



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

VALDILENE DE SOUZA PIRES

**REPERCUSSÃO DA LEI 13.146/2015 NO DIREITO PENAL**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

CARATINGA-MG  
2019



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

VALDILENE DE SOUZA PIRES

**REPERCUSSÃO DA LEI 13.146/2015 NO DIREITO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso de desenvolvido pelo 10º período de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II. Sob orientação do professor Dário José Soares Júnior.

CARATINGA-MG

2019

**TERMO DE APROVAÇÃO**

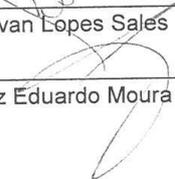
Trabalho de Conclusão de Curso **Repercussão da lei 13.146/2015 no Direito Penal**, elaborado **Valdilene de Souza Pires** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 4 de Dez 2019

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dário José Soares Júnior

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Ivan Lopes Sales

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente a Deus por todas as bênçãos derramas sobre a minha vida e a minha família, principalmente por ter me dado força para chegar até aqui.

À minha mãe Eni Silvério que sempre esteve ao meu lado e foi a minha maior incentivadora.

Agradeço a todos os meu familiares que torceram por mim e, em especial, as minhas madrinhas Cleuza e Luzia que muito me apoiaram e estiveram presentes nos momentos que mais precisei.

Também sou grata a todos os mestres que contribuíram para meu aprendizado, principalmente o meu orientador pela paciência e empenho na realização dessa pesquisa.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para o meu crescimento, deixo registrado o meu eterno agradecimento.

## RESUMO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou substancialmente a teoria das incapacidades adotada pelo Código Civil de 2002. Com isso, a pessoa com deficiência foi retirada do rol de incapazes, em consequência, passou a ser considerada pessoa capaz. Nesse sentido, a presente pesquisa tem por escopo a análise do tratamento desses indivíduos no Direito Penal, aferindo os reflexos que a Lei 13.146/15 no âmbito penal.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Teoria das Incapacidades. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
CAPÍTULO 1: DA ANÁLISE DA LEI Nº 13.146/2015 .....	8
1.1 Sistemas de Incapacidade .....	8
1.2 Objetivos do Sistema de Incapacidade .....	10
CAPÍTULO 2: DA VERIFICAÇÃO DA INCAPACIDADE NO CÓDIGO PENAL.....	13
2.1 Da Teoria do Crime.....	13
2.2 Imputabilidade e Inimputabilidade .....	17
2.3 Do incidente de insanidade mental.....	19
CAPÍTULO 3: REFLEXOS PROMOVIDOS PELA LEI Nº 13.146/2015 NO DIREITO PENAL .....	23
3.1 O Deficiente no Código Penal Brasileiro .....	23
3.2 Dos efeitos da modificação trazida pela Lei nº 13.146/15 no Código Penal .....	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
REFERÊNCIAS.....	32

## INTRODUÇÃO

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), alterou o Código Civil no que se refere a capacidade civil, que antes considerava absolutamente incapaz aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para as práticas dos atos civis. Atualmente, a referida lei estabelece que os indivíduos que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade são tratados como relativamente incapaz (art. 4º, III, do Código Civil).

Assim, o presente trabalho versa sobre o tema “Repercussão da Lei nº 13.146/2015 no direito penal”, tem por objetivo a análise das mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, no tocante a capacidade civil e seus reflexos na esfera penal. Nesse sentido, levanta-se como problema o conflito promovido entre a referida lei e o código penal, tendo como pressuposto a investigação do sistema de incapacidades prevista na lei civil e no direito penal.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas pelo jurista Zaffaroni que afirma que o sujeito que não possui discernimento para entender a ilicitude dos seus atos trata-se de inimputável, vejamos:

Outros dos problemas que continuam preocupando a ciência penal é o das chamadas psicopatias ou personalidades psicopáticas. A psiquiatria não define claramente o que é um psicopata, pois há grandes dúvidas a seu respeito. Dada esta falha proveniente do campo psiquiátrico, não podemos dizer como trataremos o psicopata no direito penal. Se por psicopata consideramos a pessoa que tem uma atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, isto é, um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então ele não terá capacidade para compreender a antijuridicidade de sua conduta, e, portanto, será um inimputável. Quem possui uma incapacidade total para entender valores, embora os conheça, não pode entender a ilicitude.<sup>1</sup>

A partir de então parte-se da hipótese de que as inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência suscitam dúvidas quanto ao sujeito inimputável, uma vez que para o Direito Civil não mais persiste a ideia de incapacidade absoluta para pessoas com deficiência. Isto é, os absolutamente incapazes são apenas os menores de dezesseis anos e, em caso da pessoa com deficiência, estas serão

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 546.

considerados relativamente incapazes. Dessa forma, faz necessária a análise punibilidade daqueles sujeitos que não possuem discernimento para compreender a ilicitude de seus atos.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico e com a utilização da legislação. Tratando-se de controvérsia interdisciplinar, referindo-se aos estudos do Direito Civil, com ênfase no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Direito Penal.

Nesse sentido, a presente pesquisa será dividida em três capítulos distintos, sendo que no primeiro deles, denominado “Da análise da Lei nº 13.146/2015”, destacará acerca dos sistemas de incapacidades e seus objetivos. Em seguida, no segundo capítulo intitulado “Da verificação da incapacidade no código penal”, consistirá na análise do princípio da imputação penal, dos institutos da imputabilidade e da inimputabilidade penal, bem como trará considerações sobre o incidente de insanidade mental.

Por fim, no terceiro capítulo a saber “Dos efeitos promovidos pela lei 13.146/2015 no Direito Penal”, encerra as discussões ao dispor sobre os impactos advindos das modificações trazidas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, no âmbito do Direito Penal.

## CAPÍTULO 1: DA ANÁLISE DA LEI Nº 13.146/2015

### 1.1 Sistemas de Incapacidade

O primeiro capítulo do Código Civil, a saber, “Da Personalidade e da Capacidade” trata-se sobre a capacidade de exercer os atos da vida civil. Segundo o autor Christiano Cassettari “a capacidade civil é a aptidão para adquirir direitos e exercer por si, ou por outrem, atos da vida civil.”<sup>2</sup>

Tal capacidade subdivide em capacidade de fato e capacidade de direito, assim compreendidas:

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos. É notório que existe ainda uma outra capacidade, aquela para exercer direitos, denominada como capacidade de fato ou de exercício, e que algumas pessoas não têm. São os incapazes, especificados pelos arts. 3.º e 4.º do CC/2002.

Percebe-se que todas as pessoas tem a capacidade de direito, que é adquirida do nascimento com vida, no entanto, nem todos possuem a capacidade de fato, uma vez que essa relaciona-se a aptidão para exercer o direito ou atos civis. Nesse sentido, Pablo Gagliano e Rodolfo Filho citando Orlando Gomes explica:

A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.<sup>3</sup>

No tocante a capacidade de fato, essa diz respeito a possibilidade ou não do indivíduo manifestar a sua real e juridicamente a sua vontade, e a falta da capacidade de fato, torna o indivíduo absolutamente incapaz.<sup>4</sup>

Nesta conjuntura, antes da Lei 13.146 de 2015, as pessoas com deficiência

---

<sup>2</sup> CASSETTARI, Christiano Elementos de direito civil. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 26.

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; / FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 50.

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; / FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 51.

estavam inseridas no rol dos absolutamente incapazes, mas de acordo com o art. 3º do Código Civil, a partir da modificação atribuída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), existe apenas uma hipótese de incapacidade absoluta, que é o caso dos menores de 16 anos.<sup>5</sup>

Por consequência, com o advento da referida lei, materializou-se o disposto na Constituição Federal de 1988, no que concerne aos princípios da dignidade da pessoa humana e em especial ao princípio da igualdade, uma vez que a pessoa com deficiência foi retirada da noção de incapaz.

Nesse sentido:

(...) Constituição Federal, quando o art. 5º, caput, estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...) garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Nesse sentido também o que dispõe o art. 3º, IV, do texto constitucional, quando estatui os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Entendendo-se por “bem de todos” a “existência digna” (art. 170) dentro do “bem-estar social” (art. 193). Assim dispõe o art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.<sup>6</sup>

Logo, a noção de incapacidades sofreu significativa alteração. Sobre esse instituto é importante trazer à baila a sua distinção. Que apresenta-se em capacidade plena, relativamente incapaz e absolutamente incapaz.

Assim, entende-se por absolutamente incapaz aquele que não possui aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil.<sup>7</sup> A esse respeito, observa Tartuce:

Como exposto, os únicos absolutamente incapazes previstos no Código Civil a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência são os menores de 16 anos, denominados menores impúberes. Leva-se em conta o critério etário, não havendo necessidade de qualquer processo de interdição ou de nomeação de um curador (presunção absoluta de incapacidade).<sup>8</sup>

Quanto aos relativamente incapazes, conforme preleciona Gagliano e Stolze

---

<sup>5</sup> CASSETTARI, Christiano Elementos de direito civil. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 27.

<sup>6</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida. Et al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 28.

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil: volume único. 3ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 78.

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. São Paulo. Editora MÉTODO, 2018, p. 97.

“Entre a absoluta incapacidade e a plena capacidade civil, figuram pessoas situadas em zona intermediária, por não gozarem de total capacidade de discernimento e autodeterminação. Trata-se dos relativamente incapazes.”<sup>9</sup> Por fim, se a pessoa detém da capacidade jurídica de direito e de fato, tem capacidade jurídica plena.<sup>10</sup>

Nesta conjuntura, pertinente consignar que outrora aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para as práticas dos atos civis, eram considerados absolutamente incapazes. Mas, por força da lei da pessoa com deficiência surgiu um novo paradigma para a teoria das incapacidades, ao garantir às pessoas com deficiência o reconhecimento de suas habilidades e capacidades, proporcionando autonomia e o reconhecimento humano, o que, nas legislações anteriores, principalmente o Código Civil, era deturpado.<sup>11</sup>

Desta maneira, todas as pessoas com deficiência que eram tratadas como absolutamente incapazes passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil.<sup>12</sup>

## 1.2 Objetivos do Sistema de Incapacidade

Conforme demonstrado acima, caracteriza-se por relativamente incapaz o indivíduo que não possui total capacidade de discernimento. Já os absolutamente incapazes traduz pela falta de aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Ademais, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificando o art. 3º do Código Civil, somente é considerado como absolutamente incapaz o menor de 16 (dezesseis) anos. Atribuindo-se, por conseguinte, capacidade às pessoas com deficiência.

Destarte, nos termos da lei brasileira de inclusão (Lei 13.146/2015):

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação

---

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil: volume único. 3ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 83.

<sup>10</sup> CASSETTARI, Christiano Elementos de direito civil. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 26.

<sup>11</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida. Et al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 420.

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. São Paulo. Editora MÉTODO, 2018, p. 95.

plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Veja que houve o reconhecimento da limitação das pessoas com deficiência, sendo assim considerados quando da existência de algum impedimento em suas faculdades físicas, mentais, intelectuais, onde dificulta a sua vida em sociedade. Mas, não existe mais a incapacidade permanentes desses.

Corroborando o exposto acima, tem-se que as pessoas com deficiência:

(...) obtiveram também o reconhecimento da acessibilidade como conteúdo e forma de garantia de seus demais direitos humanos universais. É um direito a ter direitos. A acessibilidade, nessa nova ótica, é ao mesmo tempo princípio e regra, direito e garantia, constituindo instituto jurídico híbrido, *sui generis*.<sup>13</sup>

Desta maneira, pode-se dizer que o Estatuto visa a proteção das pessoas com deficiência, além de promover a sua inserção na sociedade. Assim, segunda Flávia Leite, em análise da nova Lei, entende se tratar de medidas que buscam assegurar o acesso igualitário:

Observe que tais medidas não objetivam assegurar às pessoas com deficiência o acesso a mais direitos do que ao restante da população. Consistem, na verdade, em ações especiais e necessárias para assegurar o acesso a exatamente os mesmos direitos que já usufruem as demais pessoas. As medidas são diferenciadas e não a fruição de direitos.<sup>14</sup>

Ademais, levando em consideração que, ao menos em tese, as pessoas com deficiência vivem em condições de desvantagens, certo é que o referido texto legal busca ampara-las na realização de seus atos cotidianos. Assim, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estatuto da Pessoa com Deficiência desmistifica a aceção de incapaz designada a essas pessoas para serem consideradas indivíduos dotados de capacidade legal.

Nesse sentido, ainda nas considerações de Flávia Leite:

Considerando que em seu cotidiano as pessoas com deficiência vivenciam situações reais de desvantagem na comparação com as demais, a previsão genérica de igualdade resultaria absolutamente inócua em termos práticos, por significar tão somente uma previsão formal de igualdade entre pessoas em situações efetivamente desiguais. A opção por medidas compensatórias

---

<sup>13</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida. Et al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 59.

<sup>14</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida. Et al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 70.

faz-se imperativa nesses casos por uma questão de justiça social, a fim de, por força de lei, sedimentar um quadro de equiparação, de igualdade de oportunidades, em favor de indivíduos que historicamente (e por questões estruturais diversas) se encontram em posição de inferioridade na fruição de direitos, como é o caso das pessoas com deficiência.<sup>15</sup>

Em síntese, pode-se dizer que o Estatuto trouxe autonomia para as pessoas com deficiência, cujo objetivo foi a plena inclusão, tutelando a sua dignidade humana.<sup>16</sup> Sendo deixado de lado a sua condição de vulnerável, reestruturando o sistema jurídico brasileiro da incapacidade, no qual a pessoa com deficiência passa a ser considerada legalmente capaz.

---

<sup>15</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida. Et al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 70.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. São Paulo. Editora MÉTODO, 2018, p. 70.

## CAPITULO 2: DA VERIFICAÇÃO DA INCAPACIDADE NO CÓDIGO PENAL

### 2.1 Da Teoria do Crime

Antes de adentrar nas questões relativas a imputabilidade ou inimputabilidade de um agente, necessário se faz tecer breves considerações acerca da Teoria Geral do Crime, abordando o conceito de crime, com desdobramentos acerca da ação/conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

O conceito de crime, este pode ser analisado tendo por base três critérios: o material, legal e formal.

Em se tratando do critério material, imperioso trazer à baila os dizeres de Cleber Masson:

De acordo com esse critério, crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Essa fórmula leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal. Destina-se a orientar a formulação de políticas criminais, funcionando como vetor ao legislador, incumbindo-lhe a tipificação como infrações penais exclusivamente das condutas que causarem danos ou ao menos colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>17</sup>

Ainda nos ensinamentos de Cleber Masson, dessa vez no que concerne ao critério legal de conceituação de crime:

Segundo esse critério, o conceito de crime é o fornecido pelo legislador. Em que pese o Código Penal não conter nenhum dispositivo estabelecendo o que se entende por crime, tal tarefa ficou a cargo do art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941), assim redigido: Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.<sup>18</sup>

Por fim, temos o critério analítico que, segundo Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, crime é conceituado “como sendo a conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável, conforme proposto pela doutrina

---

<sup>17</sup> MASSON, Cleber. Direito Penal – Parte Geral; vol. 1. 13ª ed. São Paulo. Editora Forense, 2019, p. 152.

<sup>18</sup> MASSON, Cleber. Direito Penal – Parte Geral; vol. 1. 13ª ed. São Paulo. Editora Forense, 2019, p. 152.

penal alemã.”<sup>19</sup>

Assim, feitas essas breves considerações sobre os conceitos de crime, importante destacar que é através do conceito analítico de crime que é possível evidenciar se será ou não aplicada a lei penal, atribuindo ou não o crime ao autor do fato.

(...) por intermédio do conceito analítico de crime – conduta típica, antijurídica e culpável – a dogmática penal fornece o suporte teórico necessário e seguro para a aplicação da lei penal ao caso concreto. Isso objetiva constatar se, na hipótese fática sob consideração, ocorreu o crime, atribuindo-o ao seu autor. Em outros termos, verificada a existência do delito, por intermédio dos seus pressupostos essenciais, será legítima a incidência da sua consequência jurídica (a imposição de pena). Sendo assim, a análise dogmática do crime deve necessariamente começar pelo enfrentamento do conceito de conduta. Constatada a existência de uma conduta penalmente relevante, passar-se-á à análise das demais categorias do conceito anteriormente referido. Do contrário, o fato há de ser considerado um indiferente penal.<sup>20</sup>

Dessa forma, conforme o entendimento acima exposto, torna-se imprescindível uma breve análise das categorias que, juntas, evidenciam a existência de um crime. Assim, entende-se por conduta, conforme a teoria finalista que é a aquela adotada pelo nosso ordenamento jurídico, os dizeres de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

(...) considerando equivocada a ideia de a conduta ser um mero movimento corpóreo desprovido de finalidade, Welzel ressaltou que o que caracteriza o agir humano é a capacidade de dirigir a causalidade de acordo com a sua vontade, ou seja, a aptidão humana de iniciar uma conduta para atingir um determinado fim. Desse modo, a finalidade, ou o caráter final da ação, se baseia no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, e dirigi-la, conforme planejado, até a consecução de seus fins. Para Welzel, a direção final divide-se em duas etapas. A primeira é desenvolvida inteiramente na esfera do pensamento, iniciando-se com a antecipação mental de um fim que o agente quer realizar. Em seguida, seleciona-se mentalmente os meios de ação para a consecução do fim almejado, com base no saber causal do agente e em um movimento de retrocesso mental. Por último, há a consideração dos efeitos concomitantes que necessariamente se seguirão à conduta mentalmente antecipada. A segunda etapa se desenvolve no mundo real – de acordo com o planejamento do fim proposto, dos meios e da valoração dos efeitos colaterais –, levando-se a cabo a conduta. Em suma, a ideia de finalidade baseia-se na capacidade do homem de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção causal e, conforme um plano previamente concebido, dirigir o processo para a meta desejada.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 110.

<sup>20</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 133.

<sup>21</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São

Nesse sentido, certo é que inexistente conduta sem que haja voluntariedade do agente, manifestação de vontade e, portanto, sem a caracterização desta, é desnecessário se perquirir acerca dos demais pressupostos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

À vista disso, já brevemente mencionado a ideia de conduta na Teoria do Crime, importante consignar também sobre o pressuposto da tipicidade. Nessa perspectiva, a tipicidade caracteriza-se como uma conduta que possui relevância penal e, conseqüentemente, está descrita na lei penal.

A palavra *tipo* – empregada, inicialmente, no Direito Penal e, posteriormente, em outros ramos do Direito – significa o conjunto dos elementos objetivos e subjetivos contidos na norma penal incriminadora. Para que uma determinada conduta humana tenha relevância penal, necessário se faz que os caracteres do fato concreto se amoldem às elementares do tipo penal, ao modelo abstrato contido na lei penal; é necessário, em suma, que seja típica. Não basta, portanto, que a conduta seja desvaliosa ou antijurídica, mas, sim, que seja típica. Segundo Mezger, nem toda ação antijurídica é punível; para que isso ocorra, é preciso que o Direito Penal a tenha descrito previamente em um tipo penal. Conforme a clássica lição de Beling passou-se o tempo no qual toda ação antijurídica e culpável desencadeava, sem maiores requisitos, uma sanção penal.<sup>22</sup>

Muito se confunde a tipicidade e antijuridicidade, nessa acepção, importa trazer à baila os ensinamentos de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

(...) o Finalismo acresceu ao elemento subjetivo do tipo o dolo, retirando-o da culpabilidade. Dessa forma, embora exista inequívoca proximidade entre tipo e antijuridicidade, faz-se necessário não fundir esses dois momentos, não só por clareza de análise, mas, também, por conta das conseqüências do preenchimento de uma e de outra categoria delitiva. A tipicidade do fato doloso ou culposo acarreta a presunção da sua antijuridicidade. É possível, porém, que esta última não se confirme, se presente alguma das causas justificantes do art. 23. Nesse caso, apesar de típico – *i.e.*, em que pese o fato ter relevância penal – não será ilícito. É possível, ao revés, que exista antijuridicidade sem existir tipicidade. Na verdade, isso é mais do que possível, é o que de ordinário acontece. Basta pensar nos inúmeros fatos ilícitos na órbita do Direito Civil, do Direito Administrativo, da moral etc., que são indiferentes penais, pois não lhes ter sido cunhado um tipo penal.<sup>23</sup>

É evidente a proximidade entre essas a tipicidade e a antijuridicidade, contudo, são categorias autônomas dentro da Teoria do Crime, sendo certo, porém,

---

Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 137.

<sup>22</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 156.

<sup>23</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 160.

que uma vez preenchidos os requisitos de existência da tipicidade, é inequívoca a presunção de antijuridicidade da conduta do agente.<sup>24</sup>

Dessa forma, conclui-se que a Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com o seu enquadramento na forma descrita na lei penal, ou seja, “o juízo de tipicidade consiste na operação de conexão (subsunção) entre a infinita variedade de fatos da vida real e o modelo típico descrito na lei.”<sup>25</sup>

Ainda nos entendimentos de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, vale demonstrar o instituto da antijuridicidade:

Pode-se, assim, definir a antijuridicidade como sendo o juízo de contrariedade entre a conduta típica e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões. As proibições são os tipos legais, como descrição de ações realizadas ou omitidas; as permissões são as justificações legais e supralegais, como situações especiais que excluem as proibições. Observa-se, pois, que a antijuridicidade é, fundamentalmente, uma valoração que se realiza acerca da natureza lesiva de um comportamento humano contrário ao conjunto de normas legais. Com efeito, ao cunhar os tipos penais, o legislador faz uma eleição dos comportamentos que violam os bens jurídicos mais relevantes (vida, integridade física, honra, patrimônio etc.); seleciona, enfim, condutas ilícitas. Quando alguém realiza um fato que se amolda (objetiva e subjetivamente) a um tipo penal, presume-se, de imediato, a sua antijuridicidade. Não obstante, pode acontecer, no caso concreto, da conduta estar coberta por uma causa justificante. Se isso ocorrer, afasta-se a antijuridicidade, conquanto permaneça a conduta típica.<sup>26</sup>

Assim, certo é que a antijuridicidade se trata de uma conduta que é recriminada pela sociedade por ferir de alguma forma seus bens jurídicos considerados importantes e que por vezes são tutelados. Contudo, insta consignar que nem todos esses bens jurídicos são relevantes a Lei Penal e, se assim o forem, não serão devidamente tipificados.

Prosseguindo, por fim temos o elemento da culpabilidade, também nos dizeres de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

A culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão ou de escolha da pessoa humana, ou, em outras palavras, a capacidade antropológica de se determinar no sentido da norma jurídica. A responsabilidade penal somente pode incidir sobre aquele que possua aptidão de dominar seus instintos ao invés de cometer o fato antijurídico.

---

<sup>24</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 161.

<sup>25</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 161.

<sup>26</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018, p. 186.

Conforme explicitado por Jescheck, no terreno da culpabilidade, faz-se necessário apartar os processos causais naturais da força da vontade humana.<sup>27</sup>

Para que seja determinada a existência ou excludente de culpabilidade, não se deve ter por base apenas a conduta humana e suas escolhas responsáveis, é necessário, contudo, valorar fatores relacionados a idade, sexo, enfermidades, influências sociais, afetos, para então ser aferido o juízo de reprovabilidade da conduta. Dessa forma, se for constatado alguma patologia intensa, pode inclusive haver a exclusão ou atenuação da pena.<sup>28</sup>

Nesse diapasão:

Pode-se dizer que a culpa passa a consistir na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajustasse ao direito.<sup>29</sup>

Os elementos que compõem a culpabilidade são: imputabilidade; potencial conhecimento da ilicitude; e exigibilidade de conduta diversa. Por conseguinte, através da análise desses segmentos é possível verificar a exclusão da culpabilidade. Sendo assim, o que interessa para a presente pesquisa é a análise acerca da imputação como excludente, o que será visto adiante.

## 2.2 Imputabilidade e Inimputabilidade

Conforme demonstrado no tópico acima para que um agente seja responsabilizado pelo ato antijurídico é preciso que ele seja imputável, que consiste em imputar um ato ilícito a alguém. A esse respeito, é considerado imputabilidade a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato.<sup>30</sup>

Nesse mesmo sentido, compreende André Estefam:

---

<sup>27</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p. 204.

<sup>28</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p. 209.

<sup>29</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p. 210.

<sup>30</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 13ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 135.

Trata-se da capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato (vale dizer, que o comportamento é reprovado pela ordem jurídica) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (ou seja, conter - se), conforme se extrai do art. 26, caput, do CP, interpretado a *contrario sensu*. Em outras palavras, consiste no conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, a ponto de permitir ao sujeito a capacidade de compreensão e de autodeterminação.<sup>31</sup>

De outra quadra, dispõe o art. 26 do Código Penal sobre a exclusão da imputabilidade:

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.

Entende-se que o ato praticado por pessoa que não tem condições psíquicas de compreender a ilicitude de seu comportamento não é merecedor de censura. Não se pode considerar reprovável ato praticado por um adulto completamente desprovido de higidez mental, cuja maturidade seja equivalente à de um infante.<sup>32</sup>

Ricardo Andreucci leciona que para aferir a imputabilidade o Código Penal adota o critério biopsicológico, o qual consiste, em um primeiro momento, na apuração se o agente, na época do fato, era portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a seguir, verifica-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato, e em um terceiro momento, examina se ele tinha capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>33</sup>

Assim, as causas que excluem a imputabilidade, configurando na inimputabilidade: a doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a falta de capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e, por último, a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A doença mental trata-se de um pressuposto biológico da inimputabilidade, causando alteração na saúde mental do agente:

Na presença de doença mental que leve à incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e à incapacidade de determinação de acordo com esse entendimento, o agente será inimputável e, conseqüentemente, não

---

<sup>31</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 450.

<sup>32</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 450.

<sup>33</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 13ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 135.

terá culpabilidade. O crime persiste (fato típico e antijurídico), faltando ao agente culpabilidade, que é pressuposto de aplicação da pena. A sanção penal aplicável ao agente, portanto, não consistirá em pena, mas, antes, em medida de segurança.<sup>34</sup>

E o desenvolvimento mental retardado, Ricardo Andreucci citando o psiquiatra forense Guido Arturo Palomba, esclarece se trata das pessoas que sofrem da patologia da doença mental, onde funcionamento intelectual inferior à média. Já o desenvolvimento mental incompleto refere-se aos inimputáveis em razão da idade. Neste caso, a presunção absoluta de inimputabilidade do menor de 18 anos. Onde o Código Penal adota o critério biológico.<sup>35</sup>

O sujeito que, nessa hipótese, praticar um crime, será absolvido. Trata-se de absolvição imprópria, pois a ele se aplicará uma medida de segurança.<sup>36</sup>

Sobre a medida de segurança, assevera Maria Fernanda e Antônio Nery Filho:

A medida de segurança se apresenta, agora, sob a forma de internamento em hospital de custódia e tratamento ou similiar e o tratamento ambulatorial. Além disso, o prazo mínimo de duração deve ser determinado pelo juiz, no limite mais estreito de um a três anos, mantendo-se, no entanto, o seu caráter indeterminado e a liberdade condicional que a segue.<sup>37</sup>

Logo, a medida de segurança é reservado aqueles considerados doentes mentais.

### **2.3 Do incidente de insanidade mental**

Apresentadas as questões relativas a imputabilidade e inimputabilidade, necessário tecer considerações sobre como proceder as investigações da doença mental que poderia ou não, tornar o agente inimputável.

Quando da dúvida acerca da saúde mental do indivíduo acusado de prática

---

<sup>34</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 13ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 136.

<sup>35</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 13ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 137.

<sup>36</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 452.

<sup>37</sup> PERES, Maria Fernanda Tourinho; FILHO. Antônio Nery. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. Disponível em: 12 de novembro de 2019.

um crime, tem-se o exame de insanidade mental para a sua verificação. Nos dizeres de André Estefam “Sempre que houver suspeitas a respeito da higidez mental do agente, deve o juiz, de ofício ou mediante requerimento, determinar a instauração de um incidente de insanidade mental.”<sup>38</sup>

Nessa linha preleciona Nucci:

É o procedimento incidente instaurado para apurar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do acusado, levando-se em conta a sua capacidade de compreensão do ilícito ou de determinação de acordo com esse entendimento à época da infração penal. Tal medida justifica-se, uma vez que não é possível a condenação, com a consequente aplicação de pena, ao inimputável (art. 26, CP). Este, assim reconhecido à época do crime, deve ser absolvido (art. 386, parágrafo único, III, CPP), recebendo medida de segurança, que é uma espécie de sanção penal, embora nitidamente voltada ao tratamento e cura do enfermo.<sup>39</sup>

O procedimento encontra-se disciplinado no Código de Processo Penal nos artigos 149 e 152.

Sobre o processo explica o autor Eugênio Pacceli

(...) processo incidente cuida da possibilidade de constatação, tanto na fase investigatória quanto no curso da ação penal, de eventual moléstia mental do acusado ou indiciado, a ser resolvida em procedimento apartado, para não prejudicar o andamento da persecução penal.

Assim, dispõe o art. 149, do CPP:

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.

O incidente será instaurado apenas quando da existência de duvidada com relação as condições mentais do acusado, feito a requerimento do Ministério Público, defensor ou curador do acusado, bem como seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Na fase de inquérito, o requerimento poderá ser feito pela autoridade policial (§ 1º, do art. 149).

Defende Eugênio Pacceli que dado o interesse público na apuração sobre a

---

<sup>38</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 432.

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018, p. 494.

questão, o rol de legitimados ativos, não é taxativo, sendo possível que qualquer pessoa interessada, especialmente aquelas sob cujos cuidados ou guarda, ainda que informal, esteja o acusado, a autorização para provocar a instauração do incidente de insanidade mental.<sup>40</sup>

Assim, instaurado o incidente, o juiz determina a suspensão do processo e a realização de perícia (art. 149, § 2º, do CPP), cabendo ao Sr. Perito verificar se o agente é ou não pessoa com deficiência mental.

Nesse sentido, preleciona Nucci:

Em apartado, o juiz formará o incidente, baixando portaria e nomeando curador ao acusado, se já não o tiver, podendo recair a mencionada nomeação na pessoa de seu advogado. Suspende-se o curso do processo principal – sem que haja a suspensão da prescrição –, possibilitando ao Ministério Público e à defesa a apresentação de quesitos, a ser respondidos pelo perito judicial. Logicamente, diligências indispensáveis serão realizadas, desde que apurada a sua urgência.<sup>41</sup>

Registra-se que, conforme disposição do art. 150, § 1º, do CPP, o prazo para a conclusão do laudo é fixado em 45 dias, mas pode ser dilatado, se os peritos demonstrarem a necessidade de prazo maior.

Concluída a perícia é possível dois pareceres:

- a) constatado que o acusado (ou indiciado) já era *inimputável* (art. 26, CP) *ao tempo da infração*, o processo terá seu curso normal, nomeando-se-lhe curador;
- b) se comprovado, porém, que o acometimento da doença é posterior à infração penal, se já em curso ação penal, o processo continuará suspenso (suspensão anteriormente decretada com base no art. 149, § 2º, CPP) até o restabelecimento do acusado, sem prejuízo da realização dos atos reputados urgentes (art. 152).<sup>42</sup>

Explica Edilson Mougenot:

Concluindo-se que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 26 do Código Penal, o processo retomará seu curso até sentença final, com a presença do curador (art. 151 do Código de Processo Penal). O preceito é aplicável tanto na hipótese de ser o acusado considerado inimputável (caput do art. 26) quanto no caso de ser considerado semi-imputável (parágrafo único do art. 26). A medida se justifica, uma vez que a inimputabilidade por insanidade mental não deve obstar eventual prova da inocência do acusado (ex.: prova da inexistência

---

<sup>40</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2019, p. 328.

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018, p. 494.

<sup>42</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2019, p. 328.

do fato criminoso). (...) <sup>43</sup>

Continua o autor:

Quando os peritos constatarem que a doença mental sobreveio à infração, caso em que não se há que falar em inimputabilidade penal, o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça. O § 1º do art. 152 faculta ao juiz, nesse caso, ordenar a internação do réu em “manicômio judiciário” ou em outro estabelecimento adequado. O Código de Processo Penal prevê, inclusive, que se proceda à internação provisória (arts. 373 e 378, II). A doutrina majoritária, entretanto, considera a internação em manicômio judicial inaplicável, por incompatível com a Constituição Federal, embora haja vezes sustentando a aplicabilidade do preceito. <sup>44</sup>

Destarte, assevera Nucci que a ocorrência de doença mental durante o cumprimento da pena acarreta em duas situações, quais sejam: na hipótese de doença transitória, aplica-se o art. 41 do Código Penal, isto é, transfere-se o condenado para o hospital penitenciário, sem a conversão da pena em medida de segurança, por tempo suficiente para tratamento, ou em caso de doença de caráter duradouro ou permanente, a pena será convertida em medida de segurança, conforme disposto no art. 183 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), <sup>45</sup> que dispõe:

Art. 183 Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Por fim, observa-se que o art. 150, § 1º utiliza a expressão manicômio judicial, o que importa lembrar que é um hospital de tratamento, equivalendo a um regime fechado, dotado de características hospitalares e será submetido aos cuidados médicos.

Diante disso, verifica-se que trata-se de meio eficaz para sanar a dúvida em relação a saúde mental de uma pessoa que foi acusada de cometer um crime. A análise vai determinar se o sujeito, pode ou não, responder criminalmente na forma da lei penal.

---

<sup>43</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 12ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017, p. 409.

<sup>44</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 12ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017, p. 409.

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018, p. 494.

## **CAPITULO 3: CONFLITOS PROMOVIDOS ENTRE A LEI Nº 13.146/2015 E O DIREITO PENAL**

O estatuto da pessoa com deficiência trouxe significativas mudanças para o ordenamento jurídico, principalmente, para as pessoas com deficiência. Eis que, com a alteração da capacidade, o Código Civil passou a considerar essas pessoas capazes, sendo que no rol de incapazes restam apenas os menores de 16 anos.

Diante disso, faz-se necessária a análise dos reflexos dessa lei no âmbito penal, pois o sujeito com desenvolvimento mental incompleto não pode ser enquadrado como pessoa capaz para a prática dos atos civis, conforme preceitua o autor Zaffaroni:

(...) um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então ele não terá capacidade para compreender a antijuridicidade de sua conduta, e, portanto, será um inimputável.<sup>46</sup>

Assim, o presente capítulo destina-se a análise Lei nº 13.146/2015, com a alteração da Teoria das Incapacidades prevista no Código Civil, e os seus reflexos no Código Penal.

### **3.1 O Deficiente no Código Penal Brasileiro**

Conforme demonstrado no capítulo um da presente pesquisa, por muito tempo a pessoa com deficiência viveu sobre um incessante exclusão social, por vezes, discriminada pela sociedade, caracterizada como “anormal”.

A esse respeito, reflete Maria Helena Diniz “na história da humanidade o portador de deficiência tem não só sofrido entraves na sua inclusão na sociedade e limites, no exercício de direitos, mas também sido vítima de preconceitos.”<sup>47</sup>

A autora Flávia Piosvan estabelece 4 etapas referentes a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, quais sejam:

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 546.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. A nova Teoria das Incapacidades. Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.2, pp. 263-288, Mai.-Ago. 2016.

a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado ou, mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos, isto é, nesta quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação.<sup>48</sup>

Nessa linha, com a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em New York, em 2007, ratificados no direito brasileiro, com a promulgação do Decreto n. 6949/2009, tendo status de emenda constitucional (CF, art. 5º, §3º),<sup>49</sup> houve a afirmação dos direitos da pessoa com deficiência, reconhecendo a sua capacidade de direitos, do mesmo modo que as demais pessoas.

Para Maria Berenice Diniz a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência inaugura um visão sócio humanitária e jurídica do deficiente, a fim de promover a sua reabilitação no organismo social, sua independência, sua igualdade no exercício da capacidade jurídica.<sup>50</sup>

Por conseguinte, visando reconhecer a dignidade da pessoa com deficiência, reforçando a sua inclusão social, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reformulou a teoria das incapacidade, excluindo do rol de absolutamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e dos que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (art. 3º, II e III, do CC, revogados) e a retirada dos excepcionais sem desenvolvimento completo do rol dos relativamente incapazes, passando a ser a ser considerado capaz para a prática da vida civil as pessoas com deficiência.

---

<sup>48</sup> PIOVESAN, Flávia Temas de direitos humanos. 11ª Edição. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 555.

<sup>49</sup> BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. A nova Teoria das Incapacidades. Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.2, pp. 263-288, Mai.-Ago. 2016.

Assim, trouxe uma nova perspectiva para o tratamento aplicado para os deficientes que cometem crimes, levando-se em consideração que é essencial para aplicação de uma punição que seja estabelecido o grau de discernimento e saúde mental do agente infrator para que seja estabelecida sua culpabilidade, em consequência, a medida de segurança.

Certo é que, para a verificação da deficiência mental, mostra-se importante a figura do incidente de insanidade mental realizada por um perito judicial, onde, por meio do o exame pericial, de acordo Estefam, o perito pode chegar as seguintes conclusões:

- a) que o agente não possui qualquer doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado: nesse caso, desde que o juiz concorde com a perícia, o autor do fato será considerado penalmente imputável;
- b) que o sujeito possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas isto não interferiu em sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação (no momento da conduta): em tal situação, e novamente desde que o magistrado esteja de acordo com o resultado da perícia, o acusado será julgado como imputável;
- c) que o réu é portador de doença mental ou desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado e teve sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação inteiramente suprimida, ao tempo do ato: se o juiz concordar com o resultado do exame, o agente será considerado inimputável, ficando sujeito a uma medida de segurança (desde que, obviamente, comprove-se seja ele o autor do crime e que o fato praticado se revestiu de tipicidade e antijuridicidade);
- d) que o denunciado é portador de doença mental ou desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado e teve sua capacidade de entendimento ou de auto- determinação diminuída, por ocasião da ação ou omissão: se o magistrado se convencer do acerto da perícia, o sujeito será considerado semi-imputável, ficando sujeito a uma pena diminuída (de um a dois terços) ou a uma medida de segurança, caso está se mostre necessária em razão da necessidade de tratamento;
- e) por fim, pode o perito constatar que o agente era, ao tempo da conduta, mentalmente são e, posteriormente, acometeu-se de alguma doença mental: nessa situação (concordando o juiz com a conclusão da perícia), dar-se-á a superveniência de doença mental, o que provocará a suspensão do processo penal, nos termos do art. 152 do CPP.<sup>51</sup>

Dessa maneira, estabelecer o momento da insanidade mental é de suma importância para a decisão do juiz, para a verificação da influência do seu estado na prática do ilícito penal.

Destarte, na hipótese de verificação da inimputabilidade por doença mental (art. 26, do CP) a lei impõe a aplicação da medida de segurança, nesse sentido preleciona Estefam:

---

<sup>51</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 435.

Como se trata de uma sanção penal adequada em função da periculosidade do agente, diz-se que, nesse caso, ela é presumida. Em se tratando da capacidade diminuída (ou “semi-imputabilidade”) do art. 26, parágrafo único, do CP, permite-se a aplicação de pena ou medida de segurança. Fala-se, então, em periculosidade real (já que a medida de segurança somente será imposta pelo juiz se houver a comprovação real da necessidade de tratamento curativo).<sup>52</sup>

Assim, conforme preceitua o art. 97, do Código Penal, 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.

Para Renata Viana da Cunha, deve ser levado em consideração o prejuízo que uma prisão pode causar a pessoa com deficiência mental, devendo ser respeitada a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que normalmente nas prisões possuem um espaço precário.<sup>53</sup>

A autora ainda explica que a aplicação da medida de segurança é uma questão de justiça para aqueles que estão impossibilitados de entender o caráter ilícito do ato, uma vez que não adianta colocá-lo para cumprir pena em presídio comum, que trará muito mais problemas, pois ele está junto com criminosos que tem potencial conhecimento da ilicitude que praticaram.<sup>54</sup>

Pertinente consignar que a medida de segurança visa o tratamento adequado da pessoa com deficiência mental, tornando-o apto a conviver em sociedade sem voltar a cometer crimes. A esse respeito explica Denise Cera:

(...) a medida de segurança tem uma finalidade essencialmente preventiva e volta-se para o futuro e para a pessoa autora do ilícito. A medida de segurança se ajusta ao grau de periculosidade do agente, e não à gravidade do fato delituoso.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 436.

<sup>53</sup> CUNHA, Renata Viana. Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação Penal Brasileira. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf) < >. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

<sup>54</sup> CUNHA, Renata Viana. Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação Penal Brasileira. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf) < >. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

<sup>55</sup> CERA, Denise Denise Cristina Mantovani. Qual a finalidade da medida de segurança. Disponível em: < [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100916144118240](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100916144118240) >. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

Quanto ao seu prazo, deve ser estabelecido pelo Juiz, dispõe o § 1º, do art. 97, do CP “§ 1º- A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.”

Nota-se que, não está previsto na lei penal o prazo máximo de duração da medida de segurança, assim, como a Constituição Federal determina que no Brasil não haverá pena de caráter perpétuo e que o tempo de prisão não excederá 30 anos (art. 75 do CP), entende-se que a medida de segurança não pode ultrapassar 30 anos de duração.<sup>56</sup>

Dessa maneira, mostra-se razoável que a pessoa com deficiência cumpra sua punição em um local onde receberá tratamento adequado, no caso a internação em hospital de custódia e tratamento.

### **3.2 Dos efeitos da modificação trazida pela Lei nº 13.146/15 no Código Penal**

A pessoa com desenvolvimento mental incompleto, aquelas incapazes de entender o caráter ilícito do fato, nos termos da Legislação penal, são isentas de pena (art. 26, do CP).

Logo, trata-se de excludente de culpabilidade, sendo-lhe aplicada, quando da verificação da insanidade mental, tão somente, a medida de segurança. Momento em que o indivíduo é levado ao tratamento ambulatorial.

Insta consignar que o Direito Penal na aplicação da pena se funda mais na periculosidade do agente, onde a pena cumpre um papel eminentemente preventivo, atuando como instrumento de defesa social.<sup>57</sup>

Assim, no tocante a figura do deficiente mental, o elemento da periculosidade relaciona-se a um estado psicológico, pensando nas chances do agente vir a praticar novamente outros delitos, eis que não entende o caráter ilícito do ato. Com isso, quando apurado o grau de periculosidade encarrega-se o magistrado a possibilidade de prevenção desses novos atos.

---

<sup>56</sup> FELIPPE, Marcio Sotelo. Medida de Segurança. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte910.htm>>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

<sup>57</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019, p. 55.

Destarte, é inegável que, com o advento da Lei nº 12.146 a pessoa com deficiência conquistou a capacidade de direitos, sendo colocada em condições de igualdades. Assim, foi um importante marco na garantias dos direitos fundamentais, eis que outrora essa pessoas eram rechaçadas e discriminadas.

A esse respeito, assevera Renata Viana da Cunha:

O surgimento do Estatuto do Deficiente acarretou uma grande conquista social com o alcance mais justo das normas penais aplicadas aos deficientes, pois ao privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a integrar o deficiente em um sistema de normas mais inclusivo. Passou-se a tratar o deficiente não como alguém doente, mas sim que possui características diferentes, conferindo a eles uma forma mais igualitária de tratamento com aqueles que não são considerados deficientes.<sup>58</sup>

Para o ordenamento jurídico penal, àquele que pratica o ato ilícito penal é imputada uma pena, sendo privativa de liberdade ou restritiva de direitos.<sup>59</sup> Nos casos dos indivíduos que possuem doença mental ou desenvolvimento mental incompleto é aplicada a medida de segurança, sendo certo que deverá ser previamente examinada a sua condição.

Nesse sentido, explica Renata Viana da Cunha:

O que determinará aplicação da pena reduzida ou da medida de segurança será o fato delituoso cometido pelo infrator que possui deficiência mental, pois se for um crime que deva sofrer como punição a pena de reclusão, deverá ser aplicado ao deficiente a medida de segurança a ser cumprida em local próprio, como um hospital de custódia. Contudo se trata de crime punido com reclusão, a pena a ser aplicada deverá ser a medida de segurança, porém como forma de tratamento ambulatorial.<sup>60</sup>

Diante disso, é importante que o doente mental tenha um tratamento digno, observando seus direitos fundamentais, com atendimento especializado, observando não só o caráter retributivo da pena, mas preocupando-se também com a sua

<sup>58</sup> CUNHA, Renata Viana. Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação Penal Brasileira. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf) <>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território – TJDFT. Pena privativa de liberdade x Pena restritiva de direitos. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/pena-privativa-de-liberdade-x-pena-restritiva-de-direitos>>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

<sup>60</sup> CUNHA, Renata Viana. Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação Penal Brasileira. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf) <>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

ressocialização, tendo em vista a vedação da pena perpétua.

Assim, tais indivíduos não devem ser levados a penitenciárias comuns, eis que não terão o tratamento adequado, vez que poderá se tornar uma potencial ameaça ao retornarem para o convívio social, tendo em vista que não foram submetidos ao tratamento adequado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maneira como a pessoa com deficiência é tratada atualmente, indivíduo merecedor de respeitos e dotado de direitos iguais, vem de uma incessante luta para alcançar um espaço na sociedade, pois por muito tempo foram discriminadas e taxadas como pessoas loucas.

Com isso, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, tem o propósito a garantir o livre exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, promovendo a sua inclusão social e possibilitando a efetiva participação na sociedade em igualdade de condições.

Ressalta-se que, com relação a sua capacidade civil, houve uma alteração significativa, vez que a pessoa com deficiência mental, que antes estava inserida no rol de incapazes, com o advento do Estatuto da Deficiência, foram incluídas dentre o conjunto de pessoas capazes.

No tocante ao tratamento dessas pessoas quando do cometimento de um crime, verificou-se que no direito penal para que um agente seja responsabilizado pelo ato antijurídico necessária a verificação da sua inimputabilidade. Sendo causa de exclusão na punibilidade a deficiência mental ou falta de discernimento do caráter ilícito do fato.

Nesse sentido, verificou-se a importância do incidente de insanidade mental durante o procedimento penal, por ocasião da suspeita de falta de discernimento do acusado ao tempo da conduta delituosa, decorrente de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, para se estabelecer qual o momento que iniciou-se a doença mental, isto é, se teve influência no ato delituoso.

Sendo certo que, constatada a deficiência mental, configura-se na isenção da pena, tal qual prevê o art. 26, do CP. Consequente lhe será aplicado medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria.

Destaca-se que, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência houve maior atenção ao deficiente mental, com o propósito de garantir-lhe direitos e garantias fundamentais igualitárias, e não mais trata-lo com uma pessoa doente. Mas cuidando do atendimento de suas necessidades.

Assim, observando os direitos dos deficientes mentais, verifica-se a necessidade da melhor adequação dos locais de tratamento, onde há o cumprimento das medidas de segurança que lhe são impostas, vez que, a sua condição, a falta de

capacidade de entender a gravidade do ato, exige tratamento e não punição.

Pelo exposto, a presente pesquisa buscou demonstrar a necessidade do direito penal acompanhar a evolução referente ao tratamento das pessoas com deficiência, prezando pela dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. A fim de proporcionar-lhe as melhores condições de atendimento e tratamento, para que assim seja reinserida no convívio social.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 13ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 12ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

BRASIL. LEI Nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território – TJDF. Pena privativa de liberdade x Pena restritiva de direitos. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/pena-privativa-de-liberdade-x-pena-restritiva-de-direitos>>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

CASSETTARI, Christiano Elementos de direito civil. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018.

CERA, Denise Denise Cristina Mantovani. Qual a finalidade da medida de segurança. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100916144118240](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100916144118240)>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

CUNHA, Renata Viana. Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação Penal Brasileira. Disponível em: <  
[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/RenataVianadaCunha.pdf)>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

DINIZ, Maria Helena. A nova Teoria das Incapacidades. Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.2, pp. 263-288, Mai.-Ago. 2016.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Medida de Segurança. Disponível em: <  
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte910.htm>>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; / FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil; volume único. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Flávia Piva Almeida. Et al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. Direito Penal – Parte Geral; vol. 1. 13ª ed. São Paulo. Editora Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2019.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; FILHO. Antônio Nery. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. Disponível em: 12 de novembro de 2019.

PIOVESAN, Flávia Temas de direitos humanos. 11ª Edição. Editora Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Direito penal: volume único. São Paulo. Editora Atlas, 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. São Paulo. Editora MÉTODO, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: volume 1 - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.