

IMPUTABILIDADE E LOUCURA: UMA ATUAÇÃO CONJUNTA DO JUIZ E DO PSQUIATRA FORENSE NA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E NA APLICAÇÃO DAS PENAS.

Eugênio Eduardo Esposte Sant'Anna MARRACHINE
E-mail: eugeniomarrachine99@gmail.com

Gabriel Permaganani Alves AFONÇO
E-mail: gabrielpermagnani@gmail.com

Isadora Maria de Pontes OLIVEIRA
E-mail: isadoramaria_p.o@hotmail.com

RESUMO: Pretende a presente pesquisa acadêmica apontar a necessidade de atuação conjunta do juiz e do psiquiatra forense na análise das circunstâncias judiciais tipificadas no artigo 59 do Código Penal, notadamente a conduta social e a personalidade do agente. Consubstancia-se tal posicionamento ao fato de que a formação acadêmica e profissional do juiz, devidamente investido em seu cargo, não lhe possibilita uma análise técnica das características psicológicas do agente, inclusive quanto a existência de psicopatologias que não afastam sua imputabilidade e só poderão ser reconhecidas por um profissional médico específico.

PALAVRAS-CHAVE: Circunstâncias Judiciais, Juiz, Psiquiatra Forense

ABSTRACT: This research will show the need for work between the psychiatrist and the judge, in the dosage of the sentence analyzing the social conduct and personality of the agent, following a determination of the penal code in its article 59. Our understanding is that a judge trained in law, has no ability to evaluate a person's psychology. As provided by Brazilian law, It is also not possible to assess the existence of diseases that exclude the agent's blame.

KEYWORDS: Psychiatrist, social conduct, personality of the agent and Judge.

INTRODUÇÃO:

Para alguns doutrinadores do Direito Penal, a matéria versada pelo direito criminal, é de cunho científico, no qual se faz mister um conhecimento técnico adequado para o manuseio prático dos operadores do direito.

Neste prisma, segundo o Dicionário Aurélio, se entende por cientista quem cultiva alguma ciência, ou dela é especialista (FERREIRA, p. 164). Partindo deste raciocínio, esta pesquisa pretende demonstrar que os magistrados, no momento da dosagem da pena, não possuem capacidade técnica suficiente – perícia que se liga diretamente ao médico psiquiatra –, para avaliar os elementos da conduta social e personalidade do agente, circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.

Tal incapacidade será demonstrada através do discorrer desta pesquisa, a qual serão expostas as constantes variações mentais e a possível presença de doenças psiquiátricas que podem acometer o indivíduo que vem a praticar um delito, além dos apontamentos médicos necessários a fim de diagnosticar tais distúrbios. Consoante tais apontamentos, será elucidado ainda a necessidade da participação médica conjunta a atuação do magistrado no momento de dosagem da pena, a fim de promover a real aferição dos atributos pertinentes ao agente criminoso.

No tocante as psicopatologias, a alta variedade de mazelas que se distribuem por entre o globo no século atual gera aos aplicadores do direito, o presente questionamento: quais transtornos psicológicos devem ser considerados no momento de definir a imputabilidade do agente criminoso? Até que ponto os males do dia-a-dia, como por exemplo os transtornos de personalidade podem alavancar quando o agente comete determinado delito? Consubstancialmente ao acima exposto, as penas ora previstas na Legislação Penal vigente são condizentes com a mazela que possui o agente? Nesse sentido, o dever inerente ao Estado da pretensão punitiva está em consonância com a proteção à saúde, constitucionalmente prevista?

Tendo em vista que, para a comprovação que determinado indivíduo possui sua personalidade caracterizada como agressiva, rude, psicopata ou dotada de algum transtorno psiquiátrico, há a necessidade de um conjunto de procedimentos médicos, mister a nós apresentar a complexidade e a série de métodos e etapas que um profissional da medicina investido na área psiquiátrica deve passar para que chegue a tal veredito, corroborando assim a incompetência do juiz na análise destas circunstâncias.

1. FATORES HISTÓRICOS

Segundo Michel Foucault, a história da loucura passa por diversas posições da sociedade em como olhar o homem “desarrazado”, de modo que, a perspectiva de tratamento de tratamento da enfermidade fora adotada apenas no último século, superadas os diversos métodos desumanos outrora adotados.

Em linhas gerais, a história da loucura passa pela exclusão, caminhando lentamente pelos primeiros movimentos manicomiais ainda como forma de “higienização social” até a modernidade e as formas de diagnóstico e tratamento clínico que, segundo o autor, serão caracterizadas pelas diversas de entender e lidar com a enfermidade, em consonância com a época.

O renascimento assiste ao desaparecimento da experiência trágica da loucura, o que permite que a consciência crítica, ao apagá-la da memória, coloque em seu lugar uma estrutura de exclusão. A Idade Clássica dos séculos XVII e XVIII procede à internação dos loucos, consciência prática que se apoia sobre uma consciência crítica (o louco é apreendido como o outro) e sobre uma consciência analítica (estabelecida pela divisão radical entre os loucos e os seres arrazados). A Modernidade (séculos XIX e XX atribui à consciência analítica a tarefa de apresentar a verdade total da loucura, esquecendo a divisão acima referida. (MUCHAIL *et. al.* 2013, p. 16.)

1.1 RELIGIÃO, LOUCURA E SEGREGAÇÃO.

Desde os primórdios humanos o indivíduo classificado como louco ou fora das faculdades mentais condizentes com a época, fora colocado à margem da sociedade. Tal exclusão se dá, em primeiro momento, por razões alheias ao entendimento de que o indivíduo era acometido de determinada patologia

psicológica. Isso porque, na concepção social e, sobretudo religiosa da época, entendia-se que tudo se configurava pela dicotomia *bem e mal*. Logo, o ser humano plenamente capaz de suas atividades cotidianas, que cultuava sua religião e enquadrava-se nos padrões pseudosociais da época estava aos moldes da existência de um Deus que é bom. Por outro lado, a maldade era vista na presença daqueles que, a vista social, diferenciavam dos outros, ou seja, os loucos. Assim, a fuga da realidade, a produção de pensamentos simbólicos e irracionais e o fato de se dizer ouvindo vozes era característica daquele indivíduo possuído pelo demônio e não, acometido de uma psicopatologia.

Em sua obra intitulada “A história da Loucura”, Michel Foucault compara a exclusão dos leprosos, na França durante a Idade Média a segregação do que o próprio autor figura como “cabeças alienadas”. Segundo ele, a proliferação da doença era motivo de afastamento social dos enfermos, motivada pela assertiva da vontade divina. Superada a lepra, o autor é contundente em apontar que a segregação se manteve, como forma de “tratamento” para diversos entes sociais, em especial os enfermos mentais.

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e “cabeças alienadas” assumirão o papel pelo abandonado lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem. (FOUCAULT, p. 11, 1978)

Continua o autor:

De fato, a verdadeira herança da lepra não é aí que deve ser buscada, mas sim num fenômeno bastante complexo do qual a medicina demorará para se apropriar. Esse fenômeno é a loucura. [...] Antes de a loucura ser dominada, por volta da metade do século XVII, antes que se ressuscitem, em seu favor, velhos ritos, ela tinha estado ligada, obstinadamente, a todas as experiências maiores da Renascença. [...] Um objeto novo acaba de fazer seu aparecimento na paisagem imaginária da Renascença; e nela, logo ocupará lugar privilegiado: é a Nau dos Loucos [...] é para o outro mundo que parte o louco, em sua barca louca; [...] (FOUCAULT, p. 13 e 16, 1978)

Face a segregação apontada pelo autor e a associação à divindade, válido descrever a origem etimológica da palavra epilepsia que, mesmo após a

sua classificação como patologia mental, traz na sua gênese o contraponto social outrora apontado. Segundo o Neurologista e autor Marco Aurélio Smith Filgueiras:

Epilepsia (epi=de cima e lesem=abater) palavra originada do grego que significa “algo que vem de cima e abate as pessoas”. “Um distúrbio elétrico originado no cérebro que provoca crises epiléticas”. Na própria etimologia, a epilepsia foi premiada com um caráter místico, misterioso, religioso e mágico. Para atingir o preconceito que, aliás, sempre ostentou, bastaria um passo. E assim aconteceu, a superstição, a credence, as idéias infundadas passaram a ser os maiores inimigos do epilético. (FILGUEIRAS, 2007).

Os avanços científicos, projetados durante a Idade Clássica, aqui datados a partir do século XVII, objetivaram um estudo aprofundado da psicanálise do indivíduo que, não mais receptáculo de possessão, passou a ser tratado – ou quase – como ser humano enfermo. Segundo Patrice Vermeren, “Quer se tratasse de embriologia, de sistemática ou fisiologia, o século XVIII fez do monstro não somente um objeto, mais um instrumento da Ciência” (MUCHAIL *apud*. CANGUILHEM, 2013, p. 15).

1.2 MANICÔMIOS E A EVOLUÇÃO NO TRATAMENTO DA LOUCURA

Os primeiros locais para agrupar esse grupo social surgem na Europa por volta do século XV. Já o termo manicômio surge no mundo em meados dos séculos XVIII e XIX, apontando-o como local de direcionamento e tratamento dos enfermos mentais. Nada obstante, em que pese a atribuição apontada, a historiografia da loucura encontra nesses locais grandes centros de destinação de loucos, criminosos, homossexuais e demais personagens marginalizados socialmente. O método passa então a ser a tortura e o tratamento desumano do louco e daqueles que são direcionados aos manicômios, desvirtuando-se o objetivo para qual um dia fora idealizado.

No Brasil, as deflagrações não foram diferentes das posições europeias. Em 1852 na cidade maravilhosa funda-se o Hospício Dom Pedro II. Cinquenta anos mais tarde cria-se o grande expoente do tratamento desumano no Brasil: o Hospital Colônia de Barbacena. Local de descarte da vida humana, o hospital de

16 (dezesesseis) pavilhões abrigou milhares de vidas que, segundo a perspectiva da época, “sujavam as ruas”. “Epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava [...]” (ARBEX, 2013, p. 14), sujeitos às altas descargas de energia e a lobotomia, os pacientes estavam à mercê do frio e da fome, abrigando-se uns aos outros com calor dos corpos e muitas vezes tendo como alimento o próprio excreto. A denúncia feita por Daniela Arbex, em sua obra intitulada “O holocausto Brasileiro” expõe a supressão de 60 mil vidas, enfermos mentais e plenamente capazes, sujeitos a política de limpeza.

Grande expoente no tratamento da loucura, sobretudo na visão organicionista da patologia, Philippe Pinel expõe ao mundo a necessidade de tratamento do enfermo mental. Segundo ele, a psicopatologia que acomete o indivíduo necessita de verdadeiro tratamento médico, de modo a ser diagnosticado a doença presente no paciente, bem como a magnitude e a forma como esta influência na capacidade cognitiva do indivíduo. Discute-se a partir daí até que ponto o louco, em outros tempos tratados como endemoniado, animal ou essencialmente criminoso, possui capacidade de compreensão de suas atitudes e capacidade cognitiva para o entendimento. Movido pelos ideais Iluministas do século XVIII, a perspectiva volta-se ao homem como objeto de estudos.

2. IMPUTABILIDADE E SEMI – IMPUTABILIDADE:

A proposta da presente pesquisa tem com enfoque a análise da pena por um magistrado e seus eventuais vícios por inaptidão em questões clínicas, todavia é mister uma breve consideração a respeito da culpabilidade e seus desdobramentos. Acerca da imputabilidade, segundo Greco:

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

entendimento ético-jurídico. Conforme *Bettiol* é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal. (GRECO, apud BRODT, 2017, p. 46).

Conceitua-se a culpabilidade ou imputabilidade como o juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. Desta maneira com este livre arbítrio e a consciência da ilicitude do fato cometido o infrator está apto a ser punido pelo Estado com sua respectiva pena compatível com o delito cometido.

Já os semi-imputáveis, segundo o parágrafo único do CP a pena poderá ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto, não era inteiramente de entender o caráter ilícito do fato.

Já a semi-imputabilidade é a perda parcial da compreensão da conduta ilícita e da capacidade de auto-determinação ou discernimento sobre os atos ilícitos praticados, compreende a redução da imputabilidade. Tem como implicação a atenuação da pena conforme elenca o artigo 26, parágrafo único, do Código Penal [...] (BAIA, 2018)

3. ATUAÇÃO DO PSQUIATRA FORENSE

A psiquiatria forense corresponde à interface entre psiquiatria e direito e respeita a todas as situações que podem levantar dúvidas sobre as capacidades de uma pessoa: capacidade de conhecer e avaliar a natureza e as consequências de um comportamento, permitindo decidir sobre a responsabilidade penal (imputáveis e semi-imputáveis).

Paulo Zacchia (1584-1659) é tido como pai dos peritos, médico dos tribunais eclesiásticos da Sacra Rota Romana, escreveu a obra *Quaestionum medico-legalium*, a primeira grande e completa obra de medicina legal de várias áreas da medicina e entre elas aquela que futuramente seria denominada psiquiatria forense. Antes dele não havia um

campo específico no qual a psiquiatria fosse abordada, apesar de a loucura ser mencionada em muitos artigos desde o direito romano.

A psiquiatria forense se manteve atrelada à medicina legal por mais de duzentos anos. Conforme a psiquiatria crescia como ciência, a psiquiatria forense passou a tomar forma e desenvolver sua própria doutrina. Cada vez mais temas como capacidade civil, imputabilidade criminal e insanidade mental passaram a ser debatidos nos foros judiciais.

O primeiro livro de psiquiatria forense no Brasil é de Francisco Franco Rocha, chamado *Esboço de psiquiatria forense* (1904). Foi o primeiro a abordar “psiquiatria forense” como título, uma vez que usava-se o termo “medicina legal dos alienados” para as questões psiquiátrico-forenses. Já o primeiro tratado da área surgiu mais tardiamente com o autor Guido Arturo Palomba que escreveu o *Tratado de psiquiatria forense civil e penal* (2003), trazendo a história universal da psiquiatria forense; noções gerais de psiquiatria forense, perito e peritagem e os distúrbios mentais, suas manifestações clínicas e implicações criminais e civis.

Entretanto, existe uma diferença intransponível entre o Psiquiatra Forense e o Psiquiatra Clínico. O psiquiatra forense deve ser especializado em dar diagnósticos precisos, em saber a causa do mal do periciando, dominar a psicopatologia e ser capaz de articular a o discurso médico com o discurso jurídico. É fundamental para este profissional a psicopatologia, o diagnóstico, a etiologia e o prognóstico, sendo este último, de acordo com Dicionário Ilustrado da saúde “Predição sobre a marcha da doença, sua duração e seu fim. Indica qual a chance de tratamento do paciente para uma determinada doença”. (SILVA, 2017. Pg. 890). Possuindo esses conhecimentos, terá diante de si o que é, por que é e como será a doença, dando segurança técnica para ampliar a parte médica às causas jurídicas. Já o psiquiatra clínico, por sua vez, visa o tratamento, saber o quadro clínico, controlá-lo ou curá-lo. Não cabendo sua atuação adjunta ao âmbito jurídico.

3.1 ANÁLISE DO PERITO MÉDICO PSIQUIÁTRA

Por tratar-se de uma perícia específica, o exame pericial psiquiátrico tem por base e fundamento o exame psiquiátrico clínico. A utilização dos domínios da técnica de entrevista, do conhecimento da psicopatologia e da capacidade de diagnosticar são notórias, deixando evidente apenas um aspecto fundamental que distingue ambas avaliações: a finalidade da avaliação. Dessa forma, o exame psiquiátrico forense consiste, em essência, em:

Uma avaliação médica acurada e no registo fiel do que foi observado, bem como a formulação de comentário médico-legais, nos quais se buscará relacionar os achados clínicos à legislação vigente, e na resposta aos quesitos formulados pelo juiz e pelas partes. (CHALUB, 2015)

É essencial que o Perito, seja qual for sua especialidade, saiba valorizar a história clínica do paciente, o exame físico, os sinais e sintomas da moléstia, sem correr grave risco do erro, transferindo a competência da formulação do diagnóstico para os equipamentos ou para os testes psicológicos, como se fosse o examinador um simples técnico.

3.2 EXAME PSÍQUICO

As enfermidades psíquicas com elevada frequência alteram os valores do paciente, mudam seu comportamento, distorcem sua conduta social e moral. Essas alterações são inúmeras e variam em maior ou menor grau, conforme a patologia mental.

Tal estado psíquico suscita inúmeras questões que fazem o enfermo mental ter relevantes problemas em sua vida social, pessoal e com as exigências legais. A exemplo, Taborda expõe as seguintes manifestações que alteram o estado mental:

A consciência torna-se turva, obnubilada ou torporosa; a atenção se dispersa; a orientação temporal, espacial e circunstancial se perde; a apresentação pessoal, a postura e as atitudes se tornam anômalas ou bizarras; fenômenos perceptivos anormais surgem; a memória de fixação ou de evocação se eclipsa; o pensamento sai da realidade,

torna-se excessivamente veloz ou lento, e os processos lógico-formais deixam de existir; altera-se a identidade pessoal; os valores morais, éticos, estéticos, religiosos e sociais desaparecem; a inteligência se aplaina; sentimentos e emoções anormais aparecem; as relações afetivas se embotam; o humor se torna instável ou imprevisível; a vontade, o desejo, as tendências, as inclinações, a prospecção, a motivação e o pragmatismo se transmutam; a linguagem não serve mais para uma comunicação adequada; e a psicomotricidade vem a espelhar toda a anomalia da personalidade. (CHALUB, 2015).

Os pontos abordados acima são alvo de uma importante avaliação em meio ao âmbito psiquiátrico, o exame psíquico ou exame do estado mental. Trata-se de uma pesquisa sistemática de sinais e sintomas de alterações do funcionamento mental que englobam múltiplos fatores como: consciência, atenção, orientação, memória, pensamento, inteligência, linguagem, sensopercepção, afeto, humor e psicomotricidade.

Todos os profissionais médicos são aptos para aplicar esse tipo de exame, entretanto, mediante aos argumentos expostos nesse trabalho, é imprescindível apontar a valia desse instrumento num laudo ou parecer pericial formulado por um psiquiatra forense, visto que é possível avaliar mais profundamente não só a personalidade do agente mais e sua conduta social.

4. FUNÇÕES DO JUIZ

Torna-se inarredável a conclusão de que, para toda prática de delito existe um processo. Trata-se do princípio do devido processo legal, devidamente amparado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV. Nada obstante, com a existência de um processo criminal, alguns são os elementos que o constituem, sobretudo seus sujeitos, a fim de que seja aplicada devidamente a *persecutio criminis*, nos moldes que a Lei define, sobretudo a Magna Carta de 1988.

A atual doutrina entende como sujeitos do processo todos aqueles que, direta ou indiretamente, em caráter essencial ou acessório, participam da relação processual, na sua atuação laborativa ou em defesa de interesses existentes na demanda.

Em se tratando de sujeitos essenciais à relação jurídica processual devidamente instaurada, têm-se, no processo penal, a parte ativa da ação, representada pelo acusador, sendo o órgão institucional do Ministério Público ou a parte querelante, nas ações cabíveis. Em contrapartida, temos a parte acusada pelo delito, polo passivo da ação penal, cuja peça acusatória indica como autor do fato delituoso, a qual pretende-se ver aplicado a pretensão punitiva. Finalmente, a fim de que a elucidação dos fatos discutidos na ação criminal venha a ser julgados de maneira justa e, sobretudo imparcial, afigura-se a pessoa do Juiz, a qual compete a aplicação do direito objetivo, em lato sentido, ao caso concreto e os fatos abarcados.

Já aquele a qual compete a tomada de decisões e aplicação do direito em sede processual, prevê o artigo 251 do Código de Processo Penal: “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar força pública.”

É o magistrado togado quem preside o processo criminal em todas as suas fases, é ele quem representa a personificação do Estado e do mundo ideal, do ser justo, sem influências ideológicas, econômicas, sociológicas etc. O pretor tem papel importante na pacificação social, ele quem dirá qual parte assistirá a parte que assiste razão do Estado “*Quae ratio temporis*”, suas decisões são soberanas e devem ser acatadas por qualquer indivíduo que a seja dirigida, o juiz é o exemplo perfeito da imagem da justiça, cega para as interferências externas, na mão direita tendo a balança na mão e na esquerda a espada que demonstra o *jus puniendi* Estatal.

Todavia, apesar de suas determinações serem soberanas, estas devem ser fundamentadas e especificadas, sob risco de abuso de autoridade, ou uso controverso do poder, infringindo assim o princípio republicano dos freios e contrapesos “*checks and balances*” no qual se garante parcela do poder conferido pelo Estado ao particular com limites e moderações. Mas nem sempre esse limite estabelecido pela lei é o mais justo e eficaz, pra isso que existem as

modalidades de controle de constitucionalidade das leis, a respeito desse tema, leciona Moraes *apud* Pizzorusso:

A primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de amparo ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos. (MORAES *apud* PIZZORUSSO, 2013)

Deste modo, se vê, que tantos os atos administrativos quanto as decisões judiciais, estão passíveis de revisão por um órgão superior.

Sendo assim, após todo assunto tratado até aqui, principalmente em relação a atuação médica demonstra que a decisão de um magistrado ao examinar as condições psíquicas (de personalidade ao agente) demonstram um possível contrariedade em relação ao princípio do juiz natural, tendo em vista que o juiz não é um médico e deste modo sua percepção pode ser imprecisa comparada aos olhos de especialista, emitindo assim uma decisão injusta e uma pena exasperada, o que é grave!

Neste íterim, vale mencionar ao artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso LIII no qual positiva “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”, pois bem, esta autoridade competente no caso em tela discutido neste trabalho é totalmente capacitada para avaliar uma personalidade de um agente em meio todas as dificuldade que um especialista no assunto encontra? Nota-se que o art. 59 do *Códex Penal* contraria a constituição, e deste modo seria passível sim de um controle constitucionalidade via ADI ou ADPF, julgada pela autoridade competente, ou seja, o Supremo Tribunal Federal.

4.1 O DIREITO PENAL DO FATO E ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PELO MAGISTRADO

Com o advento da Constituição de 1988 houve um marco dogmático no Direito Penal brasileiro, o legislador ao estabelecer em nossa carta magna as diretrizes gerais do direito punitivo adotou o sistema garantista, que visa a proteção das prerrogativas do acusado durante o Processo Penal bem como em sua fase dosimétrica de pena e executória dela.

Tal sistema, difundido no Direito Italiano se preocupa com a imagem clássica da justiça, ou seja, cega para as narrativas que estão fora dos autos se preocupando apenas com o fato delituoso cometido e não com o cenário periférico do réu, ou seja quem ele é, o que fazia antes do delito, vida pregressa etc.

O modelo ora referido se contrapõe aos *modus operandi* do processo inquisitivo, no qual um agente poderia ser punido por fato anterior ou posterior a infração penal, mesmo que essas não se comuniquem. Assim consagrou a carta cidadã o princípio da culpabilidade no qual a pena não deverá passar da pessoa do réu.

Culpabilidade é sempre referida a um fato determinado, respeitando-se a autonomia de vontade do autor. No direito penal do fato a culpabilidade constitui um juízo sobre a relação do autor para com o fato concretamente realizado, e não em função da forma de conduzir sua vida – de sua personalidade – ou dos perigos que no futuro se lhe esperam. Neste prisma, a busca eminente do legislador é se afastar do antigo processo penal do inimigo, instaurado na idade média.

Em muitos ordenamentos as pessoas são responsabilizadas pela forma de ser – bruxas, ébrios, anarquistas, subversivos, meliantes, inimigos do povo, perigosos, suspeitos, etc. – e não pela sua forma de agir. Tal mecanismo punitivo observa FERRAJOLI, choca-se com a garantia de culpabilidade e com o caráter regulativo que ela supõe. São garantias que, no geral, se opõem a todas as perversões positivistas e espiritualistas dirigidas a conferir relevância penal autônoma à personalidade do réu. Num sistema garantista assim configurado não tem lugar nem a categoria periculosidade, nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica

ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade. (SOUZA, apud FERRAJOLI, 2015)

O Direito penal do fato é admitido em países não despóticos e sim democráticos, inclusive no Brasil, contudo o atual sistema de estabelecimento da pena base se contraria tal princípio.

O Tribunal Constitucional Espanhol em várias oportunidades deixou assentado tal aspecto, ao declarar “que não seria constitucionalmente legítimo um direito penal de autor que determinasse as penas em atenção à personalidade do réu, e não segundo a culpabilidade deste na comissão dos fatos”. Afirma, ainda, a imperiosa necessidade de se partir de um conceito de culpabilidade pelo fato. E esse ponto de partida nega a possibilidade de um juízo sobre a vida anterior do autor, para julgá-lo pelo que fez e não pelo que é, que é o que verdadeiramente interessa ao conceito de culpabilidade que não se baseie num juízo sobre a personalidade do autor, mas sim num juízo sobre o fato ilícito concretamente por ele decidido.

Já na Alemanha, a jurisprudência constante do Tribunal Supremo Federal é no sentido de que se deve partir do princípio de culpabilidade pelo fato e não extrair a culpabilidade na medição da pena de defeitos de caráter que se manifestem na condução da vida geral. E na literatura alemã já quase não se encontram defensores das teorias da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida.

Deste modo as atuais circunstâncias judiciais (personalidade do agente e conduta social) são incongruentes com o regime garantista pátrio e centralizar em um magistrado a decisão de uma possível exasperação de pena.

4.2 DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE

O Código Penal em seu artigo 68 adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena privativa de liberdade. Numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo as circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59, em seguida; fixa-se a

pena em intermediária com base nas circunstâncias atenuantes e agravantes; por fim encerrando o *quantum* da reprimenda, serão consideradas as causas de aumento e diminuição de pena, previstas tanto na parte geral como na especial do CP.

O método trifásico de dosimetria de pena, tem como escopo ampliar o Direito de Defesa, dando ao réu elementos explicativos dos fundamentos de sua condenação. Neste Íterim leciona o Promotor de justiça Rogério Sanches Cunha: “O método trifásico da aplicação da pena, tem por objetivo viabilizar o direito de defesa, explicando ao réu os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda.” (CUNHA, 2018)

Neste prisma, passado a breve explicação da dosagem da pena e sua função, cabe a nós discorrermos sobre a crítica das circunstâncias judiciais de caráter subjetivo, dentre elas o nosso alvo é a Conduta Social e a Personalidade do Agente.

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (lato senso) for lícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. (PICCOLATO, 2014)

Afinal, no momento da dosagem de pena, possui o magistrado total aptidão técnica para uma eventual exasperação da reprimenda? Nosso entendimento é que não, tendo em vista que para um especialista em psiquiatria, logo também especialista em personalidades, há uma imensa dificuldade para se chegar a uma conclusão precisa, podendo o diagnóstico perdurar por anos.

[...] as codificações sempre lutaram com grandes dificuldades toda vez que tiveram de fazer referências aos doentes mentais. Não há na

Psiquiatria uniformidade entre os autores a respeito do sentido exato das expressões que usa e emprega. Essa falta de uniformidade entre os técnicos não poderia deixar de se refletir sobre os leigos, que são, em geral, os legisladores, a respeito das questões psiquiátricas. (GOMES, 1995, p. 799-800).

Isto posto, é totalmente inadequado que um magistrado apenas no momento do interrogatório do acusado possua total certeza de que sua conduta social em seu meio de vida é criminosa ou fora dos padrões de normalidade ou honestidade, afinal, o que seria normalidade? O que seria uma conduta social criminosa? São questões vagas, sem respostas, no qual se resulta um possível aumento de pena. Isso sim, beira a sanidade.

Vale mencionar que o atual modelo de avaliação das circunstâncias judiciais contraria totalmente o sistema do direito penal garantista, adotado por nossa Constituição Federal/88.

Cuida-se de um modelo normativo de direito, lastreado na observância da estrita legalidade, típica posição a ser adotada no Estado Democrático de Direito, voltando-se para maximização da liberdade e à minimização da violência, impondo limites a atuação estatal repressiva. (NUCCI, 2017).

Ora, se nosso ordenamento jurídico busca uma maior proteção das garantias do acusado, não faz sentido algum mantermos um sistema de aumento de pena com base avaliações não técnicas e imprecisas. Por conta disso, muitos autores, vem criticando o atual modelo de dosagem de pena, nos filiamos a esta corrente, como assinala Sanches Cunha:

Adotando um sistema penal garantista, a CF/88, compatível unicamente, com um direito penal do fato, temos doutrinadores criticando as circunstâncias subjetivas presentes no art. 59 do CP. Alias seguindo essa linha crítica, o projeto do novo CP (ainda em discussão no congresso), aboliu as circunstâncias do artigo em questão. (CUNHA, 2018)

Deste modo, o direito penal e a pretensão punitiva de um Estado democrático, baseado na igualdade entre os seus cidadãos e fundado na dignidade da pessoa humana, deve ser aplicado sobre o fato criminoso.

Sem nenhuma pretensão de, com as respostas, darmos o problema por resolvido, queremos registrar nossa adesão à corrente que propõe a punibilidade pelo que o agente fez, e não pelo que ele é ou pensa, para não termos que regenerar a evolução do direito penal e retornarmos ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam. (PICCOLATO, apud BOSCHI, 2014)

Assim, personalidade e conduta social são circunstâncias totalmente ligadas pessoa do acusado, não existindo liame algum com o fato criminoso cometido, mas tão somente com o agente criminoso, de modo que, sua valoração pelo Juiz é uma forma de desvencilhar-se de olhar para o crime cometido. São circunstâncias que afrontam claramente as garantias constitucionais, pois reafirmam a culpabilidade do autor (PICCOLATO, 2014).

[...] a alegação de 'personalidade distorcida, com perfil psicológico apropriado aos delitos praticados' é retórica, juízes não tem habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir 'diagnósticos' desta natureza 'diagnósticos' desta natureza. (PICCOLATO, apud CARVALHO, 2014).

Direcionar o olhar para a vida pregressa do agente criminoso, da forma como prevê a Lei na análise das circunstâncias judiciais afronta duplamente as previsões constitucionais garantidas ao réu. Em primeiro lugar julga-se o que o agente era, suas formas comportamentais e personalidade ou seja, atributos próprios que não são parte do crime cometido; em segundo plano, cobra-se que toda essa análise seja feita por um Juiz togado que, defronte ao réu na sala de julgamento, deverá sopesar todos estes atributos e majorar a pena.

Fixar pena com base no passado do agente é o mesmo que fixá-la com fundamento em sua raça, na religião que professa, na cor de seus olhos ou de sua pele, ou na textura de seus cabelos. É fixá-la com base em elemento completamente dissociado do fato criminoso por ele praticado. (PICCOLATO, apud TELES, 2014).

Dessa forma, imperioso apontar que as medidas penalizadoras ligadas ao direito penal do autor não condizem com as diretrizes de um Estado Democrático de direito, pois almejam avaliar condutas humanas externas ao crime, de modo a penalizar o passado do réu e suas características pessoais, que por muito podem ter várias deturpações por psicopatologias que lhe acometeram antes do

crime, mas que, sob a ótica da lei, são de incumbência do Juiz avaliar na dosimetria da pena.

CONCLUSÃO

Loucura e criminologia sempre foram peça motriz para a difusão de pesquisas franqueadas por estudiosos de todos os tempos. É fato que o louco, antes de ser levado ao tratamento, fora considerado peça incômoda no meio social em que estava inserido. Nos mesmos termos, o ser criminoso ainda é visto como peça sobressalente, tal por isso direcionado às externas da prisionais.

Dado momento, loucura passou a ser chamada doença, pelo estigma de grandes médicos e pensadores que marcaram a psiquiatria, como Pinel e Foucault, superando-se os tratamentos desumanos e direcionando para um enfoque clínico e paliativo. Assim, dirigiu-se ao especialista aquele que necessitava de uma análise especializada. O criminoso por sua vez – em que pese a gama de Leis que simbolicamente assegura-lhes direitos – manteve-se a mercê de critérios subjetivos para aplicação de sua pena, a par de um Juiz que togado à matéria do Direito, pouco reconhece sobre a análise de personalidade ou os desvios na conduta social do indivíduo que são motivados por psicopatologias. Cobra-se de o magistrado verificar no imputável e semi-imputável, quando na dosimetria da pena e em cumprimento ao artigo 59 do Código Penal, aquilo que está além de sua capacidade analítica, está que está enquadrada nas atuações especializadas do psiquiatra forense.

As doenças psicopatológicas possuem cada qual sua peculiar característica e por meio de minuciosa análise técnica – exame psiquiátrico clínico – será possível avaliar o grau de influência na personalidade do agente e seu o comportamento perante a sociedade. Assim, ainda que todo crime alavanque a ideia de ser uma conduta reprovável perante a sociedade, há de se analisar, por perito legal, as condições mentais do agente.

Dessa forma, tais circunstâncias podem ser objeto de um controle de constitucionalidade, levando em consideração que a Constituição Federal, no que tange a direito penal, adota uma feição garantista, no qual se analisa o fato e circunstâncias satélites ao delito e não pertinentes ao agente, haja vista que um magistrado não possuirá condições para realizar um exame psiquiátrico sem auxílio de um profissional da medicina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. Tradução: NASCIMENTO Maria Inês Corrêa. et al. 5ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. – 1. ed. – São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BAIA, Lhais Silva - **Semi-imputabilidade e medidas de segurança**. Disponível em : <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/614629910/semi-imputabilidade-e-medidas-de-seguranca>> Acesso em: 25. Out. 2019.

BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini. **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**. – 1ª ed. Editora Elsevier Ltda. Rio de Janeiro, Ano 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Pág. 10, Ano 1874.

CHALUB, Miguel; ABDALLA, Elias Filho; TELLES, Lisieux E. de Borba. **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3ª ed., ano 2015, editora Artmed.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, Ano 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal**. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

DAMÁSIO. Evangelista de Jesus. **Direito Penal: Parte Geral**. 21º edição: Editora Saraiva, 1998;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio**, 8º ed., ano 2012, editora Positivo. Pg. 164.

FILGUEIRAS, Marco Aurélio Smith. **Epilepsia tem cura**. Disponível em: <http://www.crm-pb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=218>

[94:epilepsia-tem-cura&catid=46:artigos&Itemid=483](#)> Acesso em: 12 de out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A história da loucura na idade clássica**. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987.

GABRIELLE, Bruna - **A inimputabilidade por doença mental**. Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/66379/a-inimputabilidade-por-doenca-mental/3>> Acesso em: 25. Out. 2019.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32º Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997;

GOMES, Paulo. **A inconstitucionalidade quanto à utilização da conduta social e personalidade do agente como circunstâncias judiciais para aplicação da pena**. Ano 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53150/a-inconstitucionalidade-quanto-a-utilizacao-da-conduta-social-e-personalidade-do-agente-como-circunstancias-judiciais-para-aplicacao-da-pena>> Acesso em: 04. Dez. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2017, apud SANZO BRODT, Luís Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**, Pg. 46.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUCHAIL, Salva Tannus. **O mesmo e o outro: 50 anos da história da loucura**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal parte Geral e Especial**. São Paulo: Grupo Gen Jurídico, 2017.

PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na Psiquiatria Forense**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Carlos Roberto Lyra da. **DIS – Dicionário ilustrado da saúde**. 1ª ed. São Paulo: Eureka, 2017. Pg. 890.

SOUZA, André Peixoto de. **Prisão pra que(m)?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/290457101/prisao-para-que-m?ref=serp>> Acesso em: 28. Set. 2019.

PICCOLATO, Thiago Soares. **Aspectos do direito penal do autor na aplicação da pena**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31435/aspectos-do-direito-penal-do-autor-na-aplicacao-da-pena>> Acesso em: 09. Out. 2019.