

## IMPUTAÇÃO DIMINUÍDA (\*)

MARCOS A. HERRERA

SUMÁRIO: 1 — Tema. 2 — *Nomen Juris*. 3 — Negadores e Partidários. 4 — Praxe Judicial. 5 — Jurisprudência. 6 — Conclusões. — Bibliografia.

1. Não vamos tratar, neste trabalho, da necessidade da reforma total ou parcial de nosso Código Penal (Argentino), nem, tampouco, de sua oportunidade, e, muito menos, do meio legal para consegui-lo. Pretendemos referir a um instituto que estimamos de urgente aprovação pelo Legislativo. Por outro lado, êste instituto já estava incluído no Projeto Oficial do Professor S. SOLER, de 1960, um dos membros da comissão reformadora do Código Penal Argentino, e que, infelizmente, não se encontra entre as inovações da Lei n.º 17.567. Por que motivo? Sinceramente desconhecemos, pois não cremos que o Professor SOLER tenha mudado de opinião: talvez a maioria tenha resolvido não incluí-lo, porquanto desconhecemos a opinião do Doutor AGUIRRE OBARRIO (terceiro membro da referida comissão) a respeito da questão.

O instituto de que vamos tratar é o da imputabilidade diminuída (\*\*), tema controvertido e árduo, cuja discussão foi, em nosso país, renovada em 1960, por motivo do Projeto oficial do Código Penal do Dr. S. SOLER.

A Psiquiatria, certamente, admite a existência de um estado intermediário entre a completa imputabilidade e a inimputabilidade, constituído pela "zona intermediária", de MAUDSLEY, as "formas de demência", de FOREL, "os casos limítrofes" dos alienistas alemães, e os "demi-fou" de GRASSET e dos alienistas franceses. Fica desde logo consignado que êsses semi-loucos ("demi-fou"), constituem uma realidade clínico-psiquiátrica indiscutível, infe-

---

(\*) Extraído da *Revista Jurídica* (N.º 20, 1969, Tucumán, Argentina, p. 35/46). Tradução de S. L. Turner González.

(\*\*) O Código Penal Brasileiro em vigor dispõe, no parágrafo único, do art. 22: "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento". O nôvo Código Penal (Decreto-Lei n.º 1.004, de 1969), a entrar em vigor em 1.º de janeiro de 1972, prescreve, no parágrafo único, do art. 31: "Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de auto-determinação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 94". Êste artigo prevê a substituição da pena por internação, no caso de o condenado necessitar de especial tratamento curativo.

lizmente abandonada ou esquecida pela experiência judicial. O que se discute é se, do ponto de vista psiquiátrico, os indivíduos que se encontrem nessa situação podem ser considerados realmente lúcidos. Esse é o ponto fundamental que, como juristas, não nos cabe resolver. Devemos concluir, no entanto, desde logo, com a maioria dos psiquiatras, que são lúcidos os indivíduos nesses estados limítrofes, podendo ser, assim, considerados imputáveis para a lei penal, porquanto são capazes de compreensão ou orientação, apesar de diminuída ou atenuada. Esclarecemos ser fundamental para o objeto de nosso estudo a aceitação de dita conclusão.

2. Deve ser dito, inicialmente, que inexistente uniformidade sobre a denominação do instituto de que estamos tratando. Assim, enquanto alguns se referem a *imputabilidade diminuída ou atenuada*, outros, como BELLING e MAURACH sustentam que inexistente uma diminuição da imputabilidade, senão da culpabilidade. Análogo critério encontramos no Projeto Alemão de 1958, que prevê a *capacidade diminuída de culpabilidade*, mas, que aludem a *responsabilidade atenuada*.

MAGGIORI sustenta que a imputabilidade diminuída ou atenuada não mitiga e, muito menos, exclui o dolo, pois, nesse caso, ocorre uma diminuição da capacidade de querer e de entender. Por sua vez, MAURACH diz: "A diminuição da imputabilidade importa diminuição da culpabilidade. A necessidade de compensar a menor capacidade de conhecimento e maior instabilidade, pelo correspondente esforço das capacidades intelectuais e morais, beneficiará ao autor. Se sucumbe ao estímulo criminal, deverá ter-se em conta que sua capacidade de resistência frente aos impulsos passionais é, nêle, menor que em um sujeito normal. Essa fraqueza do poder origina uma diminuição da responsabilidade e, portanto, do grau de culpabilidade".

Finalmente, fala-se, também, em responsabilidade diminuída ou atenuada. Isto significaria que, sendo a responsabilidade a consequência e a culminação da imputabilidade e da culpabilidade, isto é, da pena, esta deve ser diminuída. Em outras palavras: a questão deve ser tratada como uma simples regra de graduação da pena.

A tal estado os juristas italianos têm denominado de *vício parcial da mente*. O Código Italiano prevê: "Aquêl que, no momento de cometer o delito, encontrar-se, por enfermidade, em tal estado mental, que lhe diminua grandemente, sem excluí-la, a capacidade de entender ou de querer, responderá pelo delito cometido, mas sofrerá uma pena diminuída".

Convém, todavia, esclarecer a êsse respeito que, com a expressão *imputabilidade diminuída* acreditamos, como MAURACH, que, "não nos encontramos em face de um caso-limite, nem ante a dúvida de se o autor é imputável ou inimputável — nesses casos se exclui a imputabilidade — e nem diante de um grau intermediário entre a plena imputabilidade e a inimputabilidade, no sentido de que o indivíduo unicamente poderia conhecer em parte o injusto do fato, ou que tão só, e até certo grau, seria dono de si, caso em que deveria ser suprimida a imputabilidade. O que ocorre na imputabilidade diminuída é ser o autor realmente imputável. Mas, como ensina MAURACH, para alcançar o grau de conhecimento e orientação de uma pessoa

psiquicamente normal, terá que empregar muito mais a vontade. Partindo, pois, da forma psiquiátrico-psicológico-jurídica, que é a da imputabilidade em nosso Código Penal (Argentino) — como a maioria dos Códigos atuais — devemos deixar estabelecido que, apesar dêsses Códigos partirem de uma base psiquiátrica, nisto tem efeito ou repercussão psico-jurídica, isto é, a imputabilidade vem a ser capacidade, aptidão ou condição para ser autor de um delito e, portanto, o pressuposto da capacidade e da pena. Nessa ordem de idéias, a imputabilidade jurídica nos leva, por sua vez, a um conceito de responsabilidade jurídica pois, como diz SOLER (*Derecho Penal*, T. II, pág. 38): “Imputar é atribuir um fato a um sujeito; mas, de acôrdo com o desenvolvimento dêsse tema, já se vê que, além da vinculação material, física (imputabilidade física), o Direito requer entre o sujeito e o fato uma vinculação total, pois não o considera como coisa, mas como pessoa”. Isso é muito importante ter presente, porque a imputabilidade diminuída não é só um problema psiquiátrico, mas essencialmente jurídico, porquanto é ao sentido psíco-jurídico que a lei dá valor, para poder o Direito concluir se a semi-imputabilidade é causa, ou não, de responsabilidade penal. Dissemos que o sujeito de capacidade diminuída é imputável e, em consequência, responsável, porque sua menor capacidade de compreensão ou orientação não o torna precisamente inimputável, irresponsável, senão, pelo contrário, merecedor da pena. Mas, o Direito o faz credor a uma pena atenuada, principalmente pelo motivo escusante que nos ensina MAURACH. Em outras palavras, inexistente incapacidade de compreensão ou orientação, no caso da referida imputabilidade, senão diminuição apreciável da citada capacidade. Devemos esclarecer que para MAURACH a imputabilidade não é exatamente pressuposto da culpabilidade, mas um elemento desta, por ser o referido autor partidário da teoria normativa da culpabilidade, incompatível com a orientação psicológica de nosso Código (Argentino). Por isso esclarecemos, como já foi decidido pela maioria, nas III Jornadas Criminológicas realizadas em Tucumán, que a denominação correta é a de *imputabilidade diminuída*, pois o que se considera diminuída é a compreensão da criminalidade do ato ou a capacidade de direção e, como consequência, a culpabilidade. Mas o Prof. F. BALESTRA (*T. de D. Penal*, T. III, pág. 153/2), que não é partidário do instituto, entende que o inciso 1.º do Art. 34 do Código Penal Argentino (1), ao dizer “no momento do fato”, não só determina uma circunstância de tempo, como também de con-

(1) *Art. 34*: “No son punibles: 1.º 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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictámen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.”

teúdo, que exige apreciação da "capacidade de compreender a criminalidade do ato concreto cometido". De acôrdo com o citado Professor, cremos que, definitivamente, a verdadeira denominação deva ser *imputação diminuída*, como é usada pelo insigne CARRARA. Com efeito, êste mestre diz, textualmente, na Nota 1 do § 210 do *Programa del Curso de Derecho Criminal* (tradução de SOLER, NÚNEZ e GAVIER): "Alguns modernos psiquiatras de fama continuam censurando a fórmula gradativa da imputação. A imputabilidade, dizem êles, não pode ter graus. O homem ou é imputável, ou não, das ações que pratica. Não pode ser imputável por um lado e, por outro, não o ser. Segundo essa escola, tôdas as causas pelas quais se deve diminuir a imputação, nada mais são do que atenuantes da pena. Assim, não só se está contra a doutrina mais universal, que em todos os tempos tem admitido gradação no dolo e na culpa, como, ainda, se corta pela raiz o que comumente se tem como o mais notável progresso da ciência penal moderna: a distinção entre imputação e pena, bem como a teoria da imputabilidade. Mas êste pensamento não é exato, nem aceitável, por várias razões: 1.º — para começar, raramente se encontra em verdade quem queira aplicar o simples absoluto aos atos do homem, que vive e atua num mundo complexo, tanto na matéria como no espaço e no tempo. Por certo que a idéia abstrata de imputabilidade, considerada como uma resultante, indica um ponto matemático não fracionável. Mas, esta resultante compõe-se de diversos elementos fracionáveis que são seu conteúdo necessário: compõe-se de livre arbítrio e do intelecto. Atualmente, também a liberdade, considerada como potência, será infracionável; e será infracionável a inteligência, se fôr vista também como mera potência. Mas, quando se considera a liberdade no momento de sua exteriorização, forma de arbítrio, é perfeitamente suscetível de um mais ou um menos, sendo que a mônada, potencialmente livre, sofre no momento de efetuar sua determinação, a pressão de um número maior ou menor de forças internas ou externas, que a constriem a determinar-se mais de um modo do que de outro. Igualmente, será infracionável a inteligência, quando considerada como potência, porque o homem, ou é inteligente, ou não o é. Mas, quando aquela potência se exterioriza, transformando-se em intelecto, torna-se suscetível de um mais ou de um menos, devido às causas internas que, em maior ou menor grau, perturbam suas funções práticas... 2.º — Será, pois, inexato, se preferirem, falar de grau e gradações a respeito da imputabilidade considerada como potência. Mas a ciência, ou a prática, quando dita, ou aplica, critérios para medir um delito, não julga uma potência abstrata, mas o momento no qual esta potência, convertendo-se em ato, sofre contatos com os objetos exteriores que a limitam, mais ou menos, em seu exercício. Em uma palavra, será inexata a forma usada por alguns códigos que fazem referência a causas que diminuem a imputabilidade, mas não é inexata a fórmula que dita a ciência quando descreve as causas que diminuem a imputação... Não se diz que o homem visto em si seja mais ou menos imputável: diz-se que aquêlo fato é mais ou menos imputável ao homem, e, dêste modo, não se fala da imputabilidade abstrata do homem (a que existe ou inexistente), mas fala-se da imputabilidade do fato, porque se passa ao juízo prático da impu-

tação, a qual, tendo naturalmente um conteúdo modificável, é necessário que se modifique segundo as circunstâncias. 3.º — Por outro lado, se a fórmula graduada de imputação fôsse substituída pela fórmula única de grau da pena, para expressar tôdas as causas determinadoras de menor punição, resultaria impossível dar conta de tôda aquela série de causas de diminuição da imputação referida pela escola moderna. Quando se diminui a pena por motivos inerentes a ela própria, mas independentes das forças subjetivas do delito, encontraremos facilmente nas próprias condições da pena a razão de ser da diminuição. Ao admitirmos a atenuação pela enfermidade sobrevinda, pelo transcurso do tempo, pela confissão espontânea, pela indenização dada espontaneamente, pela recuperação, etc., encontramos a razão de ser da redução, sem sair do âmbito das forças constitutivas da pena. Mas, quando encurtamos a pena do menor, do ébrio, do débil mental, daquele que atua sob violenta perturbação do ânimo, não podemos dar, a respeito da diminuição da pena, explicação alguma que não seja empírica, a menos que não admitamos a diminuição da imputação...

De igual opinião é o Professor TERÁN LOMAS (*El Derecho y la Modernización*, pág. 68).

Por outro lado, o Dr. FONTÁN BALESTRA expõe, em obra já citada: "Problema do maior interêsse é o oferecido pelos indivíduos que, sendo capazes de compreender a criminalidade dos atos de maior gravidade, não o são, entretanto, quando se trata de fatos de pequenas infrações penais". De minha parte acrescento: também há pessoas que não são capazes de compreender a verdadeira ou real criminalidade de certos atentados, confundindo-os, sem levar em conta a importância ou a gravidade de tais atentados ou a idade de suas vítimas. Por exemplo, todos nós conhecemos sujeitos, honradíssimos, incapazes de levantar um alfinete contra quem quer que seja e que, mesmo em estado de necessidade econômica, não são capazes de apropriar-se de dinheiro que custodiam ou têm em depósito; mas, em troca, êsses mesmos sujeitos são capazes de cometer qualquer atentado sexual, por exemplo, sem dar-lhe maior importância. Mas entendo que aquêles e êstes não se enquadrem nos casos de imputação diminuída, melhor, de *imputabilidade parcial* (válida, a expressão), mas sujeitos com tendência a certos delitos e, portanto, sujeitos perigosos nessa classe de delitos. Veremos, mais adiante, que o Direito não exige uma sagacidade especial da mente para conhecer o injusto do ato nem uma inquebrantável vontade para resistir aos impulsos anímicos, mas apenas a sagacidade do homem comum. Quero deixar bem claro, desde logo, que dítos casos, em nosso entender, não são casos de imputação ou imputabilidade diminuída.

3. Apressemos-nos a salientar que a questão não é pacífica, e, por conseguinte, o instituto tem adversários, sobretudo os positivistas, que o têm combatido, tanto no plano médico-psiquiátrico, quanto no jurídico.

Não sômente na Itália, pátria do positivismo, como também na Alemanha, não encontramos dito instituto no Código de 1870, mas só na Lei de 24 de novembro de 1933. O projeto alemão de 1958 (v. *Enciclopedia Omeba*, T. XV, vocábulo *imputabilidad criminal*) manteve-o. Também o aceitam, entre os

americanos, os Códigos brasileiro (\*) e o equatoriano. Igualmente o holandês, o danês, o húngaro e o suíço, e o mais moderno — o Código grego. Entre nós, como dissemos, o Prof. SOLER o introduziu no projeto de 1960. Aliás, também foi previsto pelos projetos sobre estado perigoso de 1923 e 1928, e no Projeto COLL-GÓMEZ de 1937, embora com outras bases, pois, nestes, os sujeitos semi-imputáveis eram passíveis unicamente de medidas de segurança ou de internamento.

Publicado o Projeto de SOLER, fizeram-lhe diversas objeções, como NERIO ROJAS, em *La Prensa*, de 23 de junho de 1961, BLARDUNI, na Rev. *La Ley*, T. 100, pág. 792, e ARGIBAY MOLINA, na Rev. *La Ley*, T. 110, pág. 976.

Não obstante, apesar de o objeto de nosso trabalho não ser exatamente o enfoque doutrinário do assunto, mas o da praxe judicial, frente a uma lei como a nossa, que nada diz a respeito, temos a dizer, de forma sumária, que os adversários dêste instituto insistem em que o mesmo ampararia aos indivíduos mais perigosos, já que sua base patológica não permite sua readaptação. Em conseqüência, abandonam tôda idéia de castigo, por mais leve que seja, e aplicam medidas de segurança por serem altamente perigosos. JIMÉNEZ DE ASÚA, por sua vez, na *La ley en el delito* (Caracas, 1945), diz: "Esta importantíssima questão dos defeituosos resolver-se-ia pela escola clássica mediante a fórmula da responsabilidade e da pena atenuada. Quer dizer, pôsto que se supunha ser a imputabilidade incompleta, é preciso tratar de medir a pena pela responsabilidade. Mas êste sistema é absurdo: submete-se a uma pena atenuada aquêles homens que, por não serem inteiramente loucos, são mais perigosos, porque resistem aos impulsos perversos menos que os homens evidentemente são, e sabem escolher os meios e as ocasiões para realizar seus propósitos..." Desconheço se o Professor JIMÉNEZ DE ASÚA mantém tal opinião, pois não publicou ainda o tomo 7.º de seu magnífico *Tratado de Derecho Penal*. Neste promete tratar, integralmente, do capítulo da imputabilidade e, por conseguinte, é aí o lugar congruente para tratar exhaustivamente — como costuma fazer — do nosso tema.

Por sua vez, os partidários do instituto partem da diferença existente entre a finalidade da pena e a da medida de segurança. Aquela, essencialmente retributiva e intimidatória, graduar-se-ia, fora da maior ou menor gravidade objetiva do fato, pela maior ou menor gravidade da culpabilidade do autor, enquanto a medida de segurança, essencialmente assegurativa, deve ser proporcional à maior ou menor periculosidade do autor. Desta maneira, se alguém, por circunstâncias biológicas especiais, encontra-se com a capacidade de compreender ou de orientar seus atos gravemente diminuída, sua pena deve ser diminuída. Veremos que a pena deve conjugar-se com as medidas de segurança — e não, substituí-las — conforme a maior ou menor periculosidade de tais pessoas.

Como devemos tomar posição, declaramos que, *de lege ferenda*, somos partidários da imputação diminuída como atenuante especial da pena. Para abonar nossa posição, partimos do já exposto por seus partidários e, em con-

---

(\*) Art. 22, parágrafo único, do Código Penal.

seqüência, concluímos: A) que o dualismo culpabilidade-periculosidade é a base da moderna e da atual repressão, preenchendo seus fins, e, embora não se confundam, complementam-se. B) que atualmente ninguém pode discutir com êxito a existência dos indivíduos que, por anomalia permanente ou transitória, e de origem patológica, ou não, se encontrem com a capacidade de compreender ou de agir gravemente diminuída. C) que os que se opõem, partem, em geral, da tese de que a fórmula da imputabilidade diminuída compreende unicamente aos psicopatas. Na verdade, também ocorrem essas circunstâncias excepcionais em outras criaturas, apesar de não estarem catalogadas nesse vasto exército de anômalos que se conhece com o nome de *psicopatas*. Por exemplo, os casos de embriaguez; retardamento do desenvolvimento mental por surdo-mudez; epilepsia nos intervalos entre um e outro ataque; as próprias enfermidades mentais em fase de desenvolvimento ou de cura; casos de *perturbações da consciência*, como as depressões durante a menstruação ou gestação; importantes arrebações coléricas, etc.. Existem, nestes últimos, casos uma grave diminuição da capacidade de compreender ou de agir, provocada por causa patológica ou fisiológica, que, sendo uma questão de fato, deve ser levada em conta pelo juiz, que se deve basear em perícia médica em cada caso, e nas circunstâncias concretas do fato a julgar. D) que somos partidários da imputabilidade diminuída, como causa necessária de atenuação da imputabilidade e, por conseguinte, da culpabilidade. Esta última conclusão, no caso de psicopatas, é certamente discutível; o é no sentido de que poderia ser causa facultativa de atenuação da pena, e baseando-se no critério de que se deve compensar seu menor *poder de orientação* com um maior esforço de vontade frente à exigência do Direito. Mas, ainda assim, cremos que, se a capacidade de agir ou compreender está real e gravemente diminuída, também o está sua culpabilidade e resulta, portanto, justo atenuar a pena, graduando-a dentro daquela escala legal especial, e sua periculosidade maior ou menor encontrará corretivo nas medidas de segurança; é o que sucede, por exemplo, no Projeto SOLER, em que a pena e as medidas de segurança se complementam. E) que aceitamos, assim, o critério de que, embora a culpabilidade se encontre diminuída, tais indivíduos podem ser, ou não, perigosos. F) que, logicamente, a imputação diminuída deve existir naturalmente no momento em que se cometeu o ato. Se se trata de delitos permanentes, deve subsistir no momento em que cessou a permanência. Para a hipótese de delitos continuados, diz MAGGIORE (*Derecho Penal*, pág. 559): “O vício mental pode ser inerente a algumas das ações ou omissões, e não às demais, sendo possível que simultaneamente, alguns delitos sejam cometidos em estado anormal da mente e outros em perfeito estado de normalidade. Mas se se trata de delitos cometidos conjuntamente, é inconcebível que a enfermidade parcial da mente seja reconhecida somente para alguns e negada para outros”. Também aderimos ao que expõe o mesmo autor, que não exclui o dolo, nem genérico nem específico. G) Em relação às circunstâncias, deve ter-se em conta que todas as atenuantes podem concorrer, menos o da embriaguez acidental incompleta (MAGGIORE) e, no que concerne às agravantes, nos inclinamos pelos autores que sustentam a incompatibilidade das alterações psíquicas com

a premeditação, exceto nas formas impulsivas. H) que, naturalmente, a imputação diminuída não exclui a responsabilidade civil.

4. Abordemos, agora, o tema frente à nossa lei penal. Dissemos que o Código Penal que nos rege (Argentino) não contemplou a imputabilidade diminuída como circunstância especial de atenuação da pena.

Sem embargo, na praxe judicial nos encontramos e, não com pouca frequência, com agentes que, segundo a perícia psiquiátrica, ou se encontram na previsão do art. 34, inc. 1.º do Código Penal (Argentino) (2), devido, sem dúvida, à insuficiência das faculdades, por alterações mórbidas das mesmas ou — por seu estado de inconsciência — se acham, no momento do fato, com sua capacidade de compreensão ou orientação gravemente diminuída. E como temos que dar, iniludivelmente, o veredito e, se fôr o caso, impor pena, apresenta-se aqui o problema em tôda a sua magnitude.

É certo que tais indivíduos são imputáveis (art. 34, inc. 1.º, Código Penal Argentino) (3). Mas agravaremos ou atenuaremos a pena pela condição especial do autor? Declaramos aqui que só nos referimos às penas divisíveis (art. 40, Código Penal Argentino) (4), pois seria impossível, por imposição legal, nas fixas.

Prêviamente, diremos que, frente à fórmula do art. 34, inciso 1.º do Código Penal (Argentino) (5), compreendem-se, no que a nosso tema se refere, três situações distintas: 1.ª — insuficiência das faculdades; 2.ª — alterações mórbidas das mesmas; e 3.ª — estados de inconsciência.

Destarte, as 1.ª e 2.ª situações devem ser mórbidas e patológicas, enquanto na 3.ª podem ser ou não mórbidas. Casos desta última são, por exemplo: a embriaguez total, o sonho, o estado de hipnose, ordens pós-hipnóticas, os estados afetivos em seu grau mais agudo, etc. Naturalmente, como estamos dentro da fórmula da inimputabilidade, tôdas estas situações devem conduzir o indivíduo, no momento do fato, à impossibilidade de compreender a criminalidade do ato ou de orientar suas ações.

Em princípio, não interessa ao tema que particularmente tratamos, que ditas situações tenham, ou não, por causa, uma comprovável enfermidade (causa mórbida ou patológica), pois já concluímos que diante da nossa lei (argentina) os indivíduos de imputabilidade diminuída são imputáveis, responsáveis. O que nos interessa aqui, na fórmula biológica do referido texto legal, é a repercussão na capacidade de compreensão ou de agir (gravemente diminuída). Mas aqui, sem dúvida, adquire relevância a crítica que faz o Doutor BLARDUNI (art. cit.) à terceira situação contemplada na fórmula legal, que, embora possa ter, ou não, base patológica ou mórbida, não englobaria, sem embargo, a situação dos *psicopatas*, pois a fórmula aperfeiçoada,

(2) Vide Nota 1.

(3) *Idem*.

(4) Art. 40: "En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente".

(5) Vide Nota 1.



“lapidada”, pelo Dr. SOLER — *perturbação da consciência* — não salva a objeção, para os que sustentam que os psicopatas não são propriamente enfermos e, muito menos, das faculdades mentais — mas apenas, indivíduos de caráter anômalo.

Seria prudente e conveniente que ao art. 25 do Projeto SOLER (6), que trata da imputação diminuída, se agregasse uma quarta situação ao parágrafo primeiro: “também por perturbação do psiquismo”, isto porque consideramos que, de outro modo, ficariam sempre fora da fórmula os psicopatas, os quais padecem de graves transtornos, principalmente de caráter, na maioria dos casos agravados, por sua vez, por má educação, desamparo, etc.. Esclarecemos, todavia, que apesar de aceitar a objeção do Dr. BLARDUNI, somos de opinião de que, no caso dos psicopatas, não cabe substituição da pena por medidas de segurança, mas pelo contrário, uma combinação de ambas.

Em troca — no que se refere ao ponto central de nosso tema — não cremos prudente e aconselhável que se suprima de dita fórmula legal ampliada o termo “gravemente”, como indica ARGIBAY MOLINA (art. cit.). Efetivamente, se partimos do conceito de que unicamente a imputação pode ser diminuída, tendo como padrão a capacidade de compreensão e direção de um homem normal, só se justificaria a diminuição da culpabilidade e, por fim, da pena, tendo presente tanto “a qualidade” como a “quantidade” dessa atitude ou capacidade (a simples debilidade mental ou falta de controle não é causa especial de diminuição da imputação), porque o que exige e “quer” a lei penal, não é nem a “sagacidade da mente” nem a “vigilante e inquebrantável vontade” do autor, para compreender e reprimir os impulsos delituosos, senão o que todo mundo sabe e pode compreender e resistir e, até diríamos, “o geral”, o que não pode “excusar-se humanamente”. Vale lembrar que examinamos os casos de imputação diminuída — não uma isenção de pena — mas uma atenuação da mesma.

Quiçá surjam aqui, claramente, os princípios que leva em conta a lei para “atenuar” a responsabilidade dos menores, e pelo menos, que possamos falar a respeito deles, mais propriamente, de “imputabilidade ou imputação diminuída”. *Verbi gratia*, em nossa lei n.º 14.394 (argentina), onde se consideram responsáveis os menores de 16 a 18 anos de idade, cabe a possibilidade legal de, considerando o grau de gravidade dos delitos, e, portanto, com um critério objetivo, eximi-lo da pena (art. 3.º e 4.º) (7). Em troca, no caso de impu-

(6) Art. 25: “Si por efecto de alguna de las causas a que se refiere el artículo anterior se hallare gravemente disminuida en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, la pena será atenuada de acuerdo con el artículo 74, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 85 y 86”.

(7) *Ley 14.394* — Art. 3.º “Cuando el menor de dieciséis a dieciocho años de edad incurriere en un hecho que la ley califica como delito y no se tratare de infracciones de acción privada o sancionadas con un año o menos de privación de la libertad, con multa o con inhabilitación, la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso. No obstante, cualquiera fuere la naturaleza del hecho, se procederá conforme lo disponen los artículos 1.º y 2.º”.

Art. 4.º: “Cuando el menor a que se refiere el artículo 3.º haya cumplido dieciocho años de edad y por lo menos un año de internación u otro tratamiento

tação diminuída, sempre se imporá pena (atenuada). Irremissivelmente imputável é o autor com imputabilidade diminuída, portanto, responsável, isto é; está sempre ligado “subjctivamente” a uma culpabilidade incancelável e sem condições, porque o direito pode e exige um comportamento determinado frente a seus imperativos, de acôrdo com um mínimo de compreensão e orientação, que se presume, por outro lado, em tôda pessoa adulta, mesmo nos portadores de um psiquismo anormal, e por isto a pena lhe será aplicável. Em relação ao menor, mesmo a lei considerando-o responsável, a pena pode resultar inoperante, ou seja, a responsabilidade é “condicional” (“imputabilidade relativa”, chamam outros).

Por outro lado — embora não esteja pròpriamente dentro do assunto que tratamos — consideramos acertada a seguinte crítica do Dr. ARGIBAY MOLINA: “É lógico o projeto (SOLER) consigo mesmo, ao isentar das medidas de segurança o delinqüente perigoso que tenha cometido um ato; sendo por isto punido com pena de um ano, ou apenas, merecedor de multa?”. E concluiu: “Creio que não, porque, então, a periculosidade do indivíduo não estaria em relação com a deficiência de que padece, e se bem que seja possível ser esta leve, pode ocorrer que, ao mesmo tempo, aquela seja grande, e só se haja concretizado em uma figura delituosa de menor entidade penal por simples casualidade” (sempre art. cit.). E, a nosso ver, deve ser assim, pelos motivos já expostos, porque: a) o que justifica a atenuação da “repressão” (em sentido amplo de pena e medidas de segurança) é tanto a “quantidade” como a “qualidade” na capacidade de compreensão ou orientação; b) porque somos partidários da combinação de pena e medidas de segurança e não de uma simples substituição de uma pelas outras, e c) porque a menor ou maior periculosidade pode dar-se em delitos menores.

5. As decisões de nossos tribunais tendem, de maneira geral, a agravar a pena sòmente por esta circunstância (v. entre outras, sentença da *Côrte Suprema Nacional* em sua “Colección de Fallos”, T. 196, p. 265; id., T. 172, p. 374; *Câm. Nac. de Paz*, em *La Ley*, T. 76, p. 164; id., em *La Ley*, T. 86, p. 422; etc., e decisão da *Suprema Côte de Tucumán*, em *La Ley*, T. 17, p. 27, etc.). Tais decisões jurisprudenciais partem do princípio de que êsses indivíduos são altamente perigosos. A questão não resulta fácil *de lege lata*, pois, como diz NÚÑEZ (ob. e t. cit., p. 36), a ausência, na lei, de um sistema de penas e medidas de segurança adequado, origina um problema sério que não se pode solucionar com a diminuição ou o aumento de penas ordinárias. Mas a repressão de nossa lei penal, está assentada no dualismo culpabilidade-periculosidade. A primeira, como fundamento da responsabilidade penal, e a

---

tutelar, el Consejo Nacional del Menor, o la autoridad que corresponda en jurisdicción provincial, informará al juez sobre su conducta, grado de adaptabilidad social, aptitud para el trabajo y demás circunstancias personales.

Si de las conclusiones de ese informe, las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión personal directa del juez apareciere fundadamente necesario aplicarle una sanción, éste así lo resolverá, conforme a la ley penal, pudiendo reducirla en forma determinada para la tentativa. También en estas circunstancias, el juez podrá proceder, en todos los casos con arreglo a las demás facultades conferidas en los artículos 1.º y 2.º”.

segunda, como graduação da mesma. Assim conclui NÚÑEZ (ob. e t. cit., p. 457), depois de expressar o seguinte: “Teòricamente, a base subjetiva da graduação da pena pode variar. Pode ser a maior ou menor culpabilidade do delinqüente, em razão da maior ou menor violação do dever de não delinqüir. Pode ser sua maior ou menor perversidade, em razão de sua maior ou menor maldade ou corrupção moral. Pode ser sua maior ou menor periculosidade, em razão da maior ou menor capacidade delituesa. Pode ser finalmente, uma base combinada dos três critérios ou de dois dêles”.

Firmados assim os fundamentos legais nos quais descansa a repressão, discordamos do critério jurisprudencial que mencionamos, porque tal fato — a imputabilidade diminuída — viria a funcionar como se o Código que nos rege, prescrevesse uma circunstância especial de agravação da pena em todos os casos, quando temos visto que ditos sujeitos podem ser, ou não, perigosos: ao dispor o Código que se devem considerar “... os demais antecedentes e condições pessoais...” (art. 41) (8), nos dá a entender que não sendo taxativa (ou — extensiva por analogia, como opina FINZI) a enumeração, deve-se tomar como demonstrativo de sua maior ou menor periculosidade os efeitos da dosagem da pena, isto é, cabe a possibilidade de que, às vêzes, venha a funcionar como circunstância atenuante (simples), máxime quando somada a outras circunstâncias objetivas ou subjetivas atenuantes, que o texto legal também obriga a levar-se em conta.

Mas, ainda que considerada isoladamente, tão só funcionaria como agravante, quando as atitudes e condições psíquicas de tais pessoas demonstrem realmente, no caso concreto que os torna perigosos — e isto em concordância com o dualismo culpabilidade-periculosidade de que falam MAURACH e NÚÑEZ — que, no caso particular, rompe o equilíbrio e prepondera esta sôbre aquela. Não nos esquecendo, portanto, que o indivíduo com imputabilidade diminuída é, antes de mais nada, um homem responsável civil e penalmente, e que sua anomalia psíquica é sòmente um fator, e que o diagnóstico e prognóstico de sua periculosidade devem ser feitos, tomando-se por base: a) perícia psíco-somática; b) o delito cometido; c) a conduta posterior ao delito, vida anterior (cortes transversal e longitudinal) e meio em que atua. Isto significa que a periculosidade e seu grau devem ser computados como o seriam para os demais infratores das normas penais, pois é um princípio autêntico em psiquiatria que não é a enfermidade ou anomalia psíquica que torna o homem perigoso, mas justamente o contrário. Insistimos: não

---

(8) *Art. 41*: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1.º) la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2.º) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

somos partidários da periculosidade necessária a *outrance* nos indivíduos de imputação diminuída.

6. Concluimos, afirmando que, em nossa legislação penal, os autores de imputação diminuída são: 1.º) imputáveis; 2.º) imputação diminuída, que não é circunstância especial de atenuação ou agravação da pena; 3.º) *condição pessoal* de tais sujeitos, por si só, não é motivo de agravação da pena; 4.º) ditos sujeitos somente podem ser objeto de pena ou de medidas de segurança (salvo o caso de habitualidade, art. 52, do Código Penal, e o especialíssimo caso do art. 80, *ibidem*) (9); 5.º) a pena deve ser graduada através das circunstâncias dos arts. 40 e 41 do C. Penal (salvo o caso de penas fixas) (10), tendo por objetivo o dualismo culpabilidade-periculosidade; e 6.º) são responsáveis civilmente (arts. 1.077, 1.078 e 1.109, do Código Civil Argentino) (11).

(9) *Art. 52*: "Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoría de la última condena cuando mediaren las siguientes circunstancias: 1.º) Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por mas de tres años; 2.º) Tres condenas a prisión por mas de tres años o una de reclusión por mas de tres años y dos de prisión de tres años o menos; 3.º) Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; 4.º) Cinco condenas a prisión de tres años o menores.

Se aplicará la reclusión como accesoría de la condena en los casos de concursos de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieran sido cinco por lo menos, y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoría, en los casos de menor peligrosidad en el condenado."

*Art. 80*: "Se impondrá la reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1.º) a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son; 2.º) Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento incidioso; 3.º) Por precio o promesa remuneratoria; 4.º) Por placer, codicia, odio racial o religioso; 5.º) Por un medio idóneo para crear un peligro común; 6.º) Con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho; 7.º) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Quando en el caso del inciso 1.º) de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años".

(10) *Vide* Notas 4 e 8.

(11) Código Civil Argentino (com Reformas L. 17.711):

*Art. 1.077*: "Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona".

*Art. 1.078*: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

*Art. 1.109*: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción reintegro".

## BIBLIOGRAFIA

Além das obras e artigos citados especialmente: MORENO, *El Código Penal y sus Antecedentes*, t. III; GOMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. I; NÚÑEZ, *La culpabilidad en el Código Penal Argentino*; CRIVILLARE, *Il Código Penale per il Regno d'Italia*, vol. 3; CUELLO CALON, *Derecho Penal*, t. I; FERRI, *Principio de Derecho Penal*; IMPALLOMENI, *Código Penal Italiano*; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. V; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho Penal Soviético*; VON LITZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. II; MEZGER, *Criminologia*; MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, t. II; GEMELLI, *La personalidad del delincuente*; ROUX, *Cours de Droit Penal*; MATHEE, *La responsabilité atténuée*; GRASSET, *Semilocos y Semi-irresponsables*.