

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARINA DE SOUZA IURKIV

**A NECESSIDADE ADEQUAÇÃO DO ART. 26 DO CÓDIGO PENAL: UM ESTUDO  
DA IMPUTABILIDADE A PARTIR DOS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA**

CURITIBA

2022

MARINA DE SOUZA IURKIV

**A NECESSIDADE ADEQUAÇÃO DO ART. 26 DO CÓDIGO PENAL: UM ESTUDO  
DA IMPUTABILIDADE A PARTIR DOS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA**

TCC apresentado ao curso de Graduação em Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Priscilla Placha Sá.

CURITIBA

2022

# A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO ART. 26 DO CÓDIGO PENAL: UM ESTUDO DA IMPUTABILIDADE A PARTIR DOS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA

*Marina de Souza Iurkiv*

**Resumo:** Desde meados do século XX, neurocientistas vêm realizando experimentos para verificar a existência ou não de livre-arbítrio no homem. As conclusões apressadas que verificam a ausência de liberdade de agir levaram tais cientistas a crer que, se o homem não é livre, a ele não pode ser imputada pena, o que foi prontamente rechaçado pelos operadores do direito. Por outro lado, a legislação penal e processual penal brasileira, no que diz respeito à imputabilidade e o procedimento para verificá-la, é antiquada e fundamentada em conceitos que não mais correspondem ao entendimento da psiquiatria sobre doenças mentais. O raso conhecimento do magistrado a respeito das patologias da mente, somado à inadequação dos dispositivos legais resulta numa situação em que o juiz se vê refém do laudo pericial elaborado no incidente de insanidade mental do acusado. É possível, portanto, verificar uma contradição: ao passo de que há completa rejeição dos estudos neurocientíficos sobre a liberdade de agir em razão da incompatibilidade de objetos e métodos de estudo, há uma relação de codependência entre a decisão judicial e o laudo médico pericial, que é elaborado dentro da mesma linguagem sistêmica na qual se inserem os experimentos da neurociência. O presente trabalho explora essa contradição, verificando a necessidade de adequação da legislação penal e processual penal para minimizar as problemáticas aqui expostas.

**Palavras-chave:** direito penal; neurociência; livre-arbítrio; culpabilidade; inimputabilidade.

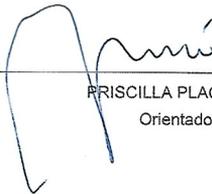
**Sumário:** 1. Introdução (p. 10); 2. Análise crítica dos estudos neurocientíficos e a imprestabilidade de suas conclusões para o direito penal (p. 12); 3. O real papel das ciências médicas na constatação dos casos de inimputabilidade e o problema da compreensão rasa dos juristas sobre as doenças mentais (p. 18); 4. A problemática da codependência entre a decisão judicial e o laudo pericial em razão da ausência de uma linguagem comum entre o conhecimento médico-científico e o conhecimento jurídico (p. 24); 5. Considerações finais (p. 29); 6. Referências bibliográficas (p. 31).

TERMO DE APROVAÇÃO

A NECESSIDADE ADEQUAÇÃO DO ART. 26 DO CÓDIGO PENAL: UM ESTUDO DA IMPUTABILIDADE A PARTIR DOS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA

MARINA DE SOUZA IURKIV

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

PRISCILLA PLACHA SÁ  
Orientador

---

Coorientador



---

KATIE SILENE CÁCERES ARGUELLO  
1º Membro



---

SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR  
2º Membro

A todos aqueles que tiraram uma bomba das  
minhas mãos e a desarmaram.  
Vocês conseguiram. E por causa de vocês, eu  
consegui também

## AGRADECIMENTOS

Aos 17 anos de idade, quando decidi ingressar na Faculdade de Direito e tive o privilégio de conseguir uma vaga na Universidade Federal do Paraná, eu entrei com vontade de mudar o mundo. Mal imaginava aquela menina que seria a faculdade que ia mudá-la.

A UFPR me apresentou um universo de realidades que, aos poucos, ajudaram a construir quem eu sou hoje. Cada pessoa, cada experiência, cada desafio que atravessou minha jornada hoje é uma peça do mosaico que eu sou.

Esses cinco anos e meio me fizeram crescer de um jeito que eu sequer sei mensurar. Hoje, eu seria incapaz de reconhecer a Marina de 2017, e mesmo eu tendo muito orgulho da pessoa que me tornei, devo muito a ela. Crescer não é sempre fácil. É doloroso. Faz você encarar as partes de você que menos gosta, medos e angústias que precisam ser superados. Mas é sempre algo que vale a pena. Afinal, só estou aqui, só sou quem eu sou por causa da força, dedicação e vontade daquela adolescente esperançosa.

Houve um momento em que eu não achei que fosse capaz de terminar este trabalho. Parecia que não havia luz no fim do túnel e que tudo o que existia era desespero, tristeza e um medo imensurável de falhar. Então, estes agradecimentos são para todos aqueles que seguraram a minha mão nesses momentos de escuridão.

À minha mãe e meu pai, obrigada por não me deixarem desistir do curso. Decisões tomadas na juventude nem sempre são as melhores, e vocês me guiaram desde o começo para que eu pudesse chegar onde estou. Ao meu irmão, pelo amor incondicional e por nunca sair do meu lado quando as coisas ficaram difíceis. À minha avó, por me dar o melhor lar que eu poderia ter, por ter a confiança de que, com você, sempre vai existir um lugar para mim. Ao meu avô, por me inspirar a seguir este caminho e por sempre olhar por mim, tanto na Terra quanto no céu. À minha madrinha, por me incentivar a seguir com o tema deste trabalho, por todo o carinho, por ser uma segunda mãe para mim.

A todos os meus velhos amigos que me ajudaram a chegar aqui e me mostraram que é possível trilhar caminhos diferentes, mas, de um jeito ou outro, estar junto. Caio Perillo, Carolina Lima, Carolina Maia, Rachel Agria e Laura Wihby, obrigada por todos os anos de amizade, por sempre estarem perto e por crescerem comigo.

A todos os meus novos amigos que aqui caminharam ao meu lado, vivendo essa loucura que é a faculdade de direito e me ajudando a ficar sã. Pedro Henrique de Almeida, Ana Júlia Bauer, Ana Luiza Bauer e Stella Rodrigues, vocês estiveram comigo na alegria e na tristeza, me acompanharam nas cervejadas e nas longas madrugadas de estudo e me privilegiaram com

a amizade e o apoio nos meus melhores e piores dias. Marília Lopes, Malu Silveira, Valentina Bocchi, Gabriela Malagutti, Giulia Helena, Daniel Victoriano e Mateus Quinalha, por todas as risadas, fofocas, choros e conselhos compartilhados. A todos vocês, obrigada.

Às amigas que me ensinaram que estar presente não é sobre poder estar junto a todo momento. Renata Schafaschek e Sofia Nunes, mesmo sem poder vê-las o tanto que eu gostaria, vocês foram uma parte essencial da minha vida nos últimos anos e eu jamais estaria onde estou se não fosse todo o amor que vocês me dão. Tê-las comigo é o privilégio de se sentir abraçada diariamente, mesmo a quilômetros e milhares de quilômetros de distância.

Aquela que me ensinou que todas as minhas prisões estão na minha mente, e que eu sempre fui capaz de sair delas, obrigada.

À minha orientadora, Priscilla Placha Sá, não somente por ser uma professora, orientadora, pesquisadora e desembargadora incrível, mas por ser uma das almas mais gentis que eu tive a oportunidade de conhecer nesta faculdade, obrigada.

Dizem que a felicidade só é real quando ela pode ser compartilhada. Por isso, tenho orgulho de dizer: essa conquista também é de vocês. Obrigada.

*“As coisas mais belas são ditadas pela loucura e escritas pela razão.”*  
André Gide

## 1 INTRODUÇÃO

Abordar o conceito de crime implica, obrigatoriamente, abordar a questão da culpabilidade. Este conceito é fundamental num sistema que não permite margem para punir alguém que não pode ser considerado culpável por seus atos. Trata-se da máxima *nulla poena sine culpa*.

Deste princípio surge a necessidade de distinguir o agente imputável e o inimputável. O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe sobre o conceito de imputabilidade, mas sim sobre sua negativa. Declara inimputável o menor de 18 anos, adotando um critério biológico, e, para todos os demais casos, utiliza o critério biopsicológico normativo, segundo o qual é necessária a coincidência de três circunstâncias.

Primeiro, requer-se que o sujeito seja portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, concomitantemente, que tal condição cause a incapacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta ou que determine sua impossibilidade de agir acorde com tal compreensão e, por fim, que isso se dê no momento do fato criminoso<sup>1</sup>.

O instrumento processual que afere a inimputabilidade é o incidente de insanidade mental do acusado, cuja denominação reflete exatamente como o agente declarado inimputável era visto pelo Direito Penal: louco.

A obra de Tobias Barreto de 1886, reeditada pelo Governo Estadual de Sergipe em 1926, "Menores e Loucos e fundamento do direito de punir"<sup>2</sup> traz uma visão panorâmica das razões por trás da compreensão da inimputabilidade à época e, conseqüentemente, da elaboração do Código Penal e Código de Processo Penal que é utilizado até hoje.

Antes da edição de 1940 do Código Penal, o ordenamento jurídico brasileiro excluía da esfera da criminalidade "os loucos de todo gênero, salvo se tiverem intervalos lúcidos e neles cometerem crimes". Barreto entende que a expressão consagrada no diploma legal não é suficientemente abrangente, uma vez que deixa de contemplar os que "deixaram de atingir, por algum vício orgânico, o desenvolvimento normal das funções (...) sendo uns e outros isentos de imputação jurídica"<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. Ed. 2. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 558.

<sup>2</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e fundamento do direito de punir**. Sergipe: Assembleia Legislativa, 1926.

<sup>3</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e fundamento do direito de punir**. Sergipe: Assembleia Legislativa, 1926. p. 41.

O autor discorre sobre a inadequação e insuficiência do dispositivo legal, que, independentemente de uma interpretação mais restritiva ou mais ampliada do conceito de loucura, é incapaz de abordar todos os casos de "perturbação de espírito, ou de anomalia mental, (...) e psicoses" que deveriam excluir a imputabilidade penal.

A despeito de trazer uma compreensão infinitamente mais adequada ao direito penal que a primeira, vez que Barreto aborda as complicações acerca da compreensão de um "ato livre", introduzindo a ideia da teoria biopsicológica da culpabilidade (já que o Código Penal do império adotava um critério estritamente biológico) sua tese é de que a origem da "loucura" é, essencialmente, orgânica, o que é possível verificar em diversos trechos de sua obra<sup>4</sup>.

Ocorre que, por mais aceitável e revolucionário que suas ideias possam ter parecido nos séculos XIX e XX, o uso de códigos elaborados com base nestes juízos há mais de 80 anos é completamente inadequado e defasado, especialmente em razão dos avanços da psiquiatria, dos entendimentos ampliados acerca das doenças e transtornos mentais e do desenvolvimento das teorias da culpabilidade.

A deficiência na interdisciplinaridade adequada entre as ciências médicas e o direito, derivada da ausência de uma linguagem sistêmica comum, é responsável por tal incompatibilidade, a qual resulta na exclusão de diversas pessoas cujos transtornos mentais podem afetar sua capacidade de discernimento ou de autodeterminação em relação à compreensão da ilicitude no momento do ato criminoso.

O direito acaba por declarar culpáveis pessoas que definitivamente não o são com base em compreensões inadequadas em relação aos referidos transtornos mentais, o que constitui evidente violação ao princípio do *nulla poena sine culpa* e, essencialmente, de um dos principais fundamentos do ordenamento jurídico-penal. Afinal, se o Código não compreende a doença como capaz de causar inimputabilidade, o indivíduo não pode assim sê-lo considerado.

Um dos objetivos deste trabalho não é apresentar uma lista exaustiva de toda e qualquer doença mental que pode estar associada a um comportamento criminoso, mas sim pontuar que há muito mais diagnósticos que podem ser contemplados pela inimputabilidade penal e, ainda, que o próprio ato delituoso pode estar associado a uma doença que não foi diagnosticada ainda.

Diante disto, são cabíveis os seguintes questionamentos: qual a pertinência de se manter um Código Penal da década de 40, o qual estabeleceu o critério da inimputabilidade com base em teorias completamente ultrapassadas e que foi formulado a partir da compreensão de que o

---

<sup>4</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e fundamento do direito de punir**. Sergipe: Assembleia Legislativa, 1926. p. 41.

portador de doença mental é louco? Como é possível manter tal redação, sabendo que a compreensão dos operadores em relação às doenças mentais do direito está, de certa forma, restrita ao que diz o texto legal, sem maiores orientações a respeito? Como pode o magistrado, sem o substrato do conhecimento de um médico psiquiatra ou neurologista, determinar, sem prejuízo ao acusado, se ele é portador de doença mental, se tem uma perturbação mental ou se é completamente imputável?

Em total oposição ao que foi exposto até aqui, há o questionamento do livre-arbítrio de uma forma generalizada pelos cientistas médicos, os quais conduzem experimentos aferindo aspectos biológicos no cérebro supostamente capazes de sustentar a ausência de liberdade do sujeito.

No entanto, como será tratado de maneira pormenorizada em seguida, este também não é o caminho a ser seguido para conduzir o direito penal, tendo em vista que tomar a ausência de liberdade como pressuposto traria complicações irreparáveis não somente ao direito penal, nem ao direito como um todo, mas à vida em sociedade como hoje a conhecemos.

## **2 ANÁLISE CRÍTICA DOS ESTUDOS NEUROCIENTÍFICOS SOBRE O LIVRE-ARBÍTRIO E A IMPRESTABILIDADE DE SUAS CONCLUSÕES PARA O DIREITO PENAL**

Apesar de os estudos comandados por neurologistas não possuírem como objeto de estudo direto a questão da responsabilidade penal, experimentos como o de Benjamin Libet<sup>5</sup> acabam trazendo resultados – muitos dos quais concluem pela impossibilidade de demonstração da liberdade humana<sup>6</sup> – que acabam por infiltrar discussões a respeito da responsabilidade criminal, em razão do "questionamento da liberdade enquanto dado empírico"<sup>7</sup>.

A refutação da culpabilidade criminal como decorrência direta destes experimentos deriva de conclusões precipitadas da psicologia e neurociência, cujas pesquisas revelam resultados que demonstram a inexistência de liberdade de agir. Para estas ciências, as intenções de agir são disciplinadas por impulsos inconscientes, pré-conscientes e conscientes que vêm

---

<sup>5</sup> LIBET, Benjamin. **Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action**. São Francisco: The Behavioral and Brain Sciences, nº 8, 1985. p. 529-566.

<sup>6</sup> GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 173.

<sup>7</sup> BUSATO, Paulo César. **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

dos sistemas límbico-emocional, cognitivo e executivo, os quais demonstram que os atos voluntários estão todos englobados pelo córtex central<sup>8</sup>.

Os estudos neurocientíficos que buscaram compreender a relação entre o consciente humano e seu suposto livre-arbítrio, sendo Benjamin Libet o pioneiro nesta área, analisaram que a percepção consciente do ser humano de sua decisão é precedida, por um ou dois segundos, do registro empírico da efetiva tomada da decisão<sup>9</sup>.

A constatação de que alterações no córtex pré-frontal causa interferências comportamentais no indivíduo, uma vez que é associado ao sistema límbico, o qual compreende as mudanças de humor, memória, afeto, comportamento, movimento e personalidade<sup>10</sup> subsidia os argumentos dos neurocientistas.

É demonstrável que a anestesia de diferentes áreas do córtex pré-frontal resulta em diferentes alterações comportamentais. A título exemplificativo, a interferência no lobo pré-frontal lateral causou, no agente anestesiado, complicações referentes à tomada de decisões. Em contrapartida, quando o mesmo experimento era realizado no lobo pré-frontal medial, o indivíduo afetado demonstrou resistência a inibir seus instintos e manter conduta social conforme as expectativas coletivas<sup>11</sup>.

A impossibilidade da demonstração empírica da liberdade, somada a resultados diversos que constatarem diferentes situações em que os seres humanos não são neurologicamente responsáveis por seus atos, fez neurocientistas e psicólogos concluir pela ausência de livre-arbítrio do homem.

Ocorre que, para possibilitar a análise da existência de crime ou não – e, conseqüentemente, a existência de culpabilidade ou não – o Direito possui uma compreensão própria, que deriva de uma linguagem única à sua disciplina, de forma que a tentativa das demais ciências de adentrar o mérito jurídico é, por muitas vezes, ineficaz.

Apenas a partir da forma que o sistema jurídico estabelece a comunicação a respeito do que pode ser considerado crime e em quais ocasiões alguém pode ser considerado culpável é

---

<sup>8</sup> RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 9.

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César. **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

<sup>10</sup> RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 9.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 9.

possível constatar esses aspectos no caso concreto<sup>12</sup>. E, por mais coerentes que as conclusões que demais ciências possam aparentar, a exclusividade da linguagem jurídica é a principal razão pela qual essas ideias encontram resistência entre os operadores do direito<sup>13</sup>.

A ideia de que a impossibilidade de demonstração da liberdade humana a partir da perspectiva neurocientífica implica a negação da liberdade para o homem no direito e que, em razão desta constatação, deve ser posto em xeque todo o sistema penal, é um perfeito exemplo do que Winfried Hassemer chama de "erro categorial":

O erro categorial deriva da vulneração de um princípio da teoria do conhecimento e da ciência: que toda ciência só vê aquilo a que seus instrumentos permitem acesso, e encontra uma resposta unicamente onde seu instrumental lhe permite uma pergunta que corresponda à resposta no plano categorial. O que pertence ao instrumental de uma ciência fica determinado em função de seu objeto formal. Se uma ciência atua fora do âmbito que lhe resulta acessível, confunde as coisas e as categorias e cria caos; em todo caso, este último não se sucederá quando essa ciência tenha suficiente prestígio e poder, ou seja, quando se lhe escute e se entabule um diálogo com ela, em vez de colocá-la em seu lugar a tempo<sup>14</sup>.

Hassemer entende que as ciências de método empírico não são capazes de determinar se as demais ciências podem definir, a partir de seus objetos de estudo e linguagem, seu próprio conceito de liberdade, e que suposições em contrário são as que se encaixam no conceito de erro categorial.

Afinal, a concepção de responsabilidade penal faz parte não somente da estrutura do Direito penal, mas também se encontra "profundamente fundamentado em nossa comunicação normativa e cotidiana"<sup>15</sup>. Ou seja, a negação da responsabilidade humana (e não apenas a criminal) extingue um elemento fundamental do ordenamento jurídico e também do mundo da forma que o conhecemos, tendo em vista que nosso entendimento sobre responsabilidade reside não em dados neurocientíficos, mas em razões sociais<sup>16</sup>.

Com efeito, o dilema "livre-arbítrio x falta de" sempre existiu no plano jurídico-penal<sup>17</sup>. Todavia, a resposta negativa neurocientífica muito lembra as ideias da Escola Positiva Italiana, pelos seus representantes Ferri, Lombroso e Garófalo que, cada um a seu tempo, diante da

---

<sup>12</sup> GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170-171.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>14</sup> HASSEMER, Winfried. Neurociência e Culpabilidade em Direito Penal. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>17</sup> SÁ, Priscilla Placha. **Narrativas e discursos sobre a "loucura"**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219.

enorme influência das ciências empíricas, tiveram como consequência a criação do Direito penal do autor, entregando como solução à criminologia, o "criminoso nato"<sup>18</sup>. A ausência de liberdade de agir, que fundamenta a ideia do determinismo absoluto, serviu de justificativa para algumas das maiores aberrações que já existiram em toda a história do Direito Penal<sup>19</sup>.

Para a ciência médica, tanto a parte racional quanto a emocional é pré-condicionada, sendo que a diferença entre ambas reside apenas no estímulo. Estabelece-se a conclusão de que a consciência se trata de uma mera ilusão provocada pelo cérebro<sup>20</sup>.

Repare-se: dos modelos de controle social, um dos mais cruéis é o elaborado a partir da fusão do discurso jurídico e do discurso psiquiátrico, "que regride aos modelos positivistas da criminologia etiológica, (con)fundindo direito e natureza"<sup>21</sup>.

O positivismo que crê na possibilidade de aferição da periculosidade do indivíduo criminoso refugia-se nesse tipo de sistema, trazendo de volta os conceitos lombrosianos, tais como propensão ao delito, causas biológicas da delinquência e personalidade criminosa. A submissão a esse discurso restringe a decisão do magistrado aos exames médicos elaborados no processo<sup>22</sup>.

Ou seja, a aplicação desse entendimento para o Direito Penal traria uma nova perspectiva determinista, que serviria apenas para reforçar teorias como a de Lombroso, de que a propensão ao crime é verificável por critérios biológicos.

A todo momento, partes da sociedade apenas aguardam a oportunidade de trazer de volta tais ideias. Cita-se, a título exemplificativo, as leis de eugenia promulgadas nos Estados Unidos e na Alemanha, as quais visavam à purificação das raças. Trata-se de uma busca constante por discursos que validem e legitimem a implementação dessa perspectiva do Direito Penal, a qual está revestida de um viés absolutista, inegavelmente criando a possibilidade de levar a população de volta a uma "caça às bruxas"<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise**: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 4.

<sup>19</sup> BUSATO, Paulo César. **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

<sup>20</sup> RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise**: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 9.

<sup>21</sup> CARVALHO, Salo de. **Práticas Inquisitivas na Execução Penal**. In: *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2002, p. 157.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise**: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 10.

Impossível ignorar, inclusive, os termos técnicos constantemente utilizados na criminologia e nos exames periciais, os quais "orientam o provimento jurisdicional: 'personalidade imatura e infantil', 'delinqüência ocasional', 'delinqüência caracteriológica', 'mesocriminoso preponderante', 'prospecção de futuro', 'atenção normovigil e normotenaz', 'orientação auto e alopsíquica', 'linguagem normolálica', 'afeto normomodulado' et coetera"<sup>24</sup>.

Ou seja, não buscaríamos mais características externas capazes de indicar potencial criminoso, mas aspectos neurológicos que demonstram predisposição a atividades ilícitas.

Portanto, a despeito de a fase de conhecimento do processo penal ser sustentada por um sistema acusatório, de ser um direito penal de fato, a execução penal e incidentes que exigem a realização de perícia são todos direcionados por conceitos "medicalizados" sobre as características pessoais do acusado. O que deveria constituir um sistema oposto ao direito penal de autor nele acaba se encaixando<sup>25</sup>.

Fato é que, ao eliminarmos a culpabilidade da equação do sistema penal, em razão da suposta ausência de liberdade, seguindo um discurso determinista, isso levaria a consequências drásticas em todos os âmbitos do direito<sup>26</sup>.

Aqueles que defendem que o ser humano não é livre e que, portanto, não deve existir nenhum tipo de punição, não poderá defender a existência de nenhum aspecto do Direito. Afinal, se um juiz, que também é humano, e, portanto, desprovido de livre-arbítrio, toma uma decisão, esta será inteiramente contaminada por fatores pré-determinados e incontroláveis, de forma que será impossível se considerar a imparcialidade judicial<sup>27</sup>.

Também deixará de existir o direito civil, uma vez que a liberdade é indispensável à validade do ato jurídico, bem como o direito eleitoral, pois a ausência de liberdade deslegitima os resultados das eleições. Como pode uma pessoa, sem liberdade, votar e ser votada<sup>28</sup>?

Esta compreensão existe na maioria das teorias da culpabilidade, vez que a liberdade de agir é seu pressuposto fundamental. Para Tobias Barreto, pouco importa se no plano empírico o homem é ou não livre, mas que "para firmar a doutrina da imputação, o direito aceita a

---

<sup>24</sup> CARVALHO, Salo de. **Práticas Inquisitivas na Execução Penal**. In: *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2002, p. 157.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>26</sup> BUSATO, Paulo César. **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

<sup>27</sup> GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 194.

liberdade como postulado de ordem social; e isto lhe é bastante"<sup>29</sup>. Trata-se de entendimento emitido em 1926 e que segue subsidiando os pilares da culpabilidade no direito penal.

Ainda, cumpre ressaltar que essa linha de pensamento extrapola o campo jurídico-penal.

Emitindo entendimento diverso dos neurocientistas, filósofos e estudiosos das ciências sociais pregam que o livre-arbítrio não reside num conceito biológico e empírico, mas num sentimento subjetivo de liberdade de ação – ou seja, a sensação que o ser humano possui em relação ao controle que possui da tomada de suas decisões<sup>30</sup>.

Uma análise através das ciências sociais pode trazer a conclusão de que o ordenamento jurídico não pode pressupor a ausência de liberdade sem um fundamento sólido para isto. Ademais, o cerne da liberdade humana não vem de experimentos empíricos, mas da própria experiência humana e da maneira que os homens tratam uns aos outros, a partir da noção de que somos dotados de liberdade<sup>31</sup>.

Ou seja, essa lógica é aplicável não somente ao direito, mas a todos os aspectos que envolvem a sociedade, pois os homens tratam uns aos outros como livres<sup>32</sup>, e é esse tratamento, essa compreensão universal que sustenta a existência do livre-arbítrio como pressuposto fundamental da vida em sociedade e, mais especificamente, da responsabilidade criminal.

Não é diferente o entendimento do filósofo e professor John Searle, que discorre sobre a compreensão interna que o homem tem da própria liberdade. Diz o autor que em relação a atos conscientes, o indivíduo tem dificuldade de recorrer às teorias deterministas, pois entende a própria ação como plenamente livre e voluntária<sup>33</sup>.

Relata que a experiência psicológica da liberdade é fundamental ao ponto de que sua percepção como meramente ilusória pelo indivíduo, diante da suposta descoberta de que seu comportamento é exclusivamente impulsivo e determinado, traria uma reação espantosa<sup>34</sup>.

Em seguida, o professor parte do pressuposto que a resolução da questão da liberdade no plano filosófico é simples, mas transfere a dificuldade para o plano da neurobiologia<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e fundamento do direito de punir**. Sergipe: Assembleia Legislativa, 1926. p. 7-8.

<sup>30</sup> RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 9.

<sup>31</sup> GUARAGNI, Fábio André. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 203.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>33</sup> SEARLE, John R. **Liberdade e Neurobiologia: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político**. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p. 11.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 22-23.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 13-14.

Afirma que no plano da consciência como "característica biológica superior do cérebro"<sup>36</sup>, a liberdade não é uma ilusão, e passa a abordar os aspectos neurobiológicos que demonstram, a despeito das tentativas apressadas dos neurocientistas de confirmarem a ausência de livre-arbítrio, a existência da liberdade de agir no ser humano.

Demonstra que há um espaço de tempo entre a motivação da decisão, a tomada da decisão e a efetiva execução da decisão, sendo impossível se falar num ato contínuo entre os três eventos.

"As razões que me conduziram à decisão não me parecem casualmente suficientes para impor a decisão não me pareceu causalmente suficiente para forçar a ação [...] há [...] intervalo ou uma série de intervalos entre as causas que intervêm nas diferentes etapas da deliberação, da decisão, da ação e durante as etapas subsequentes. [...] Em cada etapa experimentamos estados conscientes que nos parecem insuficientes para impor o estado consciente seguinte<sup>37</sup>".

Afinal, segundo a teoria determinista, seria imprescindível a inexistência de intervalos entre os momentos de motivação, decisão e execução. No entanto, é plenamente possível verificar que se tratam de três momentos distintos, bem como proceder à análise de cada um de maneira separada, o que, inevitavelmente, exige um impulso indeterminista<sup>38</sup>.

Evidente que, independentemente da abordagem selecionada, seja a que critica os próprios resultados dos experimentos neurocientíficos a partir de suas conclusões apressadas, seja a que os toma como corretos, mas aplica o filtro jurídico, social e filosófico, é possível concluir que atribuir os resultados dos referidos experimentos ao Direito, sem contestá-los a partir de sua incompatibilidade com a linguagem jurídica e social, além de contraditório e ineficaz, culminará em consequências drásticas, fazendo desaparecer a vida em sociedade que hoje conhecemos.

### **3 O REAL PAPEL DAS CIÊNCIAS MÉDICAS NA CONSTATAÇÃO DOS CASOS DE INIMPUTABILIDADE E O PROBLEMA DA COMPREENSÃO RASA DOS JURISTAS SOBRE AS DOENÇAS MENTAIS**

Superada a questão do livre-arbítrio enquanto dado empírico, eis que inaplicável e incompatível com as ciências jurídicas e sociais, não se pode deixar de analisar o papel das

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>38</sup> GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204.

ciências médicas no direito penal, tendo em vista que, no momento de aferir a imputabilidade do réu, a partir do momento em que surge dúvida razoável acerca de sua sanidade mental, requer que se entrelacem os discursos jurídico e médico-científico.

O conceito de culpabilidade como elemento do delito no Direito Penal diz respeito a "todas as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito". (BUSATO, 2015, p. 526).

Possui uma dimensão formal (aquela delimitada pelo ordenamento jurídico) e outra material, a qual será verificada no caso concreto para aferir se o agente atuou de maneira livre<sup>39</sup>.

Segundo Busato, dois elementos compõem a estrutura da culpabilidade enquanto elemento do crime: a potencial consciência de ilicitude e a imputabilidade<sup>40</sup>.

A potencial consciência de ilicitude refere-se não ao real conhecimento da norma ou da antijuridicidade da conduta praticada, mas ao caráter antissocial da ação. Trata-se de um agir evidentemente "errado", tendo em vista o que é internalizado socialmente a respeito dos bens jurídicos, riscos não permitidos e a própria dimensão do dano causado<sup>41</sup>. Tudo isso deriva da percepção ética humana, a qual só é possível existir a partir de uma linguagem social comum.

Novamente, e corroborando o que foi exposto até o momento, a comunicação sistêmica mostra-se uma peça essencial da vida em sociedade e também do direito.

A imputabilidade, por sua vez, é, essencialmente, a capacidade de culpabilidade, ou seja, a coletânea de características individuais as quais, se verificadas, configuram a possibilidade de se atribuir responsabilidade a um ato ilícito cometido pelo agente<sup>42</sup>.

É a própria ideia de imputabilidade que gira em torno do livre-arbítrio, tendo em vista que uma conduta que não é livre, não é reprovável.

Corolário desta percepção é que o sujeito que não é capaz de agir livremente tampouco é capaz de ser culpável, observados os moldes da imputabilidade no Direito Penal.

O ordenamento jurídico brasileiro não elaborou um conceito de imputabilidade, inexistindo um rol de atributos que a configure, optando o legislador por listar as causas que a excluem, de forma que, se verificadas, está-se diante de um agente que não pode ser penalmente responsabilizado por seus atos. Por outro lado, há uma presunção de que quaisquer ações realizadas por um sujeito que não se enquadra nas categorias dispostas no texto legal são reprováveis, ante a imputabilidade do agente.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. Ed. 2. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 555.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 556.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 570.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 556.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 557.

As hipóteses de inimputabilidade, com exceção da menoridade, estão previstas no art. 26 do Código Penal:

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

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de **perturbação de saúde mental** ou por **desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**<sup>44</sup>.

A verificação da inimputabilidade requer uma análise tríplice, devendo-se aferir, primeiramente, se o sujeito tinha, ao tempo da infração, capacidade de compreender o caráter ilícito de seus atos e, em seguida, se era capaz de se determinar de acordo com tal entendimento. Por fim, verifica-se se há uma doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental retardado e incompleto que expliquem tais incapacidades.

O *caput* e o parágrafo único possuem duas diferenças fundamentais. A primeira, de fácil compreensão e inteiramente compatível com o que se compreende a respeito da culpabilidade, diz respeito à capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Aquele que é **inteiramente incapaz** de ter consciência da ilicitude ou de se comportar de acordo com a norma, será considerado inimputável. Aquele que é **parcialmente capaz**, por sua vez, será considerado semi-imputável.

Há consequências penais distintas para cada uma dessas categorias. Ao inimputável, caso tenha cometido fato típico, antijurídico e punível, em razão de não ser culpável, será aplicada medida de segurança no lugar da pena. Ao semi-imputável, no entanto, será aplicada uma pena menor, cuja redução se justifica a partir de um menor grau de reprovabilidade de sua conduta.

A segunda diferença diz respeito ao sujeito. O *caput* do art. 26 traz a figura do doente mental e daquele com desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em seguida, o parágrafo único trata do agente com perturbações da saúde mental.

No entanto, o legislador se absteve de empregar quaisquer conceitos que pudessem orientar o magistrado em suas decisões sobre a culpabilidade, em que pese a falta de conhecimento do jurista acerca das doenças mentais.

---

<sup>44</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 25 abr 2022.

Como bem ressaltado anteriormente, a questão da imputabilidade e da culpabilidade, a despeito do inegável papel das ciências médicas no auxílio em sua constatação, acaba por cair nas mãos dos operadores do direito, os quais possuem conhecimento limitado das patologias da mente.

A concepção anteriormente exposta da psiquiatria clássica de que a doença mental equivale à doença cerebral, e que a disfunção deriva de alguma lesão de natureza anatômica ou distúrbio fisiológico cerebral<sup>45</sup> constatável por exame é compatível com a reforma de 1984 do Código Penal, que relaciona inimputabilidade à doença, e também com o próprio incidente de insanidade mental do Código de Processo Penal, requisito essencial para a constatação da inimputabilidade, de 1941.

No entanto, apesar da evolução das ideias e teorias da psiquiatria, o texto dos Códigos não se alterou, de forma que a linguagem sistêmica do direito segue corroborando a defasada ciência médica, vez que, por exemplo, não aborda todas as patologias mentais em seu conceito, limitando o operador do direito em razão das próprias restrições do texto legal.

Veja-se, como exemplo, o entendimento publicado pelo advogado Mateus Fernandes. O autor defende, em seu artigo, uma lista de doenças que podem causar inimputabilidade no direito penal. Aborda, neste sentido, as psicoses, epilepsia, esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva (também conhecida como transtorno bipolar) e demência senil<sup>46</sup>.

Em seguida, discorre sobre a semi-imputabilidade, tomando como doenças que podem ocasioná-la as neuroses, as psicopatias e as oligofrenias. Também entende que pode ser semi-imputável o débil mental, o imbecil, o idiota, os silvícolas, os surdos-mudos e aqueles com desenvolvimento mental incompleto<sup>47</sup>.

Por sua vez, o advogado criminalista Rafael Rocha lista como doenças potencialmente causadoras de inimputabilidade a epilepsia, histeria, neurastenia, psicose maníaco-depressiva, melancolia, paranoia, alcoolismo, demência, psicose carcerária e senilidade<sup>48</sup>.

Trata-se de abordagem extremamente rasa e nociva sobre o assunto, que demonstra a gravidade que é a ausência de interdisciplinaridade entre o direito e a psiquiatria. Ao estudioso do direito falta compreensão sobre o assunto, o que gera uma situação perigosa ao acusado que

---

<sup>45</sup> BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologias**: uma introdução ao estudo de psicologia. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 464.

<sup>46</sup> FERNANDES, Mateus. **Doenças que ocasionam inimputabilidade no direito penal**. Jusbrasil, 2017. Disponível em <<https://mateusfernandesoficial.jusbrasil.com.br/artigos/470586623/doencas-que-ocasionam-inimputabilidade-no-direito-penal>> Acesso em 18 abr 2022.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> ROCHA, Rafael. **Doenças que tornam o indivíduo inimputável**. Jus, janeiro de 2018.

Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/63622/doencas-que-tornam-o-individuo-inimputavel>> Acesso em 18 abr 2022.

possui doença mental, cuja situação muitas vezes será agravada pela imposição de pena, ao passo de que um tratamento adequado seria muito mais benéfico, até em questão de continuidade delitiva.

Verifica-se dos artigos citados que muitas doenças mentais, que podem apresentar quadros bastante agravados, sequer são mencionadas, como por exemplo o transtorno depressivo, os mais diversos transtornos de ansiedade, transtorno *borderline* e os transtornos de personalidade.

Diversas doenças e transtornos mentais, tais como os citados acima, compartilham de uma característica que é a instabilidade. Ao passo de que, no momento de análise do perito, o acusado pode aparentar estar são, isso muitas vezes não reflete a realidade de diversos momentos e, possivelmente, da ocasião do ato delituoso.

Neurodivergentes dos mais diversos diagnósticos apresentam essa instabilidade, o que significa que a compreensão do caráter ilícito do fato delituoso está presente, uma vez que é possível constatar a inexistência de problemas com memória, atenção, linguagem e sensopercepção. Seus pensamentos e comportamentos podem parecer absolutamente normais. Contudo, é impossível saber se, no exato momento em que o agente cometeu o suposto crime, ele estava num momento de instabilidade, o que significaria total incapacidade de se determinar conforme seu entendimento.

Como visto anteriormente, o transtorno bipolar é um do que está presente no rol de doenças compreendidas pelos juristas como capaz de causar a inimputabilidade penal, em razão das características dos estados maníaco e depressivo. Nas palavras do advogado Mateus Fernandes:

O estado maníaco seria uma fase de muita euforia e excitação, o indivíduo se sente grandioso, poderoso, e por vezes, um ser único, dotado de poderes especiais. Isso pode levar a prática de atos abusivos, prepotentes, originados por uma sensação de poder imaginária.

A fase depressiva, por sua vez, se caracteriza por uma tristeza profunda e sem motivo, o doente se sente cansado, inferior, com pouco vigor físico. Possui dificuldade de concentração e seus pensamentos são mais lentos. Pode haver também muita irritabilidade e intolerância, o que leva à prática de condutas delitivas como o homicídio e o suicídio<sup>49</sup>.

Os diagnósticos médicos e psiquiátricos são realizados nos termos de duas referências principais: o Código Internacional de Doenças (CID) e o Manual de Diagnóstico Psiquiátrico

---

<sup>49</sup> FERNANDES, Mateus. **Doenças que ocasionam inimputabilidade no direito penal**. Jusbrasil, 2017. Disponível em <<https://mateusfernandesoficial.jusbrasil.com.br/artigos/470586623/doencas-que-ocasionam-inimputabilidade-no-direito-penal>> Acesso em 18 abr 2022.

da *American Psychiatric Association* (DSM). Para elucidar algumas questões referentes ao laudo psiquiátrico fornecido no processo penal e das doenças mentais neles contempladas, serão trazidos, neste trabalho, conceitos do referido manual.

A psiquiatria, de fato, reconhece a possibilidade de comportamento de risco na pessoa portadora de transtorno bipolar, considerando como uma das características de um episódio maníaco a *"perturbação do humor é suficientemente grave a ponto de causar prejuízo acentuado no funcionamento social ou profissional ou para necessitar de hospitalização a fim de prevenir dano a si mesmo ou a outras pessoas, ou existem características psicóticas"*<sup>50</sup>.

Já em relação aos episódios depressivos maiores, alguns sintomas caracterizadores são a agitação ou retardo psicomotor, capacidade diminuída de pensamento, concentração ou indecisão, e sentimentos excessivos de culpa que podem chegar a causar delírio, os quais causam significativa prejuízo no funcionamento social<sup>51</sup>, situações facilmente constatáveis em episódios delitivos e que indicam ausência de capacidade de se determinar conforme a compreensão do caráter ilícito de sua conduta.

É problemático verificar que muitos transtornos sequer são citados pelos juristas, tendo em vista que para alguns transtornos depressivos uma característica indispensável ao diagnóstico é a existência de episódios de explosões de raiva recorrentes e graves manifestadas pela violência verbal ou comportamental que são consideravelmente desproporcionais em intensidade ou duração à situação ou provocação<sup>52</sup>.

O transtorno do pânico, por sua vez, é caracterizado pela existência de "surtos" inexplicáveis e recorrentes nos quais pode-se verificar, além de sintomas físicos de taquicardia, sudorese e sensação de asfixia, a desrealização (sensações de irreabilidade) ou despersonalização (sensação de estar distanciado de si mesmo)<sup>53</sup>, o que também está associado a comportamentos de risco a si mesmo e ao outrem.

Os transtornos da personalidade mais diversos possuem características verificáveis, de plano, durante atividades delitivas, como "padrão difuso de desconsideração e violação dos direitos das outras pessoas"<sup>54</sup>, comportamentos impulsivos autodestrutivos, raiva incontrolável, sintomas dissociativos<sup>55</sup> e episódios psicóticos<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais DSM V**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2014. p. 124.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 125.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 208-215.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 659.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 663.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 651.

Reitera-se que a intenção deste trabalho não é indicar toda e qualquer doença que pode causar inimputabilidade, mas demonstrar que os conceitos e métodos hoje utilizados no direito penal e processual penal são ultrapassados e geram prejuízos aos acusados cuja doença mental afetou sua capacidade de compreensão do caráter ilícito de sua ação, ou sua capacidade de se determinar de acordo com tal entendimento, mas cujo diagnóstico (ou falta do) o coloca indevidamente como imputável.

A falácia da infalibilidade da prova pericial, ante sua suposta objetividade e absoluta imparcialidade não ajuda o caso aqui exposto, pois prende o magistrado aos resultados ali descritos.

Também não convém adotar o entendimento antigo de que o portador de doença mental é "louco", nem cabe a concepção da psiquiatria clássica de que a doença mental é equivalente à doença cerebral<sup>57</sup>, as duas principais ideias sobre as quais a legislação penal e processual penal foram construídas.

O que parece levar a uma conclusão contraditória, na verdade, expõe os dois lados da problemática que é a o conhecimento limitado do magistrado acerca das patologias da mente: ele não possui elementos suficientes para divergir de um laudo pericial e, caso opte por assim proceder, seu entendimento é raso e formado por ideias adquiridas através dos exames periciais previamente recebidos durante sua carreira (não tendo substrato para interpretá-los de maneira adequada) e dos preconceitos sociais sobre doença mental e "loucura".

Estes impasses serão tratados de maneira pormenorizada no próximo capítulo, mediante uma análise crítica do procedimento do incidente de insanidade mental do acusado, os rumos do processo após sua conclusão e dos papéis do magistrado e do médico perito nesse momento processual.

#### **4 A PROBLEMÁTICA DA CODEPENDÊNCIA ENTRE A DECISÃO JUDICIAL E O LAUDO PERICIAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE UMA LINGUAGEM COMUM ENTRE O CONHECIMENTO MÉDICO-CIENTÍFICO E O CONHECIMENTO JURÍDICO**

A partir da finalização do exame pericial, após respondidos os quesitos e elaboradas as conclusões acerca das capacidades mentais do acusado, o laudo é remetido ao juiz, o qual deverá tomar uma decisão acerca do andamento do processo.

---

<sup>57</sup> BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 464.

Em que pese a possibilidade de manifestação e impugnação ao laudo, cumpre esclarecer que "embora se admita o contraditório posterior, nem sempre as informações técnico científicas são elaboradas com vistas a uma discussão paritária entre os interessados, acabando por prevalecer uma versão única sobre os fatos examinados, aceita acriticamente, não só pelo juiz, como pelas próprias partes"<sup>58</sup>

Ao magistrado, a partir da análise dos resultados do laudo pericial, cabe o dever de determinar os rumos do processo, o que geralmente é feito com base no conteúdo formulado pelo médico perito<sup>59</sup>. É possível, ao *expert* judicial, chegar a quatro conclusões distintas, ao final do laudo: a) o réu, ao momento do ato delituoso, era totalmente incapaz de compreender o caráter ilícito da ação ou de determinar-se de acordo com tal entendimento em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo, portanto, inimputável; b) o réu era, ao tempo do ato delituoso, parcialmente capaz de compreender o caráter ilícito da ação ou de determinar-se de acordo com tal entendimento em razão de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo, portanto, semi-imputável; c) que a doença mental sobreveio à infração; e d) o réu não é portador de anomalia psíquica capaz de infirmar seu entendimento em relação ao caráter ilícito da sua ação ou sua capacidade de agir em relação a ele.

Conforme citado anteriormente, o sistema de diagnósticos do CID e do DSM, adotado pelos psiquiatras, é de enorme complexidade, e são observados incontáveis "eixos, secções, categorias, síndromes, comportamentos e sintomas, cobrindo praticamente todos os territórios da vida de relação"<sup>60</sup>. Trata-se de algo que uma perícia médica, nos moldes do incidente de insanidade mental do acusado, seria incapaz de avaliar, uma vez que um diagnóstico psiquiátrico pode levar meses ou anos, ante a necessidade de verificar diversas características e episódios durante períodos prolongados. Os quarenta e cinco dias concedidos ao perito não são suficientes para uma conclusão adequada.

Assim, é possível entender que o trabalho do médico perito também sofre limitações. A despeito da ampla liberdade concedida ao *expert*, ante a ausência de especificações do Código de Processo Penal a respeito do procedimento a ser adotado no incidente de insanidade mental do acusado, é impossível a verificação das condições contemporâneas ao ato delituoso, tendo o

---

<sup>58</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 157.

<sup>59</sup> ROSSOL, Bruna. **O laudo psiquiátrico no incidente de insanidade mental**: problematizando o discurso pericial no processo penal brasileiro. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. p. 39.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 73.

profissional acesso apenas ao conjunto de características do acusado, mediante entrevistas, exames, e ao que foi relatado nos autos até o momento da perícia.

O problema se agrava quando se leva em consideração que muitos dos acusados sequer têm acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, por vezes nunca tendo uma informação qualificada sobre a possibilidade de ser portador de uma doença mental, conhecimento que pode fazer toda a diferença no momento de uma entrevista com o perito.

É claro que não há óbices técnicos ao perito para que verifique a influência psicológica e neurológica em condutas delituosas<sup>61</sup>. No entanto, há aspectos que remetem ao "fenômeno do etiquetamento ou controle social, que, ainda hoje, fomenta o estereótipo do louco medieval na cultura popular, que lamentavelmente transcende para a cultura jurídica brasileira"<sup>62</sup>. Ou seja, os preconceitos sociais sobre doença mental e "loucura" também permeiam os ideais compartilhados por uma enorme parcela dos operadores do direito.

Essa é a grande problemática da ausência de uma linguagem sistêmica comum entre a psiquiatria e o direito. A comunicação é ineficaz, pois o médico, em toda sua sabedoria, não possui elementos suficientes para atribuir a "insanidade mental do acusado" à ausência de culpabilidade – apesar de acabar emitindo tal juízo, em que pese o fato de seu conhecimento não estar inserido nos métodos da ciência do direito –, ao passo de que um juiz não possui elementos suficientes, eis que seu entendimento fica adstrito ao informado no incidente, para tomar uma decisão que divirja do laudo pericial elaborado.

Além da consequência supramencionada, o conhecimento reduzido do magistrado, eis que forma seu convencimento exclusivamente em razão dos laudos periciais que lhes são apresentados, muitos dos quais, como delineado anteriormente, podem apresentar falhas em razão de suas limitações, é uma das raízes dos pré-conceitos adquiridos em relação às doenças psicológicas. Isso dificulta uma postura de proteção aos direitos fundamentais dos réus portadores de doenças mentais e um ciclo vicioso se estabelece, sendo os mais prejudicados aqueles que já sofrem em razão destes problemas de saúde, perpetuando a imposição de pena aos indivíduos que não deveriam ser considerados culpáveis, sendo que seria muito mais benéfico se pudessem usufruir de um tratamento médico adequado.

Ante a ausência de expertise na área médico-científica, é um requerimento absoluto a determinação de realização da prova pericial a partir do momento em que são constatadas

---

<sup>61</sup> DISPOSITI, Vilson Aparecido. **Criminologia**: Transtornos neuropsíquicos e imputabilidade penal. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n.19, dez/2011. p. 13.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 13.

dúvidas razoáveis acerca da sanidade mental do acusado<sup>63</sup>. Ocorre que, a despeito da possibilidade de rejeição do laudo pericial, não é fácil refutar as conclusões do psiquiatra. A própria natureza desta perícia, somada ao seu poder de intervenção, reflete essa dificuldade<sup>64</sup>.

A livre valoração das provas do processo e o princípio do livre convencimento do juiz não são suficientes para, na prática, se verificar uma real chance de se descartar os resultados de um laudo pericial. Afinal, afastar as conclusões de um discurso científico, revestido de uma suposta objetividade e infalibilidade não é fácil ou simples<sup>65</sup>.

A falaciosa crença de que através deste resultado científico intocável se chegará a uma verdade irrefutável sobre as características e condições pessoais do réu em relação à sua sanidade mental no momento da ação delituosa reveste o próprio discurso jurídico do magistrado com uma confiança que, apenas através de seus conhecimentos do direito, seria inalcançável<sup>66</sup>.

A relação de codependência entre juízes e psiquiatras tem o condão de transformar o magistrado, em relação à imputabilidade do acusado, num mero homologador de laudos. O médico perito acaba por, involuntariamente, revestindo-se da condição de julgador, tendo a palavra final sobre a responsabilidade penal do acusado.

A respeito da autoridade concedida ao perito, o professor e médico Michel Landry leciona:

Alguns objetarão que os juízes e jurados têm a possibilidade de tomar esses elementos em consideração no decurso do processo e de conceder, eventualmente, ao acusado o benefício das circunstâncias atenuantes. Isso não impede que o parecer presumidamente competente de um perito, aureolado do prestígio inerente a todo homem de ciência, pesará fortemente no momento do veredicto. E não é seguro que o tribunal atribua a esses fatores não patológicos toda a importância que merecem, depois que o psiquiatra tenha solenemente declarado o acusado inteiramente responsável pelos seus atos<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> ROSSOL, Bruna. **O laudo psiquiátrico no incidente de insanidade mental**: problematizando o discurso pericial no processo penal brasileiro. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. p. 65.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>67</sup> LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal. Trad. Jurema Franco Camargo. São Paulo: Pioneira/EDUSP, 1981, p. 62.

Ou seja, o convencimento do magistrado fica subordinado a esse conjunto de informações que fundamentam de modo científico sua decisão, afinal<sup>68</sup>, é fácil refutar o discurso jurídico, enquanto a refutação do discurso psiquiátrico beira o impossível.

Estabelece-se, então, uma contradição.

Por um lado, como bem destacado neste trabalho, os estudiosos do direito que se dedicaram a compreender o impacto das neurociências no direito concluem que os estudos empíricos realizados pelos cientistas médicos não são capazes de, por si só, infirmar as conclusões jurídicas a respeito da culpabilidade em razão de uma incompatibilidade da comunicação sistêmica das ciências.

No tocante ao exposto até o momento, cumpre retornar ao que foi anteriormente constatado a respeito da possibilidade de definição da existência de crime, o que foi bem-conceituado por Guaragni e Guimarães:

O sistema de análise de crime define as possibilidades de discursar se um fato é crime ou não. Afinal, a comunicação sistêmica "define tanto a mensagem que é selecionada, como o conjunto de possibilidades dentro dos quais a mensagem é selecionada". Fora do conceito analítico de crime inexistente *possibilidade comunicativa* para definir se houve crime e, por conseguinte, se há espaço para a punibilidade, enquanto consequência jurídica do crime<sup>69</sup>.

Ou seja, o dever de constatar a imputabilidade, um conceito jurídico que se insere na linguagem sistêmica do direito, cuja presença é indispensável para a configuração do crime, cai nas mãos de um profissional cujo processo de convencimento é estranho a essa comunicação sistêmica.

Por outro, a constatação da inimputabilidade no caso concreto depende de um exame, também empírico, realizado por um profissional que não adapta suas conclusões à linguagem jurídica, deixando este trabalho ao operador do direito – cujo conhecimento a respeito das patologias da mente é limitado.

Ora, se ficou evidente que os experimentos da neurociência que concluem pela ausência de livre-arbítrio são incapazes de infirmar o conceito jurídico de culpabilidade, nos moldes da argumentação realizada no primeiro capítulo deste artigo, é contraditório e perigoso que a determinação da imputabilidade do réu resulta quase exclusivamente – em razão da dificuldade

<sup>68</sup> CARVALHO, Salo. **O papel da perícia psicológica na execução penal**. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (coord.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p. 148.

<sup>69</sup> GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170-171.

de descartar as conclusões do laudo pericial – de um exame cujo método científico é o mesmo dos experimentos supracitados.

A princípio, parece um problema sem solução. No entanto, pode-se constatar que a legislação penal de vários países tem sido adaptada para que, ao menos, sejam consideradas as doenças mentais nos termos compreendidos pela psiquiatria nos dias de hoje.

Um texto legal que, ao determinar as causas de exclusão de imputabilidade, seja elaborado de maneira mais cuidadosa e que contemple as doenças mentais em seu todo, considerando o universo complexo que é a saúde mental e sua ausência ou deficiência, bem como que estabeleça critérios para orientar o magistrado em sua tomada de decisão tornariam o processo muito mais justo e compatível com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Além disso, uma adaptação do Código de Processo Penal seria adequada se estabelecesse diretrizes mais claras aos médicos-peritos e considerasse as questões de saúde pública, tomando um posicionamento mais protetivo e compreensivo com o acusado portador de doença mental, autorizando um momento processual em que o réu pudesse se defender de maneira mais eficaz, o que permitiria, inclusive, que o magistrado tenha um substrato maior para divergir do laudo pericial, se for o caso.

Em nada convém a manutenção de uma legislação penal arcaica elaborada com fundamento em concepções antiquadas sobre saúde mental. Tampouco é cabível, num sistema constitucional que possui a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, um processo penal que dificulta a defesa do réu portador de doença mental, quando um exame que constantemente é eivado de falhas, constata sua plena imputabilidade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho foi sistematizado para que, ao final de cada capítulo, fosse possível chegar a uma conclusão a respeito da maneira que a culpabilidade e a imputabilidade são abordadas no direito penal e direito processual penal, especialmente em razão dos estudos neurocientíficos e do papel da perícia médico-psiquiátrica no incidente de insanidade mental do acusado.

Primeiro, é possível entender a imprestabilidade dos resultados dos experimentos neurocientíficos cujos resultados defendem a ausência de livre-arbítrio do homem, chegando à conclusão de que em razão desta ausência de liberdade, o homem não poderia ser considerado culpável por seus atos, de forma que não deveria existir responsabilização penal. Afinal, inexistente possibilidade de definição do que é crime fora da linguagem sistêmica do direito, de forma que o que é compreendido pelos neurocientistas como liberdade reside num conceito

inteiramente incompatível com a comunicação sistêmica jurídica, ante o método científico diverso utilizado.

O conceito de livre-arbítrio para as ciências jurídicas e sociais independe das conclusões apressadas da neurociência, e sua adoção indiscriminada, sem a adaptação e o filtro necessário, traria consequências irreversíveis para o direito e para a vida em sociedade que hoje conhecemos, seja um retrocesso ao direito penal de autor, segundo o qual seria possível aferir uma "personalidade delitiva" através de características neurobiológicas, seja o desaparecimento do direito como um todo.

Em segundo lugar, conclui-se que, do modo que foi elaborada a legislação penal e processual penal, com base em conceitos antiquados como a "loucura" do portador de doença mental e, posteriormente, da psiquiatria clássica de equivalência da doença mental à doença cerebral, bem como em razão do conhecimento raso do operador do direito sobre as patologias da mente, muitos transtornos mentais e transtornos da personalidade deixam de ser contemplados pelo ordenamento jurídico. Assim, o magistrado fica refém do texto legal e do laudo médico-pericial elaborado, o que resulta na enorme dificuldade em refutar o discurso científico "objetivo", "exato" e "imparcial".

Isso culmina numa situação de injustiça ao acusado cuja doença mental não está contemplada no "rol" do imaginário do juiz, formado pelos preconceitos adquiridos ao longo de uma carreira de análise de laudos periciais e de sua inserção numa cultura social que compreende o doente mental como "louco".

Ou seja, na remota hipótese de o juiz pretender rejeitar o laudo pericial apresentado, ele ainda assim não teria conhecimentos científicos suficientes para tomar uma decisão justa.

Por fim, a partir da análise destas duas consequências distintas, é apontada a contradição estabelecida entre a rejeição por inteiro das ideias neurocientíficas para o conceito de culpabilidade em oposição à completa dependência do magistrado em relação aos exames periciais que são elaborados, os quais se inserem na mesma lógica científica dos primeiros.

Percebe-se que o incidente de insanidade mental do acusado é, em razão da dificuldade, pelas próprias características do incidente, em alcançar o padrão diagnóstico das doenças psiquiátricas do CID e do DSM, eivado de limitações, as quais podem ser a origem de graves falhas e grandes injustiças ao acusado, e que a impossibilidade material da refutação de um discurso científico dotado de suposta infalibilidade perpetua esse vício.

Ou seja, a codependência entre magistrado e psiquiatra, nesses moldes, causa uma situação de infundável violação da dignidade da pessoa humana, eis que culmina na aplicação de pena a acusados que não poderiam ser culpáveis por suas ações.

Assim, pode-se concluir que é imprescindível uma atualização do texto legal que seja compatível tanto com os avanços das ciências médicas quanto com as possibilidades jurídicas de caracterização da culpabilidade.

É preciso uma renovação das causas de exclusão de imputabilidade do artigo 26 do Código Penal, para que possam contemplar um conjunto maior de anomalias psíquicas que possam causar a inimputabilidade, com fundamento nos avanços da psicologia e psiquiatria, de forma que seja possível um provimento jurisdicional mais justo àqueles que já sofrem com sua saúde mental.

Da mesma forma, é necessária a modificação do Código de Processo Penal, para que se forme um sistema mais adequado para verificar a possível presença de doença mental do acusado, bem como um momento processual em que ele possa se defender de maneira mais eficaz, para que a conclusão do magistrado não seja baseada exclusivamente no exame pericial, podendo ele se valer de múltiplos elementos para verificar a imputabilidade do réu, destituindo-se da função de mero homologador de laudos e deixando de transferir a tarefa de julgar ao médico perito.

Direito e medicina nunca poderão ser completamente independentes – nem devem sê-lo, não é isto que se defende –, mas é importante que sejam observadas a todo momento as novidades apresentadas tanto pelas ciências jurídicas quanto pelas ciências médicas, avaliando sempre sua compatibilidade.

Jamais será infalível ou perfeito o provimento jurisdicional, mas a partir de uma visão compatibilista e atualizada, aumentam-se as chances de uma resposta penal mais adequada e que priorize a dignidade do acusado, com a proteção de seus bens mais essenciais: a liberdade, a saúde e a vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais DSM V**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2014.

BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e fundamento do direito de punir**. Sergipe: Assembleia Legislativa, 1926.

BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 25 abr 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. Ed. 2. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49-81.

CARVALHO, Salo. **O papel da perícia psicológica na execução penal**. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (coord.). **Psicologia Jurídica no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Práticas Inquisitivas na Execução Penal**. In: **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2002.

DISPOSITI, Vilson Aparecido. **Criminologia: Transtornos neuropsíquicos e imputabilidade penal**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n.19, dez/2011.

FERNANDES, Mateus. **Doenças que ocasionam inimputabilidade no direito penal**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://mateusfernandesoficial.jusbrasil.com.br/artigos/470586623/doencas-que-ocasionam-inimputabilidade-no-direito-penal>> Acesso em 18 abr 2022.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Neurociência, livre arbítrio e Direito Penal**: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165-214.

HASSEMER, Winfried. **Neurociência e Culpabilidade em Direito Penal**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-16.

LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal. Trad. Jurema Franco Camargo. São Paulo: Pioneira/EDUSP, 1981.

LIBET, Benjamin. **Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action**. São Francisco: The Behavioral and Brain Sciences, nº 8, 1985. p. 529-566.

RIBEIRO, Anelise Schmitt. **Neurocriminologia e psicanálise**: um estudo sobre a origem da criminalidade sob o viés das ciências empíricas. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

ROCHA, Rafael. **Doenças que tornam o indivíduo inimputável**. Jus, janeiro de 2018.

Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/63622/doencas-que-tornam-o-individuo-inimputavel>> Acesso em 18 abr 2022.

ROSSOL, Bruna. **O laudo psiquiátrico no incidente de insanidade mental**: problematizando o discurso pericial no processo penal brasileiro. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

SÁ, Priscilla Placha. **Narrativas e discursos sobre a "loucura"**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215-237.

SEARLE, John R. **Liberdade e Neurobiologia**: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político. São Paulo: Editora UNESP, 2007.