalidade “educativa” e “protetiva” da medida (HC 347.434-SP, 2016, 6ª Turma, STJ); (ii) a execução imediata de internação após sentença (HC 346.380-SP, STJ, Terceira Seção)¹² e (iii) a possibilidade de utilização de antecedentes infracionais para fundamentar eventual prisão preventiva (RHC 63.855-MG, STJ, Terceira Seção); (iv) a impossibilidade de aplicação da atenuante da confissão em ato infracional por não ter a medida socioeducativa natureza penal (AgRg no AREsp 1654739/GO, 2021, 6ª Turma, STJ).

12. Sobre este precedente, conferir SOUZA; FERRAZ, 2017.

3. QUE DIREITO PENAL É MOBILIZADO PELOS ATORES DO SISTEMA QUANTO A INIMPUTÁVEIS ETÁRIOS E POR SOFRIMENTO PSÍQUICO? E O QUE PODE OU DEVE FAZER A DOGMÁTICA A RESPEITO?

Por tudo o que foi brevemente elencado, um ponto comum entre o tratamento dos inimputáveis etários e por sofrimento psíquico é que o sistema de justiça brasileiro é o grande responsável, é o agente mais importante com poder de promoção ou interdição de direitos para esses grupos vulneráveis. Nesse sentido, os atores do sistema de justiça ainda são, no que se refere à interpretação e aplicação do direito, os maiores obstáculos ao avanço da reforma antimanicomial, em relação a portadores de sofrimento psíquico, e ao avanço da doutrina da proteção integral, em relação a adolescentes autores de atos infracionais. E isso porque, no fundo, mobilizam, no plano dogmático, uma compreensão de imputabilidade que é anacrônica, superficial, formalista e desprovida de rendimento na teoria do delito, que, para além das incongruências e problemas conceituais e sistemáticos sinalizados já no início deste trabalho, não instrumentaliza a contento os influxos teóricos oriundos da doutrina da proteção integral e da luta antimanicomial, e isso porque a imputabilidade que empregam (explicitamente, ou não), termina sendo preenchida de sentido, ao revés, pela grande categoria que parece entrelaçar ainda estes sujeitos: a periculosidade positivista.

É certo que práticas deficitárias são informadas por teorias e discursos igualmente deficitários. O problema é que no âmbito penal, trata-se de questão extremamente sensível, porque, neste ramo, déficits teóricos produzem, quase sempre, impactos violentos (e, por vezes, irreversíveis) na realidade e na vida das pessoas, consequências em relação às quais não pode a dogmática ser indiferente.

Assim, como percebemos e entendemos aqueles e aquelas que submetemos ao controle penal é, sim, nossa responsabilidade e nosso saber técnico não é inocente, porque produz, reproduz, aceita e legitima violências sobre pessoas concretas. Nossa responsabilidade – que é político-criminal – com o saber que manejamos é tão maior quanto mais vulneráveis, mais merecedoras de proteção, mais titulares de direitos e garantias fundamentais forem essas pessoas. Reformular a imputabilidade no direito penal pode, portanto, contribuir, se não para reduzir violência, ao menos, trazendo a citação de Luís Greco, para “desnudar o que se apresenta como um ato nu de poder”¹³. E é isso o que se passa a fazer a seguir.

13. Ressalvadas divergências de perspectiva político-criminal, incorpora-se esta síntese tal qual esboçada por GRECO, 2019, p. 29.

4. UM CONCEITO TELEOLÓGICO-FUNCIONAL REDUTOR DE IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NA TEORIA DO DELITO

4.1. *Premissa metodológica: uma compreensão teleológico-funcional redutora da teoria do delito*

A teoria do delito é, nada mais, nada menos, do que uma ferramenta. Ela instrumentaliza, em sentido técnico-jurídico, o conteúdo ideal proclamado pelos princípios fundamentais que atravessam o saber penal, cuja legitimação é política e que advém do núcleo duro da ideia de estado de direito (ou estado democrático de direito, ou estado constitucional de direito), que se contrapõe a um “estado de não direito”, desprovido de garantias, cujo nome atenderia, em termos gerais, a um “estado policial”, ou “estado de polícia”. O estado de direito se coloca em resistência, em oposição ao avanço do estado de polícia e, nesse exercício de resistência, a teoria do delito assume a imagem metafórica de um filtro, ou, nas palavras de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, um “dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito” (2010, p. 20).

Quanto aos elementos que compõem o sistema teórico do delito, no marco do funcionalismo teleológico-redutor, parte-se de premissa forjada pelo finalismo: a ideia elementar de que o direito, a despeito de seus elementos normativos, se constrói em respeito a dados da realidade, ônticos, que existem no mundo e que não estão à disposição do legislador, do jurista ou de quem quer que seja. Tais dados não se referem apenas ao criminalizado, mas também e, principalmente, ao sistema penal, aos mecanismos de criminalização e sua legitimação discursiva, isto é, os conceitos e as categorias de que se vale o direito penal (BATISTA, ZAFFARONI et al., 2006).

Pelos fins aqui almejados, mostra-se suficiente assumir como *dados da realidade* os *sofrimentos psíquicos ou condições peculiares de saúde de que possa padecer o sujeito* (deixando à cargo da perícia especializada sua tarefa de descrever e categorizar cada transtorno e seu impacto no sujeito); a *menoridade*, que reflete *imaturidade*, fase da vida que atinge o adolescente e que lhe acarreta em inúmeras singularidades individuais e sociais; e a *vulnerabilidade perante o poder punitivo que ambas as condições pessoais necessariamente impõem aos seus respectivos (ou simultâneos) titulares*. “Doença mental”, “doente mental” e “menor” são rótulos, e, como tais, sem prejuízo de sua eventual impropriedade, são dispensáveis do Direito Penal. As ideias de “aptidão”, “capacidade”, “incapacidade”, bem como a categoria “periculosidade”, são empiricamente incertas, de legitimidade normativa no mínimo questionável (como a periculosidade), ou desimportantes

(como “aptidão”, “capacidade”, “incapacidade”) – não porque não existam ou não possam existir, mas porque o direito penal não depende delas para formular suas soluções, seja porque as apreende de forma quase pressuposta (em razão de sua estrutura normativa), ou, simplesmente, porque elas não são de sua alçada, sendo próprias de especialistas da área psi ou infanto-juvenil.

Como *dados normativos*, deve-se levar em consideração os *vetores protetivos a grupos vulneráveis* (entre os quais se incluem os menores de idade e os portadores de sofrimento psíquico), estampados desde o Direito Internacional dos Direitos Humanos até a Constituição da República e demais leis ordinárias (p. ex., a Lei Antimanicomial, o ECA, a Lei 12.594/2012 – Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo).

4.2. *A imputabilidade como um elemento autônomo da teoria do delito*

É conhecida a afirmação de que o inimputável etário ou por sofrimento psíquico não seja desprovido de direitos e garantias fundamentais – notadamente, o respeito à legalidade, lesividade, culpabilidade, devido processo, entre outras – de que são titulares os imputáveis. Mais do que isso, tais garantias são piso, e não teto: deve-se acrescentar mais direitos e mais garantias, dada a especial condição do inimputável (o transtorno mental de que é portador ou no caso dos adolescentes, a imaturidade, que atende na Constituição e demais normas pela expressão “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”).

Dessas premissas, extraídas do próprio discurso jurídico-penal, projetam-se consequências para toda a teoria do delito: por exemplo, insiste-se na imputabilidade como um elemento da culpabilidade e não seu pressuposto, o que implica na avaliação de suas demais excludentes; ou sustenta-se uma aplicação diferenciada mais ampla da teoria do delito e seus elementos estruturais. Se uma categoria conceitual ostenta tamanha capacidade de rendimento (já que projeta consequências sobre toda a teoria do delito), propõe-se, então, reconhecê-la enquanto *elemento autônomo*, fora da culpabilidade, mas parte integrante do conceito analítico de delito.

4.2.1. *Fundamentos materiais*

Sendo a imputabilidade uma categoria autônoma, há de se investigar quais seriam os seus fundamentos materiais, isto é, o que justificaria sua existência e conceituação.

Uma fundamentação material promissora, para além da autonomia individual (que, no fundo, revive a eterna e estéril discussão entre determinismo e

indeterminismo), com Lucía Martínez Garay (2005), concordamos que a imputabilidade é informada pelo princípio constitucional e convencional da igualdade, porém, vamos além da autora: não apenas em sua dimensão de tratamento desigual a pessoas desiguais ou em situação de desigualdade (em um aspecto redistributivo), mas também em sua *dimensão de reconhecimento*. Na síntese de Nancy Fraser (1998, p. 1), “o objetivo é constituir um mundo aberto à diferença, onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito” (tradução nossa)¹⁴. É exatamente o que se passa com menores de idade¹⁵ e portadores de sofrimento psíquico, além de demais grupos vulneráveis, sujeitos a opressões e violências estruturais. Quando essas violências são praticadas por agências do sistema penal, legitimadas pelo discurso jurídico-penal, impõe-se à teoria do delito não apenas a tarefa de, simplesmente, instrumentalizar um tratamento melhorado a essas pessoas, mas de fazer reconhecida a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, reconhecer a condição e os direitos da pessoa portadora de transtorno mental, reconhecer e respeitar o pertencimento a grupos étnico-culturais distintos; enfim, *reconhecer* o sujeito imputável. “As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”, afirma Boaventura Souza Santos (2020, p. 12), e o elemento que viabiliza e dá concretude a este direito, na teoria do delito, deve ser a imputabilidade.

Apesar das intensas e eternas disputas em torno da ideia de livre-arbítrio, não se ignora que também informam a imputabilidade o princípio da autonomia e da liberdade individual, admitindo-se, assim, algum grau de capacidade e de liberdade no agir humano, os quais, porém, não são imprescindíveis para as elaborações e desenvolvimentos dogmáticos. Como Tobias Barreto percebera, “para firmar a doutrina da imputação, o direito aceita a liberdade como um postulado da ordem social; e isto lhe é bastante” (BARRETO, 1926, p. 8).

4.2.2. Conceito

Diante das insuficiências conceituais e sistemáticas apontadas, bem como do (mau) uso da concepção majoritária da categoria pelos atores do sistema penal,

14. Para um estudo mais amplo sobre as teorias do reconhecimento (sobretudo as de Taylor, Honneth e Fraser), por todos, ver THOMPSON, 2006.

15. Estudando os direitos fundamentais de adolescentes autores de atos infracionais, Ana Paula Motta Costa compartilha da mesma premissa, defendendo o reconhecimento das identidades dos adolescentes (COSTA, 2012, p. 44-53).

proponho, assim, um novo conceito: imputabilidade penal é o *juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão*.

A. *Juízo de atribuição de um fato a um sujeito*

Verificada a existência de ação, ou conduta humana, o passo seguinte é atribuir ou imputar esse fato a um sujeito que dele será autor, considerando suas características subjetivas: *um liame subjetivo entre fato e sujeito*.

B. *Que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia*

Esse juízo de atribuição opera definindo *posições jurídicas*, isto é, estabelecendo de que modo e em que termos serão aplicadas as demais categorias do delito, da tipicidade à culpabilidade. Essas são posições *subjetivas*, pois vinculadas ao sujeito ao qual o fato é imputado; são *especiais*, porque dependem de atributos particulares do sujeito; e são posições *de garantia*, pois seu sentido é explicitamente limitador, de forma mais reforçada e ampliada.

O emprego da expressão “posições jurídicas”, enquanto conceito próprio da teoria do direito, justifica-se porque a imputabilidade não estabelece meramente direitos subjetivos, mas, sim, verdadeiras garantias e direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva que, como leciona Alexy (2015, p. 185), se interessa pelas “*características normativas* de pessoas e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas ou entre pessoas e ações”.

C. *Em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade*

O sofrimento psíquico de que padece o sujeito, ou sua imaturidade, ou seu pertencimento e integração a um grupo étnico-cultural próprio, são dados ônticos pessoais que conferem um *status* normativo diferenciado ao sujeito que dele é titular. Trata-se de *condições pessoais de vulnerabilidade*, que inserem o sujeito em um (ou mais) grupos vulneráveis e merecedores de tratamento ou especial proteção pelo Estado, que é obrigado a prover essa especial proteção em razão dos deveres prestacionais que lhe são projetados pelos vetores normativos nacionais e internacionais na matéria.

D. *Presentes ao tempo da ação ou omissão*

Só se justifica atribuir uma posição jurídica subjetiva especial de garantia se seu titular tiver nela, e em razão dela, praticado o fato, no tempo do fato. O acometimento posterior de uma condição pessoal de vulnerabilidade pode atingir o processamento e uma eventual execução de pena, importando em deveres especiais de proteção pelo Estado ou mesmo sua responsabilização (ex.: o desenvolvimento de transtornos mentais em decorrência de degradantes condições de

encarceramento), mas nenhuma relação guarda com a prática do fato. O rótulo de delito (no qual se insere a imputabilidade, em que se verificam as condições pessoais de vulnerabilidade em seu cometimento) e suas consequências se referem a um fato praticado por alguém, não meramente a um estado de existência. Logo, é no momento da ação ou omissão que estas condições pessoais de vulnerabilidade devem se fazer presentes.

4.2.3. Posicionamento sistemático

A imputabilidade situa-se próxima da conduta, e, a depender da concepção que se adote, de duas, uma: *ou ela realmente se insere na conduta, mas como um elemento a mais, devendo ser reconhecida sua autonomia e traços distintivos; ou, como preferimos, ação e imputabilidade não se imiscuem, sendo a segunda um elemento autônomo por si só, que sucede à análise da ação, mas se antepõe ao juízo de tipicidade*, já que as consequências que projeta atingem tanto o injusto como a culpabilidade. Esta não é uma posição nova: Galdino Siqueira já a sustentou¹⁶, sem, contudo, explorar a fundo as consequências de seu arranjo sistemático.

4.2.4. Subespécies de imputabilidade e suas principais características

Como defendemos que a imputabilidade penal é o juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão, não mais se concebe a existência de “inimputáveis”. A inexistência de imputabilidade se confunde com a inexistência de ação; portanto, reconhecida esta, passa-se à verificação daquela.

Também a dicotomia “imputáveis e inimputáveis” não mais faz sentido no direito penal, porque o que interessa não é o rótulo em si, mas sim quais as implicações do rótulo tendo em vista as condições pessoais de vulnerabilidade de cada um, presentes ao tempo da ação ou omissão. Por isso, tem razão Virgílio de

-
16. Nas suas primeiras lições, Galdino Siqueira (2003) sustentou que o crime seria composto dos seguintes elementos: (i) sujeito ativo ou agente do crime; (ii) sujeito passivo ou ofendido; (iii) objeto do crime; (iv) a ação ou omissão; (v) a imputabilidade, que, em sua percepção, era “o laço moral que permite referir a ação ou omissão ao agente e consistente na vontade inteligente e livre; e (vi) a culpabilidade, falta mais ou menos grave do dever ou da obrigação do agente (dolo ou culpa) (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência).”

Mattos (2006) quando percebeu que perante o direito penal todos devem ser afirmados imputáveis. A única dicotomia possível de se reconhecer é entre uma forma ordinária e formas especiais ou extraordinárias de imputabilidade, cada uma definindo qual a posição jurídica subjetiva e especial de garantia de seu titular perante o poder punitivo.

4.2.4.1. Imputabilidade ordinária

A forma ordinária de imputabilidade é não mais do que o juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que, no caso, atingiu a maioria penal (ou a idade penal de responsabilização plena – no Brasil, 18 anos) e não é afetado por qualquer sofrimento psíquico ou outra condição pessoal de vulnerabilidade ao tempo da ação ou omissão. Como imputável ordinário, faz jus à aplicação dos institutos da teoria do delito, mas sem variações particulares nos elementos de sua definição. O conceito analítico de delito é composto, assim, de uma ação *ordinariamente imputável*, típica, ilícita e culpável.

4.2.4.2. Imputabilidade extraordinária (ou especial)

São imputáveis extraordinários ou especiais todos aqueles titulares de condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão. No caso, como exemplos mais notórios, adolescentes (menores de idade que já atingiram a idade suficiente para serem responsabilizados no sistema de justiça juvenil – no Brasil, pessoas entre 12 e 18 anos de idade) e portadores de sofrimento psíquico. Embora o trabalho não tenha se dedicado ao estudo desses grupos, também podem figurar nesse rol, como propõe Juarez Tavares, os integrantes de povos originários, ou imigrantes pertencentes a outro grupo étnico-cultural envolvidos em casos de delitos culturalmente motivados (TAVARES, 2018).

Embora sejam esses os casos mais conhecidos, o conceito proposto demonstra uma potente capacidade de rendimento ao viabilizar sua aplicação para casos de evidente vulnerabilidade pessoal que, no entanto, não podem ser simplesmente categorizados como de imputabilidade plena, e tampouco seriam subsumíveis com exatidão ao campo da saúde mental para fins de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, segundo os parâmetros dominantes no direito penal: é o caso, por exemplo, do Transtorno do Espectro Autista (TEA – CID 11 – 6A02), grupo de distúrbios do desenvolvimento neurológico de início precoce, caracterizado por comprometimento das habilidades sociais e de comunicação, além de comportamentos estereotipados por uma mutação geneticamente herdada (GRIESI-OLIVEIRA, K., SETIÉ, 2017).

O TEA não foi “doença” ou transtorno mental; por muito tempo, e até hoje, alguma parte da medicina legal insiste no equívoco histórico da aproximação com quadros de esquizofrenia (FRANÇA, 2017, p. 1321). Na verdade, a condição integra o grupo de *Transtornos Globais de Desenvolvimento*. Segundo o DSM-5, Código 299, o autismo possui até três níveis de gravidade: do menos grave ao mais grave, passa-se do “exige apoio” (1), “exige apoio substancial” (2) e “exige muito apoio substancial” (3). A característica básica do TEA, que é o *déficit de sociabilidade*, ou seja, de *reconhecer o que é socialmente aceitável*, coloca o autista em condição pessoal de vulnerabilidade, nos termos aqui propostos, e o habilita a titularizar garantias e direitos perante o poder punitivo que decorrem desta condição. No caso dos autistas, o Brasil possui legislação específica para esse grupo vulnerável: é a Lei 12.764/2012 (Lei Berenice Piana), que, em seu artigo 3º, assegura aos autistas direitos fundamentais (de forma não exaustiva), entre os quais, para os fins deste trabalho, vale destacar: a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer (art. 3º, I); a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração (art. 3º, II); e o rol de direitos relativos ao acesso à saúde (art. 3º, III, alíneas “a”-“e”). Evidentemente, cada caso é único e singular, e apenas o diagnóstico médico poderá delimitar de forma precisa o grau de afetação do TEA em cada indivíduo. Seja como for, pessoas autistas que, até o momento, por sua condição, não encontravam tratamento jurídico-penal adequado à luz da legislação vigente, da doutrina e da jurisprudência hegemônica, hoje, a partir da reconfiguração conceitual aqui proposta, poderão contar, ao menos na teoria do delito, com o reconhecimento e a visibilidade desse transtorno, e com um enquadramento dogmático no mínimo mais sensível e cuidadoso¹⁷.

Crianças (pessoas menores de 12 anos, na legislação brasileira) e portadores de sofrimentos psíquicos gravemente debilitantes ou incapacitantes, que seriam os autênticos casos de inimputabilidade, passam a ser casos de inexistência de ação¹⁸. Isso não significa não se tratar de pessoas ou sujeitos, mas sim que seus feitos no mundo não satisfazem a requisitos mínimos de racionalidade e sentido conforme as representações (elementos comuns a todas as concepções finalistas e pós-finalistas de ação). Por essa razão, essas pessoas não podem ser submetidas

17. Para mais informações a respeito dos direitos das pessoas portadoras do TEA, por todas e todos, ver MOURA, 2019.

18. Como já se defendia, por exemplo, para oligofrenias profundas e moderadas, epilepsia (dependendo da forma) e demências (dependendo da progressão) (BATISTA; ZAFFARONI, et al., 2017, p. 264-273).

ao controle penal (nem a qualquer outro), sendo titulares de direitos e proteção jurídica não apenas específicos, mas ainda mais reforçados.

A imputabilidade extraordinária projeta consequências no plano do injusto, da culpabilidade e da aplicação da sanção penal, implicando no dever de se assegurar não apenas os mesmos direitos e garantias do imputável ordinário, mas em se reconhecer uma posição jurídica subjetiva e especial de garantia, em relação à qual incidem mais direitos e garantias inerentes à condição pessoal de vulnerabilidade do sujeito. Aqui, o conceito analítico de delito é composto de uma ação *extraordinariamente (ou especialmente) imputável*, típica, ilícita e culpável.

4.3. Principais consequências sistemáticas na teoria do delito

4.3.1. Consequências na culpabilidade

4.3.1.1. A "exclusão da exclusão": não existem "inimputáveis", tampouco "semi-imputáveis"

Como afirmado anteriormente, se a imputabilidade é um juízo de atribuição de um fato a um sujeito, a inimputabilidade se confunde com a inexistência de conduta, e a dicotomia "imputáveis/inimputáveis" é abandonada do direito penal. Porém, mais uma consequência é notada: a "semi-imputabilidade" também é dispensada.

A construção histórica da semi-imputabilidade também baseou-se na ideia de imputabilidade como "aptidão", e consistiu em um arranjo jurídico-penal inventado para abarcar "casos difíceis", em que a capacidade de compreensão da ilicitude do fato ou a determinação do sujeito de acordo com essa compreensão eram controvertidos: notadamente, o caso dos "psicopatas", ou portadores de transtorno de personalidade antissocial (TPAS)¹⁹, ou toda e qualquer condição

19. Nesse ponto, convém esclarecer ao leitor a razão pela qual não foram dedicadas maiores linhas à problemática dos psicopatas até o momento. Não se desconhece e tampouco se menosprezam os incontáveis casos chocantes de crimes brutais, trágicas situações para as quais pouca ou nenhuma solução jurídica para além de uma sanção aflitiva é satisfatória (e nem mesmo essa, provavelmente, o será). Porém, duas razões nos motivam para que essa questão não seja muito mais do que uma nota de rodapé alongada. Primeiro, porque diante dos inúmeros debates no campo médico-científico a respeito da possível existência de disfunções neurológicas no cérebro de pessoas categorizadas com tal transtorno (ver, por todos, PEMMENT, 2013, p. 1-4; ABREU, 2021), a solução da possibilidade de redução de pena fundada em diminuição de culpabilidade, associada a um tratamento individualizado do sujeito diante de suas particulares individuais, parece

psíquica de feições incertas que afetasse o sujeito parcialmente ao tempo da ação ou omissão.

Uma vez que a imputabilidade não mais se baseia na aferição de uma “aptidão”, não apenas os casos de “semi-imputabilidade” passam a ser compreendidos como hipóteses de imputabilidade extraordinária, como o rótulo perde sua importância, significando aquilo que parte da doutrina já vinha percebendo: “semi-imputabilidade” nada mais é do que uma culpabilidade diminuída (ou reduzida), cuja redução de pena não é facultativa como sugere o art. 26, parágrafo único, CP, mas obrigatória²⁰. O *quantum* de redução de pena, ou sua substituição, é coerente com o conceito de imputabilidade aqui proposto: o grau de afetação do sujeito pelo sofrimento psíquico, condição de vulnerabilidade pessoal de que é titular, condiciona a redução de pena, que pode ser tão maior ou menor quanto for aquele.

4.3.1.2. Casos de embriaguez e demais transtornos psíquicos transitórios

A embriaguez, na lição de Paulo Busato (2015, p. 565), é “a intoxicação aguda e transitória, causada pelo álcool ou outra substância de efeitos análogos, que

ser adequada para atender, de um lado, à necessidade político-criminal de resposta ao injusto praticado e, de outro, ao respeito a eventuais particularidades individuais e às condições de saúde mental do agente, que não pode ser estigmatizado (inclusive, vale destacar pesquisas empíricas que demonstram a maior tendência a mitigação de pena quando o julgador se vê diante de evidências neurobiológicas a respeito do T.P.A.S – nesse sentido, ASPINWAL; BROWN; TABERY, 2012, p. 846-849). Dessa solução, perfilhada na atualidade por, entre outros, Haroldo Caetano (que afasta a medida de segurança, mantendo a análise de culpabilidade reduzida, como defende em Id., *Loucura e direito penal*: pistas para a extinção dos manicômios judiciais, p. 161-164), discordam Nilo Batista e Raúl Zaffaroni (2017, p. 276), uma vez que relevam o papel que as graves distorções que a psicopatia provoca no campo da atividade afetiva do sujeito justificariam sua inimputabilidade, pois se o psicopata não é capaz de internalizar valores, não seria lícito permitir ao direito penal que lhes exija dele. Segundo, porque mais importante que abordar os contornos dessa condição psíquica – cujos delineamentos não se sabe ainda muito bem – é perceber e criticar os *efeitos estigmatizantes e neutralizantes projetados pelo rótulo*, principalmente através das agências e dos atores do sistema penal. Nesse sentido, fundamental, ver Pacheco, 2011. Destacando o impacto que diagnósticos imprecisos e arbitrários de psicopatia produzem sobre o devido processo legal e à paridade de armas, redundando em condenações injustas (muitas vezes a penas de morte) (WAYLAND; O'BRIEN, 2013, p. 519-588).

20. Como também o reconhece Juarez Tavares (2018, p. 456-457); Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 289) se refere à “capacidade relativa de culpabilidade”.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Para além de “menores” e “loucos”: elementos para um conceito teleológico-funcional redutor de imputabilidade no direito penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 187. ano 30. p. 27-68. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbcrim.v187i187.59].

privam o sujeito da capacidade normal de entendimento”. O autor classifica a embriaguez, primeiro quanto à iniciativa do agente, que pode ser (a) voluntária, quando o agente se embriaga deliberadamente; (b) preordenada, quando o agente se embriaga para cometer um delito; (c) culposa, quando o sujeito excede seu limite de tolerabilidade sem intenção ou (d) fortuita, quando decorrente de caso fortuito ou força maior (BUSATO, 2015, p. 565). Quanto aos graus de afetação dos sentidos, a embriaguez pode ser (a) incompleta, quando implica no relaxamento dos freios inibitórios; (b) completa, produzindo ausência de consciência e vontade livres; e (c) comatosa, provocando a inconsciência, o sono profundo (BUSATO, 2015). O Código Penal apenas exclui culpabilidade na hipótese de embriaguez completa e fortuita (art. 28, § 1º); quando incompleta e fortuita, admite redução de pena (art. 28, § 2º), disposições complementadas pela Lei de Drogas (Lei 11.343/06), nos seus artigos 45 e 46, quando a intoxicação for devida a ingestão de drogas; e quando preordenada, prevê uma agravante (art. 61, II, “I”). A chamada “embriaguez patológica” se relaciona a problemas psíquicos relativos à dependência química ou alcoólica, razão pela qual é equiparada a um transtorno mental (BUSATO, 2015).

Tradicionalmente, o enquadramento sistemático dos problemas jurídico-penais de embriaguez sempre foi remetido à imputabilidade, pois sustentava-se que essa condição afetava a aptidão individual para a compreensão da ilicitude do fato ou a determinação do sujeito segundo essa compreensão. Esse enquadramento é equivocado.

Independentemente do conceito de imputabilidade aqui proposto, uma embriaguez total (completa ou comatosa) e involuntária não é um problema de culpabilidade, mas de ação. É inadmissível reconhecer uma “finalidade”, um “sentido”, um “significado”, uma “orientação segundo um objeto de referência”, ou qualquer concepção de ação pós-finalista a quem age como um instrumento do álcool, ou da substância entorpecente a que foi involuntariamente submetido a consumir, pois a se admitir a existência de ação, então “ação humana” pode ser qualquer coisa. A única concepção de ação que mais facilmente admite a existência de conduta nesse caso é uma concepção puramente mecanicista, causalista de ação, que a reduz a um movimento corporal mecânico voluntário (no caso, o ato de ingerir a bebida, que, meramente preparatório, é irrelevante para o direito penal). Como tal sistemática não é mais admissível, por razões já consagradas em mais de 100 anos de teoria do delito, a opção mais coerente é reconhecer que a embriaguez total e involuntária se remete à conduta, como causa de sua exclusão, similar a um estado de inconsciência.

Já os problemas de embriaguez involuntária parcial; ou embriaguez voluntária, seja total ou parcial, e a controvertida teoria da “*actio libera in causa*” também

não pertencem à imputabilidade. Eles podem ser tratados sem maiores problemas no modesto âmbito da *capacidade psíquica de dolo* (ou de tipicidade)²¹, diante da indiscutível afetação da consciência e vontade que a ingestão de substâncias entorpecentes produz sobre o sujeito. Parece mesmo ser esse o âmbito mais adequado para se tratar a questão, haja vista, por exemplo, que casos de embriaguez na condução de veículos automotores que tanto despertam debates sobre os limites entre o dolo eventual e a culpa (consciente) costumam ser tratados nesse espaço.

Se a imputação de um delito pressupõe que o agente, no momento do fato (dito de outra forma, na sua execução), não esteja acometido de condições que o impeçam de dirigir, consciente e voluntariamente, sua conduta a um resultado, então, a bem da verdade, a voluntariedade da embriaguez, mesmo nos casos de preordenação (como na “*actio libera in causa*”), não importa; o que importa é o grau de afetação biopsíquica da embriaguez no momento do fato, que pode ser total ou parcial. Uma embriaguez total, seja voluntária, seja preordenada, deve ser considerada simplesmente atípica por falta de dolo. Uma embriaguez parcial, por outro lado, pode ensejar, nas circunstâncias, a ocorrência de um erro de tipo psiquicamente condicionado, vencível ou invencível; ou um erro de proibição, igualmente vencível ou invencível.

De toda maneira, remeter os problemas de embriaguez à ação (total e involuntária) e à tipicidade e culpabilidade (parcial, seja voluntária ou não) permite uma investigação mais ampla e individualizada de cada situação particular de embriaguez, potencializando a capacidade redutora da teoria do delito de forma melhor do que a mantendo na culpabilidade, ou na imputabilidade, o que, aqui, já não mais tem cabimento.

4.3.1.3. A “culpabilidade pela vulnerabilidade”

A “culpabilidade pela vulnerabilidade” consiste em um juízo corretivo e integrativo da própria culpabilidade pelo injusto e que se baseia na ideia de que a responsabilidade pelo ilícito penal não pode ser estabelecida em descon sideração à operacionalidade do sistema penal concreto, no qual o sujeito se insere, e que opera de forma seletiva, de acordo com estereótipos, ou fatos aberrantes, ou, se tratando de crimes mais complexos, delinquência econômica e política, entre outros

21. “A capacidade psíquica de delito abrange a capacidade psíquica de ação, a capacidade psíquica de dolo e a capacidade psíquica de culpabilidade” (BATISTA; ZAFFARONI, 2017, p. 239).

casos, segundo disputas de poder. O elemento chave para a aferição e medição de responsabilidade, segundo essa construção, reside na avaliação do “*esforço para a vulnerabilidade*” dispendido pelo sujeito: *quanto menor o esforço para colocar-se vulnerável, menor a responsabilidade; maior o esforço, maior a responsabilidade*²².

Sem pretensão de discutir a “culpabilidade pela vulnerabilidade” e a conveniência na sua adoção perante a teoria do delito como um todo, fato é que a vulnerabilidade de que ela trata é de cariz eminentemente *social*, isto é, são as condições ou estados sociais em que se insere o sujeito e que se relacionam menos ao seu agir individual pelo injusto e mais à operacionalidade seletiva das agências de criminalização.

Por tudo isso, o conceito proposto de imputabilidade é não só compatível com a ideia de “culpabilidade pela vulnerabilidade” (pois se trata de vulnerabilidades distintas, que se referem a aspectos distintos do injusto e do sujeito), como é mais harmônico a ela e, assim, confere maior harmonia sistemática à teoria do delito. Pensemos, por hipótese, em um portador de sofrimento psíquico autor de infração penal: na imputabilidade, será verificada sua condição psíquica e como ela afeta toda a estrutura do delito, condicionando a análise de seus elementos; ao final, na culpabilidade pela vulnerabilidade, a mesma condição de sofrimento psíquico é analisada não mais do ponto de vista pessoal, mas social, e, assim, o desamparo e a exclusão social que afetam boa parte dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil (com mais intensidade, aqueles e aquelas autores de infrações penais), os colocam em elevada posição de vulnerabilidade, para a qual seu esforço será mínimo, ensejando assim possibilidades ainda maiores de responsabilização diferenciada, ou mesmo exculpação.

Em outro exemplo que demonstra o rendimento dessa concepção, dessa vez extraído da própria prática forense infracional, convém destacar o voto do Desembargador Siro Darlan na apelação nº 0014070-88.2015.8.19.0067²³. Se, para imputáveis ordinários (como assim os percebemos), a eficácia mitigadora da culpabilidade pela vulnerabilidade tende a se limitar às ocasiões em que a culpabilidade participa da individualização da pena (art. 59, CP; art. 66, CP) (BATISTA; ZAFFARONI, 2017), no caso em análise, relativo a tráfico de drogas envolvendo adolescentes, Darlan, em que pese ter empregado o léxico dogmático da (antiga

22. Sobre isso, ver FERRAZ, 2016.

23. RODAS, Sérgio. Estado é responsável por jovens aliciados pelo tráfico, defende Siro Darlan em voto. *Revista Consultor Jurídico*, 20 jul. 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-jul-20/estado-responsavel-jovens-trafico-siro-darlan-votos]. Acesso em: 18.05.2020.

e superada) coculpabilidade, atribuiu-lhe *eficácia exculpante*, justificando sua decisão a partir da percepção do elevado grau de violência a que são submetidos menores de idade quando inseridos nas estruturas delitivas organizadas do comércio varejista de drogas. A partir da proposta aqui sustentada, percebe-se mais claramente a teoria e a estrutura de delito implícita na decisão: aos adolescentes em apreço (imputáveis extraordinários) o julgador lhes atribuiu a prática de atos infracionais relativos a tráfico de drogas, aos quais, em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade presentes ao tempo da ação (no caso, a imaturidade inerente à adolescência), foram reconhecidas posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia (que atraem a aplicação da normativa nacional e internacional de proteção a direitos humanos e fundamentais) que se projetaram por todos os estratos analíticos do delito, atingindo de forma diferenciada o elemento da culpabilidade. Dadas as circunstâncias do caso, o grau de impacto na estrutura do delito promovido por essas posições foi o maior possível, ao ponto obstarem a afirmação de existência de culpabilidade – consequentemente, de uma infração penal (ato infracional). Embora Darlan tenha restado vencido por seus pares, seu voto reforça e demonstra a aplicabilidade prática da tese aqui sustentada.

4.3.2. *Consequências no injusto*

No plano do injusto também se levantam questões pontuais que assumem novas feições diante do conceito e da posição sistemática proposta para a imputabilidade. Na verdade, considerando que a imputação do fato no plano típico já antecipa a investigação de certos aspectos subjetivos e cognitivos pessoais relativos ao agente, pois ela, sim, pressupõe certa capacidade intelectual mínima para a compreensão do injusto, a formulação de imputabilidade aqui proposta enriquece tal investigação, que deverá levar em conta as condições de vulnerabilidade de pessoais do sujeito.

A projeção de consequências no plano do injusto é percebida também por Silva Sánchez que, embora desde outros referenciais e premissas, não deixa de considerar a diferença entre a danosidade social ou lesividade social entre feitos praticados por inimputáveis e imputáveis (o autor exemplifica comparando injustos praticados por jovens, de um lado, e adultos, de outro). Postula o autor que não apenas são feitos diferentes em matéria de culpabilidade, como “a própria quantidade de injusto é diversa em um e em outro caso” (SILVA SÁNCHEZ, 2014, p. 2). Ademais, não seriam de todo desconhecidas as advertências de que anomalias psíquicas podem ter relevância normativa em níveis sistemáticos anteriores à culpabilidade, isso quando constituam déficits na imputação do fato como obra do agente (Ibid., p. 4).

Quanto à tipicidade subjetiva, todos os aspectos subjetivos de seus elementos (dolo, culpa, extrafinalidades, aquiescência, por exemplo) deverão levar em consideração as condições de vulnerabilidade pessoais do agente e como elas afetam o seu agir. Não é possível ser exaustivo nesse ponto, pois cada caso apresentará nuances específicas tendo em vista suas peculiaridades individuais: novamente, sem prejuízo algum às formulações e limitações gerais já elaboradas ou em construção.

A título ilustrativo, aponta-se o caso real²⁴ no qual o réu, portador de esquizofrenia paranoide (já tendo sido internado momentos anteriores, inclusive por alcoolemia), convencido de que a casa do seu vizinho, ao lado de onde morava, lhe pertencia, em dado momento, tomado por surto, dirigiu-se à residência da vítima e, desentendendo-se com ela, lhe desferiu lesões em sua cabeça utilizando um pedaço de madeira. A despeito do laudo do Exame de Insanidade Mental ter afirmado expressamente que “seu relato das circunstâncias dos fatos demonstra com clareza sua *interpretação delirante dos fatos* – e suas motivações persecutórias – dirigidas à vítima, de maneira sistematizada e de longa trajetória até sua efetivação” (grifo nosso, fls. 32), o magistrado imputou ao réu a prática de tentativa de homicídio qualificado, submetendo-o a medida de segurança de internação com prazo mínimo de 1 ano. Entretanto, como afirmar a presença de dolo (no caso, de matar) – o qual depende, em qualquer concepção (volitiva ou cognitiva) de uma interpretação minimamente escorreita da realidade – diante da afirmação médico-pericial de que esta sequer existiu?

A concepção tradicional de imputabilidade ignora responder essa questão, afirmando a presença de dolo de forma praticamente objetiva e desprezando uma análise pormenorizada da representação mental do portador de sofrimento psíquico, autorizando – como foi o desfecho do caso apresentado – a consequente imposição de medida de segurança. O conceito aqui proposto, por outro lado, evita tal automatismo, reconhecendo a afetação da tipicidade subjetiva nestes casos. Uma análise mais cuidadosa da representação mental do agente passa a assumir relevância jurídico-penal – em razão de sua posição subjetiva especial de garantia –, influenciando o processo de imputação do fato ao sujeito, que passa a levar em conta sua condição pessoal de vulnerabilidade (no caso, a esquizofrenia paranoide, além de seu trágico contexto social como um todo).

-
24. Processo 0004805-80.2017.8.19.0006, Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. O processo tramitou pela 1ª Vara Criminal de Barra do Piraí e teve apelação desprovida pela 8ª Câmara Criminal daquele Tribunal. Os autos foram consultados livremente através do sistema processual eletrônico, mediante utilização do Certificado Digital de Acesso (Token) de minha titularidade.

No Exame de Insanidade Mental do referido caso, constatou-se mínima compreensão da realidade do evento, que, na representação do réu (embora delirante), se tratou de uma lesão corporal grave (até porque, em seu exame, afirmou o réu que buscaria, posteriormente, obter dinheiro da vítima – fls. 31). Independentemente de se validar ou não essa tese, fato é que esse caso ilustra como a concepção dominante de imputabilidade apresenta graves fragilidades, uma vez que limita a interpretação jurídica da realidade do sofrimento psíquico aos seus efeitos sobre a compreensão da ilicitude do fato, quando, em verdade, a análise da própria representação dos fatos é fundamental para seu diagnóstico e exame médico, os quais não podem ser ignorados ou apreendidos parcialmente pelo saber jurídico-penal sem justificativas consistentes.

Quanto à antijuridicidade e às causas de justificação, a concepção de imputabilidade aqui proposta reorganiza a matéria e permite uma compreensão mais cuidadosa quanto aos casos tradicionais de condutas de inimputáveis abrigadas por excludentes de ilicitude. A doutrina dominante, corretamente, sempre reconheceu que o inimputável podia agir coberto por causas de justificação, já que a análise da imputabilidade era posterior, situando-se na culpabilidade.

O problema é que esse raciocínio equipara situações justificantes inviáveis de equiparação: por exemplo, a legítima defesa de um portador de sofrimento psíquico ou de um adolescente não se iguala a de um maior de dezoito anos, capaz e sem qualquer condição psíquica que lhe afete²⁵. Resolver o problema remetendo peculiaridades subjetivas da reação defensiva à elementos da culpabilidade

-
25. Problemas relevantes podem ocorrer quando da métrica interpretativa utilizada para avaliar o requisito da “moderação” no âmbito de uma legítima defesa, por exemplo. Caso emblemático julgado pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Processo nº 0001549-96.2013.8.24.0082) ilustra o argumento. Dois sobrinhos, um imputável e um semi-imputável, defendem-se das agressões de seu tio; porém, o irmão semi-imputável alonga a ação defensiva imoderadamente, desferindo socos e pontapés sobre a vítima alguns momentos após a cessação da agressão. Parece evidente que o juízo de análise da atualidade da agressão, bem como do emprego dos meios necessários para um exercício moderado da defesa não é o mesmo entre imputáveis e semi-imputáveis ou inimputáveis (pelo fato de os segundos, segundo aqui se defende, portarem condições pessoais de vulnerabilidade), o que demandaria, no mínimo, uma análise mais criteriosa a respeito da possibilidade de se reconhecer um excesso exculpante motivado por medo ou perturbação psíquica por parte do irmão semi-imputável (análise essa que se impõe por deterem posições subjetivas especiais de garantia). Entretanto, o órgão julgador, à unanimidade, ignorou essa diferença fundamental, dando provimento parcial ao recurso defensivo tão somente para limitar temporalmente a medida de segurança de tratamento ambulatorial aplicada em no máximo cinco anos.

(como, por hipótese, afirmar um “excesso escusável” em função da especial condição de desenvolvimento do adolescente) desconsidera que a própria reação defensiva é afetada por condições pessoais de vulnerabilidade, e compreender aquela depende da análise prévia destas.

4.3.3. Consequências na teoria do erro

Optou-se por enquadrar os casos de erro de tipo e de proibição em um mesmo tópico apartado, uma vez que em ambos se mostra presente algum déficit cognitivo que acomete o sujeito e lhe obsta conhecer (ou poder conhecer), seja os elementos objetivos do tipo (erro de tipo), seja da ilicitude do fato (erro de proibição), e as peculiaridades de cada um interessam menos do que seus aspectos comuns. Mais importante do que sustentar aqui a investigação e elaboração diferenciada dos critérios de verificação de cada erro – como já fiz, por exemplo, quanto a adolescentes em erro de proibição, defendendo as possibilidades para erros de proibição culturalmente condicionados (FERRAZ, 2017, 2018) –, uma questão merece atenção: os chamados “erros psicologicamente condicionados” (ou por incapacidade psíquica) (BATISTA; ZAFFARONI, 2010, p. 292-293).

O portador de sofrimento psíquico, a depender de sua condição pessoal, pode supor situações de fato, ou assumir certos fatos como lícitos, e com base nesta apreciação equivocada dos elementos objetivos do tipo ou da ilicitude, agir. Esse caso, porém, consistiria em um erro permanente, já que seu estado pessoal permanentemente o colocaria em erro. Diante disso, a doutrina dominante tende a criar uma diferença entre erros, recortando entre *eventuais* e *permanentes*, argumentando que a permanência da condição mental que obstaculiza a cognição excepciona a teoria do delito, considerando-se que, nesses casos, o injusto seria meramente objetivo, sucedido da aplicação possível de uma medida de segurança diante da periculosidade do autor (SILVA SÁNCHEZ, 2003). A pergunta que deve ser feita é: *qual a relevância desta distinção?* Se o déficit cognitivo existe, não importa se ele é eventual ou permanente, importa é que ele seja grave e sua afetação subtraia do agente qualquer possibilidade de evitá-lo, o que basta para afastar a imputação em obediência ao princípio da culpabilidade.

Assim, a verificação de erros de tipo ou proibição se atém exclusivamente a verificar o falso juízo de representação por parte do sujeito, ou dos elementos objetivos do tipo, ou da ilicitude do fato, e sua permanência é irrelevante, podendo excluir o injusto ou a culpabilidade para imputáveis ordinários e extraordinários – para estes, com ainda maior alcance. Pois, se nas mesmas circunstâncias um imputável ordinário também incidiria em erro, tal juízo hipotético aproveita aos

imputáveis extraordinários, dada sua especial posição jurídica subjetiva de garantia, que os iguala e diferencia, aproveitando todas as excludentes em seu favor.

4.4. *Impactos no sistema de penas e medidas*

Se a imputabilidade, nos termos e fundamentos defendidos, impacta a teoria do delito, e, como decorre da legalidade, não há pena sem delito, o sistema de sanções penais, coerentemente, também é afetado, ao menos em duas frentes: (i) *político-criminal*, desestabilizando a vinculação automática entre infração e pena e propugnando um sistema unitário de sanções; e (ii) *dogmática*, rejeitando o periculosidade e fincando a culpabilidade como limite ao poder punitivo.

4.4.1. *Um direito penal para além da lógica punitiva: a dispensabilidade a priori da sanção*

Sempre que possível, a solução de um dado conflito deve poder prescindir de uma sanção penal aflictiva. Essa singela afirmação nada mais é do que a explanação do conteúdo do conhecido princípio da intervenção mínima, que, ao reconhecer o direito penal como o ramo mais grave do ordenamento (ou particularmente grave)²⁶, confere certa orientação político-criminal redutora ao saber jurídico-penal e que vem sendo incorporada – ainda que muito timidamente – no sistema penal brasileiro, sobretudo via iniciativas de Justiça Restaurativa.

Essa orientação é dogmaticamente incorporada no nível da culpabilidade e do vínculo subjetivo que esse elemento estabelece entre o sujeito, o injusto que praticou (dadas as circunstâncias concretas em que o praticou), e a sanção. Existem propostas nesse sentido, que ou remetem à culpabilidade o papel de averiguar a desnecessidade de pena (TAVARES, 2018), ou, de forma ainda mais ampla, projetam consequências para o processo penal, redesenhando toda a estrutura processual para viabilizar alternativas à pena em sentido forte (TANGERINO, 2014).

Tais propostas, contudo, foram elaboradas no marco do direito penal “comum”, ou, ao menos, pressupondo um sujeito imputável (seguindo o conceito predominante de imputabilidade enquanto capacidade de compreender a ilicitude ou de se determinar conforme aquela compreensão). Em relação a ele, todo o percurso do injusto e da culpabilidade teve de ser percorrido, para que, ao final, se verificasse a dispensabilidade da pena.

26. Debate abordado por Luís Greco (2017).

Considerando os termos propostos para a imputabilidade, defende-se que em relação ao imputável ordinário vigora uma dispensabilidade *a posteriori* da punição, que depende da análise de cada estrato analítico do delito para que apenas ao final sejam verificados desdobramentos e soluções alternativas ao conflito. O mesmo não ocorre com imputáveis extraordinários.

Se a imputabilidade define uma posição jurídica especial de garantia segundo as condições pessoais de vulnerabilidade do sujeito ao tempo da ação ou omissão, essa posição afeta, desde logo, a imputação e a sanção. No direito penal juvenil, observa-se uma dispensabilidade *a priori* da punição, não apenas pela possibilidade de remissão logo no início do procedimento infracional (arts. 126 e seguintes, ECA), mas também pela orientação explícita adotada no art. 35, II, da Lei 12.594/2012, firmando a excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição dos conflitos. Se estas orientações valem para adolescentes, é perfeitamente possível seu aproveitamento para portadores de sofrimento psíquico.

Dessa maneira, a concepção de imputabilidade proposta amplia, diversifica e reforça o sistema de filtros composto pela teoria do delito e da aplicação da pena, pois reconhece como premissa que os fatos praticados por imputáveis extraordinários devem desde já ser subtraídos do sistema penal ou do sistema de justiça juvenil, se possível e antes de qualquer investigação do seu enquadramento como infração penal. A condição de vulnerabilidade que esses sujeitos ostentam os torna vulneráveis também (e principalmente) perante as agências do sistema penal, e não podem ser submetidos à violência inerente a elas, apenas em último caso.

É possível se indagar por que a pena não seria dispensável *a priori* também para imputáveis ordinários. Na verdade, essa classificação não pretendeu afirmar um dado recorte punitivo, mas meramente reconhecê-lo. Nada obsta que também para imputáveis ordinários, ou mesmo independentemente de qualquer teoria do delito, possa vir a ser a pena sempre dispensável *a priori*; infelizmente, ela não o é ainda. As razões para isso não diferem das justificativas atribuídas ao poder de punir, e, por isso, são dispensáveis; basta reconhecer que elas existem e que se situam fora do direito penal. Contudo, para imputáveis extraordinários, os vetores de proteção a direitos humanos, seja no plano do direito internacional, como no direito interno, admitem, viabilizam e fomentam esta dispensabilidade. Assim, ao menos para os fins aqui desenhados para a imputabilidade, é suficiente constatar que a operacionalidade da sanção difere: quanto a imputáveis ordinários, ela tende a ser dispensável apenas *a posteriori*, esgotada a análise do injusto e da culpabilidade; a imputáveis extraordinários, reconhece-se sua dispensabilidade *a priori*, e, portanto, a imputação do delito e a aplicação da sanção

tornam-se exclusivamente ferramentas de limitação ao poder punitivo diante de um conflito que não foi possível ser solucionado de outro modo.

4.4.2. *Adeus à periculosidade (e ela já vai tarde): por um direito penal do fato e da culpabilidade*

Não há mais lugar na teoria do delito para a periculosidade – e nunca houve, de fato. A brecha pela qual viabilizou-se sua manutenção na contemporaneidade foi através do sistema vicariante, cuja porteira se localiza, precisamente, na concepção dominante de imputabilidade: aos “aptos” de culpabilidade, a imputação do injusto segundo a teoria do delito e a fixação de uma pena determinada, tudo devendo-se observância à legalidade; aos “inaptos”, sua incapacidade de compreensão da ilicitude do fato, ou a autodeterminação segundo aquela compreensão termina por lhes suprimir a própria capacidade de ser sujeito, tornando-os fontes de riscos e perigos, e, contra estas, não cabem penas, mas medidas, moldáveis segundo a aptidão para a reiteração delitiva, juízo de muito duvidosa legitimidade e cientificidade, para dizer o mínimo (WEIGERT, 2015).

O conceito de imputabilidade proposto fecha em definitivo essa porteira. A imputabilidade passa a se inserir no marco da legalidade, lesividade e culpabilidade, e, assim, não opera habilitando poder punitivo desmedido ou paralelo, mas sim, reforçando os limites a ele, definindo posições jurídicas especiais de garantia segundo as condições pessoais de vulnerabilidade do sujeito.

4.4.3. *Pelo fim das “medidas” e rumo a um sistema unitário de sanções*

Hassemer (2005) teve razão ao perceber que a oposição entre penas e medidas, e culpabilidade e periculosidade, era irrelevante diante da missão maior do direito penal, qual seja, a proteção do sujeito contra intervenções desproporcionais a seus direitos.

O conceito de imputabilidade proposto baseia-se na premissa político-criminal afirmada pelo autor alemão, mas a amplia consideravelmente, uma vez que o fim da dicotomia entre imputáveis e inimputáveis e o afastamento definitivo da periculosidade do direito penal convergem a um modelo punitivo unitário, isto é, um sistema monista de sanções, no qual o que existem são penas, independente do que digam (ou escondam) o legislador ou o juiz. Entretanto, a posição jurídica especial de garantia, própria de imputáveis extraordinários em razão de sua condição pessoal de vulnerabilidade, projeta consequências para uma modelagem própria deste sistema relativamente a esses sujeitos, que aqui será abordada em suas características essenciais.

Primeiramente, *a sanção de um imputável extraordinário não pode ser pior e sequer igual a de um imputável ordinário*, pois em sendo igual, já despreza o imperativo de igualdade material e acaba por desconsiderar as condições de vulnerabilidade do sujeito que demandam tratamento diferenciado. A Lei 12.594/2012 trouxe um importante subsídio normativo nesse sentido quando estabelece no art. 35, I, que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto. Sendo adolescentes e portadores de sofrimento psíquico integrantes da mesma classe de imputáveis, o que vale para os primeiros não só pode como deve ser incorporado para os segundos.

Em segundo lugar, dado que a condição pessoal de vulnerabilidade que acomete imputáveis especiais norteia e desenha a sanção a partir de um projeto político-criminal de inclusão social e reinserção – como, no caso dos adolescentes, é definido no art. 1º, § 2º, da Lei 12.594/2012 – *a sanção não pode ser definida segundo razões retributivistas e, assim, prazos mínimos* (como se percebe nas atuais disposições do Código relativas às medidas de segurança, ou na medida socioeducativa de liberdade assistida – art. 118, § 2º, ECA) *são incompatíveis*. A responsabilidade pela infração penal, aferida concretamente e individualmente, estabelece um limite máximo de intervenção segundo a culpabilidade do agente. Fixada a máxima resposta cabível, o procedimento aplicativo da sanção ou a mantém como teto, ou a reduz, ou a dispensa – solução já esboçada para adolescentes autores de atos infracionais (FERRAZ, 2017, 2018) e que pode ser aproveitada para portadores de sofrimento psíquico. Quanto a esses, em particular, como não há uma sistemática própria tal qual o ECA estabelece, a tese de Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli, bem como de Rodrigo Roig, ganha especial relevância: lecionam os autores que os portadores de sofrimento psíquico deverão ter a pena calculada segundo a dosimetria em concreto, mas firmando como teto máximo de intervenção o mínimo que um imputável ordinário estaria sujeito (BEM; MARTINELLI, 2016; ROIG, 2018), admitindo-se, dessa maneira, apenas a manutenção, redução ou dispensa da sanção em tese cabível.

Definidas essas balizas elementares, pouco importa o “*nomen iuris*” a ser dado às sanções, se penas ou medidas: ambas estarão sujeitas aos limites impostos pela legalidade, lesividade, culpabilidade, intervenção mínima e deverão incorporar vetores protetivos próprios da condição de vulnerabilidade pessoal do sujeito definidos pelo juízo de imputabilidade.

5. CONCLUSÃO

A despeito do maior grau de proteção jurídica a que são titulares adolescentes e portadores de sofrimento psíquico, não é novidade alguma os déficits em

direitos a que essas populações são submetidas. Seus regimes de processamento e clausura encarnam formas graves de ineficácia constitucional e convencional, devidas, em preocupante medida, a uma prática defeituosa, informada, no fundo, por uma compreensão rasa e inútil de imputabilidade, que é incapaz de instrumentalizar, no plano dogmático, os direitos e garantias fundamentais de que essas pessoas são titulares.

Retomando o título do trabalho: para além de “menores e loucos”, pessoas integrantes de grupos vulneráveis, nos termos aqui defendidos, devem ser subtraídas do sistema penal o máximo possível, o que não significa que o direito penal, enquanto saber jurídico, não deva delas se ocupar. A teoria do delito é uma ferramenta democrática de defesa contra todo poder punitivo irracional, ilegal, inconstitucional e inconveniente; portanto, a possibilidade de seu uso é de direito de todos. Por essas razões, o juízo de imputabilidade, em formato teleológico-funcional redutor, deve ser mantido, porém, reformulado nos termos seguintes:

(a) A imputabilidade é o juízo de atribuição de um fato a um sujeito, que lhe define posições jurídicas subjetivas e especiais de garantia em função de suas condições pessoais de vulnerabilidade, presentes ao tempo da ação ou omissão.

(b) Deve ser abandonada a dicotomia entre imputáveis e inimputáveis (e mesmo semi-imputáveis): a imputabilidade pode ser ordinária ou extraordinária (especial), segundo a condição de vulnerabilidade pessoal do sujeito ao tempo da ação ou omissão, sobre a qual incidem vetores normativos de proteção que colocam o sujeito em posição jurídica subjetiva e especial de garantia. Casos de semi-imputabilidade são, como já atesta a doutrina, hipóteses de culpabilidade diminuída.

(c) As hipóteses de embriaguez são removidas de seu âmbito e inseridas ou na ação ou na tipicidade.

(d) A partir do conceito proposto, projetam-se consequências não apenas sobre toda a teoria do delito, mas também ao sistema de penas e medidas, reorientando e reforçando os limites jurídico-penais ao poder punitivo em benefício não só a adolescentes ou portadores de sofrimento psíquico, mas a todos aqueles que, ao tempo da ação ou omissão, estavam em condição pessoal de vulnerabilidade.

(e) Nesse sentido, um importante rendimento dessa proposta de reformulação é projetado, por exemplo, para portadores do Transtorno do Espectro Autista (TEA), os quais, na condição de titulares de um transtorno global de desenvolvimento (e não sofrimento psíquico), apresentam déficits de sociabilidade que não são adequadamente compreendidos pela dogmática tradicional. Segundo o conceito proposto, autistas são imputáveis extraordinários que, a depender de suas concretas condições de vulnerabilidade, serão detentores de posições jurídicas

subjetivas e especiais de garantia que se projetam ao longo de todo o conceito analítico de delito.

6. REFERÊNCIAS

- ABREU, Michele O. *Da imputabilidade do psicopata*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ASPINWALL, Lisa G.; BROWN, Teneille R.; TABERY, James. The double-edged sword: does biomechanism increase or decrease judges' sentencing of psychopaths? *Science*, v. 337, 2012.
- BARBOSA, Luciana. *Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei nº 10.216/2001*. Ministério Público Federal – MPF/Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Brasília: MPF/PFDC, 2011.
- BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BASAGLIA, Franco. *La condena de ser loco y pobre: alternativas al manicomio*. Buenos Aires: Topia Editorial, 2008.
- BASAGLIA, Franco. La institución de la violencia. In: BASAGLIA, Franco. *La institución negada: informe de un hospital psiquiátrico*. 2. ed. Trad. Jaime Pomar. Barcelona: Barral Editores, 1972.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro II*, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro II*, II. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições fundamentais de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. A lei de reforma psiquiátrica: uma promessa ainda distante da realidade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, n. 97, abr.-maio 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 48, p. 55-90, 2013.

- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 17, n. 19/20, 1º e 2º semestres de 2012.
- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Direito penal brasileiro II*, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- CARVALHO, Salo de. “Mentes perigosas na academia”: sobre plágios, responsabilidades, diagnósticos e estigmas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 245, p. 5-7, abr. 2013.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- COOPER, David. *Psiquiatria y antipsiquiatria*. Trad. de Jorge Piatigorski. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1985.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2018.
- COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- CRIVELLI, Anibal Ezequiel. *Derecho Penal Juvenil: un estudio sobre la transformación de los sistemas de Justicia penal juvenil*. Montevideu/Buenos Aires: B de F Editorial, 2014.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Madrid, n. 15, 2011.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *A culpabilidade no direito penal juvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 41-73., maio-jun. 2016.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Entre punição e proteção: por um novo modelo de responsabilização penal juvenil de adolescentes autores de atos infracionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 643, jul. 2018.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Inimputáveis: menoridade e sofrimento psíquico no Direito Penal Brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Reimpressão. Montevideu/Buenos Aires: Ed. B. de F., 2002.
- FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, participation. Discussion Paper, FS198-108, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 1998. Disponível em: [https://nbn-resolving.org/urn:nbn:denamed168-ssor-126247]. Acesso em: 14.04.2020.
- FREITAS FILHO, José Vidal de. *Programa de cuidado integral do paciente psiquiátrico*. Disponível em: [www.editorajc.com.br/programa-de-cuidado-integral-do-paciente-psiquiatrico]. Acesso em: 19.10.2020.
- GONZALO, Quintero Olivares; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- GRECO, Luís. Comentário ao estudo de Schünemann, “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal”. *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- GRECO, Luís. Dogmática e ciência do direito penal. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. Trad. e org. Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- GRIESI-OLIVEIRA, K., SETIÉ, A. L. *Transtornos do espectro autista: um guia atualizado para acompanhamento genético*. São Paulo: Einstein, 2017.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. *Revista de Derecho*, Valparaíso, v. XX, n. 2, p. 195-217, dez. 2007.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Montevideu/Buenos Aires: B de F Editorial, 2011.
- LAING, Ronald. *L’io diviso: Studio di psichiatria esistenziale*. Trad. David Mezzacapa. Turim: Giulio Einaudi Editore, 2010.
- MAGNO, Patrícia F. Carlos. E assim morre o exame de cessação de periculosidade. In: *XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, 2017, Florianópolis*. Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria Pública: em defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade, p. 431-443, 2017.

- MAGNO, Patrícia. F. Carlos; BOITEUX, Luciana. Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela Defensoria Pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (RBPP)*, v. 8, p. 574-604, 2018.
- MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria*. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MÉNDEZ, Emilio García. Evolución historica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: [www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/book_just_adol_ato_infrac1.pdf].
- MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina*. Trad. Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora Hucitec, Instituto Ayrton Senna, 1998.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio – parte general*. Trad. Conrado A. Finzi. Revisado por Ernesto R. Gavier e Ricardo C. Nuñez. Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- MOURA, Fabíola Borges de. *A efetivação dos direitos das pessoas com autismo*. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- NIEKIFORUK, Mahyra; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Justiça restaurativa em Santa Catarina: a experiência joinvillense na implementação do projeto piloto de justiça restaurativa junto à Vara da Infância e Juventude. *Revista Jurídica Da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 1, n. 1, p. 55-67, 2010.
- OLIVEIRA, Gustavo Carvalho de; MECLER, Kátia; CHALUB, Miguel; VALENÇA, Alexandre Martins. O exame de Verificação de Cessaçao de Periculosidade: a importância da avaliação ampliada em um caso com conclusão contrária ao parecer da equipe assistente. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 19, n. 2, jun., p. 324-327, 2016.

- ORSINI, Adrian Goulart de Sena; SILVA, Lucas Jerônimo Ribeiro da. Por uma política pública de acesso à justiça juvenil restaurativa: para além do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 35, p. 271-288, vol. esp. dez. 2016.
- PACHECO, Pedro José. *Pesquisas do cérebro e psicopatias: a potencialidade do criminoso justificada por saberes científicos*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.
- PALLAMOLLA, Rafaella Pallamolla. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PEMMENT, Jack. The neurobiology of antisocial personality disorder: The quest for rehabilitation and treatment. *Aggression and Violent Behavior*, v. 18, p. 79-82, fev. 2013.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11ª ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
- RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. Os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os horizontes possíveis a partir da Justiça Restaurativa: influxos abolicionistas em tempos de expansão punitiva a partir da extensão acadêmica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 01, p. 642-686, 2021.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf]. Acesso em: 14.04.2020.
- SILVA, Carlos Frederico Braga da. Decifra-me ou te devoro! A prevalência da racionalidade penal moderna entre os sistemas de ideias na Justiça Juvenil. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Maíra Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Org.). *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Normas y acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: J.R. dos Santos, 1921. v. I (Obra consultada: Ed. fac. Sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003).

- SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 129, p. 257-284, mar. 2017.
- SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio. *Entre leis, práticas e discursos: justiça juvenil e recrudescimento penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.
- SZASZ, Thomas. *The manufacture of madness: a comparative study of the inquisition and the mental health movement*. Nova Iorque: Harper & Row, 1970.
- SZASZ, Thomas. *The Myth of Mental Illness: foundations of a theory of personal conduct*. Nova Iorque: Harper & Row, 1974.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, Juan. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TELLES, Elaine de Borba; FOLINO, Jorge Oscar; TABORDA, José Geraldo; DAY, Vivian Peres. Reliability of the Brazilian version of HCR-20: Assessing Risk for Violence. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 31, n. 3, 2009.
- TELLES, Elaine de Borba; FOLINO, Jorge Oscar; TABORDA, José Geraldo Vernet. Accuracy of the Historical, Clinical and Risk Management Scales (HCR 20) in predicting violence and other offenses in forensic psychiatric patients in Brazil. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 35, 2012.
- THOMPSON, Simon. *The Political Theory of Recognition: A Critical Introduction*. Cambridge, Malden: Polity Press, 2006.
- VARGAS PINTO, Tatiana. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 34, n. 1, 2010.
- WAYLAND, Kathleen; O'BRIEN, Sean D. Deconstructing antisocial personality disorder and psychopathy: a guidelines-based approach to prejudicial psychiatric labels. *Hofstra Law Review*, v. 42, n. 2, 2013.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- YAMADA, Lia Toyoko. *O horror e o grotesco na psicologia: a avaliação da psicopatia através da Escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklikst Revised)*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes, de Karina Sposato – *Ciências Penais* 15/485-486;
- O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo, de João Batista Costa Saraiva – *RBCCrim* 47/123-145 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/745-756;
- Panorama da idade penal na legislação brasileira (da colonização até o Código Penal de 1969), de Claudia Cristina Barrilari – *RBCCrim* 91/467-486 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1; e
- Redução da imputabilidade penal – ineficácia social e impossibilidade constitucional, de Adriana Alves Loche Antonio José Maffezoli Leite – *RBCCrim* 37/253-260.