

IMPUTABILIDADE PENAL: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E INTERDISCIPLINARES - UMA APROXIMAÇÃO PERIGOSA DO POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO E A SUPERAÇÃO HUMANÍSTICA

CRIMINAL RESPONSIBILITY: HISTORICAL AND INTERDISCIPLINARY CONSIDERATIONS - A DANGEROUS APPROACHING THE OF CRIMINOLOGY POSITIVISM AND A OVERCOMING HUMANISTIC

Érica Babini L. do A. Machado¹

Doutoranda e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO: Trata o presente trabalho de investigar o percurso histórico do instituto da imputabilidade – referente aos considerados “loucos”, por meio do prisma dogmático e criminológico, verificando seu local na teoria do crime e nos discursos de manipulação, poder e dominação do sistema punitivo por meio da criminologia positivistas. O trabalho investiga os perigos da aproximação das ciências médicas na definição da imputabilidade e como essa prática tem, ultimamente, voltado à tona nas lides judiciais. Por fim, o trabalho procura conscientizar da necessidade de um olhar mais humano em torno da loucura, especialmente ante a novos paradigmas médicos da reforça psiquiátrica, a fim de que os operadores

do Direito busquem opções alternativas de solução de conflito, conscientes da incapacidade do sistema punitivo.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade; inimputabilidade; psiquiatria; positivismo; humanização.

ABSTRACT: *The article aims investigate the historical background of the concept of criminal responsibility referring to the called “crazy”, through the prism of dogma and criminological, checking its location on Theory of Crime and the discourse of manipulation, power and domination of the punitive system through positivist criminology. The paper investigates the dangers of the approach of medical sciences in the definition of criminal responsibility and how this practice has lately returned to*

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2006). Professora da Católica de Pernambuco, atuando principalmente na área de Direito Penal e Criminologia. Advogada Autárquica do Instituto de Assistência Social e Cidadania do Recife.

the fore in judicial labors. Finally, the work seeks to raise awareness of the need for a more human look around the madness, especially into new medicine paradigms of the Psychiatry Reform, in order to allow operators of Law to seek alternative options for resolving conflict, aware of disability punitive system.

KEYWORDS: *Culpabiliy; criminal responsibility; psychiatry; positivism; humanism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O homem como elemento central da culpabilidade; 2 A superação do positivismo, nova estrutura da culpabilidade – em busca de um lugar para inimizabilidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Man as a central element of culpability; 2 The overcoming of positivism and the medical model to a new structure of guilt and place of incapacity; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Para a conceituação de um elemento e desenvolvimento de uma teoria é importante firmar, desde o princípio, os termos linguísticos. Dessa forma, é forçoso distinguir as definições dadas ao termo “culpabilidade”, que ora se porta como princípio, ora como elemento do crime.

A culpabilidade, como princípio do Direito Penal, denota a consagração da responsabilidade subjetiva, afastando-se da responsabilidade objetiva e consagrando a ordem de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), uma conquista do moderno Direito Penal ilustrado e que reflete a necessidade de contenção do poder punitivo.

Neste trabalho, porém, o instituto será abordado como elemento do crime, integrante da cadeia lógica da análise do evento delituoso; uma afirmação que implica desde logo afastar a objeção por alguma parte da doutrina² sobre o lugar da culpabilidade na teoria do crime. Tentativa, aliás, infundada, haja vista o caráter sequencial dos elementos do crime:

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad – la responsabilidad personal por el hecho antijurídico – presupone la antijuridicidad de hecho del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad

² Conferir, por exemplo, René Ariel Doti e Damásio de Jesus.

y la culpabilidad están lógicamente relacionadas de tal modo que cada elemento posterior de delito presupone el anterior.
(Welzel, 1997, p. 57)

Sob essa orientação, o estudo da culpabilidade apresenta-se como um dos mais apaixonantes estratos da teoria do delito, porque é nela que se analisa o sujeito da ação enquanto pessoa. Tecnicamente, a culpabilidade engloba três elementos, os quais se referem à capacidade pessoal do criminoso: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta, isto é:

La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si, por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido y la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá ser sancionado con una pena.
(Muñoz Conde; García Arán, 1999, p. 398)

Contudo, primando pela delimitação teórica do objeto de estudo, neste trabalho será abordada somente a imputabilidade que é um o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal, de modo que o sujeito imputável é capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade.

O Código Penal aborda negativamente a imputabilidade, isto é, apenas indica as hipóteses nas quais a capacidade de discernimento não está presente: os menores de dezoito anos como uma forma de presunção que estes ainda não atingiram uma maturidade suficiente – art. 27 do CP; e os doentes mentais ou com desenvolvimento incompleto ou retardado que, por fatores biopsicológicos, não podem agir conforme a norma por não entendê-la ou por não se autodeterminar diante deste entendimento, no momento da sua conduta injusta – art. 26. Não obstante as duas percepções, neste trabalho, dada a sua exiguidade, será realizada apenas a abordagem referente aos doentes mentais.

Sublinhe-se, igualmente, que imputabilidade não se confunde com responsabilidade. Essa é uma consequência de quem tinha o pleno entendimento e deverá arcar com as consequências de sua ação delituosa, já a imputabilidade é a condição de quem é capaz de realizar um ato com pleno discernimento. De certa forma, “quem é responsável é sempre antes imputável e assim o inimputável nunca será responsável” (Alves, 1998, p. 21).

Ultrapassadas essas premissas, dá-se início ao estudo da imputabilidade, que, segundo Zaffaroni (2005, p. 696), “*es uno de los aspectos más delicados de la teoría del delito*”.

1 O HOMEM COMO ELEMENTO CENTRAL DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é a reprovação do autor que poderia ter agido conforme a norma, mas preferiu violá-la, isto é, o objeto de reprovação é a vontade e somente por meio dela também toda a ação. Sendo a culpabilidade reprovação da resolução de vontade, é cristalino que ela demanda um elemento primordial: o homem, porque somente ele pode ter vontade, sob a qual recai a reprovabilidade, o que significa que o conteúdo da culpabilidade tem sempre um fundamento antropológico sob o livre arbítrio do sujeito e autodeterminação, sem os quais desapareceria a culpabilidade.

Dito isso, observa-se que são pressupostos da culpabilidade: conduta humana e a liberdade de resolução de vontade, problema que se decompõe em outros dois: o livre arbítrio e a imputabilidade:

1. ¿Es posible teóricamente la adopción de la resolución de voluntad correcta en lugar de la falsa? (El problema del libre albedrío); 2. En caso de que se admita esta posibilidad, ¿tenía esta capacidad el autor concreto? (El problema de la imputabilidad – mejor – de la capacidad concreta de culpabilidad). (Welzel, 2002, p. 163)

O livre arbítrio, antes vinculado ao biologismo darwinista, quando afirmava ser o homem o último elo dos primatas, cuja inteligência era uma maior e mais fina especialização dos instintos animais, ganhou outra roupagem com os estudos filosóficos, zoológicos e psicológicos dos animais. Esses últimos forneceram conclusões no sentido de que não há no homem uma especialização dos instintos animais, mas sim a ausência desses, de forma que ele (o homem) teria plena liberdade, podendo controlar seus instintos, devendo escolher como agir, escolha esta reveladora da sua responsabilidade.

Com essas novas descobertas, afirmou-se que a natureza indica e realiza o destino dos animais e das plantas, e, no homem, o aponta apenas, confiando-lhe a sua realização. Dessa forma, a escolha dos atos que convergem à realização de um fim, o qual é formado conforme a prevalência/destruição de certos impulsos, depende de uma regulação que cabe ao próprio homem.

Assim, estando configurado o livre arbítrio e afastado o determinismo monista³, tem-se que a liberdade de vontade é capacidade de reger-se conforme os fins, isto é, de determinar-se com seus impulsos diante dos fins.

En contraste fundamental con el animal, el hombre se caracteriza negativamente por una gran libertad de las formas innatas e instintivas de conducta y positivamente por la capacidad y la tarea de descubrir y realizar por sí mismo la conducta correcta por medio de actos inteligentes. (Welzel, 2002, p. 135)

Inobstante tamanha liberdade, há de se considerar que o homem não age sempre com plenitude, vez que sua ação está sempre ligada a fins (objetivos) formados em seu pensamento, condicionando-o a agir de determinada forma, uma constatação, porém, incapaz de desnaturar o livre arbítrio de ação, somente atingida por uma pressão externa ao homem, e não interna, construída por si mesmo. Nesse sentido, explica Welzel (2004, p. 43):

Los contenidos de sentido de nuestra vida no son ni creaciones o invenciones “libres” de nuestra existencia, ni están fijados por “leyes naturales” o “leyes históricas”, sino que se basan en proyectos, mediante los que tratamos de comprender las tareas (vinculantes) de nuestra vida en las condiciones cambiantes de la situación histórica. [...] Con esto ha puesto de manifiesto la función esclarecedora de argumento del conocimiento para el llamado problema de la libertad, función que se aprecia en dos direcciones: en primer lugar, el conocimiento solo es posible el acto de conocimiento en su desarrollo está libre de determinantes previas, externas al conocimiento y en este sentido “ciegas” y si puede orientarse en el objeto del conocimiento. En segundo lugar, el

³ Refere-se ao homem que não tem escolha de ação, porque entende que toda decisão é predeterminada (é que a forma de determinação do homem se dá com o objeto que ele tem em vista, quer dizer, o homem assume a responsabilidade pelo ato de conhecimento).

conocimiento es solo posible si el impulso de conocer (es decir, el motivo del acto de conocimiento) puede ser comprendido como una tarea plena de sentido en la configuración de la vida y sostenido frente a otros impulsos contrapuestos. La forma de realización, descrita, del acto de conocimiento no significa que esté "indeterminado", pues está determinado tanto como conocimiento del objeto, como tarea plena de sentido de la configuración de la vida, pero está libre de determinantes "ciegas", externas al conocimiento [...]

A culpabilidade, portanto, baseia-se na falta dessa autodeterminação do sujeito conforme os fins, quando podia se determinar. A reprovabilidade reside não em fazer o mal em si mesmo, mas deixar-se arrastar pelos impulsos contrários ao valor.

O segundo problema que forma o caráter antropológico da culpabilidade, depois do livre arbítrio, é a imputabilidade; pois, se o homem é livre para autodeterminar-se, é preciso saber se em uma situação concreta ele era realmente capaz de impor os freios necessários aos seus desejos finais.

A imputabilidade envolve, portanto, a compreensão do injusto e a possibilidade de decidir-se conforme essa compreensão: elementos intelectual e volitivo, cuja ausência retira a capacidade de culpabilidade.

Assim, como se percebe, a delimitação da estrutura da imputabilidade não demanda apenas esforços jurídicos, vai além, necessita esclarecimentos oriundos das ciências médicas, especificamente da psiquiatria, uma projeção que pode apresentar-se perigosa, como retorno à medicalização do sistema jurídico, como foi tão caro à Escola Positiva. Por tudo isso é que a seguir são traçados alguns paralelos entre os objetos do conhecimento jurídico e médico.

1.1 HISTORICIZANDO O TRATAMENTO DOS TRANSTORNOS MENTAIS: FOCANDO AS FORMAS DE CONTROLE

A imputabilidade é a falta de capacidade de entender a realidade e se autodeterminar de acordo com esse entendimento, do que decorre a impossibilidade da imputação de resultado desvalorado juridicamente. A questão da imputabilidade, apesar de reduzida a situações pontuais elencadas pelo legislador, é bem mais ampla e sempre esteve presente no estudo do homem, vez que lhe tem por objeto a condição humana de compreensão dos seus atos,

isto é, a preocupação acerca dos transtornos mentais e da maturidade de suas próprias ações faz parte da multiplicidade humana.

Não obstante a amplitude do problema, é necessário investigar mais detalhadamente tão somente as construções históricas referentes aos elementos da inimputabilidade indicados pelo legislador, a fim de compreender em que medida imprimem repercussões à dogmática penal atual.

Historicamente, desde a Grécia, a loucura guardava uma relação com o poder da possessão às divindades. De acordo com os atos e as palavras proferidas pelos enfermos, considerar-se-ia boa ou má a divindade encarnada. Não havia nenhum tratamento específico a esses doentes, que eram apenas julgados. A alienação era vista como um castigo divino, cabendo aos legisladores somente o tratamento dessa questão, vez que ninguém deveria ser punido duas vezes pelo mesmo crime. Na Renascença, começaram surgir interesses pela observação do comportamento anormal, visto agora como doença e não um resultado da possessão de demônios ou bruxas. Nesse período, os loucos eram levados em embarcações para cidades distantes das suas, passavam muito tempo no mar e depois eram refugiados em locais distantes, tal qual ilhas. Entendia-se que “a navegação entrega o homem à incerteza da sorte” (Foucault, 2007, p. 105), o que significava que o louco não tinha chão, tinha apenas água em volta de si, ou, no máximo, grades.

No Iluminismo, com o sobrepujo da razão, a loucura deixou de ser vista como fato trágico para ser analisada e estudada. Aliás, Descartes, por meio de dúvida metódica e do subjetivismo, mostrou a razão pura como meio de se chegar à verdade, alocando a loucura ao lado do sonho e de todas as formas de erro (Foucault, 2005, p. 158). Essa dúvida metódica fez com que na dialética “razão-não razão” prevalecesse a razão.

A modernidade que se iniciava impunha à razão toda a legitimidade do conhecimento, de modo que sistematizar os saberes dependia de uma organização lógico-dedutiva. Nesse espectro, o Direito deveria ser construído como um mecanismo que parte de um modelo universal para pensar a organização social, sendo o Estado o meio para garantir essa ordenação.

Assim, a dogmática jurídico-penal passa a delinear as primeiras preocupações sistemáticas quanto à imputabilidade, a ponto que “Carrara logra perceber que várias são as causas impeditivas do exercício do livre arbítrio a serem consideradas pelo direito penal para excluir ou atenuar a culpabilidade” (Freitas, 2002, p. 153).

Com o novo parâmetro do classicismo, é dada direção à sistematização do Direito Penal, que até então “não havia sido ainda claramente definido em seu aspecto jurídico, mas confiado muitas vezes ao arbítrio do Magistrado ou da polícia” (Bettioli, 1976, p. 39). Assim, Francesco Carrara e os demais clássicos buscaram eleger o objeto da ciência penal: o crime abstratamente considerado.

Diante desse novo quadro, a dogmática do Direito Penal nasce, tendo como eixo central o problema do livre arbítrio:

Em síntese, é a possibilidade de querer livremente que torna o indivíduo culpável. Em princípio, portanto, todo ser humano pode ser culpável porque sua vontade é essencialmente livre. Desse modo, por não se sujeitar unicamente às leis do mundo físico, do que é parte integrante [...], o ser humano, em face das leis morais às quais se submete, pode decidir violá-las ou não, porque a sua vontade é livre. (Freitas, 2002, p. 122)

Foi nesse sentido que o Código Criminal do Império, no Brasil de 1830, apesar da grande contradição que encabeçava – entre o liberalismo e a escravidão, acolheu a figura dos “loucos” – art. 10, § 2º: não são considerados criminosos “os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime” (Fuhrer, 2002, p. 21).

Apesar desse cenário no Brasil, o quadro político na Europa alterava-se, pois as ideologias burguesas não se faziam mais suficientes para o controle social. Isto é, o ideal dos direitos naturais não era efetivamente o que aspirava a burguesia, até porque “os maiores expoentes do liberalismo francês pediam, com efeito, a emancipação da nação, mas nos pormenores dos seus programas sua imaginação se limitava às liberdades dos homens de propriedade” (Freitas, 2001, p. 59).

Consagravam-se apenas direitos meramente formais de liberdade e igualdade, ao mesmo tempo em que se impedia a ação positiva do Estado, pois o liberalismo demandava o Estado mínimo. Consequentemente, os direitos sociais não eram exercitados, a partir dos quais é possível afirmar: garantia-se a igualdade e a liberdade, mas não era possível desfrutá-las.

Com isso, o modelo do liberalismo burguês do final do século XVIII estava fadado ao fracasso. Na busca do lucro incessante, aumentava-se a classe pobre; e, na falta de trabalho, teto e alimento, crescia cada vez mais o índice de

criminalidade, sendo cada vez mais exigida atuação do Estado em prol de uma defesa social.

Associada a essa fase, o proletariado tomava consciência de classe e o mais importante fator: surgia um novo conceito de ciência – o empírico. As concepções do método de Augusto Comte, junto com os postulados do evolucionismo de Darwin e Spencer, faziam nascer o modelo causal explicativo, o qual exigia do ramo do saber o enquadramento nas ciências da natureza.

Com isto as marcas do positivismo se instauram vorazmente, sustentando as promessas modernas, pautando-se nas seguintes ideias fundamentais: distinção entre sujeito e objeto e entre natureza e sociedade ou cultura, redução da complexidade do mundo a leis simples, suscetíveis de formulação matemática, onde a concepção de mundo é fundada numa percepção determinista, razão pela qual havia separação absoluta entre conhecimento científico – considerado único válido e rigoroso – e outras formas de conhecimentos, como o senso comum ou estudos humanísticos (Santos, 2006, p. 26).

No século XIX, percebe-se a exaltação da ciência, dotada da ambição de controlar a natureza, de modo que a própria forma de legislar da humanidade é dotada de um direito exclusivo de determinar os padrões de ordem e pureza que devem existir.

Não é por acaso o avanço e o argumento de legitimação criados pela criminologia positivista por meio de uma física social, pautada na observação dos fenômenos e explicação dos mesmos, foram aceitos sem discussão. Aqui, a imputabilidade ganha outros delineamentos.

Face àquele quadro político e social, a intenção era descobrir as causas da criminalidade como um estudo preventivo ao acontecimento para evitá-lo. Então:

O desenvolvimento da Escola Positiva levará [...] a acentuar as características do delito como elemento sintomático da personalidade do autor, dirigindo sobre tal elemento a pesquisa para o tratamento adequado [...] Se não é possível imputar o delito ao livre arbítrio e não-condicionado de uma vontade, contudo, é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito; isto explica

a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu um delito. (Baratta, 1999, p. 39)

A vigência do paradigma ideológico da Escola Positiva, cujos postulados residiam no determinismo biológico, dado o atavismo do homem delinquente, que, em uma conclusão lombrosiana, influenciada pelas ideias do evolucionismo darwinista, tratava-se do homem menos civilizado em razão de uma herança que não é comum à espécie humana (Lombroso, 1848, p. 78).

Com isso, o livre arbítrio, um aspecto subjetivo, indemonstrável, tornou-se uma ficção, ele foi substituído pelo determinismo. Negava-se, portanto, a imputabilidade, que passava a ser substituída pela responsabilidade social, segundo a qual permitia a aplicação do Direito Penal “não apenas ao imputável que pratica o fato pelo qual deve ser responsabilizado, mas a todos aqueles que causem, independentemente da imputabilidade, um resultado danoso a outrem” (Freitas, 2002, p. 139). Isto é, a imputabilidade estava sempre presente, unicamente pelo fato de viver em sociedade. Em seu raciocínio, Ferri resume a imputabilidade: “Todo homem é sempre responsável por toda ação antijurídica, por ele consumada, somente porque e até quando ele vive em sociedade” (Ferri, 1999, p. 141).

Com esse quadro, a imputabilidade passou ser considerada em um sentido meramente físico, decorrente da simples causação física da ação, independentemente de qualquer conteúdo moral. Na verdade, a imputabilidade era negada pelos positivistas e seus reflexos estiveram presentes no Brasil a partir do Código de 1890.

Na América Latina, proposta bio-psicológica legitimadora da institucionalização, da medicalização dos problemas sociais e da investigação das causas do desvio, a nova teoria foi recepcionada com aplausos, afinal, em meio a uma cultura agroexportadora e os primeiros momentos de uma industrialização, em que a exploração capitalista à força de trabalho é ilimitada, as relações sociais são de dominação – no campo, por meio do coronelismo e a “política dos governadores, e nas cidades, por meio da expropriação do trabalho proletário, em que os desclassificados urbanos eram alvos explícitos do sistema penal da primeira república” (Zaffaroni, 2003, p. 442). Assim, a inferioridade biológica dos “loucos de todo o gênero” substituiu o antigo fundamento da inferioridade escravagista, mantendo-se o *status quo*.

No entanto, essa experiência fez aproximar o pensamento médico e a técnica policial, resultando no que hoje os críticos intitulam de medicalização dos conceitos jurídicos⁴.

O médico passou a diagnosticar a doença no espaço insalubre e organizando-se como poder político, passa a ser o eixo da política de segurança do Estado. O poder se estabelece devassando corpos, casas e quintais, como a demolição do Cortiço do Porco, em 1893, e a Revolta da Vacina, em 1904 (Zaffaroni, 2003, p. 443).

No amparo das teorias médicas, Viveiro de Castro (1894, p. 363) divulga que o crime “é efeito do *contagio*, transmite-se como um micróbio”, de modo que, no lugar de castigos, remédios.

No Código Criminal de 1890, os portadores de “imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil” e os que “tivessem completa privação dos sentidos e da inteligência” - art. 27, §§ 3º, 4º e 7º - eram imputáveis.

No século XIX, as casas de internamento desaparecem e o seu real objetivo ficou mais visível: o de “recepção de indigentes e prisão da miséria” (Foucault, 2007, p. 145), pois, “os loucos irão ocupar os lugares antes ocupados pelos vagabundos e miseráveis. Sendo também submetidos aos trabalhos obrigatórios. No entanto, distinguem-se dos outras pela incapacidade de seguir os ritmos da vida coletiva” (Camargo, 2003, p. 20).

A relação jurídica e psiquiátrica se perfazia no sentido de indicar a periculosidade daquele que deveria ser segregado.

A promessa da capacidade de diagnosticar a periculosidade de um sujeito colocou a psiquiatria no centro da gestão de diversos problemas sociais, de onde a definição da periculosidade sempre foi um problema de ordem pública e não da natureza do sofrimento psíquico. E, de onde, para muito estudiosos, a psiquiatria ganhou institucionalidade no campo da higiene pública e de

⁴ A operação pela qual a medicina, constituída como psiquiatria (no início do século XIX), possibilitou a administração de um problema social, a loucura, provendo um novo tipo de gestão técnica dos antagonismos sociais: administrando a loucura, no sentido de reduzir ativamente toda sua existência, toda sua realidade, às condições de sua gestão em um quadro técnico. O que estamos chamando de psiquiatrização na gestão da juventude em conflito com a lei é a predominância do argumento e da prática “psi” na gestão das problematizações e dos conflitos que setores da juventude vêm colocando ao campo social (Vincentin, 2005, p. 235).

um saber-poder ligado à prevenção e à precaução no interior da sociedade. (Vincentin, 2005 p. 324)

A obra de Pinel – *Tratado médico filosófico sobre alienação mental* – inaugurou a psiquiatria enquanto especialidade médica, apresentando sua concepção de que a alienação mental só poderia ser compreendida enfocando as suas causas mais frequentes “as paixões violentas ou exasperadas pelas condições” (Pinel, 2011, p. 33).

Tendo Pinel colocado a passionalidade como fator determinante para a alienação mental, aproximou-a da loucura, contrapondo-se aos antecedentes no sentido de que “a loucura era considerada externa ao humano, estranha à razão” (Amarante, 1992, p. 66); e como consequência, os padrões de cientificidade da época são afastados, sobrepujando-se questões de moralidade.

A iniciativa de Pinel em definir um novo *status* social para a loucura, acrescentando-a à nosografia médica, inicia duas importantes questões – possibilidade terapêutica e o estatuto patológico da loucura, reforçando a separação dos loucos dos demais excluídos sociais, sendo o asilo a melhor terapêutica, no qual aplica-se a reclusão e a disciplina em busca do tratamento moral. Isto é: “Se a psiquiatria possibilitou que ao louco, agora como enfermo mental, fosse concedido o direito de assistência médica e de cuidados terapêuticos, em contrapartida retirou dele a cidadania, sendo assim, o universo da loucura foi excluído definitivamente do espaço social” (Birman apud Amarante, 1992, p. 56).

É sob esse paradigma que as medidas de segurança são idealizadas e positivadas na norma, em que a instituição médica apresenta-se entre a polícia e o judiciário com forte função normalizadora, constituindo a “terceira ordem de repressão” (Foucault, 1978, p. 50). Sobre esse influxo, os loucos não são puníveis e nem capazes. Está implícita na inimputabilidade a noção de periculosidade e incapacidade absoluta.

A cultura manicomial inspirada nesse modelo tem por objetivo o controle a alienação e a separação do indivíduo internado. Um processo de isolamento que promove a “mortificação do eu”, uma espécie de processo de acultramento devido à distância das rotinas e transformações ocorridas no mundo externo, mutilando o próprio ser, enfraquecendo a autonomia por medo de retorno ao convívio social, coisificando o ser em uma “carreira moral estigmatizada” (Goffman, 1961, p. 16).

Com tudo isso, o encargo do controle social passou a ser gerido pela psiquiatria, deixando muito mais expressiva a concepção de poder, gerada pela noção de poder disciplinar (Foucault, 2004), na forma de controle, vigilância e observação.

Em razão dessa importância dada à psiquiatria no seio jurídico, a dogmática penal passou para segundo plano, depois mesmo da criminologia, a qual, apesar de definida com autonomia científica, passou a ser condicionado à definição psiquiátrica do que era periculoso: “Foi no campo da antropologia criminal que ocorreu a usurpação, não pelos médicos, mas por alguns médicos, de tarefas jurídicas e sociais da prevenção e da repressão criminais. Daí uma das doenças infantis da criminologia [...]” (Lyra, 1992, p. 52).

Para a psiquiatria, a questão do crime:

Foi sempre uma estratégia para a confirmação de sua competência, de seu lugar no seio social. O louco é alguém potencialmente capaz de cometer crime – tal foi sempre a lição dos alienistas. Os loucos são perigosos, ao mesmo tempo que enfermos e por isso mesmo vítimas de sua condição. (Rauter, 2003, p. 41)

Contudo, inobstante os problemas gerados por essa relação, não se pode desprezar a imprescindibilidade da intervenção médica na apuração da imputabilidade do criminoso, vez que não tem o jurista a capacidade técnica de averiguação: “*Por lo que concierne al trastorno mental producido por enfermedad, no puede ser cosa del jurista el descubrir los posibles trastornos de esa clase que pueden darse en la vida*” (Mezger, 1956, p. 35), o que não significa intervenção absoluta, pois o campo subjetivo de indivíduo não pode ser converter em objeto da análise, simplesmente porque não é passível de objetivação:

La capacidad concreta de culpabilidad de un hombre no puede ser nunca objeto de conocimiento teórico; por ello se niegan, con razón, los psiquiatras, conscientes de su responsabilidad, a responder “científicamente” a esta pregunta. Pueden constatar la presencia de determinados estados anormales del espíritu, como las enfermedades mentales, perturbaciones de la conciencia, etc., pero la exclusión de la capacidad de culpabilidad en estos estados excede y a de sua – como de todo – juicio científico. (Welzel, 2002, p. 146)

Foi somente com o positivismo moderado de Garofalo que o conceito de crime voltou a ser estudado, dando ensejo à fase jurídica da escola positiva. Sua tese é voltada para construir um conceito de delito natural, sem, porém, desprezar os trabalhos realizados no campo antropológico e sociológico. Por essa razão, afirmava: “Só quando o naturalista souber dizer-nos o que entende por delito, é que nós poderemos saber quem são os delinquentes” (apud Freitas, 2002, p. 120).

Um segundo momento do positivismo foi marcado pela *Terza Scuola*, quando se conciliou o determinismo radical dos positivistas e os argumentos do livre arbítrio da escola clássica. Isto é, os teóricos eram ainda influenciados pelo positivismo crítico – adotando o método – mas desprezavam o determinismo naturalista.

A *ideia do escopo* ou do fim nascia como alternativa ao mundo causal-explicativo, “a nova orientação existe; pode-se desaprová-la ou refutá-la, combatê-la e repeli-la, mas não pode reduzi-la ao silêncio. A ciência deve tomar posição mesmo nos seus confrontos. É esta a primeira vitória que a *ideia do escopo* conquistou” (Liszt, 2003, p. 6).

Nascia a teoria causal do delito e, a par disso, felizmente, o conceito de homem periculoso começa a ser superado, passando a psiquiatria uma análise entorno do homem integral⁵, identificando, dentro de suas possibilidades científicas, as relações entre crime e loucura.

No sistema de Liszt, a culpabilidade era psicológica, e isso significava que a culpabilidade era um vínculo psicológico entre o autor e o resultado. Fontán Balestra definiu: “A relação psicológica do autor com o seu fato. Essa relação pode ser mais ou menos indireta e radicar em um não fazer (casos de culpa, mas se vincula sempre em maior ou menor grau com a ação” (apud Brandão, 2003, p. 140). Enfim, “*sea como fuere, la doctrina dominante encuentra en la esencia de la culpabilidad una relación psíquica del autor con algo que está ubicado fuera de su personalidad*” (Frank, 2004, p. 27).

Nesse sistema, a culpabilidade era formada pelo dolo e culpa, sendo a imputabilidade um elemento antecedente, geral a ambas categorias, e não um elemento dentro da culpabilidade.

⁵ “A importância dos estudos da Psicologia nos problemas pedagógicos e jurídicos deriva do conceito moderno de educação, entendida como direção do desenvolvimento integral do homem e de sua adaptação ao meio.” (Macedo, 1953, p. 6)

En el ámbito de una concepción psicológica de la culpabilidad, que, según vimos, entiende agotado el contenido de la culpabilidad en el dolo y en la culpa, la imputabilidad aparece como un simple presupuesto, no como un elemento integrante de la culpabilidad. Desde la dominante posición normativa es prácticamente unánime la adscripción de la imputabilidad al juicio de culpabilidad [...]. (Cobo Del Rosal; Vives Antón, 1999, p. 580)

Na verdade, o que Liszt fez colocando a imputabilidade (capacidade de motivação normal) antes da culpabilidade foi aproximá-la do conceito do homem livre hegeliano⁶.

Assim postas, de maneira geral, as características do causalismo, constata-se que estava fadada ao fracasso, em razão da decorrência lógica da insuficiência dos termos positivistas em responder todas as questões por um prisma unicamente naturalístico. No entanto, a falha principal era que o conteúdo da vontade era completamente esvaziado na ação, sendo relegada a sua análise, assim como todos os outros elementos subjetivos, para outro momento: a culpabilidade.

Apesar de todas essas novas atenções, não se pode negar que os discursos psiquiátrico e jurídico produziram em conjunto efeitos de ordem classificatória, segregativa e moral, no sentido de estabelecer parâmetros de exclusão e inclusão com o crivo do normal/patológico, e, por isso, funcionais, no campo social que os sistemas pretendiam preservar.

2 A SUPERACÃO DO POSITIVISMO, NOVA ESTRUTURA DA CULPABILIDADE - EM BUSCA DE UM LUGAR PARA INIMPUTABILIDADE

Após a fase do positivismo criminológico com a desnaturação da teoria do crime e a posterior superação por meio da teoria causal do delito, permeia-se do neokantismo, que é uma forma de relativização do modelo positivista, o que faz com que incorpore juízos de valores, os quais, até então, negados, uma vez que

⁶ Os hegelianos, por entenderem que a conduta só pode ser livre, entenderam que a imputabilidade estaria localizada na ação ou conduta, de modo que o incapaz de culpabilidade não poderia atuar justificadamente (antijuridicamente), vez que, desde antes, não poderia realizar uma ação. Isto é, ante do desenvolvimento do *Tatbestand*, a imputabilidade excluía a tipicidade.

a filosofia dos valores era tida pelos positivistas como um axioma subjetivo, não podendo, por isso, ser reservado à observância empírica da ciência.

O reflexo do neokantismo está, por exemplo, em E. Mayer, que, considerando os elementos normativos do tipo, asseverou que o tipo não poderia ser uma mera descrição objetiva, e que esses elementos normativos seriam uma conexão entre a antijuridicidade e a tipicidade (a antijuridicidade ficou sendo indicada pela tipicidade – *ratio cognoscend* – ou seja, o delito era a ação tipicamente antijurídica).

Com isso, a culpabilidade passava a ser mista, psicológica-normativa, porque passou a se reconhecer a insuficiência apenas do vínculo psicológico entre o autor e o resultado, acrescentando a reprovação sobre o agente por não ter se comportado conforme o direito.

Nesse contexto, a imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade para tornar-se elemento dela. Contudo, a imputabilidade era vista pelos neokantianos como uma porta aberta a conceitos naturalísticos, e, por isso mesmo, perigosa. A razão dessa visão é simples se o período neokantiano for contraposto com a conceituação da imputabilidade dada pela psiquiatria, que era, a esse tempo, detentora da definição. Por essa razão, a doutrina neokantiana preferiu manter unida a total capacidade psíquica para o delito, de modo que pudessem tratar todos os conceitos naturalísticos em um único momento da análise. Segundo Zaffaroni (2005, p. 691):

De esta forma evitaba enfrentar la base psicológica en cada etapa analítica, incluso por las dificultades de establecer un lenguaje común entre la psiquiatría y el derecho y por la misma nebulosidad de algunos conceptos de la nosotaxia psiquiátrica, como también por la necesaria molestia metodológica que para un neokantiano importa cualquier referencia a la ciencia natural en su discurso de ciencia del espíritu no contaminada.

Apesar do caráter causalista e neokantista fixarem-se em bases positivistas, as quais, por muito tempo, interromperam o progresso do conhecimento em razão dos preconceitos inerentes ao método, o idealismo jurídico não seria suficiente para interromper a marcha científica.

Foi assim que na primeira meado do século XX, Hans Welzel, pretendendo romper com o Direito Penal nazista, fixa as bases da teoria finalista do delito. Para

Welzel, o conteúdo da vontade de realização do autor é ligado à própria conduta, senão ela seria cega, como pretendiam os causalistas, de forma que, no dolo, a finalidade é juridicamente decisiva. Para o finalismo, a ação humana é exercício de uma atividade final, e não puramente causal, haja vista que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, em certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, e, com isso, dirigir seus esforços para a consecução desses fins.

Nessa reestruturação, a culpabilidade ganhou nova roupagem, vez que foram retiradas dela elementos psicológicos (dolo e culpa), restando, tão somente, o caráter normativo, surgindo a teoria normativa da culpabilidade.

El pensamiento de la concepción normativa de la culpabilidad repercute también en los problemas que plantea el § 51 del Código Penal. En esto podemos decir también que nos encontramos aquí finalmente con un problema de valoración en tanto en cuanto que los fenómenos que se dan en el sustrato biológico eliminan realmente la imputabilidad. (Mezger, 1956, p. 39)

A culpabilidade permaneceu sendo reprovabilidade, sendo necessário, para esse reproche, que o autor seja imputável, ou seja, que tenha podido conhecer o caráter ilícito de sua conduta e não tenha sido exigida outra, senão a ilícita. Nesse sentido, a imputabilidade é o elemento de capacidade que permitirá a realização do reproche, aliás, imputar significa “*poner a cargo y, por ende, imputabilidad es la posibilidad que tiene la acción de ser puesta a cargo del autor*” (Zaffaroni, 2005, p. 690).

Nesse sentido, a imputabilidade tem que ser repensada, tanto nos aspectos configuradores de inimputabilidade quanto nas responsabilizações dos atos, uma vez que, apesar da estabilidade de entendimento quanto à localização da imputabilidade, ela não deixou de carregar problemas em si.

Em termos conceituais, na moderna teoria do crime, imputabilidade significa, segundo Aníbal Bruno (1984, p. 44), “o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento”. Isto é, a imputabilidade detém dois elementos, um cognoscitivo ou intelectual (capacidade de compreender a ilicitude do fato) e um volitivo (atuar conforme essa compreensão), sendo inimputável quem age desprovido de alguma dessas duas capacidades.

Nesse espeque, observa-se a hipótese do livre arbítrio, que volta à tona na temática criminal, atrelando à imputabilidade, em plena culpabilidade jurídico-penal, livre-arbítrio e liberdade de vontade humana.

Disto surge um problema: cabe à psicologia ou psiquiatria definir os conceitos de imputabilidade (retornando aos primórdios da culpabilidade) ou cabe a elas averiguarem se há, simplesmente, a adequação da conduta criminosa com os conceitos fornecidos normativamente pelo Direito Penal?

Antes de qualquer resposta, é importante considerar que, no que tange à “loucura”⁷, como visto, o sistema de saúde mental passou por várias fases definindo e justificando as variadas modalidades relacionais e terapêuticas da sociedade. Entretanto, a partir das evidenciações das limitações dos tradicionais aportes terapêuticos, surge a proposta da reforma psiquiátrica, destacando o sofrimento psíquico decorrente da cronificação, da exclusão social, do obscurecimento do sujeito singular face à doença, os quais passam a funcionar como mola propulsora da construção de uma nova perspectiva.

Por volta dos anos 1970, inicia-se, na Itália, o processo de desconstrução de paradigmas, cujos fundamentos faziam funcionar as instituições psiquiátricas, tendo Franco Basaglia como protagonista da transformação do universo da assistência em saúde mental. O primeiro passo da reforma é dado por Basaglia no Hospital Provincial de Gorizia, entre 1961 e 1968, que, considerando a situação dos tratamentos dos internos, implantou um projeto de comunidade terapêutica.

A reforma propõe que doença e saúde sejam formas de expressão da complexidade humana, na qual esta seria uma espécie de potencialidade que teria todo o ser humano e aquela um sofrimento e situação momentânea de crise (que sufoca as potencialidades), devendo ser trabalhada para o retorno do estado de saúde.

No campo da saúde mental do pós-reforma, a doença, enquanto categorização nosológica, é colocada em parêntese, devendo ser tratada, no entanto, dada a relação com o social que a psiquiatria democrática do pós-reforma propõe, o objeto de intervenção é a existência e não o homem.

Basaglia utiliza a expressão “doença mental”, propositadamente entre aspas, não para negar a sua existência, mas para colocar sob suspeição a possibilidade desse

⁷ As aspas devem-se ao caráter negativo e rotulador que a expressão ganha com o movimento antimanicomial.

conceito, tal como cunhado pela psiquiatria, dar conta da complexa experiência que representa. Assim, é que o termo “doença mental” dá lugar a “existência-sofrimento” do sujeito em relação com o corpo social, proporcionando ao conceito permanentes condições para a sua própria transcendência [...]. De doença mental para existência-sofrimento, o fenômeno psíquico deixa de ser um mal obscuro que afeta as pessoas e passa a ser um fenômeno complexo, histórico, em estado de não-equilíbrio [...] a existência sofrimento reorienta o objetivo da psiquiatria, passando da “cura” para a produção de vida, de sociabilidade, de subjetividades. A terapia deixa de ser entendida como perseguição e da solução-cura [...]. O problema não é a cura (a vida produtiva) mas a produção de vida, de sentido, de sociabilidade, a utilização dos espaços coletivos de convivência. (Amarante, 1992, p. 54)

Trata-se de verdadeira resignificação, cujo fundamento da nova proposta é a própria cidadania dos até então considerados loucos. Busca-se a criação de novos lugares para o recebimento da diversidade, o exercício do livre-arbítrio enquanto sujeito, daqueles que tiveram suas possibilidades subtraídas pela justificativa da doença, promovendo, portanto, a desinstitucionalização.

A reforma psiquiátrica é necessariamente antimanicomial e está imbuída dos ideais de uma sociedade realmente igualitária e humanizada, que prima pela reinserção social de excluídos como os portadores de doença mental, conforme os princípios democráticos. Enfim, por uma sociedade livre de opressão, preconceito e ignorância (Paiva; Yamamoto, 2007).

No Brasil, nos anos 1980, no contexto sócio-político de abertura democrática, surgem as preocupações com a qualidade da assistência à saúde. Com a promulgação da Constituição de 1988, cujo pilar é posto sobre a dignidade da pessoa humana, reconhecida em igualdade por sua constituição genética, garantem sem retrocesso as aspirações da anti-psiquiatria, resgatando a cidadania dos internos, fechando os hospitais psiquiátricos.

Como decorrência, o movimento da reforma sanitária tomou fôlego em diversos setores sociais, possibilitando a consolidação de mudanças estruturais que ensejariam a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS),

especialmente a partir das Leis nºs 8.080 e 8.142, de 1990. Em 2001, os propósitos da reforma psiquiátrica “de crítica ao modelo hospitalocêntrico de assistência”, com o *slogan* “Cuidar, sim. Excluir, não. – Efetivando a reforma psiquiátrica com acesso, qualidade, humanização e controle social.” (CNSM, 2002) representaram um caminho sem retorno.

Na conferência, comemorava-se a promulgação da Lei nº 10.216/2000 e Portaria/GM nº 799/00, as quais representavam um salto qualitativo no trato das questões de saúde mental, consolidando, no âmbito do Poder Público, as aspirações da luta antimanicomial.

A lei, conhecida como Lei Paulo Delgado, consagra a desconstrução da lógica manicomial como sinônimo de exclusão e violência institucional, com a extinção progressiva dos manicômios, criando um novo lugar social para a loucura, dando ao portador de transtorno psíquico a possibilidade do exercício da sua cidadania, razão pela qual a reinserção social passa a ser o maior objeto de preocupação (Alves, 2005).

Não obstante todas as reformas no âmbito da saúde pública, as medidas de segurança permaneciam incólumes, como se o sujeito desse âmbito não fosse o mesmo daquelas revoluções paradigmáticas.

Há nítido descompasso entre as propostas médicas, hoje consagradas, e os fundamentos jurídicos da responsabilização penal. Isto é, nem os fundamentos, nem as formas de responsabilização jurídica se adequam a um novo modelo – reforçando ainda mais a relação que pode se estabelecer entre ambas.

Permanecer no paradigma positivista de fundamento da inimputabilidade para os inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato e de se auto-determinarem conforme este entendimento significa permanecer no mesmo lugar do positivismo criminológico e a conseqüente medicalização do Direito. Isso implica uma série de violação a garantias individuais, como a administrativização do direito de punir, vez que cabe ao saber psiquiátrico, com extensa margem de liberdade, definir a possibilidade de restauração da liberdade dos cidadãos submetidos às medidas de segurança, nitidamente insculpido no art. 175⁸ da LEP.

⁸ “Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:
I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;

Além disso, a dependência de elaboração de laudos que constam hipóteses quase que irrefutáveis, porque fundamentadas no saber médico e no limitado conhecimento dos sujeitos processuais, inviabiliza o sistema recursal que garante a ampla defesa; e, por não ser um procedimento penal, não se submete a garantias individuais (Zaffaroni, 1984, p. 102), colocando em risco a tutela jurisdicional imposta pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, fundamento basilar do Estado de Direito.

Como consequência, queda também prejudicado o primado da fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF), posto o desconhecimento da matéria tratada pelo laudo, resta ao juiz a única hipótese, ou seja, a incorporação do juízo psiquiátrico, reduzindo-se o Magistrado à função de “acolher laudos, e com isso há perigosa fundação do modelo jurídico com o discurso da psiquiatria, denominado de ditadura do modelo clínico” (Lopes Junior, 2002, p. 470). Afinal, não há fatos a declarar, mas uma qualidade – a de pessoa socialmente perigosa.

O debilitamento do sistema de garantias é significativamente marcado por violação ao princípio da legalidade, verdadeiro princípio penal, considerado pressuposto necessário de toda atividade punitiva que se realize por meio do direito e não da força. É um princípio estreitamente conectado à noção de Estado de Direito. Aliás, no Estado do Direito não há legitimação possível que não se apoie no texto legal, sobretudo no Texto Constitucional.

É necessário buscar um novo lugar a essa inimputabilidade, sobretudo quando:

La psicología puede llegar a informarnos acerca del posible catálogo de conductas de una persona en una circunstancia, pero no puede decir nada acerca la libertad como concepto filosófico. No obstante, también es cierto que no se puede medir ni graduar un concepto filosófico y que lo único mensurable es el dato psicológico. (Zaffaroni, 1999, p. 60)

II – o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;

III – juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;

IV – o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;

V – o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;

VI – ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.”

Assim, sendo inverificável a concreta capacidade de escolha do homem, abarcando qualquer “anomalia psíquica” que retire o discernimento, ocorre um alargamento do substrato biopsicológico. Ao mesmo tempo, porém, acontece uma desvalorização desse parâmetro em detrimento do critério normativo, que passa a fundamentar a imputabilidade em bases amplas do livre arbítrio. Daí, então, é factível que “o perito em ciências humanas nada tem para oferecer ao juiz quando se trata da substituição de comprovações reais por categorias estritamente normativas, por adstrição ou imputação presumidas em certas condições” (Dias, 1999, p. 265).

Portanto, ao fim dessas constatações, resta a hipótese, afastando os fantasmas do século passado que sempre assustam o conceito garantidor da culpabilidade, de que a preocupação precípua do Direito Penal, sem prescindir do livre-arbítrio, é restringi-lo ao campo normativo, pois *“con questo o si vuol dire che la teoria de libero arbitrio debba essere accettata da un punto di vista filosofico: significa semplicemente che, al di fuori di tale ipotesi, non si può parlare di diritto penale”* (Nuvolone, 1975, p. 243).

Portanto, conclui-se que a imputabilidade não guarda relação com a difícil constatação entre as beiras da normalidade e da anormalidade, cabendo ao perito não o diagnóstico da nosotaxia, mas simplesmente afirmar se houve, no exato momento da conduta injusta, alguma perturbação proveniente de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Isto é, trata-se de um conceito jurídico que o juiz, com as ilustrações do perito, pode realizar. É necessário buscar um olhar humanista a respeito do problema.

CONCLUSÃO

A diversidade de sistematização da imputabilidade se deve à multiplicidade de sentidos dados à expressão, de forma que foi imprescindível, nas linhas anteriores, apresentar, de antemão, os significados jurídico, médico e político dados à expressão.

Porém, ultrapassada essa fase, resta observar que a imputabilidade durante o desenvolvimento da teoria do delito assumiu diversas posturas, ora excluindo a tipicidade, ora sendo pressuposto da culpabilidade ou excludente da punibilidade; até chegar ao estágio atual: elemento da culpabilidade, merecendo, por esse motivo, a designação de “fantasma errante” de Frank (apud Zaffaroni, 2006, p. 535).

O resultado desse deslocamento importa, para os juristas, a necessidade de atentarem para a questão.

Um dos maiores problemas enfrentados não é mesmo de ordem dogmática, porque assente o finalismo em bases sólidas, mas a relação entre a Medicina e o Direito Penal, vez que não se pode negar a presença de elementos das ciências médicas, resultando, como visto no perigo de medicalização desses conceitos, e consequente estreitamento das formas de controle social, realizado por duas instâncias de poder. O exemplo desse dado decorre da seguinte constatação: uma pesquisa realizada por Ana Lúcia Seabra Bentes, em 1999, na Unidade Hospitalar Vicente Rezende, mostra que:

Um número cada vez maior de internações por Mandado Judicial (MJ), que passaram de 7% em 1994, para 33,3% em 1997, chegando a constituir um terço das admissões de primeira vez (primeiras internações das crianças e adolescentes na UHRV) no último ano pesquisado. Os internados de MJ permanecem mais tempo internados do que os pacientes habituais, pois por vezes a equipe técnica não pode interferir em sua saída do hospital (tempo médio de permanência é de 36,5 dias para os internados através de M, o que é o dobro do tempo para os demais, em torno de 18,8 dias); apenas a minoria deles foi diagnosticada como psicótica pelos profissionais da UHVR. Aproximadamente dois terços dos Sem Mandado Judicial (SMJ) está no grupo dos psicóticos, contra somente um terço dos internados por MJ. No grupo “não psicóticos” encontra-se 30% dos pacientes SMJ e 60% dos com MJ. Tal fato já contra indicaria muitas internações psiquiátricas desses pacientes, pois a UHVR se diz voltada apenas para o atendimento, em regime de internação, de psicóticos em surto. [...] Tal discrepância se deve, entre outros aspectos à inclusão de categorias sócio-jurídicas e não clínicas, como roubo, destruição grave de propriedade, fugas de casa, níveis excessivos de brigas ou intimidações, nos exemplos nos quais o diagnóstico está baseado, justapondo a definição de ato infracional e de distúrbio de comportamento. (apud Vincentin, 2005, p. 328)

Diante disso, resgatando o que já foi dito, é primordial que o conceito de imputabilidade não seja político, afastando, assim, simbolismos de eficiência, técnica que, nos dias atuais, é reconhecida e repelida pela doutrina arrojada. É imprescindível questionar se as formas de composição do pensamento médico e jurídico ainda são os mesmos de outrora, uma vez que o poder foi e sempre será repressivo (Foucault, 2007, p. 175). É necessária a atenção, até porque:

Es absurdo pensar que el derecho penal de garantías o de contención acepte acríticamente conceptos que son productos del mismo marco ideológico del peligosismo y del biologismo (cuando no del racismo), particularmente en países donde el positivismo hizo estragos con su negativa a distinguir entre imputables e inimputables, basada en su profesión de fe determinista, y de onde la psiquiatría siguió en buena medida obstinados cauces biólogos y organicistas, a lo que suele agregarse el total desconocimiento de la materia revelado en muchas decisiones de los tribunales. (Zaffaroni, 2005, p. 693)

Tendo sido a loucura, do ponto de vista psiquiátrico, marcada por um processo ideológico histórico-social que a tem como obra, produção e efeito do humano, é necessário submetê-la a uma marcha contínua de construção de um espaço social em que a diferença não seja traduzida por desigualdade e que possa submeter-se a dois destinos possíveis: “Seu desaparecimento, reduzida a loucura à doença mental e presa ao arsenal terapêutico da psiquiatria, ou a sua re-apresentação enquanto potência criadora na invenção de si” (Magalhães, 2003, p. 20).

Nesse contexto, vislumbra-se a reforma psiquiátrica, cuja meta ética é a inserção do interdito ao campo da cidadania, reinventada pelo pensamento crítico, visando à justiça e à liberdade como permanentes valores para reconstrução do habitat humano, razão pela qual cada contingência histórica produz novas regras favorecedoras do funcionamento das relações humanas.

Na verdade, urge a mudança de foco na relação entre homem e Estado. E se expusemos aqui alguns problemas trazidos pela Medicina, por este ramo de saber, ela mesma revela uma postura humanizante na relação do médico com o paciente, e que é completamente inversa da relação entre Estado Penal e homem delinquente (Kaplan; Sadock; Grebb, 2006, p. 1088).

Aliás, é este mesmo ramo que trabalha sobre a alteração do tratamento dos inimputáveis submetidos à medida de segurança, valendo-se da superação do modelo asilar, propondo a construção de uma rede substitutiva diversificada e garantia dos direitos de cidadania das pessoas com transtorno mental e seus familiares, tudo reafirmado na IV Conferência Nacional de Saúde Mental ocorrida em julho de 2011: “403. Extinguir definitivamente toda e qualquer forma de internação de cidadãos com sofrimento psíquico em hospitais psiquiátricos e em quaisquer outros estabelecimentos de regime fechado, acabando também com a eletroconvulsoterapia no Brasil” (SNS, 2010, p. 76).

Isto é, a realidade médica já é orientada no sentido de propor o fim dos manicômios judiciais, o que a LEP denomina de HCTP, indicando a seguinte diretriz geral: “988. É ainda afirmada a importância de garantir também a inclusão das pessoas em sofrimento psíquico em cumprimento de medida de segurança ou internos em manicômios judiciários na rede de serviços substitutivos de saúde mental, em cumprimento da lei da reforma psiquiátrica” (SNS, 2010, p. 155).

Então, diante dessa problemática, é imprescindível novo olhar acerca da questão da imputabilidade, principalmente ante a um Direito Penal garantista (Ferrajoli, 2004). Enfim, cabe à imputabilidade, além de outros importantes temas, a manutenção da racionalidade do Direito Penal e a humanização do mesmo, para que os fins perseguidos de proteção da sociedade e valorização do homem, enquanto ser e não objeto, sejam realizados.

REFERÊNCIAS

ALVEZ, Carlos Frederico de Oliveira. Entre o cuidar e o sofrer: o cuidado do cuidador via experiência de cuidadores/profissionais de saúde mental. (Dissertação). Universidade Católica de Pernambuco: Recife, 2005.

ALVES, Roque de Brito. *Saúde mental e o direito*. Ensaios em homenagem ao Professor Heitor Carrilho. Org. Cristiano Carrilho Silveira de Medeiros. São Paulo: Método, 2004.

AMARANTE, P. *Psiquiatria sem hospício*: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica. Rio de Janeiro: Rellume-Dumará, 1992.

BACIGALUPO, Enrique. Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 52, jan./fev. 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

- BETTIOL, Giuseppe. *Intituciones de derecho penal y procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1976.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1984.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAMARGO, Sabrina. Um olhar sob a loucura de Foucault. *CienteFico*. Salvador, v. I, a. III, p. 1-30, jan./jun. 2003.
- CASTEL, R. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- CASTRO, Viveiros. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Ed. D. Magalhaes, 1894.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal*. Parte geral. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Derecho penal. Colección Maestros del Derecho Penal. Buenos Aires: IBdef, n. 1, 2004.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. *Razão e sensibilidade*. Fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- FÜHRER, Roberto Ernesto Maximiliano. *Tratado da inimputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Roma: Laterza, 2004.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. O criminoso e o crime. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 23. ed. São Paulo: Graal, 2007.
- _____. *História da loucura: na idade clássica*. São Paulo: perspectiva, 2007.
- _____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1961.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada, 1993.

KAPLAN, Harold; SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. *Compendio de Psiquiatria. Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica*. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LYRA, Roberto; JÚNIOR, João Marcelo de Araújo Júnior. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LISZT, Franz Von. *A teoria finalista do direito penal*. Campinas: LZN, 2003.

_____. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus, t. II, 1927.

LOMBROSO, César. L'uomo delinquente. In: *Rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1848.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do Processo de Execução Penal. In: CARVALHO, Salo (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MAGALHÃES, P. Ausência, retratamento ou massificação da obra: que outros destinos para a miséria humana? In: *Estados gerais da psicanálise - Segundo Encontro Mundial*. Rio de Janeiro, 2003.

MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 15, p. 19, 1966.

MEZGER, Edmundo. La culpabilidad en el moderno derecho penal. Trad. Jose M. Navarrete. In: *Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid*. Publicaciones de los Seminarios, v. 14, Valladolid, 1956.

NUVOLONE, Pietro. *Il sistema del diritto penale*. Milão: Padova, 1975.

PAIVA, Ilana Lemos de; YAMAMOTO, Oswaldo H. Em defesa da reforma psiquiátrica: por um amanhã que há de nascer sem pedir licença. *História, Ciências, Saúde*. Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 549-569, abr./jun. 2007.

PINEL, Philippe. *Tratado médico filosófico sobre alienação mental ou mania*. Coimbra: Colibri, 2011.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROSAL, Manuel Cobo Del; ANTÓN, Tomás. S. Vives. *Derecho penal - Parte geral*. 5. ed. Valencia: Tirnat lo Blanch, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). In: *Seminário Internacional do IBCCrIm*, 11, 2005, São Paulo. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2007.

Sistema Único de Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Comissão Organizadora da III CNSM. *Relatório Final da III Conferência Nacional de Saúde Mental*. Brasília: Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, 2002.

_____. *Relatório Final da IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersectorial*. Brasília: Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. *Reflexiones de filosofía del derecho penal*. Colección Maestros del Derecho Penal. Buenos Aires: IBdef, n. 14, 2004.

_____. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: IBdef, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Lael, 2005.

_____ et al. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 7, n. 28, out./dez. 1999.

_____. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Argentina: Depalma, 1984.