

A Superveniência de Doença Mental no Condenado pela Prática de Crime, uma Necessária e Urgente Mudança a que deve se Submeter o Código Penal

Cezar Augusto Rodrigues Costa
Juiz de Direito do TJ/RJ

A reforma penal que se faz necessária deve incluir, obrigatoriamente, a revisão da questão da inimputabilidade por doença mental e, conseqüentemente, das medidas de segurança, posto que, fundado o direito penal moderno na culpa, que acabou no centro da reformulação da parte geral do Código Penal de 1984, não é razoável que ainda se mantenham aprisionados os doentes mentais que venham a praticar fatos típicos e ilícitos sob o esdrúxulo rótulo da absolvição imprópria. Destarte, na prática a situação hoje é que, instaurado o processo penal e havendo dúvida sobre a integridade mental do acusado, a lide é interrompida com a instauração do incidente de insanidade mental que, se positivo, impõe a absolvição do autor do crime sujeitando-o, no entanto, a uma medida de segurança, que o manterá custodiado por prazo indeterminado em uma instituição integrante das agências de cumprimento de pena, por se tratar de uma absolvição imprópria.

Assim, afastados os casos de sentenças declaratórias, o processo penal pode ser encerrado com a absolvição, que se traduz na garantia de liberdade; com a condenação, que enseja uma das modalidades de pena previstas no artigo 32 do Código Penal e, como se adiantou, com a absolvição imprópria, que fica no meio termo em que o agente é absolvido, mas deverá permanecer custodiado em situação semelhante à do condenado que cumpre pena em penitenciária, conforme previsão

expressa da combinação decorrente dos artigos 99, parágrafo único, e 88, parágrafo único, ambos da lei de execução penal.

É importante lembrar que, para se chegar à medida de segurança, o legislador criou um caminho cuja explicação dogmática está na adoção do critério biopsicológico da culpabilidade, que permite, de forma excepcional ao princípio da culpabilidade, submeter o doente mental à privação da liberdade por tempo indeterminado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, desde que conjugadas as duas condições previstas no *caput* do art. 26 do Código Penal, ou seja, que ao *tempo da ação* (aqui o destaque é importante) seja portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, como segunda condição que, *ainda ao tempo da ação*, seja incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

Deste modo, o agente só será considerado inimputável, como se disse acima, se conjugar as duas condições, de modo que, estando em um intervalo de lucidez, ainda que doente mental, não será mais tido como inimputável, pois não estará caracterizado o requisito da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que se mostra absurdo, diante de princípios mais elevados que justificam a criação do próprio Estado Democrático de Direito em que vivemos, que são o da humanidade e o da dignidade, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal.

A esta altura faz-se mister de plano destacar outros princípios que funcionam como filtro normativo do estado democrático de direito e, sobretudo, balizam a elaboração e aplicação das normas jurídico-penais, como o do bem jurídico; o da lesividade; o da fragmentariedade e o da intervenção mínima, que, no concernente à segregação do agente, que de concreto é o que acontece com a execução da medida de segurança, só a admitem se corresponder à imposição de uma pena privativa de liberdade, situação incorrente na hipótese descrita pelo artigo 26 do Código Penal.

Sem um maior aprofundamento sobre a questão da inimputabilidade propriamente dita, os parágrafos anteriores só serviram para introduzir o tema central, além de mostrar, ainda que de uma forma perfunctória, completo inconformismo com a manutenção do *caput* do artigo 26 do Código Penal em nosso ordenamento jurídico. Passa agora

para o objeto deste trabalho, que é a superveniência da doença mental. Desta forma, se o aprisionamento do doente mental, que é considerado inimputável, já se mostra como exceção ao sistema vigente, que é o da culpabilidade, este sim gerador de pena, a superveniência de doença mental surge como uma exceção a esta exceção ou, em outras palavras, é uma exceção a toda a teoria da medida de segurança que, como também já mencionado, repousa no critério biopsicológico da culpabilidade. Aqui se faz importante destacar que o momento de aferição tanto da doença mental quanto da incapacidade de entender a ilicitude do fato é o da prática do crime, de acordo com a teoria da atividade, agasalhada pelo art. 4º do Código Penal.

Cumprindo então lembrar que para reconhecer a culpabilidade e sujeitar o agente a uma condenação é preciso que ele seja culpável, logo imputável, posto ser a imputabilidade um dos elementos da culpabilidade. Destarte, se alguém é condenado e, *posteriormente*, no curso da execução da pena, vem a ser acometido de doença mental, como submetê-lo à medida de segurança, visto apoiar-se esta no critério biopsicológico da culpabilidade, aferido no momento da ação, *quando o fato, ao contrário, se deu em data anterior à doença mental*, tanto que foi o agente condenado? A solução adotada pelo legislador, como se observa, afronta e desequilibra o sistema adotado pelo moderno Direito Penal ocidental.

É curioso que, no direito positivado, o artigo 183 da Lei de Execução Penal (7.210/84) admite a substituição da pena por medida de segurança que, segundo dispõe o § 1º do artigo 97 do Código Penal, será por prazo indeterminado. Assim, num caso hipotético, se o agente for condenado a cumprir a pena de cinco anos e quatro meses pela prática de roubo com emprego de arma e, no segundo ano de cumprimento da pena, com a perspectiva de obtenção de um livramento condicional - portanto de uma vida extramuros - é acometido de uma doença mental, o juiz, inclusive de ofício, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, artigo 183 da Lei de Execução Penal combinado com 41 do Código Penal, transformando uma pena por prazo determinado em uma medida de segurança por prazo indeterminado. Deste modo, a situação do então condenado, imputável, que por circunstâncias alheias à sua vontade se tornou inimputável, foi ex-

tremamente piorada, sendo ele submetido a uma reação estatal muito mais grave do que a pena, simplesmente porque sobreveio uma doença mental, ou seja, a punição já não é mais pela prática do crime, mas pela superveniência da doença, seguramente indesejada pelo próprio condenado. Pune-se a doença e o corpo que a abriga. Adota-se, enfim, o direito penal do autor e não do fato, quando se sabe que este ramo do direito se ocupa do delito.

É muito simples e de fácil explicação técnica a afirmação de que na realidade se opera uma absolvição; no entanto, é absolutamente inexplicável para o condenado, e não se coaduna com o princípio da culpa a qual, insista-se, está no centro da ciência penal, que alguém possa ser privado de sua liberdade quando não preenche todos os requisitos do crime, em especial o da imputabilidade, que compõe a culpabilidade, ou seja, a condenação se restringirá ao campo da tipicidade e da ilicitude.

O art. 41 do Código Penal, reafirme-se, está completamente deslocado de todo o sistema criado por este diploma legal, pois não tem o tratamento que no artigo 26 o legislador dá ao doente mental nem se insere na teoria do crime, que está permeada entre os artigos 13 a 28.

Convém frisar que uma das funções mais importantes do tipo penal é a garantidora que, além de limitar o *iter criminis* limita, também, os períodos mínimo e máximo de cumprimento da pena. Esta função, mais do que todas as outras, se inspira no contrato social, de modo que aquele que não se adapta às regras que deste contrato decorrem já sabe, previamente, o preço a pagar, no caso a sanção penal que deverá suportar. Se no exemplo antes dado o autor do roubo já sabe previamente que em abstrato poderá ser segregado por quatro a dez anos e, em concreto, por até cinco anos e quatro meses, nada justifica a violação desta função para que a privação passe a ser por prazo indeterminado (parágrafo único do art. 97 do Código Penal).

Urge, portanto, na reforma penal por alguns pleiteada, a imediata revogação do art. 41 do Código Penal, pois na realidade este, juntamente com o art. 183 da Lei de Execução Penal, ressuscitam, disfarçadamente, o sistema do duplo binário, pois, embora não cumulativas, na realidade o condenado experimentará por um período a pena e

por outro a medida de segurança, como em um direito penal dualista, quando este deve se preocupar apenas com a imposição de pena, de forma monista.

Entretanto a reformulação deve ser mais abrangente, a fim de incluir o conceito de periculosidade, que justifica a medida de segurança, inicialmente com o estudo etiológico de casos, uma vez que, entendendo a periculosidade como a probabilidade futura de prática de novo delito, é preciso que se analise o nível de reincidência nestas hipóteses, que a *praxis* demonstra ser muito pequena, ao contrário dos que cumprem pena, colocando em xeque a própria causa justificadora da medida de segurança. De outro lado, suprimir a liberdade de alguém por mera probabilidade de prática delitiva - da qual os estudos técnicos, por mais respeitáveis, não têm como garantir a efetiva ocorrência - importa em manter alguém preso cautelarmente, todavia por prazo indeterminado, em razão de fato futuro e absolutamente incerto, fazendo *tabula rasa* do princípio da dignidade que fundamenta a república democrática brasileira, insculpido no artigo 1º, III da Constituição Federal.

É óbvio que se deve dar uma solução para a situação do condenado a quem sobrevém doença mental, entretanto esta solução, tal como a da própria inimputabilidade, deve ser buscada em outra ordem jurídica, que não a criminal, pois envolve questão de saúde pública em que o Estado repressor não pode ter qualquer interesse ou ingerência. É possível até que sob a ótica da saúde a internação seja adequada, mas esta, se for o caso, deve se dar em instituição comum, ordinária, com finalidade pura e unicamente terapêutica, sem a característica de custódia que os hospitais psiquiátricos do sistema penitenciário ostentam, nosocômios onde a expressão custódia aparece na frente da expressão tratamento, destacando, sobretudo, a força e o predomínio da privação da liberdade sobre a terapia.

A propósito das medidas de segurança, encerro este trabalho com lições de Muñoz Conde e Hassemer¹, no sentido de que, através de proposta do suíço Carl STOSS, foram estas tomadas, no final do século

¹ Muñoz Conde, Francisco e Hassemer, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008, p. 289. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves.

XIX, como complementos da pena, acolhidas em seguida e de braços abertos pelo regime nacional-socialista na Alemanha que, chegando ao poder em 1933, apressou-se em introduzir no Código Penal uma lei sobre o delinqüente habitual e perigoso, cuja internação era prevista em casas de trabalho e campos de concentração que, teoricamente, perseguiam sua reeducação; na verdade, porém, converteram-se em cemitérios dos quais nunca voltariam a sair. ☞