

Distúrbios mentais como fundamento para a exclusão da responsabilidade penal: uma abordagem de direito comparado*

Comparing legal approaches: mental disorders as grounds for excluding Criminal Responsibility

Carl-Friedrich Stuckenberg 

Resumo: Os efeitos dos distúrbios mentais sobre a responsabilidade penal parecem ser mais ou menos os mesmos em todas as jurisdições. No entanto, se olharmos mais de perto, os pormenores dos tratamentos legais e as consequências práticas são bastante diversos e esta discórdia aumentou consideravelmente nos últimos 30 anos. O presente artigo realiza um breve levantamento comparativo com ênfase no direito penal material, a fim de esboçar uma matriz normativa apresentando a existência de três abordagens básicas para lidar com os distúrbios mentais como causa de exclusão da responsabilidade penal. Embora a psiquiatria tenha feito progressos consideráveis nos últimos 150 anos, ao proporcionar um tratamento mais humano aos que padecem de enfermidades mentais, é uma observação perturbadora que o direito penal parece ser significativamente menos tolerante para com os infratores que padecem desses distúrbios nos tempos modernos do que há dois milênios atrás.

Palavras-chave: direito penal comparado; culpabilidade; imputabilidade; inimputabilidade.

Abstract: The effect of mental disorders on criminal responsibility seems to be more or less the same in all jurisdictions. However, upon a closer look, the details of the regulatory schemes and the practical effects vary considerably and this discord has increased even more in the past 30 years. This article undertakes a brief comparative survey with a focus on substantive criminal law in order to sketch a normative matrix which shows that there are three basic approaches to deal with mental disorders as grounds for excluding criminal responsibility. While psychiatry has made considerable progress over the past 150 years, in providing more humane treatment to mentally ill persons, it is a disturbing observation that the criminal law appears to be significantly less tolerant towards mentally disturbed offenders in modern times than during the previous two millennia.

Keywords: Comparative Criminal Law; mens rea; imputability; inimputability.

* Publicação original: Comparing Legal Approaches: Mental Disorders as Grounds for Excluding Criminal Responsibility. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Bergen, v. 4, n. 1, p. 48-64, 2016. DOI: 10.15845/bjclcj.v4i1.1026. Tradução de Lucas Minorelli e revisão de Guilherme Francisco Ceolin.

Sumário: 1 Introdução histórica; 2 Levantamento comparativo; 2.1 Distúrbio mental como exculpação completa; 2.1.1 Critérios; 2.1.2 Ônus da prova e papel dos especialistas; 2.1.3 Consequências jurídicas (condenação, medidas de natureza civil); 2.2 Distúrbio mental como subcategoria de erro/ato involuntário (“modelo de *mens rea*”); 2.3 Distúrbio mental relevante apenas para a escolha da sanção; 2.4 Exculpação parcial ou “responsabilidade diminuída”; Considerações finais; Referências.

1 Introdução histórica

Tudo leva a crer que os distúrbios mentais têm servido como um fundamento válido para a exclusão da responsabilidade penal ou o levantamento da própria pena desde tempos imemoriais. Na *Ilíada*, o Rei Agamenon recusa o ônus de suas ações ao reivindicar que

[...] contudo, culpa não tenho nenhuma, senão tão somente, Zeus grande, a fatal Moira e as Erínias que vagam nas trevas espessas. Uma cegueira feroz me ensinaram tais deuses no peito, a qual me fez no conselho, ao Pelida privar do alto prêmio. Como pudera eu reagir? São os deuses que tudo dispõem. A Culpa é filha de Zeus, deusa excelsa que os homens conturba, nume funesto de pés muito leves, que a terra não roça, ao caminhar, mas passeia por sobre a cabeça dos homens, ocasionando tropeços.¹

Quer seja explicada como possessão demoníaca ou por parte dos deuses, ou, ainda, pela abordagem da escola galênica² como uma doença do cérebro, o direito antigo geralmente deixava as pessoas com nítidos distúrbios mentais aos cuidados de suas respectivas famílias e isentava aquelas da responsabilidade penal, embora mantivesse a responsabilidade civil. Reflexos desse modelo podem ser encontrados em *As Leis*, de Platão (IX, 864), e na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles (1111a). O Direito romano tratava os insanos (*furiosi*) como crianças, ou seja, incapazes de agir, porque *compotes mentis non sunt*, razão pela qual não poderiam ser responsabilizados pela prática de um crime, ainda que fosse parricídio ou homicídio, exceto se cometido em um *lucidum intervallum*. Também foi dito que a má sorte os exculpam ou que já foram punidos com

1 HOMER, *Iliad*, p. 86 ss.: “It was not I that did it: Zeus and Fate, and Erinys that walks in darkness struck me mad when we were assembled on the day that I took from Achilles the prize that had been awarded to him. What could I do? All things are in the hand of heaven, and Folly [Ate], eldest of Zeus’ daughters, shuts men’s eyes to their destruction”. Nota do Tradutor (NT): utilizamos no corpo do texto a tradução levada a cabo por Carlos Alberto Nunes (HOMERO, *Ilíada*, p. 405-406), com a referência completa indicada ao final deste trabalho.

2 Cf. ROBINSON, *Wild Beasts & Idle Humours*, p. 61, para mais referências.

a própria insanidade³. O Direito canônico do medievo seguiu a doutrina romana⁴, que foi reforçada pelo ensinamento agostiniano de que o pecado requer voluntariedade, algo que falta para aqueles *qui usu rationis carent*⁵.

O *ius commune* da Europa continental manteve as doutrinas e expressões romanas, estendeu a aplicação do *doli incapitas*, destinada a animais selvagens e crianças, aos insanos, e incorporou a consideração humanitária de que quem já carrega o ônus de uma doença não deve carregar também o ônus da pena⁶:

*Furiosus et infans non sunt capaces delicti, sic nec animalia bruta, et ideo factum ab eis fit impune, quia est factum sine dolo et culpa*⁷

[...]

(6) *Excusantur item enim hac ratione furiosi & phrenetici, qui ob animi impotentiam, mentis suae non sunt compotes, eoque ex deliberato animo nihil facientes, nec quid faciunt, scientes. Nam tales nullo modo puniuntur [...] cum eos fati infelicitas excuset, & mentis inopia.*

[...]

(8) *Alia praeterea est ratio naturalis magis, quod furiosus satis suo furore torquetur ac punitur [...] Nec afflicto addenda est afflictio [...]*.⁸

Contudo, até o século XIX não havia na doutrina um conceito refinado de *imputabilitas* e praticamente todos os casos problemáticos restavam subsumidos ao conceito de *doli incapitas*⁹. As primeiras codificações no período iluminista também foram sucintas:

3 D. 1, 18, 13, 1; 18, 1, 14; 29, 5, 3, 11: “*Furiosos excipi nequaquam dubium est*”; 48, 8, 12: “*Infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat*”; 48, 9, 9, 2: “*Nam sufficere furore ipso eum puniri*”. Conferir MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, p. 77, n. 1, para mais referências.

4 Decretum Gratiani, C. 15 q. 1 c. 2: “*Furor autem, cum non sit peccatum, est tamen pena peccati...*”.

5 O *Codex Iuris Canonici* de 1912 prevê no cân. 2201, § 1: “*Delicti sunt incapaces qui actu carent usu rationis*”, com uma presunção contra *lucida intevalla*; § 4: “*Debilis mentis delicti imputabilitatem minuit, sed non tollit omnino*”, atualmente vide o *Codex* de 1983, cân. 1322: “*Qui habitualiter rationis usu carent, etsi legem vel praeceptum violaverint dum sani videbantur, delicti incapaces habentur*”, e cân. 1323, n. 6.

6 Ver, também, *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) art. 164, 179.

7 Baldus s. D.v. ad l. Aquil. l. injuriarum.

8 DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cap. 86, n. 6 ss.

9 Cf. BÖHMER, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 6 ed., sec. I, cap. II, §§ XL s.: “§ XL. *Quum vero non omnes actiones legum criminalium obiectum constituent, sed spontaneae [...], spontaneitas vero sine dolo vel culpa concipi nequeat; certissimi iuris est: qui doli vel culpae non est capax, crimen committere nequit [...] § XLI. Sequitur inde, non delinquere 1) furiosos ac mente captos... 2) dormientes... 3) facilius summe ebrios... 4) infantes... iratos... 5) surdos et mutos, 6) stupidos, vel 7) prodigos*”.

Quem for incapaz de agir livremente não incide em qualquer crime, pelo que também não há punição.¹⁰

Não há crime ou delito, quando o réu estava em estado de insanidade no momento da ação [...].¹¹

Os primórdios do Direito inglês essencialmente assumiram a mesma posição: os que não fossem/estivessem *compos mentis* no momento de suas ações não poderiam ser punidos, inclusive por traição¹². Coke deduziu isso a partir do fim da pena:

[...] dado que a principal finalidade da punição é que outros sintam-se intimidados de praticar crimes em razão do exemplo da pena aplicada, *ut poena ad paucos, metus ad omnes perveniat*; mas tal pena não é capaz de servir de exemplo para loucos ou infantes [...].¹³ [e:] *furiosus solo furore punitur*.¹⁴

Essa aplicação, no entanto, se restringe à loucura perfeita ou à “alienação total da mente”, com a tradicional exceção dos intervalos lúcidos, ao passo que a insanidade parcial não exclui a responsabilidade, porque, como observou Hale, a maioria dos infratores “encontram-se sob influxo de uma parcial insanidade no momento que praticam estas infrações”¹⁵. Blackstone argumentou que todos os crimes são constituídos por uma “vontade perversa” e um explícito ato ilícito seria uma “consequência dessa vontade perversa”¹⁶. Logo, não haverá crimes nos casos em que “a vontade não é compatível com o ato”, por exemplo, quando presente um “defeito geral de compreensão, tal como menoridade, idiotia, loucura e

10 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* [Código Civil da Prússia] (PrALR 1794) 20 II § 16: “*Wer frey zu handeln unvermögend ist, bey dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt*”.

11 Código Penal francês (1810), art. 64: “*Il n’y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l’action*”. NT: o direito penal francês possui tratamento jurídico diverso para *délits* e *crimes*, ao contrário do direito penal brasileiro, que os enxerga como sinônimos.

12 Isso também é aplicável quando o infrator não se torna insano após cometer o ato de traição. O *common law* sustentava que ele não poderia ser executado; uma legislação “cruel e desumana” de Henrique VIII que autorizava tal execução logo foi revogada porque “a execução de um infrator é para servir de exemplo... mas quando um insano é executado, isso representaria um espetáculo miserável, manifestamente contrário ao direito e de caráter extremamente desumano e cruel, não servindo de exemplo para os demais”. COKE, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, cap. 1, p. 6; BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* IV, cap. 2, p. 25.

13 COKE, *ob. cit.* (nota 12), p. 4.

14 COKE, *ob. cit.* (nota 12), p. 6: “*For the principall end of punishment is, that others by his example may feare to offend, ut poena ad paucos, metus ad omnes perveniat; but such punishment can be no example to mad-men, or infants [...]* [and:] *furiosus solo furore punitur*”.

15 HALE, *Historia Placitorum Coronae* I, cap. IV, fol. 30.

16 BLACKSTONE, *ob. cit.* (nota 12), cap. 2, p. 21.

intoxicação”¹⁷. No final do século XVI, os tribunais ingleses tinham começado a realizar o teste bíblico de capacidade moral¹⁸, nomeadamente “conhecimento do bem e do mal”, em relação aos insanos¹⁹.

2 Levantamento comparativo

Tem sido alegado que o “efeito da insanidade na responsabilidade penal é uma questão comum a todas as sociedades humanas”²⁰, embora os efeitos práticos variam consideravelmente e essa discórdia tem aumentado nos últimos 30 anos. Até a presente data, um levantamento comparativo mostrou que são três as abordagens básicas para lidar distúrbios mentais como causa de exclusão da responsabilidade penal²¹, a saber:

- (1) A maioria esmagadora dos ordenamentos jurídicos aceita o distúrbio mental como um fundamento próprio – normalmente denominados *excuse* ou *defence* – para excluir a responsabilidade penal. Embora os critérios pareçam muito semelhantes, os resultados práticos variam desde uma aplicação deveras restritiva, sobretudo nos países de língua inglesa, até um emprego frequente, como ocorre em alguns países da tradição de *civil law*.
- (2) Um pequeno grupo de ordenamentos jurídicos – alguns Estados norte-americanos – admite distúrbios mentais tão somente na medida em que constituem erro ou ato involuntário, afastam a intenção ou, mais na teoria do que na prática, a voluntariedade da ação.

17 BLACKSTONE, *ob. cit.* (nota 12): “For where there is no discernement, there is no choice; and where there is no choice, there can be no act of the will, which is nothing else but a determination of one’s choice, to do or to abstain from a particular action; he therefore, that has no understanding, can have no will to guide his conduct”; *ibid.*, cap. 2, p. 24: “For the rule of law as to the latter, [...], is, that ‘*furius furore solum punitur*’. In criminal cases therefore idiots and lunatics are not chargeable for their own acts if committed when under these incapacities [...]”; *ibid.*, cap. 2, p. 25: “[...] a total idiocy, or absolute insanity, excuses from the guilt, and of course from the punishment, of any criminal action committed under such deprivation of the senses; but if a lunatic hath lucid intervals of understanding, he shall answer for what he does in those intervals, as if he had no deficiency”.

18 PLATT/DIAMOND, *California Law Review* 54, p. 1227-1228.

19 DALTON, *The Country Justice*, p. 306 [244]; cf. PLATT/DIAMOND, *ob. cit.* (nota 18), p. 1233 ss.

20 YEO, *Singapore Journal of Legal Studies* (2008), p. 242. Não abordarei aqui a dimensão processual, ou seja, a incapacidade para ser levado a julgamento.

21 Conferir, também, SPARR, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 37, p. 172 ss.; YEO, *ob. cit.* (nota 20), p. 241-263; SIMON/AHN-REDDING, *The insanity defense, the world over*; LOUGHNAN, *Manifest madness*, p. 26 ss.

- (3) Outro pequeno grupo – representado, sobretudo, pela Suécia que, no entanto, gradualmente retorna ao modelo majoritário – adotou um sistema de controle social unificado em que distúrbios mentais são relevantes apenas para determinar a espécie de tratamento adequado para o infrator.

2.1 Distúrbio mental como exculpação completa

A maioria dos ordenamentos jurídicos considera uma certa integridade mental durante a prática de uma infração como um prerequisite fundamental da responsabilidade penal. Esse prerequisite integra uma categoria mais ampla, normalmente denominada *imputabilitas*, *guilt/responsibility*, *responsabilité pénale*, *imputabilidad* ou *Zurechnungsfähigkeit/Schuld*, que está normalmente vinculada a concepções *naïve* de livre-arbítrio, ou seja, a capacidade de escolher entre certo e errado. Caso não esteja presente devido a um distúrbio mental, não há crime e tampouco punição²². Esse componente da “culpabilidade” goza de *status* constitucional em alguns países (Alemanha, Itália e Canadá; essa exigência não tem lugar nos EUA).

2.1.1 Critérios

2.1.1.1 Abordagem unidimensional/testes de critério único (“abordagem médica”)

Há, pelo menos, um país – talvez atualmente (veja o Código Penal francês de 1810) somente um –, a Noruega²³, que emprega uma abordagem médica unidimensional. Isso significa que a mera presença de, por exemplo, uma psicose, no sentido de uma percepção significativamente perturbada da realidade ao tempo da conduta criminosa, é suficiente para isentar o agente de pena. Uma explicação possível é que ela se assenta em uma presunção tática, irrefutável, de que a conduta do agente foi “produto” de seu distúrbio mental ou que a mera possibilidade

22 Por exemplo, PrALR (1794) 20 II § 16, *supra* nota 10.

23 Conferir sec. 20(1)(b) da Lei Penal da Noruega de 20 de maio de 2005, que entrou em vigor em 1º de outubro de 2015, e sec. 44 do anterior Código Geral Civil Penal de 1902 (“A person who was psychotic or unconscious at the time of committing the act shall not be liable to a penalty. The same applies to a person who at the time of committing the act was mentally retarded to a high degree”). *Psychosis* (“psicose”) é compreendida como um termo legal que é em grande parte, mas não inteiramente extenso como o diagnóstico médico. Vide a detalhada discussão no acórdão de 24 ago. 2012 do Tribunal Distrital de Oslo no caso “22 de julho” (Breivik), p. 49 ss. Disponível em: <https://lovdata.no/static/file/834/toslo-2011-188627-24e.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022. Esse caso estimulou os esforços de reforma legislativa, mas sem resultados até o presente momento; compare o resumo das propostas do comitê real em GRÖNING/RIEBER-MOHN, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 3, p. 109-131; conferir também AARLI, *The Future of Criminal Law?*, p. 113-123.

de a doença ter contribuído para referida conduta é tida como suficiente²⁴, tendo em conta a reconhecida dificuldade ou até impossibilidade de provar o nexo causal²⁵.

2.1.1.2 Testes dualistas (“abordagem mista”)

A maioria dos ordenamentos jurídicos emprega o que alguns autores denominam de “método biopsicológico”²⁶, isto é, um teste compreendendo dois critérios. O primeiro deles é descritivo, relacionado a algumas deficiências mentais, ao passo que o segundo é psicológico ou funcional, demandando certas inaptidões como resultado de um defeito mental. Consequentemente, há um terceiro critério implícito, qual seja, a relação causal entre o distúrbio mental e as deficiências funcionais.

2.1.1.2.1 Categorias biológicas e médicas: tipos de distúrbios

As descrições de distúrbio mentais na primeira etapa do teste frequentemente recorrem a expressões coloquiais, como *insanity*, em inglês, ou *démence*, em francês. Por vezes, termos antigos, até mesmo para a terminologia médica do século XIX, que hoje seriam considerados depreciativos e inadequados, como “maluquice”, “loucura”, “idiotice”, “debilidade” ou “anormalidade mental”, ainda são empregados. Leis mais antigas frequentemente tratavam surdos-mudos como insanos. Na maioria das vezes não há preocupação quanto à causa do distúrbio mental, seja ele uma “doença da mente” ou psicoses, como esquizofrenia, transtorno bipolar, mas também epilepsia, sonambulismo, certas psiconeuroses, hiper e hipoglicemia, etc., ou um “defeito” ou “enfermidade mental natural” com a qual a pessoa nasceu, tal como um intelecto anormalmente baixo, nos termos do *Model Penal Code* § 4.01(1): “*Mental disease or defect*”. Algumas formulações são tão amplas que abarcam deficiências temporárias (nos países da Europa continental, por exemplo), enquanto outras se antecipam ao excluir distúrbios autoinduzidos, em especial o abuso de substâncias²⁷ ou “reiteração criminosa ou de outros comportamentos antissociais”²⁸. Se houver uma distinção legal entre insanidade e intoxicação, como ocorre na tradição de *common law*, a linha tênue

24 Conferir CORNILS/HUSABØ, *Das norwegische Strafgesetz/Lov om straff (straffeloven)*, p. 46.

25 Conferir GRÖNING/RIEBER-MOHN, *ob. cit.* (nota 23), p. 114-115.

26 VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht II*, p. 289 ss.

27 Parte I s. 1 e 27 do *Criminal Code of Western Australia*.

28 § 4.01(2), *Model Penal Code*.

do alcoolismo, *delirium tremens* ou eventos únicos de psicose alcoólica provavelmente trará problemas²⁹.

Vale ressaltar que a maioria³⁰ dessas descrições é feita em termos jurídicos, sem recorrer à terminologia médica ou clínica. Em nenhum lugar encontrei referências a classificações internacionais, como a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10), da Organização Mundial de Saúde, ou o DSM-V, da Associação Americana de Psiquiatria³¹. Essa separação entre os critérios jurídicos e os descritores da medicina tem a vantagem óbvia de livrar a lei de imprevistos do constante desenvolvimento das ciências médicas – evitando os problemas decorrentes de terminologias ultrapassadas que afetam o §20 StGB ([*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemão] “Distúrbio psíquico patológica, por perturbação profunda da consciência ou por debilidade mental ou por outra alteração psíquica grave”). Por outro lado, a separação tem a óbvia desvantagem de possivelmente não perceber características essenciais de fenômenos relevantes e criar problemas permanentes na tradução da terminologia das avaliações médicas para a terminologia legal.

2.1.1.2 Deficiências psicológicas/funcionais

A segunda etapa do teste é frequentemente mais controversa do que a primeira. O segundo critério tem como tarefa examinar se o distúrbio mental eliminou ou não uma condição necessária para a responsabilidade penal. Enquanto as regras mais antigas questionavam se o “livre-arbítrio” ou a “liberdade para agir” foram eliminados³², a maioria das formulações modernas questiona a existência de défices cognitivos e/ou volitivos específicos que afetem o normal funcionamento do mecanismo do modelo ingênuo de ação implícito no conceito penal de conduta. Praticamente em lugar algum³³ a definição psiquiátrica moderna de

29 Conferir *Model Penal Code*, *Comment 2* em relação ao § 2.08, v. 2, p. 360 ss.

30 Mas veja a redação anterior do s. 428B do *Crimes Act of the Australia Capital Territory*, substituído pela s. 28 do *ACT's Criminal Code 2002* (A2002-51), definindo “*mental dysfunction*” como “*a disturbance or defect, to a substantially disabling degree, of perceptual interpretation, comprehension, reasoning, learning, judgment, memory, motivation or emotion*”.

31 *Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, 5. ed., 2013.

32 Conferir PrALR (1794) 20 II § 16, *supra* nota 10; §51 RStGB (*German Reichsstrafgesetzbuch*, Código Penal do Império alemão): “*Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war*”.

33 Contudo, conferir nota 27.

doença mental como “uma incapacidade generalizada de lidar com a realidade”³⁴ foi adotada.

2.1.1.2.2.1 *Civil law*

Muitas jurisdições no âmbito de *civil law*, incluindo a Rússia e o Extremo Oriente, bem como o Direito islâmico, são bastante uniformes em aplicar um teste alternativo que avalia se o réu era incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta (défice cognitivo) – isso nada mais que um erro de direito (*mistake of law*) devido a uma condição médica – ou de agir em conformidade com esse entendimento (défice volitivo/conativo):

Alemanha, *Strafgesetzbuch*, § 20: Atua sem culpabilidade quem ao tempo da ação ou da omissão do fato é incapaz por uma perturbação psíquica patológica, por perturbação profunda da consciência, por debilidade mental ou por outra alteração psíquica grave de compreender a ilicitude do fato ou de atuar de acordo com essa compreensão.

Espanha, *Código Penal*, art. 20: *Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. [...] 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*

Itália, *Codice Penale*, art. 88 (*Vizio totale di mente*): *Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere.*

França, *Code Pénal* de 1995, art. 122-1: *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.*

Turquia, *Ceza Kanunu* de 2004, art. 32(1): Uma pessoa sem capacidade de compreender o significado e as consequências jurídicas da infração, ou tenha perdido consideravelmente a capacidade de controlar os próprios atos devido à insanidade, pode não estar sujeita a qualquer pena. No entanto, medidas de segurança serão impostas a tais indivíduos.

Polônia, *Kodeks karny*, art. 31 § 1: Quem no momento da prática de um ato proibido for incapaz de reconhecer o significado dele ou de controlá-lo de-

34 McAULEY, *Insanity, Psychiatry and Criminal Responsibility*, p. 35.

vido a uma doença mental, deficiência mental ou outra perturbação mental, não cometerá uma infração.

Rússia, Código Criminal, art. 21 (Insanidade): 1. Uma pessoa que, ao momento da prática de um ato socialmente nocivo, era insana, ou seja, incapaz de compreender o real caráter ou a nocividade social das suas ações (ou omissões) ou de governá-las em razão de uma perturbação mental crônica ou temporária, deficiência mental ou qualquer outra condição mental, não está sujeita à responsabilidade criminal.

Argentina, *Código Penal* de 1984, art. 34: *No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

Brasil, Código Penal de 1940/1984, 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.

República Popular da China, Código Criminal de 1997, art. 18: Uma pessoa mentalmente doente que causa consequências perigosas ao momento em que era incapaz de reconhecer ou controlar a própria conduta não deve arcar com a responsabilidade criminal após uma vez estabelecido por meio de procedimento legal devido; contudo, a sua família ou tutor deverá ser obrigado a sujeitá-lo a uma vigilância rigorosa e providenciar tratamento médico. Quando necessário, será submetido a tratamento médico compulsório pelo governo. [...].

Coréia do Sul, Lei Criminal, art. 10: (1) A conduta de uma pessoa que, devido a um transtorno mental, é incapaz de discernir ou controlar a própria vontade não será punida.

Vaticano, *Codex Iuris Canonici* de 1983, can. 1322: Quem carecer habitualmente do uso da razão, ainda que tenha violado a lei ou o preceito quando parecia são, considera-se incapaz de delito.³⁵

Irã, Novo Código Penal Islâmico, 2013, Livro I, art. 140: A responsabilidade penal nos casos de *hudud*, *qisas*, e *ta'zirat* será estabelecida quando o indivíduo estiver são, púbere e livre no momento da prática da infração, exceto no caso de homicídio mediante coação conforme o Terceiro Livro Qisas.

35 NT: "Qui habitualiter rationis usu carent, etsi legem vel praeceptum violaverint dum sani videbantur, delicti incapaces habentur" (no original).

Art. 149: Quando o infrator no momento da prática de uma infração padecer de um distúrbio mental de modo que não tenha intenção, senso ou discernimento, deve ser tratado como insano e não possui responsabilidade penal.

2.1.1.2.2 *Common law*

A situação é mais complicada nos ordenamentos jurídicos pertencentes à tradição do Direito inglês. O Direito inglês ainda é regido pelas denominadas *M’Naghten rules* de 1843. A *Law Commission* publicou um projeto para discussão em 2013³⁶, mas desde então nenhum relatório final foi apresentado ou qualquer medida legislativa tomada. O marceneiro escocês Daniel M’Naghten padecia da ilusão paranoica de que era perseguido pelos *Tories*. Consequentemente, ele tentou assassinar o Primeiro-Ministro Peel, mas o tiro acertou o secretário particular deste, Edward Drummond, que veio a falecer cinco dias depois. M’Naghten foi considerado “não culpado” de assassinato, sob o fundamento de insanidade, e passou o resto da sua vida, 21 anos, em hospícios. A absolvição causou uma indignação pública, alegando leniência, e a Rainha Vitória temia que maníacos e radicais fossem encorajados a atentar contra a sua vida. A Câmara dos Lordes pediu aos juízes do Conselho Real da Rainha (*Queen’s Bench*) que os aconselhassem em relação ao tratamento jurídico da questão e a resposta, em sua essência, foi esta:

Aos jurados deve ser dito que em todos os casos os homens sejam presumidos sãos e detentores de certo grau de razão suficiente para responder por seus crimes, até que o contrário seja satisfatoriamente provado; e que para estabelecer uma defesa com base na insanidade, deve ser nitidamente provado que, no momento da prática da conduta, a parte acusada agia sob influência de um déficit de razão, de doença da mente, como não conhecer a natureza ou a qualidade da conduta que estava a cometer: ou, se o soubesse, que não sabia que o que fazia era errado. O modo de colocar a última parte da questão ao júri nestas ocasiões tem sido, geralmente, se o acusado no momento do ato sabia a diferença entre o certo e o errado [...].³⁷

36 LAW COMMISSION, *Criminal Liability: Insanity and Automatism*, A Discussion Paper (23 July 2013), conferir em particular § 4.160: “*Proposal 3: The party seeking to raise the new defence must adduce expert evidence that at the time of the alleged offence the defendant wholly lacked the capacity: (i) rationally to form a judgment about the relevant conduct or circumstances; (ii) to understand the wrongfulness of what he or she is charged with having done; or (iii) to control his or her physical acts in relation to the relevant conduct or circumstances as a result of a qualifying recognised medical condition*”.

37 *R. v. M’Naghten*, 10 Clark & Fennelly 200, 210; 8 E.R. p. 718, 722 s. (1843).

No que diz respeito às ilusões sobre os fatos existentes, os juízes acrescentaram:

[se] ele age apenas sob ilusão parcial e não é insano em relação a outros aspectos, pensamos que deve ser considerado na mesma condição de responsabilidade como se os fatos decorrentes da ilusão fossem reais. Por exemplo, se sob a influência da ilusão ele supõe que outro homem tenta lhe tirar a vida e o mata em suposta situação de legítima defesa, estaria isento de pena.³⁸

Deixando de lado a questionável autoridade para emitir parecer consultivo, as *M’Naghten rules* foram objeto de controvérsia desde a sua introdução³⁹, e assim permanecem até os dias de hoje⁴⁰. Isso é tanto em razão de que elas reduzem a questão da insanidade a um caso de defeito cognitivo pertencente às categorias de um inocente erro de fato ou de direito (*mistake of fact or law*), quanto que desconsideram a possibilidade de que distúrbios mentais também podem afetar, como Stephen bem colocou, “as emoções e a vontade”⁴¹.

Em algumas jurisdições de *common law*, as *M’Naghten rules* foram complementadas por um requisito volitivo tal qual um teste de “impulso irresistível” já empregado em casos anteriores do Direito inglês⁴². A maioria dos ordenamentos jurídicos da *Commonwealth* hoje reconhece defeitos cognitivos ao lado dos volitivos⁴³, embora a experiência na prática varie consideravelmente. As variações ocorrem também em relação ao requisito cognitivo, se o acusado deve apenas

38 *R. v. M’Naghten*, 10 Clark & Fennelly 200, 210; 8 E.R. p. 718, 722 s. (1843).

39 Conferir STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England* 2, p. 155 ss.

40 Conferir ASHWORTH/HORDER, *Principles of Criminal Law*, p. 143 ss.

41 STEPHEN, *ob. cit.* (nota 39), p. 155; conferir também a proposta da *Law Commission*, *supra* nota 36.

42 *R. v. Oxford*, 9 Car. & P. p. 525, 546; 173 E.R. p. 941, 950 (1840).

43 YEO, *ob. cit.* (nota 20), p. 254, para mais referências. *E.g.* Australian Model Penal Code (2009), § 2.3.3 (Mental impairment): “(1) A person is not criminally responsible for an offence if, at the time of carrying out the conduct constituting the offence, the person was suffering from a mental impairment that had the effect that: (a) the person did not know the nature and quality of the conduct, or (b) the person did not know that the conduct was wrong (that is, the person could not reason with a moderate degree of sense and composure about whether the conduct, as perceived by reasonable people, was wrong), or (c) the person was unable to control the conduct”; South Africa, Criminal Procedure Act of 1977, s. 78 (Mental illness or mental defect and criminal responsibility): “(1) A person who commits an act or makes an omission which constitutes an offence and who at the time of such commission or omission suffers from a mental illness or mental defect which makes him or her incapable – (a) of appreciating the wrongfulness of his or her act or omission; or (b) of acting in accordance with an appreciation of the wrongfulness of his or her act or omission, shall not be criminally responsible for such act or omission”; Israel Penal Law (Law nº 626/1996), s. 34H: “A person shall bear no criminal responsibility for an act done by him if, at the time of the act, because of an illness affecting his psyche or a defect in his intellectual ability, he is not actually able – (1) to understand what he is doing or the wrongness of his act; or (2) to refrain from doing the act”.

“conhecer” ou “apreciar”, ou seja, compreender o que ele faz, se a distinção entre certo e errado se refere às regras legais ou morais e, por exemplo, se as pessoas agindo sob influência de mandamentos divinos ou “decretos deificadores” devem ser consideradas insanas.

Nos Estados Unidos da América, o desenvolvimento do tratamento jurídico da insanidade seguiu um rumo um tanto diferente e, nos últimos tempos, um tanto preocupante. As *M’Naghten rules* foram recepcionadas na íntegra em alguns lugares, ao passo que em outros elas foram combinadas com um teste de “impulso irresistível”. Em 1954, em uma época notabilizada pelo sensível aumento de interesse pela psicologia e pela psiquiatria, um teste de insanidade federal foi formulado pelo Tribunal Federal Recursal para o Circuito do Distrito de Colúmbia (*D.C. Circuit court*) em *Durham v. United States*, segundo o qual “um acusado não é penalmente responsável se a sua infração foi produto de doença ou perturbação mentais”⁴⁴.

Tal teste foi aclamado pelos profissionais da medicina, embora tenha-se provado de difícil aplicação. O *Model Penal Code*, publicado em 1962, empregou um teste com duas vertentes, semelhante aos modelos europeus: “§ 4.01(1) Uma pessoa não é responsável pela conduta criminoso se no momento desta, em função de doença ou perturbação mental, lhe faltar capacidade substancial seja para discernir a ilicitude de sua conduta, seja para agir de acordo com a lei”.

A maioria das legislações penais dos Estados, bem como os Tribunais Federais Recursais, posteriormente, seguiram o *Model Penal Code* de forma mais ou menos próxima. No entanto, um grande número de vozes críticas, entre elas o Presidente Nixon, defenderam a abolição da *insanity defence* pelas mais diversas razões, em especial o seu “abuso inconcebível” (Nixon), permitindo que muitos infratores escapassem da punição⁴⁵. Os adversários ganharam *momentum* após 1981, quando John Hinckley tentou assassinar o Presidente Reagan com o propósito de chamar a atenção da atriz Jodie Foster e foi absolvido sob o fundamento de incapacidade volitiva, segundo o teste do MPC adotado pelo Tribunal Federal Recursal⁴⁶. A legislação federal *Insanity Defense Reform Act* (IDRA)⁴⁷ de 1984, em sua essência, recuperou as *M’Naghten rules*:

44 *Durham v. United States*, 214 F.2d p. 862, 874-5 (D.C.Cir. 1954).

45 *Conferir Model Penal Code*, Comment 6 to § 4.01, v. 3, p. 180 ss.

46 *United States v. Hinckley*, 525 F. Supp. p. 1342 (D.D.C. 1981), *aff’d*, 672 F.2d p. 115 (D.C. Cir. 1982).

47 Pub. L. 98-473, title II, § 402(a), Oct. 12, 1984, 98 Stat. 2057, § 20; renumbered § 17, Pub. L. 99-646, § 34(a), Nov. 10, 1986, 100 Stat. 3599, codified in 18 U.S.C. § 17.

18 U.S.C. § 17(a): É uma defesa afirmativa para a acusação regida sob a lei federal que, ao momento da prática dos atos que constituem a infração, o réu, por causa de doença grave ou distúrbio mental severo, era incapaz de entender a natureza ou a ilicitude de seus atos. A doença ou defeito mental não representa, de outro modo, uma defesa.

A maioria das leis penais dos Estados norte-americanos acompanhou essa reação negativa, reduzindo consideravelmente o escopo da *insanity defence*, redistribuindo o ônus da prova ou o abolindo por completo⁴⁸.

2.1.2 Ônus da prova e papel dos especialistas

Nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, com um processo penal de natureza inquisitória, a questão da *imputabilitas* é examinada *ex officio*. De modo geral, o ônus da prova de todos os elementos da infração penal é atribuído ao Estado, que tem de provar que o réu se encontrava em situação de *imputabilitas*, leia-se, solidez mental, no momento da possível prática criminosa. A fundamentação desse modelo é frequentemente vinculada à presunção de inocência e em alguns países ela figura no texto constitucional.

O Direito inglês⁴⁹ e a vasta maioria de seus descendentes⁵⁰, no entanto, partem de uma presunção jurídica de sanidade que o réu tem de refutar. Mais precisamente, o réu não só detém o ônus (probatório, provisório) de apresentar evidências da própria insanidade, mas também o ônus legal ou persuasivo (probatório, último) de estabelecer a insanidade em um equilíbrio de probabilidades. Um precedente americano anterior⁵¹ e o *Model Penal Code* rejeitaram esse ponto de vista e situaram apenas o ônus probatório sobre o acusado, que deve apresentar provas que apoiem a sua alegação de insanidade, ao passo que a acusação deve refutar essa defesa e estabelecer a responsabilidade do réu para além de qualquer dúvida razoável⁵². Esse entendimento, contudo, não adquiriu estatuto constitucional nos EUA⁵³, decerto porque a divisão tradicional entre os elementos do crime, de um

48 Conferir *infra*, 2.2.

49 *Supra* nota 33.

50 *E.g.* s. 26 *Western Australia Criminal Code*.

51 *Davis v. United States*, 160 U.S. p. 469, 484 ss. (1895); restringida por *Leland v. Oregon*, 343 U.S. p. 790, 797 ss. (1952). Conferir, também, *In re Winship*, 397 U.S. p. 358, 364; 90 S.Ct. p. 1068, 1073; 25 L.Ed.2d p. 368 (1970) per Brennan J.: “*Proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime – is soundness of mind not a fact constituting the crime?*”

52 MPC § 4.03(1) with Comment 1, v. 3, p. 223 ss.

53 Conferir, recentemente, *Clark v. Arizona*, 548 U.S. p. 735, 768 ss.; 126 S.Ct. p. 2709, 2731 ss.; 165 L.Ed.2d p. 842 (2006).

lado, e das *defences*, de outro, parece obscurecer a simples verdade de que todas as defesas apenas negam as necessárias condições de responsabilidade para que a solidez mental seja um “fato constitutivo da infração”.

Após a decisão sobre o *caso Hinckley*, o IDRA atribuiu o ônus legal ao réu para provar mediante evidências nítidas e convincentes de que era insano⁵⁴. Além disso, vários Estados norte-americanos exigem prova de insanidade mediante preponderância de evidências, com o aval da *Supreme Court*⁵⁵.

A opinião de peritos utilizada de forma universal quando se discutem distúrbios mentais nos tribunais, mas parece que inexistente na maioria das jurisdições a obrigação dos tribunais de acompanhá-las. Também parece uma experiência generalizada, senão universal, que a comunicação entre peritos e juízes ou jurados é notoriamente difícil e que a fiabilidade do testemunho dos primeiros é tão questionável como a confiança frequentemente acrítica dos tribunais a esse respeito⁵⁶. Essas são dificuldades estruturais inerentes, porque os conceitos jurídicos da responsabilidade penal e da falta desta, isto é, insanidade, não podem ser reduzidos ou traduzidos em categorias da medicina, e vice-versa⁵⁷.

2.1.3 Consequências jurídicas (condenação, medidas de natureza civil)

Na maioria dos países europeus, um réu considerado irresponsável será absolvido. Em 2008⁵⁸, a França substituiu a absolvição por uma “declaração de irresponsabilidade penal por transtorno mental” (*arrêt portant déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*)⁵⁹, em tese para melhor atender aos interesses das vítimas⁶⁰. No mundo em que vigora o *common law*, o tradicional veredito “não culpado por razões de insanidade” desde a metade dos anos 1980 foi substituído em 20 Estados norte-americanos por fórmulas oximorônicas como “culpado, porém insano”, ou “culpado, mas doente mental”⁶¹.

54 18 U.S.C. § 17(b).

55 Conferir, recentemente, *Clark v. Arizona*, 548 U.S. p. 735, 769; 126 S.Ct. p. 2709; 165 L.Ed.2d p. 842 (2006).

56 Para uma discussão típica, conferir GRÖNING/RIEBER-MOHN, *ob. cit.* (nota 23), p. 115 s., 118-125.

57 *Cf. only Clark v. Arizona*, 548 U.S. p. 735, 775 ss.; 126 S.Ct. p. 2709; 165 L.Ed.2d p. 842 (2006).

58 Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JO 26 février 2008.

59 Art. 706-130 French *Code de procédure pénale*.

60 DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, § 638-3 s.

61 Conferir *Clark v. Arizona*, 548 U.S. p. 735, 752 n. 19; 126 S.Ct. p. 2709; 165 L.Ed.2d p. 842 (2006), com mais referências.

A consequência jurídica de uma absolvição é que o réu não resta punido pelos fatos. Na maioria dos ordenamentos jurídicos, uma absolvição não impede a imposição de medidas de segurança (a terminologia costuma variar: sanções especiais, compromisso civil, etc.), como o compromisso de frequentar uma instituição psiquiátrica se o réu for considerado perigoso. É por isso que se diz, pelo menos na Alemanha, que os réus ficam relutantes em suscitar a questão da insanidade, porque a maioria deles teme a estigmatização e uma medida de segurança muito mais duradoura que a pena de prisão. Os procedimentos de natureza civil podem ocorrer em separado ou ser integrados ao processo penal. Na Inglaterra, até 1991, o veredito especial de insanidade resultou em um compromisso obrigatório e sem prazo específico junto a um hospital psiquiátrico; hoje, uma ordem hospitalar, supervisão ou alta total ficam a critério do tribunal. Na segunda metade do século XX, o tratamento psiquiátrico passou por severas críticas e reformas, de modo que o interesse de liberdade das pessoas institucionalizadas foi reforçado. Pelo menos nos EUA, um grande número de pessoas consideradas “não culpadas por razões de insanidade” foram libertadas após breves internações, um fato que prejudicou a aceitação pública da *insanity defence*. O mais recente veredito “culpado, mas doente mental”, implica a punição e, em alguns Estados, não em todos, implica também o tratamento psiquiátrico do condenado⁶².

2.2 Distúrbio mental como subcategoria de erro/ato involuntário (“modelo de *mens rea*”)

Em resposta ao *caso Hinckley*⁶³, cinco Estados norte-americanos – Idaho, Kansas, Montana, Nevada e Utah⁶⁴ – aboliram a defesa afirmativa de insanidade, como, por exemplo:

Idaho Code § 18-207:

(1) A condição mental não deve ser meio de defesa contra qualquer acusação de conduta criminal.

62 *E.g. Ariz. Rev. Stat.* § 13-3994(A).

63 Tentativas de reformar a legislação para abolir a *insanity defence* não representam nenhuma novidade, mas parece que todas falharam outrora: em *State v. Strasburg*, 60 Wash. p. 106, 110 Pac. p. 1020 (Wash. 1910), a *Washington Supreme Court* declarou inconstitucional uma lei estadual que não permitia a insanidade como uma *defence*; conferir, também, *Sinclair v. State*, 161 Miss. p. 142, 132 So. p. 581 (1931), em que a *Mississippi Supreme Court* determinou que a lei impedindo o reconhecimento da insanidade como uma *defence* para o crime de homicídio qualificado era inconstitucional.

64 *Idaho Code* § 18-207; *Kan. Stat. Ann.* § 22-3220; *Mont. Code Ann.* §§ 46-14-102, 46-14-311; *NRS* 193.220; *Utah Code Ann.* § 76-2-305.

[...]

(3) Nada aqui se destina a impedir a admissão de provas periciais sobre a questão de qualquer estado de espírito que constitua um elemento da infração [...].

As condições mentais são relevantes apenas como causas para o erro, visto que a acusação “ainda deve provar, para além de qualquer dúvida razoável, que o réu tinha a capacidade mental para formar a intenção necessária”⁶⁵. A insanidade continua a ser também um fator relevante para fins de aplicação da pena, uma vez que os tribunais têm de avaliar “a capacidade do réu de apreciar a injustiça da própria conduta”⁶⁶ e é oferecido tratamento aos presos que padecem de distúrbios mentais. Isso permite, por exemplo, a condenação de pessoas esquizofrênicas, que sabem o que fazem, porém não tinham capacidade de compreender a *ilicitude* de seus atos⁶⁷. Apenas a *Nevada Supreme Court* considerou que a legislação violava a cláusula de devido processo legal prevista na constituição daquele Estado⁶⁸. Outras cortes estaduais decidiram por manter suas legislações e a *Supreme Court* norte-americana reiteradamente declinou de examinar se essas leis violaram a Constituição Federal⁶⁹.

2.3 Distúrbio mental relevante apenas para a escolha da sanção

Nem a menoridade, nem a insanidade constituem causas de exclusão da responsabilidade penal na Suécia – a situação em outros países nórdicos é de certo modo diferente e mais ou menos similar à dos países da Europa continental⁷⁰. Em 1965, os suecos adotaram uma legislação que incorporou a noção de prevenção individual ou especial, centrada no tratamento, e se afastou das noções de culpa e pena associadas à reprovação moral. O projeto de lei mais radical, de 1956, eliminava inclusive o uso do termo “pena”⁷¹. Portanto, uma pessoa mentalmente afetada pode ser processada e condenada pela prática de um crime, desde

65 152 Idaho p. 122, 125; 267 P.3d p. 709, 712 (2011).

66 Idaho Code § 19-2523(1)(f).

67 *Delling v. Idaho*, 133 S.Ct. p. 504, 505 (2012), Breyer, J., dissenting; also *State v. Bethel*, 275 Kan. p. 456, 66 P.3d p. 840 (2003), cert. denied 124 S.Ct. p. 531, 157 L.Ed.2d p. 412 (2003).

68 *Finger v. Nevada*, 27 P.3d p. 66, 79 ss. (Nev. 2001).

69 *Delling v. Idaho*, 133 S.Ct. p. 504 (2012); see also *Clark v. Arizona*, 548 U.S. p. 735, 752 n. 20; 126 S.Ct. p. 2709; 165 L.Ed.2d p. 842 (2006): “Leaving the question open”.

70 Para Dinamarca, conferir KRAMP, *Placement and Treatment of Mentally Ill Offenders*, p. 105-121. Para a Noruega, vide *supra* notas 23 s.

71 CORNILS, *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung* AT 5, p. 420 ss.

que se prove a capacidade de agir dolosa ou culposamente, embora um distúrbio mental possa mitigar a severidade da consequência jurídica e geralmente exclui a pena de prisão:

Capítulo 29 § 3 *Brottsbalken*:

Ao apurar o valor penal da conduta, as seguintes circunstâncias atenuantes devem ser tidas em especial consideração, para além do que se encontra prescrito alhures, se, num caso particular:

[...]

2. o acusado, em decorrência de distúrbio mental ou violenta emoção, ou por qualquer outra causa, tivesse uma capacidade nitidamente diminuída de controlar seus atos,
3. as ações do acusado estavam ligadas ao seu desenvolvimento manifestamente deficiente, experiência ou capacidade de julgamento.

Capítulo 30 § 6:

Quem cometeu uma infração penal sob influência de grave perturbação mental será condenado a outras sanções para além da prisão. O tribunal só pode impor uma sentença condenatória com pena privativa de liberdade quando houver razões especiais. Ao avaliar a existência de razões especiais, o tribunal deve ter em conta:

1. se o crime possui um valor penal elevado
2. se o acusado não tem necessidade de cuidados psiquiátricos ou apenas o emprego limitado destes
3. se, em relação ao crime, o próprio acusado tiver induzido o estado mental por intoxicação ou qualquer outro meio
4. outros fatores.

(2) O tribunal não deve impor uma pena de prisão se, devido a um grave distúrbio mental, o acusado era incapaz de compreender o significado da sua conduta ou adaptar o seu comportamento de acordo com essa compreensão. Isso não é aplicável se o acusado deu causa à própria incapacidade, tal como previsto no parágrafo 1 n.º 3.

(3) Se o tribunal decidir nos termos do parágrafo 1 ou 2 que nenhuma sanção é necessária, então o acusado receberá sanção alguma.

2.4 Exculpação parcial ou “responsabilidade diminuída”

Muitos ordenamentos jurídicos, sobretudo os vinculados à tradição de *civil law*, reconhecem que a *imputabilitas*, responsabilidade penal, é uma questão de gradação, de modo que a pena será reduzida conforme o grau de incapacidade

causado por distúrbio mental⁷². Os países de *common law* tradicionalmente aceitam uma *defence* de responsabilidade diminuída tão somente em relação ao homicídio, em que se reduz uma acusação de qualificado para simples. A situação atual dessa possibilidade é muito variada e frequentemente confusa⁷³.

Considerações finais

O interesse do público e dos legisladores na exculpação ou *defence* de insanidade, que geralmente encontra o seu ápice após absolvições em casos de homicídios amplamente divulgados, excede e muito o seu significado prático: enquanto essa *defence* é raramente suscitada e menos ainda bem-sucedida no mundo do *common law* – há quem diga que apenas cerca de 15 *insanity pleas* nos tribunais da Inglaterra e do País de Gales logram êxito por ano⁷⁴. O seu uso parece um pouco mais frequente nos países de *civil law*, sobretudo a exculpação parcial de responsabilidade diminuída por intoxicação – em 2013, na Alemanha, dos 935.788 acusados, 749 (0,08%) foram considerados isentos de responsabilidade e 17.968 (1,9%) parcialmente responsáveis⁷⁵.

Ademais, é tão interessante quanto desconfortável perceber que os tempos modernos parecem menos tolerantes em relação a agentes incompetentes, como infratores que padecem de transtornos mentais, do que há dois milênios. Em contraste com todas as conquistas científicas, nomeadamente o progresso da medicina, a compreensão do que é aparentemente o direito penal ainda deixa muito a desejar quando em algumas regiões do mundo muitos juristas obviamente falham em entender “a lógica implícita de qualquer sistema jurídico: que o alcance da lei só se estende às criaturas capazes de compreender aquela e de cumprir as suas prescrições”⁷⁶.

72 E.g. Alemanha, §21 StGB; Espanha, art. 21, n. 1, *Código Penal*; Itália, art. 89, *Codice Penale*; França, art. 122-1 § 2, *Code Pénal*.

73 Cf. ASHWORTH/HORDER, *ob. cit.* (nota 40), p. 267 ss.; LOUGHNAN, *ob. cit.* (nota 21), p. 226 ss.; MORSE, *Journal of Criminal Law and Criminology* 75, p. 1-55; SPARR, *ob. cit.* (nota 21), p. 176 ss.; *United States Sentencing Guidelines*, § 5K2.13.

74 ASHWORTH/HORDER, *ob. cit.* (nota 40), p. 141 s.

75 Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege, Strafverfolgung*, Fachserie 10 Reihe 3 (Statistisches Bundesamt 2013) p. 369.

76 ROBINSON, *ob. cit.* (nota 2), p. 30.

Referências

- AARLI, Ragna. Reform of the Insanity Defense: Norwegian Reflections post 22 July 2011. In: DEMPSEY, Michelle Madden; DUFF, R. A.; HOSKINS, Zach; JAIN, Neha (ed.). *The Future of Criminal Law?* Minneapolis: Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice, 2014. p. 113-123. Disponível em: https://robinainstitute.umn.edu/sites/robinainstitute.umn.edu/files/future-of-criminal-law_working-papersfull-text.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.
- ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press, v. 4, 1769.
- BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von. *Elementa iurisprudentiae criminalis*. 6. ed. [s.l.]: [s.n.], 1766.
- COKE, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clark and Sons, 1817 (1641).
- CORNILS, Karin. Schweden. In: SIEBER, Ulrich; CORNILS, Karin (Hrsg.). *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*. Allgemeiner Teil. Duncker & Humblot, v. 5 (Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit), 2010. p. 387-440.
- CORNILS, Karin; HUSABØ, Erling Johannes (Ed.). *Das norwegische Strafgesetz/Lov om straff (straffeloven)*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.
- DALTON, Michael. *The Countrey Justice*. London: Company of Stationers, 1655.
- DAMHOUDER, Joost de. *Praxis rerum criminalium*. Antverpiae: [s.n.], 1601.
- DESPORTES, Frédéric; LE GUNEHEC, Francis. *Droit pénal général*. 16. ed. Paris: Economica, 2009.
- GRÖNING, Linda; RIEBER-MOHN, Georg Fredrik. NOU 2014:10 – Proposal for New Rules Regarding Criminal Insanity and Related Issues, Norway post-22 July. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, [s.l.], v. 3, n. 1, p. 109-131, 2015. Disponível em: <https://boap.uib.no/index.php/BJCLCJ/article/view/830/778>. Acesso em: 10 nov. 2022.
- HALE, Matthew. *Historia Placitorum Coronae: The History of the Pleas of the Crown*. London: E. Ryder, 1800 (1736).
- HIPPEL, Robert von. *Deutsches Strafrecht*. Berlin: Julius Springer, v. 2, 1930.
- HOMER. *Iliad*. Chicago: University of Chicago Press, 1951. (= HOMERO. *Ilíada*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.)

KRAMP, Peter. Denmark. In: SALIZE, Hans Joachim; DRESSING, Harald (ed.). *Placement and Treatment of Mentally Ill Offenders – Legislation and Practice in EU Member States*, Final Report. Mannheim: Central Institute of Mental Health, 2005. p. 105-121.

LOUGHNAN, Arlie. *Manifest Madness*. Mental Incapacity in the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

McAULEY, Finbarr. *Insanity, Psychiatry and Criminal Responsibility*. Dublin: Round Hall 1993.

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot 1899.

MORSE, Stephen J. Undiminished Confusion in Diminished Capacity. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [s.l.], v. 75, n. 1, p. 1-55, 1984. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol75/iss1/1/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

PLATT, Anthony; DIAMOND, Bernard L. The Origins of the Right and Wrong Test of Criminal Responsibility and Its Subsequent Development in the United States: An Historical Survey. *California Law Review*, [s.l.], v. 54, n. 3, p. 1227-1260, 1966. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38GX9T>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ROBINSON, Daniel. *Wild Beasts & Idle Humours*. Harvard: Harvard University Press, 1996.

SIMON, Rita J.; AHN-REDDING, Heather. *The Insanity defense, the World Over*. Lanham: Lexington Books, 2006.

SPARR, Landy F. Personality Disorders and Criminal Law: An International Perspective. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, [s.l.], v. 37, n. 2, p. 168-181, 2009. Disponível em: <http://jaapl.org/content/37/2/168>. Acesso em: 10 nov. 2022.

STATISTISCHES BUNDESAMT. *Rechtspflege, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt, 2013.

STEPHEN, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*. London: Macmillan and Co., v. 2, 1883.

YEO, Stanley. The Insanity Defence in the Criminal Law of the Commonwealth of Nations. *Singapore Journal of Legal Studies*, Singapore, p. 241-263, 2008. Disponível em: <https://law.nus.edu.sg/sjls/articles/SJLS-Dec-2008-241.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Carl-Friedrich Stuckenberg | *E-mail:* stuckenberg@jura.uni-bonn.de

Doutor em Direito (Uni-Bonn/Alemanha). Professor de Direito Penal, Direito Penal Internacional, Direito Processual Penal, Direito Penal Comparado e História do Direito Penal (Uni-Bonn/Alemanha).

Recebimento: 07.09.2022

Aprovação: 10.11.2022

Artigo convidado