

O STF E A INTERPRETAÇÃO DA CAPACIDADE PENAL: A PSICOPATIA ENCRYPTADA E A CONTRIBUIÇÃO DA NEUROCIÊNCIAS

*PENAL CAPACITY INTERPRETATION ON THE FEDERAL SUPREME COURT:
ENCRYPTED PSYCHOPATHY AND NEUROSCIENCES CONTRIBUTIONS*

Ângelo Roberto Ilha da Silva¹

Professor permanente do PPGD (doutorado e mestrado) e do Departamento de Ciências Penais (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Daison Nelson Ferreira Dias²

Mestrando em Ciências Penais pelo PPGD (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional (garantias); doutrina estrangeira; jurisprudência selecionada e comentada.

RESUMO: A psicopatia criminosa é objeto de estudo do direito penal à luz da neurociências. A teoria da

criptação aplicada ao Direito provê uma nova perspectiva de análise dos fenômenos sociojurídicos. Este artigo analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de identificar a casuística da psicopatia encriptada.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (doutorado e mestrado) e do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS Pós-doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Neurociências da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP Procurador Regional da República na 4ª Região e membro auxiliar do Gabinete do Procurador-Geral da República. Sócio-fundador e presidente do Conselho Consultivo do Instituto Eduardo Correia Membro permanente do Seminário de Teses Criminais. *E-mail:* angeloilha@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7385563650932406>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6477-2435>.

² Mestre e doutorando em neurociências pela Faculdade de Medicina da PUCRS. Médico com atuação clínica. Conferencista na área do Direito Penal e Neurociências. Professor do Curso de Especialização em Direito Penal da UFRGS. Autor de livros e artigos em medicina e em direito. *E-mail:* diasmedico@outlook.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3964728703007415>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9487-095X>.

ABSTRACT: *The Criminal Psychopathy is the issue of Criminal Law upon Neurosciences perspectives. The Theory of Encrypted applied to the Law give us a new perspective of juridical and social phenomena. This paper analyses Cases from The Federal Supreme Court to identify the cohort of encrypted psychopathy.*

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia criminosa; neurociências; teoria da encriptação; psicopatia encriptada.

KEYWORDS: *Criminal psychopathy; neurosciences; theory of encrypted; encrypted psychopathy.*

SUMÁRIO: Introdução; Metodologia; Resultados; 1 Casuística do STF: estatísticas; 2 Casuística do STF: breviário material; 3 Casuística do STF: formação da doutrina penal; 4 A psicopatia encriptada na Corte Constitucional; 5 A capacidade penal na psicopatia encriptada; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; Methods; Results; 1 FSC Casuistry: statistic; 2 FSC Casuistry: breviary material; 3 FSC Casuistry: building penal doctrine; 4 The encrypted psychopathy in the Constitutional Court; 5 On encrypted psychopathy in the penal capacity; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Definir é ato desafiador para quem oferece a definição e para quem a recebe. Há definições consideradas como exaurientes, mas essa aceção já representa uma contradição em si mesma. Se definir é dar fim para que se possa apreender a parte cognoscível de uma ideia, há necessariamente outra parte da ideia não encerrada por esses primeiros termos. Esse raciocínio interpreta o escopo da teoria da encriptação porque trata dos elementos subjacentes, por assim dizer, cifrados, codificados ou encerrados de modo a pouco revelarem-se, às categorias definidas na relação de poder – inicialmente pensada para as categorias de poder político, mas, por aplicável, expandida às categorias de poder jurídico.

A crítica apresentada pelos autores da teoria seminal da *constituição encriptada*³ pode emprestar seu paradigma de reflexão a uma crítica do que seja

³ SANÍN Restrepo, Ricardo; MENDÉZ-Hincapié, Gabriel. La Constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luís Potosí: USLP, v. 4 (8), p. 97-120, 2012.

a redução da complexidade da vida de uma pessoa a um conceito mal definido e, conseqüentemente, mal compreendido como até há pouco o era o conceito de psicopatia⁴. A amplitude de comportamentos que se pretendia alcançar com essa norma se estendia do simples desafeto político ao mais psicótico dos transeuntes. Havia vários conceitos encriptados no conceito de psicopatia. O estudo da saúde mental evoluiu à margem dessa pobre definição legal e o modo com que o Poder Judiciário pôde lidar com a amplitude de comportamentos que se pretendia albergar nessa perspectiva de controle social é objeto deste estudo.

Cumprê destacar, porém, que, após 1934, esforços de cooperação internacional levaram à edição de duas classificações amplamente utilizadas como referência de sistematização das alterações da saúde mental: a Classificação Internacional de Doenças (CID e edições), da Organização Mundial da Saúde, e o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM e edições), da Associação Americana de Psiquiatria. Essas classificações, no entanto, não compreendem um número expressivo de casos nos quais o *labeling*⁵ *psicopata* é utilizado para fins que não se relacionam à proteção, com fins terapêuticos, da pessoa etiquetada, mas estão diretamente relacionados a benefícios secundários a quem apregoa o etiquetamento com vistas à obtenção e a vantagens sociais, econômicas ou políticas.

O fato de a teoria do crime ter, especialmente a partir do último quadrante do século XIX, constantemente evoluído e angariado aquisições de diversas perspectivas epistemológicas, como foi o caso das doutrinas causais – ainda que haja alguma divergência no que tange a agrupá-las, referimo-nos ao causalismo clássico e ao neoclássico –, do finalismo e do funcionalismo,

⁴ O Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, foi outorgado por Getúlio Vargas e teve como objetivo oficial o tratamento das pessoas com alterações de estado mental, nos seguintes termos: “Art. 1º A Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental terá por fim: a) proporcionar aos psicopatas tratamento e proteção legal; b) dar amparo médico e social, não só aos predispostos a doenças mentais como também aos egressos dos estabelecimentos psiquiátricos; c) concorrer para a realização da higiene psíquica em geral e da profilaxia das psicopatias em especial” (grafia original!). Os efeitos da amplitude das definições postas às alíneas *a*, *b* e *c* desse art. 1º projetariam suas conseqüências pelas próximas décadas. Essa norma foi utilizada durante todo o período do Estado Novo e perpassou todo o Regime Militar, sendo revogada pelo Decreto nº 99.678, de 8 de novembro de 1990.

⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 85-99.

fato é que a neurociências propiciou uma espécie de reavivamento de algumas disputas doutrinárias, em especial a controvérsia livre arbítrio *versus* determinismo. Não obstante, essa não é a temática com a qual nos ocuparemos neste estudo, sendo que a referência aqui feita é para ressaltar, com o exemplo mencionado, que a neurociências como propiciadora de elementos a fornecer soluções jurídico-penais tem sido crescente.

O objeto deste artigo consiste na exploração da perspectiva conceitual da psicopatia encriptada a partir do estudo da casuística de julgados do Supremo Tribunal Federal. Com os referenciais dos avanços da neurociência, da doutrina penal e da abordagem concretizadora de direitos constitucionais a quem, por ter sido rotulado, possa vir a figurar em posição desfavorável frente ao sistema que lhe atribui um etiquetamento desvinculado de suas características comportamentais avaliadas no caso concreto e vinculado a um conceito encriptado de psicopata.

Nesse passo, dúvidas surgem acerca da capacidade penal do agente psicopata, ou seja, diante da prática de um tipo legal de crime, a indagação que nos desafia está em saber se o psicopata se revela um agente delitivo imputável, semi-imputável ou inimputável, sendo que, para dar conta em responder ao problema de pesquisa, valeremo-nos de uma perspectiva crítica amparada na neurociências.

METODOLOGIA

A pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao julgamento dos casos em que a psicopatia tenha sido considerada relevante para a definição da capacidade do agente foi realizada por meio de uma busca na base de dados do Pretório Excelso utilizando os termos psicopatia, psicopatologia, psicopata e antissocial. Em seguida, todos os acórdãos recuperados pela pesquisa foram examinados a fim de identificar os julgados em que a psicopatia tenha sido considerada na análise da conduta do agente. Nenhum critério clínico foi utilizado como filtro para selecionar os julgados porque o objetivo era recuperar a integralidade dos casos em que essa terminologia tenha sido utilizada.

A partir do total de casos apreciados pelo STF, poder-se-ia identificar o que a doutrina aplicada e a jurisprudência entendem sobre esse constructo

conceitual. O conjunto de julgados selecionados compõe o material empírico a ser analisado a partir de três paradigmas que conferem maior amplitude de compreensão dos casos e que compõe um substrato doutrinário mais dignificante e democrático: o da neurociências, o da teoria do crime e o da teoria da encriptação.

Esse tripé sustenta uma análise contemplativa i) dos fundamentos de vanguarda científica para que se compreenda o impacto da psicopatia na vida da pessoa e das pessoas com quem o psicopata convive, bem como para que se compreenda a diferença entre a psicopatia e os diagnósticos com os quais, frequentemente, a psicopatia é confundida; ii) dos fundamentos da teoria do crime com destaque à análise da imputabilidade, da semi-imputabilidade e da inimputabilidade penal, viabilizando, assim, a localização exata da psicopatia na doutrina penal à luz da compreensão contemporânea; e iii) dos fundamentos que podem ser deduzidos a partir de uma proposta de transposição da Teoria da Encriptação do Poder para fins de aplicação ao Poder Judiciário, notadamente ao direito penal, que revelará os pressupostos dogmáticos mais adequados ao tratamento constitucional do que se identificar como encriptação da capacidade penal.

Os acórdãos serão escrutinados a partir de uma série de medidas tabuladas como segue: número do caso (em ordem cronológica do protocolo da ação); área de especialidade do Direito em que se estabelece a arguição sobre a capacidade com fundamento na psicopatia; ano do acórdão e unidade federativa de origem da lide; órgão julgador do STF (monocrático, turma ou pleno); estatística processual, como, por exemplo, tempos de distribuição e de processamento (de despacho, de julgamento liminar, de julgamento definitivo, de trânsito em julgado), de concessão de medida liminar, de trânsito sob sigilo, de tipos penais ou de violações *sub judice*, de matéria recursal, de realização de perícia, de exame criminológico, de exame pericial assistente, de oportunidades em que o agente é avaliado, dos critérios utilizados para reconhecer a psicopatia, da avaliação da culpabilidade e da periculosidade, da defesa técnica (procuradores e seus fundamentos), do *Parquet* (existência e termos do parecer), dos fundamentos da decisão, da aplicação de reprimenda nos termos do sistema binário ou vicariante e dos tipos de sentença.

RESULTADOS

1 CASUÍSTICA DO STF: ESTATÍSTICAS

Aplicada a metodologia nos termos descritos neste artigo, foram selecionados 10 (dez) acórdãos em que os termos psicopata, psicopatia e psicopatologia são mencionados: RE 33.923/DF (1958), RE 49.075/SP (1962), AgRg 72.060-0/SP (1978), HC 60.485-4/RS (1982), HC 66.437-7/PR (1988), RE 266.397/PR (2000), AI 745.939/DF (2009), AI 785.809/ES (2010), HC 126.213/DF (2015) e HC 167.944/SP (2019). Na metade dos casos julgados, as alegações sobre psicopatia se relacionaram ao direito administrativo, sendo dois casos relacionados ao funcionalismo civil e três casos relacionados ao funcionalismo militar. Três casos julgavam matéria penal (crimes contra a honra, furto qualificado com concurso de pessoas e capacidade penal propriamente dita). Os outros dois casos discutiam ato infracional, à luz do direito da criança e do adolescente, e validade de divórcio assinado por pessoa internada em nosocômio psiquiátrico.

Antes da instituição do processo eletrônico, a mediana era de 7 dias para a distribuição ao ministro relator; após a informatização, a distribuição passou a ocorrer no mesmo dia em que realizado o protocolo da ação. A mediana calculada para que ocorresse o primeiro despacho no processo foi 22 dias, mas houve extremos em que o primeiro despacho ocorreu dentro de 24 horas, de um lado, e no 133º dia, de outro. Para que se obtivesse o julgamento definitivo, a série de casos apontou a necessidade de um número médio de 104 dias, com extremos de caso com decisão final mais temprana em 24 dias e mais tardia em 1.485 dias. O tempo médio para o trânsito em julgado foi 355 dias. Em 20% dos casos, houve pedido liminar, mas nenhum dos casos da série foi decidido *in limine litis*. O trânsito em segredo de justiça foi excepcional, correspondendo a apenas 10% dos casos, por se tratar da discussão sobre a extensão dos efeitos da reprimenda aplicada pela comissão de ato infracional por agente que atingira a maioridade.

O debate jurídico esteve amparado em perícia em 70% dos casos e em 50% dos casos houve manifestação nos autos em termos de exame criminológico. Nesse particular, as referências ao exame criminológico não apareceram nos julgados de matéria penal após 1988, mas apareceram em matéria administrativa. Em 40% dos casos, o agente foi reconhecido como portador de psicopatia, mas não houve o apontamento do critério utilizado

para o diagnóstico ou a especificação dos termos do conceito: no primeiro caso, o laudo em fase administrativa definiu que “o autor foi julgado incapaz, para o serviço ativo, após exames médicos. Era portador de personalidade psicopática paranoide, sujeita a distúrbios relativos” e, na fase judicial, definiu como “era portador de constituição psicopática, ou seja, o produto de transtorno quantitativo e qualitativo da integração estrutural da individualidade, falta *ad perpetuam*”; no segundo caso, personalidade psicopática por exame psiquiátrico forense; no terceiro caso, o réu é primário, de bons antecedentes, com bom comportamento carcerário e a condenação não diz respeito a crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, além de já ter sido cumprida mais da metade da pena imposta; e, no quarto caso, “a dependência ética foi demonstrada e, mesmo assim, caminhou-se para a pena mais drástica, no tocante à prestação de serviços: demissão por justa causa”.

Destaque-se que essa classificação foi utilizada pela última vez em ação protocolada no ano de 2000. Depois disso, os agentes não foram mais classificados como psicopatas. Em 60% dos casos, houve discussão sobre a culpabilidade e em um terço desse grupo foi discutida a periculosidade do agente. Em 70% dos casos, o agente foi representado por meio da advocacia privada, 20% por meio da defensoria pública e 10% por meio do *jus postulandi*. Destaque-se que, em 20% dos casos, a decisão foi proferida sem parecer ministerial.

2 CASUÍSTICA DO STF: BREVIÁRIO MATERIAL

Caso 1: RE 33.923/DF (1958). O primeiro julgado remonta a 1958. Na origem, o objetivo da ação era reverter a reforma de um militar do exército que fora incluso nos arts. 65 e 66 do Decreto-Lei nº 3.940, de 11 de dezembro de 1941, após ter sido diagnosticado como portador de personalidade psicopática. Oficial médico do Exército, o autor foi submetido a avaliação médico militar que o considerou incapaz definitivamente para o serviço militar após exames médicos que o revelaram portador de personalidade psicopática paranoide, sujeita a distúrbios relativos. Ao exame psiquiátrico forense, foi declarado portador de constituição psicopática, ou seja, o produto de transtorno quantitativo e qualitativo da integração estrutural da individualidade, falta *ad perpetuam*. Na esfera judicial, as instâncias probatórias examinaram provas e fatos e concluíram ser o recorrente alienado mental, considerando-o incapaz por psicopatia.

Caso 2: RE 49.075/SP (1962). O segundo caso nada tem a ver com psicopatia. Em verdade, o termo foi evocado em função do nome dado ao cargo que o servidor se recusava a ocupar. O autor buscou se escusar de nomeação a cargo de diretor de Divisão de Obras e Conservação do Departamento de Assistência a Psicopatas com a tese de que esse cargo era privativo à psiquiatra e, alternativamente, era privativo de engenheiro.

Caso 3: AgRg 72.060-0/SP (1978). No terceiro caso, a autora buscou ser reconhecida como psicopata para que a ação anulatória do desquite consensual, por ela ajuizada, pudesse ser procedente sob o fundamento de que o desquite foi ato realizado por incapaz. A autora esteve internada, por prescrição médica, no Sanatório Bela Vista, de 22 de fevereiro a 18 de abril de 1969, e não foi submetida à perícia quanto à capacidade. No dia 28 de abril de 1969, assinou a petição de desquite consensual e compareceu, com ela, juntamente com o cônjuge, à presença do juiz de 1º grau. A despeito disso, buscou o reconhecimento de incapacidade civil presumida decorrente de internação em hospital psiquiátrico. Nas instâncias probatórias, a formação da convicção foi no sentido de que a autora possuía, à época do desquite, o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos, mesmo os de natureza mais relevante.

Caso 4: HC 60.485-4/RS (1982). O quarto caso, indubitavelmente, é a referência na qual a pessoa estava mais desorganizada do ponto de vista da saúde mental. Em seus antecedentes, já constava: a) queixa-crime por delitos contra a honra, oferecida pelo Procurador da Justiça José Sanfelice Neto, com condenação fixada em 1 ano, 1 mês e 10 dias de detenção, mais multa de Cr\$ 6.000,00, com medida de segurança de 1 ano; b) queixa-crime por crime de calúnia, oferecida por José Carlos Ferreira Gomes, em que foi o impetrante condenado a 1 ano e 2 meses de detenção, mais multa de Cr\$ 3.000,00 e medida de segurança por 1 ano; c) queixa-crime oferecida pelo advogado Jocely Victor Sanfelice, por crime contra a honra, em que foi fixada a condenação do paciente em 3 meses de detenção, mais Cr\$ 3.000,00 de multa e internamento por 1 ano em colônia agrícola; d) condenação a 6 meses de detenção, por crime contra a honra, em queixa oferecida pelo Promotor de Justiça Julio Cesar Cantizano e pelo Pretor Ivan Leomar Bruxel, mais multa de Cr\$ 2.000,00 e medida de segurança por 1 ano; e) condenação à pena de multa de Cr\$ 20.000,00 por exercício ilegal da profissão de advogado (art. 47 do

Decreto-Lei nº 3.688/1941). No fundamento da decisão do *habeas corpus*, cujo paciente atuou em *jus postulandi*, a 1ª Turma do STF aduz:

As increpações, altamente injuriosas e difamatórias contidas na inicial, correspondem aos antecedentes pessoais do impetrante, inativado no cargo público que exercia, por perturbação da saúde mental e a quem foi cassada a inscrição de estagiário na OAB-RS, e indeferida a definitiva como advogado, dada sua personalidade doentia e demandista, classificada no laudo psiquiátrico de fls. 42/60 como “personalidade paranóica e psicopática”.

Além do *habeas corpus* objeto deste estudo, o paciente impetrou ainda três *habeas corpus*, de teor similar ao ora informado, junto ao egrégio Tribunal de Justiça e outros sete ao egrégio Tribunal de Alçada, dos quais quatro (4) foram denegados, dois (2) não foram conhecidos e um (1) foi considerado prejudicado.

Caso 5: HC 66.437-7/PR (1988). O quinto caso trata-se de um *habeas corpus* consequente à decisão que denegou o benefício do livramento condicional a réu primário, de bons antecedentes, com bom comportamento carcerário, que já cumpriu mais da metade da pena imposta e cuja condenação não diz respeito a crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. O exame médico pericial foi desfavorável, indicando “traços de personalidade psicopática que não recomendam a liberação antecipada do condenado” e que “os índices presentes fazem pressupor traços de personalidade psicopática, o que leva a recomendar-se maior prazo de observação, na própria instituição onde se encontra recolhido”. À época desse julgado, o sistema penal do duplo binário já havia sido substituído pelo sistema vicariante. No entanto, o laudo afirma “apresentando-se com doença psíquica, como demonstra o laudo médico fornecido e juntado aos autos (fl. 139)”, e isso induz ao exame criminológico cuja conclusão vem expressa no seguinte excerto: “Verifica-se, desta maneira, não ser recomendável, por enquanto, a concessão do benefício do livramento condicional ao agravante, posto que é evidente que poderá causar malefícios à sociedade como um todo, não havendo segurança para uma afirmação de que não voltará a delinquir”. Por fim, os fundamentos da decisão apontam as razões da denegação do remédio constitucional: 1) presença de traços de

personalidade psicopática; 2) concessão do benefício do livramento condicional fica sujeita a condições de ordem subjetiva e objetiva e os requisitos de ordem subjetiva incluem a verificação do comportamento do sentenciado, inclusive no tocante à capacidade de ressocialização; e 3) capacidade de ressocialização não se confunde com capacidade penal. “No caso concreto, não obstante o bom comportamento carcerário, o MM. Juiz, com apoio no parecer dos peritos, entendeu que o paciente não apresenta, no momento, condições de retornar ao convívio social, demandando a concessão do benefício um prazo maior de observação”.

Caso 6: RE 266.397/PR (2000). O sexto caso encerra violações ao direito processual decorrentes de nulidade da citação em processo administrativo disciplinar, quais sejam, violação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa e do princípio do devido processo legal. Na esfera administrativa, a alegação de que o servidor não foi citado em processo administrativo destinado a apurar seu absenteísmo em citação enviada ao local de trabalho do qual vinha se ausentando. Como de esperado, a citação não se perfectibilizou e a administração procedeu à citação por edital; em seguida, como novamente não houve resposta, a administração procedeu a efetivação da demissão do servidor. Tratava-se, porém, de absenteísmo consequente ao etilismo: “Salienta o recorrente que, devido à dependência química, constatada em exame específico, não tinha condições de distinguir a realidade da fantasia e, apesar disso, a comissão processante opinou pela demissão”. Além disso, em sua defesa, afirma não ter o *animus abandonandi*, pressuposto indispensável à configuração do ilícito imputado, cuja ausência de apreciação pelas instâncias julgadoras afronta a garantia do acesso ao Judiciário compreendida no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Caso 7: AI 745.939/DF (2009). No sétimo caso, o agravante se insurge contra sua reprovação em exame psicotécnico de concurso público para preenchimento de cargo na polícia militar. Em sua fundamentação, aponta afronta a diversos dispositivos constitucionais (arts. 5º, I, II, XXXV e LV, e 37, I e II) do CPC, art. 398, e de legislação especial (art. 11 da Lei nº 7.289/1984 e Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964). Não há menção de avaliação pericial judicial e não há menção sobre a capacidade do recorrente nos autos. A matéria se resume ao que fora avaliado pela comissão do certame e pela perícia assistente cuja avaliação asseverou que, “nesta avaliação, constatamos que o candidato, no momento, não possui psicopatologias em níveis de consciência que venha

desaboná-lo, tendo condições psicológicas normais para assumir seu propósito e apresentado perfil adequado ao mesmo”. A psicopatologia nestes autos fora mencionada pelo próprio agravante em tese negativa. A comissão do certame, por seu turno, limitou-se a considerá-lo “não recomendado”.

Caso 8: AI 785.809/ES (2010). O oitavo caso não faz referência à violação ou ao tipo penal. A discussão cinge-se à capacidade penal do agravante.

In casu, o que ocorreu foi a divergência entre dois laudos periciais, tendo, portanto, o douto Magistrado determinado que o ora apelante fosse submetido a novo exame médico legal, realizado por uma junta médica, valorando aquele que mais se adequou às demais provas carreadas aos autos.

Decidiu, portanto, o ilustre Magistrado fundamentadamente, utilizando o princípio do livre convencimento motivado.

O recorrente foi considerado totalmente inimputável em 1999, laudo no incidente de insanidade em apenso, foi determinada sua internação no manicômio judiciário, fez tratamento até 2006 e depois, com a prolação da sentença em 2006, foi condenado a pena privativa de liberdade. Com todas as vênias, não é possível que o mesmo laudo pericial oficial do Estado [...] utilizado para o processo de interdição e acatado com sentença transitada em julgado, relacionada ao mesmo examinado, à mesma época dos fatos imputados na denúncia e na ação penal, o pronunciamento jurisdicional é contraditório à coisa julgada. [...] A curadora não foi intimada para estar presente no julgamento do dia 22.10.2008, conforme prevê o art. 151 do CPP [...]. Mesmo o Juízo de piso, diante da conclusão dos peritos e tendo determinado a internação do Recorrente e admitido a conclusão do incidente de insanidade, não cumpriu a ordem processual nestes autos, não nomeou curador na forma do art. 151 do CPP, causando prejuízo ao recorrente, violando o devido processo legal.

Caso 9: HC 126.213/DF (2015). Um militar punido pelos delitos tipificados nos arts. 264, I, 160 e 223, c/c o art. 79, todos do Código Penal Militar, recebeu pena acessória de exclusão das Forças Armadas não constante da sentença, mas determinada no acórdão da apelação exclusiva da defesa (*reformatio in pejus*). A Procuradoria-Geral de Justiça Militar manifestou-se pelo retorno dos autos para o juízo de primeira instância, pois a decisão proferida pela Corte Castrense foi de anulação da sentença, sendo necessária nova reunião do Colegiado do Conselho de Justiça para proferi-la. Realizado novo julgamento, novas irregularidades foram apontadas em relação ao Colegiado do Conselho de Justiça. A defesa apontou longo histórico de psicopatia crônica que levou o paciente a tratamento por vários anos, a comprovar sua instabilidade emocional frente a situações do dia a dia. Os pleitos do recorrente tiveram o seguinte segmento: o Superior Tribunal Militar rejeitou, por maioria, a preliminar de nulidade e, de ofício, acatou a proposta de nulidade feita pelo Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach (Relator) para anular, no ponto, a sentença por falta de fundamentação da individualização da pena, ordenando o retorno dos autos à primeira instância; e o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo não conhecimento do HC.

Caso 10: HC 167.944/SP (2019). Caso envolvendo direito da criança e do adolescente tramita sob sigilo por determinação de ofício do Relator Ministro Facchin, que também determinou: “Solicitem-se informações ao juiz singular, especialmente acerca: (i) do plano individual de atendimento do paciente, bem como fundamento para atendimento do paciente na Unidade Experimental de Saúde, considerando a norma de regência (Decreto nº 53.427/2008)”, em 22 de outubro de 2019.

3 CASUÍSTICA DO STF: FORMAÇÃO DA DOCTRINA PENAL

O estudo minucioso dos julgados do Pretório Excelso, cuja matéria aborda a psicopatia, revela a ausência de uniformidade com que se intentou utilizar a condição de psicopata para influenciar o julgamento em diversas áreas dos direitos. Dos 10 (dez) casos recuperados pela metodologia aplicada neste trabalho, apenas um julgava exclusivamente a capacidade penal do agente sem mencionar a prática de crime ou de alguma violação a direitos.

3.1 PSICOPATIA: DIAGNÓSTICO OU CONCEITO

A evolução da compreensão da psicopatia, com sua variante criminoso, foi criteriosamente estudada pelos autores deste artigo e publicada em obra da qual se extrai o seguinte excerto⁶:

O psicopata é caracterizado por uma condição mental particular porque não existem técnicas para fazer com que o sujeito submetido a uma intervenção terapêutica modifique a sua personalidade. Os tratamentos dão conta de amenizar as manifestações de sinais e sintomas que correspondem às alterações da fisiologia do sujeito sob tratamento, mas não são capazes de tornar a todos os submetidos à terapia indivíduos diferentes. Quando se discute personalidade, fala-se do conjunto de características relacionadas ao jeito de ser, de agir. O que se discute é a maneira com que o sujeito conduz sua própria vida quando as suas funções do estado mental não estão alteradas. Essa personalidade, ou *jeito de ser*, pode ser modificada em alguns aspectos, mas não em todos. Nesse sentido, alguns autores buscam explicar a psicopatia como um transtorno de personalidade. Entretanto, não há dúvidas de que o transtorno de personalidade antissocial não é sinônimo de psicopatia. Enquanto nesse transtorno o sujeito tem grande dificuldade de se adaptar aos grupos sociais nos quais sua inserção é necessária, na psicopatia não há essa dificuldade emocional. O psicopata não tem dificuldades de representar o comportamento necessário para que sua inserção social seja adaptada. A característica fundamental da psicopatia é o afeto indiferente, a ausência de empatia. É a incapacidade de o sujeito se identificar com o outro cuja condição é sôfrega, em especial quando a condição de sofrimento é imputada pela própria pessoa do psicopata.

⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Psicopatas criminosos e a sociedade vulnerável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 97-99.

A psicopatia é a ruptura intrassubjetiva com os elementos que constituem a suscetibilidade do próprio sujeito em acolher os padrões culturais de desenvolvimento da vida humana. Não há os sintomas típicos dos transtornos de personalidade. Não há a incidência de alterações da sensopercepção. O psicopata não tem alucinações, não tem ilusões, não tem delírios.

No entanto, as expressões emocionais no psicopata são mimetizadas conscientemente, ou seja, o sujeito tem de aprender a copiar as expressões emocionais (tristeza, alegria etc.) para poder representá-las. Sua constituição subjetiva não evolui com essas expressões. As emoções não são suficientes para modificar o comportamento do psicopata. As experiências afetivas das outras pessoas não o sensibilizam. No entanto, o sujeito não sente ter um prejuízo causado por essa falta de sensibilidade. Não há sofrimento psíquico para o psicopata em razão de não se emocionar.

A grande dificuldade de lidar com esses sujeitos advém da necessidade de comunicação entre dois sistemas diferentes: um sistema em que as ações humanas estão definidas pelas emoções, e nos quais podem incidir os preceitos da razão, e outro sistema no qual as ações humanas são definidas por preceitos racionais nos quais eventualmente podem incidir emoções essencialmente relacionadas com a satisfação do próprio sujeito desconsiderando as necessidades dos demais sujeitos com quem ele irá interagir. O afeto indiferente não está diretamente associado à conduta. O plano do sentir modifica o modo com que o sujeito se relaciona com os fatos e não necessariamente determina os fatos.

O curso de um mal iminente destinado a atingir aos demais sujeitos inseridos no mesmo grupo social só

será interrompido pelo psicopata se ele identificar uma razão pela qual ele tenha de ajudar a outra pessoa. Aqui, explica-se a razão pela qual se pode afirmar que *ato de ajudar* está dissociado da emoção que condiciona o *sentimento de que se deve ajudar*. Isso porque o psicopata não vai sentir a necessidade de ajudar. Poderá, sim, perceber que *deve* ajudar se algum benefício se tornar evidente. O princípio é exatamente o mesmo princípio que se estabelece em relação a todo ser humano. Porém, para as pessoas, em geral, o benefício advém da sensação de estar aliviando o sofrimento a que estão submetidas as outras pessoas, ou seja, a empatia faz com que as pessoas deixem de sofrer ao perceberem que o sofrimento do outro, sentido como se delas próprias fosse, deixa de existir.

A separação dos planos em que se pode avaliar a psicopatia é uma necessidade prática. Quando o psicopata está sendo avaliado no que se refere a sua relação consigo mesmo ou com os outros, sem incidir em conduta ilícita, tem-se a abordagem médica. Por outro lado, quando o psicopata está sendo avaliado no que se refere à conduta ilícita, tem-se a abordagem jurídica. Assumindo que a psicopatia não é sinônimo de transtorno de personalidade antissocial, resta o reconhecimento de que não há tratamento para a psicopatia. Isso porque, do ponto de vista terapêutico, é consensual o entendimento de que o psicopata não responde a um tratamento psicoterápico ou psicofarmacológico. Isso significa que a determinação de medida de segurança com o objetivo de tratamento especial curativo não cumprirá os fins últimos das medidas de segurança baseados na submissão compulsória às intervenções terapêuticas cuja eficácia tenha sido comprovada.

Cumprir destacar que a ideia de conceber a psicopatia não como um diagnóstico médico, mas sim como

uma categoria jurídica parece representar a decisão da maioria dos psiquiatras. Isso porque não há classificação da psicopatia nos manuais destinados a codificar as doenças na medicina. As definições de Cleckley e Hare estão ultrapassadas porque não diferenciam o antissocial do psicopata. Constituem um resquício das classificações que cunhavam como sinônimo de psicopatia qualquer doença mental ou qualquer conduta socialmente reprovável. Um erro comum na literatura é dizer que “pode-se inferir que a psicopatia sempre envolve comportamentos antissociais, porém, nem todos os comportamentos antissociais devem ser atribuídos à psicopatia”⁷. Isso é uma falácia. O psicopata pode não ter comportamento antissocial. Trata-se de uma interpretação bastante restritiva do que é o espectro de condutas possível para o psicopata.

3.2 ELEMENTOS DA VIDA DE RELAÇÃO DO PSICOPATA

O psicopata não é doente. Dependendo dos seus interesses, ele pode ter grande facilidade de estabelecer relações sociais. Para fins de fundamentar com elementos necessários a compreensão de o porquê os casos apontados pelo Pretório Excelso não se tratar de psicopatas, mas de pessoas comuns, leia-se⁸:

Para compreender as bases do comportamento do psicopata, o observador deve fazer um exercício de desprendimento de seus próprios valores carregados de afeto por tudo o que se entende como bens construídos a partir de um sentimento de empatia com os demais seres humanos. Os valores sob os quais as pessoas em geral fazem um juízo de reprovação

⁷ DAVOGLIO, Tácia Rita; GAUER, Gabriel José Chittó; JAEGER, João Vitor Haeberle; TOLOTTI, Marina Davoglio. Personalidade e psicopatia: implicações diagnósticas na infância e adolescência. *Estudos de Psicologia*, São Paulo: Scielo, v. 17, p. 453-460, p. 456, set. 2012.

⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Psicopatas criminosos e a sociedade vulnerável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 114-115.

das condutas sociais estão intimamente ligados à percepção da existência de geração de dano em potencial a um terceiro que poderá ser afetado pela conduta a ser executada.

Essa é uma questão central e que polariza dois tipos de seres humanos: os seres humanos que são afetados pelo mal que possa ser consequente as suas próprias condutas e os seres humanos que são não afetados pelo mal que possa ser consequente as suas próprias condutas.

Nesse sentido, a Antropologia tem um conceito que é bastante aplicável: a visão etnocêntrica. Etnocentrismo pode ser definido como o movimento de entendimento de uma cultura diversa tendo como referencial os elementos que compõem a cultura de quem observa para fazer o julgamento valorativo da cultura observada. Isso é importante porque ao julgar uma cultura diversa com os pressupostos da cultura do observador, o observado não será devidamente compreendido. O que significa certo e errado em uma cultura pode não ser certo e errado noutra cultura.

O fato é que a vulnerabilidade quanto ao que ocorre com o outro não está vinculada à cultura. Essa é a característica humana comum a diferentes culturas e a ausência dessa vulnerabilidade, até o momento, não definiu um novo grupamento de humanos e, sim, diferentes subgrupos de pessoas dentro de uma mesma cultura. Isso se justifica porque a indiferença afetiva característica da psicopatia não é privilégio de uma determinada etnia, de uma classe social, dos naturais de um país em que predomina um determinado viés político-ideológico, de uma determinada época histórica. Virtualmente todos os grupamentos de seres humanos estão suscetíveis a existência de psicopatas. Então por que a comparação com o instituto da visão

etnocêntrica? Porque não é possível compreender a perspectiva que o psicopata tem para tomar suas decisões partindo de uma lógica que ignora o fato de ele não ser vulnerável ao sentimento que o sofrimento alheio pode provocar, em especial, quando conseqüente à própria conduta de quem observa, ou seja, do psicopata. Não se trata de anormalidade, no sentido patológico. Trata-se de ser diferente.

O psicopata é um ser humano diferente do que se convencionou reconhecer como ser humano porque não está vulnerabilizado pelo sentimento, pela empatia, com o que possa representar sofrimento para as pessoas que o cercam. Categorizado dessa forma, a ideia pode despertar contrariedade. Espera-se que muitos possam se insurgir contra a proposição de que existem grupos diferentes de pessoas. Essa é uma manifestação presente em diversas culturas por meio das criações mitológicas. O lobisomem, o vampiro, os assassinos frios, nada mais são do que personagens construídos a partir da reflexão sobre as características humanas. Os casos em que os crimes são cometidos com violência extrema e com acentuado desprezo em relação à condição humana das vítimas marcam a diferença entre as pessoas.

Há mais de 70 anos, os pesquisadores estudam a possibilidade de classificar a psicopatia como doença e não há a definição de uma classificação nosológica para a psicopatia. O que isso significa: que todos foram completamente incompetentes ou que a psicopatia não é uma doença? Por óbvio, não é uma doença; mas, sim, uma das condições humanas possíveis. Há dois tipos de seres humanos: aqueles cujas relações afetivas são capazes de condicionar suas atitudes, e aqueles cujas relações afetivas não se estabelecem e, portanto, não são capazes de condicionar suas atitudes.

3.3 DOCTRINA DO CRIME, CULPABILIDADE E CAPACIDADE PENAL

A doutrina do crime tem evoluído significativamente desde o último quartel do século XIX. Para fins de análise do fenômeno crime, no que tange a sua interpretação/aplicação, valem-se os intérpretes de um procedimento metodológico consistente em decompor o fato punível em elementos, o que se denomina conceito analítico, dogmático ou operacional, ou seja, um conceito estratificado do fato-crime.

Nesses moldes, o conceito analítico de crime põe em destaque as características fundamentais do fato punível, tomando a conduta e seus predicados para fins de consubstanciação delitiva, sendo eles a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Assim é que se pode ofertar um conceito de crime como sendo a conduta humana típica, ilícita e culpável. Esse é um conceito ampla e majoritariamente aceito⁹, sem desconhecer-se que há autores que acrescentam a punibilidade¹⁰ à definição, assim como outros¹¹ há que subtraem a culpabilidade, considerando-a como “mero” pressuposto de pena. No entanto, a controvérsia já foi sobejamente tratada em diversas publicações¹², não sendo o caso aqui de detalharmos as razões num e noutro sentido. Portanto, neste

⁹ Tais como Anibal Bruno, José Frederico Marques, E. Magalhães Noronha, Manoel Pedro Pimentel, Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Luisi, Paulo José da Costa Jr., João Mestieri, Juarez Tavares, Miguel Reale Júnior, Juarez Cirino dos Santos, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, André Callegari, Cláudio Brandão, Paulo Queiroz, Fábio Guedes de Paula, Ângelo Roberto Ilha da Silva, Davi de Paiva Tangerino, Luís Augusto Freire Teotônio, Fernando Galvão, Rogério Greco, dentre outros. Confira-se em: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatia e da antropologia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 28 e ss.

¹⁰ Nesse sentido: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978. p. 9, textualmente: “Na definição formulada acima, encontram-se fixados todos os *sinais* que, a nosso ver, devem ser distintamente considerados (segundo a *teoria realística*) na análise técnico-jurídica do crime: *fato típico, injuridicidade* (ilicitude jurídica), *culpabilidade, punibilidade*”.

¹¹ COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. I, 1991. p. 34; DOTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 345.

¹² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito - Variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 109; AZEVEDO, David Teixeira de. Culpabilidade e o conceito tripartido de crime. In: *Atualidades no Direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001. p. 57 e ss.

estudo, a culpabilidade é considerada, em sucessão à tipicidade e à ilicitude, como elemento ou característica fundamental do crime, sendo a punibilidade uma consequência, e não um componente constitutivo do delito.

Assim, o conceito analítico permite o estudo de cada um dos elementos essenciais à caracterização do crime, aferindo-se se houve sua concretização ou, ao revés, se incidiu alguma causa excludente, de modo a elidir a infração penal. Em suma, consoante leciona Francisco Muñoz Conde¹³, a “teoria geral do delito se ocupa das características comuns que deve ter qualquer fato para ser considerado delito”.

Dentre os elementos à configuração do delito, interessa-nos particularmente a este estudo a culpabilidade, cujo conceito formal desvela a noção de juízo de reprovação, de censura, ao passo que, para se alcançar o seu fundamento ou conceito material, lança-se mão do porquê se pune. Tomando-se o sistema que mais influenciou o direito penal brasileiro nas últimas décadas, em especial após a Reforma da Parte Geral de 1984, o sistema finalista, o livre arbítrio, a liberdade de ação assume papel de *conditio sine qua non* a consubstanciar uma noção de culpabilidade consistente em um juízo de censura que está amparado na ideia de “livre opção delitiva” por parte do agente.

Na conformação epistemológica finalista, a culpabilidade é composta pela imputabilidade, pelo conhecimento potencial da ilicitude e pela exigibilidade de comportamento conforme ao direito. Presentes esses elementos, tem-se aperfeiçoada a culpabilidade, o juízo de reprovação, sendo que a nós interessa – à apreciação da psicopatia – o primeiro, qual seja, a imputabilidade.

A imputabilidade, no dizer de Heleno Cláudio Fragoso¹⁴, é “a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”. Esse conceito é deduzível da leitura, *contrario sensu*, do art. 26 do Código Penal, cuja essência assenta-se na capacidade de compreensão do agente e na capacidade de autodeterminação. Se presentes, tem-se a imputabilidade; se ausente, uma ou outra, tem-se a inimputabilidade. Os

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991. p. 17.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 12. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 197.

italianos sintetizam a imputabilidade como sendo a capacidade de entender e de querer, e assim está posto no *Codice Penale*¹⁵ peninsular.

Desde Hipócrates até os nossos dias, com efeito, o (antigo) “conceito de loucura” – hoje designada doença mental – tem perpassado por vicissitudes. Porém, a despeito de variações e proliferações de entidades nosológicas observadas, pode-se dizer que uma noção básica que se mantém é aquela consistente na perda da autonomia psicológica, “seja porque a razão se perde ou se perverte, seja porque a força do apetite atropela o controle racional do comportamento”¹⁶. Tanto é assim que, se compulsarmos os Códigos Penais de diversos países, como Brasil, Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal, Argentina, Chile, Uruguai¹⁷, bem como na generalidade dos diplomas penais pelo mundo, essa noção estará subjacente à disciplina da capacidade penal do agente.

Desse modo, culpabilidade e imputabilidade constituem categorias reciprocamente implicadas, afirmando Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁸ que a localização sistemática e o conceito de imputabilidade são questões conectadas à culpabilidade, ao ponto de ser impossível falar de uma sem fazer referência à outra. O *locus* categorial da imputabilidade insere-se, portanto, na culpabilidade, sendo que a primeira é elidida por diversas causas excludentes, como a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26, *caput*), além da embriaguez completa acidental (CP, art. 28, § 1º) e a menoridade penal (CP, art. 27). Ante a incidência de alguma dentre as referidas causas, a imputabilidade é afastada, dando lugar à inimputabilidade.

Porém, o parágrafo único do art. 26 do Código Penal contempla hipóteses de redução da capacidade, ensejando a denominada semi-imputabilidade. Tais hipóteses abarcam as mesmas causas do *caput* do art. 26, exceto pelo fato de o parágrafo prever a perturbação da saúde mental em lugar da doença mental.

¹⁵ “Articolo 85. (*Capacità d’intendere e di volere*) Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d’intendere e di volere.”

¹⁶ PESSOTTI, Isaias. *Os nomes da loucura*. São Paulo: Editora 34, 1999 (reimpressão 2001). p. 7.

¹⁷ Para uma aproximação da sistemática prevista na legislação estrangeira referida sobre a matéria, consulte-se: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatía e da antropologia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41-54.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 691.

As demais causas não afastam a imputabilidade pelo fato de não determinarem a incapacidade, mas tão somente a redução, em face de o agente não restar inteiramente incapaz de compreensão ou autodeterminação.

Discute-se, em doutrina, se a psicopatia insere-se na primeira hipótese, qual seja, na perturbação da saúde mental, consubstanciando, assim, causa de semi-imputabilidade¹⁹, havendo até mesmo quem entenda tratar-se de caso de inimputabilidade²⁰. Em uma perspectiva da teoria da encriptação de poder desenvolvida por Ricardo Sanín Restrepo, em diversos textos e palestras, tendo recebido, em seu trabalho seminal, a contribuição de Gabriel Méndez-Hincapíe²¹, toma-se a psicopatia como conceito encriptado a ser desvelado.

Em texto publicado sob o título *Notas sobre el significado de la encriptación del poder como el filo de la navaja de lo político*, Sanín Restrepo afirma que:

En la medida en que sólo tenemos acceso al mundo cuando tenemos acceso a lo político. (ergo) Es imposible dar una respuesta a lo político si la posibilidad del lenguaje permanece “encriptado” y su lugar de enunciación estrictamente reservado para sujetos calificados.

E, adiante, consigna: *“Por lo tanto, la desencriptación tiene como objetivo desbloquear la producción del lenguaje, porque toda producción del lenguaje es producción del poder y este el único lugar de lo político”*.

Porém, neste estudo, propõe-se uma ampliação da capacidade de rendimento da teoria em uma perspectiva crítica e transdisciplinar. Nesse percurso, tem-se que certos campos do conhecimento constituem verdadeiras instâncias de poder. Ao intérprete do Direito, em tempos de profícuo desenvolvimento científico, é imperioso apropriar-se de certas categorias que têm sido muito bem identificadas por áreas do saber localizadas extramuros da cidadela jurídica.

¹⁹ GARCIA, J. Alves. *Psicopatologia forense*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1979. p. 224; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. 2, t. 2, 2017. p. 278.

²¹ MENDÉZ-HINVAPÍE, Gabriel; SANÍN RESTREPO, Ricardo. La Constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Sevilla, n. 8, a. IV, jul./dez. 2012.

Ao jurista, para uma adequada interpretação/aplicação do Direito, não é dado desconhecer certas categorias sob pena de prescindir-se de elementos que habilitam o julgador a proceder aos julgamentos “sabendo do que se trata”. O diagnóstico da psicopatia é matéria atribuível ao *expert*, o conceito é a todos alcançável. Assim, à abordagem da encriptação e desencriptação da psicopatia assumem relevo pesquisas advindas da neurociências, de modo que um cotejo entre as referidas pesquisas e os precedentes do STF serão o substrato deste estudo à aferição da autonomia psicológica do psicopata para a caracterização (ou não) de sua capacidade penal.

4 A PSICOPATIA ENCRYPTADA NA CORTE CONSTITUCIONAL

4.1 PSICOPATIA ENCRYPTADA COMO PUNIÇÕES ADMINISTRATIVAS

Os casos de direito administrativo envolvendo punições que interromperam a carreira dos recorrentes foram os mais emblemáticos. O capitão que fora condenado à reserva com a patente de major fora considerado como portador de “personalidade psicopática paranoide”, *Caso 1*. Essa é uma definição que não aponta para nenhum diagnóstico médico específico à luz do conhecimento atual.

Admitindo-se que essa definição tenha sido feita a partir de características quanto à psicopatia e quanto à paranoia, o caso seria revisto pelo menos em duas vertentes: a da psicopatia e a do transtorno de personalidade paranoide. A primeira será abordada na subsecção seguinte. A segunda é classificada com o CID-11 6D10.Z, ou seja, trata-se de categoria residual na qual a principal característica é a desconfiança excessiva e o comportamento agressivo mesmo com aqueles que se põem a defender os interesses do agente. Essa condição é tratável e pode apresentar boa resposta, evitando que a pessoa tenha encerrada precocemente a sua atividade laborativa.

O outro caso, *Caso 9, HC 126.213/DF (2015)*, também demonstrou excessos e violações de direitos quando do tratamento na esfera administrativa. Isso porque o recurso de apelação interposto apenas pelo réu não autoriza reforma em prejuízo do réu. Não há elementos de materialidade no acórdão que permitam refletir sobre a procedência das acusações. Desse modo, não foram considerados os prejuízos à saúde mental do recorrente cuja defesa apontou “longo histórico de psicopatia crônica que levou o paciente a tratamento por

vários anos, a comprovar sua instabilidade emocional frente a situações do dia a dia”. No entanto, ao que se infere, a justiça material foi feita porque determinado novo julgamento pela Justiça Militar.

4.2 PSICOPATIA ENCRIPATA COMO AVALIAÇÕES EM CERTAMES

Outro ponto crucial da problemática das avaliações do estado mental está relacionado aos exames psicotécnicos, *Caso 7, AI 745.939/DF (2009)*. Em verdade, essa nomeação não é a mais adequada. Isso porque essa avaliação não se destina a avaliar a condição de saúde mental do candidato. O objetivo é verificar se a pessoa se enquadra em um determinado perfil de respostas psicológicas definido pela instituição ou pelo psicólogo responsável pela seleção. Desse modo, a aprovação ou reprovação nesse “exame” nada mais significa do que a conformidade ao que a banca responsável pelo certame elencou como perfil psicológico adequado ao cargo. Dessa forma, não surtirá efeito o questionamento sobre os instrumentos de teste psicológico utilizados, mas qual o perfil psicológico utilizado como referência para o cargo e quais os fundamentos dessa escolha.

4.3 PSICOPATIA ENCRIPATA COMO JUDICIALIZAÇÃO DA DOENÇA MENTAL

O quarto caso, *HC 60.485-4/RS (1982)*, representa o que caracteriza a verdadeira judicialização da doença mental com prejuízo ao imputável cujo comportamento é tomado como se fosse resultado do exercício pleno da autodeterminação. O número de condenações no sistema duplo binário, no qual cumulou pena e medida de segurança, a total indiferença que as reprimendas representaram quanto à afetação do seu *animus litigandi* e a ineficácia de suas condutas, demonstradas pela sua incapacidade de autopreservação, sugerem fortemente se tratar de uma pessoa cuja capacidade cognitiva está comprometida. Nesse caso, com uma avaliação de saúde mental amparada em evidências, à luz do que aporta a neurociências atualmente, haveria farto conteúdo a justificar ações de revisão criminal.

O dispositivo pontiano da Constituição de 1988, art. 5º, XXXV, *in verbis*, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não o é sem razão. Assim, para a autoridade administrativa do *Caso 6, RE 266.397/PR (2000)*, mais prático lhe pareceu citar o servidor ausente no local de ausência e, em seguida, por edital programando sua iminente demissão,

do que cumprir seu dever como superior hierárquico e zelar pela saúde do trabalhador, que, vitimado pela dependência química ao álcool, incorria em absenteísmo por motivo de doença. Novamente, o etiquetamento de psicopata cujo decreto autorizador já havia sido revogado 10 anos antes de protocolada a fase judicial desta contenda tentava caracterizar o servidor como pessoa incapaz e paradoxalmente articulada em se abster por vontade própria de suas funções e de suas garantias como servidor público.

Por evidente, psicopatia em pleno anos 2000 não era mais hipótese admissível para quem dependente de álcool fosse. Não obstante, na hipótese de se verificar quadros de demência consequente ao uso do álcool, haveria a condição de incapacidade adquirida durante o período de vigência de seu ofício, fazendo incidir, portanto, a necessidade de apuração pelo Poder Judiciário quanto à legalidade da demissão do servidor.

4.4 PSICOPATIA ENCRYPTADA COMO CAUSA DE ESCUSA À NOMEAÇÃO A CARGO PÚBLICO

No *Caso 2, RE 49.075/SP (1962)*, o autor buscou se escusar de nomeação a cargo de diretor de Divisão de Obras e Conservação do Departamento de Assistência a Psicopatas com a tese de que esse cargo era privativo à psiquiatra. O setor claramente era vinculado a obras e construção civil. Qual o lugar para atuação privativa de psiquiatra? O argumento demasiadamente frágil deixa dúvidas quanto às motivações jurídicas pelas quais a ação foi protocolada.

4.5 PSICOPATIA ENCRYPTADA COMO CAUSA DE ANULAÇÃO DE DESQUITE

Dez dias após ter alta de sua internação em hospital, a autora compareceu, acompanhada do então marido, à presença de um juiz de 1º grau e assinou petição de desquite consensual, *Caso 3, AgRg 72.060-0/SP (1978)*. *Mutatis mutandis*, mudou de opinião e ingressou com ação anulatória alegando ser reconhecida tacitamente como incapaz em razão de sua prévia internação hospitalar.

4.6 PSICOPATIA ENCRYPTADA COMO EXAME CRIMINOLÓGICO

O exame pericial tem o condão de impedir a concessão do benefício do livramento condicional ainda que todos os outros critérios sejam autorizadores, *Caso 5, HC 66.437-7/PR (1988)*. No entanto, essa conduta tem sido fortemente

combatida pela doutrina. Para o escopo deste artigo, vamos nos ater à menção “traços de personalidade psicopática que não recomendam a liberação antecipada do condenado” e que “os índices presentes fazem pressupor traços de personalidade psicopática, o que leva a recomendar-se maior prazo de observação, na própria instituição onde se encontra recolhido”. Novamente, por traços de personalidade psicopática, qualquer transtorno mental ou alteração de comportamento reconhecida subjetivamente pelo perito poderia ser utilizado como fundamento dessa classificação.

4.7 PSICOPATIA ENCRIPADA COMO CAPACIDADE PENAL

As medidas de segurança podem ser revistas após o período mínimo de 1 ano (art. 97, § 1º, do Código Penal). Se subsistir a cessação da incapacidade, quando da reavaliação, o agente que era inimputável, ou seja, para quem a punibilidade foi extinta por força do parágrafo único do art. 96 do Código Penal. No oitavo caso, *AI 785.809/ES (2010)*, a discussão cinge-se à capacidade penal do agravante. De fato, embora haja a coincidência de cessada a periculosidade no momento prévio à sentença penal condenatória, os atos foram legais.

Por fim, o *Caso 10, HC 167.944/SP (2019)*, envolvendo direito da criança e do adolescente, tramitando ao tempo desta escrita, sob sigilo por determinação de ofício do Relator Ministro Facchin, foi objeto de julgamento no Superior Tribunal de Justiça e discute ato infracional para o qual foi determinada medida socioeducativa de internação durante o cumprimento da qual o infrator adquiriu maior idade.

5 A CAPACIDADE PENAL NA PSICOPATIA ENCRIPADA

A capacidade penal na psicopatia encriptada não corresponde à capacidade penal da psicopatia. Para uma avaliação adequada da capacidade penal, será fundamental saber quais as características do comportamento que perfazem a encriptação da alegação de se tratar de psicopatia.

CONCLUSÃO

O diagnóstico de psicopatia demanda uma avaliação que se torna ainda mais complexa quando se trata de um quadro de psicopatia encriptada. Há entendimento pacífico da Corte no sentido de que a fundamentação das avaliações psicológicas não se limita à comprovação científica. Isso só faz sentido para os casos em que o comportamento não pode ser confirmado ou

refutado por dados objetivos que advêm da aplicação de métodos de exames complementares.

Esse é o caso, por exemplo, da avaliação quanto à embriaguez por ingestão de álcool. Se há uma medida que pode ser verificada a partir da análise do sangue do agente, qual seja, a alcoolemia, é evidente que haverá maior justiça no que diz respeito às acusações quanto a dirigir sob efeito de álcool, quando se avalia o mesmo caso jurídico, para quem puder demonstrar ausência de álcool no seu sangue por exame complementar (dosagem sérica sanguínea de álcool) quando comparado a quem não tiver acesso ao exame.

Nessa hipótese, não haveria justiça em se acolher um parecer de especialista dizendo que o agente estava alcoolizado quando há um método científico a comprovar que não. Não há de se olvidar de que, se por um lado, o estabelecimento de padrões para o julgamento busca transparência e aplicação sem discriminação no caso concreto, mas, por outro lado, o ser humano é um complexo amplo demais para que possa ser definido de modo justo por uma medida de aplicação irrestrita, que desconsidera as características da pessoa do caso concreto e que acaba por se constituir num mecanismo pré-definido de injustiça amparada pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse sentido, os acórdãos não apresentam o critério pelo qual foi reconhecida a psicopatia, mesmo quando considerada a vigência do Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934. Antes o contrário: há o registro histórico da necessidade de se delimitar melhor esse conceito nos casos a serem julgados pela Suprema Corte. Senão vejamos a transcrição de excerto do acórdão do RE 266.397/PR cuja reprodutibilidade parcial não compromete a inteligência que advêm da leitura integral dos votos; antes o contrário, a confirma:

O Ministro Carlos Brito: Dei-me até ao trabalho de consultar, no computador, o Dicionário Aurélio e a rubrica em que o verbete está situado diz tratar-se de psicopatologia.

O Ministro Cezar Peluso: V. Exa. me permite? Está classificado no CID como doença.

O Ministro Carlos Brito, novamente: Mais categórica ainda a observação de V. Exa. É um caso até de psiquiatria. De sorte que o papel do Estado – embora, na

prática, seja difícil dizer isto: o Estado se desincumbir desse papel – é de se interessar pelo tratamento clínico do seu funcionário e, não, abandoná-lo à própria sorte. Porque, senão, o abandonante, aí, não é o servidor, é o próprio Estado que deixou de dar a assistência de que seu servidor estava a necessitar.

Como visto em seção especificamente destinada a este fim, a psicopatia não é um diagnóstico médico, mas um conceito de peculiar condição humana na qual o afeto é indiferente. Todas as demais funções mentais podem estar absolutamente preservadas. Nesse sentido, nenhum dos 10 (dez) casos recuperados na base de dados do Pretório Excelso caracteriza a psicopatia nos termos do que tem sido esclarecido pelos resultados das pesquisas contemporâneas. Antes o contrário: pode-se afirmar, em todos os casos, à exceção do que tramita sob segredo de justiça, que se tratou de casos de psicopatia encriptada cujo sentido revelou-se diverso, em cada caso concreto, do que seja a psicopatia como compreendida atualmente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. Culpabilidade e o conceito tripartido de crime. In: *Atualidades no Direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. I, 1991.

DAVOGLIO, Tárzia Rita; GAUER, Gabriel José Chittó; JAEGER, João Vitor Haeberle; TOLOTTI, Marina Davoglio. Personalidade e psicopatia: implicações diagnósticas na infância e adolescência. *Estudos de Psicologia*, São Paulo: Scielo, v. 17, p. 453-460, set. 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 12. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GARCIA, J. Alves. *Psicopatologia forense*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1979.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDÉZ-HINVAPIÉ, Gabriel; SANÍN RESTREPO, Ricardo. La Constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Sevilla, n. 8, a. IV, jul./dez. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

PESSOTTI, Isaias. *Os nomes da loucura*. São Paulo: Editora 34, 1999 (reimpressão 2001).

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatia e da antropologia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Psicopatas criminosos e a sociedade vulnerável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito - Variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. 2, t. 2, 2017.

Submissão em: 23.07.2020

Aceito em: 26.01.2022

