

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

VIRGÍLIO FIGUEIREDO TAVARES JÚNIOR



**UM ESTUDO SOBRE O INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL NO PROCESSO
PENAL CONSTITUCIONAL**

**Aracaju
2012**

VIRGÍLIO FIGUEIREDO TAVARES JÚNIOR

**UM ESTUDO SOBRE O INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL NO PROCESSO
PENAL CONSTITUCIONAL**

**Monografia apresentada à Faculdade
de Administração e Negócios de
Sergipe como um dos pré-requisitos
para obtenção de grau de bacharel em
Direito.**

**ORIENTADOR:
PROF. ESP. VITOR CONDORELLI DOS
SANTOS**

**Aracaju
2012**

FANESE
BIBLIOTECA Dra. CELUTA MARIA MONTEIRO FREITAS
N.º RG. _____ DATA ____/____/____
ORIGEM _____

FICHA CATALOGRÁFICA

Tavares júnior, Virgílio Figueiredo

Um estudo sobre o incidente de insanidade mental no processo penal constitucional/ Virgílio Figueiredo Tavares júnior. – 2012.

42f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, 2012.

Orientação: Prof. Esp. Vitor Condorelli dos Santos

1. Incapaz 2. Infrator 3. Pena 3. Distúrbio mental
4. Inimputabilidade 5. Direito penal I. Título

CDU 343.2/.7(813.7)

VIRGÍLIO FIGUEIREDO TAVARES JÚNIOR
UM ESTUDO SOBRE O INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL NO PROCESSO
PENAL CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ___ / ___ / _____

BANCA EXAMINADORA

Vitor Condorelli dos Santos

Orientador

Guilherme da Costa Nascimento

José Carlos Santos

Dedico este trabalho a minha mãe, ao meu saudoso pai, a minha amada esposa Alina, minha linda filha Natália e ao nosso novo nenê, pois sempre almejaram a minha felicidade e proporcionam eternos momentos de felicidade. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

A Deus, que rege a minha vida, dando-me oportunidades como esta.

A Maria Anita e Virgílio (*in memoriam*), pais zelosos que sempre me abasteceram com força e exemplos de probidade e justiça.

A Alina, esposa, companheira, amada e querida, pois não mediu esforços para tornar o meu sonho uma realidade. Obrigado amor, também, pela segunda oportunidade de ser pai.

A Natália, Tatá, sorriso e alegria que ilumina meu caminho e ao seu novo(a) irmãozinho(a) que Deus apresente-o com muita saúde.

Aos queridos amigos que contribuíram com esta alegria, em especial, a Toninho, Zenaide, Verônica, Vanesa, Sandro Mezzarano, Prof. José Carlos, Prof. Pedro Durão, Prof.^a Clara Dias obrigado pelos momentos de alegria e conhecimento.

Ao meu estimado orientador Vitor Condorelli, exemplo de inteligência e compromisso com seus discípulos.

Ao Dr. Paulo Barbosa que me transmitiu conhecimentos valiosos e práticos quanto à importância do tema deste trabalho e do múnus da magistratura.

A Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe – FANESE, pela dedicação e oportunidade para desenvolver os meus conhecimentos.

Posso não concordar com uma só palavra
sua, mas defenderei, até a morte, o seu
direito de dizê-lá.

Voltaire

RESUMO

Este trabalho aborda a aplicação da pena quando o infrator, acometido ou portador de um distúrbio mental, for incapaz de entender o ato ou determinar-se perante ele, assim, alheio aos fatos e razões que o impulsionaram, comete-o, porém, sem perceber ou compreender os resultados da sua ação. Deste influxo, emerge o instituto da inimputabilidade por doença mental e, conseqüente aplicação de medidas preventivas à periculosidade do agente, a intitulada Medida de Segurança prevista no art. 97 do Código Penal. O objetivo, portanto, é analisar a adstrição do Juízo, quando do processamento da ação penal, ao Laudo do Perito Judicial que concluir pela inimputabilidade do agente.

PALAVRAS-CHAVE: Incapaz; infrator; pena; distúrbio mental; inimputabilidade; medida de segurança; laudo pericial.

ABSTRACT

This paper discusses the application of the sentence when the offender, affected or carrier of a mental disorder, is unable to understand the act or determine themselves before him, so oblivious to the facts and reasons that propelled him, he commits it, but without perceive or understand the results of your action. This influx, the institute' semerging incapacity due to mental illness and, consequently, application of preventive measures against hazardous agent, entitled to Measure Security provided for in art. 97 of the Criminal Code. The aim therefore is to analyze the periodic penalty payment of Judgment, when the processing of criminal action, the Award of the Legal Expert concluded that the incapacity of the agent.

KEYWORDS: Unable; offender; sentence; mental disorder; incapacity; measure; expert report.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	11
3	PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	14
4	PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	16
5	PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	18
	5.1 O LIVRE CONVENCIMENTO.....	18
	5.2 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	20
6	INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL.....	21
	6.1 CULPABILIDADE E A IMPUTABILIDADE.....	22
	6.2 SISTEMAS DE AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE.....	26
	6.3 REGRAS DO PROCESSO PENAL.....	27
7	APARENTE ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA EXEGESE DO ARTIGO 182 DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL.....	33
	7.1 APARENTE ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SUA SOLUÇÃO.....	33
	7.2 EXEGESE DO ARTIGO 182 DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL.....	34
8	A ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA E OS ANSEIOS POPULARES QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA.....	35
9	CONCLUSÕES.....	36
	REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira observa-se um crescente aumento dos conflitos interpessoais, em especial, dos crimes com emprego de meios cruéis e perversos, que põem em xeque a saúde psicológica e a capacidade de compreensão quanto aos atos ilícitos praticados.

O Estado-juiz, no pleno exercício da sua função ético-social, tende a proteger os valores necessários à subsistência do corpo social, tais como a saúde, a liberdade, a propriedade e a vida, os denominados bens jurídicos. Assim, afetados tais bens, a máquina estatal põe em funcionamento a repreensão mediante a aplicação das sanções penais.

O resultado prático da aplicação das sanções consiste na intimidação coletiva e no temor aos propensos infratores do risco da aplicação das penas. Contudo, como explica Capez (2007, p. 1), o objetivo da função estatal é, sobretudo, o "respeito às normas, não pelo receio de punição, porém pelo fortalecimento dos compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo.

A aplicação da pena depende da estrita obediência aos diversos princípios constitucionais balizadores do Direito Penal. Dentre os quais se destacam o Contraditório, a Ampla Defesa e o Livre Convencimento Motivado que, na visão da doutrina majoritária, ambos primeiros, derivam do princípio do Devido Processo Legal e, por consequência, da Dignidade Humana (CF, art. 1º, III).

Neste mecanismo penal, não se pode olvidar do pressuposto necessário à imposição da pena, qual seja, a culpabilidade pelo fato, que consiste na vontade humana consciente e impulsionadora da ação delituosa, portanto, a relação psicológica que possibilita o agente de conhecer o injusto.

Desta forma, da imposição da pena, quando o infrator for incapaz de entender o ato ou determinar-se perante ele, emerge o instituto da inimputabilidade e, destarte, a aplicação da intitulada Medida de Segurança e possível adstrição do Juízo, quando do processamento da ação penal, ao Laudo do Perito Judicial que concluir pela inimputabilidade do agente.

2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Reveste-se, o conceito de contraditório, de elementos de acesso à informação. Na visão de Mendes de Almeida (1973, p. 82), é a “*ciência bilateral dos atos ou termos do processo e possibilidade de contrariá-los*”. A concepção mais abrangente de tal princípio assegura uma participação derradeira das partes no desenvolvimento do processo, tudo mediante uma igualdade real, para, desta forma, haver uma completa percepção de todos os elementos fáticos, probatórios e questões de mérito aventadas nos autos.

No contexto histórico brasileiro o princípio do contraditório não teve a pujança necessária ao seu derradeiro afloramento antes da Carta de 1946. Não se pode olvidar do nefasto período do Governo Militar, inaugurado com o Golpe de Estado que extirpara garantias e direitos antes conquistados. Até que, em 1988, a atual Carta faz renascer, com plenitude, os princípios balizadores do ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira Constituição em 1824 trazia o contraditório de forma implícita, apesar do movimento iluminista e liberal nascido na Revolução Francesa de 1789. No 8ª Título - *Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros* há tímida menção ao princípio quando obriga o Juiz a comunicar o réu o motivo da sua prisão. *Litteris*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. (não grifado no original)

Em 1891, a nova Constituição, sem muitos avanços, privilegiara o contraditório nos mesmos moldes da antecessora, todavia fizera surgir o conceito de ampla defesa, implementando, inclusive, o *habeas corpus*. Por si só, na Seção II, § 2º do artigo 72, assegurara aos réus a "plena defesa, com todos os recursos e meios

essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas".

Com a Revolução de 1930 e o Movimento Tenentista, a nova ordem constitucional preservava o contraditório, a ampla defesa e o *habeas corpus* para os processos criminais e protegera os cidadãos contra atos do Estado (Administração Pública) através do mandado de segurança.

O Estado Novo, em 1937, pouco contribuía na construção de direitos individuais, ao revez, a Constituição não privilegiara substancialmente os direitos conquistados anteriormente e criara, com o escopo de defesa dos interesses sociais, tribunal de exceção para "*crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular*" (§ 17º do artigo 122).

Já em 1946 os direitos e garantias individuais são tratados especialmente. Expandem-se as garantias do cidadão ao acesso ao Poder Judiciário, os tribunais de exceção são abolidos, a ampla defesa e a instrução criminal contraditória são destaques no texto constitucional (§ 25 e 26 do artigo 141).

Em 1969, após o Golpe Militar, é instituído o Ato Institucional nº 5, sepultando a Constituição de 1967 que, apesar de cuidar dos direitos individuais, não os efetivava de forma justa e prática. Observa-se um verdadeiro retrocesso na evolução dos direitos e garantias individuais.

Com o fim da ditadura, é promulgada a atual Carta de Direitos, a Constituição Cidadã de 1988. Destacadamente o 5º artigo, além da proteção integral do cidadão, viabiliza o acesso ao judiciário, contempla, explicitamente, os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, estendendo-os aos processos civis e administrativos.

Hodiernamente, o Princípio do Contraditório, em sintonia com artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, assegura que toda pessoa, durante o processo, tenha direito a plena igualdade (paridade de armas), comunicação prévia e pormenorizada da imputação formulada, bem como, tempo necessário e meios adequados para preparação dos meios defensivos.

Sob a dialética e perspectiva do catedrático Ambos (2008, p.136) na visão do mestre Marcellus Platri Lima:

O princípio da paridade de armas, segundo a doutrina dominante no Brasil, seria corolário do princípio do contraditório e significaria que deve se dar à parte a oportunidade para se pronunciar sobre atos da parte contrária, sendo-lhe conferidos meios para que realmente possa contrariá-los, mas, mais ainda, significaria sobretudo que as partes devem ter idênticas forças ou idênticas armas, sendo assegurada sempre a ciência das práticas de atos e da prova colhida pela outra parte, para que, assim, possa refutá-las.

Para Ada Pellegrini Grinover apud Lima (2008, v. 1, p. 69) por princípio da igualdade de armas:

Entende-se, modernamente, por *par conditio* ou igualdade de armas, o princípio de equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas, como o são no processo penal, as dos ofícios da acusação e da defesa [...] os que agem ou se defendem em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões.

Entretanto, ainda há a concepção que o Princípio do Contraditório, além de abranger os elementos citados acima, garante à parte a ciência do julgador de todos os seus argumentos. Tal garantia insurge-se do princípio da motivação das decisões judiciais.

Neste diapasão é indubitoso perceber que o direito à informação e participação na produção de atos processuais alicerçam o referido princípio, porque da inexistência de conhecimento do processo, dos atos, das razões e das provas não emerge o pleno exercício do direito de defesa, algo imperioso no Estado de Direito.

Conquanto a existência da necessidade de informação e da possibilidade de participação nos atos processuais, o Princípio do Contraditório não estaria de todo completo caso o seu destinatário não pudesse compreender os fatos que lhe estão sendo imputados. Há, desta forma, necessidade especial e absoluta que o acusado compreenda o teor das acusações, das provas produzidas, saiba o momento que deverá se dirigir ao Juiz, entenda as repercussões de suas declarações e, por fim, saiba o porquê da pena que lhe será imputada.

Portanto, o Princípio do Contraditório no direito penal brasileiro, com todo o seu aspecto evolutivo-histórico, garante ao réu o conhecimento tempestivo, a faculdade de participação na instrução criminal, a compreensão dos fatos, das provas e das razões do processo e, ainda, a garantia que o magistrado terá conhecimento das contrarrazões, assim, como das contraprovas, devendo, para fins de sentença, conhecê-las e provê-las segundo vosso arbítrio motivado.

3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Evoluindo historicamente e com paridade com o Princípio do Contraditório, o Princípio da Ampla Defesa na exegese moderna de Tucci (2004, p. 176) denomina-se:

Como *reichliches Gehor* ou garantia de ampla defesa, pois reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: o direito a informação (*nemo inauditus chamari potest*), a bilateralidade de audiência (*contrariedade*) e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade).

Neste contexto, a ampla defesa consiste, por si só, numa segurança genérica que se materializa em diversas formas, sendo impossível, na visão de Bedê Júnior; Senna (2009, p. 179), "*delimitar aprioristicamente todo o seu alcance.*"

Na seara processual penal, a defesa deverá ser ampla, e segundo os autores acima (Ibidem, p. 179), plena, a exemplo dos:

Julgamentos afetos ao Tribunal Popular do Júri (artigo 5º, XXXVIII, a da Constituição Federal), permitindo-se ao réu exercer todos direitos inerentes à sua defesa efetiva (substancial), não podendo ser meramente formal. Isso se deve ao fato de o direito tutelado (liberdade) ser indisponível.

Observe-se que a plenitude da defesa é consagrada no código procedimental penal brasileiro quando permite ao magistrado que dissolva o Conselho de Sentença e designe novo dia para o julgamento, porque considerara o réu indefeso. *Litteris*:

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código.

V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor: (não grifado no original)

O Supremo Tribunal Federal já pacificara o entendimento através da Súmula 523, estabelecendo que "*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*"

Importante ressaltar que em determinados casos a ampla defesa é mitigada. São os casos sujeitos ao procedimento previsto na Lei 9.099/95 que criou, no Brasil, o instituto da transação penal para aquelas infrações consideradas de pequeno potencial ofensivo.

Nestas situações observa-se que a segurança jurídica cederá espaço à efetividade, pois, na transação penal e suspensão condicional do processo, o réu poderá abdicar da ampla defesa e submeter-se a uma penalidade alternativa com o escopo de evitar a instauração ou continuidade do processo criminal. Ainda, segundo Bedê Júnior; Senna(2009, p. 180), o citado aspecto "*não caracteriza a admissão da culpa, tratando-se, na verdade, de estratégia de defesa.*"

Na órbita da doutrina, o Princípio da Ampla Defesa possui face dúplice. A primeira consiste no direito a uma defesa técnica, aquela executada por um advogado, e a segunda, a autodefesa, feita pelo próprio réu conforme previsto no artigo 577 do Código de Processo Penal brasileiro. Litteris:

Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Defende esta dicotomia, o ilustre Sendra(2007, p. 236) quando afirma que:

La defensa penal, a diferencia de la civil, ofrece la singular característica de ser una parte dual, pues está integrad por dos sujetos procesales: el abogado defensor que ejercita la defensa técnica y su defendido o imputado que puede actuar su defensa privada o autodefensa.

A defesa promovida pelo próprio réu caracteriza-se pela faculdade de presença e participação. Quanto ao primeiro, consiste no direito de se fazer presente nos atos de produção de provas a respeito de fatos que lhe são imputados, v. g., acompanhar a oitiva de testemunhas sob pena de nulidade do ato, nos termos do artigo 564, IV do Código Processual Penal.

Ainda sob o contexto da participação, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 86.634-4/RJ, compreende que é dever do Estado assegurar ao réu preso o direito de comparecer à audiência de inquirição de testemunhas, ainda mais quando arroladas pelo Ministério Público, anulando ato processual no qual não foi observado esse direito.

Já quanto à participação, é assegurado o direito de ser ouvido pelo Juízo, o interrogatório. Vale ressaltar que apesar de ser classificado como um dos meios de prova no Código Processual Penal, o interrogatório situa-se no inconfundível polo defensivo. Na visão de Bedê Júnior; Senna (2009, p. 186), o interrogatório é "*meio de defesa, tanto que é possível ao réu permanecer calado durante o citado ato, sem*

que isso seja interpretado em seu prejuízo, como são deixam dúvidas os arts. 5º, LXIII da CF e 186 do CPP."

Dentre os diversos desdobramentos do Princípio da Ampla Defesa, outras garantias podem ser destacadas, como o direito ao silêncio (art. 186 do Código de Processo Penal e art. 5º LXIII da Constituição Federal), o direito à informação pessoal do inteiro teor da acusação (art. 366 do Código de Processo Penal), o direito à liberdade processual (art. 263 do Código de Processo Penal), o prazo razoável para preparação da defesa com os meios "adequados" (art. 8.2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e art. 185, § 2 do CPP) e o direito de não auto-incriminação (*meno tenetur se detegere*), que se desdobra no direito de não confessar e de não declarar contra si mesmo.

Neste interregno, não há dúvidas na necessidade de compreensão e livre arbítrio do réu na condução e escolha dos meios que entender adequados ao exercício da ampla e plena defesa. Achar-se em pleno gozo de suas faculdades mentais é um dos requisitos ao exercício da ampla defesa, porque de nada adiantará o leque extenso de direitos se o suposto autor do delito não compreender e ter a faculdade de contribuir ou, até mesmo, dirigir a sua defesa.

4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A doutrina aponta que o *due process of law* ou o princípio do devido processo legal teve origem na Inglaterra, em especial na *Charta Magna Libertatum* outorgada pelo Rei Johon Lackland (João Sem Terra) em Junho de 1215.

No XXIX Capítulo da citada carta, especificamente, no art. 48 estava previsto que "*ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com as leis do país*".

Na Inglaterra de Eduardo III, em 1354, a expressão *due process of law* fora inaugurada oficialmente no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, e, logo após, incorporado ao sistema *Common Law*.

No Brasil, por seu turno, o princípio do devido processo legal fora abarcado pelas constituições desde 1924, em especial destaque, a de 1967 cuja conjuntura consignara os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Atualmente, o *due process of law* está previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, e assegura ao cidadão que o processo, em que for parte ou interessado, evoluirá na forma estritamente estabelecida em lei. *Litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (não grifado no original)

No contexto, o princípio do devido processo abarca diversos outros como a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, a recursividade, etc. Há que se observar que o termo “bens” esculpido no texto constitucional deverá ser interpretado no sentido amplo, devendo alcançar tantos os bens materiais como os imateriais, a exemplo, da honra e da dignidade.

Outro aspecto interpretativo do mandamento é o fato da garantia constitucional não consistir apenas na privação de alguém dos seus bens ou liberdades, todavia, representa um mandamento, um ato constitutivo ou desconstitutivo, uma ordem, uma declaração, uma determinação para fazer ou deixar de fazer algo.

Para Rangel (2003, p. 4), o princípio do devido processo legal, como princípio constitucional, corresponde ao *"conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional"*.

Nesta ótica, o devido processo legal subdivide-se em procedimental e material.

No polo material, o devido processo legal manifesta-se no sentido de inibir que a lei, no sentido lato, prejudique os direitos individuais, com a liberdade e a propriedade.

O ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, citado por Nery Júnior (2002, p. 40), sintetiza o aspecto material do princípio em análise:

Due process of law, com conteúdo substantivo - *substantive due process* - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*racinality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexa com o objetivo que se quer atingir.

Quanto ao prisma procedimental ou *procedural due process of law*, o que se observa é a rigorosa adstrição à norma de procedimentos. Esse aspecto é o mais largamente usado no cotidiano forense, pois regula a forma e os meios de acesso à jurisdição.

O privilegiado Araújo Cintra *et al* (1998, p. 56), sintetiza o aspecto do procedimento *como "a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter his day in Court, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos"*.

Convém ressaltar que a importância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa ultrapassaram os limites das lides judiciais e alcançaram as relações jurídicas entre particulares. O Supremo Tribunal Federal, através do Ministro relator Gilmar Mendes, decidira que, no caso de expulsão de associados em uma associação, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolam, em muito a liberdade de associação e, sobretudo, violam o direito de defesa do recorrido. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (RE nº 201.189/RJ)

Desta forma e nesta seara dúplice, *substantive e procedural*, observa-se a importância do princípio do devido processo legal no ordenamento constitucional, porque ao tempo que garante aos que litigam o pleno exercício das faculdades e direitos procedimentais, formalizam e atribuem legitimidade à função de juris-dizer do Estado.

5 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

5.1 O LIVRE CONVENCIMENTO

O princípio do livre convencimento ajusta a avaliação e apreciação das provas existentes no processo, salientando que o juiz deverá constituir, sem qualquer esteio, sua convicção. Chamado, também, de princípio da persuasão racional, o livre convencimento situa-se entre o julgamento *secundum conscientiam* e o sistema da prova legal.

Inicialmente, ao Juiz cabia assistir as partes com o escopo de se obter uma decisão divina, não lhe competia a missão de examinar o caso.

Ainda, o aspecto subjetivo do tribuno somente era permitido quando da avaliação da prova. Este o conceito de prova legal vigera largamente na Europa, na face canônica do direito e fixava regras aritméticas envolvidas em um sistema complexo de presunção, com o objetivo de, através de lógica escolástica, resolver tudo *a priori*.

Com a inauguração do século XVI e após a Revolução Francesa, delineou-se o sistema do livre convencimento ou presunção reacional do juiz. Na França, em 1791, decretara-se que os jurados julgassem *suivant votre conscience et votre intime conviction*. Napoleão, em seu *Codex*, acolhera de maneira implícita este postulado. Porém, os regramentos processuais da Alemanha e Áustria derradeiramente extirparam qualquer fórmula matemática de apreciação de provas, destarte, o tribuno está adstrito à prova e os elementos constantes nos autos, *quo non est in actis non in mundo*, mas a análise não se sujeita a critérios legais determinados antecipadamente.

O Brasil adora este conceito, entretanto, esta livre convicção não se traduz em arbitrariedade, porque a decisão, o convencimento, deverá ser motivado conforme prescrevem o artigo 93, IX da Constituição Federal, o artigo 381, III do Código do Processo Penal e os artigos 131, 165 e 458 do Código do Processo Civil.

Em especial, estabelece o art. 155 do Código do Processo Penal brasileiro:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (não grifado no original)

O que se extrai do comando acima, é a completa liberdade hermenêutica do Juízo, nada poderá cercear o juiz, deve este utilizar todos os métodos hermenêuticos necessários ao exercício da função jurisdicional, todavia, as sentenças serão proferidas conforme a lei e os elementos dos autos, constituindo, assim, corolário do princípio do devido processo legal.

5.2 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A necessidade de motivação das decisões judiciais, no ordenamento jurídico brasileiro, tem status de princípio de índole processualístico.

Fundamentar ou motivar a decisão judicial tem o escopo de convencer as partes e o público e, muito mais, possibilitar o controle da decisão pelo órgão recursal. Bonavides; Miranda; Agra (2009, p. 1190) reafirmam este conceito ao concluírem que:

Na medida em que oportuniza o conhecimento acerca do caminho lógico seguido pelo julgador até sua conclusão, o imperativo de motivação da decisão fornece subsídios para seu questionamento, seja individual, através do manejo da via recursal para tanto apropriada - de capital importância em um sistema que consagra, como regra, o duplo grau de jurisdição - ou mesmo coletivo, através do debate público deflagrado pelos meios de comunicação. Questionamento esse, frise-se, não necessariamente restrito ao exame acerca da eventual incorreção, formal ou substancial, do processo decisório em si, mas igualmente sobre a própria imparcialidade e independência de atuação do órgão judiciário por ele responsável.

Bulos (2007,s.p) adverte que é nítida a evolução dos propósitos endoprocessuais do referido princípio, porque, hodiernamente, há a consagração como meio de controle extraprocessual, enquanto garantia de ordem política e da própria jurisdição.

No processo penal, segundo Bedê Júnior; Senna(2009, p. 108) , a fundamentação genérica não é válida, o juiz é obrigado a apreciar todas as teses da defesa, como garantia da motivação da decisão.

Perelman(1999, p. 222), lembra que *"motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz"*.

O citado conceito é de pacífico entendimento da mais alta corte brasileira. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do Ministro Sepúlveda da Pertence no julgamento do HC 78013/RJ esclarece:

Sentença condenatória: acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que - sem sequer transcrever a sentença - limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que "no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão", somando ao vazio dessa afirmação a tautologia de que "a prova é tranquila em desfavor dos réus": a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial - que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular -

é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.

Desta forma, fundamentações pautadas em esclarecimentos como "está provado nos autos" não contemplam a exigência constitucional. A jurisprudência tampouco compreende ritualismos simbólicos extensores de laudas sentenciais, o juiz necessita pontuar, de forma minudente, quais os fatos que alicerçaram o seu convencimento.

A sentença penal precisará ser fundada em fatos, pois a defesa no processo penal é de fatos.

No contexto conceitual do princípio, Gonçalves (2005, p. 733-736) enumera, com lastro no artigo 374 do Codex processual penal português:

A fundamentação, como resulta expressis verbis, não se satisfaz com a enumeração dos meios de prova produzidos na audiência de julgamento e dos que serviram para fundamentar a sentença. É ainda necessário um exame crítico desses meios, que servirá para convencer os interessados e a comunidade em geral da correcta aplicação da justiça no caso concreto.

Eis o indigitado texto de lei:

Art. 374. Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

Sem desviar da exegese, Schmitt(2009, p. 33) leciona que:

Apesar de vigorar entre nós o sistema do livre convencimento do julgador, não pode este, de forma alguma, furta-se em motivar sua decisão. A citada prerrogativa não pode, logicamente, transforma-se em arbítrio, razão pela qual, em qualquer situação, tem o julgador a obrigação de motivar seu julgamento, com enfoque nas provas produzidas nos autos, dando pleno conhecimento às partes dos motivos que o levaram a decidir a causa (princípio do livre convencimento motivado).

6 INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL

6.1 CULPABILIDADE E A IMPUTABILIDADE

Reveste-se a culpabilidade na hipótese de responsabilização do agente frente ao conceito negativo ou de reprovação da sua conduta.

A evolução histórica do direito penal remonta ao tempo em que se vivia em tribos. Nestas priscas eras, as regras de condutas eram pautadas na moral, costumes, hábitos e crenças. As penas tinham caráter de defesa social e acreditava-se que os períodos de paz e bonança era uma oblação divina.

Nesta época, a responsabilização era apenas objetiva, ou seja, bastava-se o nexo causal entre a conduta e o resultado. Havia, assim, a confusão entre a pena e a vingança, e esta quase sempre era excessiva.

O agravado investia-se com sanha desproporcional contra o agressor e sua estirpe, semeando a discórdia e revides contra os exageros.

Com a evolução e a adoção da máxima *"fractura pro fractura, oculus pro oculo, dentem pro dente restituat"*, também prevista num dos primeiros livros da Bíblia, o Levítico, e pautada na Lei de Talião regravava a punição estabelecendo que seria idêntica ao crime cometido.

Com o código de Hammurabi, a responsabilidade individualizou-se e as penas tomaram proporções idênticas e menos gravosos que as anteriores, v. g., amputação de um médico em operações cirúrgicas malsucedidas, assassinato do engenheiro no caso de desabamento de casa com falecimento do proprietário, etc.

Na era romana, os crimes foram considerados mais atentados ao corpo social e a ordem pública do que uma violação aos interesses privados, rechaçando a conotação de vingança particular. Destarte, o Estado passou a aplicar as penas. Com a Lei das Doze Tábuas, a culpabilidade passou a ter o requisito subjetivo pessoal, o dolo e a culpa.

Na Idade Média, alicerçou-se a responsabilização subjetiva e a proporcionalidade da pena. No período Moderno, as penas cruéis e injustas começaram a serem extirpadas, culminando, na Idade Clássica e com forte influência do Direito Canônico e dos jusnaturalismo, no livre arbítrio do homem no cometimento do crime.

Assim, a vontade humana que facultava o cometimento ou não do delito era levada em conta e, conseqüentemente, não havendo vontade, não existiria a responsabilização.

Hodiernamente, segundo Capez (2007, p.303) , o conceito de culpabilidade é interpretado como :

A possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia e devia agir de modo diferente. Funda-se, portanto, na possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado. Sem isso, não há reprovação e, por conseguinte, punição.

A doutrina, após o detrimento da responsabilização objetiva, acalcanhou-se em cinco teorias:

- a) A psicológica da culpabilidade que refletia o contexto histórico alemão por volta de 1900 e cuja base da culpabilidade era o liame psicológico entre a conduta e o resultado por meio da culpa e do dolo, desprezado a conduta que era avistável num plano puramente naturalístico, sem qualquer valor e como causação do resultado.
- b) A psicológica normativa a qual amplia os requisitos para a culpabilidade, estabelecendo que além do dolo e da culpa, devem ser levados em conta a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa.
- c) A normativa pura que retira o dolo do juízo de culpabilidade que passa a ser puramente valorativa ou normativa, exclui a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, transferindo a dolo e a culpa para a conduta. Assim, conforme Capez (2007, p. 306) *"a culpabilidade não será excluída se o agente, a despeito de não saber que sua conduta era errada, injusta, inadequada, tinha totais condições de sabê-lo."*
- d) A estrita ou extremada da culpabilidade que considerada que as espécies de normas discriminantes putativas são tratadas como erro de proibição.
- e) A limitada da culpabilidade, que é a adotada pelo Código Penal brasileiro, trazendo como seus elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, todavia, estabelece como causas dirimentes, excludentes de culpabilidade, as discriminantes putativas fáticas como erro de tipo e as putativas por erro de proibição direto ou indireto como erros de proibição.

Dentre as chamadas causas que excluem, dirimem ou eximem a culpabilidade, destacam-se as concernentes à imputabilidade (a capacidade de compreensão quanto aos atos ilícitos praticados): menoridade, doença mental,

embriaguez completa e fortuita as concernentes à consciência da ilicitude: erro de proibição inevitável e discriminante putativa fática e, por fim, as exigibilidades de conduta diversa, como a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Não se pode olvidar das que reduzem a culpabilidade, como a semi-imputabilidade, a coação moral resistível, a embriaguez fortuita incompleta e a obediência a ordem de superior manifestamente ilegal.

No cenário da imputabilidade, que consiste na incapacidade do agente entender o caráter ilícito do fato e de posicionar-se de acordo com o contexto da ilicitude, a ausência do aspecto intelectual ou capacidade de entendimento e o volitivo ou capacidade de controlar-se e comandar a vontade própria resultará na irresponsabilidade do agente.

Assim e segundo Welzel (1997, s.p), *"a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um cognoscivo ou intelectual e outro de vontade ou volitivo"*. Capez (2007, p. 308), complementa asseverando que a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme ao sentido, conjuntamente, constituem a capacidade de culpabilidade.

As exegeses dos aspectos da imputabilidade deságuam na distinção entre a imputabilidade e a capacidade, o dolo e a responsabilidade.

Quanto ao gênero capacidade, do qual a imputabilidade é espécie, observa-se a questão sob a ótica mais ampla, e que compreende a hipótese de entendimento e vontade, além da possibilidade de praticar atos na órbita processual, como, v. g, o oferecimento de queixa ou representação, ser interrogado sem a assistência de um curador, exercer o contraditório e a ampla defesa. etc.

O dolo, a vontade de praticar o ilícito ou a ação alinha-se com a capacidade de compreender essa vontade. Segundo Capez (2007, p. 308) o que falta ao agente é:

O discernimento sobre a vontade. Ele sabe que está esfaqueando a ofendida, mas não tem condições de avaliar a gravidade do que está fazendo, nem seu caráter criminoso. Um drogado sabe que está portando cocaína para uso próprio, mas não tem comando sobre essa vontade. Tem dolo, mas não tem imputabilidade.

A responsabilidade, muito mais ampla que a capacidade, é a aptidão do ofensor para ser punido pelo delito. Assim, o prestigiado autor (ibdem, p. 309) considera que a responsabilidade abarca e exige três requisitos:

Imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Deste modo, o sujeito pode ser imputável, mas não responsável pela infração praticada, quando não tiver a possibilidade de conhecimento do injusto quando dele for inexigível conduta diversa.

Consequentemente e legalmente, excluem a imputabilidade do agente: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa proveniente de força maior ou caso fortuito.

Caracteriza-se por doença mental a perturbação psíquica de qualquer ordem e cujo reflexo elimine ou afete a capacidade de compreender o caráter delituoso do fato e de comandar a sua vontade.

A legislação pátria, nos termos do artigo 45 a 47 da Lei 11.343/2006 considera, sempre que retirar a aptidão para entender ou de querer, como doença mental a dependência patológica de substância psicotrópica (drogas). *Litteris*:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

Por desenvolvimento mental incompleto, considera-se que o desenvolvimento não se conclui em decorrência da pouca idade cronológica ou a falta de convivência em sociedade, resultando na imaturidade emocional e mental. Cita-se como exemplo os menores de 18(dezoito) anos e os silvícolas inadaptados ao convívio da sociedade moderna.

Para o caso dos silvícolas, Capez (ibidem, p. 310) prescreve que o laudo pericial é imprescindível para aferir a inimputabilidade e para os menores de 18(dezoito) anos, nos termos formais da lei, não podem ser responsabilizados,

todavia estarão sujeitos à medidas sócio educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei. 8.069/90.

No caso do desenvolvimento mental retardado, trata-se da incompatibilidade mental com o estágio ou idade cronológica em que se encontra o agente. É o caso dos oligofrênicos que são indivíduos com reduzido coeficiente intelectual e são classificados em um escada decrescente em débeis mentais, imbecis e idiotas.

Não se pode deixar de citar a posição de alguns doutrinadores quando à possibilidade de débito sensorial dos surdos-mudos, que, em consequência da anomalia, não possuem capacidade de autodeterminação e entendimento e, consequente, compreensão deficitária.

6.2 SISTEMAS DE AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 26, utiliza o sistema biopsicológico e que combina o sistema biológico e o psicológico quando da aferição da inimputabilidade.

No biológico, o interesse é a hipótese do agente possuir ou não algum doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Existindo a anomalia, será considerado inimputável. Não existe qualquer ensaio quanto à possibilidade da anomalia ter contribuído ou não com o delito.

Para o sistema psicológico, a preocupação consiste na existência ou não de perturbação mental no momento do cometimento do injusto penal. Para Capez(ibdem, p. 311):

Enquanto o sistema biológico só se preocupa com a existência da causa geradora da inimputabilidade, não se importando se ela efetivamente afeta ou não o poder de compreensão do agente, o sistema psicológico volta suas atenções apenas para o momento da prática do crime.

Pelo sistema híbrido utilizado no *Codex*, inicialmente observa-se, ao tempo do delito, se o agente era portador de doença mental, ou tinha desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Existindo, analisa-se a capacidade de compreender o aspecto ilícito do crime ou de posicionar-se conforme sua consciência.

Comprovada uma das hipóteses acima, o agente será considerado inimputável. Portanto, a inimputabilidade deverá se fazer presente no ato do

cometimento do delito, porque a enfermidade superveniente e após o crime, não excluirá a culpabilidade. Segundo Malcher (2008, s.p),:

No que concerne às causas excludentes de culpabilidade, estão divididas em dois grupos no Código Penal: relativas à pessoa do agente e ao fato criminoso. Quanto ao agente, podem ser: por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26) por embriaguez decorrente de vício e, ainda, por menoridade (art. 27). O art. 26 isenta de pena o indivíduo que pratica ato típico e ilícito quando, no momento da ação/omissão delitiva, era portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (menoridade ou retardado), e era completamente incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta ou de determinar-se de acordo com ela.

Portanto, para se configurar a inimputabilidade, exigem-se três requisitos: o causal (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado) e o temporal ou cronológico (tempo da infração) e o consequencial (capacidade de compreender o caráter ilícito da ação ou omissão e se posicionar perante ele).

Convém ressaltar, que apesar do regramento positivado, o agente que, voluntariamente, colocar-se em estado de inimputabilidade com o escopo de cometer o crime, não terá sua imputabilidade rechaçada e será responsabilizado com base no princípio da *Actio Libera in Causa*, cujo teor presume que o ato delitivo tem início no momento em que é tomada a decisão pelo criminoso.

A análise e compreensão do estado de inimputabilidade do agente é imprescindível a aferição da responsabilidade penal e tem nítida conotação garantista quando intercepta a responsabilização objetiva de outrora.

6.3 REGRAS DO PROCESSO PENAL

A inimputabilidade poderá ser aferida, inclusive, na fase do inquérito através de requisição da autoridade policial ao juiz competente (art. 149, § 1º, CPP). Todavia, nos termos do *captu* do art. 149, somente o juiz poderá determinar a realização do exame médico legal. Cabe, ainda, ao magistrado agir *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.

As instruções do Código do Processo Penal estabelecem que, mesmo na fase do inquérito, o Juiz deverá nomear um *curador ad cautelam* ao indiciado. Segundo

Nucci (2008, p.332) esse curador, normalmente, é o defensor ou advogado que promove a defesa.

Concluído o inquérito, na hipótese de configuração da insanidade mental, os autos serão enviados ao *Parquet* para queixa, denúncia ou, em caso diverso, requerer a absolvição imprópria prevista no artigo 386, VI do Código do Processo Penal.

Entretanto, recebida pelo Juízo a queixa ou denúncia e considerando que o incidente ocorrerá na fase inquisitiva, o *curador ad cautelam* deverá ser citado para oferecer prévia defesa e atuar em todas as fases processuais.

Por seu turno, quando a dúvida sobre as faculdades mentais do réu ocorrer no curso da ação penal, poderá o Magistrado *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, defensor ou parentes do acusado, inaugurar o incidente de insanidade mental nos termos dos artigos 149 a 154 do Código do Processo Penal.

Litteris:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

§ 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.

Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682.

No regramento processual não há previsão para recurso caso o incidente de insanidade requerido seja indeferido, todavia, é irrecorrível a decisão que instaura o incidente. Avena (2009, p.356) leciona que ocorrendo indeferimento injustificado o recurso plausível seria o *habeas corpus* ou o mandado de segurança, segundo a infração ou crime punido ou não com pena privativa de liberdade.

Assevera o mesmo autor que, apesar da inexistência de instruções processuais no capítulo que trata do incidente, o Juiz, ao instaurá-lo, deverá facultar às partes a apresentação de quesitos. Este ato tornou-se obrigatório com edição da lei 11.1690/2008 que reformulara o texto do artigo 159, § 3.º do Código do Processo Penal. Note-se:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

[...]

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. (não grifado no original)

Convém ressaltar que a lei processual não atribuíra legitimidade ao querelante e ao assistente de acusação para requerer a instauração do incidente.

Deferida a instauração do incidente de insanidade mental no curso do processo penal, o Juízo nomeará um curador, suspenderá o andamento processual e fará autuação autônoma do incidente. Quanto à suspensão do andamento do processo penal, não haverá qualquer interrupção ou suspensão do prazo prescricional.

O exame psiquiátrico necessário a conclusão do incidente será executado por peritos e deverá ser entregue em até 45(quarenta e cinco) dias, exceto se os peritos demonstrarem a necessidade de um prazo maior conforme preceitua o artigo 150, § 1.º do Código do Processo Penal.

O resultado da perícia realizada deverá demonstrar a condição psicológica do réu em dois momentos exatos: no momento da prática do crime e no momento seguinte ao fato, inclusive a condição mental atual.

Concluindo os peritos pela plena saúde mental do acusado no momento da ação criminosa e atualmente, o Juízo determinará o prosseguimento normal da ação penal e cujo desfecho será a absolvição ou condenação do réu.

Em caso diverso, o Laudo Pericial que concluir pela incapacidade mental do réu no momento atual, porém, capacidade mental na época do fato, o Juízo, nos termos do artigo 152 do Código do Processo Penal, deverá manter paralisado o curso da ação penal até que o indivíduo se estabeleça ou ocorra a extinção da punibilidade pelo instituto da prescrição. Restaurada a capacidade mental do réu, o processo penal retornará ao seu pleno curso, podendo o réu ser absolvido ou condenado.

Entretanto, se os peritos concluírem pela incapacidade mental do réu na época do fato, o Juízo nomeará curador para assistir o réu e determinará o prosseguimento da ação penal, cujo resultado consistirá na declaração que o réu era inimputável a época do fato e, nos termos do *captu* do artigo 26 do Código do Penal, isento de pena, sendo absolvido impropriamente com aplicação de medidas de segurança ou sendo absolvido propriamente sem qualquer medida posterior.

Considerando, porém, a semi-imputabilidade do réu, nos termos do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o Juízo poderá o absolver propriamente ou impropriamente, com ou sem medida de segurança. Note-se:

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

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

Conforme se observa acima, caso condenado, o Juiz poderá reduzir a pena de 1/3 a 2/3 ou aplicar-lhe medida de segurança caso existe indicativos de periculosidade do réu, tudo nos exatos termos do artigo 98 do Código Penal. *Litteris*:

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Já o tribunal do Júri, comprovada a inimputabilidade na fase de pronúncia, o Juízo absolvê-lo-á sumariamente, nos termos do artigo 415, IV do Código de Processo Penal. *Litteris*:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

[...]

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva

Importante notar o parágrafo único do artigo acima, pois fora introduzido pela Lei nº 11.689/2008. Conforme seu preceito, os casos de inimputabilidade por doença ou retardo mental, o réu, somente será absolvido sumariamente quando a doença for alegada como única tese defensiva. Em caso oposto, pronunciar-se-á o acusado e o Júri, com base nas provas, decidirá a questão.

Vale ainda destacar a brilhante síntese de Malcher (2008, s.p) que prescreve e sintetiza o procedimento do incidente no Tribunal do Júri. *Litteris*:

Poderá ocorrer, todavia, da doença mental ser superveniente à pronúncia do acusado. A hipótese gera controvérsias jurisprudenciais a respeito de submeter ou não o réu a julgamento. O art. 152 do CPP preceitua que o processo deve ficar suspenso até que a saúde do agente se restabeleça. Mas há julgados no sentido de que o juiz não poderá excluir do Conselho de Sentença a apreciação da causa, ainda que seja irreversível a perturbação mental do acusado.

Caso seja levado a Júri, o réu acometido por doença mental posterior à pronúncia, será julgado regularmente pelos jurados, que poderão absolvê-lo ou condená-lo, sem preocupação com o atual estágio da anomalia, uma vez que o mesmo não era inimputável no momento do crime. Se condenado, no entanto, o réu deverá ser encaminhado à internação em hospital de custódia. Persistindo a anomalia, o art. 183 da LEP determina que a pena seja convertida em medida de segurança.

Importante destacar a prerrogativa do Júri de produzir prova em plenário, assegurada pelos arts. 478, parágrafo único, e 497, inciso XI, ambos do CPP. Assim como o juiz pode determinar de ofício a instauração do incidente de insanidade mental, os jurados também têm esse direito, cujo indeferimento gera nulidade. Basta um voto para justificar a realização da diligência que, caso não se realize durante a sessão, dissolver-se-á o Conselho de Sentença e nova data será designada para a realização do Júri.

Se a defesa do acusado, durante o Tribunal do Júri, alegar doença mental, sem que haja nos autos qualquer prova nesse sentido, não caberá aos jurados, nem ao juiz togado acolher a inimputabilidade do réu, sem a devida comprovação por laudo psiquiátrico.

A questão controversa que circunda o tema é a possibilidade de rejeição do resultado do Laudo Pericial pelo Juízo. Avena (2009, p.357) assinalando o Princípio do Livre Convencimento Motivado, assegura não está o Juízo adstrito ao Laudo Pericial que concluir pela incapacidade mental do réu. Eis as suas palavras:

Cabe ressaltar, por oportuno, que a despeito do caráter técnico desta prova, não está o magistrado condicionado em suas conclusões, podendo dela discordar, no todo ou em parte, desde que o faça, é claro fundamentadamente (art. 182 do Código do Processo Penal).

Autores como Távora; Alencar(2009, p. 283) e Noronha (2002, p. 110) asseveram ser justo o reconhecimento da imputabilidade do réu. *Litteris*:

O reconhecimento da irresponsabilidade do imputável, no dizer de Magalhães Noronha, é exigência de estrita justiça, mercê de não dispor de capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de querê-lo.(não grifado no original).

Nucci (2009, p. 59) vai além, afirma ser proibido ao Juiz afastar-se do resultado do Laudo Pericial, discordando das conclusões do Perito Judicial. Agasalha-se, desta forma, ao sistema de aferição biopsicológico adotado pelo Código Penal. *Litteris*:

Realizado o exame de insanidade mental, é defeso ao juiz afastar o laudo, decidindo em sentido contrário ao proposto pelo perito. Não pode fazê-lo, pois o Código Penal adota o sistema biopsicológico exigindo a dupla avaliação para a situação de inimputabilidade, isto é, o perito atesta a parte biológica, demonstrando que o réu tem uma doença mental, enquanto o juiz avalia a parte psicológica, analisando se a doença se manifestava à época do crime, o que poderá fazer pela colheita das demais provas." (não grifado no original)

Mougenot (2012, p. 363) que exerce o múnus de Promotor de Justiça do 1º Tribunal do Júri de São Paulo, acredita em mitigação do Princípio do Livre Convencimento do Juiz, pois o artigo 151 do Código do Processo Penal fixa procedimentos, derogando, por especialidade, o artigo 182 do Código do Processo Penal. *Litteris*:

A despeito do que diz o art. 182 do Código do Processo Penal, que confere ao juiz poderes para rejeitar o laudo pericial, entende H. TORNAGHI(Curso de processo penal, cit., 8. ed. v.1) que, no caso da perícia decorrente de exame de sanidade penal, o laudo pericial tem efeito vinculativo com relação ao juiz, especificamente, no que toca ao prosseguimento do processo. Isso porque o art. 151 do Código do Processo Penal é explícito em dizer que o processo seguirá "se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração irresponsável". Tratar-se-ia, portanto, de uma derrogação, por especialidade da regra do art. 182 do Código do Processo Penal". (não grifado no original)

Observa-se, desta forma, que não há somente a controvérsia entre os entendimentos doutrinários, mas, principalmente, uma exegese positivista em detrimento aos Princípios Constitucionais vinculados a ampla defesa e o contraditório.

Neste toar, o livre convencimento motivado conflita, aparentemente, com os princípios constitucionais garantistas do exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

7 APARENTE ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA EXEGESE DO ARTIGO 182 DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL

7.1 APARENTE ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SUA SOLUÇÃO

A aparente tensão entre princípios encartados na Constituição Federal não se elimina pela neutralização de um deles ou por qualquer admissão de cláusulas de exceção no sentido de regrar aplicações futuras.

Alexy (2001, p. 94) pontua que não existem relações absolutas e que as circunstâncias do caso concreto determinarão a precedência quando à aplicação de um ou outro princípio. Note-se:

"La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*"

Conforme exegese acima, não existe princípio absoluto que venha sobreviver quando da colisão com outros, entretanto, não se pode negar a existência de "*mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão*" (CRISTÓVAM, 2003, s.p.). Cita-se, desta forma, os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, a proteção a ordem democrática etc.

Não olvidando do singular princípio da unidade do sistema constitucional que inadmite normas antinômicas ou inconstitucionais, ou seja, incompatíveis entre si, resta uma exegese constitucional uniforme, compatibilizando princípios divergentes, sopesando bens, interesses e direitos, eis a técnica da ponderação.

Quanto se trata de direito fundamental como a liberdade, a ampla defesa e o contraditório nota-se a alta carga valorativa desses princípios constitucionais. Neste contexto, o choque entre os demais princípios muitas vezes é evidente.

Diante destes conflitos, a hermenêutica constitucional, na visão de Leme (2004, s.p.), tenta auxiliar o hermeneuta "na busca do sentido almejado pela nossa Constituição ao elencar determinado direito fundamental, da efetividade na

concretização deste valor *in abstracto* e diante da colisão de dois ou mais direitos fundamentais no caso concreto."

Entre as ferramentas postas à disposição do intérprete, em total sintonia com a técnica da ponderação, estão o princípio da proporcionalidade e da harmonização. Aliados ao princípio da unidade da constituição, a proporcionalidade e a harmonização visam a concretização máxima ou plena dos princípios constitucionais e fundamentais protegidos.

Segundo a citada autora, a proporcionalidade "manifesta-se como um senso de justiça, balizador do juízo de ponderação a ser realizado pelo intérprete no caso *sub examine*."

Assim, conclui Leme (2004, s.p.) que "no caso de colisão de direitos fundamentais, faz necessária a opção de preferência de um direito sobre o outro oposto, em que se perquire, inicialmente, todos os valores constitucionais envolvidos e, num juízo de ponderação, aplica-se ao caso concreto os princípios constitucionais específicos, especialmente a proporcionalidade e a razoabilidade."

7.2 EXEGESE DO ARTIGO 182 DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL

Nucci (2008, p. 399) considera que, apesar do princípio do livre convencimento motivado, não é possível atribuir caráter absoluto ao preceito do artigo 182 do Código do Processo Penal. *Litteris*:

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Em termos de prova técnica não poderia o Juiz, *v.g.*, condenar o réu após conclusão do laudo pericial toxicológico afirmando não ser substância entorpecente o material apreendido.

Observa-se com um olhar prático e quase matemático que o Juiz estaria adstrito às provas técnicas de alto grau de precisão como o exame de DNA ou ácido desoxirribonucleico e até o citado exame toxicológico.

Forçosamente, estaria o magistrado impossibilitado de rechaçar as conclusões do perito judicial, exceto por manifesto erro formal quanto à elaboração do laudo. Nestes casos, afastada deverá ser a perícia e novo exame ordenado. Espindola Filho(1955, v. 2, p. 571) alerta quanto a aventura judicial no terreno de outras sabedorias:

Ao juiz não é lícito nunca enveredar pelo terreno do capricho e do arbitrário, e, obrigado sempre a motivar e fundamentar o que decide, terá de justificar, com razões mais fortes, a sua orientação, no sentido de desprezar

as razões, com que se sustenta o parecer técnico dos peritos especializados"

O caso em estudo não traz a certeza das ciências exatas, mas pontua o livre convencimento do Juiz em possível detrimento ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Neste ângulo, remete o hermeneuta ao aparente conflito entre princípios constitucionais, a literalidade do artigo 151 que fixa o prosseguimento do processo com a presença do curador e, até, na possibilidade de uma absolvição imprópria do criminoso, a revolta e os desejos da sociedade quanto à punição.

8 A ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA E OS ANSEIOS POPULARES QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA

Sob a ótica de uma sentença absolutória imprópria, ao contrário do que aparenta ser, o réu não se eximirá da punição pelo ilícito, porque lhe será aplicada a intitulada medida de segurança.

Para Nucci (2008, p.387) a intitulada sentença absolutória imprópria é aplicada quando "o juiz reconhece não ter havido crime, por ausência de culpabilidade, mas, por ter o acusado praticado um injusto penal (fato típico e antijurídico) no estado de inimputabilidade, merece ser sancionado, com a finalidade de não tornar a perturbar a sociedade."

Com base neste contexto, a doutrina considera a medida de segurança um tipo de pena, porém sua finalidade desvia-se do castigo ou reeducação. Ela possui o escopo de curar o doente e, de certa forma, evitar novos acontecimentos criminosos afastando-o do convívio social.

Para que o réu, absolvido impropriamente, seja segregado do convívio social o Juízo irá avaliar a periculosidade do agente em vista do futuro. Presumindo o perigo e a possibilidade de novos crimes determinará a sua internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico nos termos dos artigos 96 e 97 do Código Penal. *Litteris*:

Art. 96. As medidas de segurança são:

- I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
- II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Entretanto, sob o pólo do réu a certeza da inimputabilidade permitirá não só uma análise profunda dos atos delitivos sob o prisma da irresponsabilidade, mas, principalmente, assegurará o contraditório e a ampla defesa através da assistência de um terceiro, o curador, que lhe fará as vezes, porque incapacitado intelectualmente de nada resultará a garantia de participar do processo e conduzir a sua defesa.

Destarte, o não reconhecimento da insanidade trará ao réu a impossibilidade de promover, como já exposto, o exercício dos Princípios Constitucionais fortemente entrelaçados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Resta, também, asseverado que não sobressairá prejuízo à sociedade que almeja uma punição justa, porque o réu, mesmo absolvido impropriamente, poderá ser segregado do convívio social através da medida de segurança, além da hipótese recuperação mediante tratamento adequado.

O reconhecimento da inimputabilidade e consequente vinculação do juízo ao laudo pericial que concluir pela inimputabilidade é uma medida justa na proporção que mantém a prevalência dos interesses sociais, individuais e os princípios constitucionais balizadores do nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais**: tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *Dos Princípios Constitucionais- Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forence, 2009.

MOUGENOT, Edilson Bomfim. **Curso de processo penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2848**, 1940.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, 1941.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3682>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

ESPINDOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v 1 a 8.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal anotado e comentado - legislação complementar**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

GRECO, Rogério. **Código penal: comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIMA, Marcellus Polatri. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová**. A colisão de direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. ver. e atual com as Leis 1-0.352/2001 e 10.358/2001 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. Rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MALCHER, Farah de Sousa. **A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2104, 5 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12564>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Código de processo penal anotado**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica, tradução de Verginia K. Pupi**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. ed. rev. ampl. atual. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória, aspectos práticos e teóricos à elaboração**. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Madrid: Colex, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3.ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

TORRES, R. L. KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. (Org); TORRES, S. F.. **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 11. ed. 4. ed castellana. Trad. Del alemán por los profesores Juan Bastos Ramírez y Sérgio Yañez Pérez. Jurídica de Chile, 1997.