

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG)

Faculdade de Direito

NATHÁLIA NOGUEIRA ESPÍNDOLA DE SENA

PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME:

UMA ANÁLISE NEUROCIENTÍFICA, FINALÍSTICA E PROCESSUAL

Belo Horizonte/MG

2022

NATHÁLIA NOGUEIRA ESPÍNDOLA DE SENA

PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME:
UMA ANÁLISE NEUROCIENTÍFICA, FINALÍSTICA E PROCESSUAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Belo Horizonte/MG

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

S474p Sena, Nathália Nogueira Espíndola de
Perda de memória pós-crime [manuscrito]: uma análise neurocientífica,
finalística e processual / Nathália Nogueira Espíndola de Sena. - 2022.
122 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 119-122.

1. Direito penal - Teses. 2. Amnésia - Teses. 3. Processo penal - Teses.
I. Vianna, Túlio Lima. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade
de Direito. III. Título.

CDU: 343.2.01



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA NATHALIA NOGUEIRA ESPINDOLA DE SENA

Realizou-se, no dia 07 de dezembro de 2022, às 09:00 horas, 502, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME: UMA ANÁLISE NEUROCIENTÍFICA, FINALÍSTICA E PROCESSUAL*, apresentada por NATHALIA NOGUEIRA ESPINDOLA DE SENA, número de registro 2021653956, graduada no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). TULIO LIMA VIANNA - Orientador (UFMG), Prof(a). GALVÃO RABELO (UFMG), Prof(a). Julio Cesar Faria Zini (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 95.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2022.

Prof(a). TULIO LIMA VIANNA (Doutor) Nota 95.

Prof(a). GALVÃO RABELO (Doutor) Nota 95.

Prof(a). JULIO CESAR FARIA ZINI (Doutor) Nota 95.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Neide e Lúcio, que sempre me apoiaram nessa caminhada. Sem eles, nada que eu alcancei teria sido possível. Por todo o amor que vocês me dão e por toda a ajuda que sempre posso contar.

Aos meus amigos, que me acompanharam nos tempos alegres e me suportaram nos tempos tristes. Por todas as longas conversas nas quais vocês me ouviram e me deram ótimas opiniões sobre essa pesquisa. Em especial, ao grande amigo Lucas Miranda, que me ajudou desde o início nesse percurso.

Aos meus professores e mestres, que me mostraram desde sempre a importância do aprendizado e da busca pelo aperfeiçoamento. Em especial, ao meu Professor Marcão, do ensino médio, que me apoiou no meu momento mais difícil. Ao Professor Ricardo Sontag, que me ensinou a arte de pesquisar na graduação. E ao Professor Túlio Vianna, orientador dessa pesquisa, que acreditou no seu potencial.

RESUMO

O presente trabalho busca identificar as consequências jurídicas para o caso de um indivíduo que comete um crime e, durante o processo ou execução da pena, sofre de amnésia. Para tanto, realiza-se um estudo aprofundado das diversas teorias da pena, culminando naquela de redução da violência de Luigi Ferrajoli. Tomando, portanto, o sistema penal garantista como base, identifica-se que a punição de um indivíduo que não mais se recorda do crime cometido se mostra infundada. São, ainda, analisadas as soluções encontradas por diferentes países de Common Law para a perda de memória pós-crime. Os tratamentos jurídicos propostos nestes países consideram que um acusado que sofre de amnésia quanto ao crime por ele cometido não está apto a se defender de forma eficiente, de forma que é considerado incompetente para responder ao processo. Neste ponto, é analisada a legislação penal e processual penal brasileira no que se refere ao tema de amnésia pós-crime, concluindo-se que esta se mostra insuficiente ou mesmo inexistente. Utilizando como base os atuais artigos 149 e 152 do Código de Processo Penal, é avaliada uma proposta de sua reformulação, propondo uma alteração de redação que enquadre, além dos acusados que sofrem de insanidade mental, aqueles que sofrem de perda de memória. Ademais, pretende-se resolver outras questões controvertidas sobre a suspensão indefinida do processo prevista no artigo 152. Por fim, para casos de acusados que perdem a memória durante o cumprimento de pena, é avaliado o artigo 183 da Lei de Execução Penal e é proposta a criação de um novo artigo para esta lei, que trate especificamente do caso de condenados amnésicos.

Palavras-chave: Amnésia; teorias da pena; garantismo penal; competência para ser processado.

ABSTRACT

The present work seeks to identify the legal consequences for the case of an individual who commits a crime and, during the trial or execution of the sentence, suffers from amnesia. In order to do so, an in-depth study of the various theories of punishment is carried out, culminating in the reduction of violence by Luigi Ferrajoli. Taking, therefore, using the author's system as a basis, it is concluded that the punishment of an individual who no longer remembers the crime committed is unfounded. The solutions found by different Common Law countries for post-crime memory loss will also be analyzed. The legal treatments proposed in these countries consider that an accused who suffers from amnesia regarding the crime he committed is not able to defend himself efficiently, so he is considered incompetent to stand trial. At this point, the Brazilian criminal law and criminal procedure will be analyzed with regard to the issue of post-crime amnesia, concluding that it is insufficient or even non-existent. Based on the current articles 149 and 152 of the Criminal Procedure Code, a proposal for its reformulation will be evaluated, proposing a wording change that includes, in addition to the accused who suffer from mental insanity, those who suffer from memory loss. Furthermore, it is intended to resolve other controversial issues about the indefinite suspension of the process provided for in article 152. Finally, for cases of accused who lose their memory while serving their sentence, article 183 of the Penal Execution Law will be evaluated, and the creation of a new article for this law will be proposed, dealing specifically with the case of amnesic convicts.

Keywords: Amnesia; theories of penalty; criminal guarantee; competence to stand trial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 POSSÍVEIS HIPÓTESES DE PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME	15
2.1 AMNÉSIA FUNCIONAL RETRÓGRADA (DISSOCIATIVE AMNESIA, CRIME RELATED AMNESIA)	17
2.2 AMNÉSIA ORGÂNICA RETRÓGRADA	22
2.3 MALINGERED AMNESIA: A VERIFICAÇÃO DA AUTENTICIDADE DA DECLARAÇÃO DE AMNÉSIA RELACIONADA AO CRIME	27
3 POR QUE PUNIR? ANÁLISE DAS TEORIAS DA PENA APLICADAS AO PROBLEMA DA PERDA DE MEMÓRIA	32
3.1 JUSTIFICACIONISMO RETRIBUTIVISTA	34
3.2 JUSTIFICACIONISMO UTILITARISTA.....	38
3.2.1 A prevenção geral negativa.....	41
3.2.2 A prevenção geral positiva.....	48
3.2.3 A prevenção especial positiva	55
3.2.4 A prevenção especial negativa	67
3.3 O DIREITO PENAL MÍNIMO E A FINALIDADE DA REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA.	70
4 CONSEQUÊNCIAS DA PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO: AINDA HÁ OBJETIVO EM PUNIR?	77
4.1 ANÁLISE DA “ <i>COMPETENCY TO STAND TRIAL</i> ” DOS SISTEMAS DE COMMON LAW	77
4.2 O CENÁRIO BRASILEIRO ATUAL: A SOLUÇÃO INSUFICIENTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	89
4.3 O DIREITO PENAL MÍNIMO: A PUNIÇÃO DO SUJEITO CUJA MEMÓRIA NÃO SUBSISTE TERÁ SENTIDO PARA O RÉU OU PARA A SOCIEDADE?.....	99
4.4 O PROBLEMA PROCESSUAL: PERDA DE MEMÓRIA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	103
4.5 ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS	109
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS	118

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar quais devem ser as consequências penais para o caso de um indivíduo que, após cometer um crime, perde a memória, não conseguindo mais se recordar do delito praticado, e também de parte de sua vida.

Segundo as bases do Direito Penal, para que seja justificada a imposição de uma sanção penal a determinado indivíduo, é necessário que se esteja frente a um ato voluntário e uma mente culpada. Se for retirada, por exemplo, a voluntariedade de um ato através da coação física absoluta, estar-se-ia diante de um caso de ausência de conduta criminosa. Por outro lado, caso reste demonstrado que um indivíduo não possuía capacidade de compreensão do injusto e capacidade de determinar-se conforme essa compreensão, será excluída a culpabilidade. Contudo, não só é relevante saber se um indivíduo era imputável quando da prática de um crime, mas também se posteriormente a este momento algum fator pode levar a sua condenação e punição a serem desmotivadas.

Ferrajoli, ao tratar da excessiva duração das penas e suas consequências contrárias ao garantismo penal, levanta o questionamento de qual seria o sentido de se manter reclusa uma pessoa quando, há muitos anos de distância da imposição da pena por parte do juiz, já é outra completamente diferente da que foi condenada¹. Pode-se extrapolar esse ponto e então chegar aos questionamentos: e quanto a um autor de ato criminoso que, posteriormente à prática do delito, perde sua memória? Ainda haveria qualquer finalidade penal a ser atingida com sua condenação? A imposição de pena a esse indivíduo não seria impedida pelo princípio da humanidade da pena?

Por outra perspectiva, será analisado o instituto da *competency to stand trial*, dos países de Common Law. Conforme este instituto, um acusado que sofre de amnésia ou de doença mental não estaria apto a ser processado, por não conseguir entender as acusações realizadas contra ele, e por não conseguir praticar de forma efetiva sua defesa. Os sistemas inglês e estadunidense serão, então, utilizados como base para que seja analisado o tratamento processual dado à questão no direito brasileiro, buscando responder alguns pontos: o sistema processual penal brasileiro possui disposições suficientes no que se trata de acusados que sofrem de perda de memória? A perda de memória poderia afetar o processo e, em caso de amnésia que se inicia durante o cumprimento da pena, a sua execução?

¹ FERRAJOLI, L. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 327.

O presente trabalho busca enfrentar as perguntas acima formuladas. Partir-se-á, portanto, da premissa de que, à hora da prática do crime, o sujeito em questão tinha plena consciência de estar cometendo um crime, e podia se determinar de acordo com esse entendimento. Sua conduta era típica, ilícita e culpável. Contudo, posteriormente a tal fato, durante o processo ou a execução da pena, o agente perde sua memória, total ou parcialmente, de modo a não mais se recordar do crime cometido.

A amnésia, conforme será mais detalhadamente estudado neste trabalho, pode ser causada por diversos fatores, sendo dividida em quatro grupos, sendo eles a amnésia orgânica anterógrada, a amnésia orgânica retrógrada, a amnésia funcional anterógrada e a amnésia funcional retrógrada². A amnésia funcional difere da amnésia orgânica na medida em que aquela ocorre na ausência de patologia cerebral detectável³. Para os fins desta pesquisa, focar-se-á na amnésia retrógrada (tanto orgânica quanto funcional, mas com maior foco na orgânica).

A amnésia orgânica retrógrada pode advir, por exemplo, de doenças degenerativas cerebrais que causam demência (doença de Alzheimer, Parkinson e Huntington), aneurismas, encefalite, acidentes vasculares cerebrais e acidentes que resultam em fortes lesões à cabeça, etc. Já a amnésia funcional retrógrada pode ser causada por estresse causado por forte trauma emocional ou “*crime related amnesia*”. Tratar-se-á destas diversas possíveis causas detalhadamente no curso desse trabalho.

Tais situações de amnésia são, inclusive, mais comuns do que se imagina a princípio. A recorrência da amnésia relacionada ao crime é objeto de diversos estudos, que buscam determinar a exata porcentagem de casos onde essa linha de defesa é utilizada. É tarefa difícil chegar a uma cifra exata, mas as estimativas existentes atualmente nos Estados Unidos são consistentes, chegando com frequência aos 30% em casos de homicídios. Nos casos de outros crimes violentos, a porcentagem é mais reduzida, porém ainda significativa, ficando abaixo dos 10%:

Não é incomum que perpetradores aleguem amnésia por seu crime (Kopelman, 1995). Embora não se conheça a prevalência precisa de tais reclamações entre as várias categorias de perpetradores, as estimativas que podem ser encontradas na literatura são bastante consistentes. Em um estudo anterior, Leitch (1948) observou que 16 dos 51 criminosos (31%) condenados por assassinato ou homicídio culposo alegaram amnésia por seu crime. Guttmacher (1955) descobriu que cerca de 30% dos assassinos condenados em sua amostra alegaram que não conseguiam se lembrar de seus crimes. Da mesma forma, O'Connell (1960) relatou uma incidência de 40% de amnésia em

² Anterograde amnesia entails forgetting of facts and events that occur after the onset of disease or neurological trauma, whereas retrograde amnesia entails forgetting of facts and events that occurred before the critical precipitating incident. Cf. SCHACTER, D. L. Amnesia and crime: how much do we really know? **American Psychologist**, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 286-295, mar. 1986. p. 286.

³ SCHACTER, D. L. Amnesia and crime: how much do we really know? **American Psychologist**, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 286-295, mar. 1986. p. 286.

sua amostra de perpetradores de homicídios. Em um estudo mais recente, Taylor e Kopelman (1984) entrevistaram 203 homens que cometeram crimes violentos e não violentos. Dos 34 homens que cometeram assassinato ou homicídio culposo, 26% relataram amnésia por seu crime. Quando os autores omitiram esses casos de homicídio, havia 120 autores de crimes violentos. Alegações de amnésia foram levantadas por apenas 8% deles, enquanto nenhuma alegação de amnésia foi encontrada nos perpetradores de crimes não violentos. Um padrão semelhante foi relatado por Gudjonsson, Petursson, Skulasson e Sigurdardottir (1989), que entrevistaram 62 criminosos islandeses. A amnésia foi reivindicada por 32% dos infratores e foi mais comum em perpetradores de homicídios (ver também Lynch & Bradford, 1980).⁴

Em um estudo recente, Bradford e Smith encontraram uma porcentagem consideravelmente mais alta. Em uma amostra de 30 casos, 65% dos acusados de homicídio alegaram amnésia relacionada ao crime. Desses casos, 60% alegavam amnésia apenas do fato criminoso em si, enquanto os outros 40% alegavam amnésia que iniciava de 30 minutos a 24 horas antes do crime⁵.

Muitas pesquisas também mantêm seu foco em como detectar falsas afirmações de amnésia relacionada ao crime. Tendo em vista que ainda é extremamente difícil realmente saber o que se passa no cérebro de uma pessoa, apesar de todos os avanços científicos nessa área, muitos pesquisadores buscam criar sistemas com poucas falhas para checar a veracidade da suposta amnésia sofrida pelos autores dos delitos.

São buscadas, nesse sentido, explicações hormonais ou de doenças mentais pré-existent que podem ser verificadas cientificamente para a amnésia funcional retrógrada, além de procurar disfuncionalidades no hipocampo que podem levar a um armazenamento de memória prejudicado⁶. A maioria dos estudos, por outro lado, busca demonstrar a precisão do teste SVT (Symptom Validity Test), um teste criado para detectar a falsa perda de memória, que consiste em um procedimento de escolha forçada no qual réus devem responder perguntas sobre o crime cometido⁷. Cada pergunta possui duas alternativas igualmente plausíveis, sendo que uma é a correta. A razão por trás deste teste é a de que alguém com efetiva perda de memória escolheria

⁴ CIMA, M.; NIJMAN, H.; MERCKELBACH, K.; KREMER, K.; HOLLNACK, S. Claims of crime-related amnesia in forensic patients. **International Journal of Law and Psychiatry**, [S. l.], v. 27, 2004, p. 215, 2004, tradução nossa.

⁵ SCHACTER, *op. cit.*, 1986, p. 288.

⁶ JELICIC, M. Testing claims of crime-related amnesia. **Frontiers in Psychiatry**, [S. l.], v. 9, n. 617, p. 1-6, nov. 2018. p. 2.

⁷ *Ibid.*, p. 4.

respostas corretas e incorretas aleatoriamente, enquanto alguém que busca escolher as alternativas erradas com muita frequência, tem grandes chances de estar apenas fingindo perda de memória⁸.

Há que se ressaltar, contudo, que as pesquisas relacionadas à perda de memória pós-crime são, em sua quase totalidade, realizadas apenas em países de Common Law. No Brasil, no que tange à relação entre crime e a amnésia orgânica retrógrada, praticamente nada foi escrito. Esta é a amnésia causada por doenças degenerativas cerebrais, acidentes nos quais a pessoa sofre traumas na cabeça capazes de apagar sua memória. Nesses casos, a falta de certeza quanto à alegação de amnésia é retirada da equação.

Processualmente falando, nos sistemas de Common Law, a significância da amnésia em casos criminais é, conforme já mencionado, a *incompetency to stand trial*. Se um acusado não consegue se lembrar do seu crime e de sua própria identidade, ele não é capaz de se defender devidamente. Isso porque o acusado pode não se lembrar, por exemplo, de um álibi para o que estava fazendo quando do momento do crime, se estava agindo conforme uma causa excludente de ilicitude, ou mesmo de detalhes que poderiam ser relevantes para a resolução de seu caso:

Um réu amnésico pode satisfazer os requisitos de *actus reus* e *mens rea* de um determinado crime, uma vez que a amnésia pós-crime, dependendo de sua fonte, não mostra necessariamente que o réu se comportou sem consciência consciente de sua própria ação no momento. Mas, mesmo assim, se o réu estiver realmente amnésico, ele não poderá se defender adequadamente durante o julgamento, violando seu direito constitucional a uma representação justa. Aqui, os elementos de um crime podem ser satisfeitos, mas a responsabilidade criminal e a punição podem ser inapropriadas.⁹

A visão processual da questão, contudo, não é a única que se apresenta em casos de perda de memória pós-crime. Pela perspectiva cognitiva, levanta-se o questionamento: caso o autor tenha efetivamente esquecido do seu crime, e também de parte de suas experiências de vida, ele ainda permanece sendo a mesma pessoa¹⁰? Muito do que faz com que uma pessoa seja

⁸ OORSOUW, K. V.; MERCKELBACH, H. Simulating amnesia and memories of a mock crime. **Psychology, Crime & Law**, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 261-271, jun. 2006. p. 262.

⁹ GO, G. Amnesia and criminal responsibility. **Journal of Law and the Biosciences**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 194-204, abri. 2017. p. 196.

¹⁰ Aqui, sustenta-se a identidade pessoal tal como a entendia Locke: “Contudo, possivelmente ainda se objetará o seguinte: suponha que eu perca completamente a memória de algumas partes da minha vida, além da possibilidade de recuperá-las, de modo que talvez eu jamais me torne consciente delas de novo; não sou eu ainda a mesma pessoa que fez aquelas ações, teve aqueles pensamentos dos quais uma vez fui consciente, embora eu agora os tenha esquecido? A isso respondo que devemos aqui dar atenção àquilo a que a palavra eu [I] se aplica, que neste caso é somente ao homem. Presumindo-se que o mesmo homem seja a mesma pessoa, supõe-se facilmente aqui que eu [I] representa também a mesma pessoa. Contudo, se for possível para o mesmo homem ter consciências distintas que não podem ser compartilhadas em diferentes tempos, sem dúvida o mesmo homem, em tempos diferentes, seria pessoas diferentes; esse, vemos, é o sentido de humanidade na mais solene declaração de suas opiniões: as leis humanas não punem o homem louco pelas ações do homem sensato, nem o homem

essa pessoa são suas experiências de vida. Caso sejam apagadas, talvez uma transformação ocorrida devido a certo acontecimento não mais esteja presente. Ainda, em casos de amnésia orgânica retrógrada, é comprovado que o intelecto e as emoções podem ser afetados nas lesões dos lobos frontais¹¹. O caso que trouxe esse conhecimento à tona é a famosa história de Phineas Gage, ocorrido em 1848, em Vermont. Segundo narra Maranhão Filho¹², Phineas Gage, um homem calmo, disciplinado e de boas maneiras, chefiava um grupo de trabalhadores na Ferrovia *Rutland and Burlington*. Em um acidente ocorrido ao tentar explodir uma pedra que bloqueava o caminho, o crânio de Phineas Gage foi atravessado por um grande bastão de ferro. Apesar do ferimento que poderia facilmente ter sido letal, Phineas sobreviveu. Contudo, após sua recuperação, ele se transformou em uma pessoa completamente diferente, tornando-se agressivo e impaciente.

Durante os anos que se passam entre a prática de um crime e o efetivo cumprimento de pena pelo autor, muito pode ocorrer, que fará com que uma pessoa deixe de ser quem era. Entra-se aqui em outro problema que surge com a perda de memória pós-crime: qual seria a finalidade do cumprimento de pena pelo autor do crime caso ele tenha perdido qualquer memória referente ao ocorrido?

De acordo com Ferrajoli, a finalidade da pena seria a prevenção da violência, descrita como o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos

sensato pelo que o homem louco fez, constituindo-os, pois, duas pessoas; o que é de algum modo explicado pela nossa maneira de falar em inglês, quando dizemos que alguém não está em si [is not himself] ou está fora de si [besides himself]; frases em que isso se insinua, como se aqueles que agora ou, ao menos, os que primeiramente as usaram tivessem pensado que o eu [self] mudou, que a mesma pessoa, o eu, [self same person] não estava mais naquele homem”. Cf. LOCKE, J. Ensaio sobre o entendimento humano – livro II, 27, Da identidade e da diversidade. Tradução: Flavio Fontenelle Loque. **Revista Sképsis**, [S. l.], ano VIII, n. 12, p. 169-188, 2015. p. 182-183.

¹¹ MARANHÃO FILHO, P. Mr. Phineas Gage e o acidente que deu novo rumo à neurologia. **Revista Brasileira de Neurologia**, [S. l.], v. 50, n. 2, p. 33-35, abr./jun. 2014. p. 35.

¹² “Um grupo de homens, sob a direção do seu rigoroso chefe de 25 anos de idade, Phineas P. Gage, trabalhava na *Rutland and Burlington Railroad*. Estavam tentando explodir uma pedra que atrapalhava o caminho e Phineas comandava a delicada tarefa da colocação da pólvora num orifício profundo e estreito, manufaturado na rocha. Cabia-lhe ainda introduzir uma longa haste de ferro para tampar a carga, antes de cobrir tudo com areia. Ocorre, porém, que o atrito provocado pelo longo bastão de ferro na parede da estreita fenda provocou uma centelha que atingiu a pólvora. O maciço bastão de 1 metro de comprimento e 3,5 centímetros de diâmetro, pesando 5,8 kg, transformou-se num projétil disparado sob a força da explosão. Esse terrível míssil atingiu Phineas Gage bem abaixo do olho esquerdo e, numa fração de segundos, rompeu seu crânio, saindo por um orifício no topo da cabeça e projetando-se a quase 50 metros de distância coberto de sangue e pedaços de cérebro. [...] Após três semanas, pediu suas calças, pronto para voltar ao trabalho. Em meados de novembro, caminhava pela cidade planejando seu futuro. E aqui está o ponto principal dessa curiosa história. Phineas realmente tinha um novo futuro pela frente, pois passara a ser um homem diferente! O chefe, eficiente, capaz e por vezes amigável não mais existia. Em seu lugar surgia uma criança com a força de um touro e o temperamento de um demônio. Gage tornou-se irritadiço, irreverente, grosseiro e profano (aspectos que não faziam parte do seu modo de ser), manifestava pouco respeito por seus amigos e grande impaciência quando alguns conselhos limitavam ou conflitavam com seus desejos”. Cf. *Ibid.*, p. 34-35.

desviantes¹³. A finalidade da pena, portanto, de acordo com Ferrajoli, deve ser aquela de reduzir ao máximo a violência, não só quanto à prática de crimes, mas também quanto à punição dos acusados. Nesse sentido, a pena só teria sentido se viesse proteger a sociedade de futuros crimes, bem como proteger o réu de uma vingança desproporcional de seus membros. A teoria de Ferrajoli será melhor analisada no curso do presente estudo. Neste ponto, questiona-se se, para o caso de um indivíduo que perdeu sua memória, sentiria a sociedade necessidade de ver punida esta pessoa, ou a chance de reação informal de vingança seria reduzida? E mais, para o réu que sofre com amnésia, não seria a imposição de sanção penal contrária ao princípio da humanidade das penas?

Para auxiliar a compreensão dos assuntos aqui tratados, três casos serão analisados, ao final do trabalho.

- CASO 1: Um indivíduo, primário e de bons antecedentes, em perfeitas condições físicas e mentais, comete crime de roubo. Poucos dias após o crime, o indivíduo sofre sério acidente de moto, sofrendo lesões cerebrais, especificamente no hipocampo. Em decorrência dos danos sofridos, ele apresenta amnésia orgânica retrógrada, não conseguindo se recordar dos últimos meses de sua vida. Com relação a todos os outros aspectos de sua capacidade mental, contudo, ele se encontra perfeitamente saudável. Desta forma, ele se esquece do crime praticado, acreditando que se mantém inocente de qualquer ação. Finalizadas as investigações sobre o crime cometido, o Ministério Público apresenta denúncia, que é recebida.
- CASO 2: Um indivíduo, que no momento se encontrava perfeitamente saudável e em plenas faculdades mentais, comete crime de estupro. Durante o curso das investigações e do processo, cinco anos se passaram, período no qual o réu foi diagnosticado com a doença de Alzheimer, tendo a doença progredido para a fase a grave após o proferimento de sentença condenatória, estando ainda pendente de análise o recurso de apelação da defesa. O indivíduo, em virtude de sua doença, não mais se recorda de ter praticado o crime, e necessita de cuidados especiais constantes, motivo pelo qual se encontra, atualmente, em uma casa de repouso com médicos e enfermeiros 24h.
- CASO 3: Um indivíduo, perfeitamente imputável, comete crime de homicídio. Tendo o processo corrido regularmente, o indivíduo foi condenado a 8 anos de reclusão, tendo a

¹³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p.268.

decisão transitado em julgado. Iniciado o cumprimento de pena, ele foi recolhido à penitenciária. Passados dois anos do início da execução da pena, ocorre uma grande revolta entre os presos. Durante a confusão, o indivíduo é atacado por uma gangue inimiga, sofrendo graves lesões cerebrais, que ocasionam um coma. Levado ao hospital, ele acorda, três meses depois, sem nenhuma memória de sua vida pregressa, mas sem qualquer outra seqüela.

Esses casos demonstram a aplicabilidade prática da análise da perda de memória pós-crime, bem como suas claras conseqüências para o direito penal e o processo penal. É levantada a reflexão sobre as conseqüências da amnésia orgânica retrógrada em indivíduos acusados de cometer crimes. Se, no momento do processo, julgamento, ou cumprimento de pena, uma pessoa não mais se recorda do crime cometido, ainda fará sentido que ela seja processada ou cumpra a pena?

A presente pesquisa, portanto, irá se desenvolver da seguinte forma: primeiramente, tratar-se-á das diversas causas de perda de memória, bem como das pesquisas existentes sobre o assunto. Em seqüência, serão analisadas e criticadas as diversas teorias da pena, culminando na exposição da teoria da finalidade da pena como redução da violência, de Ferrajoli. A partir dessas bases, será analisado o instituto da *incompetency to stand trial* dos sistemas da Common Law, verificando as soluções encontradas para casos de acusados que sofrem de amnésia. Então, serão verificadas as atuais conseqüências da perda de memória no sistema penal brasileiro, a fim de se verificar sua suficiência e adequação. Por fim, serão analisados os casos previamente apresentados, e serão elaboradas conclusões sobre o devido tratamento a ser dispensado para indivíduos que sofrem de amnésia pós-crime, partindo do garantismo penal.

2 POSSÍVEIS HIPÓTESES DE PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME

A neurociência cognitiva da memória humana visa entender como registramos, retemos e recuperamos nossas experiências em termos de sistemas de memória, ou seja, quais são as redes neurais específicas que apoiam processos mnemônicos específicos¹⁴. Justamente por isso, a neurociência cognitiva pode ajudar a entender os processos neurais que se passam com indivíduos acusados de crimes violentos que alegam sofrer de amnésia retrógrada, ou seja, que se esquecem do ato delituoso previamente cometido.

Para entender melhor as possíveis consequências penais para a perda de memória, é necessário entender as diversas causas da amnésia. O termo amnésia se refere a um esquecimento patológico, que pode ter causas orgânicas ou funcionais¹⁵.

A amnésia orgânica é aquela causada por dano cerebral. Justamente por isso, ela é mais facilmente comprovada. Muitas condições podem levar à perda de memória orgânica, como doença de Korsakoff, Alzheimer, Parkinson, Huntington, traumatismos cranianos, encefalite, anoxia, aneurismas rotos da artéria comunicante anterior, tumores do terceiro ventrículo, etc¹⁶. Em quase todas essas condições, é possível diferenciar a amnésia anterógrada, que envolve o esquecimento de fatos ocorridos após o início da doença ou trauma, e a amnésia retrógrada, que é o esquecimento de fatos e eventos ocorridos antes do início da doença ou do acontecimento do trauma¹⁷. Ainda, é possível que a amnésia orgânica seja causada por alguma disfunção cerebral temporária durante o momento do crime, que impeça ou dificulte o armazenamento permanente da memória¹⁸:

A disfunção cerebral temporária pode levar à amnésia relacionada ao crime. O tálamo, o hipocampo e o córtex pré-frontal estão todos envolvidos na codificação e armazenamento de informações na memória autobiográfica. Dessas três áreas do cérebro, o hipocampo é provavelmente o mais vulnerável à disfunção temporária ou permanente. Traumatismo craniano fechado, consumo de grandes quantidades de álcool, uso de certas drogas prescritas ou ilegais, baixo nível de açúcar no sangue (hipoglicemia), bem como falta de oxigênio (hipóxia) podem resultar em um hipocampo temporariamente desordenado.¹⁹

¹⁴ GABRIELI, J. D. E. Cognitive neuroscience of human memory. **Annual Review of Psychology**, [S. l.], v. 49, n. 1, p. 87-115, 1998. p.87.

¹⁵ GUDJONSSON, G. H. ; HANNESDOTTIR, K.; PETURSSON, H. The relationship between amnesia and crime: the role of personality. **Personality and Individual Differences**, [S. l.], v. 26, n. 3, p. 505-510, mar. 1999. p. 505.

¹⁶ SCHACTER, *op. cit.*, p. 286.

¹⁷ *Ibid.*, p. 286.

¹⁸ JELICIC, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ *Ibid.*, p. 2, tradução nossa.

Já a amnésia funcional é aquela que ocorre na ausência de uma patologia cerebral detectável. Normalmente, tal amnésia é causada por fatores de origem psicológica, advindos de estado de choque, traumas ou estresse severo²⁰. Em casos de amnésia funcional causada por um evento psicótico, por exemplo, é raro que não se perca toda a memória relacionada ao que ocorreu, sendo mais comum que o indivíduo se recorde apenas de trechos dos fatos ou que sua memória seja embaçada²¹. Esse tipo de amnésia é bastante comum entre pessoas que cometeram crimes, especialmente aqueles que não foram premeditados, mas sim que ocorreram por grande descarga emocional. Isso porque quando os agentes estão em uma condição emocional extrema, como raiva, por exemplo, os detalhes relativos ao crime cometido seriam “guardados” na memória dentro do contexto de forte emoção. Posteriormente, quando o indivíduo, já mais calmo, tentasse lembrar o ocorrido, ele não teria acesso a tais memórias. Esse fenômeno é conhecido como amnésia dissociativa²².

Aqui adianta-se que a amnésia, em países de Common Law, tem significantes repercussões legais, tanto para a responsabilidade penal quanto para a competência para responder ao processo. Caso um acusado não se recorde do crime cometido, ele não poderá se declarar (*plead*) inocente ou culpado – visto que ele mesmo não saberia dizer se cometeu o crime em questão ou não – e não poderá ajudar seu advogado a montar sua defesa, sendo incapaz de fornecer álibis ou mesmo uma outra versão da história contada pela acusação.

Por fim, cumpre mencionar que a perda de memória posteriormente a um crime pode também ser falsa, uma prática conhecida como “*feigned amnesia*”. Nos países onde as alegações de amnésia pós-crime são mais abundantes, elas também recebem menos credibilidade dos tribunais, que suspeitam que os acusados estejam apenas fingindo o esquecimento relativo ao crime para se beneficiar do instituto da incompetência. Por certo, há realmente pessoas que forjam seus quadros de amnésia. Contudo, a amnésia genuína é frequentemente vista em processos criminais, seja pelo estado dissociativo, seja por um episódio psicótico ou por amnésia orgânica – a mais facilmente comprovada²³.

Justamente pela dificuldade de se criarem testes aptos a comprovar a verdadeira perda de memória, a maioria das pesquisas atuais sobre o assunto buscam chegar a um método de distinguir entre falsas declarações de perda de memória e casos de efetiva amnésia. Essas pes-

²⁰ GUDJONSSON, *et al.*, *op. cit.*, p. 506.

²¹ *Ibid.*, p. 506.

²² JELICIC, *op. cit.*, p. 2.

²³ BOURGET, D.; WHITEHURST, L. Amnesia and crime. **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S. l.], v. 35, n. 4, p. 469-480, 2007. p. 477.

quias buscam reduzir a grande dificuldade sofrida pelos tribunais em decidir casos que envolvem perda de memória, eis que um julgamento equivocado quanto à *feigned amnesia* pode levar uma pessoa incapaz a ser condenada.

2.1 AMNÉSIA FUNCIONAL RETRÓGRADA (DISSOCIATIVE AMNESIA, CRIME RELATED AMNESIA)

Conforme já brevemente introduzido, a amnésia funcional retrógrada é aquela que ocorre sem que haja dano detectável ao cérebro. Essa forma de amnésia foi recentemente caracterizada pela Associação Americana de Psiquiatria como uma incapacidade súbita de se recordar de informações pessoais relevantes, não causada por trauma cerebral ou por esquecimento comum²⁴. Essa forma de amnésia é muito comumente alegada em casos criminais nos países de Common Law, especialmente entre acusados de crimes violentos, como homicídios. Ainda, também é possível que vítimas e testemunhas aleguem esse mesmo tipo de amnésia, visto que passam pela mesma experiência traumática.

A amnésia funcional retrógrada é atualmente mais conhecida como amnésia dissociativa, e é geralmente aceito que ela faz referência a um evento traumático que causa um distúrbio psicológico. Esse processo de esquecimento pode estar vinculado a um estado dissociativo, que se refere a um estado alterado de consciência que ocorre durante uma experiência traumática, ou ao processo de perda de memória que ocorre posteriormente a uma experiência traumática²⁵. Especificamente em situações criminais, a amnésia dissociativa também é conhecida como *crime related amnesia*, amnésia relacionada ao crime.

Existem diversas teorias sobre as causas e consequências da amnésia dissociativa, todas elas baseadas em estudos que demonstram seus méritos. Uma das teorias defende que a amnésia dissociativa serve ao propósito funcional de proteger a pessoa, minimizando as consequências emocionais negativas que sobrevêm ao trauma, seja prejudicando a codificação da experiência traumática, ou seja, evitando que a memória seja armazenada no cérebro, ou reprimindo a experiência da percepção consciente²⁶. Essa teoria defende, portanto, que a amnésia dissociativa seria uma espécie de fuga, que evitaria danos ainda mais severos ao

²⁴ PORTER, S.; BIRT, A. R.; YUILLE, J. C.; HERVÉ, H. F. Memory for murder: a psychological perspective on dissociative amnesia in legal contexts. *International Journal of Law and Psychiatry*, [S. l.], v. 24, p. 23-42, 2001. p. 5.

²⁵ PORTER, *et al.*, *op. cit.*, p. 1.

²⁶ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 470.

indivíduo que passou por determinado evento com o qual não seria capaz de lidar em nível consciente. Nas palavras de Parwatikar, Holbomb e Menninger²⁷:

Psicodinamicamente, quando um sujeito experimenta uma situação ego-alienígena desagradável e estressante, a memória desse evento pode se tornar inacessível à lembrança consciente. A amnésia psicogênica e a fuga são semelhantes, pois ambas são uma fuga psicológica de alguma situação intolerável e, portanto, são alternativas à depressão e possivelmente ao suicídio. No caso de alguns assassinos, sua sensação de serem boas pessoas é contrariada pelo fato de terem feito algo socialmente inaceitável e estranho ao superego. Para lidar com esse conflito interno e a depressão resultante, o indivíduo pode reprimir da consciência a memória de suas ações violentas.

Outra explicação defende que a amnésia dissociativa é melhor compreendida de uma perspectiva biológico-neurológica. Buscando se afastar dos efeitos psicológicos e determinar a causa física da perda de memória, essa corrente defende que reações biológicas a traumas psicológicos, como desregulação neuroendócrina resultante de estresse extremo, têm efeitos agudos na codificação e consolidação da atenção e da memória, podendo causar amnésia²⁸. Ademais da perturbação do sistema neuroendócrino, também é defendido que níveis elevados de glicocorticóides, desencadeados por uma variedade de eventos estressantes, também demonstraram inibir a recuperação da memória traumática, reduzindo as atividades do lobo temporal medial, a parte do cérebro responsável pela memória, linguagem e audição²⁹.

Por fim, uma terceira corrente propõe que a amnésia dissociativa relacionada ao crime advém de um estado dissociativo que ocorre em virtude de forte estresse mental e emocional presente no momento da prática do delito³⁰. Para essa corrente, a dissociação ocorre no momento do crime e, posteriormente, quando o agente buscar recuperar a memória, esse processo será prejudicado. Isso porque um estado elevado de excitação pode inibir a codificação de uma memória autobiográfica para o evento, ou as próprias ações da pessoa podem ser a fonte do estresse, prejudicando a codificação e produzindo a amnésia³¹.

Essa corrente que afirma ser a memória dependente do estado emocional do indivíduo também tem como fundamento o fato de que crimes violentos, em especial o homicídio, são normalmente não planejados, mas sim advém de uma reação espontânea associada com forte emoção. Em um estudo realizado em 1984, foi reportado que em 87,5% dos casos de amnésia

²⁷ PARWATIKAR, S. D.; HOLBOMB, W. R.; MENNINGER, K. A. The Detection of Malingered Amnesia in Accused Murderers. *Bull am Acad Psychiatry Law*, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 97-103, 1985. p. 98, tradução nossa.

²⁸ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 470.

²⁹ GO, *op. cit.*, p. 196.

³⁰ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 470.

³¹ *Ibid.*, p. 470.

analisados, a vítima do assassinato cometido era a esposa, amigo próximo ou membro da família do autor, o que sugere a influência de fatores emocionais³². Considerando-se que a violência extrema associada a este estado mental perturbado pelas emoções é improvável de ser experimentada em outras situações, a memória pode nunca mais voltar a ser acessível ao consciente do indivíduo que cometeu o crime.

Ainda, não é necessariamente apenas o autor do crime violento que é suscetível a tal perda de memória causada por sofrimento emocional grave. Também autores de atos violentos não criminosos, bem como testemunhas de crimes violentos afirmam não se recordar do ocorrido³³. Apesar de não se saber exatamente as porcentagens de ocorrência da amnésia dissociativa nesses indivíduos, há relatos de perda de memória em casos de homicídios cometidos em legítima defesa, estado de necessidade, bem como em soldados durante a guerra ou pela polícia após homicídios instigados pelas vítimas³⁴. Porter et al., levantam casos de amnésia em mulheres vítimas de violência doméstica que eventualmente matam seus maridos:

Similarmente, muitas mulheres espancadas relatam perda de memória por matar seus maridos em legítima defesa, como no caso de P. que matou seu marido depois de sofrer anos de abuso grave (Vancouver Sun, 15 de novembro de 1995). Dez anos depois, ela só conseguia se lembrar de uma briga violenta, do medo que experimentou antes da morte do marido e, em seguida, do corpo dele abaixo dela, sem memória dos eventos intermediários. Este padrão de recordação implica fortemente a dependência da memória com o estado emocional em alguns casos de agressão conjugal e homicídio por cônjuges agredidos.³⁵

A amnésia dissociativa também ocorre comumente em casos de *Dissociative Identity Disorder* – *DID* – também conhecido como distúrbio de personalidade múltipla. Neste controverso distúrbio psicológico, no qual um indivíduo possui ao menos duas personalidades que se alternam no controle de suas ações, os atos realizados por uma identidade ou "alter" não são lembradas pelas outras identidades³⁶. Sobre esse transtorno:

O modelo pós-traumático de transtorno dissociativo de identidade propõe que esse distúrbio decorre de uma reação defensiva natural ao trauma infantil extremo que resulta em estados dissociativos, vistos como identidades separadas, nos quais as memórias de eventos traumáticos são armazenadas. Nesse modelo, memórias dissociadas de experiências podem ser parcial ou totalmente inacessíveis para recuperação voluntária por algumas identidades dissociativas (amnésia

³² PORTER, et al., *op. cit.*, p. 9.

³³ *Ibid.*, p. 3.

³⁴ *Ibid.*, p. 3.

³⁵ *Ibid.*, p. 9, tradução nossa.

³⁶ *Ibid.*, p. 3.

interidentitária). A amnésia interidentitária pode ser unidirecional (assimétrica) ou bidirecional (simétrica) e pode coexistir em um indivíduo com TID.³⁷

Esse distúrbio é muito raro, com apenas alguns casos diagnosticados ocorrendo juntamente com amnésia dissociativa. O caso mais famoso de que se tem notícias refere-se ao americano Billy Milligan, de 23 anos, que foi acusado de diversos casos de estupro e roubo na Universidade Estadual de Ohio, em 1977³⁸. Após consultas com múltiplos psicólogos e psiquiatras, o distúrbio de personalidade múltipla foi confirmado. Quando do julgamento, já havia sido identificadas dez personalidades diferentes, todas sofrendo de severa amnésia entre elas. A maioria das personalidades não se lembrava de eventos vivenciados pelos demais, especialmente os crimes cometidos. No momento da prisão, a personalidade então consciente não se recordava de qualquer delito que havia sido cometido³⁹. Eventualmente, um total de vinte e quatro personalidades diferentes se revelaram, o maior número até o presente momento conhecido. Em virtude da severidade do distúrbio e da amnésia, o veredito dado pelo júri responsável pelo caso foi de “*not guilty*” em virtude de insanidade⁴⁰.

Apesar da ausência de consenso sobre a causa da amnésia dissociativa, seus efeitos são amplamente estudados em indivíduos que não se recordam dos crimes que cometeram. Tais estudos indicam uma associação entre a alegação de amnésia e diversas variáveis que podem ter relação com o agente ou com a espécie de crime praticado. Embora existam relatos de amnésia dissociativa total ou completa, ela é geralmente descrita como uma memória nebulosa ou irregular, por vezes entrecortada, para eventos diretamente relacionados ao crime e localizadas no tempo real do ato em si⁴¹. Desta forma, diferentemente da amnésia orgânica, que pode afetar a memória de uma pessoa em uma variedade de áreas diferentes de sua vida, a amnésia funcional ou dissociativa costuma afetar apenas a memória relacionada ao evento, ou mesmo algumas horas anteriores e posteriores ao ocorrido. Assim, a pessoa que sofre de amnésia dissociativa pode ser perfeitamente funcional em outras áreas da sua vida, mas simplesmente incapaz de relembrar o evento traumático vivido e os eventos que o antecederam e o levaram a acontecer⁴².

³⁷ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 472, tradução nossa.

³⁸ SCHACTER, *op. cit.*, p. 290.

³⁹ *Ibid.*, p. 290.

⁴⁰ KEYES, D. **The Minds of Billy Milligan**. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2018.

⁴¹ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 471.

⁴² NEDIM, U. How can memory loss affect a criminal case? **Sydney Criminal Lawyers**, [S. l.], 31 mar. 2015. Disponível em: <https://www.sydneycriminallawyers.com.au/blog/how-can-memory-loss-affect-a-criminal-case/>. Acesso em: 30 jul. 2020. p. 1.

Muitas pessoas conhecem o conceito de memórias reprimidas. Em casos de amnésia dissociativa em processos criminais, muitas vezes busca-se fazer com que o acusado reganhe acesso às memórias perdidas. Contudo, a teoria da repressão, que afirma que as memórias podem permanecer perpetuamente inalteradas no inconsciente, podendo ser reaccessadas no futuro, não é facilmente acomodada por uma compreensão reconstrutiva da memória. Atualmente, no campo da neurociência, é amplamente aceito que a memória é muito menos confiável do que acredita-se, justamente por ser muito plástica e variável. A cada vez que se acessa uma lembrança, alteram-se alguns detalhes, inclusive em virtude da forma como emocionalmente percebemos aquele período ou pessoas envolvidas na memória. Ainda, é também aceito que o cérebro humano trabalha ativamente reconstruindo partes da memória com detalhes dos quais não conseguimos mais recordar, mas que fariam sentido naquele contexto.

Isso é corroborado pelo conceito de interferência, que tem sido identificada há muito tempo como uma das principais razões para a falha de memória. A competição entre itens na memória pode causar problemas sinceros na aprendizagem, armazenamento e/ou recuperação⁴³. A possibilidade de que pacientes amnésicos sofram, em particular, efeitos de interferência tem recebido atenção considerável:

Dois tipos de interferência são importantes aqui. Um é rotulado de transferência negativa. Ou seja, o conhecimento prévio pode ter um efeito negativo na aprendizagem de novas informações, principalmente quando há sobreposição (por exemplo, itens provenientes das mesmas categorias ou que compartilham semelhanças físicas). Em segundo lugar, há interferência proativa: o esquecimento de novas informações por causa de memórias mais antigas preexistentes. Enquanto a transferência negativa causa interferência ao dificultar a fase de aquisição, a interferência proativa influencia os estágios posteriores de processamento de armazenamento ou recuperação.⁴⁴

Justamente pelo acima exposto, a Associação Psiquiátrica Canadense realizou uma declaração oficial sobre memórias reprimidas posteriormente recuperadas, argumentando que tais memórias recuperadas na idade adulta nunca deveriam ser aceitas sem evidências corroborantes⁴⁵, o que torna a prova em processos criminais nos quais o acusado sofre de amnésia dissociativa ainda mais difícil de ser produzida:

Alguns juízes notaram a dificuldade de avaliar evidências de memória recuperada devido ao debate profissional no campo da psicologia. O tribunal de apelação do

⁴³ POSTMA, A.; MOREL, S. G.; SLOT, M. E.; OUDMAN, E.; KESSELS, R. P. C. Forgetting the new locations of one's keys: spatial-memory interference in Korsakoff's amnesia. **Experimental Brain Research**, [S. l.], v. 236, p. 1861-1868, 2018. p. 1861.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 1862, tradução nossa.

⁴⁵ PORTER, *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

Tennessee em *Hunter v. Brown* (1996) emitiu a opinião de que “achamos que há simplesmente muita indecisão na comunidade científica quanto à credibilidade da memória reprimida”. Recentemente, tem havido muitos “retratadores” cujas alegações de memória recuperada levaram a condenações judiciais. Também houve vários processos civis bem-sucedidos contra terapeutas que implantaram memórias em seus clientes que passaram a acreditar que suas novas memórias haviam sido reprimidas há muito tempo.⁴⁶

Assim, comprovar que memórias posteriormente recuperadas em indivíduos que sofrem de amnesia relacionada ao crime são verdadeiras é tarefa atualmente considerada de extrema dificuldade. Tanto acusados quanto vítimas e testemunhas que alegam ter conseguido finalmente recuperar uma memória reprimida podem não só estar mentindo sobre a re aquisição da lembrança, como também podem estar se recordando de uma memória falsa ou implantada – não só por dolo do psicólogo envolvido, mas também acidentalmente⁴⁷. Desta forma, abordar um caso de perda de memória pós-crime partindo do pressuposto que a amnésia em questão é falsa pode muitas vezes levar à condenação de pessoas inocentes.

2.2 AMNÉSIA ORGÂNICA RETRÓGRADA

A amnésia orgânica, diferentemente da amnésia dissociativa, é causada por um defeito estrutural no cérebro, que pode decorrer de traumatismo craniano, doenças neurológicas, ou inclusive alguns casos extremos de alcoolismo e toxicomania⁴⁸. Apesar de parecer que a perda de memória é algo raro e mais presente em filmes que no mundo real, existem diversas causas comprovadas de amnésia, que afetam grande número de pessoas:

Além de modelos e doenças em que a neurodegeneração ou demência como a doença de Alzheimer resulta em perda de memória, a amnésia retrógrada pode ser desencadeada por várias drogas, das quais o álcool é a mais proeminente e exemplifica os efeitos inespecíficos e a duração variável. Impactos externos ou internos, como lesão cerebral traumática, acidente vascular cerebral ou tratamentos eletroconvulsivos, podem resultar em graus variáveis de amnésia retrógrada. A amnésia retrógrada pode ser causada por um único evento traumático específico ou pode acompanhar distúrbios ou disfunções cerebrais. Os eventos traumáticos podem ser um impacto direto de lesões, infecções virais ou bacterianas, desnutrição (síndrome de Korsakoff), ou drogas psicoativas e também experiências psicogênicas. As memórias podem ser afetadas pela amnésia retrógrada em geral, mas também tipos distintos de memórias, como memórias associativas, podem ser comprometidas seletivamente.⁴⁹

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7, tradução nossa.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁸ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 471.

⁴⁹ DIRK, M. Retrograde Amnesia – A Question of Disturbed Calcium Levels? **Frontiers in Cellular Neuroscience**, [S. l.], v. 15, p. 1-6, 2021. p. 1, tradução nossa.

Justamente por ter origens estruturais, a amnésia orgânica é muito mais facilmente comprovada. Alguns estudos realizados em pacientes que sofreram lesões cerebrais forneceram as bases para o conhecimento sobre a organização biológica da memória humana⁵⁰. Isso porque, em alguns casos, as lesões produziram déficits mnemônicos dramáticos e muitas vezes inesperados que forneceram pistas sobre quais regiões cerebrais são utilizadas em quais processos de memória⁵¹.

Para o presente estudo, será mantido o foco na amnésia retrógrada, que é a incapacidade de lembrar de eventos ou informações passadas. A perda de memória pode ser causada de duas maneiras: seja pela perda/apagamento da própria memória ou pela incapacidade de acessar a memória, que ainda está presente no cérebro⁵². Em ambos os casos, o indivíduo não consegue, no momento presente, se recordar total ou parcialmente de suas experiências de vida.

Antes de se adentrar nas possíveis causas da amnésia orgânica retrógrada, há um ponto relevante a ser considerado. A amnésia orgânica é causada por um defeito neurológico. Embora a intoxicação por álcool ou drogas diversas possa criar tal defeito, levando a uma amnésia orgânica, tal amnésia não será relevante para a presente pesquisa. Isso porque, ao contrário de outras amnésias não voluntárias, a amnésia induzida por intoxicação envolve algum ato voluntário em um momento anterior. Desta forma, em concordância com a teoria da *actio libera in causa*, tais perdas de memória, embora orgânicas, não serão consideradas pelo direito penal para exclusão da culpabilidade (exceto em casos de embriaguez acidental ou involuntária). Se a lei criminal reconhecesse a amnésia auto-induzida como uma defesa exculpante ou atenuante, então os réus criminais seriam motivados a causar sua própria amnésia para escapar da responsabilidade⁵³. Portanto, apenas a amnésia orgânica que não é auto-induzida será discutida nesse estudo. No mesmo sentido, qualquer outro tipo de amnésia orgânica auto-induzida, por exemplo, através de traumatismo craniano voluntário, não será considerada.

Voltando agora ao ponto principal, é relevante anotar que a amnésia retrógrada orgânica ocorre mais frequentemente com danos bilaterais nas regiões do cérebro medial, anterior temporal ou pré-frontal⁵⁴. Contudo, é também perfeitamente possível que a amnésia seja resultante de lesões unilaterais:

Lesões nas regiões mediano-temporais e diencefálicas do cérebro produzem amnésia, um déficit seletivo na memória declarativa com preservação da memória de curto

⁵⁰ GABRIELI, *op. cit.*, p.87.

⁵¹ *Ibid.*, p. 87.

⁵² DIRK, *op. cit.*, p. 1.

⁵³ GO, *op. cit.*, p. 196

⁵⁴ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 471.

prazo, memórias remotas e capacidades motoras, perceptivas e cognitivas. Os pacientes amnésicos variam em sua gravidade e extensão de sua amnésia retrógrada – uma perda de informação adquirida antes do início da amnésia. As perdas retrógradas de memória na amnésia geralmente são graduadas temporalmente, pois são mais graves nos períodos de tempo mais próximos do início da amnésia. Lesões unilaterais à esquerda ou à direita produzem déficits de memória declarativa específicos do material para a informação verbal ou não verbal, respectivamente. Lesões bilaterais produzem uma amnésia global que se estende a informações verbais e não verbais. A amnésia global prejudica a capacidade de adquirir memórias episódicas e semânticas, como o significado de palavras e conceitos.⁵⁵

As pesquisas mais recentes, ademais, apontam a distinção entre dois tipos de memória. A memória declarativa ou explícita tem sido caracterizada como uma capacidade consciente, intencional e esforçada de recordar um episódio anterior⁵⁶. ou seja, é a memória que envolve a ação de recordar. Existem grandes evidências científicas de que esse tipo de memória é prejudicado após o indivíduo sofrer danos às estruturas do lobo temporal medial e também após danos às estruturas frontais, se um processamento mais estratégico estiver implicado na codificação ou recuperação⁵⁷. Por outro lado, a memória não declarativa, ou implícita, tem sido caracterizada como uma base inconsciente e automática de resposta que não depende da capacidade de recordar, por exemplo, memória muscular. Esse tipo de memória é tipicamente preservado na amnésia⁵⁸.

A memória declarativa é usualmente produto de uma interação entre as regiões mediano-temporais/diencefálicas e neocorticais do cérebro. Estudos demonstraram que lesões mediotemporais ou diencefálicas poupam memórias remotas, ou seja, as memórias mais antigas. Esse fenômeno encorajou a conclusão de que o neocórtex é o repositório final da memória consolidada de longo prazo⁵⁹. As lesões temporais mediais podem resultar de ressecção, anoxia, encefalite por herpes simples, infarto ou esclerose⁶⁰. Ainda, as áreas neocorticais também são vistas como críticas para a codificação da experiência atual, de forma que a recuperação de memórias declarativas também pode ser impedida ou reduzida em caso de danos a essa região⁶¹. Ademais, lesões sofridas no lobo frontal podem comprometer o desempenho em tarefas de memória estratégica⁶².

⁵⁵ GABRIELI, *op. cit.*, p. 88, tradução nossa.

⁵⁶ HAY, J. F.; MOSCOVITCH, M.; LEVINE, B. Dissociating habit and recollection: evidence from Parkinson's disease, amnesia and focal lesion patients. *Neuropsychologia*, [S. l.], v. 40, p. 1324-1334, 2002. p. 1324.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1324.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 1324..

⁵⁹ GABRIELI, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 88.

⁶¹ *Ibid.*, p. 89.

⁶² *Ibid.*, p. 90.

Diversos estudos já foram realizados para comprovar a relação entre amnésia e danos ao cérebro, de modo que hoje a causalidade é devidamente comprovada. Ademais, é possível identificar com segurança as áreas do cérebro que são relacionadas a quais tipos de amnésia:

A análise post mortem do dano médio-temporal em pacientes com amnésias bem caracterizadas mostra que o dano restrito a uma pequena parte da região do hipocampo, o campo CA1, é suficiente para produzir uma amnésia anterógrada clinicamente significativa. Danos mais extensos a estruturas temporais mediais adicionais agravam tanto a gravidade da amnésia anterógrada quanto a extensão temporal da amnésia retrógrada. Quando as lesões se estendem além da região do hipocampo para os córtices entorrinal e perirrinal, a amnésia retrógrada se estende por uma ou duas décadas.⁶³

Indivíduos que sofreram traumatismo craniano e consequentes danos a qualquer das áreas mencionadas, sofrerão posteriormente de amnésia, em grau variado proporcional à lesão. As lesões sofridas que causam conectividade funcional anormal entre o giro para-hipocampal e o córtex cingulado posterior contribuem mais significativamente para a amnésia pós-traumática⁶⁴.

Para além de dano cerebral sofrido por traumas à cabeça, diversas doenças também são responsáveis pela perda de memória. Uma doença que causa lesões diencefálicas que produzem amnésia é a Síndrome de Wernicke-Korsakoff. Estudos de imagem estrutural revelaram atrofia cerebral generalizada em pacientes com WKS, sendo que vários estudos enfatizaram atrofia hipocampal, talâmica e mamilar do corpo ou anormalidades do sinal talâmico medial⁶⁵. Danos a essas regiões são suficientes para produzir graves comprometimentos de memória, mesmo quando as regiões médio-temporais permanecem anatomicamente intactas, ou seja, não se alteram fisicamente⁶⁶:

A síndrome de Wernicke-Korsakoff (WKS) é o estado amnésico crônico após a encefalopatia de Wernicke, um distúrbio neurológico agudo caracterizado por ataxia, disfunção vestibular, nistagmo, sonolência e estado confusional. WKS resulta da deficiência de tiamina causada por desnutrição, má absorção ou na maioria dos casos hoje em dia, abuso crônico de álcool. Os déficits cognitivos associados à WKS consistem em uma amnésia anterógrada variavelmente grave e disfunção executiva; as confabulações estão frequentemente presentes inicialmente e podem continuar além do estágio agudo.⁶⁷

⁶³ *Ibid.*, p. 89, tradução nossa.

⁶⁴ BIGLER, E. D. Default mode network, connectivity, traumatic brain injury and post-traumatic amnesia. **Oxford Journals Current Collection Brain**, [S. l.], v. 139, p. 3054-3057, 2016. p. 3056.

⁶⁵ NAHUM, L.; PIGNAT, J.-M.; BOUZERDA-WAHLEN, A.; GABRIEL, D.; LIVERANI, M. C.; LAZEYRAS, F.; PTAK, R.; RICHIARDI, J.; HALLER, S.; THORENS, G.; ZULLINO, D. F.; GUGGISBERG, A. G.; SCHNIDER, A. Neural Correlate of Anterograde Amnesia in Wernicke-Korsakoff Syndrome. **Brain Topogr**, [S. l.], v. 28, p. 760-770, 2015. p. 760.

⁶⁶ GABRIELI, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁷ NAHUM, *op. cit.*, p. 760, tradução nossa.

A Síndrome de Korsakoff é um distúrbio crônico, que causa déficits de memória acentuados, incluindo amnésia anterógrada e retrógrada⁶⁸. Já foi longamente demonstrado que os pacientes alcoólatras que sofrem da Síndrome de Korsakoff têm uma amnésia retrógrada que se estende de forma severa, mas com alguma preservação para memórias de sua infância e idade adulta jovem⁶⁹.

Outra enfermidade que causa danos ao cérebro, especificamente ao lobo temporal medial é a doença de Alzheimer. Justamente por isso, um dos primeiros sintomas da doença é a perda de memória⁷⁰. Algumas pesquisas reportam que os pacientes em estados iniciais da doença de Alzheimer mostraram preservação relativa de memórias do passado distante, diferentemente de pacientes com a doença de Huntington, que demonstram uma amnésia retrógrada contínua para memórias antigas e recentes⁷¹:

Em comparação com os pacientes em Huntington, os pacientes com Alzheimer apresentavam uma amnésia retrógrada mais grave e caracterizada por uma preservação relativa de memórias muito antigas. Os pacientes com Alzheimer eram apenas um pouco mais dementes do que os pacientes em Huntington, mas eram notavelmente mais prejudicados do que os pacientes em Huntington, tanto na recordação de memórias remotas sem ajuda quanto com ajuda.⁷²

Outra área do cérebro que causa amnésia retrógrada quando lesionada é a amígdala. Contudo, a amnésia relacionada à amígdala afeta mais os aspectos emocionais da memória. É possível identificar lesões a essa região do cérebro em pacientes que sofrem da rara síndrome de Urbach-Weithe. Essa doença não afeta o hipocampo, mas leva à mineralização da amígdala⁷³, de forma que a amnésia causada por ela não deixa dúvidas quanto à sua origem no cérebro. Em indivíduos com funcionamento cerebral normal, a memória se mostra superior para estímulos emocionalmente perturbadores em relação a estímulos emocionalmente neutros. Isso não ocorre em pacientes que sofrem de Urbach-Weithe, que não mostram a memória adicional normal para eventos emocionalmente impactantes⁷⁴.

Ainda, há que se mencionar a doença de Parkinson, um distúrbio neurológico que causa uma degeneração de neurônios na substância negra, resultando em uma perda de entrada

⁶⁸ POSTMA, *op. cit.*, p. 1861.

⁶⁹ BEATTY, W. W.; SALMON, D. P.; BUTTERS, N.; HEINDEL, W. C.; GRANHOLM, E. L. Retrograde amnesia in patients with alzheimer's disease or huntington's disease. **Neurobiology of Aging**, [S. l.], v. 9, p. 181-186, 1988. p. 185.

⁷⁰ GABRIELI, *op. cit.*, p. 88.

⁷¹ BEATTY *et al.*, *op. cit.*, p. 182.

⁷² *Ibid.*, p. 184, tradução nossa.

⁷³ GABRIELI, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 89.

dopaminérgica para o corpo estriado, que inclui o núcleo caudado e o putâmen nos gânglios da base⁷⁵. A doença de Parkinson afeta principalmente o funcionamento motor. No entanto, está se tornando mais aparente que também existem efeitos cognitivos significativos que surgem à medida que a doença progride. Os efeitos da doença na memória parecem surgir devido a disfunção nas regiões frontais do cérebro, possivelmente associada à depleção de dopamina⁷⁶.

Como mencionado, diversas outras condições também causam amnésia retrógrada. Os exemplos aqui mencionados cumprem o propósito de demonstrar que a perda de memória não é causada apenas por acidentes isolados, é uma condição que aflige um número considerável de pessoas. Apesar de ser mais comum ouvir-se falar em alegações de amnésia dissociativa no meio criminal, também é possível que haja casos em que uma pessoa que sofre de alguma das doenças retromencionadas cometa um crime antes do surgimento da doença, ou mesmo que uma pessoa cometa um crime e posteriormente sofra um grave traumatismo craniano. Esses casos são os que serão primordialmente analisados neste trabalho.

2.3 MALINGERED AMNESIA: A VERIFICAÇÃO DA AUTENTICIDADE DA DECLARAÇÃO DE AMNÉSIA RELACIONADA AO CRIME

Apesar, pelo exposto, de haver muitos casos onde o indivíduo acusado de um crime efetivamente sofre uma perda de memória relacionada ao fato – seja ela uma amnésia orgânica ou funcional/dissociativa – certamente existem casos onde os acusados apenas fingem que se esqueceram dos crimes cometidos, justamente para evitar a condenação. Esse fenômeno é conhecido nos países de Common Law como *feigned amnesia* ou *malingered amnesia*, isto é, amnesia fingida ou simulada.

Recentemente, o fenômeno da amnésia simulada tem atraído bastante atenção, no sentido de se buscar verificar a veracidade das alegações de perda de memória em contextos criminais⁷⁷. Parwatikar, Holbomb e Menninger trazem o conceito de amnésia simulada:

A amnésia simulada, como definida pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, envolve “produção voluntária e apresentação de sintomas físicos ou psicológicos falsos ou grosseiramente exagerados. Os sintomas são produzidos em busca de um objetivo que é obviamente reconhecível com uma compreensão das circunstâncias do indivíduo e não de sua psicopatologia”. Sempre que um indivíduo é avaliado em ambientes forenses, os psiquiatras devem considerar a simulação como um possível diagnóstico, pois um paciente pode apresentar

⁷⁵ HAY; MOSCOVITCH; LEVINE, *op. cit.*, p. 1325.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 1333.

⁷⁷ OORSOUW; MERCKELBACH, *op. cit.*, p. 262.

sintomatologia psicótica ou amnésia para evitar ser considerado apto a ser julgado ou escapar da responsabilidade por suas ações.⁷⁸

Há diversos motivos pelos quais um acusado da prática de um crime poderia decidir simular a perda de memória. Em contexto de Common Law, a amnésia pode ocasionar dúvida concreta sobre o envolvimento do acusado no delito em julgamento, pode despertar a simpatia do júri⁷⁹, pode inclusive levar à incompetência para responder ao processo, um instituto sobre o qual se discutirá mais à frente. Ainda, fingir amnésia é uma forma de se utilizar o direito a se manter em silêncio⁸⁰ sem ser necessário elaborar uma mentira detalhada, tarefa muito mais complexa e mais facilmente descoberta.

Apesar, contudo, da simulação de amnésia ser um problema real, partir do pressuposto de que todos os acusados que alegam perda de memória estão mentindo também não é uma opção viável. Há diversas evidências de que pelo menos alguns dos relatos de amnésia criminal são reais. Em casos de amnésia orgânica, é mais fácil comprovar que o esquecimento é genuíno, eis que o indivíduo será diagnosticado com, por exemplo, alguma doença degenerativa cerebral ou grave traumatismo craniano. Contudo, mesmo em casos de amnésia dissociativa é possível demonstrar que o acusado de fato sofreu perda de memória. Em alguns casos, o acusado sequer tem qualquer benefício a ganhar com a simulação. Por exemplo, alguns assassinos admitem sua culpa, mas mantêm um relato de amnésia com relação ao evento criminoso em si⁸¹. Alguns criminosos também alegam lembrar-se de eventos antes e depois do crime, mas negam conseguir recordar a ação violenta em si, um padrão que parece improvável de ser simulado⁸². Além disso, a validade de relatos de amnésia também é demonstrada pela perda de memória após crimes cometidos em legítima defesa.

Psicólogos ou psiquiatras forenses são muitas vezes chamados a emitir pareceres com relação a casos de relatos de amnésia pós-crime. Com essa finalidade, alguns tipos de investigação foram desenvolvidos. Primeiramente, a amnésia simulada é obviamente mais comum entre acusados que são de fato culpados. Além disso, é comum que os simuladores sejam mais propensos a exagerar e relatar sintomas de extrema gravidade, dizendo por exemplo que não se recordam de nada que ocorreu durante as 24h do dia do crime⁸³. Outros padrões ainda podem ajudar a identificar a simulação de amnésia:

⁷⁸ PARWATIKAR; HOLBOMB; MENNINGER, *op. cit.*, p. 97, tradução nossa.

⁷⁹ PORTER, *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁰ OORSOUW ; MERCKELBACH, *op. cit.*, p. 262.

⁸¹ PORTER, *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

⁸² *Ibid.*, p. 12.

⁸³ *Ibid.*, p. 13.

[...] relatos falsos de amnésia em ofensores podem ser revelados por uma descrição de um início muito súbito de amnésia (ao contrário do padrão mais progressivo típico) e baixas classificações em julgamentos de "sensação de saber" (ou seja, quando perguntado se ele(a) pode recuperar a memória em qualquer circunstância, o fingidor tem mais probabilidade de responder negativamente).⁸⁴

Contudo, apesar de tais padrões serem algumas vezes efetivos em identificar o fingimento de perda de memória, eles não foram ainda cientificamente comprovados como eficazes em todos os casos. Um teste mais específico foi criado para tentar identificar simulação de amnésia, o chamado Symptom Validity Test (SVT) – ou teste de validade de sintomas. Esse teste consiste em realizar uma série de perguntas sobre o crime em análise para o acusado que alega amnésia, provendo duas alternativas igualmente plausíveis sobre o ocorrido, sendo uma verdadeira e outra falsa⁸⁵.

A lógica por trás desse teste é que alguém com amnésia orgânica ou dissociativa genuína escolheria aleatoriamente entre as opções corretas e incorretas, o que faria com que ela ao final tivesse um resultado próximo de 50% de acertos. Quando um sujeito, por outro lado, está fingindo amnésia, ele provavelmente irá escolher a resposta errada com mais frequência, tentando demonstrar que não sabe o que aconteceu. Desta forma, alguém que erra uma porcentagem maior que 50% das respostas tem grandes chances de estar apenas simulando a perda de memória⁸⁶. Quando colocado à prova, o Symptom Validity Test mostra resultados promissores:

Jelicic et al. (2004a) fizeram os participantes simularem amnésia para um crime falso (por exemplo, roubar um envelope em um café da biblioteca) e instruíram-nos a imaginar que eram suspeitos em uma investigação criminal. Eles foram instruídos a responder às perguntas do SVT de tal forma que parecia que não se lembravam de estar perto do café. Quarenta por cento de seus participantes tiveram um desempenho abaixo do nível do acaso e, portanto, foram identificados como simuladores. Nenhum dos participantes adivinhou o raciocínio por trás do SVT.⁸⁷

Ainda, outra técnica utilizada para tentar identificar indivíduos simulando amnésia é a chamada sugestão de sintoma. Nessa técnica, características falsas da psicopatologia alegada são fornecidas ao suspeito, ou seja, são mencionados sintomas falsos que ele poderia estar sentindo. Dessa forma, o sujeito que está simulando amnésia poderá alterar seus

⁸⁴ *Ibid.*, p. 13-14, tradução nossa.

⁸⁵ OORSOUW; MERCKELBACH, *op. cit.*, p. 262.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 262.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 262, tradução nossa.

comportamentos subsequentes, incorporando os falsos sintomas ao seu discurso. Nesses casos, a chance de perda de memória ser simulada é grande⁸⁸.

Outro aspecto importante sobre a simulação de amnésia é que existem razões para crer que fingir perda de memória pode ter efeitos concretos sobre a memória genuína. Um estudo realizado por Oorsouw e Merckelbach demonstrou que participantes que são inicialmente instruídos a simular amnésia para um falso crime tem pior memória sobre o crime ao final. Quando este grupo tenta se recordar honestamente do que ocorreu, eles tendem a cometer mais erros sobre o ocorrido, além de se lembrar de menos detalhes do que os participantes do grupo controle, que foram instruídos a responder honestamente durante todo o teste⁸⁹:

Mesmo quando os participantes admitem ter estado perto da cena do crime, mas descrevem os eventos de uma forma que sugere que eles têm dificuldade em lembrar o que realmente aconteceu lá, a verdadeira memória do evento é corrompida. Assim, os relatos dos participantes que simulavam anteriormente são 8% menos completos do que os participantes que disseram a verdade desde o início.⁹⁰

O fato de ser possível realizar um teste que replica o efeito de enfraquecimento da memória demonstra o quão forte esse efeito de fato é. A maioria dos participantes do estudo que foram instruídos a fingir amnésia, inclusive, não foram pegos pelo SVT ao final dos questionamentos⁹¹. Ainda, é possível também demonstrar um efeito contrário: um estudo recente indica que quando participantes são instruídos a mentir sobre um evento que nunca aconteceu, dizendo que aconteceu e que participaram dele, 16% dos participantes depois passam a acreditar que o evento realmente aconteceu. Ou seja, os participantes do estudo acabam por se convencer que a mentira é verdadeira⁹².

Sendo então demonstrado que simular amnésia tem genuínos efeitos de enfraquecimento da memória, processualmente isso implicaria que, para evitar que informações importantes relacionadas ao crime se percam no processo de simulação de amnésia, é importante encorajar o réu a dizer a verdade ou permanecer em silêncio⁹³.

Apesar de todos os caminhos utilizados recentemente para buscar identificar uma forma de garantir que as alegações de amnésia no meio criminal são verdadeiras, ainda não há uma fórmula eficaz em todos os casos. Justamente por isso, na maioria dos estudos sobre

⁸⁸ PORTER, *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁹ OORSOUW; MERCKELBACH, *op. cit.*, p. 263.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 267, tradução nossa.

⁹¹ *Ibid.*, p. 267.

⁹² *Ibid.*, p. 263.

⁹³ *Ibid.*, p. 263.

amnésia, a perda de memória é considerada genuína apenas se tiver uma base orgânica. Possíveis bases psicogênicas raramente são consideradas como evidência suficiente para aceitar a suposta amnésia como genuína⁹⁴. Em virtude do exposto, o presente estudo manterá seu foco em casos de amnésia orgânica, facilmente comprovada. Adianta-se, contudo, que as conclusões aqui alcançadas também podem ser utilizadas para casos de amnésia dissociativa, sendo que nesses casos o grande problema é apenas a demonstração da efetiva perda de memória.

⁹⁴ PARWATIKAR; HOLBOMB; MENNINGER, *op. cit.*, p. 97.

3 POR QUE PUNIR? ANÁLISE DAS TEORIAS DA PENA APLICADAS AO PROBLEMA DA PERDA DE MEMÓRIA

Todos aqueles que se enveredam pela teoria e prática do direito penal são confrontados com uma pergunta que se mostra basilar a todo o sistema que se estrutura à sua volta: por que punir? Ou, mais especificamente, quais seriam as finalidades da pena?

Sabe-se que a opinião popular na conjuntura atual clama apenas pelo recrudescimento da aplicação do direito penal, com penas mais longas e mais frequentes. Afirma-se que o Estado pouco faz para combater a criminalidade, que é demasiado leniente com aqueles que cometem delitos, que as vítimas não recebem a justiça pelo que sofreram⁹⁵. Tais afirmativas se esquivam por completo da questão da finalidade da pena:

Entre a demanda subjetiva por punição e a verdadeira eficácia da pena existe um fosso semelhante ao que há entre a real ameaça representada pela criminalidade e o medo subjetivo que ela provoca. Apesar de todas as evidências de que a pena é eficaz em muitos sentidos, porém muito pouco eficaz na busca da diminuição ou eliminação da criminalidade, a confiança na pena permanece virulenta e persistente. Tem-se quase a impressão de que à demanda por punição não importa a contradição entre os supostos e os verdadeiros efeitos da pena, ou mesmo efeitos de qualquer tipo, insistindo apenas na sua mera satisfação, por meio da execução da pena.⁹⁶

Contudo, a pergunta de qual a finalidade da pena trata de legitimação, fundamentação, propósito. Não há como se aplicar qualquer sanção a um indivíduo que cometeu um ato delituoso se não houver resposta a esse simples questionamento que concederá legitimidade à punição. A resposta a essa questão determina o propósito do direito penal, o objetivo a ser através dele alcançado. É partindo da resposta a essa pergunta que se forma o sistema penal, e é a partir dessa base que se determinará se o modo de aplicação das penas está sendo apto a alcançar a finalidade buscada.

É possível, portanto, afirmar que a questão da finalidade da pena é anterior a qualquer outra análise dos fundamentos do Direito Penal, pois esse não existe sem algo que lhe dê razão de ser. Justamente por isso, ainda hoje, nos meios acadêmicos, trata-se ativamente da teoria da pena, sendo que diversas teorias foram utilizadas, ao longo do tempo, para tentar demonstrar a finalidade da aplicação da pena criminal.

⁹⁵ GÜNTHER, K. Crítica da pena I. *Revista Direito GV*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 187-204, jul./dez. 2006. p. 187.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 189.

Em verdade, algumas teorias discordam de qualquer finalidade positiva que possa ser atribuída ao direito penal, defendendo, portanto, a sua extinção. Tais são as teorias abolicionistas. Em contraste, têm-se as teorias que são chamadas justificacionistas, ou seja, que visam justificar o direito penal⁹⁷. Essas teorias podem ser divididas em absolutas e relativas:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.⁹⁸

Assim, as teorias absolutas encontram a finalidade da pena na retribuição, na expiação do crime, na compensação de uma injustiça cometida. Por outro lado, as teorias utilitaristas atribuem à pena uma finalidade preventiva. Há ainda correntes dentro das teorias absolutas e relativas. As teorias absolutas são subdivididas de acordo com o valor moral ou jurídico atribuído à retribuição penal⁹⁹. Já as doutrinas utilitárias são divididas entre teorias da prevenção geral negativa, teorias da prevenção geral positiva, teorias da prevenção especial negativa e teorias da prevenção especial positiva. As teorias da prevenção especial atribuem a finalidade preventiva à própria pessoa que cometeu o delito, enquanto as teorias da prevenção geral buscam prevenir a prática de crimes na sociedade em geral¹⁰⁰.

Resumidamente, pois serão ainda abordadas em detalhes todas as teorias expostas, as mais famosas teorias da pena atribuem a esta objetivos preventivos em diversos aspectos. Nas palavras de Günther, sobre a pena¹⁰¹:

ela deve desencorajar possíveis futuros autores de ilícitos penais a colocar seus planos em prática (prevenção geral negativa); ela deve impressionar o delinqüente de maneira tão negativa, que na situação de iminente reincidência ele, por medo, deixe de praticar o ilícito penal planejado (prevenção especial negativa); ela deve estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e desse modo levá-lo a uma vida de respeito à lei (prevenção especial positiva); e ela deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade, para que cidadãos respeitadores da lei não se sintam fraudados em seus bons motivos, quando obrigados a presenciar a situação em que alguém se deixa levar por seus maus motivos (prevenção geral positiva). Enquanto a retribuição se esgota com a reparação da injustiça passada e não persegue nenhum outro objetivo além desse (teoria penal absoluta), as teorias preventivas reivindicam a vinculação da pena a objetivos racionalmente controláveis (teorias penais relativas).

⁹⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 204.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 204.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 204.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 204.

¹⁰¹ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 190.

Cumpram ainda destacar que, recentemente, muitas teorias surgem que buscam utilizar os enunciados das teorias utilitárias acima expostas de forma aglutinada, criando as chamadas teorias mistas. Assim, nos dias atuais, não são comuns novos discursos legitimantes, mas sim novas combinações e formulações dos tradicionais¹⁰². O próprio Código Penal Brasileiro é exemplo desse fenômeno, quando, em seu artigo 59, dita que a pena será estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”¹⁰³. Ao estabelecer que a pena deve reprovar e prevenir o crime, o legislador brasileiro utilizou-se das teorias da prevenção geral e das teorias da prevenção especial negativa. A teoria da prevenção especial positiva, por outro lado, está presente na Lei de Execução Penal, que já em seu artigo 1º afirma que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”¹⁰⁴.

Na prática, tais teorias mistas acabam por justificar qualquer decisão que seja tomada pelo juiz, eis que é possível utilizar de qualquer justificativa para a pena que se encaixe no caso prático. Ainda, a tentativa de aplicar mais de uma delas em conjunto acaba gerando contradições, que causam ausência de legitimação sobre a pena. Sobre esse tema, a lição de Zaffaroni et al., é clara:

De sua visão conjunta, resulta uma clara disparidade – que nunca é de detalhe, mas dos próprios fundamentos – razão pela qual dá lugar a construções diversas e completamente incompatíveis. Isso evidencia escassa solidez fundamentadora e crise permanente no discurso. Na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem “racionalizar” qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que são apresentados. Um direito penal elaborado dogmaticamente, mas que termina em uma prática tópica (porque permite que o operador escolha primeiro a decisão e, depois, procure o fundamento), exhibe o descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade.¹⁰⁵

3.1 JUSTIFICACIONISMO RETRIBUTIVISTA

As teorias do Justificacionismo retributivista, também chamadas de teorias absolutas, encontram o fundamento da pena exclusivamente no delito. Para essas teorias, não há que se

¹⁰² ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Direito penal brasileiro - I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114.

¹⁰³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código de Processo Penal. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

¹⁰⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código de Processo Penal. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

¹⁰⁵ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 114.

falar em finalidade preventiva da pena, redução da criminalidade, ressocialização do indivíduo, etc:

Para os partidários das teorias absolutas da pena, qualquer tentativa de justificá-la por seus fins preventivos (razões utilitárias) - como propunham, por exemplo, os penalistas da ilustração - implica afronta à dignidade humana do delinqüente, já que este seria utilizado como instrumento para a consecução de fins sociais. Isso significa que a pena se justifica em termos jurídicos exclusivamente pela retribuição, sendo livre de toda consideração relativa a seus fins (pena absoluta ab effectu).¹⁰⁶

Desta forma, a finalidade da pena se esgota com a retribuição do crime cometido, não importando se houve quaisquer consequências preventivas. A pena é, portanto, para os adeptos do retributivismo, apenas a compensação do mal praticado pelo agente criminoso, uma forma de expiação¹⁰⁷ baseada em conceitos *a priori* de bem e mal. Percebe-se claramente a influência da lei de talião nas teorias absolutas, que buscam responder o mal com o mal¹⁰⁸. A pena seria então como um castigo a aquele que delinuiu, sendo possível traçar um paralelo entre o crime e o pecado: o agente se sujeita à punição por ter agido em desconformidade com o que é dogmaticamente certo.

Os dois maiores expoentes das teorias absolutas da pena foram Kant e Hegel. Kant busca uma justificação para a pena de ordem ética, ou seja, a pena teria seu fundamento na moral que foi violada pelo autor do delito. Tal ideia é desenvolvida com base no imperativo categórico. Já para Hegel, a justificação da pena seria de ordem jurídica, ou seja, deveria ser aplicado um mal ao autor do delito como negação da sua violação ao direito, reestabelecendo assim a lei violada¹⁰⁹:

A teoria de Hegel tem em comum com a de Kant a idéia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade. Pode-se dizer que o pensamento de Hegel continua tendo certa influência na atualidade (v.g., Jakobs), mas convém lembrar que a “função repressiva da pena não mais é vista como retribuição pelo fato, mas sim como compensação da culpabilidade (Schuldausgleich), e como expiação (Sühne)”.¹¹⁰

¹⁰⁶ PRADO, L. R. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Ciências Penais**, [S. l.], v. 0, p. 1-12, jan. 2004. p. 2.

¹⁰⁷ CARMONA, P. A. C.; CARMONA, F. N. de C. C. Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 114-126, abr. 2018. p. 117.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 205.

¹¹⁰ PRADO, *op. cit.*, p. 2.

Conforme a teoria da retribuição ética ou moral de Kant, portanto, a aplicação da pena decorre de uma violação à ordem ética, baseada em um conceito absoluto de justiça. Aqui, fica claro o uso do imperativo categórico, que dita ser justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais. Com base nesta formulação, a punição seria advinda da quebra desta máxima: o sujeito, ao cometer o delito, violou a liberdade de outrem, de forma que tal injustiça deve ser remediada.

Assim, pelo exposto acima, não se poderia considerar qualquer finalidade quando da aplicação da pena que não fosse aquela de retribuir a violação moral cometida. Kant introduz, nesse sentido, o conceito de que nenhum homem pode ser utilizado como meio para alcançar um fim que não em si mesmo, eis que isso consistiria em uma violação a sua personalidade:

a pena judicial (*poena forensis*), distinta da natural (*poena naturalis*), pela que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão-somente porque delinqüiu; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos de direito real (*Sachenrecht*); diante disso, protege-se sua personalidade inata, ainda que possa ser condenado a perder a personalidade civil. Antes de se pensar em tirar dessa pena algum proveito para si mesmo ou para seus concidadãos deve ter sido julgado como merecedor de punição. A lei penal é um imperativo categórico (...).¹¹¹

Desta forma, qualquer teoria da pena que encontre sua finalidade no utilitarismo social seria, para Kant, eticamente proibida, pois estar-se-ia usando o homem como uma coisa instrumentalizada¹¹². Esta crítica é, até hoje, levantada contra as formulações da finalidade preventiva da pena, ao que voltar-se-á mais adiante.

Diferentemente da concepção kantiana, a teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel considera a pena como a negação da negação do direito, ou seja, é o reestabelecer a ordem jurídica violada pelo ato criminoso. Justamente por ser uma resposta a um ato violador cometido, a pena deveria ser estritamente proporcional ao crime em intensidade, eis que somente assim poderia ser criada uma reação igual e contrária, fazendo que o ordenamento voltasse ao seu estado de equilíbrio:

¹¹¹ KANT, I. **La metafísica de las costumbres**. Tradução: Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999. p. 166-167.

¹¹² BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral arts. 1 a 120**. 27. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 155.

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito¹¹³. (...) a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.¹¹⁴

Desta forma, ao decidir por cometer um ato contrário à ordem jurídica vigente, o autor do delito agiu contra a vontade geral – que legitima o direito – abrindo-se à punição subsequente que visa restabelecer o direito lesado. Pode-se perceber que a teoria da pena defendida por Hegel aplica seu método dialético, de tese, antítese e síntese. A tese seria o direito posto, sendo o crime a antítese, ao negar tal direito. A pena representa, então, a síntese, a negação da negação do direito¹¹⁵.

Apesar da autoridade de Kant e Hegel, as versões absolutas da teoria da pena não se sustentam, sendo possível delinear múltiplas críticas a seu respeito. A primeira crítica que se apresenta é a mais basilar de todas: as doutrinas da retribuição pressupõem a necessidade da pena, ao invés de fundamentá-la¹¹⁶. Desta forma, as teorias absolutas da pena não alcançam o objetivo de delimitar quais são os motivos para as proibições penais ou para as punições penais, aceitando-as como imposições incontestáveis. Nos dizeres de Ferrajoli:

Tal afirmação vem confirmada pelo fato de que as doutrinas retributivistas não conseguem fornecer uma resposta (e nem mesmo a formulam) à pergunta “por que proibir?”, que constituiu pressuposto lógico daquela do “porquê punir?”. Com efeito, tanto para as doutrinas da retribuição moral como para aquelas da retribuição jurídica, as proibições penais, ladeadas pelas penas, possuem fundamento em si próprias, vale dizer, no desvalor ético ou quando menos metajurídico conferido por aquelas ao delito em si (prohibitum quia peccatum) e por estas à violação do dever e obediência às leis (peccatum quia prohibitum).¹¹⁷

Através da primeira crítica acima exposta, revela-se outra. Ao considerar que a pena possui fundamento em si própria, as doutrinas não conseguem fugir à confusão entre direito e moral, ou entre validade e justiça. As penas seriam então aplicadas porque existentes, ausente qualquer finalidade a ser alcançada com sua imposição:

¹¹³ HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976. p. 95.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 98-99.

¹¹⁵ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁶ MARCÃO, R. F.; MARCON, B. Rediscutindo os fins da pena. **Biblioteca Universitária UFSC**, Santa Catarina, 2003. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/rediscutindo.html>. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹¹⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 208.

A confusão é explícita nas concepções da pena enquanto “retribuição ética”, que lhe atribuem diretamente um valor moral correspondente ao desvalor moral ontologicamente associado ao delito. Entretanto, é implícita também nas doutrinas que consideram a pena uma “retribuição jurídica”, as quais, conferindo valor ético, antes mesmo que às penas, à ordem jurídica que as mesmas deveriam reintegrar, equivalem a uma legitimação moral ainda mais apriorística e incondicionada daquelas. No primeiro caso, aliás, a confusão sob a forma de moralismo ou substancialismo jurídico, segundo o velho esquema jusnaturalístico, e, no segundo, como legalismo ou formalismo ético, em razão daquela perversão ideológica e autoritária do positivismo jurídico segundo o qual o direito se autojustifica, bastando para tanto a sua forma e a sua fonte, independentemente do seu conteúdo.¹¹⁸

Em decorrência do exposto, percebe-se também que as teorias absolutas, ao atribuir à sanção penal apenas a finalidade de retribuir o mal causado pelo autor do crime, não poderá rechaçar sistemas penais máximos, sendo inclusive compatíveis com penas corporais ou pena de morte. Isso porque, já que a pena deverá retribuir o mal causado, que muitas vezes sequer é quantificável, abre-se espaços para a conversão desse mal em penas desnecessariamente intensas. Ainda, em casos de crimes contra a vida, por certo a retribuição proporcional apenas poderia ser a pena capital. Percebe-se, portanto, que as doutrinas retribucionistas não possuem espaço em um sistema penal moderno, eis que se revelam inaptas a enfrentar as críticas mais basilares.

Em verdade, ao se tratar de um ordenamento jurídico que separa o direito da moral, as teorias absolutas sequer seriam capazes de oferecer qualquer contra-argumento ao abolicionismo penal:

Supérfluo acrescentar que referidas doutrinas não conseguem ofertar qualquer réplica às doutrinas abolicionistas: se o único objetivo da pena fosse a troca do mal com o mal, ou uma espécie de “talião” ou de “vingança espiritualizada”, isto certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento não dominado por crenças supersticiosas.¹¹⁹

3.2 JUSTIFICACIONISMO UTILITARISTA

Ao contrário das teorias absolutas ou retributivistas da pena, as teorias relativas não consideram a pena como fim em si mesmo, atribuindo às sanções penais o objetivo preventivo, ou seja, a finalidade da pena passa a ser evitar a prática de delitos futuros. Justamente por isso as teorias relativas são também conhecidas como teorias utilitárias, eis que justificam a pena através de uma utilidade social¹²⁰, a de reduzir a criminalidade futura.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 208.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 208.

¹²⁰ PRADO, *op. cit.*, p. 3.

Para as teorias utilitárias, a pena por certo permanece sendo considerada um mal. Contudo, este mal é utilizado como instrumento político-criminal¹²¹, não mais voltado a retribuir o mal causado pelo autor do crime ou restabelecer a ordem jurídica violada, mas para alcançar uma finalidade em prol de toda a sociedade. Em casos, portanto, em que não seja possível alcançar qualquer fim preventivo com a condenação, a pena não poderá ser imposta, por estar ausente sua legitimação social¹²².

A partir desta base comum, que considera a finalidade preventiva da pena, quatro grandes teorias foram identificadas, dividindo seu foco entre o indivíduo criminoso, a sociedade como um todo, a correção ou a intimidação:

Com efeito, as quatro finalidades preventivas comumente indicadas pelo utilitarismo penal como justificações da pena, quais sejam a emenda ou correção do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir todos os outros de imita-lo por meio exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o consequente reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados dizem respeito somente à prevenção dos delitos.¹²³

Pode-se perceber, da breve análise feita por Ferrajoli, que as teorias da prevenção podem ser divididas entre aquelas de prevenção geral¹²⁴, ou seja, que têm como destinatários a sociedade como um todo, ou de prevenção especial¹²⁵, aquelas que dedicam sua finalidade à pessoa do autor do delito. Ainda, essas duas correntes se subdividem em positivas e negativas, a depender da natureza das prestações da pena¹²⁶.

A primeira das correntes, da prevenção geral negativa, estabelece a pena como forma de intimidação das demais pessoas através do sofrimento causado ao autor do crime. Desta

¹²¹ SULIANI, P. R. **Princípios limitadores da prevenção especial positiva da pena privativa de liberdade**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 73.

¹²² *Ibid.*, p. 77.

¹²³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 212.

¹²⁴ De outro modo, a concepção *preventiva geral* da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido, representa um avanço. Cf. PRADO, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁵ A *prevenção especial*, a seu turno, consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, para evitar que volte a delinqüir no futuro. Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a idéia de prevenção especial refere-se ao delinqüente em si, concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinqüente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção. Cf. *Ibid.*, p. 5.

¹²⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 212.

forma, a sanção teria como finalidade a coação psicológica da sociedade como um todo, de modo a desincentivar a prática de delitos por meio da ameaça penal. Essa teoria, portanto, parte do pressuposto que o exemplo de sofrimento do indivíduo delinquente será suficiente para dissuadir outros da prática de delitos.

A teoria da prevenção geral positiva também tem como destinatário a sociedade como um todo, em detrimento do autor do crime. Contudo, diferentemente da teoria negativa, ela não visa desincentivar a prática de crimes pelo medo da punição subsequente, mas sim utilizar a pena como modo de demonstrar para a sociedade que a ordem constituída está sendo enforçada. Nesse sentido, a pena serviria para reforçar o sentimento de confiança no ordenamento jurídico nos indivíduos não transgressores, incentivando o comportamento adequado às normas.

Por outro lado, as teorias da prevenção especial trazem como destinatários a pessoa do autor do delito. As teorias da prevenção especial negativa, também conhecidas como teorias da incapacitação¹²⁷, visam neutralizar o criminoso através de sua punição, para que, afastado da sociedade, seja impedido de delinquir novamente. Ademais, através de sua punição, o autor de um ato delituoso se sentiria desincentivado a voltar a delinquir posteriormente, eis que ficaria com medo de voltar ao cumprimento de pena. Esta teoria, portanto, tem como foco evitar a reincidência criminal.

Por fim, a teoria da prevenção especial positiva, também conhecidas como teorias da correção, encontram a finalidade da pena em ressocializar o réu, corrigir seu comportamento desviante, ensinando-o a agir em conformidade com as leis. Essa teoria, portanto, parte do pressuposto que o cárcere é o ambiente adequado a reeducar o indivíduo, que deve ser moldado de acordo com o ordenamento vigente.

Em todas as teorias acima introduzidas, é perfeitamente visível a finalidade preventiva, no sentido de que todas elas visam evitar o cometimento posterior de crimes pelo próprio condenado ou pelos demais membros da sociedade. Essa finalidade utilitária voltada para a maioria traz riscos, eis que são compatíveis com modelos de direito penal máximo. Isso porque, se a finalidade das penas é evitar que novos crimes sejam cometidos, sanções cada vez mais longas e mais dolorosas serão dificilmente evitadas. Ademais, a maior parte das doutrinas utilitárias, especialmente aquelas voltadas à prevenção geral, são abertas à objeção moral de Kant, que dita que nenhum homem deve ser usado como meio para um fim que não é seu¹²⁸.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 212.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 213.

Nos próximos tópicos, serão analisadas a fundo e criticadas cada uma das teorias acima descritas. Ademais, serão apresentadas teorias mais recentes sobre a finalidade da pena, de modo a trazer o debate para perspectivas atuais e criticar também a forma como hoje vem sendo tratada a questão de “por que punir?”.

3.2.1 A prevenção geral negativa

A teoria da prevenção geral negativa, conforme previamente mencionado, é aquela que estabelece a pena como forma de intimidação da sociedade como um todo, para que os demais indivíduos não venham a delinquir. Essa teoria, portanto, tem como pressuposto o fato que outras pessoas que se sentem inclinadas a cometer um crime deixariam de fazê-lo em virtude da ameaça penal. Para que este objetivo dissuasório seja alcançado, deve-se tipificar os comportamentos que são considerados como delitos, de forma a demonstrar aos membros da sociedade as ações que lhes são proibidas, e, quando um indivíduo praticar um desses comportamentos, deverá ser efetivamente punido, para que a ameaça se concretize¹²⁹.

De acordo com Ferrajoli, as teorias da intimidação possuem um mérito que as distingue das demais teorias da pena, qual seja, elas não confundem o direito com a moral, ou, pelo menos, permanecem neutras quanto a isso¹³⁰. Isso porque, como será mais detalhadamente explicado a diante, essas teorias não possuem como enfoco a personalidade do indivíduo criminoso, nem a obediência às leis valorizadas aprioristicamente.

Seguindo a linha inicial de raciocínio, é possível distinguir dois subgrupos das teorias da prevenção geral negativa: o primeiro seriam as doutrinas que encontram a base da intimidação no exemplo fornecido pela aplicação da pena posterior à condenação, e o segundo seriam as doutrinas da intimidação que se baseia apenas na ameaça contida na lei penal, independentemente de sua aplicação no caso concreto.

A partir da subclassificação acima mencionada, portanto, analisar-se-á primeiramente as doutrinas da prevenção geral negativa da função exemplar. Em um segundo momento, discutir-se-á sobre as doutrinas da intimidação pela mera ameaça penal. Por fim, realizar-se-ão considerações gerais que são comuns às duas vertentes.

No que se refere à teoria da função exemplar, por certo esta é, dentre todas as teorias preventivas, aquela que mais facilmente se enquadra na já mencionada objeção moral kantiana

¹²⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 162.

¹³⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 222.

de que nenhum homem pode ser usado como meio para fins estranhos a ele¹³¹. Isso porque toda a base da teoria da prevenção por meio do exemplo trata de utilizar o sofrimento de um indivíduo para alcançar a finalidade de que os demais membros da sociedade não venham a delinquir no futuro. Tal finalidade é, portanto, completamente alheia próprio indivíduo punido, o que não é aceitável em um sistema penal garantista.

Ademais, através de tal concepção da finalidade da pena, a criminalização assumiria uma função despida de toda consideração ética¹³², e extremamente suscetível a legitimar sanções penais desproporcionalmente severas. Partindo de uma finalidade exemplar da pena, que visa apenas dissuadir os demais de praticar crimes, nada se pode argumentar contra penas cada vez mais aflitivas, pois essas seriam, com certeza, as mais desmotivantes para os demais membros que se sentem inclinados ao crime. Desta forma, penas privativas de liberdade extremamente longas ou mesmo penas cruéis, tortura ou morte poderiam ser justificadas. Ao se colocar de lado a relação de proporcionalidade entre o fato e a pena aplicada, nada protegeria o indivíduo contra os excessos punitivos do Estado. E mais, diante dessa finalidade exemplar, pode-se chegar ao extremo de punir um indivíduo inocente apenas para que não se permita que o exemplo seja dado de que um crime pode fugir à represália estatal.

Ainda, não é possível com base em tal teoria justificar as garantias processuais ao indivíduo, eis que esse sistema partiria sempre do pressuposto de que é mais vantajoso punir uma pessoa inocente do que deixar de punir uma pessoa culpada. Nas palavras de Ferrajoli:

Mesmo sem chegar a estes extremos, seguramente não compartilhados pela maior parte dos seus seguidores, é claro que tal doutrina da pena é virtualmente solidária com modelos substancialistas de direito penal ilimitado e com esquemas de processo que excluem as garantias da defesa, em particular o princípio do in dubio pro réu. Acrescento que uma prática penal orientada pela função deterrente da imposição e não da ameaça da pena pode efetivar-se em punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas ou o alarme social, em relação aos quais o condenado é destinado a servir como “bode expiatório”. Com efeito, o seu princípio inspirador é aquele de que “os fins justificam os meios”, oposto àquele da visão Kantiana e característico da ação política de Maquiavel em diante, constituindo o seu êxito prático na submissão das razões jurídicas às razões políticas ou de Estado, que, como adverte Gustav Radbruch, resolvem-se sempre no “terrorismo penal”.¹³³

¹³¹ [U]ma pena fundada exclusivamente na prevenção geral infringe o princípio de dignidade da pessoa humana, uma vez que utiliza o indivíduo como *meio* para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia. Cf. PRADO, *op. cit.*, p. 5.

¹³² ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 117.

¹³³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 223.

A teoria da prevenção geral negativa pela ameaça da pena¹³⁴, por outro lado, foge à ausência de limite punitivo da teoria intimidatória da função exemplar. Ao não estabelecer a função dissuasória do direito penal no exemplo do sofrimento do indivíduo apenado, mas sim na ameaça da pena em si, essa teoria afasta, por exemplo, a possibilidade de punir-se um inocente¹³⁵. Contudo, apesar de tal êxito, esta teoria acaba por ser trivial, eis que apenas afirma que a proibição legal de realizar determinada conduta possui o efeito de dissuadir os indivíduos de realiza-la. Tal é a função de todas as normas e disposições legais, não somente no âmbito do direito penal: todas as normas visam a ou incentivar ou desincentivar a realização de condutas pelos membros da sociedade que regem¹³⁶. Nas palavras de Ferrajoli:

Sob este aspecto a pena tem a mesma função preventiva de qualquer efeito normativamente disposto como consequência de um ato jurídico, vale dizer, efeitos incentivadores (como por exemplo, a aquisição de direitos ou de poderes), predispostos em relação aos atos prescritos ou permitidos, com o fim de persuadir o cometimento dos mesmos ou de dissuadir a sua não realização, bem como efeitos desincentivadores (como, em geral, todas as sanções), predispostos para os atos vetados, com a finalidade de dissuadir-lhes o consentimento ou de persuadir-lhes a omissão. Precisamente, podemos dizer, a pena nada mais é do que o efeito (desincentivador) estabelecido, pela lei penal para dissuadir a sua própria infração, ou, ainda, garantir –lhe a eficácia, não diverso, entretanto, de qualquer outro tipo de efeito jurídico, cuja previsão por parte de uma norma primária possui sempre o objetivo de assegurar a eficácia da norma secundária que disciplina o ato ao qual aquele é imputado.¹³⁷

As teorias da prevenção geral negativa acumulam, como se percebe, muitas críticas¹³⁸. Uma das falhas mais relevantes dessas doutrinas é que elas não justificam as proibições em si, apenas as consequências das punições conforme elas já estão postas. Não é definido o âmbito do punível, apenas é indicado que diante de alguns comportamentos, deverá ser aplicada sanção

¹³⁴ Esta é a concepção da finalidade da pena elaborada por Anselm Feuerbach, Giandomenico Romagnosi, Francesco Maria pagano e por Arthur Schopenhauer, substancialmente recepcionada por Carmignani, Carrara, bem como por tantos outros juristas que a estes sucederam. Cf. *Ibid.*, p. 223.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 223.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 223.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 223.

¹³⁸ Roxin resume de forma clara as principais críticas à teoria da prevenção geral negativa: “Em primeiro lugar, permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. A doutrina de prevenção geral partilha com as doutrinas da retribuição e da correção esta debilidade, ou seja, permanece por esclarecer o âmbito do criminalmente punível. A ela se acrescenta uma ulterior objeção: assim como na concepção da prevenção especial não é delimitável a duração do tratamento terapêutico-social, podendo no caso concreto ultrapassar a medida do defensável numa ordem jurídico-liberal, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível. Outro argumento reside no fato de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Por fim, uma última objeção: Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal”. Cf. ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986. p. 19-20.

penal para evitar que eles se repitam. Percebe-se, portanto, que a teoria se esquivava a responder à pergunta de quais comportamentos devem então ser proibidos. Feijoo Sánchez, ao tratar da teoria da prevenção geral negativa, identifica a presente crítica a partir do fato de que tal teoria “somente se ocupa do cumprimento da legalidade mediante coação, sem levar em consideração o problema da legitimidade”¹³⁹. No mesmo sentido, Ferrajoli traduz esse problema como a ausência de resposta para a pergunta “por que punir?”, sendo apenas identificado o questionamento “quando punir?”¹⁴⁰:

Mas, enquanto as doutrinas retributivistas podem satisfazer-se com as respostas “quia peccatum” ou “quia prohibitum”, vez que confundem direito e moral, associando um desvalor ético-jurídico intrínseco ao peccatum e ao prohibitum, as doutrinas utilitaristas da prevenção geral deixam o problema simplesmente sem resposta, não sendo capazes, nem mesmo se integradas por uma doutrina acerca dos bens jurídicos protegidos pelas proibições, de pesar e delimitar os custos das punições, heterogêneos em relação a estas.

A crítica mais grave permanece sendo, contudo, a ausência de limites à gravidade das punições para essas teorias¹⁴¹. Como é impossível que se impeça de forma absoluta a criminalidade, independente da sanção prevista para os delitos, essas deveriam se tornar cada vez mais aflitivas, em busca de uma sanção tão terrível que fosse realmente efetiva em dissuadir os possíveis autores de crimes. Nesse contexto, a pena para todos os crimes acabaria sendo, necessariamente, a pena de morte, não porque efetiva, mas porque não haveria sanção ainda mais grave¹⁴².

É interessante notar, por outra perspectiva, que a teoria em questão poderia levar à conclusão de que os delitos mais frequentes deveriam ser aqueles com as penas mais intensas, justamente pela intensidade da necessidade de prevenir sua prática¹⁴³. Os delitos mais raros, por outro lado, ainda que mais graves, não necessitariam de uma punição tão severa, pois não seriam tantas as pessoas que se sentiriam inclinadas a cometê-los. Desta forma, o delito de furto, por exemplo, deveria ser punido de forma mais gravosa que o delito de homicídio, menos frequente. Nesse sentido:

¹³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. **Retribución y prevención general**: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 146.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 225.

¹⁴¹ A consequência mais grave é que tais doutrinas, por mais idôneas que sejam em assegurar limitações garantistas internas à função penal, não asseguram à mesma nem critérios de justiça nem limitações externas que lhe contenham a tendência ao direito penal máximo. Com efeito, o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva. Cf. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 225.

¹⁴² ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴³ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

Por outro lado, a pena dissuade por intimidação (medo): o grau de dor que deve ser causada a uma pessoa, para que outra sinta medo, não depende daquele que a sofre, mas sim da capacidade de ser atemorizada da outra. Por isso, deveriam as penas ser aumentadas na razão direta da frequência dos fatos pelos quais são impostas e vice-versa. A pena não manteria qualquer relação com o conteúdo injusto do fato praticado, mas sim sua medida dependeria de fatos alheios.¹⁴⁴

Todo o acima exposto deixa explícito que a finalidade intimidatória da pena não é suficiente como critério de limitação das penas, que tenderiam sempre ao recrudescimento. Tal visão é, prescindindo de maiores explicações, contrária a qualquer sistema penal que se pretenda mínimo e garantista¹⁴⁵.

É visível, ainda, que tal finalidade de prevenção negativa geral da pena, se levada a seu grau máximo, deixa de enxergar o delito como um conflito gerado pelo dano causado por um indivíduo a outro, e passa a ser entendido como apenas uma infração formal de um único direito, aquele do Estado de que suas normas sejam obedecidas¹⁴⁶. O que é colocado em foco, pelas teorias da prevenção geral negativa, é justamente o valor da ordem jurídica e social, que deve ser obedecida, como já mencionado acima, apenas por ser a ordem vigente. A finalidade preventiva retira, portanto, a essência do delito como lesão a um bem jurídico alheio, transformando-a em um atentado contra o direito e contra a moral imposta pelo Estado. Em consequência, o fim da prevenção geral de delitos pode facilmente se transformar naquele da prevenção especial, que visa homogeneizar os comportamentos e, em última análise, a forma de pensar de todos os indivíduos, contrário, portanto, ao pluralismo que é intrínseco a um estado de direito¹⁴⁷.

Ao aceitar a perspectiva também de prevenção especial que é adjacente à prevenção geral, seriam também facilmente justificadas medidas penais que não se relacionam, diretamente, com um crime cometido. Ferrajoli¹⁴⁸ traduz essa possibilidade demonstrando que, uma vez que se justifica a ameaça e a imposição de pena como meio dissuasório da prática de delitos, também se justificariam a ameaça de medidas de prevenção para indivíduos que, por qualquer razão minimamente explicada, parecem ser suspeitos ou perigosos:

Os modernos seguidores da doutrina de prevenção geral através da ameaça da pena, não acaso, não apenas justificam sem dificuldades todas as várias medidas extrapenais – cautelares, de prevenção, de segurança e similares --- introduzidas em acréscimo às penas pela cultura positivista, como também, em muitos casos, retrocedendo na esteira de Liszt aos modelos justificativos polivalentes sustentados antes de Feuerbach e de Romagnosi, indicam como objetivos ulteriores e acessórios da pena a correção e a

¹⁴⁴ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴⁶ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 121.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 225-226.

neutralização, com estas justificando, além das medidas extrapenais, também os tratamentos individualizados empregados na execução penal.¹⁴⁹

Uma outra crítica à teoria da prevenção geral negativa é que ela presume que a pena efetivamente consegue dissuadir, por meio de sua ameaça, os indivíduos da prática criminosa. Zaffaroni et al., ao tratar dessa problemática, ressalta que essa presunção se baseia em uma concepção mecânico-racional do homem¹⁵⁰, como se este realizasse, a todo o tempo, uma comparação custo-benefício de seu comportamento¹⁵¹. Tal lógica, contudo, pressupõe um homem racional sob coação psíquica, que o levaria a acreditar não valer a pena cometer o delito que visava cometer¹⁵². Aqui verifica-se o problema demonstrativo, eis que é impossível comprovar empiricamente o agir racional do homem. Justamente por ser inverificável se o homem realmente deixa de cometer delitos em virtude do medo de uma sanção criminal, a teoria intimidatória assume como sua finalidade e, conseqüentemente, como sua legitimação, uma premissa incomprovada. Tal premissa também não supera a crítica de que uma mesma ameaça penal afeta diferentes indivíduos de formas diferentes, podendo ser igualmente eficiente na dissuasão de um potencial criminoso e não de outro. Voltar-se-á a esse ponto mais à frente.

A premissa intimidatória se afunda ainda mais quando considerada a realidade social de sua aplicação. Considerando a orientação seletiva da criminalização secundária¹⁵³, que age quase que exclusivamente sobre crimes toscos – assim considerados aqueles realizados sem grande planejamento ou cuidado na execução – e cometidos por indivíduos que não possuem acesso ao poder político e econômico¹⁵⁴, sabe-se que a ameaça penal não é de forma alguma eficiente para membros da sociedade que não se enquadram no estereótipo desvalorado daí advindo. Nas palavras de Zaffaroni et al.¹⁵⁵:

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁵⁰ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵¹ “Na base dessa antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação de modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo”. Cf. *Ibid.*, p. 117.

¹⁵² LOPEZ, A. T. El sustracto antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (separata)**, Madrid, n. 11, p. 667-678, 1986. p. 675.

¹⁵³ Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...] a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo [...] no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização). Cf. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 46.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 117.

A partir da realidade social, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinquência criminalizada, isto é, quanto aos delitos com finalidade lucrativa, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. Portanto, o argumento dissuasório destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer. Não obstante, nem mesmo isso seria verdadeiro, porque, inclusive entre pessoas vulneráveis e relativamente a seus próprios delitos, a criminalização secundária é igualmente seletiva, brincando de modo inverso com a habilidade. Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

Desta forma, o efeito de ameaça penal não se aplica sobre indivíduos que não se encaixam na seleção criminalizante, os chamados criminosos invulneráveis¹⁵⁶, que normalmente cometem os crimes de maior gravidade. Seriam esses, por exemplo, os crimes de colarinho branco, fortunas de impostos sonegados, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, etc. Sobre esses potenciais delinquentes, as sanções penais não alcançam sua finalidade preventiva geral negativa.

Também não se sentirá o efeito desmotivante em crimes cometidos, por exemplo, por fanáticos, como atos terroristas de grandes escalas. Para esses indivíduos, qualquer ameaça penal é prontamente desconsiderada, tendo inclusive um efeito encorajador oposto àquele pretendido¹⁵⁷. Da mesma forma, qualquer criminoso que acredite estar cometendo um delito por “bons motivos” não tenderá a se sentir desincentivado pela perspectiva de imposição de sanção penal. Ainda, a ameaça criminal não alcançará seu objetivo dissuasório em crimes cometidos em estados emocionais alterados, como, por exemplo, a maioria dos homicídios dolosos¹⁵⁸.

A teoria da prevenção geral negativa, seguindo um raciocínio paralelo, ainda não leva em consideração um dos aspectos mais relevantes da prática criminal, que é justamente aquele da confiança que os indivíduos possuem de que não serão descobertos.

No que diz respeito a crimes de menor gravidade, a perspectiva de punição penal pode chegar a efetivamente surtir efeito sobre alguns indivíduos. Por certo existem algumas pessoas que deixaram de cometer crimes exclusivamente por medo de serem encarceradas. Contudo, percebe-se que isso não acontece em todos os casos, sendo impossível generalizar esse efeito. Os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais por certo demonstram que a finalidade preventiva não surte efeito em todos os casos¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 163.

Ademais, mesmo em casos em que o indivíduo deixa de cometer um delito em virtude de medo de ser descoberto, não é possível afirmar que seu único desincentivo foi a ameaça penal. Há igualmente que se considerar o fato social, qual seja, a estigmatização que o delinquente passará a ter entre os membros da sociedade:

Isso se deve a que tal discurso parte da ilusão de um pan-penalismo jurídico e ético, que confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com a do poder punitivo: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura. A imensa maioria das pessoas evita as condutas aberrantes e lesivas por uma enorme e diversificada quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada têm a ver com o temor à criminalização secundária. Existe uma prevenção geral negativa, ultrapassante do mero sistema penal que é, porém, fruto da cominação de sanções éticas e jurídicas não-penais, assim como há um processo de introjeção de pautas éticas que não provém da lei penal.¹⁶⁰

Por todo o exposto, resta claro que a teoria da prevenção geral negativa não é apta a legitimar um direito penal devidamente garantista. Contudo, apesar das falhas da teoria intimidatória pela ameaça penal, seu caráter formal acaba por embasar alguns princípios delimitadores do poder punitivo estatal que merecem ser apontados. Primeiramente, ao se enquadrar a finalidade do direito penal como prevenção de delitos, tem-se que os indivíduos devem saber, de antemão, quais são os delitos que devem deixar de cometer. Tem-se aí o princípio da legalidade¹⁶¹. Para que se pretenda evitar que um indivíduo cometa uma ação, ele deve estar ciente de que ela é proibida e de que a está cometendo.

Em segundo lugar, tem-se o princípio da materialidade: a pena, enquanto meio de dissuadir a prática criminosa, apenas se preocupa com as ações que se exteriorizam. Apenas quando o indivíduo efetivamente comete um ato criminalmente tipificado ele poderá ser sancionado, não importando seu estado interior ou suas características pessoais, que se mantém fora do âmbito penal¹⁶².

Por fim, tem-se que a teoria preventiva geral negativa toma por base o princípio da culpabilidade e da responsabilidade, eis que as condutas passíveis de serem prevenidas pela sanção penal são apenas aquelas voluntárias e culpáveis¹⁶³.

3.2.2 A prevenção geral positiva

¹⁶⁰ ZAFFARONI *et al.*, p. 118.

¹⁶¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 224.

¹⁶² *Ibid.*, p. 224.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 224.

Diante de todas as críticas realizadas à teoria da prevenção geral negativa, que não se sustenta perante um olhar mais atento e garantista do direito, nem frente à efetiva realidade social, uma outra teoria da prevenção geral é utilizada. A teoria da prevenção geral positiva atribui à sanção penal uma finalidade que, assim como a teoria intimidatória, visa a coletividade, em detrimento da pessoa do delinquente. Contudo, enquanto a teoria da prevenção geral negativa visa evitar a criminalidade através da ameaça punitiva, a teoria da prevenção geral positiva visa reforçar nos demais membros da sociedade que as normas devem ser cumpridas e, caso não sejam, haverá consequências. Desta forma, esta teoria teria um valor de produção de consenso e de reforço na confiança no sistema social¹⁶⁴. Os membros da sociedade, ao verem o indivíduo desviante punido, sentiriam maior segurança nas leis e, por consequência, se sentiriam mais inclinados a respeitá-las.

Nesse sentido, a teoria identifica o crime como um conflito não superado, onde a vítima sofreu um dano causado por terceiro.¹⁶⁵ Mesmo em casos onde não é possível reparar esse dano, ainda deveria haver uma punição ao seu autor, para que o objetivo de reforço às normas seja alcançado. Isso porque a pena alcança, nessa teoria, uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação dos valores intrínsecos às normas jurídicas, estabilizando o ordenamento e reduzindo os futuros conflitos¹⁶⁶:

Desse modo, estende-se uma ponte entre essa teoria preventivista e Hegel, na consideração da pena como contra-afirmação de que o autor não pode configurar dessa maneira seu mundo. Sustenta-se, assim, que o poder punitivo supera a perturbação produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seja o único que interessa, exprimindo-se na perturbação da vigência da norma, imprescindível a existência de uma sociedade. Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante.¹⁶⁷

Prado¹⁶⁸ reconhece três principais efeitos da pena aplicada sob a luz da teoria da prevenção geral positiva. Em primeiro lugar, haverá o efeito de aprendizagem, eis que os membros da sociedade serão lembrados das normas penais postas, e das consequências negativas que advêm de seu comportamento contrário a elas. Esse efeito seria uma espécie de motivação negativa para os indivíduos, que deixariam, portanto, de delinquir, pois isso seria considerado errado pelo sistema punitivo. Em segundo lugar, tem-se um efeito de restauração da confiança

¹⁶⁴ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 121.

¹⁶⁶ BITENCOURT, *op. cit.* p. 165.

¹⁶⁷ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁸ PRADO, *op. cit.*, p. 3.

no direito penal. Quando ocorre a prática de um delito, a sociedade identifica a falha no sistema penal, que não conseguiu impedir sua realização. Nesse contexto, a pena seria imposta para que as pessoas voltem a acreditar que o sistema funciona e que ele as protegerá, pois o direito seria efetivamente imposto àquele que agiu em contrariedade a ele. Por fim, o terceiro efeito identificado, que decorre diretamente dos dois anteriores, é um efeito de pacificação social, pois a aplicação da pena seria então vista pela sociedade como a solução do conflito iniciado pelo crime. Desta forma, a imposição de pena alcançaria uma espécie de paz jurídica.

Como dito acima, a teoria dialoga diretamente com Hegel, eis que a pena seria a negação da negação do direito, restabelecendo-o. É pressuposto, portanto, uma consciência jurídica comum a todos os membros da sociedade, ou, ainda, uma moral compartilhada, que seria reforçada e reestabelecida com a aplicação da pena¹⁶⁹. É perceptível, nesse diapasão, a confusão entre direito e moral que é estabelecida pela teoria da prevenção geral positiva, que acaba por cair no legalismo e no estatualismo ético¹⁷⁰, eis que essa teoria defende que as normas devem ser cumpridas simplesmente porque são as normas positivadas. Assim, não caberia espaço para críticas às normas postas, que devem ser seguidas conforme estão.

Como consequência lógica, a função de integração social que advém do reforço da fidelidade ao Estado alcançada pela pena tem uma consequência de gerar conformismo de condutas, padronizando o agir dos membros da sociedade, e mais, visando padronizar também sua forma de pensar, através de uma espécie de educação moral coletiva¹⁷¹. Essa influência uniformizante do pensar social é claramente contrária a um Estado plural, onde os indivíduos devem possuir o direito de pensar da forma que melhor lhes convém.

Tais falhas são claramente percebidas na doutrina de Günther Jakobs, que, tomando como base as ideias sistêmicas do sociólogo Niklas Luhmann, desenvolveu uma perspectiva funcional do Direito Penal. Jakobs encontra a legitimidade da pena através do fato de que esta seria um fato de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pela prática criminal, alcançando assim a estabilidade do ordenamento e, portanto, renovando a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições¹⁷². Desta forma, as normas jurídicas teriam o objetivo de estabilizar as experiências sociais, conforme já dito, guiando as condutas dos indivíduos para que ajam sempre de acordo o direito. Para Jakobs, frente à violação de uma norma penal, o que se necessita alcançar através da sanção é que todos

¹⁶⁹ BITENCOURT, *op. cit.* p. 166.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 222.

¹⁷² *Ibid.*, p. 222.

entendam que o direito continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da negação traduzida no crime. Caso não fosse assim, se perderia a confiança nas normas, deixando claro que sua quebra não acarreta consequências negativas. Em suas palavras, “[a] pena serve para destacar com seriedade, e de forma ‘cara’ para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma”¹⁷³. Percebe-se aqui, então, que para esta teoria a pena é positiva, agindo para afirmar a vigência das normas através de negação de sua negação causada pelo delito¹⁷⁴.

Uma grande crítica é encontrada nas teorias da prevenção geral positiva fundamentadora, como aquela defendida por Jakobs. Baratta¹⁷⁵ sintetiza de forma clara e direta tal crítica. Pela perspectiva do ponto de vista interno, o autor demonstra que a teoria *sub examine* não seria capaz de apresentar explicação para o fato de que a sanção penal deve necessariamente ser uma pena, quando seria possível alcançar o mesmo objetivo restaurador do direito através de outros meios menos graves e funcionalmente equivalentes¹⁷⁶.

Assim, a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs teria a desvantagem de tornar obrigatória a aplicação de sanção penal¹⁷⁷, mesmo quando ela não seja necessária e proporcional à proteção dos bens jurídicos protegidos pelo direito. Por um lado, considerando-se que a finalidade da pena seria apenas aquela de demonstrar para a coletividade que o direito violado ainda se mantém vigente e que deve continuar a ser seguido, a imposição de qualquer medida negativa contra o réu seria suficiente para alcançar esse objetivo, não sendo justificada a imposição especificamente de sanção penal. Contudo, por outro lado, a teoria também não apresenta um critério seguro para limitação da quantidade de pena a ser aplicada em cada caso, pois o agente estaria sendo punido não com base em sua culpabilidade pessoal, mas sim com base em algo alheio a si mesmo, qual seja, o objetivo de reforçar o direito na sociedade¹⁷⁸.

Ademais, cumpre ressaltar que a desvinculação da aplicação da pena à culpabilidade do autor do delito poderia, inclusive, levar à punição de pessoas inimputáveis ou mesmo aquelas

¹⁷³ JAKOBS, G. **Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 14.

¹⁷⁴ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 168.

¹⁷⁵ BARATTA, A. **Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**. Buenos Aires: Doctrina Penal, 1985. p. 16-17.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 16-17.

¹⁷⁷ Logo, se a chamada prevenção geral positiva ou integradora se dirige a todos, e seu fim precípua reside em reafirmar a vigência da norma violada diante da totalidade do corpo social, sempre que houver uma infração normativa deverá ser aplicada uma pena, independentemente das características do agente. Cf. PRADO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁸ Neste ponto, é perceptível que, assim como a teoria da prevenção geral negativa, a teoria da prevenção geral positiva também vai de encontro à objeção moral Kantiana de que nenhum homem pode ser usado como meio para fins estranhos a ele. Desta forma, a teoria se mostra contrária ao Estado de Direito, que deve assegurar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido: Em última instância, uma pena fundada exclusivamente na prevenção geral infringe o princípio de dignidade da pessoa humana, uma vez que utiliza o indivíduo como *meio* para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia. Cf. PRADO, *op. cit.*, p. 5.

que agiram em erro de proibição¹⁷⁹, visto que mesmo nesses casos a ordem jurídica foi violada e, conseqüentemente, desestabilizada, devendo assim ser aplicada a pena para alcançar sua restauração. Baratta rotula, em virtude do exposto, a teoria de Jakobs como conservadora¹⁸⁰ e facilmente legitimadora da atual tendência de recrudescimento do direito penal frente aos problemas sociais¹⁸¹.

Ademais, em um plano sociológico, é perceptível que a teoria sistêmica desenvolvida por Jakobs não representa superação da teoria da deviança de Émile Durkheim¹⁸², sendo, na verdade, apenas uma continuação desta. Isso porque, no mesmo sentido, Durkheim já havia concebido a pena como um fator de estabilização social, “destinado, sobretudo, a agir sobre as pessoas honestas”¹⁸³, de forma que seriam nessas pessoas reafirmados o valor da ordem jurídica vigente e o sentimento de coletividade, através de uma espécie de união contra o comportamento desviante do indivíduo criminoso. Assim, a teoria pressupõe também um sentimento de massificação da sociedade, que passaria a enxergar os desviantes como inferiores àqueles que cumprem as regras:

A partir de outro ponto de vista, a prevenção geral positiva constitui uma versão renovada da primária aplicação da psicanálise à explicação da justiça penal, levada a cabo nos anos vinte: derivaria o consenso da satisfação pelo castigo por parte de quem conteve suas pulsões. Em última análise, as duas versões da prevenção geral não se encontram tão distantes: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os. Quanto às conseqüências sociais de sua lógica, a prevenção geral positiva não difere da negativa: quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema.¹⁸⁴

Ao reduzir o indivíduo à essa condição que Ferrajoli denomina de “subsistema físico-psíquico”¹⁸⁵, subordinado funcionalmente às normas que regem a coletividade e às exigências daí advindas, as teorias da prevenção geral positiva acabam, fatalmente, sendo compatíveis com o direito penal máximo e ilimitado, assim como as teorias intimidatórias. Posto que a teoria é

¹⁷⁹ PRADO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁰ [F]ica claro que a teoria da prevenção-integração faz parte de um modelo tecnocrático do saber social, que pode ser considerado alternativo ao modelo crítico, no qual atualmente se inspiram a criminologia crítica e os movimentos por uma reforma radical e alternativa do sistema penal. Cf. BARATTA, *op. cit.*, p. 21-22.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁸² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 222.

¹⁸³ DURKHEIM, É. **De la division du travail social** (1893), trad. it. de F. A. Nasmer, **La divisione dei lavoro sociale**, Edizioni di Comunità, Milano, 1962. p. 126.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 122-123.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 222.

voltada para os membros da sociedade em geral, e não para o indivíduo criminoso em si, não deve este ser resguardado contra os abusos do direito, desde que com isso se alcance o objetivo final, que é o de reforço das normas nos demais indivíduos. Não havendo, como já se demonstrou impossível atualmente, a erradicação do crime, as penas tenderiam a se tornar cada vez mais intensas e cruéis, violando a dignidade do indivíduo delinquente, com isso alcançando o discurso de que o direito não deve ser descumprido. Desta forma, assim como nas teorias dissuasórias, a pena para todos os crimes acabaria sendo, necessariamente, a pena de morte¹⁸⁶. Ainda, também na mesma linha de crítica das teorias da prevenção geral negativa, nada impediria que nas teorias da prevenção geral positiva um indivíduo inocente acabasse podendo ser punido, eis que é mais importante reforçar na sociedade que o direito é vigente e eficaz, sendo melhor punir um inocente do que permitir que um crime reste sem reposta penal.

A partir da realidade social, contudo, a teoria da prevenção geral positiva se sustenta melhor do que aquela da intimidação. Isso porque, segundo a teoria positiva, a pena é aplicada ao indivíduo que violou as normas penais, pois através dessa punição a opinião pública é renormatizada, reforçando o consenso que sustenta a sociedade¹⁸⁷. Em crimes, por exemplo, “de colarinho branco”, que não são selecionados pela criminalização secundária¹⁸⁸, a opinião pública não seria desvirtuada em virtude da sua não punição, visto que esses crimes não são aqueles considerados verdadeiramente contrários ao consenso social¹⁸⁹. Na realidade prática, isso significa um ciclo vicioso, pois a punição de indivíduos selecionados pela criminalização secundária reforça a opinião pública, da mesma forma que para o sistema penal é conveniente que esse efeito de reforço ocorra, porque ele mesmo sustenta o sistema. Ou seja, nas palavras de Zaffaroni et al., “o poder a alimenta para ser por ela alimentado”¹⁹⁰.

Há que se considerar, pelo exposto, que essa criminalização apenas das obras criminosas menos refinadas não reforça a ordem jurídica, mas terá, em verdade, um efeito contrário, de reafirmar que apenas alguns indivíduos são delinquentes, garantindo a impunidade de todos aqueles que fogem ao padrão e, dessa forma, enfraquecendo nesses últimos a crença nos valores jurídicos e reduzindo as chances de que eles ajam em conformidade com as leis¹⁹¹. Tal criminalização, percebe-se, de fato gera consenso entre os demais membros da sociedade, que acre-

¹⁸⁶ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 122.

¹⁸⁸ Ver nota 151.

¹⁸⁹ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 122.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 123.

ditam que a lei está sendo cumprida na medida em que os indivíduos selecionados são rigorosamente punidos. Essa realidade, contudo, apenas reforça ainda mais ainda a impunidade daqueles criminosos que desviam do padrão. Nas palavras de Zaffaroni et al.¹⁹²:

Na prática, essa teoria conduz à legitimação dos operadores políticos que falseiam a realidade e dos operadores de comunicação que os assistem (vínculo de cooperação por coincidência de interesses entre operadores de diversas agências do sistema penal), desde que a população seja levada a acreditar nessa falsa realidade e não exija outras decisões que desequilibrariam o sistema. Renova-se o despotismo ilustrado em outros termos: a tirania – que, na velha versão de Hobbes, era preferível ao caos – é substituída pelo engodo comunicacional, preferível ao desequilíbrio e à ruptura do sistema. O direito penal converte-se numa mensagem meramente difusora de ideologias falsas.

Desta forma, percebe-se que o ponto de vista da justificação externa é absolutamente desconsiderado nas teorias da prevenção geral positiva, não sendo possível encontrar qualquer relevância em questionar se, na prática, o ponto de vista interno se transformou meramente em uma instância funcional de autoconservação do sistema político¹⁹³. A teoria em apreço leva a um sistema que se mantém em sua eficácia que abrange apenas os menos favorecidos e os crimes mais toscos, justamente porque são esses que são investigados e mostrados na mídia e que, portanto, são conhecidos pela sociedade. Em um direito penal baseado nessa teoria, a pena deverá ser aquela que reforce o sistema através do consenso, não importando, desta forma, a conduta criminosa praticada, mas apenas a credulidade dos demais membros da sociedade de que os crimes estão sendo devidamente punidos¹⁹⁴.

Assim, a prevenção geral positiva é uma teoria que demonstra que em um sistema desequilibrado que apenas mantém seus esforços em criminalizar e sancionar uma parte dos crimes cometidos, e apenas alguns dos indivíduos criminosos, a punição de apenas alguns poucos crimes, desde que se realize com penas cruéis ou grande escarcéu, será suficiente para promover o consenso dos valores jurídicos na população¹⁹⁵. Esses casos que efetivamente serão processados e julgados serão aqueles mais visíveis¹⁹⁶, os crimes de grande repercussão midiática, e os processos serão inquisitivos e terão seus resultados anunciados em jornais e televisão

¹⁹² *Ibid.*, p. 123.

¹⁹³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 224.

¹⁹⁴ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 123.

¹⁹⁶ “Trata-se de uma combinação entre a atitude que outrora reduzia a religião a um valor instrumental e a velha tese de Durkheim, que assinalava que o delito também tinha uma função positiva ao suscitar coesão social, combinação esta que outorgaria valor socialmente positivo à punição exemplarizante de um bode expiatório como criadora de consenso, sem se preocupar de que nada ocorra ao universo de pessoas que protagonizam injustos maiores, mas que devido à sua enorme habilidade e poder não são selecionadas”. Cf. *Ibid.*, p. 122.

para garantir que todos os indivíduos estejam cientes da aplicação eficaz do direito, como foi, por exemplo, o famoso caso da Escola Base¹⁹⁷.

O que se percebe, portanto, é que os dados analisados pela teoria da prevenção geral positiva são, em certa medida, reais, eis que também tratam de crimes que efetivamente aconteceram. Contudo, não selecionam senão uma parcela desses crimes, ignorando aqueles que não possuem visibilidade. Desta forma, a falha mais notória da teoria em questão é de natureza ética¹⁹⁸, eis que ela legitima a prática penal apenas em virtude de ser esta a forma como o direito é aplicado, servindo para reforçar o sistema, que nunca deve ser criticado.

Por fim, cumpre ressaltar que a teoria da prevenção geral positiva também não é imune às críticas realizadas à teoria intimidatória no sentido da impossibilidade de se demonstrar, empiricamente, a racionalidade humana e sua capacidade de se motivar pela norma¹⁹⁹.

3.2.3 A prevenção especial positiva

Diferentemente das teorias da prevenção geral supramencionadas, as teorias da prevenção especial possuem como foco o indivíduo criminoso, e não os demais membros da sociedade. Não se preocupa mais, portanto, em impedir que outros deixem de cometer crimes através da ameaça da pena ou do consenso jurídico-moral que esta proporciona. Para as teorias da prevenção especial, o que é visado é impedir que o indivíduo delinquente volte a cometer novos crimes no futuro.

A teoria da prevenção especial negativa, que pretende a eliminação do delinquente ou sua neutralização, e a teoria da prevenção especial positiva, que visa à reeducação do réu, são profundamente interligadas, sendo certo que se encontram quase sempre conjuntas nos projetos disciplinares da literatura correicionalista²⁰⁰. Isso porque as concepções negativa e positiva da prevenção especial não são excludentes, pelo contrário, são, para a maior parte dos teóricos filiados a essas correntes, concorrentes:

¹⁹⁷ Em 1994, os proprietários de uma escola infantil em São Paulo, o motorista do escolar que levava as crianças para a escola e os pais de um aluno, foram acusados de abuso sexual de crianças. Apesar da ausência completa de provas, o caso se transformou em manchete nacional, aparecendo com frequência no Jornal Nacional e em todos os jornais de grande circulação, que relatava apenas o sofrimento das mães das crianças supostamente abusadas, sem considerar que outra versão da história poderia existir. A ação precipitada da mídia e da polícia levou a diversos abusos dos direitos dos acusados, que chegaram a ser torturados na busca de confissões. Ao final do caso, apesar de inocentados, os envolvidos com o falso crime denunciado continuaram permanentemente taxados de abusadores. Para entender melhor o caso, recomenda-se o livro: RIBEIRO, A. **Caso escola base: os abusos da imprensa**. São Paulo: Editora Ática, 1995.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 124.

¹⁹⁹ PRADO, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 213.

Por mais diversa e até mesmo antitéticas que possam ser as matrizes ideológicas, todas estas orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. Ademais, cultivam um programa comum que, de maneira iníqua, concorda com as suas premissas éticas, determinadas, ou pragmáticas, vale dizer, o uso do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhoria social.²⁰¹

As teorias da prevenção especial se apoiam, em seus fundamentos, na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição²⁰². Apesar de sua interconexão, contudo, as teorias são separadas por seus objetivos, de modo que serão estudadas separadamente neste trabalho.

A teoria da prevenção especial positiva, especificamente, encontra sua finalidade, para algumas correntes, na reforma interior do delinquente, que será ressocializado e será ensinado a moral prevalente na sociedade. Para outros teóricos, a finalidade da pena será, por outro lado, um verdadeiro tratamento médico das tendências individuais que conduzem ao crime, que irá “curar” o indivíduo criminoso de sua “doença”²⁰³. Percebe-se claramente, entretanto, que as duas correntes visam a reforma interna do delinquente, para que ele não volte à prática criminal no futuro.

Para ambas as correntes teóricas, portanto, não se parte do pressuposto de que o indivíduo decidiu agir de forma contrária às normas penais apesar de sua igualdade com os demais indivíduos, de forma racional. Pelo contrário, as teorias da prevenção especial positiva presumem que o criminoso é um indivíduo perigoso por natureza, devendo ser reajustado à vida em sociedade onde poderá conviver com as pessoas normais. Ao ser alcançado o objetivo de reforma do indivíduo delinquente, estaria assegurada a integridade do ordenamento jurídico²⁰⁴.

Será explanado, apenas brevemente, para não fugir ao tema pertinente ao presente trabalho, algumas versões da teoria da prevenção especial positiva. Ressalta-se que a apresentação será de fato muito superficial, eis que tratar de forma ampla de cada uma das correntes da teoria da prevenção especial positiva requereria um trabalho inteiro apenas para essa finalidade.

Primeiramente, tem-se as doutrinas da emenda, que seriam as mais antigas dentre as teorias da prevenção especial positiva. Fundamentadas no princípio do livre arbítrio, que adveio de uma concepção espiritualista do homem, seguiam a ideia de que os indivíduos que cometem

²⁰¹ *Ibid.*, p. 214.

²⁰² PRADO, *op. cit.*, p. 5.

²⁰³ CARMONA; CARMONA, *op. cit.*, p. 119.

²⁰⁴ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

crimes deveriam não somente receber a punição pelos seus atos, como também deveriam ser forçados pelo Estado a se tornarem bons. Essa ideia da pena medicinal foi, inicialmente, formulada por Platão, sendo posteriormente reelaborada por Santo Tomás²⁰⁵. Essa versão da teoria da prevenção geral positiva foi utilizada durante toda a época medieval, pelo direito canônico, estando ainda presente em tempos mais modernos. Thomas More²⁰⁶, já em 1516, elabora a primeira concepção da privação da liberdade pessoal como pena de trabalhos forçados voltada à reeducação do criminoso. Para alcançar seu objetivo de internalização do bem, por ser variável a depender de cada homem condenado, a pena deveria ser de duração indeterminada, e comutável em pena de morte sempre que se chegasse à conclusão que o réu era irrecuperável. Nesta parte final, percebe-se a teoria da prevenção especial negativa entrelaçada àquela positiva, para os casos irrecuperáveis. Em tempos ainda mais recentes, em verdade, existem diversos autores que defendem versões modificadas da teoria da prevenção especial positiva:

Ligada a estas antigas e jamais abandonadas religiões, a idéia da pena como remédio da alma – quase que mais um bem do que um mal para quem a suporta – readquire vigor, de outra parte, no século XIX, inspirando, ainda que com entonações diferentes, ambas as versões do moderno pedagogismo penal, ou seja, aquela católica, sustentada, v.g. por Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francesco Filomusi Guelfi, Vincenzo Lanza e Francesco Carnelutti, e aquela idealista, sustentada na Itália por Ugo Spirito e que remonta a Fichte e a Eduardo Henke. Segundo tais autores, a finalidade da pena é a reeducação e a recuperação moral do condenado, partindo do pressuposto de que o mesmo seja um sujeito imoral que deve redimir-se. Naturalmente esta concepção pedagógica e benéfica da função repressiva, se, por um lado, é válida para subtraí-la à objeção Kantiana segundo a qual nenhum homem pode ser tratado como meio para fins não são seus, por outro vem acompanhada de uma concepção repressiva da função pedagógica.²⁰⁷

Uma segunda corrente da teoria da prevenção especial positiva são as doutrinas positivistas da defesa social. Partindo de princípios filosóficos diametralmente opostos, essas doutrinas acreditam que o indivíduo criminoso é antropologicamente inferior, seja por conta de sua biologia ou por considerar que a tendência ao crime é uma doença²⁰⁸. Assim, a pena teria a finalidade de curar o condenado de sua enfermidade – nos casos onde tal cura fosse possível – e ao mesmo tempo de neutralizá-lo, afastando o ser perigoso do convívio social, onde ele representa um risco para os demais indivíduos. Novamente, percebe-se a interconexão da teoria com aquela da prevenção especial negativa.

²⁰⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 214.

²⁰⁶ MORE, T. *De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia* (1516), org. de L. Firpo, Utopia, Utet, Torino, 1971, liv. I, p. 102-103.

²⁰⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 214-215.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 215.

Para que o indivíduo pudesse ser tratado efetivamente através da pena, seria preciso efetuar um devido diagnóstico, classificando o delinquente como ocasional, passional, habitual, louco ou nato²⁰⁹, para que fosse possível adequar a pena, em seu caráter de defesa social, às exigências terapêuticas necessárias para fazer cessar o perigo representado por cada tipo de criminoso. Também nessa corrente as penas deveriam ser aplicadas por tempo indeterminado, justamente pela impossibilidade de generalizar o tempo necessário para que cada indivíduo, particularmente, consiga se reeducar e absorver os ensinamentos e a moral a ele ensinadas²¹⁰.

Por certo é perceptível que tal concepção se resulta de uma mistura das ideias de Lombroso²¹¹ no que diz respeito ao delinquente nato, que seria o indivíduo biologicamente inferior, o que implica uma natural desigualdade entre os homens, com as ideias de Spencer, também conhecido como “pai do darwinismo social”, eis que aplicava os estudos de Darwin acerca da seleção natural e da luta pela sobrevivência à sociedade, legitimando o “organismo social” a se defender das agressões externas e internas por meio de práticas socialmente profiláticas²¹². Desta forma, o controle penal seria, em verdade, mais científico do que moralista²¹³.

Por fim, tem-se uma terceira grande corrente correicionalista, a teleológica e pragmática, que traduz a finalidade de prevenção especial positiva da pena em suas individualizações e diferenciações²¹⁴. Assim, a pena não seria direcionada a curar uma inferioridade médica do delinquente, mas seria sim adequada à sua personalidade. Essa ideia da pena individualizada foi desenvolvida por Franz von Liszt que, no seu Programa de Marburgo de 1882²¹⁵. Liszt elaborou um modelo de direito penal que também classificava os delinquentes, e a partir de sua classificação, por exemplo, como ocasional ou adaptável, identificava qual seria o fim da pena

²⁰⁹ FERRI, E. **Sociologia criminale**. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900. p. 864-918.

²¹⁰ Segregação por tempo indeterminado, com revisões periódicas das sentenças e adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinquentes em vez daquelas jurídicas do delito constituem os princípios do novo sistema defensivo. Cf. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 215.

²¹¹ As ideias propostas por Lombroso e pela Escola Positiva Italiana, inauguraram um novo modo de pensar o direito penal: um direito penal como instrumento de defesa social. Os partidários do positivismo penal da Escola Italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo), defendendo um modelo de ciência penal fundada na periculosidade, tentaram construir uma nova ciência penal, cujos postulados não mais girariam em torno da conduta, mas do perigo que o criminoso representa para a sociedade. O criminoso é visto como uma espécie diferente de *homo sapiens*, um sujeito perigoso, anormal e biologicamente defeituoso. Esta anormalidade impulsionava o sujeito ao crime. O fundamento do poder punitivo passa a ser a necessidade de defesa social. Nesse sistema, a defesa social é a proteção da sociedade contra os indivíduos perigosos e o direito penal deveria ser um Direito de Defesa Social, para resguardar os direitos da sociedade. Cf. SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. Lombroso no direito penal: o destino d’*O Homem Delinquente* e os perigos de uma ciência sem consciência. **Revista Publica Direito**, [S. l.: s. n.], p. 1-20, 2014. p. 5.

²¹² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 216.

²¹³ Entrar em um estabelecimento para condenados produzirá, quando os dados científicos sobre a gênese do delito tornarem-se consciência comum, os mesmos sentimentos desencadeados por uma visita a um estabelecimento de loucos ou de doentes comuns Cf. FERRI, *op. cit.*, p. 526.

²¹⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 216.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 216.

a ser aplicada a eles. Os fins poderiam ser de ressocialização, intimidação ou neutralização²¹⁶. Desta forma, a pena não tinha finalidade em abstrato; pelo contrário, apenas quando se pensava em um crime específico que havia sido cometido por indivíduo criminoso específico, devidamente classificado com base em sua personalidade única, aí a pena passaria a ter uma finalidade, que fosse adequada ao caso concreto. Por certo, a pena também teria sua duração definida apenas quando da aplicação concreta também, pois não seria possível saber, de antemão, quanto tempo um criminoso determinado necessitaria para que sua finalidade fosse alcançada. Em decorrência de ser a pena imbuída de tantos fins, a teoria da pena de Liszt é eclética, sendo absolutamente claro seu viés também de prevenção especial negativa:

Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido sobre o delinquente pela execução penal.

a) A pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os máos instintos ou de modificar o carácter do delinquente.

b) A pena pôde ter por fim tirar perpetua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregando da sociedade (selecção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao *estado de inocuidade (Unschädlichmachung)*.²¹⁷

Uma das maiores críticas à teoria de Liszt é que esta traduz um projeto autoritário de um liberalismo conservador²¹⁸, fazendo uma conexão explícita entre os tipos de criminosos e as classes sociais existentes. O autor alemão defendia que os criminosos irrecuperáveis seriam identificados com o proletariado, que apresentariam manifestações criminais patológicas²¹⁹.

²¹⁶ LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. I. p. 100.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 100.

²¹⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 217.

²¹⁹ “[A] luta contra a delinquência habitual pressupõe um exato conhecimento da mesma. Este conhecimento ainda hoje nos falta. Trata-se, com efeito, somente de um elo desta corrente, frise-se, o mais perigoso e significativo, de manifestações patológicas da sociedade que nós comumente agrupamos sob a denominação de proletariado. Mendigos e vagabundos, indivíduos alcoolizados dados à prostituição, sujeitos de vida errante e desonestos, degenerados física e espiritualmente, que concorrem todos para a formação do exército dos inimigos capitais da ordem social, exército cujo estado maior parece formado por delinquentes habituais”. [...] Contra todos esses indivíduos “a sociedade deve proteger-se, e, a partir do momento em que nós não queremos nem decapitar, nem enforcar e, tampouco, podemos usar a deportação, a única possibilidade que nos resta é o isolamento perpétuo, ou, pelo menos, por prazo indeterminado... A “neutralização” poderia ser realizada da seguinte forma... a mesma deveria consistir na “servidão da pena”, com a severa obrigação de trabalhar bem como com a melhor utilização possível das forças de trabalho. A título de sanções disciplinares dificilmente poder-se-ia renunciar às penas corporais. O carácter necessariamente infamante da pena deveria, pois, ser caracterizado pela perda obrigatória e perpétua dos direitos civis. A segregação celular deveria ser introduzida somente como sanção disciplinar, juntamente com aquela no escuro aliada a um rigoroso jejum”. Cf. LISZT, F. V. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, p. 54-57 apud FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 217.

Em primeiro lugar, é de fácil percepção que as doutrinas da emenda confundem direito e moral, partindo do pressuposto de que aquele que comete um crime é, na verdade, um pecador a quem deve ser imposta a pena para que ele possa aprender o erro de suas ações e se tornar uma pessoa melhor²²⁰. Ao colocar o foco no delinquente²²¹, deixou-se de lado suas ações, ou, mais especificamente, seu crime. Nessa medida, não é o ato criminoso que deve ser levado em consideração quando da aplicação de pena, mas sim a pessoa que cometeu o crime²²². Inclusive para fins de individualização da sanção penal a ser imposta, o que terá relevância é o grau de periculosidade e de maldade do delinquente, sendo absolutamente secundária a gravidade de seu crime.

Contudo, ainda mais grave é a crítica que se identifica ao se considerar que as teorias correicionistas, ao pretenderem reeducar, ressocializar, reabilitar, ou recuperar o criminoso, pretendem, em verdade, reduzir ou erradicar sua liberdade de consciência, o que representa uma inadmissível intromissão em sua dignidade como pessoa humana²²³. Um Estado plural não pode pretender modificar internamente seus cidadãos²²⁴. Essa proibição de influência na personalidade dos indivíduos está, inclusive, expressa na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI, que dita “[ser] inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”²²⁵. O direito penal deve servir seus objetivos, dentre eles o de buscar impedir que os indivíduos interfiram nas liberdades dos outros através do crime. Contudo, apenas as ações das pessoas podem ser almejadas pelo direito penal, não seu modo de pensar ou de sentir²²⁶.

Nesse sentido, ao pretender corrigir o indivíduo criminoso, a pena estaria se estendendo além da proteção a terceiros, desconsiderando, desta forma, os princípios básicos de qualquer direito penal garantista. O que se faria, portanto, é ignorar a proteção dos indivíduos

²²⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 218.

²²¹ O foco de atenção da pena deixa de ser o fato criminoso para ser centralizado no homem criminoso. Isso significa pensar que modificando as circunstâncias do cidadão, seus costumes, sua educação e, em geral, tudo que tenha influenciado sua vida, o homem pode ser melhorado, conforme o prisma determinista social. Cf. SULIANI, *op. cit.*, p. 82.

²²² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 218.

²²³ *Ibid.*, p. 219.

²²⁴ O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que fazem à margem da sociedade. Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 21.

²²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

²²⁶ Na medida em que seja realizável, a finalidade da correição coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é. Cf. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 220.

e atribuir ao Estado o poder de impor sua vontade aos indivíduos, através da fachada de melhoria da humanidade²²⁷. Em um tal sistema, a pena, também compreendida em uma perspectiva de completa confusão entre direito e moral, seria inerentemente uma medida positiva, que faria bem ao indivíduo na medida que o reabilita para o bom convívio social. Nas palavras de Ferrajoli, “[Tal perspectiva] rotula projetos autoritários de moralização individual e de ortopedia social conflitantes com o direito da pessoa a permanecer imune às práticas coativas de transformação”²²⁸.

Todos têm, em verdade, o direito a serem “maus” por dentro, considerando, é claro, conceitos maniqueístas de bem e mal. Desta forma, é certo que a emenda moral que as teorias da prevenção especial positiva buscam alcançar nos indivíduos que cometem crimes, é absolutamente incompatível com os princípios jurídicos de um Estado de Direito, eis que violam a dignidade da pessoa humana e o direito à autodeterminação²²⁹. Ainda, ao confundir direito e moral, tais teorias acabam por pretender impor a aceitação de uma moral prevalecente na sociedade como se fosse aquela imutável e correta, o que é absolutamente incompatível com uma sociedade pluralista. O respeito às minorias, não somente religiosas como de qualquer ideologia não predominante, e a ideia do homem como fim em si mesmo, e não como meio para se alcançar qualquer propósito distinto dele, não permitem que se invada de tal maneira o espaço de convicção íntima do indivíduo, impondo uma determinada forma de pensar e uma determinada moral que deve ser seguida²³⁰.

Por certo, não apenas as doutrinas da emenda se encaixam nas críticas acima descritas. O paradigma médico ou clínico também recai nos mesmos problemas, buscando ativamente “curar” os indivíduos de suas tendências ao crime e de seus vícios de personalidade, também violando sua liberdade de autodeterminação²³¹. Ainda, também partem do pressuposto de que existe um sistema ético e moral que é o correto e, conseqüentemente, os indivíduos podem ser forçados a concordar com ele.

Essa perspectiva de que o Estado pode impor a seus cidadãos não só um sistema moral, como penas que visam modificar sua própria forma de pensar para alcançar uma homogenia na forma de pensar da sociedade, certamente pode muito facilmente se transformar em um método

²²⁷ *Ibid.*, p. 219.

²²⁸ *Ibid.*, p. 221.

²²⁹ JUNQUEIRA, G. O. D. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004. p. 93.

²³⁰ SULIANI, *op. cit.*, p. 83.

²³¹ DIAS, J. de F. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Tomo 1. p. 57.

de conservação do poder pelos dirigentes²³². Ao utilizar o direito penal como forma de imposição de ideologias, o Estado defende sua própria forma de pensar, que é difundida como aquela que é certa para todos os membros da sociedade. Em decorrência disso, discordar do Estado pode acabar sendo interpretado, por aqueles assim influenciados, como discordar de uma determinada moral ou religião. O direito à autodeterminação e o pluralismo são violentamente restringidos nessas hipóteses, eis que se usa a punição penal para alcançar a adesão interna dos indivíduos aos valores defendidos por um grupo determinado de pessoas²³³.

Ademais, como consequência lógica da interpretação da pena como um “bem” meta-jurídico, eis que ela seria imposta para melhorar o indivíduo e proporcionar a ele um bom convívio social no futuro, as teorias da prevenção especial positiva acabam sendo as que proporcionam as melhores justificações para modelos de direito penal máximo e tendencialmente sem limites²³⁴. O delinquente, considerado um ser inferior, moralmente inepto ou mesmo doente, deverá ser punido por quanto tempo seja suficiente para que consiga melhorar de sua condição. A ideia essencial desse sistema é que a pena justa é aquela necessária²³⁵, então a pena poderia ser cruel ou demasiadamente longa e aflitiva, desde que fosse essa a solução necessária para a reeducação de determinada pessoa. Nas palavras de Zaffaroni et al.²³⁶:

Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a ideologia **re** que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benefício remédio social da pena. Se o delito é apenas um sintoma, a ideologia **re** deve postular que, a partir desse sintoma, o estado perscrute toda a personalidade do infrator, porque a inferioridade o afeta em sua totalidade. Por isso, tais ideologias não podem reconhecer maiores limites na intervenção punitiva: o estado, conhecedor do que é benéfico, deve modificar o ser da pessoa e impor-lhe seu modelo de humano. Como a intervenção punitiva é um bem não é preciso definir com muita precisão seu pressuposto (o delito), bastando uma indicação orientadora geral.

Em um raciocínio paralelo, em se considerar que o fundamento da pena é apenas a necessidade de impedir alguns indivíduos perigosos de lesarem bens jurídicos de outras pessoas, adota-se, obviamente, um sistema de direito penal de autor²³⁷. Em decorrência disto, in-

²³² SULIANI, *op. cit.*, p. 77.

²³³ *Ibid.*, p. 78.

²³⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 218.

²³⁵ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

²³⁶ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 127.

²³⁷ Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma

divíduos considerados muito perigosos, mas que cometeram um crime de baixa gravidade, deveriam ser punidos de forma menos rigorosas do que indivíduos pouco perigosos, mas que cometeram um crime de grande potencial ofensivo²³⁸. Não haveria, portanto, qualquer proporcionalidade entre a pena aplicada e o crime cometido.

No mesmo sentido, tendo a pena como fundamento único a periculosidade do agente, caso essa nunca venha a cessar, poderá o criminoso ficar perpetuamente preso. Ademais, por certo as teorias da prevenção especial positiva apenas conseguem legitimar penas indefinidas, que deveriam durar até que o indivíduo estivesse novamente apto a se comportar e se determinar em conformidade com as leis²³⁹. Tal sistema de penas é absolutamente insustentável diante do princípio da legalidade²⁴⁰.

Processualmente falando, também não é possível justificar, através das teorias da prevenção especial positiva, quaisquer princípios garantistas e adversariais. Ao se considerar que a pena é um bem a ser aplicado ao indivíduo delinquente, que cumpre a função de reeducar o homem inferior para que possa retornar ao convívio social perfeitamente ajustado, por certo as garantias processuais estariam apenas agindo como obstáculos para o alcance da pena²⁴¹. Seria impossível justificar, por exemplo, a impossibilidade de utilização de provas obtidas de forma ilícita, bem como a ação probatória de ofício do juiz. O contraditório e a ampla defesa perderiam suas bases de ser, e por certo o sistema regressaria a um processo completamente inquisitivo.

Uma outra objeção que se faz às teorias da prevenção especial positiva é que, para determinados criminosos, especialmente aqueles autores de crimes mais graves cometidos em contextos muito específicos, não seria justificada a aplicação de pena caso não houvesse perigo de reincidência. Em casos muito específicos, como crimes passionais cometidos, por exemplo,

característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado *direito penal de autor*. Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um *estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de uma *versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros, de natureza *mecânica* e, portanto, trata-se de um *estado perigoso*. Os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a *função de divindade pessoal* e, os segundos, a de *divindade impessoal e mecânica*. Cf. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 131.

²³⁸ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

²³⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁰ Pode o princípio da legalidade, visto pelo prisma de garantia individual, ser decomposto em quatro funções [...] Quarta: proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). [...] Não é permitido, igualmente, tratando-se de penas graduáveis, que o legislador não estabeleça uma escala de merecimento penal, com polos mínimo e máximo, ou a estabeleça com extensão tão ampla que instaure na prática a insegurança jurídica, diante de soluções radicalmente diferentes para fatos pelo menos tipicamente assimiláveis, favorecendo um perigoso arbítrio judicial. Cf. BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 66-78.

²⁴¹ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 127.

contra o assassino de um filho, as chances de novamente se apresentar uma situação que leve o autor do crime a repetir suas ações são quase nulas. Nesses casos, em virtude do delinquente não necessitar de intimidação, reeducação ou inocuização, não se justificaria a imposição de qualquer pena²⁴². Roxin²⁴³ traduz um exemplo de casos em que a pena não se legitimaria pela ausência de perigo de repetição dos crimes:

O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de ressocialização alguma; nem tampouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deverão eles, então permanecer impunes? A teoria da prevenção especial não é capaz de fornecer a necessária fundamentação da necessidade da pena para tais situações.

Ainda há que se considerar que as teorias da prevenção especial positiva apenas são aptas a justificar a pena carcerária. As penas pecuniárias, por exemplo, bem como aquelas de detenção domiciliar, não estariam legitimadas pela perspectiva de reeducar o réu e, portanto, não poderiam ser aplicadas em nenhum caso²⁴⁴.

Uma das críticas mais elaboradas com relação às teorias correcionistas, contudo, tem relação à aplicação concreta das penas. O objetivo da punição penal, de acordo com as doutrinas da prevenção especial positiva, é, resumidamente, a ressocialização do réu. Contudo, esse propósito é absolutamente irrealizável na prática. Já se demonstra hoje amplamente comprovado, através das ciências sociais²⁴⁵, que a pena, em especial a pena carcerária, não possui caráter corretivo ou terapêutico, mas, pelo contrário, deteriora o condenado e o endurece, incentivando o crime²⁴⁶.

Ao ser condenado, o indivíduo tem um papel fixado que reforça seu estereótipo de homem condenado. No interior dos estabelecimentos prisionais, o indivíduo se adapta aos padrões da prisão, como uma forma de sobrevivência. Por um lado, ele perderá totalmente o controle próprio sobre seus atos, não possuindo mais qualquer responsabilidade a não ser a de obedecer aos agentes penitenciários e os horários estabelecidos para comer, dormir e conviver com

²⁴² BITENCOURT, *op. cit.*, p. 172.

²⁴³ ROXIN, *op. cit.*, p. 21

²⁴⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 219.

²⁴⁵ Sabe-se que a prisão compartilha as características das instituições totais ou de sequestro e a literatura aponta unanimemente seu efeito deteriorante, irreversível a longo prazo. Cf. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 125-126.

²⁴⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 219.

os outros prisioneiros. Essa perda de controle gera um efeito regressivo, condicionando o homem adulto a controles próprios da infância e adolescência²⁴⁷, e eximindo-o de qualquer real escolha por toda a duração de sua pena. Por outro lado, estar no ambiente prisional implica, para o condenado, convivência constante com o medo de ser rejeitado pelos demais indivíduos presos, o que implica que ele buscará ser aceito pelos demais membros e seguir suas regras. Isso demonstra que, muito longe de estar sendo ressocializado para a vida em sociedade, o condenado está sendo socializado para a vida na prisão²⁴⁸. Com efeito, o condenado rapidamente aprenderá as regras disciplinares da prisão – inclusive por medo dos castigos físicos que virão do não aprendizado – e, desta forma, buscará obedecer às regras do seu novo ambiente. Desta forma, visto de fora, pode-se presumir que um condenado de bom comportamento está se ressocializando para a vida em sociedade, quando, em verdade, ocorreu um processo inverso, de prisionização²⁴⁹.

Percebe-se que é impossível pretender que o indivíduo se torne uma pessoa melhor nesse meio carcerário. Zaffaroni et al.²⁵⁰, resume de forma clara o paradoxo de pretender que o indivíduo se adapte à vida em sociedade sendo retirado dela:

É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de ideologias **re**: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.

Há que se considerar que a pena aplicada sob o pretexto de ressocializar o preso e evitar a futura prática de crimes, na realidade, terá uma função retributiva²⁵¹. As instituições carcerárias não podem ser consideradas no seu papel supostamente almejado, de simples segregação dos condenados. É de conhecimento geral que as penas não cominadas sofridas nos presídios são aquelas verdadeiramente perversas. Nas prisões, os riscos de homicídio e suicídio são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade²⁵², em decorrência de uma realidade

²⁴⁷ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

²⁴⁸ MARCÃO; MARCON, *op. cit.*, p. 16-17.

²⁴⁹ PIMENTEL, M. P. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 158.

²⁵⁰ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

²⁵¹ SULIANI, *op. cit.*, p. 87.

²⁵² ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

imposta aos presos de abusos sexuais, ausência de contato com seus amigos e familiares, corrupção, doenças contagiosas²⁵³ e falta de medicamentos, carências alimentares e higiênicas, maus-tratos, tédio, etc.

Tais aspectos do cárcere não podem simplesmente ser ignorados sob uma teoria de finalidade da pena que se pretende ressocializante. A pena de privação da liberdade é, da forma como aplicada, uma pena corporal também²⁵⁴. Inclusive, a pena passa da pessoa do condenado, eis que aqueles que desejam visitar um indivíduo preso muitas vezes se submetem a situações humilhantes e vexatórias, como as inspeções prévias à entrada nos estabelecimentos prisionais²⁵⁵. Essa realidade, somada à grande distância das prisões, faz com que cada vez menos a família do condenado o visite, o que, ao contrário de ressocializá-lo, leva a desadaptação e perda dos vínculos familiares²⁵⁶.

Assim, a prisonização acontece para muito além da sentença, podendo representar, na prática, pena de morte do indivíduo condenado. Daí se percebe a completa ausência de legitimação de qualquer teoria da pena que se pretenda ressocializante, por sua natureza paradoxal²⁵⁷. Quando uma instituição não cumpre sua função, não deve continuar sendo empregada. O discurso das teorias da prevenção especial positiva é completamente dissociado da realidade, identificando a pena como um bem moral ou psicofísico para o condenado, e ignorando sua natureza dolorosa e criminalizante²⁵⁸. Desta forma, o discurso correicionalista é usado com a finalidade de encobrir a natureza retributiva e especial negativa realmente atribuída pena, da forma como é aplicada atualmente²⁵⁹.

O indivíduo que sofre a realidade da pena privativa de liberdade, portanto, não será reeducado e ressocializado para a vida em sociedade. Pelo contrário, ele deixará a prisão embrutecido, com uma bagagem criminal provavelmente maior do que possuía quando de sua

²⁵³ As contaminações infecciosas chegam a alcançar 80% dos presos provisórios. Cf. *Ibid.*, p. 126.

²⁵⁴ A privação de liberdade no estado em que se encontram as prisões desencadeia processos de deterioração física e psicológica (depressão, falta de higiene, toxicomania, síndrome de imunodeficiência adquirida, hepatite, tuberculose...). Cf. SULIANI, *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 87.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 87.

²⁵⁷ A pena deve causar arrependimento, compreensão e regeneração, ou seja, uma mudança de atitude que garanta pelo menos uma adaptação externa à ordem legal. A empiria do cotidiano prisional indica naturalmente que tais efeitos são improváveis – ainda que ocorram de tempos em tempos casos individuais nos quais os resultados desejados realmente se verificam. A experiência aponta, ao contrário, que na prisão prisioneiros potencialmente de boa vontade são justamente socializados no meio criminoso de modo duradouro, internalizando seus valores e atitudes, para só aí formar realmente sua identidade delinqüente. Em vez de defrontar-se internamente com seu ato, o prisioneiro acaba em uma situação de embrutecimento e indiferença, especialmente em casos de prolongada privação de liberdade. Cf. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 196.

²⁵⁸ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

²⁵⁹ CARNELUTTI, F. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994. p. 436.

condenação – para se proteger das violências prisionais, é comum que os condenados se unam a gangues – sem contar que terá permanente raiva do sistema que lhe causou tamanha aflição. Isso, somado ao fato de que será para sempre estereotipado como criminoso, o que dificultará que encontre emprego e que volte ao convívio social, praticamente garante a reincidência no crime. Nesse contexto, a pena se negativa a si mesma, nas hipóteses de não conseguir a conversão ou recuperação do condenado²⁶⁰. Nas palavras de Ferrajoli²⁶¹:

Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo.

As teorias da prevenção especial positiva ainda hoje possuem grandes defensores que as identificam como as teorias que melhor definem a finalidade da pena. Por certo, as versões atuais se apresentam mais sofisticadas do que aquelas que lhes deram base. Contudo, ainda não conseguiram superar os grandes problemas intrínsecos à uma teoria que envolve buscar modificar a forma de pensar e agir de um indivíduo para com isso alcançar o bem maior de redução de crimes.

3.2.4 A prevenção especial negativa

A prevenção especial negativa, como já analisada, ainda que não profundamente, no tópico passado, é direcionada também à pessoa do criminoso, e não à sociedade em geral. Desta forma, não é visada a intimidação dos membros da sociedade para que deixem de cometer crimes, nem o reforço à ordem jurídica através da condenação penal. O que buscam as teorias da prevenção especial é impedir que o indivíduo delinquente volte a cometer novos crimes, ou seja, buscam evitar a reincidência.

Ainda que ambas visem o indivíduo criminoso, a teoria da prevenção especial negativa não busca reeducar essa pessoa, nem transformá-la em uma pessoa melhor, mas sim neutralizá-la, impedir materialmente que ela cometa outros crimes. Esse projeto pode ser alcançado através de sua segregação física pela pena privativa de liberdade, por monitoramento constante de suas ações, pela castração de condenados por crimes sexuais²⁶², etc. Por consequência lógica, em última instância, poderá ser aplicada a pena de morte. Assim, o indivíduo considerado inferior

²⁶⁰ BETTIOL, G. **O problema penal**. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 183.

²⁶¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 219.

²⁶² CARMONA; CARMONA, *op. cit.*, p. 119.

deveria ser impedido fisicamente da prática penal, alcançando dessa forma um bem para o corpo social²⁶³. Neste projeto, o objetivo de impedir o delinquente de voltar ao crime implicaria, de igual modo, que sua pena deveria ser tão aflitiva que o medo de ser submetido a ela novamente o mantivesse na legalidade.

Como mencionado anteriormente, as teorias da prevenção especial são profundamente interligadas, estando quase sempre unidas na literatura²⁶⁴. Em virtude disso, em regra não se identificam projetos que visam exclusivamente a prevenção especial negativa. Ela é, pelo contrário, utilizada quando um indivíduo determinado não pode ser melhorado pela prevenção especial positiva, ou seja, quando se tratar de um criminoso incorrigível²⁶⁵. Assim, se determinado criminoso não pode ser reabilitado, deverá então ser neutralizado ou eliminado²⁶⁶. Desta forma, percebe-se que as teorias negativas também visam a utilização do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas para impor uma moral dominante aos delinquentes, transformando suas personalidades, ainda que pelo medo, ou, quando esse projeto se mostrar infrutífero, utilizando técnicas de amputação para a melhoria social²⁶⁷.

Assim como a prevenção especial positiva, as teorias da neutralização se apoiam na periculosidade individual, considerando o indivíduo criminoso como inferior aos membros normais da sociedade e buscando sua eliminação. Para tanto, carregam o mesmo ideal de penas necessárias²⁶⁸, que devem ser aplicadas com base no caso específico de determinado criminoso, pelo tempo que for necessário à finalização de sua periculosidade.

Na prática, sendo certo, como amplamente visto acima, que as penas reeducativas são absolutamente ineficazes, alcançando em realidade um resultado oposto ao pretendido, a neutralização se imporia em todos os casos. Zaffaroni et al.²⁶⁹, criticam, sarcasticamente, que ao menos as teorias da prevenção especial negativa seriam aptas a alcançar sua finalidade preventiva, eis que a pena de morte ou demais impedimentos físicos conseguem de fato evitar que o mesmo criminoso retorne ao crime.

A maior parte das críticas realizadas às teorias da prevenção especial positiva também podem ser utilizadas para a prevenção especial negativa. Para evitar a repetição, far-se-á apenas breves apontamentos de alguns dos problemas visíveis nas teorias especiais negativas. Remete-se o leitor, portanto, ao tópico anterior.

²⁶³ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 127.

²⁶⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 213.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 213.

²⁶⁶ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 127.

²⁶⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 213.

²⁶⁸ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁹ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 127.

Por certo, percebe-se claramente que as teorias da neutralização traduzem grande potencial de direcionamento ao direito penal máximo, eis que não haveria qualquer argumento apto a impedir a imposição, em última instância, da pena de morte para todos os delitos, independentemente de sua gravidade. Ademais, se o propósito da pena é eliminar o perigo traduzido por um indivíduo delincente, impedindo que ele volte a cometer crimes, ele poderá ser submetido à grande sofrimento, de forma que o terror do retorno à punição penal o impedisse, permanentemente, de contrariar as leis²⁷⁰.

Ademais, como a imposição da pena tem, para essas teorias, seu fundamento exclusivo na periculosidade do agente, poderia ele ficar submetido indefinidamente ao poder estatal²⁷¹, pois não seria possível, de antemão, determinar quanto tempo um indivíduo específico precisaria permanecer sendo punido antes que cessasse sua propensão ao crime²⁷².

Considerando, ainda, que as penas seriam apenas fundamentadas pela necessidade de proteger a sociedade de indivíduos perigosos, nada impediria a adoção de um direito penal de autor²⁷³. Assim, caso o delincente seja considerado muito perigoso, não importará se seu crime foi apenas um furto, ele deverá ser punido com mais severidade do que um indivíduo menos perigoso que cometeu um crime de homicídio doloso. Afasta-se, portanto, a proporcionalidade entre os delitos e as penas²⁷⁴.

Ainda, há que se destacar que as teorias da prevenção especial negativa também não possuem uma resposta para justificar a punição de indivíduos que cometeram crimes sob circunstâncias irrepetíveis, e que não houvesse chance de reincidência. Lembra-se, aqui, o exemplo dado por Roxin²⁷⁵ dos assassinos nos campos de concentração durante o holocausto.

Uma outra crítica realizada, ao nível teórico, às teorias da prevenção especial negativa, é que a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, que apenas impede o comportamento²⁷⁶. Isso porque tal impedimento fere a

²⁷⁰ “[A pena] deve, como no esquema de estímulo e reação do behaviorismo, constituir um contra-estímulo suficientemente intensivo para impedir, como que de modo reflexo, que o delincente futuramente leve a cabo a prática do ilícito penal planejado. Ou ela deve, pelo menos, pôr em marcha um cálculo estratégico, no sentido de um cálculo da relação custo-benefício, segundo o qual o crime não compensa, porque os custos (pena) são mais altos do que o ganho esperado com a prática do ilícito penal”. Cf. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 195.

²⁷¹ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

²⁷² “Com isso ela novamente se desprenderia de uma relação proporcional à conduta e ao tipo e grau de culpa para ter em vista apenas as atitudes do autor do ilícito, a serem futuramente dominadas. Por conseqüência, cada autor deveria ser punido de modo diverso pela prática do mesmo ilícito penal. A variante baseada sobre um cálculo racional da relação custo-benefício tem o problema de que na realidade quase nenhum autor de ilícitos penais se comporta, ou poderia comportar-se, de modo tão racional”. Cf. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 195.

²⁷³ PRADO, *op. cit.*, p. 5.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 5.

²⁷⁵ ROXIN, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁶ ZAFFARONI, *et al.*, *op. cit.*, p. 128.

dignidade da pessoa humana, que tem direito à autodeterminação. Para que se possa justificar a simples neutralização ou eliminação de um indivíduo pelo bem maior dos demais membros da sociedade, é necessário que se pense nele como ser inferior, defeituoso e incorrigível²⁷⁷. A característica do poder punitivo nesta visão é sua redução à coerção direta administrativa²⁷⁸, tendo em vista que ambas serviriam apenas para neutralizar um perigo atual.

3.3 O DIREITO PENAL MÍNIMO E A FINALIDADE DA REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA

Como analisado amplamente nos tópicos anteriores, as teorias da pena clássicas de prevenção de delitos não conseguem justificar a aplicação de sanções penais sob uma perspectiva garantista. Pelo contrário, elas são mais aptas a legitimar modelos de direito penal máximo, nas quais o condenado sofre arbítrios e excessos. Identificando esse contexto, Luigi Ferrajoli desenvolveu sua própria teoria sobre a finalidade da pena, buscando encontrar uma solução para os múltiplos problemas das teorias anteriores.

A teoria do jurista italiano defende a forma jurídica da pena, rechaçando posturas abolicionistas e substitutivas²⁷⁹. A concepção de finalidade da pena desenvolvida por ele visualiza um conflito que surge tanto do crime quanto da aplicação da pena, entre o indivíduo delincente e os demais membros da sociedade. Por um lado, tem-se que a finalidade de máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes. Por outro lado, tem-se a finalidade do mínimo sofrimento necessário a ser imposto à minoria formada por desviantes²⁸⁰.

Caso seja tomado por pressuposto apenas a primeira dessas finalidades, que visa ao interesse de segurança social, não seria possível garantir ao autor de um crime qualquer limite quando da aplicação de sua pena. Nesse problema recaem as teorias da prevenção geral e especial, tanto as positivas quanto as negativas. As teorias da ameaça penal, da integração social,

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 128.

²⁷⁸ A coerção direta implica uma intervenção na pessoa, ou em seus bens, que pode ter efeitos irreversíveis. É empregada ante um iminente perigo de lesão, ou porque urge interromper uma que se acha em curso. Pouco importa que o risco dependa, ou não, de uma ação humana, ou mesmo seja esta delituosa etc.: seu pressuposto é a mera existência do perigo. [...] A coerção direta instantânea ou imediata não é outra coisa senão o estado de necessidade ou a legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público. A autoridade administrativa competente tem o dever de intervir e sua coerção está legitimada dentro dos limites assinalados. A partir, porém, do momento em que cesse o perigo, a coerção passa a ser punitiva, a menos que seja ela mantida para impedir o retorno imediato da situação perigosa. A coerção que se exerce só para deter uma pessoa e submetê-la a um processo penal é punitiva. [...] O ilusionismo do estado de polícia se vale da emergência penal, elevando qualquer risco culturalmente crível à categoria de mal cósmico, a fim de transformar ideologicamente todo o exercício do poder punitivo *ex post facto* em poder de coerção direta *in facto*. Cf. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 102-107.

²⁷⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 201.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 211.

do correccionalismo e da neutralização visam, sempre, a finalidade exclusiva de evitar a prática de novos crimes, em uma perspectiva que visa apenas o bem estar da sociedade, desconsiderando por completo o bem estar do indivíduo criminoso. Justamente por isso os modelos destacados acabam por permitir sua utilização em modelos de direito penal máximo, pois a única perspectiva traçada por eles é o *quantum* mínimo de pena a ser aplicada em cada caso.

Por outro lado, caso seja tomada em consideração a segunda finalidade delineada, de mínimo sofrimento necessário aos indivíduos que praticaram delitos, percebe-se que ela formará um sistema de limites máximos de aplicação de pena, pois seu foco é apenas os membros desviantes da sociedade. Assim, apenas seria justificada a imposição de qualquer sanção penal caso estas sejam limitadas ao mínimo necessário²⁸¹. Nas palavras de Ferrajoli:

Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais pervasivas e não liberais. Obviamente, o utilitarismo, se concebido neste sentido, não é garantia, de modo algum, diante do arbítrio potestativo, ao passo que se a finalidade é, também, aquela do mínimo sofrimento necessário na prevenção de males futuros, justificar-se-ão somente os meios mínimos vale dizer, o mínimo das proibições, o mínimo das penas e um mínimo de verdade judiciária, tal como se garante, segundo um esquema epistemológico já traçado, através de rígidas regras processuais.²⁸²

Tendo que este é o conflito que se impõe quando da prática de um crime e também quando da aplicação de uma pena, Ferrajoli conceitua as teorias da prevenção historicamente elaboradas como uma forma de “utilitarismo partido ao meio”²⁸³ que visa apenas a máxima felicidade do maior número de pessoas não desviantes, e é, em consequência, permeável a legitimar excessos quando da aplicação de pena. Como não é necessário qualquer cuidado com o indivíduo delinquente, as penas podem ser as mais atroz e longas, desde que alcancem o suposto bem dos demais membros da sociedade.

Ferrajoli, portanto, verifica que devem ser consideradas, simultaneamente, as duas finalidades opostas que podem ser conferidas à pena, quais sejam, aquela do máximo bem-estar

²⁸¹ *Ibid.*, p. 211.

²⁸² *Ibid.*, p. 211.

²⁸³ Em razão deste limite, que, por sua vez, depende do fato de que se confira à pena a finalidade única de prevenir os delitos, caracterizei o moderno utilitarismo penal como um utilitarismo partido ao meio, que diz respeito somente à máxima utilidade da maioria, exposto a tentações de autolegitimação autoritária e idôneo a fornecer critérios de deslegitimação, além daqueles de justificação, dos sistemas penais concretos e dos seus institutos singularmente considerados. Compreende-se que um utilitarismo, como este, voltando o direito penal unicamente para a finalidade do *ne peccetur*, orienta-lhe as escolhas para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos. Cf. *Ibid.*, p. 267.

possível dos não desviantes e aquela do mínimo mal-estar necessário dos desviantes²⁸⁴. Desta forma, o direito penal teria claros limites mínimo e máximo de aplicação de pena, não sendo possível, através desse modelo, justificar sanções penais que não sejam aquelas menos gravosas e aptas a alcançar os objetivos. Esse sistema não permitiria, em qualquer circunstância, a aplicação de penas que violem os direitos humanos, pois não haveria contraponto forte o suficiente de bem-estar generalizado que pudesse sustentar tal tipo de condenação.

Ainda, o mestre italiano identifica um outro objetivo que pode ser utilizado para determinar a pena mínima a ser aplicada em determinado caso. Seria a finalidade de prevenção, não de delitos, mas sim da reação informal, arbitrária e punitiva que a sociedade poderia praticar contra o autor de um crime, caso não fosse aplicada a ele uma sanção penal²⁸⁵. Tanto o ofendido quanto pessoas que a ele fossem simpáticas poderiam acabar por realizar males muito mais significantes ao criminoso, caso não fosse regulada juridicamente a pena. Em virtude dessa perspectiva, Ferrajoli critica o abolicionismo penal²⁸⁶, que não considera que a pena estatal veio, desde suas origens, impedir a vingança privada. Desta forma, a pena visaria não apenas proteger o indivíduo contra os arbítrios estatais e suas demonstrações cruéis, como também proteger o indivíduo dos arbítrios privados daqueles que objetivam vingança²⁸⁷. Nas palavras de Ferrajoli, “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”²⁸⁸.

O objetivo de tutelar, portanto, não apenas a pessoa do ofendido, mas igualmente o delinquentes contra as possíveis reações informais contra ele aplicadas, seria o cerne da nova teoria da pena de Ferrajoli:

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 267.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 268.

²⁸⁶ [Nosso] modelo de justificação consente uma réplica persuasiva, mesmo se condicionada, contingente, setorial e problemática, às doutrinas normativas abolicionistas. Se, de fato, tais doutrinas evidenciam os custos do direito penal, o modelo de justificação aqui, apresentado evidencia os custos, de um mesmo tipo mas virtualmente mais elevados, que podem advir não apenas para as pessoas em geral, mas, inclusive para os réus, da anarquia punitiva consequente à ausência do direito penal. Cf. *Ibid.*, p. 272.

²⁸⁷ Ferrajoli, cuja fundamentação da pena se orienta a uma prevenção geral negativa, sustenta a necessidade de se estabelecer não mais uma teoria do direito de punir, e sim uma fundamentação da limitação do direito de punir. Numa perspectiva denominada de utilitarismo reformado, retoma os postulados invocados por Beccaria de maior bem-estar possível ao maior número de cidadãos, aumentando-lhe na perspectiva de que se deve conter a intervenção estatal, a fim de causar o menor sofrimento possível aos desviantes. Assim, as finalidades da pena seriam a prevenção dos crimes e a prevenção das penas arbitrárias, razão pela qual sua aplicação deveria atender ao critério do minimamente necessário, inclusive como forma de proteger o delinquentes da reação social selvagem que decorreria da ausência de intervenção estatal. Sustenta o autor que a pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que existiriam na sua ausência. Cf. FREITAS, M. A. G. de. **Considerações acerca das funções da pena**. 2016. Monografia (Bacharel em Direito) — Faculdade de Direito, Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR), 2016, p. 16.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 268.

Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendido “pena” no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais.²⁸⁹

Ao assimilar a finalidade de mínimo mal-estar necessário dos desviantes àquela do máximo bem-estar da sociedade, percebe-se que esta última não desapareceu. Ainda será mantida a finalidade de prevenção geral dos delitos como essencial para o direito, por ser considerada, por Ferrajoli, a razão de ser primeira das proibições penais²⁹⁰. Não haveria que se falar em proibições penais caso não fosse necessária a tutela dos direitos dos indivíduos contra as agressões que outros possam cometer. Desta forma, as duas finalidades deveriam, sim, agir em conjunto, formando uma dupla função preventiva da pena, “tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas”²⁹¹. Assim seria alcançado tanto um limite mínimo quanto um limite máximo para as intervenções punitivas, que visariam tanto os interesses da sociedade em geral quanto os interesses daquele indivíduo que praticou um delito, ou mesmo daquele que apenas foi acusado da prática de um crime²⁹². Há que se admitir que, considerando as duas facetas legitimantes da pena, seria realmente possível falar de uma teoria da pena que visa, de fato, a redução da violência na sociedade como um todo, eis que a sanção penal também é, e deve sempre ser considerada, uma resposta violenta ao delito.

Ainda se considera que a finalidade primeira é dúbia, como foi previamente explicitado no tópico onde se tratou sobre as teorias da prevenção geral negativa, já que o homem não pode ser considerado um ser puramente racional que realiza, a todo momento, um cálculo de custo-benefício de seus comportamentos²⁹³. Ainda há um sério problema demonstrativo da prevenção geral negativa, eis que não é possível comprovar que o homem realmente deixa de cometer delitos em virtude do medo de uma sanção criminal. Ademais, mesmo que se considere que alguns indivíduos de fato evitam a prática delituosa por medo das punições, por certo não é possível generalizar esse efeito, e mais, não é possível determinar com certeza que seu medo advém mais da sanção penal propriamente dita do que da ameaça de perda de status social.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 268.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 269.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 269.

²⁹² *Ibid.*, p. 269.

²⁹³ ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 117.

Contudo, não há, atualmente, como se conceber uma forma de organização social que prescindia da tipificação penal de condutas que lesem direitos alheios, e esse processo de tipificação de condutas proibidas traz, intrinsecamente à sua formação, uma forma de ameaça penal, através do ato de cominar qualquer sanção que seja à realização de uma conduta. Da mesma forma que não se pode generalizar esse efeito, também não é possível desconsiderá-lo por completo.

Contudo, é justamente pela fraqueza da primeira finalidade que se mostra necessário manter também a segunda, eis que essa se mostra muito mais idônea em satisfazer seu objetivo, ainda que por meio de aplicação de penas puramente simbólicas²⁹⁴. A segunda finalidade, que é quase sempre ignorada ou desconsiderada, é na verdade aquela que consegue ser suficiente, se considerada sozinha, para moldar um direito penal mínimo e garantista, capacidade essa que, como já explanado, foge completamente à teoria geral negativa. Ainda, há que se considerar uma outra vantagem que apenas a segunda finalidade consegue alcançar, motivo pelo qual não pode ser considerada a primeira finalidade individualmente. Nas palavras de Ferrajoli:

Mais ainda: somente o segundo objetivo, ou seja, a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, é válido para distinguir o direito penal dos outros sistemas de controle social – de tipo policialesco ou disciplinar, ou talvez até terrorista – que, de forma mais ágil e provavelmente mais eficiente, teriam condições de satisfazer o objetivo da defesa social, em relação ao qual o direito penal mais do que um meio revelase um custo, ou ainda, em se desejando, um luxo próprio das sociedades evoluídas.²⁹⁵

Deste modo, quando se considera que a pena também é uma forma de violência, há que se considerar que ela também deve ser reduzida pela lei penal, que deve buscar impedir que as vítimas de crimes ou demais pessoas afetadas busquem o exercício das próprias razões²⁹⁶. A pena deve ser voltada para a redução da violência gerada pela criminalidade, mas também para a redução da reação social gerada pela criminalidade. Por certo, o atual cenário conturbado da sociedade brasileira em sua busca pela redução da criminalidade demonstra essa necessidade de forma cristalina.

Assim, as duas finalidades agem em conjunto, como uma forma de programa político do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

Em suma, Ferrajoli encontra a finalidade do direito penal em sempre proteger o mais fraco²⁹⁷. No momento da criminalização das condutas e da prática do crime, a parte mais fraca é a vítima, devendo o direito penal se voltar à sua proteção. Contudo, após a prática do delito,

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 269.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 270.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 270.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 270.

quando da investigação, processo, condenação e cumprimento de pena, a parte mais fraca da relação é o autor do crime, devendo então o direito penal se voltar à redução da violência cometida contra ele.

É claramente perceptível que a teoria sob apreço se exime das críticas apontadas às teorias anteriores. Primeiramente, tem-se que esta teoria tem o mérito de não confundir o direito com a moral²⁹⁸. Aqui, não será visado reforçar o direito positivo para os demais membros da sociedade, nem fazer com que o autor de um crime internalize esse sistema, sendo reeducado, ou mesmo adestrado dessa forma. O direito penal, para a teoria de Ferrajoli, nada mais é que um sistema que visa reduzir os conflitos e a violência na sociedade através da cominação de penas para condutas que lesem direitos alheios bem como da aplicação conforme a dignidade da pessoa humana para os indivíduos que cometem crimes.

Ademais, a teoria se sustenta frente às perguntas de “por que proibir” e de “por que punir”, através de duas finalidades separadas, mas concorrentes²⁹⁹. Em um primeiro momento, é necessário proibir condutas para que um indivíduo não possa lesar direitos alheios, o que demonstra claramente o princípio da lesividade. Em um momento posterior, esse indivíduo é punido pela quebra das normas proibitivas, mas tendo sempre sua punição guiada pelo mínimo de sofrimento que pode a ele ser causado em virtude de sua conduta contrária ao direito.

Por certo, através da soma da segunda finalidade à pena, esse modelo afasta qualquer possibilidade de legitimação de modelos de direito penal máximo³⁰⁰, eis que a violência cometida contra o autor do delito deverá ser sempre a mínima possível. Nesse sentido:

Em particular, [a teoria da redução da violência] reconhece que a pena, em razão do seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.³⁰¹

Outro mérito da teoria consiste em não utilizar o indivíduo como meio para fim alheio a ele mesmo, de forma que não pode ser aplicada a objeção kantiana da utilização de pessoas como coisas³⁰². A pena, aqui é utilizada também em favor do indivíduo delinquente, que terá

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 271.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 271.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 272.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 272.

³⁰² Contrariamente ao parâmetro utilitarista da prevenção geral dos delitos, que não permite excluir que a supressão de um delinquente possa em algum caso ser útil às exigências da defesa social, a ulterior finalidade utilitarista da **prevenção das penas extralegais e excessivas**, ao estar referida à utilidade da pessoa do réu, impõe a

seus direitos garantidos através da sua aplicação, ao contrário do que é visado pelas demais teorias da pena analisadas.

consideração desta última, de conformidade com o segundo princípio kantiano da moral, não como um meio senão como um fim. E resulta por isso um argumento não só pertinente, mas também decisivo e incondicionado em favor da humanidade das penas, no sentido de que toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida é o limite máximo não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias. Cf. *Ibid.*, p. 318.

4 CONSEQUÊNCIAS DA PERDA DE MEMÓRIA PÓS-CRIME PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO: AINDA HÁ OBJETIVO EM PUNIR?

O objetivo do presente trabalho é, conforme já introduzido, analisar quais devem ser as consequências penais para o caso de um indivíduo que, após cometer um crime, perde a memória, não conseguindo mais se recordar do delito praticado.

Até o presente capítulo, foram introduzidos conceitos relevantes para se chegar à essa almejada resposta. Inicialmente, foram identificadas as diversas possíveis causas de amnésia, bem como alguns testes desenvolvidos para buscar averiguar a veracidade das declarações de indivíduos que alegam perda de memória após a prática de um crime. Ainda, foram brevemente analisadas as teorias da finalidade da pena, para demonstrar o motivo da escolha da teoria de Ferrajoli na análise dos objetivos da sanção penal.

Contudo, para alcançar o objetivo de identificar o melhor tratamento jurídico para a amnésia pós-crime, é necessário ainda analisar as consequências atuais da legislação brasileira para casos de perda de memória pós-crime, verificando se são suficientes e compatíveis com uma proposta de direito penal garantista. De pronto, adianta-se que o Código de Processo Penal é extremamente lacônico quanto ao tema: nele, é brevemente descrita a consequência da doença mental posterior ao crime, nada sendo falado com relação especificamente a réus ou condenados amnésicos.

Será preciso, também, identificar outras propostas de formas de tratar a amnésia criminal vigentes na legislação internacional, buscando analisar outras formas de lidar com esse problema, para que possa ser encontrada uma solução adequada ao sistema brasileiro. Essa busca será realizada, especialmente, nos sistemas de Common Law, que há anos vêm buscando desenvolver a melhor forma de solucionar casos que envolvem um réu amnésico.

Posteriormente, após identificar a conclusão do tratamento internacional mais adequado aos réus que sofrem de perda de memória, será comparado tal ideal com a realidade penal e processual penal brasileira, momento no qual será feita uma proposta, de *lege ferenda*, de forma a buscar compatibilizar o ordenamento jurídico nacional com o sistema penal garantista.

4.1 ANÁLISE DA “COMPETENCY TO STAND TRIAL” DOS SISTEMAS DE COMMON LAW

Em sistemas de Common Law, assim como em sistemas de Civil Law, a responsabilidade criminal diferencia atos intencionais de acidentes. Desta forma, para que uma conduta seja punível, é necessário um ato voluntário. Contudo, também se requer, além da voluntariedade da ação, que esteja presente também o que se chama de *mens rea*, isto é, mente culpada. Para que se afira a responsabilidade penal de um indivíduo que cometeu um ato lesivo, portanto, é preciso que ele também apresente uma mente culpada. Este tratamento pressupõe, colocando em termos simples, que nenhum réu deve ser responsabilizado criminalmente sem uma constatação de culpa³⁰³. Justamente por isso, há muito é discutida a possibilidade de se condenar ou executar a pena de um indivíduo que não se recorda do crime que supostamente cometeu, já que a ele faltaria o pressuposto da *mens rea*.

Apesar da frequência com que a amnésia é invocada em casos criminais em países de Common Law³⁰⁴, até hoje a amnésia não é considerada como uma linha de defesa separada. Ela pode ser utilizada como base para incompetência para responder ao processo e ser julgado, ou mesmo como uma defesa de insanidade³⁰⁵. Desta forma, ainda é possível alegar a perda de memória como uma estratégia de defesa válida, mesmo que não separada de outros institutos. Por certo, a amnésia não se encaixa perfeitamente na estrutura de defesa da insanidade, porque, ao contrário da insanidade, que é anterior ou contemporânea à conduta em questão, muitos tipos de amnésia se desenvolvem após a conduta criminosa³⁰⁶. Justamente por isso, aqui será primariamente estudada a amnésia como estratégia de defesa de incompetência para responder ao processo, sendo apenas tecidos alguns comentários sobre a amnésia como defesa de insanidade.

Nos Estados Unidos, garantir que o réu possui competência para responder ao processo é uma das exigências do devido processo legal garantido constitucionalmente. Um grande caso paradigmático sobre o tema é *Dusky v. United States*³⁰⁷. Nesse caso, a Suprema Corte estadunidense definiu que, para um acusado ser considerado competente para enfrentar o tribunal, ele

³⁰³ GO, *op. cit.*, p. 194.

³⁰⁴ Conforme já mencionado neste trabalho, a recorrência da amnésia relacionada ao crime é objeto de diversos estudos, que buscam determinar a exata porcentagem de casos onde essa linha de defesa é utilizada. É tarefa difícil chegar a uma cifra exata, mas as estimativas existentes atualmente são consistentes, chegando com frequência aos 30% em casos de homicídios. Nos casos de outros crimes violentos, a porcentagem é mais reduzida, porém ainda significativa, ficando abaixo dos 10%. Alguns autores já chegaram a identificar uma porcentagem consideravelmente mais alta. Em uma amostra de 30 casos, 65% dos acusados de homicídio alegaram amnésia relacionada ao crime. Cf. SCHACTER, *op. cit.*, 1986, p. 288.

³⁰⁵ Normalmente, em casos de amnésia dissociativa será considerada a defesa da insanidade. Por outro lado, casos de amnésia orgânica são usualmente utilizados como defesa de incompetência para responder a processo. Por certo, contudo, que não se trata de uma regra imutável.

³⁰⁶ GO, *op. cit.*, p. 197.

³⁰⁷ Dusky era um homem de 33 anos quando foi preso, acusado de estupro. O homem sofria de reação esquizofrênica, tipo indiferenciado crônico, e havia bebido duas garrafas de vodka e tomado tranquilizantes no dia. Dusky foi inicialmente considerado culpado, e a condenação foi mantida no oitavo circuito do

precisa ser capaz de se consultar com seu advogado, auxiliando este na sua defesa, bem como ser capaz de entender racionalmente o processo que está se desenvolvendo contra ele³⁰⁸. Essa é a filosofia original da *competency to stand trial*³⁰⁹, na qual já é possível visualizar os impactos da perda de memória para o processo penal. Em *Dusky v. United States*, ficou determinado que a capacidade do réu de se lembrar do momento do crime (fosse ele mesmo o culpado ou estivesse ele em outro lugar) e relatar o incidente sob investigação deve ser uma consideração fundamental na determinação da competência³¹⁰.

A Academia Americana de Psiquiatria e Direito (*American Academy of Psychiatry and the Law*), doravante AAPL, produz diretrizes para casos onde doenças mentais ou perda de memória estão envolvidas em um processo. Essas diretrizes envolvem documentos elaborados que tratam do procedimento a ser adotado para verificar a deficiência psiquiátrica, sobre o que pode ser considerado doença mental ou incompetência para responder ao processo, contendo até diretrizes éticas.

No que concerne aos requerimentos dos psiquiatras quando de uma avaliação do estado mental do acusado, deve ser realizada uma ampla variedade de perguntas, para que se possa determinar plenamente o conhecimento geral do réu sobre o processo penal, sua compreensão de assuntos específicos de seu próprio caso, assim como sua capacidade de conferência com o advogado de defesa³¹¹.

Caso o réu não consiga se recordar de onde estava, o que estava fazendo, etc, quando do crime, ele não será capaz de desenvolver uma boa estratégia de defesa, motivo pelo qual é afastada sua competência. Nesse sentido:

Como o processo contraditório usado no sistema de justiça criminal americano pressupõe uma disputa equilibrada e justa entre a acusação e a defesa, é crucial que o réu possa participar plenamente desse processo, pelo menos com a mediação e

Tribunal de Apelações dos Estados Unidos. Contudo, em sede de apelação à Suprema Corte, foi definido que não é possível determinar que um acusado é mentalmente competente apenas porque está orientado no tempo e no lugar e tem alguma lembrança dos eventos, sendo necessário que se faça um teste que conclua que ele tem capacidade atual suficiente para consultar seu advogado com um grau razoável de compreensão, e se ele tem uma compreensão racional e factual do processo contra ele. Cf. *DUSKY v. United States*, 362, U.S. 402 (1960). **University of Virginia: Juvenile Competency Attainment Research & Development Center**, Virginia, [200?]. Disponível em: <https://juvenilecompetency.virginia.edu/legal-precedents/dusky-v-united-states>. Acesso em: 30 ago. 2022.

³⁰⁸ GO, *op. cit.*, p. 197.

³⁰⁹ A amnésia para delitos graves tem implicações legais importantes nos contextos de competência para ser julgado e responsabilidade criminal. De acordo com o padrão de competência estabelecido por *Dusky v. U.S.*, a amnésia pode tornar um réu incompetente para ser julgado porque a perda de memória para os eventos o impediria de ter um grau razoável de compreensão racional e restringiria sua capacidade de auxiliar o advogado em a preparação de sua defesa. Cf. *BOURGET; WHITEHURST, op. cit.*, p. 474.

³¹⁰ PORTER, *et al., op. cit.*, p. 3.

³¹¹ *Ibid.*, p. 502.

assistência de um advogado. Presume-se que uma pessoa que se apresenta perante o tribunal como acusada é capaz ou “competente” para ser julgada. Ou seja, presume-se que ele ou ela tenha “habilidade atual suficiente para consultar seu advogado com um grau razoável de compreensão racional... e (ter) uma compreensão racional e factual do processo contra ele” (*Dusky v. U.S.*, 362 U.S. 402; 1960). Se houver alguma razão para suspeitar que ele ou ela é deficiente em um ou ambos os critérios (e pode, portanto, ser “incompetente” para ser julgado), o tribunal deve tomar uma decisão quanto à competência do réu antes o julgamento pode prosseguir.³¹²

Desta forma, um réu que perdeu a memória com relação ao momento em que o crime foi cometido pode fisicamente conversar com seu advogado, mas não poderia identificar um alibi, nem produzir testemunhas sobre seu paradeiro ou sobre o que estava fazendo no momento. Desta forma, estaria prejudicada sua capacidade de demonstrar sua inocência, o que impediria a ampla defesa³¹³.

O caso de *Dusky*, portanto, deitou as bases para se avaliar a competência ou incompetência de um indivíduo acusado da prática de um crime. Foi o caso de *Wilson v. United States*³¹⁴, contudo, que avançou o desenvolvimento de critérios de aferição da competência para responder a processos. Esse é, também, o caso mais citado quando se refere à incompetência para responder ao processo em decorrência de amnésia. *Wilson* sofreu um grave ferimento na cabeça em um acidente de carro, enquanto supostamente tentava escapar da cena de um roubo. Ao recuperar a consciência, três semanas depois do acidente, *Wilson* não tinha qualquer memória dos eventos do crime ou do que estava fazendo quando o delito ocorreu³¹⁵.

Nesse caso, restou devidamente comprovado por médicos e psicólogos que o acusado tinha amnésia retrógrada permanente, e não seria, portanto, capaz de ajudar em sua própria defesa no sentido de se lembrar de qualquer um dos atos alegados na acusação. Ainda, restou demonstrado que *Wilson*, apesar de sua amnésia, tinha uma compreensão racional das acusações contra ele, que não sofria de transtorno mental e que, exceto pela amnésia e leves sequelas físicas do acidente, ele estava em boas condições de saúde.

Enquanto uma audiência inicial concluiu que *Wilson* estava de fato sofrendo de amnésia orgânica e era, portanto, considerado incompetente para responder ao processo, uma segunda audiência alterou o entendimento, considerando-o competente para ser julgado apesar de sua contínua incapacidade relatada de lembrar os eventos relevantes do crime. *Wilson* foi

³¹² HEININGER, B. L. Incompetency to stand trial: as status, as label, and as potential source of sentencing disparity. *Journal of Criminal Justice*, [S. l.], v. 10, p. 191-198, 1982. p. 191, tradução nossa.

³¹³ GO, *op. cit.*, p. 201.

³¹⁴ UNITED STATES OF AMERICA. *Wilson v. United States*, 391 F.2d 460, 463–64 (D.C. Cir. 1968). Circuit Judge: J. Skelly wright. Washington, D.C., 18 jan. 1968. Disponível em: <https://casetext.com/case/wilson-v-united-states-27>. Acesso em: 30 ago. 2022.

³¹⁵ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 474-475.

posteriormente julgado e condenado. Nessa decisão, o Tribunal de Apelações dos EUA, Circuito de DC, decidiu que a falta de memória para uma suposta ofensa não constitui automaticamente incompetência³¹⁶.

Esse caso, por se tratar somente de amnésia, fugindo portanto da defesa de insanidade mental, fez com que fosse necessário ponderar mais a fundo sobre a competência para responder ao processo. A Corte de Apelações Estadunidense chegou à conclusão que seis fatores deveriam ser levados em conta para avaliar se a amnésia relacionada ao crime afeta a competência de um indivíduo para ser julgado. Tais fatores são:

(1) Até que ponto a amnésia afetou a capacidade do réu de consultar e auxiliar seu advogado; (2) Até que ponto a amnésia afetou a capacidade do réu de testemunhar em seu próprio nome; (3) A extensão em que as provas no processo podem ser reconstruídas extrinsecamente; (4) Até que ponto o Governo auxiliou o réu e seu advogado nessa reconstrução; (5) A força do caso da acusação; (6) Quaisquer outros fatos e circunstâncias que indiquem se o réu teve ou não um julgamento justo.³¹⁷

Os fatores definidos no caso de Wilson, já demonstram a base da avaliação da competência para responder ao processo. Nesses casos, há que se levar em conta não apenas a amnésia reportada pelo acusado, mas também a capacidade de se comprovar sua culpa por outros fatores, bem como o efetivo nível no qual a perda de memória vai atrapalhar a defesa do réu no caso concreto.

Nos EUA, a perda de memória, além de poder levar um réu a ser considerado incompetente para ser julgado, também pode ser considerada como uma defesa de insanidade. Como a amnésia pode minar o requisito da *mens rea*, assim como a defesa de insanidade, os réus amnésicos às vezes sustentam sua condição sob a estrutura de insanidade, buscando alcançar uma internação em detrimento da pena privativa de liberdade³¹⁸.

A *mens rea* diz respeito tanto ao estado mental do acusado quando do processo penal, quanto quando da prática do crime. A amnésia para delitos graves tem especial relevância no âmbito da responsabilidade criminal, pois pode indicar automatismo, que se refere a comportamentos criminosos que não são controlados voluntariamente ou são executados sem intenção³¹⁹. Desta forma, a depender de qual é a fonte da amnésia, ela pode implicar que, no momento do crime, o acusado estava em um estado dissociativo, o que afastaria sua culpabilidade ou a tipicidade de sua conduta, em termos da legislação brasileira. No direito canadense,

³¹⁶ *Ibid.*, p. 474-475.

³¹⁷ GO, *op. cit.*, p. 197, tradução nossa.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 199-200.

³¹⁹ BOURGET; WHITEHURST, *op. cit.*, p. 474-475.

a defesa de automatismo pode ser considerada como tendo por base insanidade ou não-insanidade³²⁰. A defesa de automatismo por insanidade implicaria em uma disfunção cerebral orgânica na qual é afastada a voluntariedade da conduta por ausência de possibilidade de entender a ação ou de se determinar conforme esse entendimento. Tal forma de defesa poderia resultar na aplicação de uma medida de segurança. Por outro lado, a defesa de automatismo por não-insanidade trataria de um caso em que o crime é atribuído à ação involuntária devida a um comprometimento transitório do funcionamento mental que não decorre de uma doença da mente, como seria o caso, por exemplo, de um indivíduo que comete um crime durante um estado de sonambulismo. Nesses casos, a defesa poderia levar diretamente à absolvição³²¹.

Esses casos não se relacionam tanto com a defesa de amnésia, eis que a amnésia pode ocorrer também por causas posteriores à prática do crime, o que não afastaria a tipicidade da conduta nem a culpabilidade do réu. Para os propósitos dessa pesquisa, o ponto de foco serão os casos de defesa de amnésia gerando o afastamento da competência de responder ao processo, eis que a amnésia causada por insanidade já possui tratamento consolidado no direito brasileiro.

Há que se considerar, contudo, que a perda de memória é frequentemente descartada pelos Tribunais, que geralmente acreditam que o acusado está mentindo sobre sua amnésia. Justamente por isso trabalha-se tão avidamente em desenvolver um teste que consiga aferir a legitimidade das alegações de perda de memória. Todavia, tal assunto já foi tratado anteriormente, e não se voltará o foco para ele, por fugir do âmbito do presente estudo. O que é necessário destacar, nesse ponto, é que os Tribunais estadunidenses costumam argumentar que o réu amnésico ainda possui a capacidade de entender o processo que está respondendo, por estar com bom funcionamento mental, no que não diz respeito à perda de memória. A amnésia, portanto, não afeta sua inteligência e sua capacidade de compreensão de sua situação. No entanto, a exigência de que o réu deve ser capaz de “compreender o processo contra ele” deve incluir uma compreensão mais ampla e contextual do motivo pelo qual ele é acusado do crime – não apenas que ele é acusado³²². Apenas dessa forma ele realmente estará apto a influenciar significativamente o processo movido contra ele.

Retomando o ponto de competência para responder ao processo, por certo que, além das bases definidas no caso *Wilson v. United States*, ainda outros critérios já foram avaliados pela Suprema Corte estadunidense. Os problemas da competência envolvem também questões

³²⁰ *Ibid.*, p. 475.

³²¹ *Ibid.*, p. 475.

³²² *GO, op. cit.*, p. 201.

que precedem o julgamento, bem como questões que podem surgir após a sentença. De forma sintetizada:

A Suprema Corte considerou, de forma diversa, (i) a relação entre deficiência mental e a validade de uma confissão, (ii) os padrões de competência a serem empregados quando um réu criminal deseja renunciar a advogado ou se declarar culpado, e (iii) a constitucionalidade de executar um réu criminal que já foi competente para ser julgado, mas agora incompetente, e cada uma dessas áreas gerou uma geração de jurisprudência interpretativa e literatura crítica.³²³

Desta forma, antes do julgamento (*trial*), há que se verificar a validade da confissão do réu. Desde 1960 os precedentes das Cortes americanas vêm se consolidando no sentido de que nenhuma confissão poderá ser aceita caso seja verificado que o réu era mentalmente incompetente quando fez sua declaração³²⁴. Por certo, a simples deficiência mental de um acusado não é suficiente para garantir a invalidade de sua confissão, mas deve-se ter cuidado na hora de sua consideração, sendo necessário avaliar a totalidade das circunstâncias do momento.

Ademais, ainda que seja definido expressamente na lei estadunidense que um réu incompetente não pode ser sentenciado, não é muito claro o procedimento que deveria ocorrer caso sua incompetência venha a ocorrer entre o veredito de culpa do Júri e o momento do sentenciamento pelo juiz. Vem sendo utilizado o mesmo parâmetro da competência para responder o processo, mas esse entendimento varia a depender do tribunal³²⁵. Ademais, pelo menos uma Corte já decidiu no sentido de que não é possível realizar o exame de competência psiquiátrica do réu após o sentenciamento³²⁶.

Os problemas da incompetência se estendem, em verdade, muito além da sentença. O tratamento para réus que são considerados incompetentes para responder ao processo varia consideravelmente entre os Estados Americanos, sendo que nenhum deles se mantém impermeável a críticas.

O Estado de Oregon, nos Estados Unidos, definiu uma forma de tratamento legal para casos de incompetência baseada em insanidade que é duramente criticada. No caso de Donn Spinosa, um homem acusado de assassinato que foi considerado incompetente para responder ao processo, foi definido que ele passaria três anos no Hospital Estadual de Oregon, período

³²³ PERLIN, M. L. Beyond Dusky and Godinez: competency before and after trial. **Behavioral Sciences and the Law**, [S. l.], v. 21, p. 297-310, 2003. p. 299.

³²⁴ *Ibid.*, p. 300.

³²⁵ *Ibid.*, p. 307.

³²⁶ *Ibid.*, p. 307.

que não foi suficiente para que ele recuperasse a competência³²⁷. As acusações contra o acusado foram retiradas, mas ele foi civilmente internado no mesmo hospital. Após um período de quase dez anos, o hospital tentou dar alta ao paciente. Contudo, para evitar a soltura de Spinosa, as acusações foram refeitas, e ele foi enviado à penitenciária de Washington. Nesse novo processo ele foi novamente considerado incompetente e readmitido ao Hospital de Oregon³²⁸. O exame psicológico realizado definiu que era provável que Spinosa nunca recuperasse suas capacidades mentais, o que foi usado para que ele fosse novamente internado no Hospital sem prazo determinado³²⁹.

O caso da internação civil por prazo indeterminado trouxe à tona os problemas de acusados permanentemente incompetentes posteriores ao *leading case* de Jackson v. Indiana, que já havia definido, em 1972, que a incompetência para ser julgado não é, por si só, suficiente para justificar o *civil commitment*, uma vez que foi determinado que não há probabilidade substancial de restauração da competência³³⁰. Desta forma, de acordo com o caso de Jackson, caso um acusado fosse julgado incompetente para responder ao processo, mas não se mostrasse incapaz para viver uma vida normal, ele deveria ser novamente colocado no convívio social. Contudo, tal estatuto foi rejeitado em muitos Estados, pois a segurança pública poderia estar em perigo. Uma pesquisa realizada em 2021 demonstrou que, apesar do caso de Jackson não permitir a internação sem prazo para acusados incompetentes, dez Estados americanos não possuem prazo máximo para esses casos.

Outros trinta Estados possuem leis que especificam um tempo máximo de internação, que pode ser de um número determinado de anos ou uma porcentagem da pena máxima abstrata cominada ao delito do qual o indivíduo foi acusado. Por fim, dez Estados permitiam a internação indefinida, desde que estivessem presentes os requisitos da internação civil³³¹. A solução da internação civil é muito utilizada nesses casos, pois ela permite, na prática, que as mesmas consequências de um julgamento penal sejam aplicadas a um indivíduo, apenas por ele sofrer algum tipo de doença mental.

O Estado da Califórnia, especificamente, tem um longo histórico de alterações legislativas buscando alcançar uma solução para o problema da incompetência para responder ao

³²⁷ SIMPSON, J. R. When restoration fails: one state's answer to the dilemma of permanent incompetence. **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S. l.], v. 44, n. 2, p. 171-179, 2016. p. 171.

³²⁸ *Ibid.*, p. 171.

³²⁹ *Ibid.*, p. 171.

³³⁰ *Ibid.*, p. 172.

³³¹ *Ibid.*, p. 172.

processo. Através da análise do caso desse Estado pode-se demonstrar alguns dos pontos principais do debate. Contudo, adianta-se que a atual solução encontrada ainda é amplamente criticada.

Inicialmente, o Estado da Califórnia estava entre aqueles que não possuem limite máximo de internação, mesmo que o acusado seja civilmente capaz. Nesse Estado, os acusados de crimes graves podiam ser internados por um período de um ano, renovável quantas vezes forem necessárias. As únicas exigências da Lei Californiana eram que: 1) o réu fosse acusado de um crime violento enumerado; 2) o réu fosse incompetente para ser julgado; e 3) o réu não pudesse ser restaurado à competência³³². Todo o procedimento de internação do réu estava fora do âmbito judicial. Pelo que se percebe, a maior falha da forma com que o Estado da Califórnia lidava com a questão é que não era necessário sequer demonstrar um estado de periculosidade do réu que se mantinha, sendo necessário apenas que ele fosse acusado de cometer um crime.

Contudo, em 1967, o Estado da Califórnia aprovou o “*LantermanPetris-Short (LPS) Act*”, que alterava os requisitos de aplicação do *civil commitment* para pessoas com doenças mentais³³³. A partir dessa nova regulamentação, o *civil commitment* de pacientes só seria possível quando existe uma deficiência grave, que é caracterizada como a “condição na qual uma pessoa, como resultado de um transtorno de saúde mental, é incapaz de suprir suas necessidades pessoais básicas de alimentação, vestuário ou abrigo”³³⁴. Manteve-se a internação pelo período de doze meses. Aqui, chama-se atenção para o fato de que sequer esse contorno poderia ser aplicado para casos de perda de memória que diferem de casos de incapacidade ou doença mental.

Após o caso de Jackson, referido acima, o Estado alterou sua lei que trata da incompetência para ser julgado. Foi definido, por esta alteração legislativa, que o tempo máximo de internação de um réu após ser considerado incompetente seria de três anos, ou a pena máxima abstrata cominada ao delito, o que fosse menor³³⁵. Após esse período, mantendo-se a incompetência, ele deveria ser solto ou, caso se enquadrasse nos critérios do *LPS Act*, poderia ser aplicado o *civil commitment*.

Posteriormente, foi aprovada uma nova Lei, a *Assembly Bill 1529*, que novamente alterou a definição legal da deficiência grave para propósitos de réus acusados de crimes a serem civilmente internados. Paralelo aos requisitos originais de incapacidade de suprir suas

³³² *Ibid.*, p. 172.

³³³ *Ibid.*, p. 173.

³³⁴ *Ibid.*, p. 173.

³³⁵ *Ibid.*, p. 173.

necessidades pessoais básicas de alimentação, vestuário ou abrigo advinda de uma doença mental, seria também possível aplicar o *civil commitment* a um réu que permanece incompetente após o período de três anos, caso ele tenha sido acusado de um crime envolvendo morte, grande dano corporal ou uma séria ameaça ao bem-estar físico de outra pessoa³³⁶. Para esses delitos de maior gravidade, os réus não precisariam ser incapazes de se manter sozinhos, bastando o único requisito de serem acusados. Esse tipo de internação ficou conhecido como *Murphy Conservatorship*, que pode ser bem traduzido como tutela de Murphy, nome do autor da lei³³⁷.

Essa nova lei se provou muito controversa nos Tribunais Californianos, levantando discussões sobre a possibilidade de aplicar uma tutela civil a um réu que, por ser incapaz de responder ao processo, sequer foi condenado³³⁸. Ainda, permaneceu existindo o problema da internação por tempo indeterminado, ainda que fosse uma internação civil com bases penais. Por outro lado, muitos argumentam em favor da tutela de Murphy, por considerarem que seria mais apropriado internar indefinidamente um inocente acusado de crimes graves do que permitir que ele fosse solto e se mostrasse um perigo para a sociedade. Esse argumento é especialmente utilizado com frequência em casos que envolvem violência sexual³³⁹.

De todo modo, a maior crítica à tutela de Murphy é sua completa ausência de mecanismos que podem estabelecer a culpa ou inocência do acusado, de modo que na prática poderá levar à internação por tempo indeterminado de pessoas que sofrem de doenças mentais mas nunca cometeram nenhum crime.

Frente às discussões que se apresentaram, a Ordem dos Advogados Americanos (*American Bar Association*) produziu um documento de quase quinhentas páginas que trazia recomendações de parâmetros a serem aplicados em casos de doenças mentais no direito penal³⁴⁰. Especificamente, no que diz respeito à incompetência para julgamento, a recomendação é de que após o período determinado de tentativa de restauração da competência deveria ser realizada uma audiência para determinar se o réu pode ser considerado permanentemente incompetente. Caso positivo, e caso ele tenha sido acusado de um delito que envolve violência ou grave ameaça de lesão corporal grave, deveria então ser realizada uma nova audiência, na qual seria avaliada a culpa do réu³⁴¹. Caso fosse julgado culpado nessa audiência, seria adotado um procedimento semelhante àquele adotado em casos de réus

³³⁶ *Ibid.*, p. 173.

³³⁷ *Ibid.*, p. 173.

³³⁸ *Ibid.*, p. 174.

³³⁹ *Ibid.*, p. 176.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 176.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 176.

absolvidos por razões de insanidade. Por outro lado, caso o réu fosse acusado de um crime que não envolve violência ou grave ameaça de lesão corporal grave, ele deveria ser solto ou internado civilmente³⁴².

Contudo, de plano percebe-se que a recomendação realizada pela Ordem dos Advogados Americanos acaba por ser extremamente paradoxal. O objetivo visado é resolver o problema da incapacidade para responder ao processo, que envolve a impossibilidade de o réu de ser julgado, justamente porque não pode praticar a ampla defesa ou entender as acusações feitas contra ele. A solução encontrada pela Ordem é de primeiro verificar a permanência da incompetência e, em caso positivo, realizar uma audiência para julgar o réu, desconsiderando todos os problemas de julgamento que surgem de sua incompetência no primeiro momento. A recomendação, portanto, apenas posterga o momento do julgamento, que é justamente o que deveria evitar. Nesse caso, não haveria sequer a necessidade de, em caso de crimes violentos, declarar a incompetência do réu, sendo que ele poderia já nesse momento ser julgado para que sua culpa fosse averiguada.

A solução da Common Law que aqui considera-se mais apta a solucionar os problemas inerentes à incompetência para responder ao processo não é encontrada nos Estados Unidos, mas sim na lei Inglesa.

Para a legislação britânica, para que um acusado possa ser considerado competente para responder ao processo, é necessário que ele cumpra cinco critérios, quais sejam: ter capacidade de se declarar culpado ou inocente frente à acusação, ter a capacidade de entender o curso do processo, ter a capacidade de instruir um advogado, ter a capacidade de desafiar um jurado e, por fim, ter capacidade de entender as provas produzidas no processo³⁴³. Um déficit significativo em um desses critérios já é suficiente para se considerar que o acusado é incompetente para responder ao processo.

Percebe-se que há uma ampliação dos requisitos para declaração de competência, em comparação com o sistema americano. Neste, apenas o segundo e terceiro critérios devem ser atendidos. Desta forma, o direito inglês é menos restritivo quanto ao que se considera incompetência para julgamento.

Na prática, a aplicação britânica da incompetência para responder ao processo evoluiu consideravelmente nas últimas décadas. Até o ano de 1991, o único mecanismo à disposição

³⁴² *Ibid.*, p. 176.

³⁴³ MACKAY, R. D. AAPL practice guideline for the forensic psychiatric evaluation of competence to stand trial: an English legal perspective. **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S. l.], v. 35, n. 4, p. 501-504, 2007. p. 502.

para lidar com casos de acusados incompetentes para julgamento era a internação por tempo determinado. Não havia, assim como não há em alguns Estados dos Estados Unidos, lei nenhum mecanismo em vigor que exigisse que a acusação estabelecesse qualquer caso factual contra o réu antes que ele fosse internado³⁴⁴. Em virtude disso, o instituto da incompetência para julgamento não era muito utilizado, sendo que nos cinco anos anteriores a 1991, o número de casos onde a incompetência foi alegada havia chegado a apenas 63³⁴⁵.

Identificando a necessidade de alteração no instituto, foi elaborado o *Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991*, uma lei que alterou significativamente a utilização da incompetência para responder ao processo. Essa lei introduziu opções que poderiam ser utilizadas pela Corte a depender do caso, para além da internação compulsória (exceto em casos de acusação de crime de homicídio)³⁴⁶. As opções passaram a ser: uma ordem de internação hospitalar (com ou sem ordem de restrição), uma ordem de tutela (com o acusado solto na comunidade), uma ordem de supervisão e tratamento (na comunidade), ou uma ordem de absolvição absoluta³⁴⁷.

Ainda, além das opções de tratamento a ser prescrito para um acusado incompetente, a Lei de 1991 adiantou ainda mais as garantias processuais do acusado. Em primeiro lugar, antes que o júri pudesse decidir sobre a incompetência do acusado, ele deveria ser avaliado por, no mínimo, dois psiquiatras³⁴⁸. Ademais, a lei determinou que, para que qualquer das medidas previstas fosse aplicada ao acusado, a acusação deveria provar concretamente a autoria e materialidade, caso contrário, o réu seria absolvido.

Contudo, esse não foi o último desenvolvimento da incompetência para responder ao processo na lei inglesa. Em 2004, foi elaborada a Lei de Violência Doméstica, Crime e Vítimas. Com as mudanças trazidas por essa lei, não são mais os jurados quem decidem sobre a incompetência para responder ao processo, mas sim um juiz togado. Ademais, das quatro opções de medidas a serem aplicadas para réus incompetentes, apenas a ordem de internação hospitalar (com ou sem ordem de restrição), a ordem de supervisão e tratamento (na comunidade), ou a ordem de absolvição absoluta permaneceram. A medida de tutela foi revogada³⁴⁹.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 503.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 503.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 503.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 503.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 503.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 503.

A lei de 2004 também deixa claro que é necessário evidência médica que justifique a aplicação da medida de internação hospitalar, ou seja, a efetiva presença de um transtorno mental reconhecido que requer tratamento especializado. Esse requisito deve estar presente mesmo em acusações de homicídio³⁵⁰. Desta forma, na ausência de uma doença mental grave que requer tratamento hospitalar, a medida de internação não pode ser aplicada, independente de qual teria sido o crime do qual o indivíduo foi acusado. Uma circular governamental confirmou esse requerimento:

[O] tribunal só é obrigado a emitir uma ordem de hospitalização com uma ordem de restrição sobre a acusação de homicídio se as condições para fazer uma ordem de hospitalização estiverem reunidas. Se as condições não forem cumpridas, por exemplo, se o motivo da declaração de inaptidão para julgamento estiver relacionado a um distúrbio físico, as opções do tribunal são limitadas a uma ordem de supervisão ou absolvição absoluta.³⁵¹

Considerando a parte final da circular, tem-se a conclusão de que casos de amnésia com bases orgânicas, se resultassem na incapacidade para responder ao processo, não poderiam levar à internação do acusado, sendo apenas aplicáveis as outras medidas legais. Em verdade, mesmo casos de amnésia dissociativa deveriam ser avaliados cuidadosamente antes que pudesse ser aplicada a medida de internação hospitalar.

A legislação britânica, portanto, possui um sistema de incompetência para julgamento mais favorável aos acusados amnésicos ou que sofrem de doenças mentais. A aplicação, especialmente, de medida de internação hospitalar para tais acusados, é extremamente limitada, apenas podendo ser utilizada em casos onde for medicamente recomendada. É possível, inclusive, para casos de acusados incompetentes para responder ao processo, a absolvição completa do acusado.

4.2 O CENÁRIO BRASILEIRO ATUAL: A SOLUÇÃO INSUFICIENTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Direito Brasileiro, diferentemente do direito de países de Common Law, não utiliza a expressão incompetência para responder ao processo. Contudo, esse instituto pode ser identificado, ainda que de forma não equivalente, no livro I, título VI, capítulo VIII, do Código de Processo Penal – doravante CPP. Isso porque, conforme será melhor analisado, em casos onde

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 504.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 504.

o acusado se torna inimputável após a prática do crime, a solução encontrada pelo CPP é de suspensão do processo até que ele restaure a saúde mental, o que possui paralelo claro com todas as aplicações da *incompetency to stand trial* explicadas no tópico anterior.

O capítulo do Código de Processo Penal, assim como a Lei de Execução Penal, trata apenas da insanidade mental do acusado, já adiantando-se que resta completamente omissa qualquer consideração quanto a acusados amnésicos. Ademais, é composto por apenas 6 artigos, o que já demonstra a postura lacônica do Código quanto ao assunto, ainda que se considere que há também alguns outros poucos artigos, no próprio CPP e na Lei de Execução Penal, que tratam do tema. Nesse tópico, serão abordadas diversas divergências doutrinárias que surgem da brevíssima disposição legal sobre o tema.

Tendo sido afastado o sistema do duplo binário pela reforma penal de 1984, a análise da sanidade mental do acusado ganha especial relevo, pois deixou de ser possível a aplicação simultânea de pena e de medida de segurança. Restando demonstrado, portanto, que o acusado é inimputável, seja essa inimputabilidade contemporânea à prática do crime ou posterior a ela, será alterada a forma de aplicação da lei penal. O artigo 149 do CPP dita que:

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.³⁵²

Analisando o artigo acima, percebe-se, em primeiro lugar, que o incidente de insanidade mental do acusado pode ocorrer em qualquer fase da investigação, do processo, ou mesmo da execução da pena. Ainda, por consequência, o exame de que se trata pode ter por finalidade avaliar a integridade mental do acusado³⁵³ no momento da prática do crime, ou em qualquer momento posterior a ela.

Para fins didáticos, dividir-se-á o presente tópico de acordo com os possíveis resultados do exame médico-legal citado no artigo 149 do CPP. Por certo, poderá ser considerado que o acusado era inimputável quando da prática do crime, que ele se tornou inimputável no curso

³⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

³⁵³ Utilizar-se-á, neste trabalho, o termo acusado, apesar de poder se tratar do investigado, denunciado, réu, condenado, etc., com a finalidade de simplificar a abordagem dos pontos do assunto que são relevantes para a presente pesquisa.

do processo, ou que ele se tornou inimputável na execução da pena. Cada uma dessas situações envolverá uma solução legal diversa. Não se considerará aqui a hipótese de o exame constatar que o acusado nunca foi inimputável, pois nesse caso a Ação Penal apenas seguiria seu curso regular.

Em primeiro lugar, portanto, tem-se os casos em que o exame atesta que o acusado era inimputável ou semi-imputável no momento do crime, conforme o artigo 26 do Código Penal:

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.

Redução de pena

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.³⁵⁴

Estando, nesses casos, afastada ou minimizada a culpabilidade do agente, a conclusão do exame não terá grandes consequências quanto ao prosseguimento do processo. A alteração que se dá, no âmbito do procedimento, em conformidade com o incidente de insanidade mental do acusado, é a presença de curador para o acusado, nos termos do artigo 151 do CPP. Por certo, a grande consequência desse cenário é que o juiz deverá, segundo o artigo 386, parágrafo único, inciso III, do CPP, em casos de acusados inimputáveis, proferir sentença de absolvição imprópria, em virtude isenção de pena em casos de acusados inimputáveis, com a consequente aplicação de medida de segurança. Com relação ao acusado semi-imputável, por ser apenas parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, poderá haver condenação com a possibilidade de redução de pena.

A situação é alterada, contudo, nos casos em que o problema mental do acusado surgiu posteriormente ao momento do crime. Nesses casos, o agente era imputável no momento do crime, entendia seu comportamento e podia se determinar de acordo com esse entendimento. Contudo, por qualquer motivo, em momento posterior se tornou inimputável. Aqui estará o foco do presente trabalho, que visa analisar as consequências da perda de memória posterior ao crime para o direito penal e processual penal brasileiro. Quanto a este ponto, tem-se o amplamente criticado artigo 152 do Código de Processo Penal, que dita:

³⁵⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código de Processo Penal. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

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.

Percebe-se que o *caput* do artigo 152 determina que o processo continuará suspenso até que o acusado restabeleça suas condições mentais. Essa suspensão se inicia, portanto, quando determinada a realização do exame prevista no artigo 149, e permanecerá até que o réu volte a possuir a capacidade para ser processado. Ressalta-se, novamente, o paralelo entre o direito processual penal brasileiro e a incompetência para responder ao processo advinda da Common Law. Para o legislador brasileiro, o acusado que se desenvolve algum tipo de transtorno mental também não poderá ser processado. Contudo, a ausência de aprofundamento sobre esse tema faz com que as consequências da aplicação do artigo 152 sejam extremamente mais gravosas para o acusado do que as consequências da incompetência para responder ao processo do direito inglês, analisado no tópico anterior. Ainda, exclui dessa visada proteção ao acusado aqueles que perderam a memória após a prática de um crime. Retornar-se-á a este ponto ao final do tópico.

Ainda em se tratando do *caput* do artigo 152, por certo foi prevista a suspensão do processo para buscar garantir ao acusado o direito de efetiva participação. Apesar de o sistema brasileiro não trazer previsão de teste de incompetência para o julgamento, existe a previsão do exame do estado de saúde mental do acusado, que é aqui suficiente para que se suspenda o processo. Nos primórdios do instituto da incompetência para responder ao processo, os países de Common Law chegaram à conclusão que o acusado, para ser considerado incompetente, deveria conseguir entender o processo que estava respondendo, bem como auxiliar seu advogado na sua defesa. O mesmo princípio parece ter sido seguido pelo legislador brasileiro, eis que a ampla defesa e o contraditório, princípios do processo penal, não podem ser, em regra, devidamente alcançados por um indivíduo inimputável. O acusado não conseguiria, por exemplo, explicar a seu procurador onde estava quando do momento do crime, produzir álibis e testemunhas a seu favor, ou mesmo enfrentar a versão da acusação.

Uma discussão que surge da previsão legal de suspensão dos processos nesse caso, é a falta de previsão da suspensão concomitante do prazo prescricional³⁵⁵. Pela leitura do artigo

³⁵⁵ COELHO, M. D. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 399-419, jul./dez. 2016. p. 411.

152, o processo será suspenso, mas nada se prevê quanto ao prazo da prescrição punitiva, de forma que esta continuaria correndo, limitando a persecução penal, que não se estenderia infinitamente. Contudo, há grande divergência quanto a esta leitura do *caput* do artigo, sendo certo que alguns autores defendem que deveria ignorar-se a previsão de suspensão do processo, prosseguindo normalmente apesar da inimputabilidade do acusado³⁵⁶, desconsiderando todo o problema da limitação ao contraditório e ampla defesa. Por outro lado, há doutrinadores que sustentam que deveria ser decretada judicialmente a suspensão da prescrição³⁵⁷, permanecendo esta suspensa enquanto durar a suspensão do processo, ou seja, enquanto o acusado não restaurar as plenas capacidades mentais.

As discussões, entretanto, não se limitam ao *caput* do artigo 152. Em verdade, o maior problema identificado neste artigo encontra-se em seu §1º, de viés claramente inconstitucional, eis que viola a presunção de inocência. Por certo, o §1º determina que, em casos em que a inimputabilidade surgiu após o início do processo, o juiz poderá ordenar, quando da suspensão do processo, a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado, até que ele se restabeleça. Esse dispositivo contém clara previsão inconstitucional, pois se trata de imposição de medida de internação em acusado que não é comprovadamente culpado do crime cometido³⁵⁸, ou seja, trata-se de imposição de medida de segurança sem sentença de absolvição imprópria. Ademais, não é previsto prazo para essa internação, sendo medida por prazo indeterminado, que poderia chegar a ser perpétua em caso de acusado que nunca

³⁵⁶ Há doutrinadores que veem a saída para preservar a persecução penal – e o conseqüente direito fundamental à segurança – com a simples negativa da validade do art. 152, na parte em que dispõe sobre a *suspensão do processo*. A persecução penal seguiria seu curso normal, assim, com a presença de um curador e de um defensor para representar os interesses do réu. O entendimento aqui é o seguinte: se não há paralisação processual para o mentalmente enfermo que assim estava *ao tempo da infração* (e assim permanece ao tempo da instrução), também não deve haver para aquele que é acometido da doença *após a infração*. O processo deve, assim, seguir seu curso, até porque curador e defensor estariam ali presentes para fiscalizar o caso, tal como ocorreria se se cuidasse de um inimputável ao tempo do crime. Cf. *Ibid.*, p. 412.

³⁵⁷ Em sentido diferente é a manifestação de Pacelli e Fischer, para quem a melhor forma de equalizar o caso é a decretação *judicial* da suspensão da prescrição, ainda que não haja base legal expressa para tanto. Segundo defendem esses autores, o STF já admitiu a decretação da suspensão do prazo da prescrição - *sem legislação expressa que a autorizasse* – quando trilhou o entendimento de que o exaurimento da instância administrativa constitui *condição objetiva de punibilidade* nos crimes contra a ordem tributária. Em casos que tais, o Estado estaria impedido de realizar a persecução penal enquanto a questão estivesse sendo debatida no âmbito administrativo; conseqüentemente, o prazo prescricional não fluiria, sendo que somente o lançamento definitivo do tributo formaria a dita condição objetiva de punibilidade. Para os autores, a hipótese comparativa é válida pelas semelhanças, quer “no que toca ao obstáculo legal imposto aos órgãos de persecução penal”, quer “quanto ao desempenho de suas relevantes funções”. Arrematam, afirmando, “parece-nos impensável o curso do prazo prescricional em tais situações”. Cf. PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328 *apud* COELHO, *Ibid.*, p. 413.

³⁵⁸ Não há que se confundir essa previsão do artigo 152, §1º, com a medida cautelar de internação prevista no artigo 319, inciso VII, do CPP: Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

restaure a saúde a mental, novamente demonstrando a completa inconstitucionalidade da previsão.

Essa previsão se torna ainda mais problemática quando se analisa o fenômeno de rotulação que ocorre com pacientes internados por doenças mentais³⁵⁹. Após um diagnóstico inicial de insanidade, o indivíduo será assim taxado, o que interferirá em todos os futuros exames médicos diagnósticos que forem realizados sobre ele. Em uma pesquisa específica, foi demonstrada a gravidade de rótulos psicológicos em pacientes. A pesquisa envolvia um grupo de indivíduos que se fingiam de pacientes, e se apresentaram para diferentes hospitais psiquiátricos, com alegações de sintomas falsos que poderiam ser reconhecidos como evidências de doenças mentais. Em virtude dos sintomas apresentados, os falsos pacientes foram diagnosticados com esquizofrenia, e foram internados nos hospitais³⁶⁰. Após um período de tempo, os acusados paravam de apresentar qualquer falso sintoma, vivendo normalmente nos hospitais, para verificar quanto tempo levaria para que os funcionários dos hospitais percebessem que eles não mais necessitavam de qualquer tipo de tratamento, com sua consequente alta. Os resultados da pesquisa demonstraram que, no caso de alguns dos falsos pacientes, longo período de tempo se passou até que fossem liberados³⁶¹. Esse caso ajuda a demonstrar o problema de não se impor um limite de tempo para as internações de acusados, como determina o artigo 152, §2º.

Em qualquer caso, em hipótese de o acusado cujo processo foi suspenso por incidente de insanidade mental recuperar a saúde mental após certo período, o processo retomará o seu curso. Nessa situação, o acusado poderá, conforme previsto no artigo 152, §2º, reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença, por força dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Há que se tratar, ainda, dos casos onde o acusado se tornou inimputável após a condenação, durante o efetivo cumprimento de pena. Primeiramente, segundo artigo 150 do Código de Processo Penal, o acusado preso sobre o qual recair dúvida acerca de sua sanidade mental, deverá ser internado em manicômio judiciário, para realização do exame médico-legal previsto no artigo 149. O prazo máximo para a internação para propósito do exame será de quarenta e cinco dias, conforme art. 150, §1º, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

³⁵⁹ HEININGER, *op. cit.*, p. 192.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 192.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 192.

Tendo sido confirmada, após o exame, a doença mental do acusado, o artigo 154, do CPP dita que “se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682”:

Art. 682. O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.

§ 1º Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida.

§ 2º Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes.³⁶²

Partindo da análise desse artigo, após a realização do exame médico para avaliar a sanidade, caso essa seja confirmada, o condenado deverá ser internado em manicômio judiciário ou outro estabelecimento adequado. Em conformidade com os parágrafos do artigo 682, o condenado poderá, em primeiro momento, ser apenas removido para o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, tendo sua medida de segurança determinada apenas posteriormente. Desta forma, percebe-se que o artigo 682 trata do sentenciado anteriormente à expedição da guia de recolhimento definitiva. Já quando da determinação da substituição da pena por medida de segurança, após a expedição da guia, será usado o artigo 183, da Lei de Execução Penal, que assim determina:

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.

O prazo de duração desta medida de segurança também é alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Podem-se identificar duas correntes principais. A primeira delas sustenta que a medida de segurança aplicada em virtude da substituição da pena, nos termos do artigo 183, da LEP, deverá durar até que cesse a periculosidade do condenado. Essa corrente é defendida por aqueles que também sustentam a duração por prazo indeterminado da medida de segurança aplicada a acusados inimputáveis quando da prática do crime, baseando-se no artigo

³⁶² Esta previsão de internação do *caput* do artigo 682, do CPP, também pode ser encontrada no artigo 108 da Lei de Execução Penal: “Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”.

97, §1º, do Código Penal³⁶³. Essa corrente é hoje minoritária, visto que a inconstitucionalidade da manutenção perpétua de indivíduo em internação hospitalar é claramente inconstitucional.

A segunda corrente, majoritária, sustenta que deve ser imposto limite ao prazo da substituição da pena por medida de segurança, sendo defendido que a duração dessa medida deverá corresponder ao prazo restante da pena corporal substituída, que ainda deveria ser cumprido³⁶⁴. Essa corrente se alinha com os princípios do direito penal e constitucional, pois garante a não existência de pena de caráter perpétuo, bem como o direito à liberdade da pessoa condenada que sofre de doença mental. Esse entendimento é seguido em diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que limita a substituição da pena, prevista no artigo 183 da LEP ao tempo que resta para o cumprimento da pena privativa de liberdade originalmente estabelecida no processo de conhecimento, inclusive pelo respeito à coisa julgada, com fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade³⁶⁵.

Até mesmo em relação às medidas de segurança impostas na absolvição imprópria para acusados inimputáveis vem tendo seu prazo máximo de duração limitado, sendo que o STF já decidiu a medida de segurança imposta pelo juiz sentenciante, não poderá durar além dos 40 anos, dando aplicação analógica ao artigo 75 do Código Penal³⁶⁶. Da mesma forma tem-se a

³⁶³ 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. [...] § 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.

³⁶⁴ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que “a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança quando, no curso da execução, sobrevém doença mental ou perturbação da saúde mental ao condenado, prevista no art. 183 da Lei 7.210/84, não guarda relação direta e imediata com a prática de um fato típico, nem está vinculada à periculosidade que a lei presume no inimputável. Pelo crime o agente imputável teve a retribuição da pena, na medida de sua culpabilidade. A doença ou a perturbação da saúde mental posterior à condenação definitiva não suprime, retroativamente, a imputabilidade presente no momento da prática do ilícito penal e que legitimou a punição. A chamada ‘medida de segurança substitutiva’ não se identifica e nem tem os mesmos pressupostos da medida de segurança do art. 96, I, do CP, embora as providências importem a internação do doente ou perturbado mental em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A medida de segurança prevista na lei penal, que se destina aos inimputáveis autores de fato típico e deita raízes no conceito de periculosidade, não tem prazo determinado e só cessa com a cessação da periculosidade. A ‘medida de segurança substitutiva’, ao contrário, aplica-se a quem foi julgado imputável e substitui a pena imposta. Sua duração não pode, por isso mesmo, e em respeito à coisa julgada, ser maior do que o tempo da pena. Se, ao término desta, o condenado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o juiz da execução deverá coloca-lo à disposição do juízo cível competente para as medidas de proteção aconselhadas por sua enfermidade”. Cf. MARCÃO, R. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 488-489.

³⁶⁵ STJ, HC 130.162/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2-8-2021, DJe de 15-8-2012. No mesmo sentido: STJ, HC 130.160/SP, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19-11-2009, DJe de 14-12-2009; STJ, RHC 20.200/RO, 5ª T., rel. Min. Jane Silva, j. 6-9-2007, DJ de 8-10-2007, p. 318; STJ, HC 56.828/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 3-8-2006, DJ de 4-9-2006, p. 311. STJ, HC 55.044/SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 23-5-2006, DJ de 19-6-2006, p. 169; STJ, HC 143.315/RS, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 5-8-2010, DJe de 23-8-2010.

³⁶⁶ MOURA, H. F. de. Da substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança: uma via de mão única. **Revista Universitas Jus**, Brasília, n. 16, p. 166-172, jan./jul. 2008. p. 169.

Súmula 517, do STJ, que determina que o tempo de duração da medida de segurança aplicada não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito.

Outra dúvida doutrinária ainda surge com relação à substituição da pena por medida de segurança. Em casos em que houver a substituição, mas, antes do prazo final da pena restante a ser cumprida, cessar a periculosidade do agente, há divergência se deve ocorrer o retorno do condenado ao cumprimento de pena, ou se devem ser aplicadas as disposições relativas à medida de segurança³⁶⁷, previstas no artigo 97, §3º, do Código Penal³⁶⁸.

A divergência advém de se considerar, ou não, que a substituição da pena por medida de segurança do artigo 183 é definitiva. Por certo, o legislador foi omissivo quanto a este ponto, não havendo disposição legal que indica qual o procedimento deverá ser adotado nessa circunstância. Se se considerar que a substituição é apenas temporária, o condenado deveria voltar ao cumprimento de pena caso recuperasse a saúde mental após a determinação da substituição. Esta reconversão da medida de segurança em pena possui previsão no artigo 60, 2, do Código Penal Espanhol, que afirma expressamente que se restabelecida a saúde mental do apenado, este cumprirá a sentença se não houver prescrito sua pena:

Artículo 60.

1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.³⁶⁹

Tal previsão expressa, contudo, não encontra paralelo na legislação brasileira, o que para outra corrente doutrinária implica que a substituição da pena por medida de segurança tem caráter definitivo. Nesse caso, estando o condenado cumprindo medida de segurança, caso seja

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 169.

³⁶⁸ § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

³⁶⁹ ESPANHA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>. Acesso em: 14 set. 2022.

constatada a cessação da sua periculosidade, ele deveria então ser posto em liberdade, já que seria impossível que ele voltasse a cumprir pena³⁷⁰. Essa corrente defende que a substituição da pena por medida de segurança é uma via de mão única, o que poderia ser percebido, inclusive, pelo artigo 66, V, alínea f, que dita que compete ao juiz da execução determinar a “desinternação e o restabelecimento da situação anterior”³⁷¹. Para que se determinasse a possibilidade de reconversão da medida de segurança em pena, fora de qualquer previsão legal, estar-se-ia recorrendo à analogia *in malam partem*, o que é proibido pelo direito penal brasileiro³⁷². Nas palavras de Moura³⁷³:

Por isso mesmo que, substituída a pena por medida de segurança no curso da execução, apesar da substituição ter caráter definitivo, o prazo máximo para a medida de segurança (porque poderia acarretar prejuízo ao condenado) é a pena originariamente imposta; todavia, na definição do prazo mínimo, dada a omissão legislativa pertinente à possibilidade de reconversão, aplicam-se, totalmente, os dispositivos da medida de segurança: a uma, porque a substituição da pena por medida de segurança é definitiva; a duas, porque os dispositivos aplicáveis à medida de segurança, nesse caso, são mais benéficos para o condenado.

Assim, no caso em que o condenado teve sua pena substituída por medida de segurança, mas teve cessada a periculosidade antes do prazo da pena originariamente imposta, deve obter a liberdade, aplicando-se a hipótese do artigo 97§3º do CP. A possibilidade de reconversão da medida de segurança para cumprir o resto da pena é hipótese de analogia inviável no presente caso, uma vez que prejudicial ao condenado.

Por certo, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro tratou de forma muito reduzida a questão de acusados que se tornam mentalmente doentes após a prática do crime, o que traz, por consequência, múltiplas divergências doutrinárias. Por certo, a solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro se mostra insuficiente, com previsões simples para problemas complexos.

No que diz respeito à amnésia pós-crime, nada foi falado na legislação penal e processual penal brasileira, sendo certo que, em alguns pontos, deverão ser adotados, por analogia, alguns pontos do tratamento ao acusado que sofre de doença mental, especialmente quando se trata de amnésia dissociativa.

³⁷⁰ MOURA, *op. cit.*, p. 169-170.

³⁷¹ Muito pelo contrário, pela análise feita, há, na verdade, a completa omissão legislativa sobre o tema, pois, quando a LEP trata no seu artigo 66, V, alínea “F”, da competência do juiz da execução para a desinternação e o restabelecimento da situação anterior, o restabelecimento a que se reporta a Lei diz respeito, única e exclusivamente, à hipótese de que o desinternado venha praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade, o que autorizaria o restabelecimento da medida de segurança (Art. 97§3º do Código Penal). Assim, não trata a lei do restabelecimento da pena originariamente imposta, não trata a lei da possibilidade de reconversão da medida de segurança em pena. Com isso, constatada a omissão legislativa sobre o tema ora em debate, o caso deve ser resolvido sempre em favor do condenado, pelo princípio do *favor rei*. Cf. *Ibid.*, p. 170.

³⁷² *Ibid.*, p. 171.

³⁷³ *Ibid.*, p. 171.

Contudo, nos casos de amnésia orgânica, ainda resta grande lacuna no direito. Nesses casos, o acusado não sofre necessariamente de doença mental, mas também não dispõe de plena capacidade de responder ao processo. Ainda, caso essa perda de memória surja apenas quando da execução da pena, a simples substituição da pena por medida de segurança não atenderia à complexidade do caso do amnésico, e sua manutenção no cumprimento de pena se mostraria violatória ao princípio da dignidade humana e a qualquer sistema penal que se pretenda garantista. Retornar-se-á a esse ponto no próximo tópico.

4.3 O DIREITO PENAL MÍNIMO: A PUNIÇÃO DO SUJEITO CUJA MEMÓRIA NÃO SUBSISTE TERÁ SENTIDO PARA O RÉU OU PARA A SOCIEDADE?

Conforme visto previamente, Ferrajoli desenvolveu uma teoria da pena que propõe que sua finalidade deve ser aquela de máxima redução da violência. Em um primeiro momento, a pena deveria se voltar para a prevenção geral negativa, visando desincentivar os membros da sociedade a cometerem delitos, através da mínima ameaça possível para tanto. Contudo, tendo o crime já sido praticado, a finalidade de redução de violência se volta para o autor do delito, ou aquele que foi equivocadamente acusado de sê-lo. Isso porque o acusado agora é a parte mais fraca da relação, devendo ser protegido de arbitrariedades e excessos quando de seu processo e quando da execução de sua pena.

No presente trabalho, o foco de análise é aquele acusado que, tendo praticado um delito, perdeu, posteriormente, sua memória do ocorrido. Mais especificamente, trata-se da perda de memória orgânica, ou seja, aquela que possui causas físicas, como traumatismo craniano ou doenças degenerativas cerebrais. Dois motivos fundamentam a escolha da amnésia orgânica: primeiramente, afasta-se a dificuldade probatória tão inerente aos casos de amnésia dissociativa, onde a grande complicação está em acusados que alegam falsamente a perda de memória. Muitos testes, como o SVT³⁷⁴, foram desenvolvidos para tentar se alcançar um método confiável de verificar as alegações de amnésia relacionada ao crime, mas até o presente momento sua validade como prova ainda é questionada. Em segundo lugar, analisa-se a amnésia orgânica para afastar questões de imputabilidade do autor. A amnésia funcional, por vezes, envolve um estado dissociativo presente já no momento do crime, onde os autores de delitos perdem o controle de suas ações momentaneamente. Isso levaria a discussão para questões de culpabilidade, o que foge ao propósito específico deste estudo.

³⁷⁴ Symptom Validity Test, explicado no tópico 2.3.

Em casos de amnésia orgânica, não há que se questionar a culpabilidade do autor no momento do crime, eis que sua perda de memória foi posterior. O que deve aqui ser avaliado, portanto, é se, de acordo com a teoria de Ferrajoli da pena como redução da violência, ainda se poderia condenar ou executar a pena de um indivíduo que não se recorda do crime cometido. A resposta para esse questionamento deve ser avaliada sob duas perspectivas, assim como é a teoria de Ferrajoli, com sua dupla finalidade.

Primeiramente, há que se questionar o máximo bem-estar dos não desviantes, ou seja, se a sociedade ainda veria necessidade de punir o indivíduo criminoso que sofre de amnésia, e se ele estaria aberto à vingança privada caso não fosse condenado³⁷⁵.

Em casos de acusados que sofrem de doenças degenerativas cerebrais, que acabam por debilitar completamente o indivíduo, é mais facilmente suposto que a não punição do acusado não seria recebida, socialmente, com a vingança privada ou com clamor punitivo. Um indivíduo que sofre de doenças como Parkinson ou Alzheimer que se desenvolveu durante o processo ou durante a execução da pena necessitaria de cuidados médicos que seriam absolutamente impossíveis de se concretizarem em uma penitenciária. Há que se considerar a realidade prática do sistema prisional brasileiro, onde tratamentos médicos são constantemente negligenciados aos aprisionados. Para casos tais, não seria fora da realidade prever uma reação social de empatia ou mesmo piedade pela condição física que aflige o acusado, que não somente não se recorda de ter praticado qualquer crime, como também necessitaria de cuidados especiais constantes. Desta forma, já não se identifica a primeira finalidade da pena segundo Ferrajoli, o que por si só já afasta sua aplicação.

Por outro lado, para casos de acusados ou condenados que sofrem de amnésia sobre o crime, mas não se encontram fisicamente debilitados por qualquer outra condição física, se tornaria mais dividida a reação social quanto à não aplicação de pena para o caso. Para casos onde, por exemplo, um severo traumatismo craniano gravemente afetou a memória do indivíduo, que se esqueceu do crime cometido, mas permaneceu perfeitamente funcional em todos os outros aspectos, retira-se da equação a simpatia causada pela enfermidade. Nesses casos, aqueles de visão mais garantista do direito penal poderiam considerar a ausência de pena como medida apropriada para o caso, por não ser aquele indivíduo que se estaria condenando o mesmo que praticou o delito. Isso porque, ao perder a memória sobre o crime cometido, o indivíduo perderia também a parte de sua personalidade que o cometeu, não sendo mais o mesmo por não

³⁷⁵ A discussão sobre esse aspecto da redução da violência se dará, aqui, em um sentido teórico, deixando aberta, para o futuro, a possibilidade de uma pesquisa empírica sobre a opinião social sobre casos de perda de memória pós-crime.

ter memória de ter vivido aquela experiência. Contudo, por certo aqueles de posicionamento mais punitivista – ou mesmo, em casos, retributivista – não considerariam que a perda de memória seria suficiente para impedir a condenação do indivíduo. Portanto, para os casos de amnésia orgânica sem maiores sintomas, a solução para o caso dependerá também da análise da segunda finalidade da pena.

Em segundo lugar, deve ser avaliado o mínimo mal-estar possível dos desviantes, ou seja, o sofrimento imposto ao réu deve ser o menor possível, sendo absolutamente proibidas penas de caráter cruel, em conformidade com o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal³⁷⁶.

Inicia-se a análise, novamente, pelos casos de indivíduos que sofrem de doenças que afetam o funcionamento cerebral, causando amnésia e outras debilidades. Para casos tais, por certo a condenação do acusado ou a continuidade de seu cumprimento de pena seriam por demasiado aflitivas, eis que o indivíduo não teria acesso aos cuidados especiais de que necessita, bem como se tornaria vulnerável a todos os tipos de ameaças existentes no contexto prisional.

Há que se destacar que já é previsto, no Código de Processo Penal³⁷⁷, a prisão domiciliar para pessoas presas preventivamente que estejam extremamente debilitadas por motivo de doença grave. Ainda, há previsão na Lei de Execução Penal de prisão domiciliar casos de condenação definitiva, desde que o condenado esteja cumprindo pena em regime aberto³⁷⁸. Jurisprudencialmente, vem sendo ainda alargadas as possibilidades de aplicação destes artigos, como no caso do HC 145.931, julgado em 09 de março de 2022, na qual foi concedida prisão domiciliar a mãe condenada em regime fechado, para que pudesse cuidar de seus filhos de 2 e 6 anos³⁷⁹. A mesma decisão, ainda, menciona que o Supremo Tribunal Federal tem admitido, em situações excepcionais, a concessão de prisão domiciliar para condenados a regime fechado ou semiaberto de cumprimento de pena, em casos de doenças graves. Colaciona-se trecho da decisão que reflete sua *ratio decidendi*:

³⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

³⁷⁷ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

³⁷⁸ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: [...] II - condenado acometido de doença grave;

³⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **Recurso em Habeas Corpus nº 145.931-MG (2021/0113321-3)**. Recorrente: Joseane Santos Damascena. Recorrido: Guilherme Moreira Barbosa. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Belo Horizonte, 9 mar. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=147844974®istro_numero=202101133213&peticao_numero=&publicacao_data=20220316&formato=PDF. Acesso em: 19 set. 2022.

No entanto, a execução de condenação definitiva em prisão domiciliar, em regra, somente é admitida ao reeducando do regime aberto, desde que seja maior de 70 anos, portador de doença grave, ou mulher gestante ou mãe de menor ou deficiente físico ou mental (art. 117 da LEP). Porém, excepcionalmente, se admite a concessão do benefício às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto – em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com deficiência –, que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência. [...] Também a Suprema Corte tem admitido, em situações absolutamente excepcionais, a concessão de prisão domiciliar a regimes mais severos de execução penal, a exemplo das ordens implementadas nas hipóteses em que o condenado estiver acometido de doença grave, a demandar tratamento específico, incompatível com o cárcere ou impassível de ser oferecido pelo Estado (AgR na AP n. 996, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 29/9/2020)³⁸⁰.

Tal decisão demonstra que, em casos como o aqui discutido, onde o acusado ou condenado sofre de grave doença degenerativa cerebral, o cumprimento de pena seria impossibilitado, eis que a pessoa necessitaria de condições mínimas que o Estado não é capaz de prover. Manter os condenados presos nessas circunstâncias seria de uma ordem de violência tamanha que não poderia ser aceita em um sistema penal minimamente garantista. Desta forma, afastada também a segunda finalidade da aplicação de pena segundo Ferrajoli, por certo há que se considerar que qualquer aplicação de pena nesses casos seria deslegitimada.

Para os casos de acusados ou condenados que perdem a memória com relação ao delito praticado, sem qualquer outra sequela, a situação deve ser analisada não através de uma perspectiva de tratamento médico, que não é necessariamente imperioso, mas sim sob o foco do princípio da humanidade da pena. Considerando-se que a pena é, por natureza, aflitiva, aqueles a quem ela é imposta necessitam de um mínimo entendimento da situação negativa que vivem, no sentido de compreensão da aplicação da pena frente a um injusto anterior praticado pela pessoa. Um condenado que não se recorda do crime cometido estaria em situação equivalente à de uma pessoa inocente condenada equivocadamente, a ela estaria sendo imposta a sanção penal e, por consequência, um grande sofrimento, sem que ele esteja vinculado, ainda que não factualmente, mas apenas em sua percepção, a um delito anterior. Tal circunstância causaria no condenado um sofrimento muito superior àquele previsto pela norma penal, pois envolveria uma desmotivação da aflição sofrida. Por certo, há que se considerar que tal sofrimento se mostra excessivo, violando o princípio da dignidade humana, eis que o condenado está sendo punido por algo que acredita não ter realizado, o que se reflete na forma com que ele irá perceber

³⁸⁰ Ibid., p. 1-2.

sua experiência no cárcere. Ao se retirar da equação a lembrança do crime cometido, todo o sofrimento imposto ao condenado seria percebido como desmotivado, o que nele causaria sensação de impotência e injustiça.

Analisada sob essa perspectiva, a aplicação de pena a um indivíduo que sofre de amnésia não consegue ultrapassar a segunda barreira finalística apresentada por Ferrajoli, de mínimo mal-estar do indivíduo desviante. A partir, portanto, do momento onde a finalidade da pena não pode ser alcançada, sua aplicação se torna ilegítima, eis que não há que se falar em punição sem fundamento. Desta forma, para os casos de indivíduos que não se recordam dos crimes cometidos, a aflição substancial da imposição da pena afasta a perspectiva da redução de violência de Ferrajoli, o que impediria sua aplicação.

4.4 O PROBLEMA PROCESSUAL: PERDA DE MEMÓRIA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Conforme já adiantado previamente, o Código de Processo Penal Brasileiro não trata especificamente de casos de amnésia pós-crime. Há apenas breve previsão sobre a suspensão do processo com possibilidade de internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado para acusados que se tornam mentalmente doentes no curso do processo.

Esta determinação visa, claramente, acusados que sofrem de doenças mentais de relevante gravidade, sendo questionável sua aplicação a acusados que apenas perderam sua memória em virtude de causas orgânicas. Em um primeiro momento, portanto, será avaliada a possibilidade de aplicação dos artigos 149 a 153 do CPP para casos de acusados que sofrem de perda de memória. Aqui, está-se tratando, inicialmente, de casos de acusados que têm sua integridade mental afastada no curso do processo, ou seja, para acusados ainda não condenados definitivamente.

Considerar-se-á, portanto, o caso de um indivíduo acusado de crime que sofre de perda de memória em decorrência de um acidente de carro, sem qualquer outra seqüela à sua saúde mental. Em primeiro lugar, seria cabível a imposição do exame legal previsto no artigo 149, do CPP? O artigo trata de exame médico a ser realizado em acusados sobre os quais recaem dúvidas acerca de sua integridade mental. Por certo, é possível afirmar que a perda de memória seria uma forma de diminuição da integridade mental, mas essa conclusão não é evidente. Apenas

pela análise da letra da lei do Código de Processo Penal, estaria aberta à divergências a possibilidade desse exame sequer ser aplicado no caso de réus amnésicos, o que, por consequência, significaria que o processo contra eles deveria apenas seguir normalmente, sem que sua condição física tivesse qualquer influência sobre seu curso e seu resultado.

Esta interpretação, contudo, não parece adequada. A intenção do legislador quando da previsão da aplicação do exame médico com a possibilidade de suspensão do processo para os casos de acusados que sofrem de doenças mentais parece ser a de garantir o contraditório e a ampla defesa. Caso contrário, a previsão de suspensão do processo dos artigos 149, §2º, e 152, seria desprovida de sentido, sendo que apenas a realização do exame médico já seria suficiente para declarar a ausência de competência mental do acusado, com a possível aplicação de medida de segurança ao final do processo. Sendo prevista essa suspensão, contudo, percebe-se que não se trata apenas da consequência final de sentenciamento do acusado, mas sim sua capacidade de sequer responder ao processo, que também seria afetada em casos de acusados amnésicos. Isso porque, conforme já adiantado, o acusado que sofre de perda de memória teria grandes dificuldades de realizar sua defesa, seja ela a autodefesa ou a defesa técnica. Não se recordando do momento do crime, como poderia o indivíduo produzir provas no processo, ou mesmo prestar depoimentos ou refutar as alegações da acusação? A amnésia retira do réu qualquer capacidade de se opor à versão apresentada pelo promotor ou querelante, e de apresentar sua própria versão dos fatos. É justamente essa redução da possibilidade de defesa e contraditório que deve ser abarcada pela suspensão do processo prevista no Código de Processo Penal.

Voltando, portanto, à aplicação do exame do artigo 149 para os acusados amnésicos, inicialmente parece que ela estaria apta a ser imposta para o acusado que perdeu sua memória por motivos orgânicos. Neste momento, já seria também decretada a suspensão do feito, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. Qual seria, então, o objetivo da análise a ser feita pelo exame? Caso se considere que o exame apenas verificaria a integridade mental do acusado, um indivíduo amnésico seria considerado apto a responder ao processo, devendo este retomar seu curso. Isso porque, no caso indicado, o acusado não teria qualquer dificuldade de entender as acusações feitas contra ele, ou o curso normal de seguimento do processo, bem como não teria qualquer outra ausência de capacidade mental que pudesse determinar sua internação. Nesses casos, portanto, a avaliação realizada pelos médicos no curso do exame deveria ter ainda mais um ponto: sendo constatada a capacidade mental do acusado amnésico, deveria ser avaliada sua perda de memória, através de testes projetados com essa finalidade específica, como o caso do teste SVT, já mencionado. Esta parte do exame, contudo,

deveria ser implementada apesar da ausência de qualquer previsão legal, pois seria imprescindível para avaliar a capacidade do acusado de responder ao processo.

Sendo aplicado, desta forma, o exame do artigo 149 ao acusado amnésico, com todas as ressalvas acima realizadas, e decretada a suspensão do processo. De acordo com o artigo 152, essa suspensão deve ser mantida até que o acusado se restabeleça, não havendo previsão legal de prazo para essa suspensão. Retomar-se-á este ponto mais à frente.

Neste ponto, há que se considerar a (im)possibilidade de aplicação do §1º do artigo 152, ou seja, de ser decretada a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado. Considerando-se que o acusado apenas sofre de perda de memória, e não de doença mental que o torne perigoso, a aplicação de medida de internação parece ser absolutamente descabida. O artigo 152, §1º, contudo, trata da possibilidade de ser aplicada a internação, não da sua obrigatoriedade. Desta forma, de acordo com o CPP, seria possível a internação de acusados em alguns casos, devendo aqueles que não cumprem os requisitos – não previstos expressamente, diga-se de passagem – para internação, permanecerem livres enquanto o processo permanece suspenso, considerando-se a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares, dos artigos 319 e 320, enquanto durar a suspensão. Contudo, por certo a decisão de aplicação ou não de medida de internação restaria, nesse caso, submetida à discricionariedade do juiz.

O artigo 152, entretanto, trata especificamente de casos em que doença mental acometeu o acusado no curso do processo. É em virtude da doença mental que pode ser ordenada a internação do acusado em manicômio judiciário ou outro estabelecimento adequado. Aqui, não se rediscutirá a clara inconstitucionalidade deste artigo, que na prática nada mais é que a internação de indivíduo cuja culpa sequer foi confirmada. O que se pretende analisar é que, assim como não há qualquer regra no ordenamento jurídico para a aplicação do exame médico-legal do artigo 149, do CPP, em acusados amnésicos, também não há qualquer regra quanto às possibilidades de medidas a serem aplicadas após a constatação dessa circunstância. Ademais, ainda que se considere a possibilidade de aplicação do exame do artigo 149 aos acusados que perderam a memória, como acima explanado, seria inconcebível a internação de um indivíduo que, apesar de não se recordar do crime pelo qual foi acusado – e do qual pode mesmo ser inocente –, se apresenta perfeitamente saudável.

Há que se considerar, pelo exposto, que existe lacuna legislativa quanto ao tema da perda de memória pós-crime. É perceptível que o legislador, ao prever a suspensão do processo

quando se verificar a ausência de integridade mental do acusado, visou garantir o devido processo legal. Contudo, esse princípio também é violado no processo de acusados que não se recordam do momento do crime, sendo, portanto, imprescindível que o processo também seja suspenso nessas situações. Verificar-se-á, neste ponto, a possibilidade de importação de alguns conceitos da *incompetency to stand trial*, tal como aplicada pela lei britânica.

Primeiramente, tem-se que a prática criminal inglesa requer que o acusado se encaixe em cinco critérios para que seja declarado competente para ser julgado: ter capacidade de se declarar culpado ou inocente frente à acusação, ter a capacidade de entender o curso do processo, ter a capacidade de instruir um advogado, ter a capacidade de desafiar um jurado e, por fim, ter capacidade de entender as provas produzidas no processo³⁸¹. Esses critérios são analisados quando do exame médico inicial, que a lei inglesa determina deve ser realizado por dois psiquiatras. Para o caso da lei brasileira, quatro desses requisitos podem ser aproveitados, com exceção exclusiva daquele de capacidade de desafiar um jurado, pelas particularidades do sistema brasileiro de civil law. Portanto, no curso do exame previsto no artigo 149, do CPP, deve-se verificar se o acusado cumpre os requisitos supracitados, para que possa ser processado.

Ainda, há que se levantar que o sistema inglês prevê, atualmente, três possíveis medidas a serem aplicadas em casos de acusados incompetentes para serem processados, sendo elas a internação hospitalar, a supervisão e tratamento com o acusado solto, e a absolvição absoluta. Contudo, para casos de incompetência por motivos físicos, como a amnésia orgânica, a opção de internação é inaplicável. Esse sistema poderia servir de base para a reforma do direito brasileiro, com a finalidade de suprir a lacuna existente. Com efeito, o §2º do artigo 149 já prevê que, para casos onde o exame médico-legal é necessário, deverá ser nomeado curador para o acusado. Contudo, mesmo essa medida não seria necessária em alguns casos onde o acusado sofre de amnésia orgânica.

Desta forma, poderia ser acrescentado um § 3º ao artigo 149, de forma a embarcar expressamente os acusados que sofrem de perda de memória. Ainda, poderia ser também alterado o *caput* do artigo 152, fazendo referência expressa aos casos de perda de memória. Ademais, poderia ser revogado o §1º do artigo 152, que é inconstitucional por violar a presunção de inocência, sendo concebível, de *lege ferenda*, a criação de um §3º a §5º para o artigo 152. Eis uma hipótese da nova leitura 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

³⁸¹ MACKAY, *op. cit.*, p. 502.

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.

§ 3º O exame médico-legal também será aplicado a acusados que alegam sofrer de perda de memória pós-crime, para verificar a veracidade da amnésia alegada e determinar o conhecimento do acusado sobre seu caso e sua capacidade de conferência com seu advogado.

Art. 152. Se se verificar que a doença mental ou perda de memória 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 deverá permanecer suspenso enquanto não restar devidamente comprovado, por meio de exame médico-legal, que o acusado possui capacidade de se declarar culpado ou inocente frente à acusação, de entender o curso do processo, de instruir seu advogado e de entender as provas produzidas no processo.

§ 3º 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.

§ 4º O juiz poderá, nesses casos, aplicar as medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320.

§ 5º Caso se verifique, após período de cinco anos, que o acusado não restabeleceu a integridade mental ou a memória, e que há previsão de permanência de seu quadro clínico, deverá ser aplicada ordem de absolvição absoluta, remetendo-se ao juízo cível para aplicação das medidas cabíveis de direito psiquiátrico.

§ 6º Enquanto durar a suspensão do processo prevista no *caput*, ficará também suspensa a prescrição.

Com as alterações acima propostas, afasta-se a incidência da inconstitucional medida de internação sem prazo determinado para acusados que nem sequer foram julgados ainda, do artigo 152, e formula-se um novo sistema que garante os direitos de acusados que não estão aptos a serem processados. O prazo de cinco anos foi escolhido como parâmetro para o restabelecimento ou não da competência do acusado de ser processado em paralelo ao artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Prosseguindo, é preciso analisar os casos onde o acusado passou a sofrer com a perda de memória após o início da execução da pena. Conforme adiantado em tópico anterior, o direito brasileiro não possui previsão de reconvenção da pena, ou seja, caso ocorra a substituição da pena por medida de segurança, o processo inverso não poderá ser feito depois, caso o acusado restabeleça a saúde mental. Desta forma, cessando a periculosidade do condenado que teve a pena substituída por medida de segurança, ele deverá ser solto, e não retornar ao cumprimento de pena, por ausência de previsão legal nesse sentido.

Partindo desse pressuposto, toma-se o caso de um condenado que passa a sofrer de perda de memória posteriormente ao início do cumprimento de pena. Para esse indivíduo, poderia ser aplicada a substituição da pena por medida de segurança? Pela leitura do artigo 183, da LEP, essa substituição se aplica a condenados que, no curso da execução da pena privativa de liberdade, desenvolveram doença mental ou perturbação da saúde mental. Esse artigo não parece abarcar os condenados que apenas sofrem de perda de memória, sem qualquer outra sequela mental. Diferentemente da suspensão do processo prevista no artigo 152, a substituição da pena por medida de segurança não advém da garantia ao contraditório e a ampla defesa, ocorrendo após a condenação definitiva do réu. Não há qualquer previsão legal sobre o caso de um condenado que perde a memória de forma orgânica, sendo certo que a aplicação de medida de segurança também não seria cabível a ele³⁸², já que ela apenas é aplicada para indivíduos que se tornam perigosos em virtude de sua doença mental.

Desta forma, não poderia ser substituída a pena de um condenado amnésico por medida de segurança. Contudo, tampouco parece apropriado que ele continue o cumprimento de pena normalmente, conforme já exposto no tópico anterior. Para esse condenado que não mais possui qualquer memória do crime cometido, o cumprimento de pena seria contrário ao princípio da humanidade da pena, pois seria como punir um corpo culpado, mas uma mente inocente. Para esses casos, portanto, seria necessária uma previsão de medida diversa daquela de segurança, que poderia tomar o mesmo caminho das medidas aplicadas para os casos de amnésia que ocorre no curso do processo. Assim, o condenado deveria ser solto, podendo ser aplicadas as medidas cautelares dos artigos 319 e 320, tendo seu prazo máximo de duração como aquele

³⁸² É possível apresentar uma perspectiva de inconstitucionalidade da aplicação de medidas de segurança no geral, mas não é esse o ponto do presente estudo. Quanto a isto, porém, deixa-se a perspectiva de Zaffaroni et al: “As *medidas de segurança* para pessoas incapazes de culpabilidade que tenham protagonizado um conflito criminalizado, particularmente quando se trata de uma internação manicomial, implicam uma privação de liberdade por tempo indeterminado que só difere de uma pena em sua carência de limite máximo e, por conseguinte, na total desproporção com a magnitude da lesão jurídica causada. Assim o entenderam os códigos liberais do século XIX que não as estabeleciam ou, quando o faziam, era apenas para suprir o que hoje, em qualquer caso de enfermidade mental grave, deve corresponder ao juiz civil em função de disposições do *direito psiquiátrico*. Havendo, como há hoje em dia, disposições do direito psiquiátrico, não é racional sustentar que uma pessoa, devido ao acaso de ter posto em funcionamento das agências do sistema penal, seja submetida a essa potestade com a possibilidade de sofrer uma pena indeterminada que, inclusive, pode ser perpétua. A agressividade de um paciente mental não depende do acaso da intervenção punitiva, mas sim de características da doença que o juiz civil deve valorar em cada caso. Sustentou-se que tais medidas são *materialmente* administrativas e só *formalmente* penais. Tal argumento é uma racionalização, de vez que a rigidez punitiva da forma condiciona a matéria. Tendo em vista que a internação de pacientes agressivos se acha legalmente regulamentada, não se explica uma regulamentação diversa para aqueles que são objeto do poder criminalizante, salvo em função de uma pena imposta através da seletividade punitiva, e, portanto, arbitrária. Deve-se concluir em favor de sua inconstitucionalidade por sintetizar expressão de uma desigualdade intolerável baseada no acaso.” Cf. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 139-140.

que seria a pena restante. Para que essa medida se torne possível, poder-se-ia sugerir a criação de um artigo 183-A da Lei de Execução Penal, que poderia ler-se:

Art. 183-A Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier perda de memória no condenado, de forma que se esqueça do crime cometido, devidamente comprovada por exame médico-legal, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, deverá determinar a soltura do condenado, podendo aplicar as penas restritivas de direito previstas nos artigos 46 a 48 do Código Penal.

§1º As penas aplicadas terão como prazo máximo o tempo restante da pena quando da perda da memória.

§2º Caso o acusado recupere a memória antes do decurso do prazo máximo do §1º, ele poderá voltar ao cumprimento da pena, sendo descontado o tempo que permaneceu em recuperação.

Com essa nova previsão, seria garantido que nenhum indivíduo permaneceria cumprindo pena em casos onde esse cumprimento não mais servisse a qualquer propósito, conforme já explicado no tópico anterior. Ademais, da forma como foi proposta a redação do artigo 183-A, da LEP, o condenado poderia retornar ao cumprimento de pena nos casos onde recuperasse sua memória, em uma espécie de reconvenção que não é possível em casos de substituição da pena por medida de segurança.

4.5 ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS

Na introdução do presente estudo, foram apresentados três casos para ajudar tornar a discussão mais compreensível. Neste momento, através de tudo que foi dito anteriormente, serão analisadas as resoluções de cada um dos casos, de acordo com o aqui proposto.

- CASO 1: Um indivíduo, primário e de bons antecedentes, em perfeitas condições físicas e mentais, comete crime de roubo. Poucos dias após o crime, o indivíduo sofre sério acidente de moto, sofrendo lesões cerebrais, especificamente no hipocampo. Em decorrência dos danos sofridos, ele apresenta amnésia orgânica retrógrada, não conseguindo se recordar dos últimos meses de sua vida. Com relação a todos os outros aspectos de sua capacidade mental, contudo, ele se encontra perfeitamente saudável. Desta forma, ele se esquece do crime praticado, acreditando que se mantém inocente de qualquer ação. Finalizadas as investigações sobre o crime cometido, o Ministério Público apresenta denúncia, que é recebida.

Quanto a este primeiro caso, tem-se que o indivíduo realizou uma conduta típica, ilícita e culpável. Posteriormente, entretanto, quando do início processo contra ele, ele já não mais se recorda do crime praticado, por questões exclusivamente orgânicas. Não há que se falar em doença mental que o acomete, tratando o caso exclusivamente de amnésia retrógrada. Aqui, está-se tratando, portanto, de caso de amnésia superveniente, que deverá ser analisada no curso do processo. Inicialmente, nesse caso, deverá ser então realizado o exame médico-legal para avaliar a veracidade da alegação de amnésia, suspendendo o curso do processo desde já, conforme a releitura dada ao artigo 149, do CPP. Restando a perda de memória comprovada, o processo não poderia retomar seu curso até que o acusado se restabelecesse, pois caso contrário estar-se-ia diante de afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Nessa situação o juiz poderia, conforme a proposta aqui apresentada, aplicar as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal. Após decorrido prazo de três anos da suspensão do processo, deverá ser realizado novo exame médico-legal, para avaliar a permanência da amnésia. Caso a perda de memória permaneça, e não haja qualquer indicativo de que o quadro clínico do acusado irá se alterar, deverá ser proferida uma sentença de extinção de punibilidade por incompetência, e remetido o caso ao juízo cível para avaliação de qualquer medida cabível. Tal proposta se encontra em conformidade com a Constituição Federal, pois impede a suspensão sem prazo do processo com possibilidade de internação também sem prazo determinado. O processo não pode pairar sobre a cabeça do acusado eternamente, tal como a espada de Dâmocles. Há que se impor esse prazo máximo de suspensão processual. A solução se apresenta mais adequada do que aquela atualmente imposta, também, por impedir a aplicação de medida de internação a acusados que sequer foram condenados ainda.

- CASO 2: Um indivíduo, que no momento se encontrava perfeitamente saudável e em plenas faculdades mentais, comete crime de estupro. Durante o curso das investigações e do processo, cinco anos se passaram, período no qual o réu foi diagnosticado com a doença de Alzheimer, tendo a doença progredido para a fase a grave após o proferimento de sentença condenatória, estando ainda pendente de análise o recurso de apelação da defesa. O indivíduo, em virtude de sua doença, não mais se recorda de ter praticado o crime, e necessita de cuidados especiais constantes, motivo pelo qual se encontra, atualmente, em uma casa de repouso com médicos e enfermeiros 24h.

O caso acima reflete circunstância de perda de memória em razão de grave enfermidade. Da forma como narrado o caso, a amnésia se desenvolveu no curso do processo, tempo também no qual a saúde física do acusado foi deteriorada. A solução atual do ordenamento jurídico brasileiro é a de seguir o curso do processo e, em caso de crime de estupro, provavelmente aplicar a prisão domiciliar em substituição à preventiva (em virtude da grave doença), com posterior condenação do acusado. Nesses casos, conforme já demonstrado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se formando também no sentido de substituir a pena em regime fechado ou semiaberto por prisão domiciliar em caso de doenças graves. Contudo, tal solução não se apresenta como ideal. De acordo com a proposta apresentada, tendo o acusado perdido a memória em virtude de doença de Alzheimer, suspende-se o processo contra ele. Nesse caso, restaria também afastada a aplicação de qualquer medida de segurança, eis que a leitura feita do artigo 152 apenas apresenta a possibilidade de sua aplicação pelo juiz. O acusado então poderia manter-se como está, em casa de repouso com os cuidados de que necessita, extinguindo-se o processo contra ele instaurado após o decurso do prazo de três anos. Nesse caso é de grande facilidade avaliar que a punição do acusado não atenderia a qualquer finalidade da pena, seja aquelas previstas no código penal e na lei de execução penal, de reintegração social do condenado, reprovação e prevenção do crime, seja aquela proposta por Ferrajoli, de máxima redução da violência.

- CASO 3: Um indivíduo, perfeitamente imputável, comete crime de homicídio. Tendo o processo corrido regularmente, o indivíduo foi condenado a 8 anos de reclusão, tendo a decisão transitado em julgado. Iniciado o cumprimento de pena, ele foi recolhido à penitenciária. Passados dois anos do início da execução da pena, ocorre uma grande revolta entre os presos. Durante a confusão, o indivíduo é atacado por uma gangue inimiga, sofrendo graves lesões cerebrais, que ocasionam um coma. Levado ao hospital, ele acorda, três meses depois, sem nenhuma memória de sua vida pregressa, mas sem qualquer outra seqüela.

O último caso a ser avaliado trata da perda de memória que sobrevém ao início da execução da pena. O caso construído narra o caso de um indivíduo que não só se esquece do crime cometido, como de toda sua vida pregressa, podendo-se argumentar que ele deixa de ser completamente quem ele era no momento da prática criminal e da condenação. No caso deste indivíduo, o exame médico-legal deveria ser realizado enquanto o condenado ainda se encontra

no hospital. Estando comprovada a amnésia, de acordo com a proposta feita de criação do artigo 183-A, da LEP, deverá ser determinada sua soltura, com possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320, do CPP, que terão como prazo máximo o tempo restante de pena, no caso em questão, seis anos. Após esse prazo, deverá ser extinta a pena. Faz-se aqui a ressalva de que, não tendo sido substituída a pena por medida de segurança, a posterior retomada de memória pelo condenado possibilitaria que ele voltasse a cumprir a pena, devendo ser descontado o tempo que ficou em recuperação. Essa possibilidade está de acordo com o direito penal garantista, eis que a continuação da punição do condenado que não se recorda do crime cometido afastaria a finalidade da pena de redução da violência considerando-se a mínima violência contra o condenado. Manter encarcerado o indivíduo nessa situação significaria para ele aflição de tamanho grau que a pena seria considerada como cruel, o que é vedado absolutamente pela Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, percebe-se que existe uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao tratamento a ser dispensado para acusados e condenados que sofrem de perda de memória pós-crime.

Conforme visto, a amnésia pode ocorrer por diversas causas, sendo mais comum do que inicialmente se poderia imaginar. A perda de memória pode ocorrer em virtude de um estado dissociativo, sendo conhecida por amnésia funcional, ou por um defeito cerebral, sendo conhecida por amnésia orgânica. Esses últimos casos, que envolvem doenças degenerativas cerebrais, traumatismos cranianos, aneurismas, etc, se diferenciam demasiado de casos de doenças mentais para que se possa dispensar o mesmo tratamento jurídico a ambas as situações.

O presente trabalho buscou, portanto, responder ao questionamento de como deveria o direito lidar com casos de indivíduos acusados ou condenados por crimes, que perdem a memória posteriormente ao ocorrido.

Partiu-se, para tanto, da teoria da pena de Ferrajoli, que identifica uma dupla finalidade da punição penal, qual seja, aquela de redução da violência sofrida pela maioria da população que não comete delitos, que se aproxima da prevenção geral negativa, e aquela de redução da violência sofrida pelo acusado ou condenado, garantindo seus direitos e a menor aflição possível. Foram alcançadas algumas conclusões, que serão resumidas a seguir:

- Primeiramente, ao analisar a teoria da pena de Ferrajoli, percebeu-se que a punição de um indivíduo que não mais se recorda do crime cometido se mostra infundada. Para casos de acusados ou condenados que sofrem de doenças degenerativas cerebrais ou quaisquer outras causas físicas de perda de memória que também deixam sequelas na saúde do paciente, percebe-se que a punição seria desmotivada por ambas as perspectivas da finalidade da pena. Primeiramente, seria de enorme violência contra os acusados e condenados nesses casos se fossem mantidos em cumprimento de pena, especialmente em se considerando o estado de coisa inconstitucional que atualmente rege a execução penal brasileira. Tais indivíduos necessitam de cuidados médicos constantes, que não seriam possíveis em um estabelecimento prisional. Em segundo lugar, também a sociedade dificilmente clamaria pelo aprisionamento de tais indivíduos, que perderam sua capacidade física juntamente com a memória.

- Por outro lado, o caso é mais complexo para indivíduos que sofrem de traumatismos cranianos que ocasionam perda de memória, mas nenhum outro sintoma físico. Para esses casos, a opinião popular certamente seria dividida quanto à melhor solução jurídica. Alguns indivíduos, de viés mais garantista, poderiam concordar pela impossibilidade de apenar o acusado que sofre de amnésia. Essa opinião, contudo, não seria aceita por todos, sendo que muitos ainda considerariam que a punição penal deveria ser imposta nesses casos. Contudo, pela perspectiva do mínimo mal-estar do indivíduo desviante, por certo a aplicação de pena não se sustentaria, visto que o indivíduo não mais se recordaria do crime cometido. Para ele, sua punição seria desmotivada e, conseqüentemente, muito mais aflitiva, violando o princípio da humanidade das penas.
- Analisando as soluções encontradas por países de Common Law para a perda de memória pós-crime, concluiu-se que a Inglaterra possui o tratamento jurídico mais benéfico para os acusados que se mostram incompetentes. Isso porque para a legislação britânica, para que um acusado possa ser considerado competente para responder ao processo, é necessário que ele cumpra cinco critérios, quais sejam: ter capacidade de se declarar culpado ou inocente frente à acusação, ter a capacidade de entender o curso do processo, ter a capacidade de instruir um advogado, ter a capacidade de desafiar um jurado e, por fim, ter capacidade de entender as provas produzidas no processo. Percebe-se, portanto, que um acusado amnésico não se enquadraria em pelo menos três desses requisitos. Ademais, para casos de amnésia orgânica, portanto, as únicas medidas que seriam possíveis de aplicação seriam a supervisão e tratamento do acusado solto, ou sua absolvição, não podendo ser utilizada a medida de internação na falta de um transtorno mental reconhecido que requer tratamento especializado.
- Analisando o direito processual penal brasileiro, tem-se que o CPP possui previsão de suspensão do processo para casos de indivíduos que sofrem de doenças mentais. Tal suspensão possui paralelo com a *incompetence to stand trial*, eis que também significa que o acusado insano não estaria apto a responder ao processo, sendo previsto que se aguarde até que o acusado se restabeleça. Ao pensar na intenção do legislador ao prever essa suspensão no código, conclui-se que ela apenas pode visar a garantia do contraditório e ampla defesa. Caso assim não fosse, bastaria apenas que fosse realizado o exame do artigo 149, CPP, para avaliar a integridade mental do acusado e, percebendo-se que ele não é mais competente, aplicar medida de segurança ao final do processo.

- Contudo, não há qualquer previsão no Código de aplicação de tal suspensão para acusados amnésicos. Poder-se-ia então aplicar indiscriminadamente o previsto no CPP para acusados que sofrem de doença mental para os acusados que sofrem de perda de memória? Aqui concluiu-se que não. Primeiramente, por certo poder-se-ia aplicar o exame médico-legal do artigo 149 para os acusados amnésicos. Entretanto, tal exame deveria avaliar não apenas a integridade mental do acusado, como também avaliar a veracidade da alegação de perda de memória. Sendo confirmado que a amnésia está de fato presente, o processo não deveria se manter indefinidamente suspenso, até que o acusado se restabeleça, como é previsto atualmente. Para solucionar os problemas de aplicação dos artigos 149 e 152 do CPP, foi aqui proposta uma nova redação para os artigos, que afastaria a inconstitucionalidade do §1º do artigo 152 e daria contornos apropriados para os casos de perda de memória e também para os casos de acusados que sofrem de doença mental:

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.

§ 3º O exame médico-legal também será aplicado a acusados que alegam sofrer de perda de memória pós-crime, para verificar a veracidade da amnésia alegada e determinar o conhecimento do acusado sobre seu caso e sua capacidade de conferência com seu advogado.

Art. 152. Se se verificar que a doença mental ou perda de memória 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 deverá permanecer suspenso enquanto não restar devidamente comprovado, por meio de exame médico-legal, que o acusado possui capacidade de se declarar culpado ou inocente frente à acusação, de entender o curso do processo, de instruir seu advogado e de entender as provas produzidas no processo.

§ 3º 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.

§ 4º O juiz poderá, nesses casos, aplicar as medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320.

§ 5º Caso se verifique, após período de cinco anos, que o acusado não restabeleceu a integridade mental ou a memória, e que há previsão de permanência de seu quadro clínico, deverá ser aplicada ordem de absolvição absoluta, remetendo-se ao juízo cível para aplicação das medidas cabíveis de direito psiquiátrico.

§ 6º Enquanto durar a suspensão do processo prevista no *caput*, ficará também suspensa a prescrição.

- Para casos, portanto, onde a perda de memória ocorreu no curso do processo ou em qualquer momento anterior à condenação, deverá ser aplicado o exame médico legal, com a suspensão do curso do processo. Verificada a amnésia, o juiz poderá aplicar as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 ao acusado. Contudo, decorrido prazo de 5 anos, caso se verifique que o acusado permanece amnésico, deverá ser aplicada ordem de absolvição, sendo ele remetido ao juízo cível. Esta nova previsão afasta a suspensão por tempo indeterminado do processo com possibilidade de internação também sem prazo de acusados que sequer foram condenados. Ademais, tal previsão garante que os acusados que perdem a memória não responderão ao processo sem observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, que são basilares ao processo penal brasileiro.
- Em casos, contudo, onde a perda de memória sobrevém à condenação, concluiu-se que o tratamento mais adequado para o condenado não poderia ser a substituição da pena por medida de segurança. Isso porque a medida de segurança é aplicada para indivíduos que se tornam perigosos em decorrência de sua doença mental. Contudo, também não parece apropriado que o condenado amnésico continue o cumprimento de pena normalmente. Para esse condenado que não mais possui qualquer memória do crime cometido, o cumprimento de pena seria contrário ao princípio da humanidade da pena, pois seria como punir um corpo culpado, mas uma mente inocente. Para esses casos, portanto, seria necessária uma previsão de medida diversa daquela de segurança, que poderia tomar o mesmo caminho das medidas aplicadas para os casos de amnésia que ocorre no curso do processo. Assim, o condenado deveria ser solto, podendo ser aplicadas as medidas cautelares dos artigos 319 e 320, tendo seu prazo máximo de duração como aquele que seria a pena restante. Para que essa medida se torne possível, sugeriu-se a criação de um artigo 183-A da Lei de Execução Penal:

Art. 183-A Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier perda de memória no condenado, de forma que se esqueça do crime cometido, devidamente comprovada por exame médico-legal, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, deverá determinar a soltura do condenado, podendo aplicar as penas restritivas de direito previstas nos artigos 46 a 48 do Código Penal.

§1º As penas aplicadas terão como prazo máximo o tempo restante da pena quando da perda da memória.

§2º Caso o acusado recupere a memória antes do decurso do prazo máximo do §1º, ele poderá voltar ao cumprimento da pena, sendo descontado o tempo que permaneceu em recuperação.

- As soluções propostas garantiriam os direitos constitucionais dos acusados e condenados que sofrem de perda de memória, em concordância com o sistema penal garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, A. **Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica.** Buenos Aires: Doctrina Penal, 1985.
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BEATTY, W. W.; SALMON, D. P.; BUTTERS, N.; HEINDEL, W. C.; GRANHOLM, E. L. Retrograde amnesia in patients with alzheimer's disease or huntington's disease. **Neurobiology of Aging**, [S. l.], v. 9, p. 181-186, 1988.
- BETTIOL, G. **O problema penal.** Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.
- BIGLER, E. D. Default mode network, connectivity, traumatic brain injury and post-traumatic amnesia. **Oxford Journals Current Collection Brain**, [S. l.], v. 139, p. 3054-3057, 2016.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral arts. 1 a 120.** 27. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BOURGET, D.; WHITEHURST, L. Amnesia and crime. **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S. l.], v. 35, n. 4, p. 469-480, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código de Processo Penal. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **Recurso em Habeas Corpus nº 145.931-MG (2021/0113321-3).** Recorrente: Joseane Santos Damascena. Recorrido: Guilherme Moreira Barbosa. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Belo Horizonte, 9 mar. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=147844974®istro_numero=202101133213&peticao_numero=&publicacao_data=20220316&formato=PDF. Acesso em: 19 set. 2022.

CARMONA, P. A. C.; CARMONA, F. N. de C. C. Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 114-126, abr. 2018.

CARNELUTTI, F. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994.

CIMA, M.; NIJMAN, H.; MERCKELBACH, K.; KREMER, K.; HOLLNACK, S. Claims of crime-related amnesia in forensic patients. **International Journal of Law and Psychiatry**, [S. l.], v. 27, p. 215-221, 2004.

COÊLHO, M. D. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 399-419, jul./dez. 2016.

DIAS, J. de F. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Tomo 1.

DIRK, M. Retrograde Amnesia – A Question of Disturbed Calcium Levels? **Frontiers in Cellular Neuroscience**, [S. l.], v. 15, p. 1-6, 2021.

DURKHEIM, É. **De la division du travail social** (1893), trad. it. de F. A. Nasmer, **La divisione dei lavoro sociale**, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

DUSKY v. United States, 362, U.S. 402 (1960). **University of Virginia: Juvenile Competency Attainment Research & Development Center**, Virginia, [200?]. Disponível em: <https://juvenilecompetency.virginia.edu/legal-precedents/dusky-v-united-states>. Acesso em: 30 ago. 2022.

ESPANHA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>. Acesso em: 14 set. 2022.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. **Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal**. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, E. **Sociologia criminale**. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900.

FREITAS, M. A. G. de. **Considerações acerca das funções da pena**. 2016. Monografia (Bacharel em Direito) — Faculdade de Direito, Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR), 2016.

GABRIELI, J. D. E. Cognitive neuroscience of human memory. **Annual Review of Psychology**, [S. l.], v. 49, n. 1, p. 87-115, 1998.

GISLI, H. G.; HANNESDOTTIR, K.; PETURSSON, H. The relationship between amnesia and crime: the role of personality. **Personality and Individual Differences**, [S. l.], v. 26, p. 505-510, 1999.

- GO, G. Amnesia and criminal responsibility. **Journal of Law and the Biosciences**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 194-204, abri. 2017.
- GUDJONSSON, G. H. ; HANNESDOTTIR, K.; PETURSSON, H. The relationship between amnesia and crime: the role of personality. **Personality and Individual Differences**, [S. l.], v. 26, n. 3, p. 505-510, mar. 1999.
- GÜNTHER, K. Crítica da pena I. **Revista Direito GV**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 187-204, jul./dez. 2006.
- HAY, J. F.; MOSCOVITCH, M.; LEVINE, B. Dissociating habit and recollection: evidence from Parkinson's disease, amnesia and focal lesion patients. **Neuropsychologia**, [S. l.], v. 40, p. 1324-1334, 2002.
- HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976.
- HEININGER, B. L. Incompetency to stand trial: as status, as label, and as potential source of sentencing disparity. **Journal of Criminal Justice**, [S. l.], v. 10, p. 191-198, 1982.
- JAKOBS, G. **Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JELICIC, M. Testing claims of crime-related amnesia. **Frontiers in Psychiatry**, [S. l.], v. 9, n. 617, p. 1-6, nov. 2018.
- JUNQUEIRA, G. O. D. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004.
- KANT, I. **La metafísica de las costumbres**. Tradução: Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999.
- KEYES, D. **The Minds of Billy Milligan**. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2018.
- LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. I
- LOCKE, J. Ensaio sobre o entendimento humano – livro II, 27, Da identidade e da diversidade. Tradução: Flavio Fontenelle Loque. **Revista Sképsis**, [S. l.], ano VIII, n. 12, p. 169-188, 2015.
- LOPEZ, A. T. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (separata)**, Madrid, n. 11, p. 667-678, 1986.
- MACKAY, R. D. AAPL practice guideline for the forensic psychiatric evaluation of competence to stand trial: an English legal perspective. **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S. l.], v. 35, n. 4, p. 501-504, 2007.
- MARANHÃO FILHO, P. Mr. Phineas Gage e o acidente que deu novo rumo à neurologia. **Revista Brasileira de Neurologia**, [S. l.], v. 50, n. 2, p. 33-35, abr./jun. 2014.

MARCÃO, R. F.; MARCON, B. Rediscutindo os fins da pena. **Biblioteca Universitária UFSC**, Santa Catarina, 2003. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/rediscutindo.html>. Acesso em: 29 jul. 2019.

MARCÃO, R. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORE, T. De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia (1516), org. de L. Firpo, Utopia, Utet, Torino, 1971, liv. I.

MOURA, H. F. de. Da substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança: uma via de mão única. **Revista Universitas Jus**, Brasília, n. 16, p. 166-172, jan./jul. 2008.

NAHUM, L.; PIGNAT, J.-M.; BOUZERDA-WAHLEN, A.; GABRIEL, D.; LIVERANI, M. C.; LAZEYRAS, F.; PTAK, R.; RICHIARDI, J.; HALLER, S.; THORENS, G.; ZULLINO, D. F.; GUGGISBERG, A. G.; SCHNIDER, A. Neural Correlate of Anterograde Amnesia in Wernicke–Korsakoff Syndrome. **Brain Topogr**, [S. l.], v. 28, p. 760-770, 2015.

NEDIM, U. How can memory loss affect a criminal case? **Sydney Criminal Lawyers**, [S. l.], 31 mar. 2015. Disponível em: <https://www.sydneycriminallawyers.com.au/blog/how-can-memory-loss-affect-a-criminal-case/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

OORSOUW, K. V.; MERCKELBACH, H. Simulating amnesia and memories of a mock crime. **Psychology, Crime & Law**, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 261-271, jun. 2006.

PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PARWATIKAR, S. D.; HOLBOMB, W. R.; MENNINGER, K. A. The Detection of Malingered Amnesia in Accused Murderers. **Bull Am Acad Psychiatry Law**, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 97-103, 1985.

PERLIN, M. L. Beyond Dusky and Godinez: competency before and after trial. **Behavioral Sciences and the Law**, [S. l.], v. 21, p. 297-310, 2003.

PIMENTEL, M. P. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PORTER, S.; BIRT, A. R.; YUILLE, J. C.; HERVÉ, H. F. Memory for murder: a psychological perspective on dissociative amnesia in legal contexts. **International Journal of Law and Psychiatry**, [S. l.], v. 24, p. 23-42, 2001.

POSTMA, A.; MOREL, S. G.; SLOT, M. E.; OUDMAN, E.; KESSELS, R. P. C. Forgetting the new locations of one's keys: spatial-memory interference in Korsakoff's amnesia. **Experimental Brain Research**, [S. l.], v. 236, p. 1861-1868, 2018.

PRADO, L. R. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Ciências Penais**, [S. l.], v. 0, p. 1-12, jan. 2004.

RIBEIRO, A. **Caso escola base: os abusos da imprensa**. São Paulo: Editora Ática, 1995.

ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

SANTOS, B. M. de M. Lombroso no direito penal: o destino d'*O Homem Delinquente* e os perigos de uma ciência sem consciência. **Revista Publica Direito**, [S. l.: s. n.], p. 1-20, 2014.

SCHACTER, D. L. Amnesia and crime: how much do we really know? **American Psychologist**, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 286-295, mar. 1986.

SIMPSON, J. R. When restoration fails: one state's answer to the dilemma of permanent incompetence. **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, [S. l.], v. 44, n. 2, p. 171-179, 2016.

SULIANI, P. R. **Princípios limitadores da prevenção especial positiva da pena privativa de liberdade**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. **Wilson v. United States, 391 F.2d 460, 463–64 (D.C. Cir. 1968)**. Circuit Judge : J. Skelly wright. Washington, D.C., 18 jan. 1968. Disponível em: <https://casetext.com/case/wilson-v-united-states-27>. Acesso em: 30 ago. 2022.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Direito penal brasileiro - I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.