



DANIELLE GONÇALVES SILVA

**IMPUTABILIDADE X INCAPACIDADE: A CONTROVÉRSIA
ESTABECELIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA**

BELO HORIZONTE
2022

DANIELLE GONÇAVES SILVA

**IMPUTABILIDADE X INCAPACIDADE: A CONTROVÉRSIA
ESTABELECIDADA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA**

Trabalho apresentado no curso de
graduação em Direito da UNIBH
Orientador: Hassan Magid de Castro
Souki

Belo Horizonte
2022

1. INTRODUÇÃO.

É sabido que as transformações ocorridas na sociedade têm o condão de modular a visão jurídico-normativa no que tange à interpretação, revogação ou reprimenda das leis no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, temos dois institutos de suma importância que servem como bússola para a boa gestão da vida em comunidade, a capacidade e a imputabilidade, sendo importante para o presente estudo distingui-los vez que, embora vigorem em áreas distintas do direito, às vezes são analisados conjuntamente.

Segundo Viegas e Cruz (2018), a capacidade civil é a aptidão para o indivíduo praticar por si os atos da vida civil, sendo que o Código Civil de 2002, disciplina quem a possui e as consequências dos atos praticados em caso de incapacidade.

Por sua vez, a imputabilidade é instituto de Direito Penal e se refere à capacidade do indivíduo de entender as consequências da prática de uma conduta típica e ilícita e, assim, ser submetido à sanção penal. A lei penal brasileira estabelece a imputabilidade penal aos 18 anos presumindo, de forma absoluta, a inimputabilidade dos menores de tal idade¹. Lado outro não obstante maiores de 18 anos, podem ser também inimputáveis os indivíduos que, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não tenham condições de discernir sobre o caráter ilícito do fato².

Ainda de acordo com Viegas e Cruz (2018), “o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os institutos da capacidade e das incapacidades, proporcionando mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não alterou os institutos da imputabilidade e da inimputabilidade”, o que traz em sérios

¹ Art. 27. CP: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

² Art. 26, CP: 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.

conflitos, sendo que um deles será tratado no presente estudo. que será tratado em seguida.

De fato, com a modernização tecno-científica, além dos avanços sociais e psíquicos, a sociedade caminha para o abrandamento de dogmas cerrados e limitantes a respeito do deficiente mental.

Da mesma forma, a legislação também precisou se aprimorar nessa área, tendo o Estatuto da Pessoa com Deficiência previsto uma série de direitos para o deficiente mental, inclusive a possibilidade de matrimônio, retirando estes indivíduos da classificação de absolutamente incapazes.

Realmente, de acordo com Viegas e Cruz:

(...) por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os portadores de deficiência não estão mais no rol das incapacidades e, confirmando a capacidade civil do portador de deficiência, no seu art. 84 o referido Estatuto garante a eles o direito de exercer sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas.

Contudo, embora considerados capazes civilmente, os doentes mentais podem ser considerados inimputáveis, ou seja, não passíveis de responsabilização penal pela prática de condutas que venham a lesar importantes direitos de terceiros como, por exemplo, a vida, a integridade física e a dignidade sexual.

O presente trabalho, baseado na metodologia indutiva e dedutiva, pretende se aprofundar e debater as consequências da modificação do estatuto das incapacidades pela Lei 13.146/15 e da manutenção do conceito penal de inimputabilidade no que tange às responsabilidades nas esferas civis e penais dos deficientes mentais.

2.0 A DEFICIÊNCIA MENTAL SOB O ENFOQUE DO DIREITO BRASILEIRO.

Sempre que começamos a tecer algumas considerações acerca das chagas psíquicas que sofrem e acometem o indivíduo, precisamos lembrar que,

muito embora muitas das doenças psicológicas tenham causas genéticas, outras decorrem do meio e das condições nas quais o sujeito se desenvolveu e está inserido.

Não se pode também olvidar a influência da religião e dos preconceitos originados desde a formação da República Federativa do Brasil e da fase do Coronelismo, para a limitação do conceito de capacidade, entendendo como plenamente capaz somente aquele que detinha todas as esferas mentais e corporais saudáveis, considerando, desta forma, o deficiente mental como incapaz de gerir sua vida social.

Assim, desde as primeiras legislações brasileiras até o Código Civil de 2002, o deficiente mental foi tratado como um cidadão sem capacidade de exercer atos da vida civil, relegado a segundo plano. Contudo, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, observamos uma grande mudança positiva no que diz respeito à legislação, sendo esperada uma mudança também na visão da sociedade com relação a estes indivíduos.

Tem-se que a capacidade para a prática dos atos da vida civil consiste na aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica.

Com relação à capacidade, elucidam Viegas e Cruz (2018) que:

“(...) a capacidade de gozo ou de direito é um atributo inerente a todo o ser humano que detém personalidade civil, ou seja, nasceu com vida, no Brasil, adquire-se a personalidade, independentemente da idade ou de qualquer outra condição da pessoa natural. Cuida-se da aptidão do indivíduo para gozar dos direitos conferidos a todas as pessoas pelo ordenamento jurídico, tais como o direito à vida, à segurança, ou à dignidade, por exemplo.

A capacidade de fato ou de exercício, por sua vez, refere-se à aptidão do indivíduo para praticar, por ele mesmo, os atos da vida civil, sendo, em regra adquirida aos 18 anos ou por meio da emancipação. Entretanto, como não são todas as pessoas que reúnem condições para tal, poderá o indivíduo ter sua capacidade de fato ou de exercício limitada, como é o caso dos relativamente incapazes, ou até mesmo não possuí-la, os absolutamente incapazes.

Por consequência do exposto, se o indivíduo possuir a capacidade de gozo ou de direito juntamente com a capacidade de fato ou de exercício tem-se a capacidade civil plena. Por outro lado, se possuir a capacidade de direito e de fato, o exercício limitado, tem-se a incapacidade relativa, por fim, se possuir apenas a capacidade de direito, tem-se a incapacidade absoluta”.

De fato, conforme esclarece Gagliano (2018):

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

Até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º do Código Civil tinha a seguinte redação:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Atualmente, o referido artigo dispõe são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, o que deixa claro que doentes mentais não mais são considerados como tal.

2.1 CONCEITO.

O Ministério da Saúde em seu portal eletrônico (2020), esclarece que:

“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de médio ou longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Como qualquer cidadão, as pessoas com deficiência têm o direito à atenção integral à saúde e podem procurar os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) quando necessitarem de orientações ou cuidados em saúde, incluindo serviços básicos de saúde como imunização, assistência médica ou odontológica, ou ainda serviços de atenção especializada, como reabilitação e atenção hospitalar.

(...)

Considerando as definições estabelecidas pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), 13.146 de julho de 2015, a deficiência é compreendida como resultado da interação entre impedimentos, que são condições presentes nas funções e estruturas do corpo, e barreiras que podem ser urbanísticas, arquitetônicas, barreiras nos transportes, comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas. Assim, a deficiência é compreendida pela experiência de obstrução do gozo pleno e efetivo na sociedade em igualdade de condições.”

Tal conceituação demonstra a assistência maior que esses indivíduos precisam, assim como o olhar atento do legislativo, dos Órgãos jurisdicionais, do Sistema Único de Saúde, sobretudo do Estado, entre outros, sobre aqueles.

2.2 TRATAMENTO DO DEFICIENTE MENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Após a devida conceituação a respeito de quem é o deficiente mental, cabe analisar o tratamento legislativo a respeito do assunto, assim como expressar suas características em detrimento a outras debilidades que não são genuinamente mentais. À priori, encontramos arrimo nos artigos 3º e 4º, IV do Decreto 3298/1994, que assim dispõem:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;*
- b) cuidado pessoal;*
- c) habilidades sociais;*
- d) utilização dos recursos da comunidade;*
- e) saúde e segurança;*
- f) habilidades acadêmicas;*
- g) lazer; e*
- h) trabalho.*

Conforme visto, o Decreto 3298/1994 tratou de estruturar as deficiências e seu grau de efetividade, sejam elas permanentes ou pendentes de algum mecanismo para o melhor desenvolvimento do indivíduo, também escalonando o rol das possíveis características apresentadas pelo cidadão que pode ser classificado como deficiente mental.

Como já abordamos no presente artigo, outrora, um cidadão em grau permanente de deficiência era classificado como um incapaz absolutamente, sendo ainda hoje, em tese, inimputável aos olhos da legislação penal.

Na atualidade, mais ferramentas normativas foram criadas e instituídas para proteger, amparar e ampliar os direitos dos deficientes, destacando-se, como já salientado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que em seu artigo 2º estabelece:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

De acordo com o já ressaltado, se observa um avanço normativo em comparação ao Código Civil, que, até o advento da Lei 13.146/15, tratava o deficiente mental como absolutamente incapaz. Assim, este não podia, dentre outros direitos, contrair o matrimônio, por exemplo.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com deficiência, o deficiente mental passou a poder se casar e exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, consoante disposição constante no artigo 6º da Lei 13.146/2015:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Assim, pode um doente mental se casar, constituir família e ter filhos, gerir seu patrimônio e, não obstante, ser considerado inimputável se eventualmente praticar um crime. Tem-se, então, uma incongruência decorrente dos conceitos de capacidade e imputabilidade, o que adiante será analisado.

3. A IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL.

À guisa de entendimento, para o Direito Penal, imputar significa atribuir responsabilidades. O juízo de inimizabilidade valora o sujeito/ indivíduo como incapaz de ser responsabilizado por algum ato, omissão ou fato acontecido, independente do local, tempo ou circunstâncias a serem analisadas.

Nas questões concernentes à inimizabilidade por doença mental, a teoria adotada pelo Código Penal no art. 26 é a biopsicológica, ou seja, para que haja inimizabilidade, faz-se necessário que o agente, ao tempo do crime, além de ser portador de doença mental, seja também, como consequência de sua enfermidade, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

Quando falamos em imimizabilidade, portanto, falamos em condições de compreender que o comportamento praticado é contrário ao ordenamento jurídico e atuar de acordo com tal compreensão (efeito). Logo, observamos que existe a necessidade de perícia médica para que se reconheça a inimizabilidade de um agente maior de 18 anos, uma vez que o reconhecimento de tal fato depende de conhecimentos que o operador do direito não possui. Assim, necessária a multidisciplinariedade e o socorro de psicólogos, psiquiatras, psicoterapeutas, psicanalistas e afins para se consiga identificar e categorizar as doenças e deficiências mentais em suas diversas complexidades e se há algum tipo de sazonalidade ou tempo de cessação dessa vulnerabilidade/deficiência.

A consequência do reconhecimento da inimizabilidade é o afastamento da culpabilidade do agente e, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação de pena como consequência do comportamento típico e ilícito praticado.

De fato, se reconhecida a prática de ação típica e ilícita, bem como a inimizabilidade do agente em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o indivíduo será absolvido, sendo apenas punido, ou melhor, sancionado, com uma medida de segurança.

Cumpra esclarecer que a medida de segurança não tem caráter sancionador, condenatório ou punitivo, haja vista ausência de culpabilidade do agente,

consistindo-se em medida que busca a segurança social e o tratamento do inimputável revelador de periculosidade social.

3.1 QUEM SÃO OS IMPUTÁVEIS E INIMPUTÁVEIS.

Como já elucidado, o Código Penal brasileiro não traz conceito de imputabilidade, prevendo, em seus artigos 26 e 27 situações que levarão à inimputabilidade penal.

Não obstante, analisando-se os artigos acima referidos, pode-se extrair o conceito tanto de imputabilidade quanto de inimputabilidade.

Assim temos que o imputável é aquele que, ao tempo do crime, era maior de 18 anos e possuía plena capacidade de para discernir sobre o caráter ilícito de seu comportamento e agir de acordo com tal discernimento. Ou seja, é aquele que possui condições de compreensão e autocontrole no que tange aos seus atos.

Já o inimputável é aquele que, ao tempo do crime, não tinha nenhuma capacidade de compreender o caráter ilícito do fato, ou seja, de entender que seu comportamento é contrário ao ordenamento jurídico, ou de atuar de acordo com tal entendimento. Ou seja, é aquele que não possui condições de compreensão e autocontrole no que tange aos seus atos.

Com relação aos inimputáveis por menoridade, estes têm tratamento especial regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não sendo alcançados pelos institutos sancionatórios do direito penal.

Já no que diz respeito aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estes são aplicadas medidas de segurança, como já visto anteriormente, dependendo tal fato do reconhecimento da prática de uma conduta típica e ilícita em sentença absolutória prolatada ao final do devido processo legal.

3.2. IMPUTAÇÃO MITIGADA E SUAS HIPÓTESES EM RELAÇÃO AO DEFICIENTE MENTAL.

Além da inimputabilidade, são previstas em nossa legislação a semi-imputabilidade e a imputação mitigada da responsabilidade, à rigor dependente da análise de cada caso concreto. No caso da semi-imputabilidade, quando, por perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o indivíduo tem reduzida a sua capacidade de compreensão a respeito da ilicitude de seus atos, bem como de se controlar. Percebe-se que, neste caso, o pré-requisito “causador” é similar (perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), havendo o abrandamento do *jus puniendi* ante a menor capacidade de discernimento. Não sendo afastada totalmente a imputabilidade, também não é afastada a culpabilidade, ou seja, o indivíduo, caso caracterizada prática de injusto penal, pode ser objeto de pena.

Contudo, para que se conclua pela semi-imputabilidade e, conseqüentemente, pela possibilidade de responsabilidade penal, necessária perícia psicológica para análise das condições mentais do agente ao tempo do crime, dentre outros pontos.

Concluído, depois do exame pericial, que o autor do comportamento típico e ilícito é semi-imputável, poderá este ser condenado, pois goza de capacidade culpabilidade, ainda que reduzida. E, uma vez condenado poderá ser a ele aplicada uma pena atenuada ou uma medida de segurança, desde que, consoante o previsto no artigo 98 do Código Penal, perceba o juiz a necessidade de especial tratamento curativo

4. IMPUTABILIDADE X CAPACIDADE Á LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Observar, escalonar e comparar os direitos positivados pelo mundo é de suma importância para a formação crítica do jurista. Quando tratamos de imputabilidades, capacidades, deficiências e afins, essa relação e simbiose internacional garante e alimenta a base jurídica para extrair questões importantes para a discussão do assunto.

A imputabilidade e a capacidade geram uma discussão rica no plano da cidadania, psíquico e pleno gozo das faculdades mentais e jurídicas. Podemos

restringir a capacidade de um deficiente, mas também fazê-lo dependente de uma tomada de decisão assistida, ou, conforme já elucidado em âmbito penal, sancioná-lo com medida de segurança ou até mesmo pena.

Não obstante, antes da referida discussão, necessário o esclarecimento de alguns conceitos.

4.1 O CONCEITO DE DEFICIENTE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL.

Como afirmado anteriormente, a deficiência é uma questão bastante complexa do ponto de vista mental, pois temos diversos tipos de deficiências mentais, muitas sanáveis, outras não. Alguns deficientes mentais não têm condições de discernir sobre seus atos, outros poderão gerir sua vida, ainda que com auxílio de terceiros. Com relação a estes últimos, prevê o Código Civil a tomada de decisão apoiada, nos seguintes termos:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

De acordo com o já exposto, com o advento do Estatuto do Deficiente, as premissas relacionadas aos deficientes mudaram, mas infelizmente nem sempre foi assim e por muitas vezes, já cediço, foi necessário o amparo do Estatuto da Criança e do Adolescente para estas questões.

Na antiga visão civilista, o deficiente mental era tratado como absolutamente incapaz, logo, não poderia contrair matrimônio e praticar atos da vida civil, sendo sempre condicionado à figura de um representante ou curador. De fato, assim dispunha o Código Civil de 1916:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Como visto, tal disposição, mantida em boa parte no Código Civil de 2002, foi revogada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo atualmente os deficientes mentais entendidos como pessoas capazes podendo, dentre outros atos da vida civil, se casarem, terem filhos, etc.

5. A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE DO DEFICIENTE MENTAL E SUA NÃO RESPONSABILIDADE PENAL.

Primordialmente, para reforçar o até aqui exposto no que diz respeito a (in)capacidade do deficiente mental e para melhor compreensão do que será a partir de agora discutido, cabe ressaltar que, segundo Lôbo (2015):

“Após cinco séculos de total vedação jurídica, no Direito brasileiro, tudo mudou com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9.7.2008 e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009. Finalmente, a Lei 13.146, de 6.7.2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), regulamentou a Convenção. A Convenção considera pessoas com deficiência (e não “portadoras de deficiência”) as que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. O artigo 12 da Convenção estabelece que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”; essa capacidade legal é mais ampla que capacidade civil em geral.³ A Convenção explícita, sem configurar enumeração taxativa, que a pessoa com deficiência pode possuir ou herdar bens, controlar as próprias finanças e ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro”.

Com a assertiva acima, podemos observar que tanto o ordenamento cível, quanto o Estatuto do Deficiente garantem a independência diretiva do deficiente mental em seus atos da vida civil.

³ Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

§ 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.

Assim, dentre outros atos, pode o deficiente contrair casamento, desde que capaz e expressar de forma livre o seu consentimento.

Embora não se olvide que haja uma clara distinção entre capacidade e imputabilidade, o fato de se considerar o doente mental como pessoa capaz de discernimento no que tange ao casamento gera uma incongruência no tocante à interpretação das normas em sede de imputabilidade penal, haja vista que este pode ser considerado incapaz de discernimento na eventualidade da prática de algum crime. Assim, poderá haver a contraditória situação de um inimputável capaz.

Importante destacar que, de acordo com Magalhães e Lima (2017), o conceito de inimputabilidade ainda vigente no Código Penal:

“(...) dialogava de maneira clara e sistêmica com os conceitos estabelecidos no Direito Civil, Constitucional e mesmo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ocorre, que o Estatuto trouxe ao Direito brasileiro uma nova perspectiva de capacidade dos deficientes mentais, até então eles eram presumidamente incapazes, com a mudança legislativa passaram a ser presumidamente capazes inclusive de atos complexos, como casamento, união estável e adoção, devendo ser somente assistidos sobre questões patrimoniais. Assim, parece dissonante que este mesmo indivíduo seja considerado incapaz de compreender as consequências de suas atitudes quando estas se referem a ilícitos”.

Assim, a questão que a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência se apresenta é: se o deficiente mental possui plena capacidade para os atos da vida civil, podendo casar-se e constituir união estável, como pode também ser considerado incapaz de entender o caráter ilícito de um fato e de agir de acordo com tal entendimento?

De acordo com Kümpfel (2015):

“Com o advento e a entrada em vigor do Estatuto, o deficiente ou enfermo mental sem qualquer discernimento será, por regra geral, responsável, porém, inimputável. Por ficção, entenderá o ilícito civil e determinar-se-á de acordo com esse entendimento; porém, não entenderá esse mesmo ilícito, isto é, o fato gerador sob o aspecto penal. Como é possível entender e deixar de entender a mesma situação? Trata-se de desarmonia intolerável para o sistema, dissonância ontologicamente inaceitável”

Tem-se, dessa forma, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao determinar a plena capacidade das pessoas com deficiência para a prática dos atos da vida civil, permite o questionamento a respeito do atual instituto da inimputabilidade e o sistema dele decorrente.

7- CONCLUSÃO.

Para todo operador do direito, o observar, estudar, aprofundar, relacionar, ir à fundo sobre questões sociais e até mesmo científicas, como também obter trocas valorosas com pessoas é indispensável e fomenta o conhecimento e experiência daquele jurista.

Á partir desse grande ofício e papel social que o cientista do direito desempenha na sociedade, entendemos a multidisciplinariedade que são as relações humanas, jurídicas e sociais, todas essas, codependentes umas das outras e sempre em constante mutação e evolução. Em essência, nosso trabalho procurou através de uma ampla observação, análise e discussão, trazer um ponto divergente na literatura jurídica em que se pese os direitos do deficiente mental, sua relação com o mundo social e a lacuna oferecida na lei sobre suas imputabilidades, capacidades e vulnerabilidades.

Em um mundo globalizado, onde as trocas sociais, científicas e de conhecimento são transformadoras, algumas deficiências tornaram-se obsoletas mediante a grandiosidade de relações e papéis que o deficiente mental pode oferecer para a sociedade, sem desmerecer suas capacidades. E esclarecemos isso de uma forma simples e transparente, com base numa expressão em alemã chamada *Zeitgeist*, que remete ao *modus operandi* da época, e que sintetiza que na atual modernidade, que não há palco para preconceitos, limitações ou silêncio dos cidadãos.

Em suma, a deficiência não se torna mais o todo do cidadão nem o restringe, o deficiente consegue se relacionar à medida de sua debilidade e não como um passado preconceituoso, violento e que amordaçava pessoas, tratando-as como

um peso na sociedade, o advento do Estatuto do Deficiente é uma vitória frente à muitas mazelas já vividas.

O Código civil de 1916 é um ótimo exemplo, assim como Estatutos e leis infraconstitucionais confeccionadas à época, do *Zeitgeist* naquele tempo. Um direito mais cerrado e que não acalentava os mais vulneráveis e ainda por cima, não havia uma urbanidade e cidadania antenados para respeitar os vulneráveis, analisar casos em que devem ser mitigadas a interpretação das normas, foi na atmosfera desse tratamento, onde o deficiente mental sempre fez parte deste grupo. Supletivamente, o deficiente ficava à cargo de um cuidador e não gozava de plenos poderes, além de políticas públicas que o inseriam na sociedade, a lei fortificava sempre os mais opressores, os cidadãos que trabalhavam e gerava receita para os cofres públicos.

Década á década, as relações sociais se aprimoravam e os legisladores infraconstitucionais, assim como o próprio judiciário foi apreciando melhor as questões concernentes às capacidades civis e imputabilidades criminais, entretanto, isso ainda não elidiu a interpretação cerrada da norma no tocante à imputabilidades, sendo alguns artigos que tratam sobre estas, um quase status de clausula pétrea. A mitigação da imputabilidade começou a acontecer num cenário onde a sociedade começou a ser mais livre em suas ideias, ideais e atitudes, e o codificismo penal, embora adstrito à suas condições e sanções, encontrou na avaliação pormenorizada do mérito, arrimo e uma forma de julgar melhor as imputabilidades.

É cediço que, com o avanço científico, novas tecnologias e novas formas de relacionar, os indivíduos também começaram a ter uma visão holística do mundo e sua forma de comunicar, de exercer seus atos da vida civil e isso também alcançou os inimputáveis, deficientes, vulneráveis e afins.

Programas de computador, robôs, aplicativos, smartphones, trouxeram um novo olhar para o ser humano e uma nova forma de comunicar, auxiliando os vulneráveis em todas as formas, tal qual para obter serviços, fornecer serviços, trocar informações e se posicionar no mundo. Logo, como não falar em

reformular suas responsabilidades, capacidades e imputabilidades, à medida que seu desenvolvimento social e psíquico forem aprimorados e mais bem trabalhados? Seria retrogrado oferecer para o deficiente, a sociedade e o ordenamento jurídico, um conceito de 20 anos atrás onde ele simplesmente era mantido como um peso social e hoje, com o advento de leis importantes, decretos, estatutos que tratam de sua deficiência, um cidadão que deve ser tratado à medida de suas vulnerabilidades e atitudes.

A mitigação da incapacidade foi um grande passo, mas o legislativo e o judiciário precisam reformular as leis, e toda a pirâmide normativa que trata das relações sociais que tocam os vulneráveis/ deficientes, o Código Penal precisa de uma interpretação mais atenta com a realidade e com o Estatuto do Deficiente.

A imputabilidade penal existe, mas deve ser utilizada com bastante atenção e parcimônia, ao passo que, a sociedade vai avançando, os indivíduos mudando seu *modus operandi* e a capacidade civil e imputabilidade penal atingindo outros níveis relacionais onde o arcabouço jurídico precisa ser incisivo e fiscal, sem haver controvérsias, dúvidas ou lacunas interpretativas.

Se um deficiente mental consegue cumprir com atos matrimoniais, é claro que isso abre espaço para a discussão em inseri-lo no rol de cidadão capazes de serem responsabilizados por atos criminosos, como todos os indivíduos que cumprem seus atos civis e regidos por um Estatuto que demonstrou essa mitigação e palco para discussão sobre a responsabilização de suas atitudes. E Quanto mais focarmos no indivíduo como um todo, sem preconceitos ou limitações, deixando-o livre para exercer seus atos, com o olhar atento do Estado e suas medidas sancionadoras, mais observaremos uma sociedade mais justa e avocando a todo momento o cerne da equidade.

Encerramos a base axiológica dessa conclusão com uma pensata aristotélica que se coaduna em alto grau de coerência com o nosso trabalho, que sempre objetivou avocar a imputabilidade penal e civil para o deficiente à medida de suas responsabilidades, que é: Trate os iguais igualmente e os desiguais à medida de

suas desigualdades. A equidade, o conhecimento e a cooperação do judiciário, legislativo e sociedade fazem o bioma social evoluir em pé de igualdade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 VADE MECUM SARAIVA OAB / **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva** com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha, 14 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva,2018;

2 GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume VII: Direito das Sucessões, 5 ed., rev. e atual.- São Paulo: Saraiva,2018;

3 [LEI 10.406/2002]. Lei que institui o Código Civil. Brasília, DF. Presidente da República [2002]. [Acesso em 29 de abril de 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

4 [Decreto-Lei 2848/1940]. Lei que institui o Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. Presidente da República [1940]. [Acesso em 16 de maio de 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm ;

5 [Decreto-lei 3298/1999]. Lei que institui a Política Nacional de Integração dos Portadores de Deficiência. Brasília, DF. Presidente da República [1999]. [Acesso em 14 de maio de 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm ;

8 Ministério da Saúde. [Internet]. Saúde da Pessoa com Deficiência. [Internet] [Brasília,DF]. [Acesso em 14 de maio de 2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-da-pessoa-com-deficiencia> ;

9 [Lei 13.146/2015]. Lei que institui o Estatuto dos Portadores de Deficiência. Brasília, DF. Presidente da República [2015]. [Acesso em 10 de maio de 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm;

10 [Lei 3.071/1916]. Lei que institui o Código Civil de 1916. Brasília, DF. Presidente da República [1916]. [Acesso em 10 de maio de 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm ;

11 LÔBO, Paulo. [Internet]. Consultor Jurídico: Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. [Internet]. [Acesso em 10 de maio de 2022]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> ;

12 TARTUCE, Flávio. [Internet]. Jus Brasil: O Estranho caso do inimputável capaz. Parte I. Por Vitor Kumpel. [Internet]. [Acesso em 15 de junho de 2022]. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/245025824/o-estranho-caso-do-inimputavel-capaz-parte-i-por-vitor-kumpel#:~:text=Nessa%20sorte%20de%20coisas%2C%20o,%2C%20respons%C3%A1vel%2C%20por%C3%A9m%2C%20inimput%C3%A1vel.>

12 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. [Internet]. Jus Brasil: A capacidade civil à luz do estatuto do deficiente: Inclusão, proteção ou desproteção da dignidade da pessoa humana? [Internet]. [Acesso em 15 de junho de 2022]. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613131135/a-capacidade-civil-a-luz-do-estatuto-do-deficiente-inclusao-protecao-ou-desprotecao-da-dignidade-da-pessoa-humana>