

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**

RODRIGO CAVALCANTE FERRO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA DELINQUENTE ANTE A
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: QUAL O TRATAMENTO DISPENSADO AO
PSICOPATA CRIMINOSO, COMO RESPOSTA AO SEU ILÍCITO PRATICADO?**

Maceió, AL

2016

RODRIGO CAVALCANTE FERRO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA DELINQUENTE ANTE A
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: QUAL O TRATAMENTO DISPENSADO AO
PSICOPATA CRIMINOSO, COMO RESPOSTA AO SEU ILÍCITO PRATICADO?**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Maceió, AL

2016

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

F397r Ferro, Rodrigo Cavalcante.

A responsabilidade penal do psicopata delinquente ante a legislação penal brasileira : qual o tratamento dispensado ao psicopata criminoso, como resposta ao seu ilícito praticado? / Rodrigo Cavalcante Ferro. - 2016.
109 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 103-109.

1. Direito penal – Brasil. 2. Psicopata. 3. Imputabilidade. 4. Inimputabilidade.
5. Semi-imputabilidade. I. Título.

CDU: 343.96(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO CAVALCANTE FERRO

“A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA DELINQUENTE FRENTE À LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: qual o tratamento dispensado ao psicopata criminoso, como resposta ao seu ilícito praticado?”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ALBERTO JORGE C. DE BARROS LIMA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Profa. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel (UFAL)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Maria da Graça Marques Gurgel

Profa. Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: Elaine Pimentel Costa

Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL – Docente Externo ao PPGD)

Julgamento: APROVADO Assinatura: Rosmar Alencar

Maceió, 20 de outubro de 2016.

Dedico este trabalho aos meus sempre presentes pais e irmãos.

AGRADECIMENTOS

A dissertação que se apresenta é fruto de estudos resultantes de uma trajetória que se iniciou nos bancos da graduação de minha sempre querida Universidade Federal de Alagoas, quando instigado pela disciplina de Criminologia, ministrada pelo meu querido professor e amigo Raimundo Palmeira, a quem agradeço, inicialmente, na figura dos demais professores do corpo docente de minha graduação.

No entanto, mesmo com os estímulos trazidos, o presente trabalho não chegaria ao ponto que aqui chegou se não houvesse um professor que, mesmo com posicionamento contrário ao deste mestrando, acreditou no potencial das minhas pesquisas e trabalho, tornando-se meu orientador: o professor Alberto Jorge Correia de Barros Lima, a quem agradeço por todo o empenho, as justas cobranças e a constante compreensão, no decorrer dessa jornada, agradecimento que se estende aos demais membros do corpo docente do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas.

Mas não só de corpo docente é formado o mestrado. Também no corpo discente encontram-se pessoas que passam a agregar valor a essa trajetória, como é o caso de minhas queridas amigas da Turma 10, Hilda Monte e Priscilla Cordeiro, a quem agradeço pela amizade e pela constante companhia, regadas a debates nem sempre jurídicos. Saúdo, ainda, o meu amigo Kleverton Bibiano, integrante da Turma 9, com quem travei debates valorosos acerca de diversos temas.

Agradeço, ainda, ao corpo técnico, à minha querida amiga Sara Albuquerque e a Fabrício Miranda, que nunca pouparam esforços para me auxiliar nesta caminhada.

Além das pessoas diretamente envolvidas no programa, há aquelas pessoas que sempre se puseram a postos para incentivar esse desafio. Agradeço inicialmente aos meus pais, Lourenço e Márcia, pelas abdições que fizeram para me proporcionar todas as oportunidades de estudo que tive, bem como pelas lições de cidadania, ética e moral que me deram. Da mesma forma, agradeço aos meus irmãos Tiago e Daniela, pelo constante apoio e companheirismo. Agradeço à minha avó Eunice por ter me acolhido em sua casa, permitindo assim que eu saísse do interior para cursar a minha graduação em Direito, passos primeiros dessa caminhada. Em memória, agradeço à minha avó Luzia, pelos momentos vividos.

Agradeço, também, à minha coordenadora Karol Mafra, incentivadora deste projeto, e às minhas amigas Thayse Dias, Taynah Voss e Eliza Rogato, incentivadoras de minhas conquistas.

Agradeço, finalmente, a Deus, por ter sempre me iluminado.

A punição do criminoso nada mais seria que a consagração da pena-víndita, com seu ranço de primitivo talião que obedece ao impulso de punir e está, em germe, nas atitudes selvagens da criança que bate no móvel em que esbarra, ou na do indivíduo que não aceita desculpas de quem lhe pisou os calos. [...]

A punição seria, assim, uma reprodução do crime; ao passo que este partiu do indivíduo, aquela partiu da coletividade. (Napoleão L. Teixeira)

RESUMO

Um tema bastante controvertido no Direito Penal reside na possibilidade de se impor uma pena ao criminoso portador de um transtorno de personalidade, o psicopata. No Brasil, a doutrina clássica insiste em tachar esses sujeitos como pessoas detentoras dos benefícios previstos no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, tratando-os como semi-imputáveis. Outra corrente que vem ganhando expressão os julga como elementos perigosos, mas são, portanto, aptos a responder penalmente como qualquer outra pessoa. Por fim, há aqueles que os tratam como sujeitos detentores de uma moléstia, e, por isso, merecedores de tratamento e não de punição. Aqui, far-se-á um passeio nestas três linhas doutrinárias, filiando-se, ao final, a uma delas. Passeio que é feito, necessariamente, levando-se em conta os princípios constitucionais limitadores do poder de punir estatal.

Palavras-chave: Psicopata. Imputabilidade. Semi-imputabilidade. Inimputabilidade.

SOMMARIO

Um tema abbastanza controverso nel Diritto Penale risiede nella possibilità di imponersi una pena al vertido no Direito Penal risiede nella possibilità di imporre una sanzione penale per il criminale possesso di un disturbo di personalità, lo psicopatico. In Brasile, la dottrina classica insiste sulla tassazione di questi soggetti come persone titolari dei benefici previsti nel comma unico dell'articolo 26 del codice penale, trattandoli come semi-attribuibili. Un'altra linea di pensiero che ha acquistato slancio, gli giudica come elementi pericolosi, ma sani. Quindi, in grado di rispondere penalmente come chiunque altro. Infine, ci sono quelli che li trattano come soggetti in possesso di una malattia, e perciò meritevoli di trattamento piuttosto che punizione. Qui, faremo un bel giro su queste tre linee della dottrina, elegendo alla fine, a una di loro. Gita che è fatta necessariamente, tenendo conto i principi costituzionali.

Parole chiave: Psicopata. Responsabilità. Semi Responsabilità. Non-responsabilità.

ABSTRACT

A very controversial theme in criminal law is the possibility to impose a sanction to a guilty which has a personality disorder, the psychopath. In Brazil, the classic doctrine insists to put these people as a holder of the benefits fixed in the single paragraph, of the article 26, of the Criminal Code, treating them as semi imputable. Other group that has been attaining expression adjudge them as risky people, but healthy, therefore, able to respond criminally as anyone. Lastly, there are those who treat them as diseased people, and, for this, treatment deserving and does not have any punishment. Here, we will do a tour in these three doctrinal lines, filing, in the final, to one of them. This trip will be done, necessarily, taking in count the limites constitucional principles of the state power to punish.

Keywords: Psycopath. Imputability. Semi-Imputability. Irresponsibility.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL: O PSICOPATA..	14
2.1 Considerações iniciais acerca do psicopata	14
2.2 Traços que caracterizam o psicopata	21
2.3 Da possibilidade de tratamento	27
3. O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE DO AGENTE: UMA BREVE EXPOSIÇÃO ACERCA DO DIREITO PENAL E A TEORIA DO CRIME	30
3.1 Direito Penal e sua escolha como meio de controle: o fim da pena ...	30
3.2. O conceito material de crime	36
3.3 O conceito formal de crime e a teoria finalista da ação	38
3.4 Tipicidade	40
3.5 Antijuridicidade ou ilicitude	45
3.6 Da culpabilidade	45
3.7 Da imputabilidade	48
4. AS RESPOSTAS DO DIREITO PENAL: AS PENAS E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA	55
4.1 Da pena	55
4.2 Da medida de segurança	66
5. IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE OU INIMPUTABILIDADE DO PSICOPATA: QUAL O MELHOR CAMINHO?	80
5.1 Da defesa da imputabilidade do psicopata	80
5.2 Da defesa da semi-imputabilidade do psicopata	82
5.3 Da defesa da inimputabilidade do psicopata	91
6. CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	103

1. INTRODUÇÃO

A temática da imputabilidade ou não do psicopata, como afirmou Alimena, citado por José da Costa e Silva¹, representa uma das questões mais intrigantes da seara penal por ser repleta de uma diversidade de questionamentos, bem como por opiniões que divergem acerca do tratamento a ser dado a estes indivíduos, quando dados às práticas criminosas.

Tais questionamentos, em verdade, se justificam ao se levar em conta a particularidade que os psicopatas possuem. Tais sujeitos, para alguns estudiosos, são tidos como indivíduos normais, aptos a compreender as normas penais e capazes de se comportar em conformidade a elas; para outros, os psicopatas são tidos como pessoas que estariam entre a normalidade e loucura, sendo, pois, tidos como fronteirios; e há ainda aqueles que defendem que os psicopatas são incapazes de se adequar ao meio social, justamente por conta de seus transtornos de personalidade.

Cada uma destas linhas defendidas, com efeito, representa correntes doutrinárias que, quando adotadas, possibilitam respostas diversas ao psicopata criminoso. No primeiro caso, ao se ter o psicopata como um sujeito normal, aplicam-se as regras da imputabilidade penal; no segundo caso, na semi-imputabilidade, uma redução de pena ao psicopata infrator; e no terceiro caso, a aplicação de medida de segurança ao sujeito.

Assim sendo, faz-se necessário compreender, inicialmente, quem é o psicopata, bem como a sua condição clínica, o que será enfrentado ao se observar os manuais internacionais de diagnose: o CID-10 – Classificação Internacional de Doenças, Lesões e Causas de Óbito –, publicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), e o DSM-V – Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) –, publicado pela Sociedade Americana de Psiquiatria.

Tais manuais, que sintetizam aquilo que é compreendido pela Organização Mundial de Saúde e pela Sociedade Americana de Psiquiatria, deverão ser observados juntamente com os ensinamentos contidos na literatura especializada do

¹ ALIMENA. *Apud* COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Nacional, 1930, p. 176. Tradução livre: “em nenhum outro caso, como neste, pode-se dizer que tantas são as opiniões quantas são as perguntas”.

tema, seja por meio de autores clássicos, seja por meio de autores contemporâneos. Daí se buscará o entendimento do verdadeiro condicionamento do psicopata, entre a normalidade e a loucura, bem como os posicionamentos clínicos sobre possíveis tratamentos a serem empregados àqueles que forem diagnosticados como psicopatas.

Contudo, não é possível fugir da dogmática penal, seja para demonstrar a finalidade da pena, seja para trazer as definições materiais e formais de crime, observando-se tanto os elementos formais objetivos do crime como aquilo que a dogmática penal impõe à responsabilização ou não do indivíduo que porventura cometeu um crime.

Deverá se observar, ainda, qual resposta o sistema penal impõe àquele em que se constate a irresponsabilidade penal, ou seja, a medida de segurança como resposta estatal, além de se trazer seus limites, inclusive de cunho constitucional e humanístico.

É somente a partir desse estudo – da real capacidade de o sujeito compreender ou de se determinar de acordo com dada conduta – que se poderá analisar a situação jurídica do indivíduo portador do transtorno de personalidade antissocial, vulgo psicopata, no cometimento de um delito.

Assim sendo, serão observadas as três correntes doutrinárias já demonstradas acerca da possibilidade de punição do psicopata, a saber:

Deverá o psicopata ser considerado inteiramente imputável, cabendo-lhe uma pena como resposta ao mal praticado?

Deverá o psicopata ser tachado como um sujeito fronteiro, nem doente nem são, e por essa razão receber a atenuante prevista aos casos de semi-imputabilidade?

Ou deverá ser reconhecida a moléstia que o aflige, retirando do agente delinquente qualquer juízo de culpabilidade, restando, por consequência lógica, a aplicação da medida de segurança?

Ao se observar, pois, as hipóteses trazidas, buscar-se-á fundamentar na literatura especializada – tanto na seara do direito como na área da saúde – qual das três possibilidades é a mais adequada ao tratamento penal do psicopata criminoso, bem como as repercussões que cada uma das possíveis medidas pode acarretar ao psicopata criminoso, e, igualmente, à própria sociedade.

2. TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL: O PSICOPATA

2.1 Considerações iniciais acerca do psicopata

Entre os inúmeros temas pertinentes à psiquiatria forense, e por consequência, ao próprio direito penal, não há tema em que o embate seja tão caloroso quanto o que se refere à pessoa do psicopata. Hélio Gomes, ao escrever sobre o assunto, pontifica que “no que concerne à psiquiatria forense, não há capítulo mais importante que este”².

Tal afirmativa, apesar de aparentar um arroubo apelativo, descreve bem a preocupação que se deve ter com o estudo do psicopata, bem como quais as possíveis medidas aplicáveis ao psicopata transgressor da lei.

É que sobre o tema muito já foi escrito, no entanto, a temática ainda está longe de obter uma unanimidade, tendo, em verdade, correntes com conclusões bem distintas. De um lado, há os que defendam a plena capacidade do psicopata de responder penalmente pelo seu ilícito cometido. Há aqueles que defendem serem os psicopatas sujeitos inimputáveis, cabendo-lhes medida diversa de uma pena. Há, ainda, aqueles que defendam o meio-termo, ou seja, a semi-imputabilidade do psicopata.

Como se vê, em meio às discussões as respostas a serem aplicadas ao psicopata podem ser antagônicas, sendo necessário, inicialmente, saber quem é o psicopata, para que se possa ter uma posição sobre a sua responsabilidade.

Ao longo da história, várias denominações foram dadas a esta condição. Fazendo um relato histórico, Antônio Fernandes da Fonseca³ enumera Kock e Moebius como pioneiros em tentar definir o psicopata, seja, para o primeiro, pela ideia de anormalidade psíquica, seja, para o segundo, pela ideia de anormalidade. No entanto, foi Kraepelin quem primeiro utilizou a expressão “personalidade psicopática”, abordando o psicopata como um indivíduo que se encontrava na fase inicial da psicose.

² GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 192.

³ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 468.

Para Antônio Fernandes da Fonseca⁴, um dos estudiosos que mais se destacaram no estudo da psicopatia foi Kut Schneider, que por volta de 1950 elaborou a definição mais repetida até os dias atuais sobre o psicopata, qual seja: a de “uma personalidade anormal, que sofre e faz sofrer”. Já na concepção de Schneider, o psicopata não seria necessariamente um sujeito em estado clínico patológico, contudo, a figura da anormalidade ainda paira como elemento inerente ao psicopata.

Além dos autores citados, ainda de acordo com Antônio Fernandes da Fonseca⁵, destaca-se Prichard, que por volta de 1835 tratou a psicopatia como sendo uma “loucura moral”, trazendo, já naquela época, a ideia de ausência dos vestígios de ética e moral do psicopata. Pinel, já por volta de 1805, tratou sobre o psicopata sob a expressão “mania sem delírio”. Henderson, em 1939, e Clekley, em 1959, foram os primeiros a teorizar o psicopata sob a ideia da personalidade psicopática, trazendo à tona a ideia do comportamento antissocial ou associal.

Registram-se, a seguir, outras definições marcantes que envolvem o estudo da psicopatia.

O suíço Eugen Bleuler⁶, apesar de ser mais conhecido por seus escritos referentes à esquizofrenia, teve grande contribuição ao estudo da psicopatia, com assertivas que ainda hoje são usuais entre aqueles que escrevem sobre a psicopatia.

Bleuler, ao tratar genericamente dos desvios da normalidade, onde taxativamente posiciona o psicopata, tem o cuidado de apontar as características afetivas que permeiam a psicopatia e os demais desvios da normalidade, lembrando, ainda, que os indivíduos que se encaixam neste quadro apresentam uma inteligência elevada ou até mesmo extraordinária, sem que esta detenha alguma influência nas determinações das ações desses indivíduos⁷.

⁴ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 468.

⁵ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 469.

⁶ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, *passim*.

⁷ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 418. No original: “*Las desviaciones de los normales que non se imponen como manifiestas enfermedades mentales, radicando generalmente en la herencia, pero ocasionalmente también en ligeras enfermedades cerebrales que pasaron, se designan con diversos nombres, pero siempre se limitan sin precisión: degeneraciones, anomalías constitucionales, hereditarias, psicopatías, etc. En primer término nos encontramos con características afectivas. Aunque, la inteligencia es buena o hasta extraordinaria, tiene una influencia pequeña sobre la determinación de las acciones.*”

Indo além, Eugen Bleuler⁸ se posiciona no sentido de que o termo psicopata representa um único conceito que engloba os desvios psíquicos da normalidade, não se podendo, contudo, rotular o psicopata como o sujeito que possui esta ou aquela característica, no qual não haveria a obrigatoriedade de sintomas comuns entre esses indivíduos.

Em verdade, muitas são as faces do psicopata, ao tempo que muitos são os desvios da normalidade moral. Contudo, é de se fazer uma leitura de Eugen Bleuler levando em conta seu tempo e os tabus de sua época. Fala-se isso porque alguns daqueles que eram vistos como psicopatas, hoje não o são mais, entre eles a figura do homossexual⁹, da mesma forma como eram rotulados por Kraepelin¹⁰.

Ora, a homossexualidade nos dias atuais não é mais vista como psicopatia, desvio de conduta ou doença mental. Contudo, essa realidade é recente, e o reconhecimento tardio se deu apenas em 17 de maio de 1990 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo hoje vista como opção, ou caso se prefira utilizar outra nomenclatura, como orientação sexual.

Feito o devido parêntese acima, e retomando a definição de psicopata, cabe destacar Guido Arturo Palomba¹¹, que define o psicopata com uma nomenclatura própria para “condutopata”, e para quem “o transtorno de comportamento é devido ao comprometimento de três estruturas psíquicas: a afetividade, a conação-volição, a capacidade de crítica, mantendo-se íntegras as outras partes mentais”¹².

Por sua vez, o lusitano Antônio Fernandes da Fonseca generaliza o transtorno da personalidade antissocial, definindo a “psicopatia ou personalidade psicopática como uma situação psicológica de desarmonia constitucional, por imaturação ou

BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 418. No original: *“Por tanto, psicopatía es un concepto único que comprende las desviaciones psíquicas de la normalidad que no han podido limitarse de otra manera; pero siempre es incorrecto decir: «los psicópatas» tiene esta o aquella propiedad. Según la naturaleza dela cosa, no pude tener ésta ninguna limitación determinada ni ningún síntoma común a todos”*.

⁹ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 422. No original: *“la homosexualidad (sentimiento sexual invertido, uranismo)”*.

¹⁰ Apud. FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 468

¹¹ PALOMBA, Arturo Guido. **Tratado de Psiquiatria Forense – Cível e Penal**. São Paulo: Ateneu, 2003, p. 515.

¹² PALOMBA, Arturo Guido. **Tratado de Psiquiatria Forense – Cível e Penal**. São Paulo: Ateneu, 2003, p. 515.

deterioração da personalidade, com tendência para a impulsividade, ou ainda, para um comportamento amoral ou anti-social”¹³.

Já Hélio Gomes, ao definir o psicopata, afirma que:

Os psicopatas são indivíduos que não se comportam como a maioria de seus semelhantes tida por normais. Têm grande dificuldade em assimilar as noções éticas ou, assimilando-as, em observá-las. Seu defeito se manifesta na afetividade, não na inteligência, que pode às vezes ser brilhante¹⁴.

De fato, como demonstram David H. Barlow e V. Mark Durand¹⁵, a pessoa do psicopata representa um dos maiores dramas clínicos que o psiquiatra pode ter, haja vista que estes sujeitos apresentam marcantes características pendentes à irresponsabilidade, impulsividade, falsidade, egoísmo, além de serem verdadeiros transgressores das normas de conduta, morais ou jurídicas, ao buscarem a satisfação de seus desejos, sem que demonstrem qualquer juízo de arrependimento ou culpa.

À primeira vista, a descrição acima pode gerar certa inquietude ao se buscar identificar o psicopata. Em verdade, tais descrições podem ser atribuídas aos indivíduos isoladamente, dando a ideia da facilidade de se diagnosticar o psicopata, e mais, o desconforto em se observar ao menos uma das características em qualquer pessoa média.

Cabe destacar que atualmente o transtorno de personalidade está previsto nos maiores manuais internacionais de diagnose: o CID-10 – Classificação Internacional de Doenças, Lesões e Causas de Óbito –, publicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), e o DSM-V – Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) –, publicado pela Sociedade Americana de Psiquiatria.

Destes manuais, destaca-se o DSM-V, que de forma sistemática traz os parâmetros para o diagnóstico do transtorno de personalidade antissocial, ou psicopatia. Tais critérios, contudo, não devem ser observados aleatoriamente, mas, como dito, considerados sistematicamente dentro de seu rol, que sintetiza os critérios diagnósticos no seguinte quadro:

¹³ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 470.

¹⁴ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 192.

¹⁵ BARLOW, David H.; V. DURAND, Mark. **Psicopatologia – Uma Abordagem Integrada**. Trad. Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 516.

Transtorno da Personalidade Antissocial

Crítérios de diagnósticos 301.7 (F60.2)

A. Um padrão difuso de desconsideração e violação dos direitos das outras pessoas que ocorre desde os 15 anos de idade, conforme indicado por três (ou mais) dos seguintes:

1. fracasso em ajustar-se às normas sociais relativas a comportamentos legais, conforme indicado pela repetição de atos que constituem motivo de detenção.
2. Tendência à falsidade, conforme indicado por mentiras repetidas, uso de nomes falsos ou de trapaça para ganho ou prazer pessoal.
3. Impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro.
4. Irritabilidade e agressividade, conforme indicado por repetidas lutas corporais ou agressões físicas.
5. Descaso pela segurança de si ou dos outros.
6. Irresponsabilidade reiterada, conforme indicado por falha repetida em manter uma conduta consistente no trabalho ou honrar obrigações financeiras.
7. Ausência de remorso, conforme indicado pela indiferença ou racionalização em relação a ter ferido, maltratado ou roubado outras pessoas.

B. O indivíduo tem no mínimo 18 anos de idade.

C. Há evidências de Transtorno da Conduta com surgimento anterior aos 15 anos de idade.

D. A ocorrência do comportamento antissocial não se dá exclusivamente durante o curso de Esquizofrenia ou Episódio Maníaco.¹⁶

Como se observa, a DSM-V apresenta um quadro de critérios comportamentais observáveis do indivíduo, na busca de um padrão que deve conter, ao menos, três das sete características trazidas como parâmetro. Fato interessante é que o DSM-V determina que não se deve diagnosticar como psicopata o indivíduo com idade inferior a 18 anos; não coincidentemente, é a idade tida como padrão na maioria dos países que adotam o critério biológico na escolha da maioridade penal, por considerar que tais indivíduos ainda não possuem a plena formação de sua psique.

Quanto a possíveis causas da psicopatia, diversos fatores são elencados como possíveis responsáveis. Hélio Gomes, por exemplo, refere os “hereditários, congênitos e adquiridos”¹⁷; Antônio Fernandes da Fonseca, a seu turno, considera a natureza constitucional do indivíduo, o fator somático e o sociocultural.

¹⁶ **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5** / American Psychiatric Association. Trad. Maria Inês Correia Nascimento, Paulo Henrique Machado, Regina Machado Garcez, Regis Pizzato, Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 659.

¹⁷ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 192.

Entre os fatores propiciadores da psicopatia, pode-se considerar a importância que os biológicos representam. Neles, pode-se perceber “a fragilidade funcional do sistema nervoso vegetativo – especialmente por causa de regulação”¹⁸.

A carga genética, por exemplo, influencia consideravelmente na psicopatia. Tal dedução, como lecionam Antônio Fernandes da Fonseca¹⁹ e Elias Abdala Filhos²⁰, foi provada após inúmeros testes que tiveram o intuito de entender o quanto o homem pode ser influenciado pelos genes, adquiridos hereditariamente.

Assim, testes com gêmeos monozigóticos comprovaram a tendência natural de apresentarem comportamentos semelhantes, mesmo sendo criados separadamente. Neste sentido, David H. Barlow e V. Mark Durand ensinam que “estudos sobre a família, gêmeos e adoção indicam influência genética no transtorno antissocial e na criminalidade”²¹. Em outras palavras, determinada pessoa pode possuir uma predisposição individual à psicopatia.

Outro fator de cunho biológico é o causado pela influência que o excesso de testosterona provoca no organismo, resultando “num comportamento de maior agressividade”²².

Além dos estudos citados, outros vêm reforçar a influência dos ditos fatores biológicos no desenvolvimento da psicopatia. Entre eles, destacam-se os experimentos sobre os chamados neurônios-espelhos. Os primeiros resultados foram divulgados em julho de 2013, como afirma Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de Castro:

Os testes que lhes deram origem consistiam em colocar um grupo de psicopatas e outro de não psicopatas a observar vídeos de interação entre duas pessoas, focando-se nas mãos dos actores. Estas recriavam situações de toque afectivo, doloroso, neutro e de rejeição. Numa primeira fase, foi pedido aos participantes que visualizassem as cenas como se fizessem parte do seu filme preferido e, depois, que tentassem sentir o que os personagens sentiam. Por último, as cenas

¹⁸ DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 358. No original: “*la fragilidad funcional del sistema nervoso vegetativo – especialmente por falta de regulación*”.

¹⁹ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 473.

²⁰ ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TABORDA, José Geraldo Vernet. **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 283.

²¹ BARLOW, David H.; V. DURAND, Mark. **Psicopatologia – Uma Abordagem Integrada**. Trad. Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 520.

²² ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TABORDA, José Geraldo Vernet. **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 283.

foram reproduzidas com os próprios participantes. O objectivo era perceber em que medida os neurónios-espelho desempenhavam a sua função nos psicopatas, nos mesmos termos em que desempenham nos não psicopatas, que é activando as zonas do cérebro responsáveis pelas mesmas emoções ou acções que estão a ser vivenciadas por outros que apenas observamos. Verificou-se na primeira fase, uma reduzida actividade do sistema espelho nos psicopatas em comparação com o outro grupo, sugerindo que, ao cometer um crime, são mais frios com as suas vítimas porque não sentem a sua dor. Mas a segunda parte do teste veio demonstrar que os psicopatas são capazes de activar o sistema espelho quando lhes é pedido para sentirem o que observam. Ou seja, eles não são incapazes de sentir empatia, mas apenas de o fazer espontaneamente. A forma como este mecanismo não automático de ligar e desligar o “modo empatia” opera, ainda é, contudo, desconhecido.²³

O presente estudo, com efeito, traz duas conclusões. A primeira delas acaba por criar uma reviravolta nos estudos tradicionais relacionados à psicopatia, no que diz respeito à empatia. Descobriu-se, nestes testes, que o psicopata pode vir a ter algum sentimento, contudo, e aí está a segunda conclusão, o sentir do psicopata não estaria ligado a uma espontaneidade como nas pessoas ditas normais. A chave para o ligar ou o desligar os neurónios-espelhos ainda não foi descoberta, mas, por si só, já demonstra uma falha biológica que impossibilita ao psicopata, espontaneamente, vivenciar os sentimentos de remorsos ou culpa que os ditos sujeitos normais possuem.

Indubitavelmente, é sempre polémica uma relação biológica com possíveis agentes criminosos. No passado, por exemplo, Cesare Lombroso²⁴ ao definir o criminoso nato, o fazia defendendo a ideia do ser atávico, ou seja, ocorria o ressurgimento de características físicas e morais dos antepassados mais remotos da humanidade, donde o criminoso nato nada mais seria que uma cópia de homens primitivos, e por conta disso, nascido predestinado ao crime.

Cabe destacar, no entanto, que a influência biológica apresentada nos estudos anteriormente mencionados em nada se confunde com o ideal pensado por Cesare Lombroso. A ideia atual, que consta nos ditos estudos relacionados à influência biológica e à criminalidade demonstram uma **predisposição** no indivíduo,

²³ CASTRO, Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de. **Da Imputabilidade Penal dos Psicopatas**. Tese (Mestrado Forense) Escola de Lisboa da Faculdade de Direito – Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2014, p. 13/14.

²⁴ LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, *passim*.

nunca uma **predeterminação**. Não é concebível, nos dias atuais, a ideia de que alguém já nasça com o “instinto criminoso”. Na verdade, a carga genética é, apenas, “um dos requisitos para o comportamento anômalo”²⁵, podendo ou não se manifestar no decorrer da vida do indivíduo.

Além dos fatores biológicos, pode-se incluir, como o faz Antônio Fernandes da Fonseca, a influência do meio social na formação do psicológico do indivíduo. Antônio Fernandes da Fonseca cita a influência da formação da personalidade “no seio de lares hostis ou demasiado indulgentes, ou, então, aqueles em que faltou controlo dos pais por morte ou por separação [...] mas, tal separação tornar-se-á [...] menos negligenciável se existir uma boa substituição do amor materno ou paterno”²⁶.

2.2 Traços que caracterizam o psicopata

Para poder compreender um pouco mais acerca do psicopata, faz-se necessária uma breve análise acerca de traços genéricos que podem ser observados nestes indivíduos.

Cabe registrar, aqui, que a mera análise superficial dos referidos traços não serve como base ao diagnóstico da psicopatia. Como demonstra Robert D. Hare²⁷, pessoas que não são psicopatas podem, perfeitamente, apresentar algumas das características que serão aqui referidas. Só um profissional treinado pode dar um diagnóstico.

De início, uma das características que marcam o psicopata é o seu charme. Os psicopatas apresentam um grande poder de convencimento; como afirma Robert D. Hare, “são espirituosos e articulados”²⁸. Envolveres por natureza, são capazes de sustentar conversas longas, complexas e inteligentes. Geralmente são mentirosos patológicos, e suas histórias muitas vezes são utilizadas com o intuito de tirar vantagem de alguém. São manipuladores com maestria e não se acanham em usar

²⁵ GASCHLER, Katja. Doentes ou Algozes? Trad. Sérgio Tellaroni. In: **Revista Viver Mente e Cérebro: Personalidade**, nº. 6, p. 24.

²⁶ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 474.

²⁷ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 49.

²⁸ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 49.

todo seu poder de sedução com a finalidade de impor sua liderança em determinado grupo.

Além disso, é de se destacar que o psicopata não possui qualquer sentimento de remorso ou culpa. Como anota Robert D. Hare,

mostram uma falta de preocupação ou culpa com os efeitos devastadores de suas condutas sobre os outros. Com frequência, são completamente diretos sobre o assunto e declaram, com tranquilidade, que não sentem nenhuma culpa ou remorsos pela dor e destruição que causaram e não veem motivos para se preocupar.²⁹

Em verdade, os psicopatas costumam racionalizar seus atos, e, assim como demonstra Vicente Garrido, acabam por “encontrar todo tipo de desculpa para explicar os deslizos que cometeram e, em muitas ocasiões, negarem totalmente que foram os responsáveis ou que aqueles acontecimentos existiram na realidade”³⁰.

Em outras palavras, a culpa pelo malefício é transferida para a pessoa da vítima. Seria ela a única culpada por sofrer um dano, haja vista que, por alguma razão, se pôs em situação de vulnerabilidade, ou por ter atizado algum desejo do psicopata criminoso.

Outra característica que marca o psicopata é o seu egoísmo. Totalmente egocêntrico, só se importa em satisfazer suas paixões individuais, independentemente das consequências destas a terceiros. Honório Delgado considera essa característica como sendo derivada “do sentimento da própria debilidade”³¹.

No mais, os psicopatas são frios, apresentando “uma deficiente ou nula disposição para amar”³², o que, conseqüentemente, resulta numa total ausência de compaixão para com o próximo.

Finalmente, muito distante de uma inteligência debilitada, os psicopatas apresentam, via de regra, uma inteligência “boa ou extraordinária”³³, havendo casos

²⁹ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 55.

³⁰ GARRIDO, Vicente. **O Psicopata – Um Camaleão na Sociedade Atual**. Trad. Juliana Teixeira. São Paulo: Paulinas, 2011, p. 39.

³¹ DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 360. No original: “*del sentimiento de la propia debilidad*”.

³² DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 360. No original: “*deficiente o nula disposición para amar*”.

³³ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 418. No original: “*buona o extraordinária*”.

de psicopatas que deixaram um inegável “rastros luminoso na História”³⁴, na dicção de De Plácido e Silva, como “Goethe, Byron, Wilde, Verlaine, Rimbaud, Miguel Angelo”³⁵ ou, até mesmo, nomes “como o de Joana d’Arc e o de Van Gogh”³⁶.

Com base nessas e noutras características, Bleuler considera que “muitos psicopatas são enfermos mentais só no sentido social; mas, diante do foro das ciências naturais, padecem da mesma anomalia que muitos enfermos mentais, só que em menor grau”³⁷.

Hélio Gomes, a seu turno, conclui que:

Os psicopatas são indivíduos que não se comportam no meio como a maioria de seus semelhantes tidos como normais. Têm grande dificuldade em assimilar as noções éticas ou, assimilando-as, em observá-las. Seu defeito se manifesta na afetividade, não na inteligência [...]. Esse atraso afetivo faz com que as noções morais, os costumes e as leis não possam ser perfeitamente percebidos e respeitados por esses oligofrênicos morais. Daí, o procederem eles sem obediência à lei e sem atenção aos preceitos da ética social.³⁸

Assim, as anomalias de caráter que os psicopatas portam são responsáveis pela ausência do sentimento de piedade, honra, vergonha, remorso ou consciência, além de os conduzirem à recusa às leis ou à desatenção aos preceitos ético-sociais.

Aqui, faz-se necessário aludir aos ensinamentos de Sigmund Freud, que, como lembra Álvaro Mayrink da Costa, dividiu a vida psíquica em três níveis:

a) o *id*, que se localiza nos instintos mais primários, cuja tendência predominante é a sobrevivência; b) o *ego*, representa a identidade do indivíduo; c) o *superego*, onde se instauram os controles de natureza cultural e social, assim como o desenvolvimento da vida psíquica consciente do indivíduo.³⁹

³⁴ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico** – edição universitária – Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 501.

³⁵ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico** – edição universitária – Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 501.

³⁶ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Cloust Gulbenkian, 1997, p. 478.

³⁷ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 419. No original: “*muchos psicopátas son enfermos mentales sólo en lo sentido social; pero ante el foro de las ciencias naturales padecen de la misma anomalía que muchos enfermos mentales, sólo que en menor grado*”.

³⁸ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 192/193.

³⁹ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Raízes da Sociedade Criminógena**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010, p. 133.

Desse modo, pode-se enquadrar os psicopatas como pessoas detentoras de um superdesenvolvimento do “*id*”, em detrimento de seu “*ego*”. Esse fato faz com que o portador da presente anomalia venha a agir impulsionado pelos prazeres proibidos.

Em síntese, o psicopata, como já se posicionava Henrique Ferri:

caracteriza-se antes de tudo pela vontade anormal, isto é, pela *impulsividade* desta, que, na debilidade congênita das energias de inibição, passa precipitadamente da ideia à ação e por *motivos* absolutamente *desproporcionados* à gravidade do delito; sobretudo distingue-se pela falta ou debilidade do senso *moral*, que nos homens normais é a maior força de repulsão ao delito e não é um particular de sentimento (de simpatia, como diria Bentham), mas é toda a totalidade sentimental do indivíduo, que determina o seu modo pessoal de reagir aos estímulos do ambiente nas relações e que por isso eu prefiro chamar “senso social”.⁴⁰

Esta impulsividade, pois, passa a ser uma característica marcante do estilo de vida do psicopata. Saindo da literatura clássica e adentrando na literatura mais moderna, Robert D. Hare, com efeito, alerta que “os psicopatas não costumam passar muito tempo pensando nos prós e contras de determinada ação ou considerando possíveis consequências. ‘Eu fiz isso porque me deu vontade’ é uma resposta comum.”⁴¹ Dessa forma, como alerta Vicente Garrido, o psicopata “simplesmente age”⁴², as consequências de seus atos não são uma preocupação, vale apenas a vontade impulsiva de praticar o ato desejado.

Como advertem Kerry Daynes e Jessica Fellowes, “os psicopatas acham que têm o direito de ter tudo o que querem, não importa a que preço, e costumam ter explosões violentas e descontroladas quando são criticados ou frustrados”⁴³.

A literatura mundial possibilita a identificação de diversas personalidades psicopáticas.

Dentre as diversas obras publicadas, destaca-se o romance policial *O Silêncio dos Inocentes*. Em uma de suas passagens, a policial Clarice Starling, a serviço do FBI, questiona o Dr. Hannibal Lecter sobre as razões que o levaram àquele

⁴⁰ FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Luiz de Lemos d’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, pp. 257/258.

⁴¹ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 71.

⁴² GARRIDO, Vicente. **O Psicopata – Um Camaleão na Sociedade Atual**. Trad. Juliana Teixeira. São Paulo: Paulinas, 2011, p. 43.

⁴³ DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como Identificar um Psicopata – Cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina**. Trad. Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 22.

manicômio, o “Hospital Estadual Baltimore para Criminosos Alienados Mentais”. O psicopata responde à policial:

Nada aconteceu comigo [...]. Eu aconteci. Você não pode reduzir-me a um jogo de influências. Vocês trocaram o bem e o mal pelo behaviorismo [...]. Puseram todo mundo vestindo fraldas morais – nada é mais culpa de ninguém [...] Eu coleciono desabamento de igrejas, por distração. Você viu o ultimo, na Sicília? Maravilhoso! A fachada caiu sobre sessenta e cinco avós numa missa especial. Isso foi um mal? Se foi, quem o cometeu?⁴⁴

Outra passagem bem ilustrativa do tema pode ser vista na obra *O Médico e o Monstro*. Nesse livro, Dr. Jekyll se transforma em Mr. Hyde. A metafórica transformação, efetuada por intermédio de um comprimido, faz com que um bondoso e amado médico se converta em um homem mesquinho, depravado e insensível.

Ao primeiro sopro dessa nova vida, notei que era mais perverso, dez vezes mais perverso e mais escravo da minha maldade original. [...] A droga não possuía uma ação discriminada: não era nem diabólica, nem divina. Ela apenas abria as portas da prisão que encerrava a minha natureza, libertando-a. [...] Eu não conseguia vencer meu desinteresse pela aridez de uma vida dedicada exclusivamente ao estudo. Tinha vontade de me divertir, e meus prazeres eram indignos. [...] Sucumbi às tentações do meu novo poder e me tornei seu escravo. [...] Antigamente as pessoas contratavam facínoras para executar seus crimes e salvar-lhes a reputação. Eu era o primeiro a ter o privilégio de aparecer diante do público respeitavelmente e, em segundos, me despir e mergulhar de cabeça no mar da liberdade [...] dei adeus à liberdade, à relativa juventude, ao andar léptico, à impulsiva vitalidade e aos prazeres secretos de que desfrutava [...]. Fiz a escolha talvez com uma reserva inconsciente [...]. Durante dois meses fui fiel à minha determinação, levei uma vida de alteridade e gozei as compensações de uma consciência tranquila. No entanto, o tempo apagava temores e os aplausos do bom-senso tornaram-se coisas rotineiras. Voltei a ser torturado por angústias e desejos, como se Hyde lutasse pela sua libertação.⁴⁵

Mais uma obra que exemplifica bem a psicopatia é *Fausto* de Goethe. Este grande escritor, que, como já dissemos, era portador da psicopatia, descreve em seu livro o memorável personagem Mefistófeles, um demônio que teria feito uma aposta com Deus.

⁴⁴ HARRIS, Thomas. **O Silêncio dos Inocentes**. Trad. Antônio Gonçalves Penna. Rio de Janeiro: Altaya, p. 25/26.

⁴⁵ STEVENSON, Robert Louis. **O Médico e o Monstro**. Trad. Elda Van Steel. São Paulo: Scipione, 1988, p. 67/74.

A aposta consistia em Mefistófeles conseguir depravar Fausto, retirando-o do caminho celestial. Em uma de suas investidas, o demônio, que claramente possui traços da personalidade psicopática, assim fala ao seu novo discípulo:

Não sofres restrições ou limites;
 – És livre de arrebatá-lo que te agrada!
 Abocanha no voo a presa desejada,
 Que enfim te satisfaça e te amanse o apetite!
 Serve-te com vontade e sem constrangimento!⁴⁶

Afora as representações literárias, os portadores de transtorno de personalidade estão por aí. Como demonstra Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de Castro, valendo-se de Abigail A. Marsh, “cerca de 1% da população mundial é psicopata”⁴⁷, o que é confirmado por Robert D. Hare, em entrevista publicada no *site* Paraná *Online* Tribuna⁴⁸.

No entanto, como bem lembra Tânia Maria Nava Marchewka, “a maioria dos doentes mentais não pratica crimes”⁴⁹. Neste sentido, Gabriel José Chittó e Guinter Lühring demonstram que os portadores do transtorno da personalidade antissocial ou psicopata

Só se tornam homicidas em casos extremos. A maioria deles manifesta distúrbio de forma atenuada – são chefes que humilham os subordinados, jovens que depredam telefones públicos, passageiros que deixam um chiclete no assento antes de descer do ônibus.⁵⁰

Desse modo, é possível encontrar um psicopata em diversos pontos da sociedade. Senya Müller utiliza a expressão “serpentes de terno e gravata”⁵¹ para

⁴⁶ GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto**. Trad. Silvio Arruda de Bastos Meira. São Paulo: Três, 1974, p. 89.

⁴⁷ CASTRO, Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de. **Da Imputabilidade Penal dos Psicopatas**. Tese (Mestrado Forense) Escola de Lisboa da Faculdade de Direito – Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2014, p. 4.

⁴⁸ DESLANDES, Fernanda. **Conselheiro do FBI diz que 1% da população é psicopata**. In: Paraná Online Tribuna. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/485432/?noticia=CONSELHEIRO+DO+FBI+DIZ+QUE+1+DA+POPULACAO+E+PSICOPATA>. Publicado em: 22/10/2010.

⁴⁹ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. In: **Revista de Direito UPIS**. Brasília – Ano I, vol. 1, n. 1, Janeiro de 2003, p. 103.

⁵⁰ CHITTÓ, Gabriel José; LÜHRING, Guinter. Transtorno de Personalidade Antissocial e Psicopatia. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (Org.). **Psiquiatria para Estudantes de Medicina**. Org. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p. 614.

⁵¹ MÜLLER, Senyar. **Psicopatas de Escritório**. Trad. Isadora Travado. In: Revista Viver Mente e Cérebro: Personalidade, n. 6, p. 31.

apresentar a problemática daqueles que convivem, no dia a dia, com essas pessoas no ambiente de trabalho.

2.3 Da possibilidade de tratamento

Após muitas discussões acerca do tratamento da psicopatia – uns afirmando que ela nem sequer é doença, outros pregando a inexistência de um tratamento –, muitos profissionais da área acabam por considerar positiva a possibilidade de tratamento para o psicopata.

Pacheco e Silva leciona no sentido de que “as psicopatias serem curáveis”⁵² e que tal “difusão desse conceito [encontra-se] mesmo entre os profanos”⁵³.

Ainda entre a literatura especializada clássica, Bleuler inicialmente vê com reservas a possibilidade de tratamento, considerando-o como um terreno ingrato, já que não seria possível mudar a pessoa do psicopata, cujo comportamento estaria vinculado diretamente ao seu transtorno de personalidade.⁵⁴ Contudo, Bleuler flexibiliza seu posicionamento e passa a considerar possível o tratamento em determinados tipos de psicopatia: “os irritáveis podem ser educados”⁵⁵, podendo “alcançar um equilíbrio verdadeiro”⁵⁶.

Outro clássico defensor da possibilidade de tratamento do psicopata é o espanhol Honório Delgado, que considera ser possível grandes êxitos “na maioria dos casos”⁵⁷.

Entre os mais recentes estudiosos do assunto, outros que defendem a possibilidade de tratamento são o lusitano Antônio Fernandes da Fonseca e o brasileiro Elias Abdalla-Filho.

Mas, qual, ou quais, seriam os tratamentos?

⁵² Antônio Carlos Pacheco e Silva. **Psiquiatria Clínica e Forense**. São Paulo: Renascença, 1951, p. 569.

⁵³ Antônio Carlos Pacheco e Silva. **Psiquiatria Clínica e Forense**. São Paulo: Renascença, 1951, p. 569.

⁵⁴ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 419. No original: “*un terreno ingrato, pues non pueden cambiarse, hay que arreglarse com ellas.*”

⁵⁵ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 419. No original: “*los irritables pueden educarse.*”

⁵⁶ BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924, p. 419. No original: “*alcanzarse um equilibrio llevadero.*”

⁵⁷ DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 369. No original: “*en la mayoría de los casos.*”

Fernando Fernandes entende ser possível o tratamento através da psicoterapia, da intervenção psicofarmacológica e da intervenção psicocirúrgica. Honório Delgado considera apenas o psicoterapêutico e o psicofarmacológico, no que é seguido por Elias Abdala.

Quanto ao tratamento psicoterapêutico, Honório considera “a educação apropriada”⁵⁸ como “o regime de tratamento mais eficaz”⁵⁹. Além desse, caberia o condicionamento, a educação dos “pontos vulneráveis e de estímulo para as disposições sãs que possam existir”⁶⁰.

Ainda no tocante ao psicoterapêutico, Antônio Fernandes e Elias Abdalla têm-no como de fundamental importância para o tratamento de psicopata. Contudo, como assevera Elias, tal tratamento exige a cumplicidade do paciente. Por esse motivo, Fernando Fernandes afirma que “as formas psicopáticas de delinquência não reagem, **via de regra**, favoravelmente à psicoterapia individual”⁶¹ (grifo nosso).

A outra medida seria a psicofarmacológica, principalmente se a psicopatia for agravada por “insuficiência glandular”⁶².

A última medida a ser ilustrada é a mais evasiva de todas: a intervenção psicocirúrgica. Nela, pratica-se a “ablação da amígdala, cauterização do hipotálamo”⁶³. Tal medida, com efeito, não é apenas proposta, mas acaba muitas vezes sendo aplicada, como no seguinte caso ocorrido em Goiânia:

[...] W. reconhecidamente carece de tratamento médico, conforme indicam os laudos, com o registro de morbidez, de doente: o de fl. 179, assinado pelo médico perito CRM – Go 4.258, Psiquiatra Clínica Forense Lourival Belém de Oliveira Júnior, “1- é o representado portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado? Não. Ele é portador de perturbação de Saúde Mental (Transtorno de Personalidade antissocial – F60.2, conforme CID -10, em grau severo”; o de fls. 178/180, assinado pelos médicos psiquiatras Drs. SRF e PMO: “IV – Diagnóstico: Não restam dúvidas quanto ao diagnóstico. O periciando preenche os requisitos da CID – 10 para o

⁵⁸ DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 370. No original: “*la educacion apropiada*”

⁵⁹ DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 349. No original: “*el regime de tratamiento más eficaz*”.

⁶⁰ DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969, p. 349. No original: “*puntos vulnerables y de estímulo para las disposiciones sanas que puedan existir*”.

⁶¹ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 534.

⁶² FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 535.

⁶³ FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 535.

diagnóstico de Transtorno de Personalidade emocionalmente instável – Tipo impulsivo (F60.30), com indicação de cirurgia psiquiátrica, cujo objetivo é reduzir os sintomas em pacientes psiquiátrico severamente doentes que não apresentam resposta terapêutica a tratamentos mais convencionais. Presente o estado de morbidez, aliado à periculosidade, que se extrai, também, dos laudos: fl. 179: "4- Caso positivo a resposta. 1. Existe a possibilidade de convivência pacífica do representado com demais concidadãos da sociedade ou companheiros de cumprimento de medida? Atualmente não. É muito alto o risco de heteroagressividade, principalmente em meio-aberto." Sem qualquer dúvida a doença e a periculosidade.

Assim, conforme o previsto no art. 112, § 3º, do ECA, determino o tratamento individual e especializado, em local adequado as suas condições, conforme indica o laudo médico, inclusive, caso haja possibilidade da realização da cirurgia indicada, deverá a família ser consultada em caso de negação da autorização para a mesma deverá haver comunicação, de tal, nos presentes autos. [...] (Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Goiânia – Juiz Maurício Porfírio Rosa – j. 10 de setembro de 2002).

Aqui, algumas considerações devem ser feitas. A primeira delas, ratificando o que já fora demonstrado, os manuais de diagnósticos, como a CID-10 e o DSM-V, são enfáticos ao demonstrar a impossibilidade de um diagnóstico da psicopatia aos menores de 18 anos, mesmo que estejam presentes diversos traços deste transtorno de personalidade no menor.

É de se considerar, ainda, que o tratamento legal dado ao maior e menor infrator é diverso. No caso dos adultos, a aplicação das regras da responsabilidade penal, com a imposição de uma pena que pode chegar à privação de liberdade; aos menores de 18 anos e maiores de 12 anos, é possível, apenas, o uso da responsabilidade penal juvenil, que resulta em medidas socioeducativas, sendo a mais gravosa a internação.

Contudo, o que chama a atenção no caso ilustrado é o fato de o magistrado ter decidido pela possibilidade da aplicação de uma intervenção radical e irreversível: a lobotomia.

Desde já, afirma-se inapropriada a utilização desta hodierna e inconstitucional prática, pelas razões a serem apresentadas num tópico mais apropriado, quando se tratará do princípio da humanidade das penas.

3. O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE DO AGENTE: UMA BREVE EXPOSIÇÃO ACERCA DO DIREITO PENAL E A TEORIA DO CRIME

3.1 Direito Penal e sua escolha como meio de controle: o fim da pena

Antes de debater qual medida deverá ser aplicada ao psicopata criminoso, faz-se necessário tecer breves ponderações acerca do *ius puniendi*, e em última análise, acerca do próprio direito penal.

De início, como sustentam Véase W. Hassener e F. Muños Cond, citados por Antonio García-Pablo Molina:

Toda sociedade necessita de um sistema de controle para assegurar sua estabilidade e superveniência; um sistema de normas e sanções que trazem modelos de condutas a seus membros e castigos àqueles comportamentos que ponham em perigo o próprio grupo.⁶⁴

Dessa forma, e tomando como base a ideia hobbesiana⁶⁵ do contrato social, o homem, nos dizeres de Cesare Beccaria, “cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozarem de uma liberdade inútil, pela incerteza de conservá-la”⁶⁶, sacrificaram uma mínima porção dela para “gozarem do restante com mais segurança e tranquilidade”⁶⁷.

Neste sentido, o Estado passa a representar “a realidade em acto da liberdade concreta”⁶⁸, nos dizeres de Hegel, usando o Direito como instituto regulamentador das condutas sociais.

⁶⁴ *Apud* MOLINA, Antonio García-Pablo. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 2. No original: “*Toda sociedad necesita un sistema de control para asegurar su estabilidad y superviniencia; un sistema de normas y sanciones que trace modelos de conducta a sus miembros y castigue aquellos comportamientos que pongan en peligro al propio grupo*”.

⁶⁵ HOBBS, Tomas. **El Ciudadano**. Trad. Joaquín Rodríguez Feo. Madrid: Debate/CSIC, 1993, *passim*.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare. **Dei Dellite e delle Pene**. Milano: Feltrineli, 2007, p. 37. No original: “*stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall’incertezza di conservala*”.

⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dei Dellite e delle Pene**. Milano: Feltrineli, 2007, p. 37. No original: “*goderne il restante com sicurezza e tranquillità*”.

⁶⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990, p. 233.

Tendo esse ideal como ponto de partida, pode-se afirmar que as normas jurídicas “são um querer [...] cuja intenção é fundamentar um dever”⁶⁹. Dessa maneira, buscam inibir “certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos”⁷⁰, bem como estimulam a execução de outros “considerados úteis à sociedade”⁷¹. Desse modo, as normas jurídicas apresentam um caráter prescritivo, ou seja, dizem ao cidadão o modo que este deve se portar perante a coletividade.

Além de ser prescritivas, as normas jurídicas são normas hipotéticas pragmáticas, ou seja, para que se alcance um determinado objetivo, o indivíduo se obriga a se portar de determinado modo.

Neste ponto, cabe destacar o caráter heterônomo das normas jurídicas, pois as normas “são fixadas independentemente do sujeito em questão.”⁷² Assim, o indivíduo não age por suas convicções pessoais, mas sim por uma imposição. A ele não cabe uma reflexão. Aqui, o comportamento socialmente desejado é inteiramente impositivo. Exige-se uma submissão, uma docilidade ao estabelecido, e todo o modelo de conduta é articulado “fora do sujeito”⁷³, não sendo admitida nenhuma transgressão a esse molde, sob pena de sanção, que se entende como “toda consequência que se agrega, ou se acrescenta, a uma norma, visando o seu cumprimento”⁷⁴, punindo-se toda conduta que for “contrária à sociedade”⁷⁵.

Francesco d’Agostino afirma que o Direito “vem chamado a construir o sistema das ações sociais, como ações objetivas e verificáveis, destinadas a coordenar-se e a potencializar-se reciprocamente, sendo sustentado pela ameaça e pela aplicação da sanção”⁷⁶.

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3.

⁷⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 21.

⁷¹ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 21.

⁷² BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imprecisões Quanto à Norma Jurídica. In: **Revista da ESMAL**, ano I, nº. 2, jan.-jun. 2003, p. 20.

⁷³ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imprecisões Quanto à Norma Jurídica. In: **Revista da ESMAL**, ano I, nº. 2, jan.-jun. 2003, p. 20.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 234.

⁷⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986, p. 31.

⁷⁶ D’AGOSTINO, Francesco. **Filosofia del Diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 30. No original: “viene chiamato a costruire il sistema della azioni sociali, como azioni objective e verificabili, destinati a coordinarsi e a potencializarsi reciprocamente, e ad essere sostenute dalla minaccia e dall’applicazione di sanzioni”.

Neste processo o Estado passa a sistematizar normas com o intuito de gerir a vida dos particulares, e também dele próprio, através de diversas codificações: leis penais, cíveis, trabalhistas, tributárias, administrativas, entre outras.

Contudo, como salienta Osman Loureiro, “de todas as leis que presidem à organização das sociedades [...] a mais antiga e mais inelutável é, seguramente, a da defesa social, e, portanto, a chamada lei penal”⁷⁷.

É justamente o direito penal que interessa a este estudo, pois é precisamente a lei penal que impõe as sanções jurídicas mais gravosas, ditadas pelo Estado ao transgressor da norma. Também cabe à lei penal estabelecer quem pode ou não receber uma sanção, como se verá mais adiante, onde se observará a imputabilidade ou não do psicopata criminoso.

Cabe destacar que a sanção penal, ou pena, nem sempre apresentou a mesma finalidade. Cezar Roberto Bitencourt lembra que “no século XIX, surgiram inúmeras correntes de pensamentos e estruturas de forma sistemática, segundo determinados princípios fundamentais.”⁷⁸, correntes estas que passaram a ser conhecidas como escolas penais, cada qual buscando uma justificativa para a finalidade da pena.

Como sustenta Aníbal Bruno,

os debates das escolas penais não penetram na dogmática. O Direito Penal vigente é um sistema fixado nas leis com as suas normas e os princípios e institutos que delas concluímos. Mas em torno dele continuam a atuar as forças propulsoras da evolução, que se revelam no velho dissídio entre estas correntes.⁷⁹

Por essa razão, faz-se necessária uma análise sintética das ditas escolas penais.

Num primeiro momento, pode-se observar a dita escola clássica. Entretanto, como afirma Cezar Roberto Bitencourt, não houve “*Escola Clássica* propriamente, entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir, e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e sanção penal”⁸⁰.

⁷⁷ LOUREIRO, Osman. **Temas Penais e Outros Escritos**. Recife: Pool, 1977, p. 15.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

⁷⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro, 1984, p. 92.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

De fato, o que se denomina de escola clássica é a síntese de postulados iluministas que tiveram como ponto inicial os escritos de Cesare Beccaria, para quem a pena é tida como “um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime”⁸¹. Trata-se, pois, da máxima preconizada sobre a lei de talião, e, como salienta Beccaria, “o fim [da pena], portanto, não é outro senão o de impedir que o réu cause novos danos a seus cidadãos e demover os outros de agirem igualmente.”⁸²

Contudo, cabe destacar, que para a dita escola, buscava-se o fim de uma era de “violência, opressão e iniquidade, a que chegara a Justiça Penal da Idade-Média”⁸³. Por conta disso, a escola clássica é tida como aquela que “reapresentou a humanização das Ciências Penais”⁸⁴.

Na dita escola positiva, a pena toma outra conotação com a chegada da teoria antropológica, capitaneada por Lombroso, Ferri e Garofalo, onde o crime cede lugar ao indivíduo. Como defendia Enrico Ferri,

o autor do crime é o protagonista na justiça penal prática e é também a ele que de modo indirecto e genérico se dirige a ameaça legal e de modo directo e concreto a sua aplicação com a sentença. Assim é evidente que a avaliação jurídica do *crime* e dos *motivos determinantes* se desenvolve, se completa e se caracteriza na *personalidade do delinquente*.

Nesta visão, a pena é tida como “um remédio contra o crime, e, na sua aplicação, não se tem em vista o castigo, mas a defesa social.”⁸⁵ Dessa forma, busca-se “estancar o mal que está na pessoa do agente”⁸⁶, seja “recuperando-o, ou, em último caso, se incorrigíveis [...], levá-los a técnicas que os ponham fora do alcance de fazer mal, deixando de ser nocivos”⁸⁷.

⁸¹ MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, Antônio. **As Três Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 261.

⁸² BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Pene**. Milano: Feltrineli, 2007, p. 54. No original: “*il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali.*”

⁸³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro, 1984, p. 94.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

⁸⁵ MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, Antônio. **As Três Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 267.

⁸⁶ LOUREIRO, Osman. **Temas Penais e Outros Escritos**. Recife: Pool, 1977, p. 25.

⁸⁷ LOUREIRO, Osman. **Temas Penais e Outros Escritos**. Recife: Pool, 1977, p. 25.

Já a terceira escola, a crítica, busca também uma defesa social, contudo, aqui, como defende Alimena, citado por Moniz Sodré, “a sociedade não tem direito de punir, mas somente o de defender-se nos limites justos”⁸⁸. Nesta escola, a pena passa a servir não apenas como uma coação física, mas, também, psicológica, atingindo assim toda a coletividade.

É de se destacar que, além das referidas escolas penais, há outras tantas escolas penais, das quais se menciona mais uma: a do tecnicismo jurídico, representada aqui por Giuseppe Bettiol. Este defende que “a pena não deve reprimir, mas deve prevenir a perpetração de crimes ulteriores, e ser escolhida e aplicada de modo a tornar possível que atinja seu escopo”⁸⁹.

Neste sentido, pois,

A pena orienta-se para o futuro, mas sempre, no entanto, respeitada uma proporção: esta já não olha à acção, e por isso não preocupará estabelecer uma relação justa entre o mal praticado e o sofrimento infligido ao agente, mas voltar-se-á para o futuro e esforçar-se-á por determinar uma relação entre uma qualidade ou um *status* do indivíduo e a probabilidade de novos crimes.⁹⁰

A pena, portanto, passa a ter uma função diversa daquelas apresentadas nas três escolas penais, quais sejam: escola clássica, positiva ou antropológica, e crítica. Aqui, como se vê, a pena é necessária, ao interagir diretamente com o homem em seu “mundo moral”⁹¹, devendo ser sentida, buscando que o indivíduo passe a trilhar um comportamento socialmente adequado.

A pena não deve ser aplicada indiscriminadamente, ao contrário, ela deve ser prévia, proporcional e adequada. Não se exigem ou se impõem, pois, consequências inadequadas ou inaceitáveis pela sociedade. É que, como já alertava Giuseppe Bettiol, “a lei é feita para o homem, não é o homem que é feito para a lei”⁹². Assim sendo, como ensina Pontes de Miranda:

⁸⁸ MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, Antônio. **As Três Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 261.

⁸⁹ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 167.

⁹⁰ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 167.

⁹¹ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 170.

⁹² BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 226.

A lei que se interpola, inoportunamente, num corpo jurídico, ou a instituição que se enclausura na política de um Estado, é lei frágil, falsa, impotente, porque sem raízes: desaparece quando se lhe cessa o poder de proibição e a energia impertinente de dever imposto.⁹³

Essas raízes são, justamente, a sintonia fina, o equilíbrio daquilo que o homem busca na defesa de seus bens jurídicos, bem como daquilo que estaria disposto a sofrer, caso viesse a cometer determinado injusto.

Havendo qualquer desproporção na relação dano/resposta, não há de se falar em raiz forte, pelo contrário, sua fragilidade é patente, e insustentável será a sua “árvore”.

No âmbito penal, como adverte Rogerio Greco, o Direito surge como salvaguarda “dos bens mais importantes e necessários à própria existência da sociedade”⁹⁴. É por essa razão que suas respostas se apresentam mais amargas em relação àquelas vistas nos outros “ramos” do Direito.

É bom lembrar, assim como fez Giuseppe Bettiol, que a expressão “respostas mais amargas” não deve ser entendida como “um simples instinto vingativo”⁹⁵, até mesmo porque tal interpretação está em total “desacordo com a natureza racional do homem”⁹⁶.

O Direito Penal moderno, portanto, encontra-se interligado à ideia pedagógica, que se fez inserir ao sistema punitivo “à força, como que impelida por uma mola eufórica”⁹⁷, rompendo com as “posições tradicionais, ligadas ao critério retributivo-repressivo”⁹⁸.

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **À Margem do Direito – Ensaio de psicologia jurídica**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 88.

⁹⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Belo Horizonte: Cultura, volume 1, 1998, p. 20.

⁹⁵ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 268.

⁹⁶ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 268.

⁹⁷ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 267.

⁹⁸ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 267.

A função penal passa a ser “exclusivamente preventiva”⁹⁹, e seu ideal não deve estar “ligado ao castigo”¹⁰⁰, mas à “recuperação social”¹⁰¹.

Tanto o é que a sanção penal é a última das alternativas à resolução de um conflito, estando intimamente ligada a um determinado método, ou, no dizer de Eugenio Raul Zaffaroni, a um “caminho”¹⁰², sendo este “condicionado pela meta a que se pretende chegar”¹⁰³.

Como explica Bettiol,

O direito penal não é, portanto, apenas uma selva áspera onde as feras têm que comer-se umas às outras, mas é, também, uma bem cuidada floresta, com amplas e serenas avenidas propícias aos encontros amigáveis, quando, ao cair da noite, se acendem as luzes e se fuma o cachimbo da paz.¹⁰⁴

É verdade, ratifica-se, que o direito penal apresenta sanções mais severas que as das demais áreas do Direito, contudo, sua utilização deve ser proporcional e necessária, sem exageros. O direito penal deve servir para seu fim, que é buscar a paz social, não se admitindo sua utilização com o intuito de provocar o medo no cidadão comum, como demonstrou Bettiol.

3.2. O conceito material de crime

Como esclarece Francesco Carlo. Palazzo,

o direito penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade. Se, de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por

⁹⁹ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 268.

¹⁰⁰ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 268.

¹⁰¹ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 268.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General** –, Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 123. No original: “*camino*”.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General** –, Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 123. No original: “*condicionado por la meta a la que se pretende llegar*”.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General** –, Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 226.

natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual.¹⁰⁵

Assim sendo, a missão do direito penal, como bem salienta Hans Welzel, é “amparar os valores elementares da vida da comunidade”¹⁰⁶. Dessa forma, o direito penal se fundamenta em valores, seja valorando positivamente determinada ação humana considerada boa, seja valorando negativamente aquilo que a sociedade entende como algo lesivo à ordem social.

Os valores, portanto, “enraízam no pensar jurídico permanente de um fazer conforme o direito”¹⁰⁷, por constituírem “o substrato ético social das normas do direito penal”¹⁰⁸. Os valores, como ensina Nelson Saldanha, “justificam as regras e portanto as sanções nela prescritas”¹⁰⁹.

Daí se conclui que, materialmente falando, pode-se definir o crime como uma “violação ou exposição a perigo do bem jurídico”¹¹⁰, no qual o ideal do referido bem jurídico encontra-se intimamente vinculado aos valores.

Não se separam, pois, bens jurídicos, dos valores. Além disso, como demonstra Claudio Brandão¹¹¹, a legitimidade do direito penal consiste em proteger o bem jurídico.

É de se considerar, pois, que a ideia de bem jurídico fora forjada nos ideais iluministas, e que, como alerta Claus Roxin, levando-se em conta a ideologia constante no contrato social,

os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e

¹⁰⁵ PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989, p. 16/17.

¹⁰⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 1. No original: “amparar los valores elementales de la vida de la comunidad”

¹⁰⁷ WELZEL, Hans. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 3. No original: “radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho”

¹⁰⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p.3 . No original: “el substrato ético-social de las normas del derecho penal”.

¹⁰⁹ *Apud.* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113.

¹¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113.

¹¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 114.

pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não possa ser alcançado por meios mais leves.¹¹²

Claus Roxin é enfático ao afirmar que o Estado Democrático de Direito deve, por intermédio das normas jurídicas penais, “perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”¹¹³.

Daí se conclui, como o faz Claus Roxin¹¹⁴, que os bens jurídicos, longe de se limitar a bens materiais, podem ser perfeitamente enquadrados nos direitos fundamentais e humanos, bens que nem sequer podem ser mensurados monetariamente, e cuja existência pode vir a ser posterior às legislações.

É dever, pois, do Direito, inclusive o penal, resguardar tais direitos. Não apenas a vida, não apenas o patrimônio, muito menos se limitar tais bens jurídicos pelo ato de um malfeitor particular. É dever do Direito proteger o cidadão também de quem detém o poder de fato e de direito. É justamente por conta disso que nas Constituições tidas como democráticas o Estado é tão vinculado a normas, numa tentativa de amordaçar a grande fera Leviatã, idealizada por Hobbes.

3.3 O conceito formal de crime e a teoria finalista da ação

Magalhães Noronha define o crime “como a ação típica, antijurídica e culpável.”¹¹⁵ Tal definição, por si só, não responde efetivamente às necessidades de se conceituar formalmente o crime, levando-se e conta a volatilidade com que os três elementos expostos podem ser compreendidos na evolução da própria teoria do crime.

De início, ao estabelecer a definição clássica de delito, também dita teoria da casualidade, Cezar Roberto Bitencourt sintetiza os ensinamentos de Von Liszt e Von Belling, que compreendiam o crime como:

¹¹² ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.

¹¹³ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

¹¹⁵ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal – Parte Geral** –, São Paulo: Saraiva, 1973, p. 92.

um movimento corporal (ação) que produz uma modificação no mundo exterior (resultado). Esta estrutura simples, clara e também didática, fundamentava-se num *conceito de ação*, eminentemente naturalístico, que vinculava a *conduta ao resultado* através do *nexo de casualidade*.¹¹⁶

Assim, gera a idealização de dois elementos básicos e incontamináveis, um da órbita objetiva e o outro da órbita subjetiva. Na primeira órbita, levando-se em consideração os aspectos objetivos do crime, encontram-se a tipicidade e a antijuridicidade; já no segundo aspecto, o subjetivo, encontra-se a culpabilidade.

Aqui, como lembra Claudio Brandão, “o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade”¹¹⁷. Dessa forma, a vontade é esvaziada, priorizando a ideia de uma ação que, para Ernest Von Belling, é representada por “um comportamento corporal voluntário”¹¹⁸, ação esta que independe da finalidade com a qual venha a se praticar tal conduta.

Assim, como afirma Francisco Muñoz Conde, “dolo e culpa eram, pois, duas espécies de culpabilidade (Schuldarten) baseadas na prévia normalidade psíquica do autor do delito (imputabilidade)”¹¹⁹. Dessa forma, a análise da própria ação se esvazia, já que se nega a existência da vontade nesta ao se observar o tipo penal, remetendo-se este elemento subjetivo apenas à culpabilidade.

Contrariando a teoria da casualidade, Welzel passa a doutrinar uma nova concepção, esta calcada na ideia da finalidade da ação, fugindo da mera ideia da relação de casualidade. Surge, assim, a teoria finalista da ação.

A teoria finalista da ação, pois, desfaz a velha concepção da segregação radical entre aspectos objetivos e subjetivos, ao tempo que desloca “o dolo e a culpa para o *injusto*, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade –, levando, dessa forma, a *finalidade* para o centro do *injusto*”¹²⁰, como demonstra Cezar Roberto Bitencourt.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137.

¹¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.124.

¹¹⁸ BELLING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito-Tipo.** Buenos Aires. Deplama, 1944, p. 20. No original: “*un comportamiento corporal voluntário*”.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE. Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo – Estudos de Direito Penal no Nacional-Socialismo.** Trad. Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: 2005, p. 18.

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 141.

Para Hans Welzel,

A ação humana é o exercício da atividade finalista. Ação é, portanto, um acontecer “finalista” e não somente “causal”. “A finalidade” ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índoles diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos. Sobre a base de seu conhecimento causal prévio está em condições de administrar os distintos atos de sua atividade, de tal forma que dirige o acontecer causal exterior até o objetivo, portanto, uma sobredeterminação de modo finalista. A finalidade é um ato dirigido conscientemente desde o objetivo, enquanto a pura casualidade não está dirigida desde o objetivo, mas é a resultante dos componentes causais circunstancialmente concorrentes. Por isso, graficamente falando, a finalidade é “vidente”; a casualidade é “cega”.¹²¹

Desta forma, Welzel acaba por redirecionar toda a lógica da teoria do crime. Se, por um lado, mantém-se a divisão sequencial: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, “vinculados logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior”¹²², por outro lado, há uma redistribuição dos componentes destes elementos, possibilitando uma abordagem mais adequada deles, como, por exemplo, o dolo, que mais do que um mero juízo de culpabilidade, passa a ser visto como um elemento necessário para se chegar ao possível tipo penal relacionado à ação finalista do agente.

3.4 Tipicidade

Como demonstra Claudio Brandão, a tipicidade apresenta duas funções que se complementam. Na primeira, a tipicidade é vista como “indício de antijuridicidade. A outra função é a chamada *função de garantia* e relaciona-se ao princípio da legalidade”¹²³.

¹²¹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p.79.

¹²² WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

¹²³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150.

A primeira função, refere-se ao critério jurídico-penal, e neste, como leciona Heleno Claudio Fragoso, o tipo penal tem “a função de fundamentar a ilicitude (antijuridicidade) do fato”¹²⁴.

Sendo, pois, um critério-penal, o tipo pode ser descrito, na dicção de Álvaro Mayrink da Costa, como “o conjunto dos elementos (núcleo objetivo-real) que formam um modelo abstrato que descreve objetivamente uma conduta proibida por uma lei”.¹²⁵

Já Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Nilo Batista e Alejandro Slokar definem tipo como sendo “as fórmulas que a lei emprega para caracterizar os pragmas conflitivos a cujas condutas cominou pena”¹²⁶.

No entanto, para vir a produzir algum efeito, não basta a existência do tipo penal; faz-se necessária a constatação da tipicidade, que, como pontifica Heleno Cláudio Fragoso, ocorre “quando o fato se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas e subjetivas do modelo legal abstratamente formulado pelo legislador”¹²⁷.

Vê-se, pois, que o tipo penal, diversamente do que apregoava a teoria clássica do crime, é composto por dois elementos básicos, um de ordem objetiva e outro de ordem subjetiva.

Ao se referir à face objetiva do tipo penal, pode-se concebê-lo como sendo “composto por um núcleo, representado por um verbo (ação ou omissão), e por elementos secundários, tais como objeto da ação, resultado, nexos causal, autor etc.”¹²⁸

Já quanto à face subjetiva, como novamente ensina Cezar Roberto Bitencourt, o tipo

é constituído de um elemento geral – dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – intenções e tendências –, que são elementos acidentais. [...] É através do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a *atividade comportamental do agente*. Somente conhecendo e identificando a intenção – vontade e

¹²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Nova Parte Geral**. – Rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 159.

¹²⁵ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 703.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALOGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol II. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 125.

¹²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Nova Parte Geral**. – Rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 158.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 202.

consciência – do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico.¹²⁹

Dessa forma, como leciona Hans Welzel, “a ação típica não pode ser compreendida, em absoluto, sem a tendência subjetiva da vontade, que anima o acontecer externo.”¹³⁰ Isso porque, “sem atender à resolução da vontade do autor, não é possível saber que tipo é realizado”¹³¹.

Em consequência, para a configuração de dado crime, ao tipo objetivo deve estar unido o tipo subjetivo, que, no caso do homicídio, “é o dolo”¹³², ou seja, “a vontade e a consciência de matar alguém”¹³³. Segundo José Henrique Pierangeli, “a vontade livre e consciente exercida no sentido do resultado morte (*animus necandi ou occidenti*)”¹³⁴.

Na função de garantia pertinente ao princípio da legalidade, trata-se, em verdade, da máxima prevista no aforismo jurídico “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que, conforme demonstra Marcos Bernardes de Mello, representa a ideia de que “não se pode considerar um determinado fato como crime (= fato jurídico ilícito penal), nem lhe ser imputada uma pena (= consequências jurídicas), sem que uma norma específica (= lei) o defina como tal, com a sanção”¹³⁵.

Assim, como salienta Nelson Hungria, se um fato, por mais reprovável que seja,

escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas a justiça repressiva, por isso mesmo, não ultrapassou a esfera da *ilicitude jurídico-penal*.¹³⁶

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 204.

¹³⁰ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 67.

¹³¹ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 67/68.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

¹³⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial (Arts. 121 a 234)**. São Paulo: RT, 2005, p. 54.

¹³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18.

¹³⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 14.

A materialização do princípio da legalidade, de fato, como demonstra Nelson Hungria, antes de ser um critério jurídico-penal, “representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”¹³⁷, contrapondo-se, pois, com a realidade vivenciada, por exemplo, na idade medieval, ou ainda, nas nações autoritárias.

Tem-se, pois, aquilo que Pontes de Miranda descreve como “o princípio da legalidade (ou melhor: de legalitariedade): qualquer regra jurídica que crie dever de ação positiva (fazer) ou de ação negativa (deixar de fazer, abster-se)”¹³⁸.

De tal modo, como salienta Nilo Batista¹³⁹, uma das funções do princípio da legalidade é o de trazer ao mundo do Direito os mandamentos a serem seguidos. É por meio da positivação das normas que surgem os tipos penais, e por consequência lógica, os crimes que se pretende coibir.

Contudo, esta é apenas uma das faces do princípio da legalidade. Na outra face, a legalidade funciona como um poder limitador à liberdade estatal, criando grilhetas ao Estado e implicando uma barreira em face do arbítrio, trazendo, pois, a previsibilidade daquilo que é permitido ou proibido, bem como o *quantum* de pena será cabível ao transgressor. É, pois, a face garantista do princípio da legalidade.

A primeira função garantista do princípio da legalidade refere-se à “absoluta legalidade do direito punitivo”¹⁴⁰, na dicção de Aníbal Bruno, consubstanciada no axioma “*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*”. Nos dizeres de Nilo Batista, “só a lei escrita, isto é, promulgada de acordo com as provisões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume”¹⁴¹. Satisfaz, assim, a ideia da primazia da lei penal.

Nada mais lógico, como bem salienta Nelson Hungria:

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. *Sub specie juris*, não existe *crime* “sem lei anterior que o

¹³⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 14.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. São Paulo: RT, 1974, p.1.

¹³⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 66.

¹⁴⁰ Anilbal Bruno. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 206.

¹⁴¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 67.

defina”, nem *pena* “sem prévia cominação legal”. *Nullum crimen, nulla poena sine proevia legi poenali*.¹⁴²

Outra faceta do princípio da legalidade estrita, ou absoluta, é aquela que veda a utilização da analogia para se criar delitos, a analogia *in malam partem*; contudo, admite-se a aplicação da analogia *in bonam partem*, para restringir a aplicação de uma lei.

Outra função garantista do princípio da legalidade repousa na ideia da retroatividade da lei penal. O âmbito de proteção, aqui, está relacionado às leis *ex post fact*, seja mediante leis para se punir condutas anteriores, seja mediante leis que instituem penas mais gravosas que aquelas cominadas no momento da consumação do fato criminoso, *novatio legis in pejus*.

No entanto, há duas hipóteses em que a lei penal poderá retroagir. No primeiro caso, a lei retroagirá quando a conduta incriminada deixar de ser tida como criminosa, *abolitio criminis*. No segundo caso, quando a norma penal mais recente for mais benéfica ao acusado, *novatio legis in mellius*.

Em síntese, o princípio da legalidade, de acordo com Alberto Jorge Correia de Barros Lima,

Traduz-se na reserva legal, na anterioridade da lei, e na tipicidade fechada (taxatividade) e encontra abrigo no art. 5º, XXXIX, da Carta Constitucional brasileira, sendo repetido na abertura do código penal, no seu art. 1º, *in verbis*: “não há crime sem Lei (reserva legal) anterior (anterioridade) que o defina (taxatividade). Não há pena sem prévia cominação legal”.¹⁴³

Assim sendo, o princípio da legalidade “ocupa um lugar central no sistema de garantias,”¹⁴⁴ permitindo ao cidadão uma previsibilidade das condutas desejadas ou não, impedindo, pois, surpresas desagradáveis, por conta de reviravoltas de humor ou intenções escusas. Reflete, pois, a ideia da irretroatividade da lei penal, assentada “na impossibilidade de ela cobrir fatos praticados no pretérito”¹⁴⁵.

¹⁴² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 13.

¹⁴³ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

¹⁴⁵ LOUREIRO, Osman. **Temas Penais e Outros Escritos**. Recife: Pool, 1977, p. 60.

Cabe ressaltar, ainda, que este requisito não permite “desvios nem exceções”¹⁴⁶, muito pelo contrário. Como alerta Cesare Beccaria: “Assim, só leis podem decretar as penas e seus delitos.”¹⁴⁷, tornando válida a assertiva de que “o que não é proibido é permitido”¹⁴⁸.

3.5 Antijuridicidade ou ilicitude

De forma sucinta, Celso Delmanto concebe antijuridicidade “quando o comportamento for contrário à ordem jurídica”¹⁴⁹. O referido conceito, em verdade, representa o conceito formal de antijuridicidade, tendo como face subjetiva, ou material, a conduta não relacionada com as causas que excluem a antijuridicidade. É justamente na união entre tipicidade e antijuridicidade que se encontra o injusto penal.

Assim, como salienta Luiz Regis Prado, “toda ação compreendida em um tipo de injusto (doloso ou culposos) é ilícita se não está presente uma causa de justificação”¹⁵⁰.

As ditas causas de justificação encontram-se previstas taxativamente no ordenamento jurídico, sendo, pois, regras legais que permitem ao agente realizar uma condição mesmo típica. São previstas no artigo 23 do Código Penal, e representadas pelo estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal, ou exercício regular de direito.

3.6 Da culpabilidade

Como visto, a culpabilidade é um dos pressupostos necessários à caracterização de determinada ação humana como criminosa, e parte integrante na a fim de se constatar capacidade ou não de um psicopata vir a responder penalmente

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

¹⁴⁷ BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle Pene**. Milano: Feltrineli, 2007, p. 39. No original: “*sole leggi possono decretar le pene e su delitti*”.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986, p. 127.

¹⁴⁹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: RT, 2011, p. 119.

pelo seu ato. É que, diferentemente da tipicidade e da antijuricidade, que recai sobre o fato, a culpabilidade recai sobre o sujeito.

Como ensina Zaffaroni:

Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação) equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*.¹⁵¹

Muito diferente de uma coisa, o homem é um ser pensante, movido por desejos, medos, ambições. Suas atitudes, assim, acabam sendo vinculadas a uma carga de valores acumulada ao longo de sua história, bem como limitadas por possíveis condições de caráter biopsicológico.

Seguindo esse raciocínio, no direito penal, quando se depara diante de uma ação típica e antijurídica, deve-se, também, vislumbrar a face subjetiva da ação tida como socialmente indesejada: a culpabilidade.

Mas o que seria a culpabilidade, mais detalhadamente falando?

García-Pablo Molina compreende-a como o “princípio de imputabilidade, compreensão normal ou como princípio de responsabilidade subjetiva”¹⁵²; é, portanto, “um juízo de reprovação sobre o autor do fato”¹⁵³.

A seu turno, Joe Tennysson Velo definiu formalmente a culpabilidade “como o conjunto de elementos psíquicos, anímicos e sociais expressados em um ato ilícito, compreendido por um sistema penal, e que caracterizam o senso de reprovação que a sociedade exprime em relação ao autor da ação proibida”¹⁵⁴.

Culpabilidade, então, como leciona André Luís Callegari, “consiste na capacidade de obrar de outro modo, é dizer na capacidade de adotar uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico”¹⁵⁵.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALOGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 245.

¹⁵² MOLINA, Antonio García-Pablo. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 285. No original: “*principio de atribuibilidad, motivabilidad normal, o como principio de responsabilidad subjetiva*”.

¹⁵³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 200.

¹⁵⁴ VELO, Joe Tennysson. **O Juízo de Censura Penal: O princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 23.

¹⁵⁵ CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

Conseqüentemente, como faz ver Hans Welzel, toda culpabilidade é “culpabilidade de vontade”¹⁵⁶, já que “o autor podia adotar, no lugar da resolução de vontade antijurídica, uma resolução de vontade conforme a norma”¹⁵⁷.

Deixando o homem de direcionar a sua vontade conforme a norma jurídica, inclinando-a, portanto, a determinada prática punível, essa vontade torna-se ilícita, “uma vontade que o agente não deveria ter [...] porque viola o dever jurídico resultante da norma”¹⁵⁸.

Nem todo desvio de vontade a práticas criminosas deve ser objeto de reprovação criminal. É que, como faz ver Luigi Ferrajoli,

nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e querer.¹⁵⁹

A culpabilidade, portanto, passa a ser um filtro no qual se separam aqueles indivíduos que são inteiramente aptos a responder por seus atos criminosos, daqueles que, ao tempo da consumação da prática tida como típica e antijurídica, não podiam entender o caráter de seu ato, ou em se determinar de acordo com o modelo desejado pela coletividade.

É dessa forma que o princípio da culpabilidade, como ensina Alberto Jorge Correia de Barros Lima, torna-se “responsável pelo expurgo de qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, chamado de responsabilidade objetiva ou responsabilidade transubjetiva”¹⁶⁰.

O “repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva”¹⁶¹, é o carro-chefe da culpabilidade. Ele pretende evitar aquela preocupação, já apresentada, em não reduzir o homem a uma mera coisa, proibindo, assim, que se trate o agente que cometeu determinado ilícito como um

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 88.

¹⁵⁷ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 88.

¹⁵⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo II. Rio de Janeiro, 1956, p. 413.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 447.

¹⁶⁰ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. In: **Revista do Ministério Público**, Alagoas, n. 6: 13-49, julho/dezembro de 2001, p. 41.

¹⁶¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 103.

“robô”, um ser irracional, movido por comandos pré-estipulados, e o crime, como um ato pré-fabricado num processo fordista, em que, caracterizada determinada conduta, aplica-se determinada punição.

Muito além dessa simples “fôrma de bolo”, o direito penal trata toda e qualquer responsabilidade criminal de forma subjetiva¹⁶², devendo-se analisar alguns elementos para se chegar a um resultado quanto à culpabilidade de um indivíduo. São eles: exigibilidade de conduta diversa, possibilidade de conhecimento da ilicitude e imputabilidade.

Quanto à exigibilidade de conduta diversa, André Luís Callegari define-a como a exigência mínima de se reprovar o sujeito que pratica determinada conduta. “A conduta só pode ser reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro proibido”¹⁶³.

Sobre a possibilidade de conhecimento da ilicitude, Luiz Regis Prado compreende-a como a “possibilidade de o agente poder conhecer o caráter ilícito de sua ação”¹⁶⁴.

Com relação à imputabilidade, a ela será dedicado o tópico a seguir.

3.7 Da imputabilidade

Como visto anteriormente, para se fazer um juízo de reprovação a determinada conduta humana, deve-se analisar a culpabilidade do indivíduo.

Dos elementos pertinentes à culpabilidade, a imputabilidade é a possibilidade de imputar, ou seja, de atribuir a responsabilidade de alguma coisa a alguém¹⁶⁵.

A imputabilidade seria, então, conforme Ribeiro Pontes, “o conjunto das condições psíquicas mínimas necessárias”¹⁶⁶ para que se possa atribuir a alguém determinado crime, a fim de “aplicar-lhe as consequentes sanções penais”¹⁶⁷.

¹⁶² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 104.

¹⁶³ CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 96.

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 410.

¹⁶⁵ KOOGAN e HOUAISS. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1998, p. 854.

¹⁶⁶ PONTES, Ribeiro. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 49.

¹⁶⁷ PONTES, Ribeiro. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 49.

Como ensina Hans Welzel, a imputabilidade é a capacidade que “tem, portanto, um elemento de conhecimento (intelectual) e um elemento de vontade (volitivo): a capacidade de compreensão do injusto e de determinação da vontade (conforme uma finalidade)”¹⁶⁸.

Quanto à capacidade intelectual, ou seja, compreender a ilicitude do ato, é unânime o posicionamento de que aquele que não possui maturidade suficiente para compreender a ilicitude de determinado ato – seja por sua pouca idade, seja por uma anomalia psíquica –, não possui pleno controle de sua percepção.

Assim, esse indivíduo não possui os instrumentos necessários “para fazer uma ideia (representação) exacta do mundo externo, das consequências (de facto) do acordo posto em prática, para distinguir o lícito do ilícito e assim apreciar a índole ética e jurídica do mesmo acto”¹⁶⁹.

Quanto ao segundo ponto, a questão volitiva, ainda se questiona o alcance desse elemento.

Uma corrente sustenta “que por liberdade da vontade se deve entender o livre-arbítrio – a faculdade de escolher ou não escolher, sem outro motivo que não a própria vontade (*votum arbitrium indifferentiae*)”¹⁷⁰.

Agindo assim, alguns juristas acabam por excluir as causas que motivaram o agente a praticar uma ação criminosa, convertendo-a em um ato meramente causal, o que acaba por esvaziar o princípio da culpabilidade, equiparando-o a um “unicórnio: uma bela representação, mas sem existência”¹⁷¹.

Por outro lado, como já explanado, defende-se o afastamento da plenitude da primazia de livre-arbítrio, por se considerar a existência de outras causas que igualmente influenciam a conduta humana. Ainda mais, é abominada a ideia da pura causalidade como requisito suficiente à imputação de determinado crime.

Como já dito, o homem não pode ser visto como uma mera máquina desprovida de sentimentos. Muito pelo contrário, seus atos devem ser analisados

¹⁶⁸ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 103.

¹⁶⁹ COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Nacional, 1930, p.132.

¹⁷⁰ COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Nacional, 1930, p. 132/133.

¹⁷¹ FABRICIUS, Dirk **Culpabilidade e seus Fundamentos Empíricos**. Trad. Juarez Tavares; Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006, p. 14.

tendo em vista que a dita ação move-se “dirigida conscientemente em razão de um fim”¹⁷².

Em outras palavras, como ensina Aníbal Bruno,

é preciso que o agente se encontre em condições de uma consciência e vontade capazes, no sentido em que se define a imputabilidade, isto é, é preciso que a norma possa ser entendida pelo agente e possa funcionar como motivo no processo da determinação da sua vontade.¹⁷³

Mas, quais seriam esses agentes portadores de consciência e de vontade suficientes ao entendimento a norma jurídica e, conseqüentemente, capazes de ser motivados pelos seus comandos?

Em meio a esse questionamento, o direito penal brasileiro acabou por acolher uma técnica negativa para definir a imputabilidade, ou seja, não se define a imputabilidade, mas sim, a inimputabilidade. O assunto está previsto no Título III da Parte Geral do Código Penal, onde se encontra o artigo 27, que considera inimputável aquele que, ao tempo do crime, contava com idade inferior a 18 anos, ou em embriaguez acidental completa, prevista no § 1º do artigo 28.

Outro caso de inimputabilidade está previsto no artigo 26, que diz o seguinte:

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.
Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De maneira bem semelhante, agiu o legislador lusitano ao inserir no seu Diploma Penal o seguinte dispositivo:

Artigo 20. Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica
1 - É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.
2 - Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a

¹⁷² WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 103. p. 27.

¹⁷³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo II. Rio de Janeiro, 1956, p. 414/415.

capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída. [...] ¹⁷⁴

Por sua vez, o Código Penal da Argentina assim dispõe acerca do assunto:

Art. 34. Não é punido:

1. O que não podia no momento do fato, seja por insuficiência de suas faculdades, por alterações mórbidas da mesma ou por seu estado de inconsciência, erro ou ignorância de fato não imputável, compreender a criminalidade do ato ou dirigir suas ações. ¹⁷⁵

O Código Penal Espanhol, a seu turno, estipula que:

Artigo 20. Estão isentos de responsabilidade criminal:

1º) O que ao tempo do cometimento da infração penal, por causa de qualquer anomalia ou alteração psíquica, não possa compreender a ilicitude do fato ou atuar conforme essa compreensão. ¹⁷⁶

Igualmente age o Código Penal italiano ao positivar que:

Art. 85. Capacidade de entender e de querer:

Ninguém pode ser punido por um fato previsto em lei como crime, se, no momento em que o cometeu, não era imputável. É imputável quem tem capacidade de entender e de querer.

[...].

Art. 88. Vício total da mente:

Não é imputável quem, no momento em que cometeu o fato, era, por doença, incluído naqueles privados de da capacidade de entender ou de querer.

Art. 89. Vício parcial da mente:

Quem, no momento em que cometeu o fato, era, por doença, incluído naqueles em condições inferiores, sem excluir, a capacidade de entender ou de querer, responde pelo crime; mas a pena é diminuída. ¹⁷⁷

¹⁷⁴ Portugal. **Código Penal Português.** Disponível em: <http://unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pt/CPPortugal.pdf>. Acesso em 22 de dezembro de 2007.

¹⁷⁵ Argentina. **Código Penal de la República Argentina.** Disponível em: www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos_nacionales/CP_aindice.htm. Acesso em 22 de dezembro de 2007. No original: “*Art. 34. No son punibles: 1. 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 imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*”.

¹⁷⁶ Espanha. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal – Código Penal Espanhol.** Disponível em: www.datadiar.com/actual/legislacion/penal/lo10_95.htm. Acesso em 22 de dezembro de 2007. No Original: “*Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 1º) 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.*”

¹⁷⁷ Itália. **Codice Penale Italiano.** Disponível em: www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp.htm. Acesso em 22 de dezembro de 2007. No original: *Art. 85 - Capacità d'intendere e di volere: Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in*

Como se vê, o direito penal brasileiro, como outros tantos, põe como causa excludente de imputabilidade a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Por sua vez, por exclusão, “todo homem de espírito desenvolvido e são, capaz de agir voluntariamente, é imputável”¹⁷⁸.

Assim, em síntese, uma das formas de se afastar a imputabilidade é a comprovação de que o agente criminoso se encontrava, no momento do crime, acometido por uma doença mental. O alcance da expressão doente mental apoia-se na psiquiatria moderna¹⁷⁹ e engloba, como diria Nelson Hungria, “todas as psicoses, quer as orgânicas e tóxicas, quer as funcionais (funcionais propriamente ditas e sistemáticas)”¹⁸⁰.

Neste cenário, como leciona André Luiz Callegari, “incluem-se todas as perturbações do âmbito intelectual ou emocional que escapam do marco das violências e respondem a uma lesão ou enfermidade do cérebro”¹⁸¹.

Nelson Hungria, ao tratar sobre desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado, considera desenvolvimento mental incompleto como aquele “que ainda não se concluiu (infantes, adolescentes), enquanto desenvolvimento mental retardado é o que não pôde chegar a maturidade psíquica (oligofrênicos, surdos-mudos)”¹⁸².

Quanto ao surdo-mudo, hoje, diferentemente da época de Hungria, ele pode ser perfeitamente enquadrado no rol dos indivíduos portadores de desenvolvimento mental incompleto, não mais retardado. Na verdade, já não é mais possível considerar a impossibilidade de ele alcançar a maturidade psíquica. Muito além das limitações

cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere. [...] 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 di intendere o di volere. Art. 89 - Vizio parziale di mente: Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita”.

¹⁷⁸ COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Nacional, 1930, p. 137.

¹⁷⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 335.

¹⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 335.

¹⁸¹ CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

¹⁸² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 337.

daquele tempo, como se sabe, as áreas de estudo acabaram por possibilitar uma melhor educação e, conseqüentemente, a possibilidade de incluí-los ao seio da sociedade¹⁸³. Assim, como demonstra Bitencourt, a “sua capacidade de entendimento e de autodeterminação deve ser comprovada em cada caso particular”¹⁸⁴.

Bitencourt inclui no rol dos que apresentam desenvolvimento mental retardado a figura dos fronteiriços, por apresentarem “situações atenuantes ou residuais de psicoses, de oligofrenias”¹⁸⁵.

Além dessas causas que excluem por completo a culpabilidade do indivíduo, o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal brasileiro apresenta a figura da semi-imputabilidade ou da responsabilidade penal diminuída.

Nela, como ensina Nelson Hungria, “a responsabilidade subsiste”¹⁸⁶, já que “a causa biológica não é de molde a suprir totalmente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno”¹⁸⁷.

No entanto, Hungria critica a terminologia “responsabilidade diminuída”, por entender que os termos “responsabilidade e irresponsabilidade são antônimos como vida e morte”¹⁸⁸, não se podendo imaginar “um meio-termo entre uma e outra”¹⁸⁹. Da mesma forma, conclui que a “responsabilidade não tem graus; o que é susceptível de gradação é a culpabilidade”¹⁹⁰.

Assim, a “responsabilidade diminuída” deveria ser chamada de “responsabilidade com menor culpabilidade ou com pena atenuada”¹⁹¹. Contudo,

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

¹⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

¹⁸⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 337.

¹⁸⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 337.

¹⁸⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 338/339.

¹⁸⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 339.

¹⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 339.

¹⁹¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 339.

tendo em vista a difusão da expressão, considera que, feita a referida ressalva, “não há menor inconveniente, e que se continue a usá-la”¹⁹².

Terminologias à parte, leciona Bitencourt:

*A culpabilidade fica diminuída em razão de menor censura que lhe pode fazer, em razão de maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade. As pessoas, nessas circunstâncias, têm diminuída sua capacidade de censura, de valoração, conseqüentemente a censurabilidade de sua conduta antijurídica deve sofrer redução.*¹⁹³

Para Hungria, “os estados mentais que condicionam a responsabilidade diminuída constituem, de modo geral, a zona limítrofe entre a doença mental ou a oligofrenia e a normalidade psíquica”¹⁹⁴.

É justamente nesse instituto penal que grande parte da doutrina considera enquadrarem-se os fronteirços, que, como dito, Bitencourt coloca entre os que apresentam desenvolvimento mental retardado.

Em se constatando, portanto, que o agente, ao agir ilicitamente, o fez influenciado por uma das causas excludentes de imputabilidade (doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado), ele não deverá ser punido, sendo agraciado com uma “sentença absolutória imprópria”¹⁹⁵.

No entanto, tendo em vista a sua periculosidade, ele não pode ficar em “liberdade”, mas receber um tratamento diverso daqueles considerados perfeitamente aptos ao convívio social. Assim, se o agente inimputável comete um delito, ele receberá um tratamento compulsório, ou seja, uma medida de segurança, o que será visto em tópico próprio.

¹⁹² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 339.

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

¹⁹⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 339/340.

¹⁹⁵ TONELLO, Luis Carlos Avans. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. Curitiba: Janina, 2003, p. 200.

4. AS RESPOSTAS DO DIREITO PENAL: AS PENAS E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Ficou demonstrado no capítulo anterior que a sociedade necessita de um sistema de controle social efetivo, a possibilitar a aplicação de sanções àquele que porventura venha a infringir uma norma. Entre os diversos meios sancionatórios, destaca-se o direito penal, que busca garantir e proteger aqueles direitos mais importantes e, por conta disso, é detentor das medidas sancionatórias mais gravosas.

Levando-se em consideração que o direito penal possui essa força diferenciada ao sancionar o indivíduo, ele não pode ser vulgarizado, utilizado inconsequentemente a todos os casos. Ao contrário, como asseveram Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado, o direito penal deve ser tido como a *ultima ratio*, porquanto “o poder incriminador do Estado preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”¹⁹⁶.

Isso se dá, repita-se, pelo fato de a sanção penal ser consideravelmente mais gravosa, podendo ser dividida, de acordo com o Código Penal brasileiro, em penas e em medidas de segurança. Faz-se necessário analisar cada uma dessas medidas, a fim de observar que tipo de resposta seria cabível ao psicopata transgressor da norma penal.

4.1 Da pena

Cláudio Brandão afirma que “a primeira ideia que a pena importa é que ela é um mal”¹⁹⁷. Na mesma linha, Giuseppe Bettiol leciona que

A pena atinge o homem em sua individualidade concreta, determina nele um sofrimento, como correspondente ao sofrimento por ele infligido a outros com a acção delituosa, sacode uma alma talvez já endurecida no vício, desperta o sentimento da dignidade humana.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Regis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: RT, 2010, p. 347.

¹⁹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 279.

¹⁹⁸ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966, p. 169.

De fato, a primeira ideia que se tem de uma pena é justamente a da imposição de um mal em resposta a uma má conduta. Pune-se o malfeitor pelo seu malfeito com um outro mal.

De acordo com Hans Welzel¹⁹⁹, a pena, em verdade, possui dois aspectos básicos: um pessoal e outro estatal.

No aspecto pessoal, percebe-se, na pena, tanto a pessoa do condenado, que sofre o mal imposto, como os terceiros que assistem a essa imposição de sofrimento.

Ainda de acordo com Hans Welzel, no aspecto pessoal da pena, há uma dupla relação. Na primeira, encontra-se “o problema de sentido da pena”, que reflete a pena como “um mal que se dita contra o autor do fato culpável”²⁰⁰, relação que se lastreia exatamente na ideia retributiva que a pena acaba por ter. Ao se impor uma sanção justa ao mal praticado, como diria Kant, citado por Hans Welzel, “cada um sofre o que seus fatos valem”²⁰¹.

Já em relação ao “problema de impressão da pena”, a relação da pena se baseia na ideia de que ela deve ser “sentida e vivida como um mal”²⁰², atingindo, assim, “as funções baixas do homem: seus sentimentos, instintos e aspirações”²⁰³.

No aspecto estatal, “o fundamento real da pena estatal reside em sua indispensabilidade para a manutenção da ordem da comunidade”²⁰⁴. Neste ponto a pena deve-se mostrar necessária para se manter a ordem jurídica, e por consequência, necessária para a paz na comunidade.

Com relação à finalidade da pena, tema inicialmente discutido no capítulo 2, cabem algumas considerações. É que, como alerta Claudio Brandão²⁰⁵, três grandes grupos de teorias buscam explicar e justificar a finalidade da pena, sendo eles

¹⁹⁹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 327.

²⁰⁰ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 327.

²⁰¹ *Apud* WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 328.

²⁰² WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 328.

²⁰³ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 328.

²⁰⁴ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 329.

²⁰⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 281.

divididos em teorias absolutas da pena, teorias relativas da pena e teoria mista da pena.

Ao se debruçar nas teorias absolutas da pena, Álvaro Mayrink observa que

globalizam-se as ideias liberais, individualistas e idealistas, impregnadas de uma forte ética, que chega quase ao divino. A pena não é um meio extrínseco, alheio à sua própria noção, mas mera resposta ao injusto penal, transpassando os limites da intimidade caracterizada: *punirtur, quia precatum est* (punir porque pecou). É a retribuição do injusto no sentido religioso (expição) ou jurídico (compensação) da culpabilidade, necessária para realizar a justiça ou reestabelecer o Direito (mal justo contra o injusto).²⁰⁶

Assim, para os defensores da teoria absoluta, como demonstra Cláudio Brandão, a pena passa a ser “um fim em si mesmo”²⁰⁷, e por conta disso as teorias absolutas não estão de acordo com o princípio da legalidade. É que o princípio da legalidade acaba por colocar o homem como centro da relação; apesar de a pena ser vista como um mal, este mal “deve transcender a pena para visar à valoração do homem, que é tido como destinatário do direito penal”²⁰⁸.

No que concerne às teorias relativas, Paulo José da Costa Júnior demonstra que, para seus seguidores, “a pena, de caráter ético-pedagógico, visa à redenção moral do condenado, à sua ressocialização”²⁰⁹. Neste caso, a pena transcende a ideia de medida que cause alguma dor e passa a ser vista como um meio capaz de se evitar novos delitos. A “finalidade da pena é o tratamento individual do criminoso, de modo a evitar sua reincidência”²¹⁰, ou seja, “a pena evita que novos delitos aconteçam pelo exemplo da inflição de um mal”²¹¹.

A terceira corrente, a mista ou da união, busca elementos nas duas teorias acima descritas, tendo sido adotada pelo Código Penal brasileiro em seu artigo 59, que assim disciplina:

²⁰⁶ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

²⁰⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 281.

²⁰⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 282.

²⁰⁹ Paulo José da Costa Júnior. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190.

²¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 283.

²¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 283.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Como se vê, no texto legal, expressamente, a pena deve ser necessária para que aja como símbolo de reprovação, num ato de resposta ao se infligir um mal pelo ato ilícito praticado, bem como buscando-se a prevenção de novos crimes, seja pelo exemplo da pena, seja pela necessidade de se reduzir a reincidência do agente criminoso.

Contudo, mesmo se reconhecendo a necessidade impositiva de uma pena, bem como o mal que ela possa implicar, esse mal não poderá ser desarrazoado. Como ilustrado anteriormente, a pena deve respeitar a condição humana existente naqueles que porventura cometeram crimes, satisfazendo-se, assim, o princípio da humanidade da pena.

De fato, entre os diversos princípios da órbita constitucional-penal, o que apresenta maior interesse ao presente estudo é aquele que impõe a humanidade da pena. Previsto expressamente nos incisos III e XLVII do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que é vedado em nosso ordenamento a prática da tortura, de tratamentos tidos como desumanos e degradantes, bem como é proibida a aplicação de penas cruéis.

Poder-se-ia afirmar ser desnecessária a taxatividade dos ditos mandamentos. É que, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet²¹², se não houvesse, na órbita constitucional, as proibições aqui tratadas (tortura, penas cruéis ou degradantes, prisão perpétua, pena de morte – exceto nos casos previstos no artigo 84, XIX, da Constituição Federal), estas regras proibitivas estariam, como estão, devidamente diluídas no princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, ao se postar redundante, a Constituição Federal acaba por ratificar a importância do tema abordado, protegendo, assim, o respeito à pessoa humana.

Como assevera Ferrajoli, “a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infame para a humanidade que a história dos delitos”²¹³. Tal afirmação pode parecer exagero, contudo, longe disso, e como demonstra Ferrajoli, diversamente da violência

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2014, p. 392.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 355.

perpetrada pelo criminoso, as penas são atos de violência “programada, consciente, organizada”²¹⁴ pelo todo poderoso Estado, ou de “muitos contra um”²¹⁵.

Não se pode negar a importância e a necessidade do direito penal como elemento de preservação da ordem social, pois até agora, na história da humanidade, não surgiu ainda outro mecanismo tão eficaz ao exercício do controle social.

Porém, isto não quer dizer que a sanção imposta pelo direito penal deixe de ser também uma violência. E mais, que, em se reportando à história, as punições organizadas sempre tiveram o ar de “civildade”, na medida do possível, das penas como as que conhecemos nos dias atuais.

A título de exemplificação, podem-se citar as Ordenações Filipinas, ordenações espanholas que vigoraram em Portugal e Brasil, tendo sido revogadas do Brasil, em matéria criminal, com o advento do Código Criminal (1830) e do Código de Processo Criminal (1831).

Entre algumas de suas punições, destaca-se a pena de açoite, que representa uma pena cruel pela imposição de um castigo físico extremo e evidencia um sentimento sádico que envolvia os julgamentos daquela época. Tal afirmação não se dá apenas ao fato da barbárie de se ferir na carne o condenado; as penas de açoite eram penas públicas, numa apresentação envolta em escárnio popular, ferindo mais que a carne e atingindo o condenado em sua honra e existência social.

E sendo pessoas, em que caiba pena de açoites, sejam publicamente açoutados e degradados até nossa mercê; e os Corregedores das Comarcas, e Juizes procedão contra elles, julgando-o por sentença, e dêem appellação para nós.²¹⁶

Tem-se, pois, a pena de suplício, definida por De Plácido e Silva, como “a pena, ou o castigo corporal infligido a alguém”²¹⁷. Contudo, como assinala Michel Foucault, “o suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é a produção

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 355.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 355.

²¹⁶ **Código Philippino ou Ordenações e Lei do Reino de Portugal**. Livro 5. Recompilada por Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomantico, 1870, p. 1.289.

²¹⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 302.

diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado, para a marcação das vítimas, e a manifestação do poder que pune²¹⁸.

E esses rituais não se limitavam aos açoites; a complexidade de sua aplicação envolvia medidas mais degradantes que o fato de chicotear e insultar. Havia, de forma emblemática, as penas de morte, mortes que vinham acompanhadas com outras “penas acessórias” como o esquartejamento e a exposição dos fragmentos dos corpos como sinal de aviso, pena à qual fora submetido Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e entre os mais recentes, o bando de Lampião.

Se, por um lado, o suplício representava a resposta à sociedade de que o delito praticado fora punido, satisfazendo, de início, a “sede de sangue” de uma população enraivecida, por outro lado, em sua crueldade passou a representar asco, tornando-se “rapidamente intolerável. Revoltante, visto pela perspectiva do povo, onde ela revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir²¹⁹.”

Tais revoltas, a toda evidência, partiram do sentimento que bem expressa Michel Foucault ao advertir que “essa necessidade de castigo sem suplício é formulada primeiro como grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punidos: sua humanidade²²⁰.”

Obviamente, como lembra Alberto Jorge Correia de Barros Lima, “isso não implica deixar de lado a responsabilidade do delinquente, tampouco que o cumprimento da pena, especialmente as privativas de liberdade, se dê sem dano, sem dor, sem angústia, o que seria utópico²²¹.” Ao lado dos direitos dos acusados, devem-se sopesar os direitos da vítima. A imposição de uma punição a um malefício praticado é de interesse coletivo, como meio de manutenção da ordem social.

Não obstante, o que se tem em conta, aqui, refere-se ao peso da medida aplicada como resposta punitiva, respeitando-se os preceitos morais no tocante à pessoa humana. Assim, como salientam Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Nilo Batista e Alejandro Slokar,

²¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História de Violência nas Prisões**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 36.

²¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História de Violência nas Prisões**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 71.

²²⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História de Violência nas Prisões**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 72.

²²¹ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

em função ao princípio da humanidade, deve-se evitar toda pena que em suas consequências é cruel, como aquelas geradoras de um impedimento que compromete totalmente a vida do indivíduo (morte, castração, esterilização, marcas cutâneas, amputação, intervenções neurológicas). Iguamente cruéis são as consequências jurídicas que se pretendem manter até a morte da pessoa, porquanto impõe-lhe um sinete jurídico em alguém inferior (*capitis diminutio*). Toda consequência de uma punição tem de acabar em algum momento, por longo que seja o tempo a transcorrer; não pode ser jamais perpétua no sentido próprio da expressão, pois implicaria admitir a existência de uma *pessoa descartável*.²²²

Em relação à atualidade brasileira, algumas considerações devem ser feitas. Como ponto de partida, pode-se afirmar que o suplício como pena parece uma realidade distante, uma medida medieval descabida nos tempos atuais. Contudo, o suplício ainda possui suas raízes, mas não de forma oficial, como elemento repressor no sistema brasileiro.

Não oficialmente, como dito, pois, se de um lado, não se admitem legalmente penas tidas como cruéis ou vexatórias, por outro lado, práticas comuns dão conta de como algumas autoridades fazem uso de mecanismos vexatórios para inscrever na figura do acusado a pecha de “bandido”, mesmo quando ainda não condenado.

Veem-se diuturnamente apresentações de “criminosos”, presos, como se troféus fossem, além do uso indiscriminado de algemas, estas aplicadas em vários casos em desconformidade com a sua função primeira, que é a de segurança pública, mas, mais do que isso, como uma marca simbólica que o Estado utiliza com o intuito de punir.

Cabe destacar que, com relação ao uso de algemas de forma abusiva, o Supremo Tribunal Federal sempre se posicionou visando inibir tal conduta, disciplinando finalmente a matéria pela edição da Súmula Vinculante nº 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Pode-se citar outro caso emblemático da recente história brasileira, mais precisamente, a custódia de presos em contêineres, onde não se assegurava o

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALOGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 233.

mínimo de dignidade aos custodiados. O referido caso chegou ao Supremo Federal, e lá, sem nenhuma surpresa, considerou-se tal encarceramento inconstitucional, justamente pelo modo cruel como os presos se achavam detidos.

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.

2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis - a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Código Penal, art. 42).

3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.

4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.

5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.

6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições. (STJ – HC 142.513/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/3/2010, DJe 10/5/2010)

Em verdade, o rol de possíveis penas cruéis ou degradantes é bastante vasto, incluindo, inclusive, intervenções de ordem cirúrgica, química ou hormonal. Em relação à possível intervenção, um tema que ainda se encontra em voga diz respeito à hodierna castração química, defendida como uma medida em face do cometimento dos crimes contra a liberdade sexual.

Aqui, cabe destacar a participação de Marcelo Crivela, autor do Projeto de Lei 552/2007, que pretendia incluir o artigo 216-B no Código Penal, com a finalidade de cominar a pena de castração química nas hipóteses dos crimes contra a liberdade sexual e quando o agente criminoso fosse considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças. Contudo, o projeto acabou sendo arquivado em 2011.

Já não se pode mais submeter alguém a intervenções neurocirúrgicas com a finalidade de “acalmar” o paciente. Entre tais procedimentos, o que sem dúvida alguma gera bastante desconforto é a antiga prática da lobotomia, procedimento cirúrgico que consiste em cortar a conexão do córtex pré-frontal do cérebro. Tal “tratamento”, de fato, gera uma considerável mudança comportamental no paciente, contudo tal mudança se dá por conta da lesão cerebral praticada. Assim, longe de causar qualquer benefício, a lobotomia gera, em verdade, a destruição do ser.

Apesar de brutal, a dita prática por vezes ressurgiu, como no caso recente ocorrido em Mato Grosso do Sul, onde fora ajuizada ação que pretendia forçar este estado a realizar coercitivamente a famigerada prática. Pleito que não foi atendido, considerando o irreversível dano resultante de tal cirurgia, bem como sua indiscutível crueldade.

Agravo De Instrumento – Ação Civil Pública – Tutela Antecipada – Realização De "Lobotomia" No Substituído, Portador De Autismo Grave – Procedimento De Alto Risco – Ausência Dos Requisitos Autorizadores Da Medida Antecipatória – Recurso Conhecido E, Em Parte Com O Parecer, Provido. Pois bem, como se sabe, para que seja possível a antecipação dos efeitos da tutela, devem estar presentes, de forma cumulativa, os requisitos da prova inequívoca, que leve ao convencimento sobre a verossimilhança da alegação dos fatos invocados pela parte requerente, e a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos moldes do art. 273, do Código de Processo Civil (CPC). No caso, pretende-se compelir o Estado a disponibilizar, em medida antecipatória, o procedimento cirúrgico de "lobotomia" ao substituído, portador de autismo grave, o qual consiste na retirada de uma parte do cérebro, procedimento que por muito tempo foi banido pela comunidade médica, em razão de seus efeitos devastadores. Requisitos da tutela antecipada não preenchidos. (TJMS – Agravo de Instrumento – Nº 1405200-71.2015.8.12.0000 – Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson – J. 30/6/2015 – Publicação 2/7/2015)

Outra proibição imposta pela Constituição Federal é a da impossibilidade de trabalhos forçados aos apenados. Aqui, há uma divergência. É que tanto a Lei de Execuções Penais, mais precisamente no artigo 31, quanto a Lei de Contravenções Penais, em seu artigo 6º, parágrafo 2º, impõe o trabalho do preso como algo obrigatório.

Assim, poder-se-ia desavisadamente afirmar que os ditos diplomas legais estariam em desconformidade com a Constituição Federal; contudo, não é este o caso. É que ao se referir aos trabalhos forçados como meio não concebível, a Constituição Federal veda que se imponha ao preso trabalhos penosos, de rigor e tratamento que não são reconhecidos pelas leis trabalhistas.

Cesare Beccaria, ao discorrer acerca da pena de morte, que rechaça veementemente, acaba por atacar, também, a pena de trabalhos forçados, tratando-os como trabalho perpétuo e análogo à escravidão. O que pode ser bem percebido em seu voto sobre a pena de morte, quando ele destaca a desnecessidade da pena capital:

A fim de provar que é desnecessária a pena de morte, basta ponderar que para uma pena ser justa deve haver apenas aquele grau de intensidade suficiente para dissuadir os homens relativamente aos delitos. Ora, não existe ninguém que, refletindo, possa escolher a plena e perpétua perda da liberdade, por mais vantajoso que possa parecer um delito. Conclui-se, portanto, que a intensidade da pena de escravidão perpétua substituindo a pena de morte apresenta o suficiente para remover qualquer vontade determinada. Ajunte-se, ademais, que é mais consentâneo com a natureza humana preferir a morte que a escravidão perpétua e miserável.²²³

Como se vê, para Beccaria a pena de trabalho forçado é vista como algo de uma crueldade desmedida, abominável para a natureza humana. Tão rude que passa a ser preferível, em sua substituição, a pena de morte.

E em se falando de pena de morte, cabe lembrar Nelson Hungria, que, ao tratar da pena capital, demonstrava que o homicídio legal não poderia ser justificado, por representar “o regresso, puro e simples, à fase primitiva do direito penal”²²⁴.

Nas ordenações democráticas, como observa Alberto Jorge Correia de Barros Lima, “o ser humano tem o direito de viver a sua morte, não podendo o Estado, independentemente de sua culpabilidade, ou qualquer outro pretexto, retirar dele este direito”²²⁵.

Entretanto, apesar de haver uma preocupação constante em se preservar a vida humana, mesmo do pior criminoso, a proteção contra a “morte legal” não é tão absoluta; e não é absoluta porque a Constituição não vedou por completo a sua aplicação, permitindo-a em casos de guerra. Tal dispositivo, com efeito, acha-se presente no Pacto de São José da Costa Rica.

Pode-se argumentar, nesta exceção, que a sanção máxima da perda da vida refletiria em algo maior que a vida individual de um ser: a segurança e a paz de toda a coletividade e da própria nação. Neste ponto, Osman Loureiro, de maneira extremamente crítica, e em plena ditadura militar, alertava para as escusas da aplicação da pena capital, rogando, no entanto, pela sua não aplicação:

Embora restrita a casos específicos, quase todos norteados pelo sentimento de segurança nacional, a nova sombra vem de se instalar sobre nós. Sem dúvida, não será mais a força, nem os outros meios anacrônicos, de que a história desse trágico argumento andou referta.

²²³ BECCARIA, Cesare. **Questões Criminais**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 72.

²²⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1 Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 472.

²²⁵ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

Será a fuzilada, a execução pelas armas, uma vez que entre nós, por falta de objetivo, ainda se não armaram as câmaras de gás e outros processos indolores de matar. Mas será sempre um marco, interrompendo a linha de liberdade e de respeito humano, que nossos avós nos herdaram.

Resta-nos, porém, uma esperança: de que tenha sido lembrada mais como um espantinho e que, de fato, os juizes brasileiros, fiéis às nossas tradições, dela não usarão, mesmo em situações extremas. Numa palavra, que tenha sido instituída, a título provisório, para respostas ao desafio e provocações dos masorqueiros.

Passada a onda, voltaremos aos fulcros da nossa evolução apenas interrompida. Que ela, afinal, não corresponde ao nosso temperamento, nem à bondade infinita do coração brasileiro.²²⁶

Osman Loureiro traduz bem, já naquela época de perseguição, o desconforto da simples previsão legal da pena capital. No entanto, seu desabafo acalorado aparenta ter soado mudo perante os constituintes de 1988, que preferiram manter a possibilidade da pena capital na Constituição Cidadã, mesmo se tratando de uma exceção. O mais curioso não é a manutenção da pena capital, mas o simples fato de mantê-la sem disciplinar mecanismos que possam frear abusos em sua aplicação.

Finalmente, mas não menos importante, tem-se a vedação da prisão perpétua. Como salienta Alberto Jorge Correia de Barros Lima,

O legislador não poderá prescrever penas perpétuas. Sua não admissibilidade sustenta-se no fato de seu caráter *definitivo* e, com isso, de eliminação da esperança, o que contraria o senso de humanidade. Demais, nosso sistema esta voltado para a “reconstrução moral” do indivíduo, com vistas à sua “ressocialização”.²²⁷

Este caráter definitivo apresentado por Alberto Jorge retira da pena todo e qualquer juízo de legitimidade, dada a crueldade de se impor uma pena que tem como fim a própria vida do condenado, retirando, pois, a esperança do encarcerado, que passa a ser tratado, repita-se, como “uma pessoa descartável”²²⁸.

Por conta disso, a privação da liberdade, como pena, não pode ultrapassar o limite de trinta anos, estabelecido pelo artigo 75 do Código Penal.

²²⁶ LOUREIRO, Osman. **Problemas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 240.

²²⁷ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124/125.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALOGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 233.

4.2 Medida de segurança

Aníbal Bruno escreveu que “as duas realidades centrais da ciência criminal moderna são o homem perigoso que ameaça ou fere e a sociedade que se defende”²²⁹. Realmente, os sistemas penais têm como pontos centrais de preocupação duas personalidades que se encontram em lados diversos da lide penal: a vítima e o criminoso.

De um lado tem-se a vítima, “a parte prejudicada pelo comportamento de um agente infrator de normas penais”²³⁰, parte esta a que o direito penal brasileiro sempre “dispensou tratamento de objeto e nunca de sujeito na relação processual”²³¹.

Já no lado oposto, o do criminoso, tem-se a figura do malfeitor, que pode ser visto como um sujeito comum que porventura falhou em se comportar de acordo com uma norma penal, ou como um sujeito perigoso, um verdadeiro risco à sociedade.

O risco para a sociedade por conta de sua periculosidade pode ser visto de duas maneiras distintas: numa, a do sujeito inimputável, conforme dito no capítulo anterior e a que ainda caberão mais algumas considerações; noutra, o sujeito que apesar de não ser um enfermo mental representaria um risco incalculável à sociedade como um todo.

Em verdade, a definição moderna de periculosidade adveio da escola positiva, na qual já fora retratada, onde a ideia de pena passava necessariamente pela tese da defesa social, buscando-se, mais que a punição, a ideia de tratamento do sujeito criminoso. Conforme Élio Morselli:

A maior parte dos sistemas legislativos do tipo ocidental sofreu, assim, a influência daquela que sucessivamente foi denominada de “ideologia do tratamento”. Se é verdade que o legislador não pode abdicar do direito de punir, e, por consequência, da pena como sanção a ser infligida ao réu, é igualmente verdade que ele se preocupou, de vários modos, em fazer com que a execução da pena não se constituísse

²²⁹ BRUNO, Aníbal. Teoria da Periculosidade Criminal. In. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: RT, 2010, p. 37.

²³⁰ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. A Vítima no Processo Penal e o Protagonismo do Juiz Criminal. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; STAMFORD DA SILVA, Artur; CATÃO, Adrualdo; RABENHRT, Eduardo (Org.). **O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos**. Vol. 2. Recife: UFPE, 2012, p. 182.

²³¹ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. A Vítima no Processo Penal e o Protagonismo do Juiz Criminal. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; STAMFORD DA SILVA, Artur; CATÃO, Adrualdo; RABENHRT, Eduardo (Org.). **O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos**. Vol. 2. Recife: UFPE, 2012, p. 182.

num fim em si mesmo, mas fosse finalista, e, por conseguinte, realizada através de toda uma série de medidas e de procedimentos de tipo ressocializador, ou, como se costuma dizer, reeducativo. O art. 27 da Constituição italiana, promulgada nos primeiros anos do pós-guerra, diz expressamente: “As penas devem tender à reeducação do condenado”. Esta ressocialização e reeducação conseguiu alcançar, em muitos casos, a fisionomia de um tratamento terapêutico e, mais precisamente, psicoterapêutico. E é importante relevar que tal tratamento se dirige não tanto aos sujeitos inimputáveis – isto é, aos enfermos ou semi-enfermos de mente –, mas sim “àqueles declarados, em juízo, plenamente capazes de entender e de querer, e, portanto, plenamente imputáveis”.²³²

Deve-se ter em conta a noção de periculosidade daqueles sujeitos tidos como incapazes de compreender ou de se portar em conformidade com a norma penal, e que, ao invés da reprimenda da pena, venham a receber medida diversa, a medida de segurança.

Isto porque, no ordenamento jurídico brasileiro, como alerta Claudio Brandão, “a medida de segurança é consequência excepcional, só se aplicando em uma hipótese: a verificação da perigosidade criminal em face da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”²³³, tendo em vista, segundo Cezar Roberto Bitencourt, que “desde a reforma penal de 1984 os condenados *imputáveis* não são mais sujeitos às medidas de segurança”²³⁴.

Neste sentido, e em conformidade com a legislação penal brasileira, só aqueles amparados pelo artigo 26 do Código Penal podem receber uma medida de segurança, ou seja, os inimputáveis, como regra, e, em alguns casos, os semi-imputáveis.

Adentrando mais especificamente na medida de segurança, verifica-se, de início, uma das grandes discussões que permeiam o estudo do assunto: a sua natureza jurídica. É que, longe de encontrar uma unanimidade, a ideia da natureza jurídica da medida de segurança divide-se em duas correntes.

A primeira corrente tem a medida de segurança como uma medida não penal. Eugenio Raul Zaffaroni, por exemplo, considera que as medidas de segurança são

²³² MORSELLI, Élio. A Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010, p. 305.

²³³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 281.

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 642.

“medidas de reclusão não penal”²³⁵, justificadas pela periculosidade ou perigosidade do agente, ou seja, “é preciso que o sujeito seja perigoso no sentido comum e corrente da expressão, ou seja capaz de causar qualquer dano, a si ou a terceiros”²³⁶.

No mesmo sentido, Nelson Hungria defende que:

a pena é *sanção*, se impõe a um fato *certo*, isto é, o crime praticado; a medida de segurança não é sanção e se impõe por fato *provável*, isto é, o provável retorno à prática de fato previsto como crime (segundo a regra geral); [...] a pena tem caráter necessariamente *aflictivo* (como todo castigo); a medida de segurança é desprovida de tal caráter, pelo menos do ponto de vista psicológico (a pena tem *caráter jurídico* essencial, o “sofrimento”, enquanto a medida de segurança é *assistência, é tratamento, é medicina, é pedagogia*: se acarreta algum *sacrifício* ou *restrição* à liberdade individual não é isso um mal querido como tal ou um *fim* colimado, mas um *meio* indispensável à sua execução finalística).²³⁷

Luigi Ferrajoli, define a medida de segurança como pertencente “ao amplo e vasto espectro das medidas administrativas de polícia”²³⁸, defendendo que aqui não vige “o princípio de retribuição ou de consequência da sanção penal”²³⁹; desse modo, não se pretende punir o infrator, tendo sua introdução, aos moldes atuais, recebido forte influência da Escola Positiva ou antropológica do direito penal, que insculpiu a ideia de substituição da

categoria da responsabilidade por aquela da periculosidade, e concebeu o crime como “um sintoma” da patologia psicossomática, devendo enquanto tal ser tratado e prevenido mais do que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas.²⁴⁰

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 737. No original: “*medidas de reclusión no penales*”.

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 737. No original: “*se requiere que el sujeto sea peligroso en lo sentido común y corriente de la expresión, es decir, capaz de causar cualquier daño, a si o a terceros*”.

²³⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 9/10.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 719.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 719. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 718.

Entretanto, a referida concepção acarreta consequências desastrosas em torno dos possíveis “clientes” da medida de segurança. O próprio Ferrajoli²⁴¹ lembra que a legislação fascista italiana, inteiramente contaminada pelo ideal alienado do progresso humanitário, típico da citada escola positivista, passou a regradar a medida de segurança em plena desconformidade com as garantias presentes nos regimes estritamente de cunho penal-punitivo, o que era justificado pela necessidade de defesa e proteção da ordem jurídica.

É certo que a medida de segurança e a pena se diferenciam em seus métodos: a pena, por impor ao indivíduo uma punição intimamente ligada ao ato criminoso praticado, e a medida de segurança, ao impor ao agente criminoso portador de determinada anomalia psíquica um tratamento compulsório.

No entanto, contradizendo o ideal esposado logo acima, não há como conceder a medida de segurança como uma medida meramente administrativa. Como ensina Alberto Jorge Correia de Barros Lima, valendo-se de Manuel Jaén Valejjo, “as medidas de segurança que, se no rigor da técnica distinguem-se das penas em face de se embasarem na controvertida perigosidade do agente, na verdade não deixam de ser uma espécie do gênero penal”²⁴².

Na mesma linha posiciona-se Maria João Antunes, ressaltando que há um maciço reconhecimento da aproximação entre medida de segurança e penal, sendo este, indubitavelmente, um avanço evolutivo “marcado pelo objetivo de submeter a imposição das medidas de segurança ao regime de garantias penais”²⁴³.

O artigo 97 do Código Penal estabelece que aqueles que cometeram um crime punível com pena de reclusão serão internados no manicômio judiciário para tratamento. Se o mesmo agente pratica um crime punível com pena de detenção, receberá um tratamento ambulatorial.

Por sua vez, quem se encontrar no rol daqueles que possuem a responsabilidade diminuída terá duas opções.

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 718.

²⁴² BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Imposição Constitucional dos Princípios Penais**. In Revista do Ministério Público, Alagoas, n. 6: p. 13-49, julho/dezembro de 2001, p. 34.

²⁴³ ANTUNES, Maria João. Internamento de inimputável por Anomalia psíquica. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: RT, 2010, p. 1.087.

A primeira a ser ilustrada aqui é a redução de pena, prevista no parágrafo único do artigo 26. O texto legal diz que a pena pode ser reduzida de um a dois terços. Há de se considerar que uma interpretação meramente gramatical deste dispositivo resulta numa interpretação falha, ao considerar a redução da pena como um ato meramente facultativo, já que o texto legal utiliza a terminologia “pode”.

No entanto, como leciona João José Leal, o vernáculo “poder” na linguagem jurídica não apresenta “o significado de pura autoridade ou faculdade para agir ou decidir soberanamente”²⁴⁴.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo.²⁴⁵

Como se vê, limita-se a plena liberdade de o Estado-Juiz agir de maneira inteiramente discricionária, o que possibilitaria tratamentos distintos a casos análogos. A justificativa é simples. Como lembra Andréas Joachim Krell, sempre há a necessidade de se construir “um dever jurídico a partir de uma interpretação sistemática constitucional”²⁴⁶, o que abrange claramente o princípio da isonomia.

Sobre o referido princípio, Francisco Campos, citado por José Afonso da Silva, afirma categoricamente que a lei

está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade; o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato que a lei obriga a executá-la com fidelidade ou em respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos.²⁴⁷

Nada mais lógico. O legislador, no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, da mesma forma que se manifestou na legislação – como lembra João José

²⁴⁴ LEAL, João José. A suspensão condicionada do processo deve ser aplicada a todas as infrações penais previstas na Lei 9.099/95. *In Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: RT, ano 4, n. 16, out.-dez. 1997, p. 155.

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92.

²⁴⁶ KRELL, Andreas Joachim. A Reestruturação das Relações Intergovernamentais no Brasil: A importância do art. 23 da Constituição Federal. *In Revista da ESMAL*. Maceió: ESMAL, ano I, n. 2, jan.-jun. 2003, p. 89.

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 96.

Leal²⁴⁸ ao exemplificar com os artigos 21, *caput*, 2ª parte; 26, parágrafo único; 29, § 1º; 71, § único e 77, *caput*, todos do Código Penal –, utiliza o termo poder entendendo-o como verdadeiro dever jurídico no mais amplo sentido kelseniano. Assim, afasta por completo a ideia de uma “liberdade absoluta para decidir o caminho processual que o operador entender mais adequado para a solução do caso concreto”²⁴⁹.

Dessa forma, cabe ao julgador, diante de laudos periciais que comprovem o estado que enquadra o indivíduo no parágrafo único do artigo 26, conceder-lhe, obrigatoriamente, o direito subjetivo de ter a sua pena reduzida.

É com esse espírito que a doutrina mais moderna vem reconhecendo e impondo essa obrigatoriedade na redução da pena. Nesse sentido, destacam-se: Cláudio Brandão, ao afirmar que esses indivíduos “gozam de uma causa obrigatória de redução de pena”²⁵⁰; Luiz Regis Prado²⁵¹, ao afirmar que a pena será obrigatoriamente reduzida proporcionalmente à redução da capacidade do agente; Rogério Greco, ao lecionar que a “lei determina ao julgador que reduza a sua pena”²⁵²; Paulo José da Costa Junior, ao considerar que a terminologia “poder” significa “dever”²⁵³, restando apenas facultado ao julgador “dosar a redução da pena de um mínimo de um terço a um máximo de dois terços”²⁵⁴.

Tal é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL – SEMI-IMPUTABILIDADE – CAUSA DE DIMINUIÇÃO OBRIGATÓRIA – INOBSERVÂNCIA PELA R. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU – ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP.
– Conforme entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, uma vez reconhecida pelo magistrado a semi-imputabilidade do réu, impõe-se a observância da redução da pena, nos moldes do preconizado pelo art. 26, parágrafo único do CP.
Ordem concedida para determinar que o magistrado de primeiro grau aplique a causa de diminuição de pena prevista no art. 26,

²⁴⁸ LEAL, João José. A suspensão condicionada do processo deve ser aplicada a todas as infrações penais previstas na Lei 9.099/95. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 4, n. 16, out.-dez. 1997, p. 156.

²⁴⁹ LEAL, João José. A suspensão condicionada do processo deve ser aplicada a todas as infrações penais previstas na Lei 9.099/95. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 4, nº. 16, out.-dez., 1997, p. 155.

²⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 226.

²⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1, São Paulo: RT, 2004, p. 408; **Elementos de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 122; e **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: RT, 2011, p. 131/132.

²⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: IMPETUS, 2005, p. 447.

²⁵³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Anotado**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 143.

²⁵⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Anotado**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 143.

parágrafo único do CP, adequando-se à nova dosimetria da pena. (Brasil. STJ. HC 19916 – 5º. T. – unânime – Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI – j. 16/05/2002 – DJ 18.11.2002 p. 254; JBC vol. 46 p. 187) (grifos nossos).

A segunda opção cabível aos semi-imputáveis é a substituição da pena pela medida de segurança. Fernando Galvão assim se posiciona:

A redução de pena prevista no parágrafo único do art. 26 do CP, no entanto, não é a única resposta que o direito penal pode dirigir ao semi-imputável. Nos termos do art. 98 do CP, caso o semi-imputável necessite de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade poderá se substituída por medida de segurança, seja na modalidade de internação em manicômio judiciário ou de tratamento ambulatorial. A alternativa, entretanto, não constitui faculdade do magistrado. Embora o dispositivo legal mencione que a substituição da pena pela medida de segurança pode ser determinada pelo juiz, a substituição deverá ser deferida sempre que o condenado necessitar de tratamento e existir tratamento terapêutico adequado ao caso. Certamente, atende melhor aos interesses da sociedade que o condenado seja tratado e suas causas da incompreensão quanto ao caráter ilícito do fato não mais persistam.²⁵⁵

Da mesma forma vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL, EXAME DE SANIDADE MENTAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA DE SEGURANÇA. DECISÃO *ULTRA PETITA* e *REFORMATIO IN PEJUS*: INOCORRÊNCIA. CPP, ART. 149, SÚMULA 525-STF.

1. **Se o juiz tiver dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado, poderá, de ofício, submetê-lo a exame médico-legal. CPP, art. 149.**

2. Não constitui *reformatio in pejus* o fato de o juiz substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança, com base em laudo psiquiátrico que considerou o acusado semi-imputável. CP, art. 98.

3. Como a lei não estabelece o momento processual para a realização do exame médico legal de que trata o art. 149 do CPP, deverá ele ser realizado com o surgimento de dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado. Precedente do STF.

4. **Com a reforma penal de 1984, a medida de segurança passou a ser aplicada apenas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis (CP, arts. 97. e 98).** A Súmula 525-STF, editada antes da reforma penal, subsiste apenas para vedar a *reformatio in pejus* no caso específico da medida de segurança. Precedente do STF.

5. *H.C.* indeferido. (Brasil. STF. HC n.º 75.238-1 – rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ. 7.11.97) (grifos nossos).

Decidindo-se pela medida de segurança – seja constatando-se a imputabilidade do agente, seja considerando a necessidade do tratamento ao

²⁵⁵ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: IMPETUS, 2004, p. 386.

indivíduo reconhecidamente portador de uma capacidade diminuída –, e fazendo uma leitura gramatical dos artigos 97 e 98 do Código Penal, o agente deverá permanecer internado por um prazo indeterminado, que deverá durar o tempo necessário para que deixe de ser visto como um “inapto ao meio social”²⁵⁶, sendo o período mínimo variável de um a três anos.

Contudo, como já demonstrado ao se tratar sobre o princípio da humanidade, quando se tratou da pena, a possibilidade de se impor uma medida restritiva de liberdade, seja pena, seja medida de segurança, sem que seja previsto um prazo para o seu fim, permitindo-se, ainda, que esta medida se alastre em caráter perpétuo, é tida como inconstitucional.

Mais grave do que uma pena perpétua, a medida de segurança é daquelas que negam “o direito de um condenado saber a duração da sanção que lhe será imposta”²⁵⁷, direito que é “inerente ao próprio princípio da legalidade dos delitos e das penas”²⁵⁸.

Reconhece-se atualmente a inconstitucionalidade da incerteza da indeterminação do prazo máximo da medida de segurança. Neste sentido, como expõe Álvaro Mayrink da Costa, “a orientação pretoriana é na dicção de que o tempo máximo de duração fica *limitado* a não ser superior a 30 anos”²⁵⁹, utilizando, para tanto, a analogia com o artigo 75 do Código Penal e estabelecendo como teto máximo da medida de segurança o prazo de trinta anos. Este, inclusive, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARCO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI 10.216/2001. APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A prescrição da medida de segurança deve

²⁵⁶ ARAÚJO, J. Aureliano Correia de. **Criminologia, Psicanálise e Política Criminal**. Recife: Diário da Manhã, 1934, p. 109.

²⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1, São Paulo: RT, 2004, p. 696.

²⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1, São Paulo: RT, 2004, p. 696.

²⁵⁹ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 622.

ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009. 2. *In casu*: a) o recorrente, em 6/4/1988, quando contava com 26 (vinte e seis) anos de idade, incidiu na conduta tipificada pelo art. 129, § 1º, incisos I e II, do Código Penal (lesões corporais com incapacidade para o trabalho por mais de 30 dias), sendo reconhecida a sua inimputabilidade, nos termos do caput do artigo 26 do CP; b) processada a ação penal, ao recorrente foi aplicada a medida de segurança de internação hospitalar em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, sendo certo que o recorrente foi internado no Instituto Psiquiátrico Forense, onde permanece até a presente data, decorridos mais de 23 (vinte e três) anos desde a sua segregação; c) o recorrente tem apresentado melhoras, tanto que não está mais em regime de internação, mas de alta progressiva, conforme laudo psiquiátrico que atesta seu retorno gradativo ao convívio social. 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe, provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedam à “política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida” fora do âmbito do IPF. 4. Recurso provido em parte. (STF – RHC 100383, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-210 DIVULG 3-11-2011 PUBLIC 4-11-2011 EMENT VOL-02619-01 PP-00001)

A segunda corrente, crescente na doutrina e consolidada no Superior Tribunal de Justiça, entende que a medida de segurança não poderia ser superior ao patamar máximo previsto no tipo penal infringido pelo inimputável.

Quanto às medidas de segurança substitutivas, defende-se que a pena não poderia jamais ser superior à pena cominada e posteriormente substituída. Nesse sentido posicionam-se Cezar Roberto Bitencourt²⁶⁰ e Luiz Regis Prado²⁶¹.

Eugenio Raul Zaffaroni defende que a medida de segurança “nunca poderia exceder o máximo da escala penal que a fundamenta, ou seja, da pena máxima que poderia ser imposta no caso em que o sujeito receberia se tivesse capacidade

²⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262/263.

²⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 699.

psíquica de delinquir”²⁶². Após esse tempo, deveria o indivíduo, ainda não reintegrado à sociedade, “ser tratado como um doente mental comum, conforme a legislação psíquica vigente”²⁶³.

Em verdade, a ideia de Eugenio Raul Zaffaroni coaduna com o se acha estabelecido no Código Penal português, em seu artigo 92, 2, e no artigo 101 do Código Penal Espanhol. Estes disciplinam que o internamento da medida de segurança não poderá exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo inimputável. No Brasil, com efeito, tal entendimento vem dando frutos, sendo matéria já pacificada no Superior Tribunal de Justiça.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA.

MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO. ART. 97, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Paciente preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia, sendo o flagrante homologado e convertido em prisão preventiva.

2. Prolatada sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado, foi interposta apelação, parcialmente provida, apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal.

3. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

4. Habeas corpus não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, para, fixando o prazo máximo de três anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento. (STJ – HC 269.377/AL, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014)

No entanto, surge outra crítica. É que, além do mal-estar causado pela ausência de um prazo máximo de aplicação da medida de segurança pela internação manicomial, a legislação brasileira traz, ainda, outras implicações igualmente indigestas.

²⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 742. No original: “*nunca podría exceder el máximo de la escala penal que la funda, o sea, de la pena máxima que hubiese podido imponerse en caso que el sujeto hubiera tenido capacidad psíquica de delito*”.

²⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 742. No original: “*ser tratado como un enfermo mental común, conforme a legislación psiquiátrica vigente*”.

A título de exemplificação, destaca-se o parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal, que institui um prazo mínimo para o cumprimento da medida de segurança, sendo este prazo variável pelo período de um a três anos.

A primeira implicação do dito dispositivo legal é a exigibilidade de uma internação de cunho obrigatória, além da exigência de um prazo mínimo para o cumprimento da medida.

O curioso é que se defende que o prazo mínimo a ser cumprido deve ser realizado em consonância “com a maior ou menor periculosidade do agente”²⁶⁴, na dicção de Luiz Regis Prado. Contudo, uma simples análise do sistema normativo retira por completo essa ideia.

É que, de início, a escolha da medida de segurança a ser aplicada não se faz levando-se em conta a periculosidade do agente, mas sim a gravidade da conduta praticada. O artigo 97 do Código Penal estabelece que aqueles que cometeram um crime punível com pena de reclusão serão internados no manicômio judiciário para tratamento. Se o mesmo agente pratica um crime punível com pena de detenção, receberá um tratamento ambulatorial.

A presente discussão ganha novos ares quando se observa a própria legislação pátria, mais exatamente a lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que em seu artigo 4º assim disciplina:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visarà, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Como se vê, a internação para o tratamento psiquiátrico é a exceção; a regra, agora, é o tratamento de cunho extra-hospitalar, buscando sempre a manutenção do paciente num ambiente que lhe permita uma reinserção social. Consagra-se, assim, a ideia de desinstitucionalização do sistema manicomial.

²⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: RT, 2011, p. 329.

Tal ideal, com efeito, deve ter reflexos também quando da aplicabilidade da medida de segurança, o que se defende tendo em conta todo o argumento empregado para justificar a medida de segurança.

Nada mais lógico. Se a justificativa empregada para se internar compulsoriamente pela medida de segurança recai na periculosidade do agente, como justificar a internação quando o agente não apresentar qualquer tipo de risco à sociedade? Ou mais, como se justificar esta hodierna medida, quando for possível a aplicação de um tratamento diverso ao da internação, como o tratamento farmacológico ou ambulatorial, por exemplo?

Em verdade, em nenhum destes dois questionamentos pode haver resposta positiva para justificar a internação por meio da medida de segurança. No mais, como salienta Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado,

o avanço da farmacologia, com o surgimento de novos remédios, e as “experiências institucionais bem-sucedidas na arquitetura de um novo tipo de cuidado em saúde mental”, bem como a ampliação dos recursos farmacológicos e da psicoterapia são fatores relevantes para se repensar e até mesmo afastar a internação como regra.²⁶⁵

Na mesma linha de raciocínio, Zaffaroni defende que:

a reclusão, tal como entendida nas ditas sanções do CP, tende a desaparecer, particularmente a partir da introdução dos psicofármacos no tratamento psiquiátrico. Todas estas circunstâncias devem ser ponderadas pelo tribunal ao ordenar a medida ou renunciá-la: o grau do perigo que ofereça o enfermo, as possibilidades de êxito e segurança de um adequado tratamento ambulatorial, as seguranças ou garantias de tratamento que ofereça o representante ou curador do enfermo, harmonizando tudo de forma a neutralizar o perigo e assegurando convenientemente o tratamento do paciente, atendido o sentimento de solidariedade humana que deve primar em todos estes casos.²⁶⁶

²⁶⁵ MASCARENHAS PRADO, Alessandra Rapassi. **Adequação Da Legislação Penal à Lei de Reforma Psiquiátrica: A Internação Como Exceção**. Ciências Penais. Vol. 13, p. 87-118, Jul.–Dez. 2010, DTR\2010\627. Disponível em: Revista dos Tribunais Online.

²⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 737/738. No original: *“la reclusión, tal como se la entendía en tiempos de la sanción del CP, tiende a desaparecer, particularmente a partir de la introducción de los psicofármacos en el tratamiento psiquiátrico. Todas estas circunstancias deben ser ponderadas, per el tribunal al ordenar la medida o al prescindir de Ella: el grado del peligro que ofrezca el enfermo, las posibilidades de éxito y seguridad de un adecuado tratamiento ambulatorio, las seguridades o garantías de tratamiento que ofrezca el representante o curador del enfermo, armonizado todo en forma que la vez resulte neutralizado el peligro e asegurado convenientemente el tratamiento del paciente, atendiendo a los sentimientos de solidaridad humana que deben primar en estos casos”*.

Assim, como demonstrado, até mesmo por princípios humanitários reais, a busca por medidas menos invasivas que a internação deve ser aplicada, entre elas a tratamento ambulatorial.

É certo, contudo, que a legislação penal brasileira se encontra defasada, pois ainda prevê, taxativamente, a aplicação da internação compulsória em manicômios judiciais, quando o ato praticado for daqueles punidos com pena de reclusão.

No entanto, isto não cria obstáculo algum na substituição da dita medida por outra mais adequada. Para isto, basta utilizar uma interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico, entre elas a própria lei 10.216/2001. É o que vem fazendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. INIMPUTABILIDADE. Absolvição. Mesmo evidenciada a materialidade e a autoria, cumpre absolver o réu impropriamente, diante da sua inimputabilidade. Há nos autos diversos documentos que demonstraram a dependência química grave do réu, que o torna impossibilitado de determinar as suas ações. Embora o laudo psiquiátrico tenha concluído que o réu era capaz ao tempo do fato, ele foi diagnosticado com transtorno afetivo bipolar, epilepsia, transtorno mental e de comportamento decorrente do uso de canabinóides e transtorno mental e de comportamento decorrente do uso de cocaína. Além disso, já sofreu ação judicial de internação compulsória. O juiz não ficará adstrito ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182 do Código de Processo Penal). O direito penal não pode deixar de observar as condições pessoais de cada acusado, pois o fim não é a punição, mas sim a recuperação. No caso, o réu não tinha, ao tempo do fato, discernimento, pois buscava apenas manter o seu vício. Medida de segurança. A razão de ser da medida de segurança é a periculosidade do agente, o que fundamenta, inclusive, a sua desinternação ou liberação, conforme art. 97, § 3º, do Código Penal. A periculosidade, entretanto, não se verifica se o acusado permaneceu solto durante o processo, de modo que não houve necessidade de contê-lo. Logo, é incoerente apenas nesse momento determinar a sua internação. A medida mais adequada e proporcional a ser tomada é a determinação de tratamento ambulatorial. Inteligência e aplicação da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n.º 10.216/2001, art. 4º). Prazo. Como forma de aplicação justa e de acordo com o princípio da individualização da pena, a medida de segurança não deve ter prazo indeterminado. O período máximo de sua execução deve ser balizado de acordo com a pena que seria aplicada ao caso concreto, na hipótese de réu imputável. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (TJRS, Apelação Crime Nº 70050126242, 5ª T., Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 30/1/2013).

Cabe registrar que, apesar de decisões como a acima transcrita, que acolhe o espírito insculpido na legislação e a desinstitucionalização dos hospitais

psiquiátricos, o certo é que a legislação penal em si ainda é caduca, mantendo todas as amarras compatíveis com o espírito da psiquiatria passada, com todo o ranço de preconceitos e descaso com aquele que deveria receber um tratamento verdadeiramente humano e voltado ao regresso do indivíduo ao convívio social.

Ainda que se negue, a verdade é que, quando se trata de infratores tidos como inimputáveis, por uma moléstia mental, o atual sistema penal brasileiro ainda se encontra intimamente entrelaçado ao espírito antropológico da Escola Positiva. Vê-se, claramente, que ainda se utiliza o discurso empoeirado adotado pela referida Escola Penal, que, como explica Muniz Sodré²⁶⁷, justificaria a eliminação de um agente temível para a conservação da sociedade.

Tal perspectiva não aparenta melhorias. É que, apesar da evolução trazida pela Lei n.º 10.216/2001, no âmbito penal-legislativo o que se percebe é o continuísmo do sistema, o que pode ser muito bem observado no projeto de reforma do Código Penal, n.º 236/2012, que expressamente mantém prazo mínimo para a medida de segurança; mantém a diferenciação pelos crimes quanto ao prazo máximo a ser aplicado; e inova com a possibilidade da manutenção da internação em âmbito cível, quando da extrapolação do prazo máximo legal.

Resta, pois, como sopro de esperança a sensibilidade dos julgadores, em casos pontuais, como o tratado na citada decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que prefere usar a interpretação sistemática do ordenamento para se buscar a melhor alternativa quanto à medida de segurança que minimize o potencial de risco do agente e possibilite seu retorno ao seio social.

²⁶⁷ Antônio Muniz Sodré de Aragão. **As Três Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 269.

5. IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE OU INIMPUTABILIDADE DO PSICOPATA: QUAL O MELHOR CAMINHO?

*In nessun altro caso, come in questo, si può dire che tante sono le opinioni quante sono le teste.*²⁶⁸

Já foi demonstrado que o direito de punir tem seus limites, não podendo ser convertido em um mero instrumento de vingança pública. Foi explanado, ainda, que o sistema penal impõe alguns elementos limitativos à imputação de determinado ato ilícito a alguém, entre os quais se destaca a imputabilidade.

Finalmente, foi evidenciado que o transtorno de personalidade é reconhecido pela Organização Internacional da Saúde, através da décima edição da Classificação de Doenças, Lesões e Causas de Óbito, o CID-10, e pela Sociedade Americana de Psiquiatria, na quinta edição de seu Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Transtornos Mentais, o DSM-V.

Apesar disso, muito se discute ainda acerca da imputabilidade daqueles portadores de transtorno de personalidade, existindo, para tanto, três correntes diversas que tentam classificar a real situação penal do psicopata infrator, e, conseqüentemente, elencar as possíveis medidas cabíveis ao psicopata que porventura venha a infringir uma norma penal.

5.1 Da defesa da imputabilidade do psicopata

Para se iniciar a análise das três correntes que tratam sobre a possibilidade ou não de se impor uma punição ao psicopata, a primeira a ser observada é aquela que considera o psicopata um sujeito plenamente imputável.

Assim, como observa Basileu Garcia, os “criminalistas propendem a incluir o louco moral [os psicopatas] entre os indivíduos imputáveis”²⁶⁹. Seguindo o mesmo entendimento, Robert D. Hare afirma que

psicopatas não são loucos, de acordo com padrões psiquiátricos e jurídicos aceitáveis. Seus atos resultam não de uma mente

²⁶⁸ Alimena. *Apud.* Antônio José da Costa e Silva. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Nacional, 1930 p. 176. Tradução livre: “em nenhum outro caso, como neste, pode-se dizer que tantas são as opiniões quantas são as perguntas”.

²⁶⁹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1951, vol. I, tomo I, p. 331.

perturbada, mas de uma racionalidade fria e calculista, combinada com uma deprimente incapacidade de tratar os outros como seres humanos, de considerá-los capazes de pensar e sentir.²⁷⁰

Mais enfático se faz Vicente Garrido ao pontificar que:

É preciso, então, haver uma lei que seja inequívoca contra os abusos dos psicopatas, especialmente os que ostentam cargos de responsabilidade públicos. A atuação destes pode produzir tremendas fraturas na vivência de um povo. [...]

Mas essa lei tem de basear-se em uma consciência generalizada de que *o mal não pode ser tolerado*; em uma creança de que a sociedade pode, inequivocamente, opor-se a que a atitude de camaleão seja a moeda de câmbio da relação entre pessoas.²⁷¹

Adriano Xavier de Lopes Vieira considera que a psicopatia, ou loucura moral, como a chama,

não é loucura propriamente dita; nem deve, enquanto existir só por si e sem desarranjo intelectual, ser considerada como tal [...]; porquanto nem é razoável, nem conveniente para a indispensável salvaguarda social – que a simples perversão ou abolição dos instintos e dotes moraes, também dictos sentimentos, dispense da responsabilidade pelos actos criminosos, que cometer o indivíduo que tiver juízo ou conhecimento do que faz, e das razões por que não deverá fazer, e goze de império sobre si ou seja senhor da sua vontade, isto é, que não seja doido impulsivo.²⁷²

Em cunho de maior radicalidade, Clovis Bevilacqua já afirmava que diante de um crime a sociedade, instintivamente, tem o direito de reagir a tal mal, pouco importando se o crime partiu de “um responsável ou de um irresponsável, de um louco ou de um são”²⁷³. Dessa forma, não haveria de se “indagar se o acto nocivo foi praticado por livre deliberação do agente”²⁷⁴; bastaria apenas, para se adjetivar o indivíduo como criminoso, a constatação da “deshumanidade e improbidade”²⁷⁵ do ato praticado.

A presente corrente, pois, é a que, como já alertado, pretende transformar o crime em um ato meramente mecânico, questão já devidamente superada. Ademais,

²⁷⁰ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 23.

²⁷¹ GARRIDO, Vicente. **O Psicopata – Um Camaleão na Sociedade Atual**. Trad. Juliana Teixeira. São Paulo: Paulinas, 2011, p. 254.

²⁷² VIEIRA, Adriano Xavier de Lopes. **Manual de Medicina Legal**. Coimbra: Coimbra, 1903, p. 517.

²⁷³ BEVILLAGUA, Clovis. **Criminologia e Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1984, p. 33.

²⁷⁴ BEVILLAGUA, Clovis. **Criminologia e Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1984, p. 33.

²⁷⁵ BEVILLAGUA, Clovis. **Criminologia e Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1984, p. 33.

trata o psicopata como um sujeito plenamente capaz de responder pelos seus atos, por considerar que eles são capazes de compreender o caráter ilícito de suas condutas. E mais, a psicopatia, em muitos casos, passa a ser argumento para se elastecer a pena, seja em sua dosimetria, seja ao se negar benefício pertinente a progressões de regime.

Com o ideal preconizado por esta corrente, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça resolveu por impedir a progressão de regime de um condenado, após se constatar a sua psicopatia. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO INDEFERIDA EM 1º GRAU. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PARECER PSICOLÓGICO. DESFAVORÁVEL. PSICOPATIA COMPATÍVEL COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL. ELEVADO RISCO DE COMETIMENTO DE OUTROS DELITOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Legítima é a denegação de progressão de regime com fundamentos concretos, no caso pelo não preenchimento do requisito subjetivo em virtude, essencialmente, do conteúdo da avaliação psicológica desfavorável à concessão do benefício, com a presença de psicopatia compatível transtorno de personalidade antissocial, estando presente elevado risco de cometimento de outros delitos. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ – HC nº 308246/ SP 2014/0283229-8. Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 4 de março de 2015. Julgado em 24 de fevereiro de 2015)

Neste caso, a psicopatia do indivíduo apresenta um duplo efeito. Se, por um lado, os julgadores consideraram o psicopata como um sujeito imputável e plenamente capaz de responder pelos seus atos, por outro, entenderam que a condição da psicopatia tornaria o sujeito inadequado ao convívio social.

Aqui, a ideia da periculosidade remonta aos termos trazidos pela escola positiva, buscando retirar da sociedade um sujeito que possivelmente represente um risco para a sociedade pelo seu desvio moral, apesar de considerá-lo um sujeito psicologicamente normal.

5.2 Da defesa da semi-imputabilidade do psicopata

Apesar de haver uma ideia crescente que direciona ao entendimento da imputabilidade do psicopata, a corrente clássica defende a responsabilidade

diminuída para os psicopatas e considera que a psicopatia está localizada entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais, sendo, portanto, incluída naquilo que se conhece como fronteiriços.

Nelson Hungria, ao abordar a problemática do psicopata, afirma que:

Não se trata propriamente de doente (ou de doente em sentido estrito), mas de indivíduo cuja constituição é *ad initio* formada de modo diverso do que corresponde ao *homo medius*. São personalidades desviadas do tipo normal, no sentido de inferiorização.²⁷⁶

Nessa constatação, Nelson Hungria considera que os portadores do transtorno de personalidade “são personalidades desviadas do tipo normal, no sentido de inferiorização”²⁷⁷. No entanto, defende a punição deles, por enxergar tal medida como “uma necessidade de defesa social”²⁷⁸, já que, a seu ver, se o psicopata está apto à satisfação de exigências medianas da ordem jurídica, ele não pode se furtar da obrigação de determinar-se em conformidade com as regras do jogo.

Por sua vez, Luiz Regis Prado, ao tratar sobre a imputabilidade se posiciona no sentido de que “grande parte das chamadas personalidades psicopáticas [...], quando afetam, sem excluir a capacidade de entender ou de querer”²⁷⁹, se enquadrariam como semi-imputáveis”.

Outros que também consideram o psicopata como um indivíduo semi-imputável são Claudio Brandão²⁸⁰, Heleno Claudio Fragoso²⁸¹, Magalhães

²⁷⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 340.

²⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 340.

²⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 345.

²⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 122.

²⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 226.

²⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 208.

Noronha²⁸², Conceição Penteado²⁸³, Hans Welzel²⁸⁴, Gerson Odilon Pereira e Luiz Carlos Buarque de Gusmão²⁸⁵.

Para essa corrente, pois, a solução seria uma punição com pena diminuída.

Como se vê, a ideia de semi-imputabilidade representa a corrente mais tradicional acolhida na doutrina, com reflexos nos julgados pátrios até os dias atuais.

Veja-se:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. LATROCÍNIO TENTADO. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. TRANSTORNO ANTI-SOCIAL DE PERSONALIDADE. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA. [...] 2. TRANSTORNO ANTI-SOCIAL DE PERSONALIDADE. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. 2.1. As modernas classificações internacionais consideram as psicopatias como transtornos da personalidade e as definem como alterações da forma de viver, de ser e relacionar-se com o ambiente, que apresentam desvios extremamente significativos do modo em que o indivíduo normal de uma cultura determinada percebe, pensa, sente e particularmente se relaciona com os demais. O transtorno antissocial de personalidade coincide com o que tradicionalmente se denomina psicopatia. As personalidades psicopáticas se enquadram no rol das perturbações da saúde mental, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, regulando-se conforme o disposto no parágrafo único do art. 22, do Código Penal. 2.2. Comprovado pelo laudo psiquiátrico que o réu ao tempo do crime padecia de transtorno antissocial de personalidade, a redução de pena é obrigatória, o que é facultativo é o quantum maior ou menor (1/3 a 2/3) dessa diminuição de pena. 2.3. A consequência legal da capacidade relativa de culpabilidade por perturbação da saúde mental ou por outros estados patológicos, é a redução obrigatória da pena, pois se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, então a redução da capacidade de culpabilidade determina, necessariamente, a redução da pena. Argumentos contrários à redução da pena no sentido do cumprimento integral da pena são circulares, inconvincentes e desumanos porque o mesmo fator determinaria, simultaneamente, a redução da culpabilidade (psicopatias ou debilidades mentais explicariam a culpabilidade) e a agravação da culpabilidade (a crueldade do psicopata ou débil mental como fator de agravação da pena). Não incidência da *untermassverbot* na medida em que o legislador não atuou de maneira deficiente, mas sim ponderada. DERAM PARCIAL

²⁸² MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal – Parte Geral** –, São Paulo: Saraiva, 1973, p. 160.

²⁸³ PENTEADO, Conceição. **Psicopatologia Forense: Breve estudo sobre o alienado e a lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 47.

²⁸⁴ Hans Welzel. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 168.

²⁸⁵ PEREIRA, Gerson Odilon; GUSMÃO, Luiz Carlos Buarque de. **Medicina Legal Orientada**. Maceió: Nossa Livraria, 2012, p. 298.

PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. UNÂNIME. (TJRS –
Apelação Crime Nº 7.003 de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné,
Julgado em 17/3/2011)

Como se vê, em decisão recente e unânime, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que ao constatar o efeito do transtorno de personalidade antissocial (ou psicopatia), o julgador deverá reconhecer a semi-imputabilidade do agente e lhe conceder o benefício da redução obrigatória da pena.

Curiosamente no Brasil, se o crime tivesse ocorrido antes da reforma da parte geral do código penal em 11 de julho de 1984, a resposta por aqueles que defendem a semi-imputabilidade ou até mesmo a inimputabilidade do psicopata provavelmente seria outra. É que, antes dessa reforma, o artigo 82, inciso I, do Código Penal regulamentava que:

Art. 82. Executam-se as medidas de segurança:
I. depois de cumprida a pena privativa de liberdade.

Nesta realidade, com efeito, havia uma a aplicação de duas reprimendas: uma pena privativa de liberdade, concluindo-se com a aplicação de uma medida de segurança, que seria inicializada pelo fim da pena.

Nelson Hungria, por exemplo, defendia que a periculosidade do psicopata exigia mais do que uma pena: “depois do cumprimento desta, deve ser [o psicopata] submetido a um regime de tratamento adequado e reeducado”.²⁸⁶

Persistia então a ideia “do duplo binário (pena + medida de segurança)”²⁸⁷, sistema que permitia a imposição sucessiva de uma pena e, logo em seguida, de uma medida de segurança, numa clara dupla sanção ao indivíduo pelo mesmo fato praticado.

Neste ponto demonstra que a medida de segurança apresentava duas funções: a primeira, como substitutivo penal, que persiste na legislação atual; a segunda, como complemento de pena.

Tratando sobre a medida de segurança como complemento de pena, José Frederico Marques, a seu tempo, lecionava que a medida de segurança era “imposta em sentença condenatória, em consequência da periculosidade (presumida ou

²⁸⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 347/348.

²⁸⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Anotado**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 141.

verificada) do delinquente”²⁸⁸. Dessa forma, prossegue José Frederico Marques, “a condenação, portanto, tem duplo aspecto, uma vez que subordina o réu a uma dupla coação: a primeira relativa ao cumprimento da pena e a segunda pertinente ao cumprimento da medida de segurança”²⁸⁹.

Há de se deixar registrado que alguns países ainda adotam o sistema do duplo binário, a exemplo de Portugal, que assim regulamenta o tema:

Artigo 99º

Regime:

1 - A medida de internamento é executada antes da pena de prisão a que o agente tiver sido condenado e nesta descontada.

A diferença do artigo 99 do Código Penal português em face do antigo artigo 82 do Código Penal brasileiro se dá quando da primeira medida a ser aplicada ao infrator da norma. Aqui, primeiro se punia, e depois se tratava. Lá, ainda hoje, primeiro se trata, depois se pune.

Os dois casos geram críticas claras.

No primeiro, o antigo dispositivo do Código Penal brasileiro, punia-se aquele que necessitaria de um tratamento, por não ter plena consciência volitiva ou intelectual, para só depois o tratar. A pena teria apenas o caráter retributivo, mesmo aos incapazes.

No segundo caso, na legislação portuguesa, o indivíduo que não é capaz de responder pelos seus atos é tratado, e quando possuir alguma consciência volitiva ou intelectual, passa a ser punido. Isso demonstra um certo sadismo do legislador.

Críticas à parte, o certo é que, ao menos no Brasil, após a dita reforma penal o princípio do *ne bis in idem* (vedação da dupla punição pelo mesmo fato) se sobrepôs, substituindo o duplo binário pelo “sistema vicariante ou monista (ou pena ou medida de segurança)”²⁹⁰.

Afirma Cezar Roberto Bitencourt:

²⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 206.

²⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 207.

²⁹⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Anotado**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 141.

a reforma penal de 1984 adotou, em toda sua extensão, o sistema vicariante, eliminando definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança para imputáveis e semi-imputáveis. A aplicação conjunta da pena e da medida de segurança lesa o princípio do *ne bis in idem*, pois, por mais que se diga que o *fundamento* e os *fins* são distintos, na realidade é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado.²⁹¹

Contudo, apesar de o Código Penal brasileiro não permitir mais a aplicação de duplo binário, vez ou outra surgem julgados que tentam inovar, trazendo a efetiva possibilidade da aplicação desta dupla coação. Entre tais possibilidades, em julgado que se assemelha ao já exposto ideal apregoado por Nelson Hungria na década de 1950, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, decidiu que a psicopatia figura entre aqueles casos tidos como fronteiraços, estando, pois, entre os semi-imputáveis. Traz a possibilidade de uma dupla ação estatal, bem semelhante ao duplo binário. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE.

1. Ação de interdição ajuizada pelo recorrente em outubro de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em 7/10/2011. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial publicada em 14/2/2012. Despacho determinando a realização de nova perícia psiquiátrica no recorrido publicado em 18/12/2012.
2. Recurso especial no qual se discute se pessoa que praticou atos infracionais equivalentes aos crimes tipificados no art. 121, § 2º, II, III e IV (homicídios triplamente qualificados), dos quais foram vítimas o padrasto, a mãe de criação e seu irmão de 3 (três) anos de idade, e que ostenta condição psiquiátrica descrita como transtorno não especificado da personalidade (CID 10 - F 60.9), esta sujeito à curatela, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual.
3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação do interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos.
4. A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa.
5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa – ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais – a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos

²⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas.

6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1.767, III, do CC-02).

7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também *ratio* não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória.

8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de autolesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata.

9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo – ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes –, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, *in casu*, levaram a óbito três pessoas.

10. A solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo.

11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução – se houver – da patologia, ou de seu tratamento.

12. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1306687/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/3/2014, DJe 22/4/2014)

Numa primeira análise, como dito, o Superior Tribunal de Justiça traçou o psicopata como semi-imputável, por ser a psicopatia, de acordo com a decisão, uma das figuras que se enquadrariam entre os sujeitos fronteiros. Contudo, a dita decisão não se limita a esta decisão, trazendo outras discussões a serem explanadas. A primeira delas refere-se ao fato concreto em que se observa a responsabilidade de um menor infrator que alcançou a maioria.

Neste sentido, como o fato praticado foi de responsabilidade de um menor, apesar de não ter a responsabilidade penal de um adulto, lhe foi imposta uma reprimenda pela sua responsabilidade penal juvenil, cuja modalidade máxima é a medida socioeducativa da internação.

Apesar da pena e da medida socioeducativa não possuírem, em tese, naturezas jurídicas distintas, já que a medida socioeducativa é de “natureza administrativa”²⁹², a lastrear a “natureza educativa”²⁹³ da medida, o fato é que não se pode negar seu caráter de “natureza sancionatória”²⁹⁴, sendo, inegavelmente, uma punição ao menor infrator, o que fica muito claro quando da medida de internação, a acarretar a privação de liberdade do menor.

No mais, a dita decisão, tecnicamente, não faz uso de uma medida de segurança, mas de uma internação coercitiva por parte do Estado, lastreando-se no artigo 1.767 do Código Civil, fundamentando sua decisão na periculosidade do agente e na possibilidade de internação dos “deficientes mentais, ébrios habituais e viciados tóxicos”.

Cabe lembrar que a medida socioeducativa e a pena, como dito, possuem como característica similar a natureza sancionatória, o que é ratificado quando a medida socioeducativa se perfaz numa internação, ou seja, na privação de liberdade, que pode ser aplicada pelo prazo de até três anos, podendo ser imposta ao infrator até a maioria plena, os 21 anos de idade, quando deverá ser posto em liberdade.

²⁹² ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 287.

²⁹³ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 287.

²⁹⁴ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 288.

No caso em tela, o menor teria praticado o crime de homicídio, tendo apresentado traços de psicopatia (apesar dos traços apresentados, tecnicamente falando, o diagnóstico da psicopatia só pode ser feito em maiores de 18 anos, conforme impõe a DSM-V). Como não se poderia impor ao então menor uma pena, ou uma medida de segurança, foi-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação.

A questão toda ocorre quando, ao final da internação, em vez de pôr o menor em liberdade, o Ministério Público decide por interdita-lo e requerer a sua internação, que foi concedida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O que ocorreu na prática foi uma privação de liberdade, e após, uma medida de segurança. No primeiro caso, levando-se em consideração a gravidade do fato; no segundo, a periculosidade do agente. Isso sem dúvida representa o retorno extralegal do vetado duplo binário.

Contudo, de certo modo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça aqui trabalhada traz à tona uma preocupação pertinente no que tange ao portador da psicopatia: o seu retorno à sociedade.

É que, como bem disse Robert Hare, “a pena não surte efeito”²⁹⁵ no psicopata; ao contrário, muitas vezes eles “aprendem a usar as instituições correcionais em proveito próprio”²⁹⁶, seja com o intuito de alcançar a liberdade mais cedo, por intermédio dos meios legais que cada legislação possua, seja com o intuito de explorar aqueles que efetivamente se regeneraram²⁹⁷.

Mais preocupante ainda é a constatação feita por Heitor Carvalho, lembrado por Hélio Gomes, de que “o regime penitenciário agrava as suas evidentes tendências psicopáticas, provocando reações exógenas prejudiciais”²⁹⁸ a um possível “tratamento necessário”²⁹⁹.

²⁹⁵ MÜLLER, Senyar. Psicopatas de Escritório. Trad. Isadora Travado. In: **Revista Viver Mente e Cérebro**: Personalidade, n. 6, p. 32.

²⁹⁶ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 65.

²⁹⁷ HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013, p. 65.

²⁹⁸ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 197.

²⁹⁹ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 197.

5.3 Da defesa da inimputabilidade do psicopata

Finalmente, chega-se à terceira corrente. Nela o que se defende é a total desresponsabilização do psicopata criminoso. Aqui, como se posiciona Hélio Gomes, o homem equilibrado é aquele “cujas faculdades psíquicas de sentir, pensar e querer são proporcionalmente desenvolvidas”³⁰⁰; conseqüentemente, “desequilibrado é aquele no qual falta essa proporção”³⁰¹. Assim, conclui Hélio Gomes que, embora o psicopata apresente uma inteligência brilhante, “a sua afetividade é diminuída e a sua vontade é vacilante e indecisa”³⁰².

Na mesma linha de raciocínio, posiciona-se Eugenio Raul Zaffaroni:

Se por psicopata consideramos o sujeito que tem uma atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, ou seja, um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar pautas ou normas de conduta, o psicopata não terá capacidade para compreender a antijuricidade de sua conduta e, por fim, será um inimputável.³⁰³

Como leciona José Frederico Marques, se “o fundamento da responsabilidade é a vontade livre do homem”³⁰⁴, outra não pode ser a conclusão.

Muito distante daqueles que defendem a punição do psicopata, por acreditarem que ele seja o “senhor da sua vontade”, como demonstrado por Adriano Xavier de Lopes Vieira, o certo é que ele possui um inegável vício em sua vontade.

Aníbal Bruno sintetiza bem a questão da seguinte forma:

Certamente a loucura moral é uma anomalia do psiquismo. No seu núcleo há um déficit originário do instinto de associação e da vida anímica emocional, que marca o sujeito como um egoísta mórbido, fazendo-o insensível às desgraças e dores alheias ou mesmo inclinándolo a provocá-las. Mas uma condição que compromete tão profundamente a afetividade, não se pode dizer que deixe subsistir intacta a capacidade de um juízo ético-jurídico sobre os fatos, de um juízo em que entra em tão grande proporção o elemento emocional. E

³⁰⁰ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 193.

³⁰¹ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 193.

³⁰² GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 193.

³⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**, p. 540. No original: “*Si por psicópata consideramos el sujeto que tiene una atrofia absoluta e irreversible de su sentido ético, es decir, un sujeto incapaz de internalizar o introyectar pautas o normas de conducta, el psicópata no tendrá capacidad para comprender la antijuricidade de su conducta y, por ende, será un inimputable*”.

³⁰⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 209.

mais profundamente ainda será afetado o processo volitivo, e afetado nas suas próprias raízes, pela presença constante e irreduzível daqueles motivos anti-sociais, que impedem o livre jogo de estímulo se contra-estímulos na determinação da vontade. Acrescendo ainda que o psiquismo não é, como já se pensou, uma soma de faculdades autônomas, mas um processo orgânico cujos componentes se entrecruzam na mais estreita interdependência, e, tocado um deles, todo o conjunto se ressentido, haja embora a dominar o quadro e a mascarar todas as demais perturbações o desvio aparentemente único de um deles. Assim, a loucura moral, sob a aparência de normalidade intelectual e volitiva, é uma condição que acomete os vários tons do psiquismo, inclusive aqueles essenciais à noção de imputabilidade.³⁰⁵

Os elementos instintivos do homem funcionam em perfeita sintonia e reciprocidade constante. Desse modo, obviamente, um elemento necessita dos outros para poder agir de maneira mais sadia, como afirmou Aníbal Bruno. Na falha de um único elemento, os outros, por cadeia, acabam por ser influenciados por ele e, conseqüentemente, passam a agir de forma incomum.

Vale lembrar os ensinamentos de Alexander e Staub, lembrados por Sheyla Jorge Selim de Sales³⁰⁶, nos quais um estado patológico influencia os impulsos inconscientes do “*id*”, que preponderam sobre o “*ego*” – no caso dos psicopatas, o volitivo viciado acaba se sobrepondo ao intelectual.

Assim, apesar de o transtorno de personalidade não afetar a zona do intelectual, ele vicia a zona volitiva do indivíduo. Esse vício, no entanto, não está expresso na “liberdade de ação”³⁰⁷, mas “na liberdade da vontade”³⁰⁸. Por essa razão, Hans Welzel, que considera grande parte dos psicopatas como semi-imputáveis, rende-se a afirmar que são inimputáveis aqueles portadores das “psicopatias de alto grau.”³⁰⁹.

Apesar de ser adepta da corrente da semi-imputabilidade do psicopata, Conceição Penteado afirma que “havendo dúvidas quanto à ausência das faculdades

³⁰⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo II. Rio de Janeiro, 1956, p. 522/523.

³⁰⁶ SALES, Sheyla Jorge Selim de. Acerca da Criminologia Psicanalítica. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 5, n. 17, jan.-mar. 1997, p. 237/238.

³⁰⁷ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 99.

³⁰⁸ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 99.

³⁰⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 167. No original: “*psicopatías de alto grado*”.

mentais”³¹⁰, como também do conhecimento da ilicitude do ato praticado, aplica-se o *caput* do artigo 26, ou seja, considera-se a inimputabilidade.

Como se vê, a ideia da inimputabilidade do psicopata gera polêmicas. Além das defesas doutrinárias, há julgados das mais diversas cortes que confirmam a referida tese.

Entre os julgados pode-se destacar a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

Ementa: *Habeas Corpus*. Paciente que manteve conjunção carnal com a filha por diversas vezes. Vítima com 12 anos à época em que o fato ocorreu pela primeira vez. Absolvição. Réu absolutamente inimputável em razão do uso nocivo de bebida alcoólica. Ausência de Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Recolhimento em estabelecimento carcerário comum. Alegação de constrangimento ilegal e pretensa restituição de liberdade. ORDEM DENEGADA. Imediato internamento na instituição indicada pelo advogado do paciente. As despesas havidas com referida providência serão arcadas pelo Governo do Estado do Tocantins. 1 – **Sendo absolvido em razão da inimputabilidade ao réu deve ser aplicada medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, em sua falta, em estabelecimento adequado**, contudo, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil o qual, figura como princípio fundamental nos feitos submetidos à apreciação judicial em todos os ramos do Direito, dispõe que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. 2 – O Estado não possui Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, tanto que a Julgadora Monocrática solicitou informações acerca da existência de referido estabelecimento no país para que o paciente possa ser remanejado, no entanto, permitir que o inimputável aguarde tais providências em liberdade é uma temeridade para sua integridade própria, à segurança e serenidade de sua família, bem como, à ordem social, pois na sentença consta que, tratando-se de um homem perigoso, se posto em liberdade, os filhos e a própria companheira do réu correriam risco de morte ademais, submetido, no corrente ano, a exame de cessação de periculosidade **foi constatado que o reeducando é portador de transtorno de personalidade, psicopata, sendo considerado perigoso ao convívio social mesmo após o tratamento psiquiátrico disponível e, mesmo após o ano de internação sem ingestão de bebida alcoólica, não conserva qualquer julgamento de valor ético-moral**. 3 – É cristalina a inviabilidade da liberação de pessoas em condições similares à do paciente e, quanto a isso, temos o fato do lendário Bandido da Luz Vermelha que, após o cumprimento da prisão viveu apenas 4 meses e 20 dias em liberdade, pois em razão da notória ausência de condições de conviver em sociedade, foi o pivô de várias confusões e ameaças de morte e, vítima de seu próprio temperamento violento, sem o apoio da família e sem nenhum amigo, acabou morrendo com

³¹⁰ PENTEADO, Conceição. **Psicopatologia Forense**: Breve estudo sobre o alienado e a lei. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 47.

um tiro de espingarda disparado, em legítima defesa própria, da mãe e da filha do pescador que o acolheu em sua casa. 4 – A manutenção do ergástulo do paciente até a localização de entidade adequada de tratamento psiquiátrico, não figura constrangimento ilegal, vez que, além da segurança de seus familiares e da coletividade em geral que, **sobrepõe-se ao direito individual do inimputável, visa resguardar sua própria integridade física**. Em razão da qualificação de homem perigoso, psicopata e, com transtorno de personalidade, a prudência e o bom senso impõem a manutenção do interno na cadeia pública, não havendo que falar em constrangimento ilegal. 5 – Entretanto, havendo Clínica particular adequada à patologia do paciente, totalmente viável a internação do mesmo às expensas do Estado eis que, estar-se-á proporcionando o tratamento psiquiátrico adequado ao inimputável e, assegurando a integridade de sua família e da coletividade. ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do *Habeas Corpus* nº 4246/06 em que Honorino de Araújo Oliveira figura como paciente. Sob a presidência da Exm.^a Sr.^a Des.^a JACQUELINE ADORNO, a 2^a Câmara Criminal, **por unanimidade, conheceu do presente writ e denegou a ordem, mas determinou o imediato internamento do paciente na instituição Casa de Repouso São Francisco, localizada na cidade de Araguaína – TO, instituição essa, indicada pelo advogado do paciente durante este julgamento. Determinou, ainda, que as respectivas despesas sejam pagas pelo Governo do Estado do Tocantins.** [...] (TJTO – HC nº 4246/06 – Rel. JACQUELINE ADORNO – DJ 1519, seção 1, p. 5 “A”. 7/6/2006) (grifo nosso).

Como se observa, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, na decisão acima, julgou ordem de *habeas corpus* que tratava de uma absolvição imprópria do agente criminoso considerado por laudo pericial como psicopata. A discussão da lide, em si, refere-se à reclusão do indivíduo em sistema prisional, por não haver local adequado ao seu tratamento.

O Tribunal de Justiça do Tocantins, de início, julgou legal a possibilidade da prisão do criminoso tido como inimputável, dada a inexistência de local adequado ao seu tratamento compulsório, por considerar sua periculosidade e o receio de seu retorno ao meio social. Contudo, reconheceu a possibilidade de tratamento fora dos muros do sistema prisional, em estabelecimento privado, cabendo os custos ao Estado do Tocantins.

No âmbito internacional, Portugal tem entendido pela inimputabilidade do psicopata. Como segue:

[...] 4. É conhecida a lição de Eduardo Correia (5) quando estuda a imputabilidade e os elementos biológico e psicológico como critérios substanciais integradores da mesma. Referindo-se aos psicopatas, classifica as suas perturbações "no domínio da vida emotiva, afectiva ou da vontade". E contrariando, nesta parte, a posição de SCHNEIDER, afigura-se-lhe que, “**para efeitos jurídicos,**

as psicopatias devem ser equiparadas às doenças". Na classificação de SCHNEIDER, encontramos, entre outros, os psicopatas inseguros ou pouco confiantes em si, a que em regra estão associados complexos sexuais e processos de compensação e de supracompensação. Em face de disposições legais menos claras, já defendia Eduardo Correia que **"as psicopatias podem e devem assimilar-se às psicoses"**. **Não basta para a haver imputabilidade que alguém possua capacidade intelectual para compreender os juízos de valor ligados à sua conduta; é preciso ainda "que o agente tenha o livre exercício da sua vontade, que o agente tenha liberdade de querer de harmonia com essa valoração"** (6). É também sabido como aquele Mestre superava a aporia de uma menor liberdade na decisão do psicopata, uma imputabilidade diminuída, levar a sanções menos elevadas, em contraste com uma maior perigosidade destes agentes. Por isso, a "teoria" da culpa na formação da personalidade, a "culpa que se traduz na omissão – na omissão permanente por parte do criminoso - do cumprimento do dever de orientar a formação ou preparação da personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais". E onde a dificuldade de preparação é maior, parecendo menor a culpa do agente, aí a intensidade do dever, logo a culpa pela sua violação será mais grave e, portanto, uma censura mais acentuada e uma maior pena. **Mas se o delinquente "consegue demonstrar" que a despeito de todos os esforços que fez para controlar a sua tendência foi "irresistivelmente conduzido ao crime" então não atinge a normalidade biológica e psíquica, faltando-lhe a capacidade de valoração dos seus actos e de se decidir de acordo com a valoração feita, não sendo imputável** (7). O Colectivo seguiu esta posição, da qual se encontra eco nos artigos 71, n.º 2, alínea f; (8), do CP Penal, na fixação da pena relativamente indeterminada – artigos 83º a 90º – e no internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica (artigo 104º). 5. A tendência será para, no quadro de diagnóstico de psicopatia, os tribunais concluírem pela imputabilidade (9); a inimputabilidade nestes casos constitui uma excepção. Posto que estudos mais recentes sobre a estrutura e funcionamento cerebral dos psicopatas apontem para matrizes biológicas das psicopatias, o que levaria a classificá-las como doença mental. De qualquer modo a sua perigosidade e eventual incorrigibilidade (que resultaria agravada pela lesão/disfunção cerebral) apontaria para a aplicação de uma pena de prisão relativamente indeterminada. Conclui o Autor a que nos referimos: **"... torna-se fundamental a utilização de procedimentos rigorosos de análise e interpretação para que as decisões jurídicas que envolvam encaminhamento ou tratamento especializado, possam apresentar um maior grau de eficácia preditiva e preventiva"**. 6. Perante o exposto o que concluir quanto à indagação sobre a existência ou não de vícios na matéria de facto? Nos termos do artigo 163 do CP Penal o juízo técnico ou científico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. Por isso, "Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência" (n.º 2). O Juiz é o *peritus peritorum*, em toda a amplitude das questões suscitadas pela indagação dos pressupostos da imputabilidade, embora não haja dúvida quanto à importância da cooperação dos peritos, essencial no que concerne aos contornos da existência ou não de anomalia psíquica e, respondendo

afirmativamente a este, também e ainda na dimensão normativa dessa imputabilidade, quando o Tribunal pretende saber se o agente estava em condições de avaliar a ilicitude do crime ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Ora da leitura conjugada da matéria de facto considerada demonstrada, da fundamentação jurídica e dos exames periciais que serviram de fundo, colhe-se a ideia de que existem algumas contradições e aspectos insuficientemente clarificados. No dito "Relatório Médico legal" conclui-se que o arguido A Roxo apresenta traços marcados de Perturbação de Personalidade Antissocial, o que não impede que possa ser responsabilizado pelos seus comportamentos. **Todavia, por toda a sua história de vida e pelos traços de personalidade que apresenta, existem fortes possibilidades de repetição dos comportamentos anti-sociais.** Porém, diz-se na matéria de facto que o Colectivo dá como provada que o arguido agiu sempre, voluntária, livre e conscientemente, bem sabendo serem proibidas e punidas tais condutas; mas apresenta traços marcados de uma personalidade psicopata, com uma autoestima elevada, hostilizante, irresponsável.... **Podemos entender que o qualificativo de irresponsável se refere à autoestima, posto que não se compreenda bem o que seja. Mas logo adiante acrescenta-se que (embora) consciente dos seus actos tem atitudes de versatilidade criminal, irresponsabilidade, impulsividade, manipulação, mentira e insensibilidade, perante os quais se apresenta frio, sem ressonância ou culpa e algo exibicionista. Agora a situação torna-se mais complexa: se as atitudes de irresponsabilidade perante os seus actos, conscientes, se podem entender como de irresponsabilidade aparente, já a falta de ressonância (ética, é de supor) ou de culpa, com um perfil de exibicionismo, podem apontar para uma carência ou diminuição da imputabilidade. Ainda que essa falta de ressonância ética seja "exibida" a posteriori.** Mau grado isso, a inclinação do Colectivo vai para a plena imputabilidade ao fazer a escolha e determinação das penas parcelares e sobretudo da pena unitária aplicada. Somos assim conduzidos a encontrar contradição entre parcelas da fundamentação. Por um lado, o arguido deve ser completamente responsabilizado pelos seus actos, **mas por outro, ele apresenta-se insusceptível de culpa ou com a culpa diminuída.** Assim parece ter o Colectivo divergido das perícias realizadas, mas com uma fundamentação da divergência insuficiente ou contraditória. **E as consequências estão à vista: afinal o arguido apresenta, segundo o texto da decisão, nesta parte, sinais de "irresponsabilidade" mas é punido com maior severidade pela perigosidade que objectivou nos vários crimes do mesmo tipo já cometidos. Porém, e de acordo com o artigo 20 do CP Penal "a comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas – como tem vindo a suceder com o arguido – pode constituir índice da situação prevista no número anterior", isto é, imputabilidade diminuída.** Entendemos, pois, verificados os vícios a que se referem as alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 410 do CP Penal, determinantes do reenvio do processo. 7. As contradições enunciadas para além do ilogismo do raciocínio traduzem-se numa insuficiência da matéria de facto para a decisão, na parte em que respeita à pena (ou medida de segurança) a aplicar. O que tudo aponta para a necessidade de aproveitar para um reforço do mecanismo das perícias a fim de encontrar a decisão final que se ajuste à imputabilidade.

Vários preceitos do CP Penal em casos complexos – e não temos dúvidas que o são estes de apreciação de personalidades porventura com características psicopáticas, pela zona de fronteira em que caem – apelam à colegialidade ou interdisciplinaridade das perícias – artigos 152, n.º 2, 157, n.º 5, 158, n.º 1, alínea b, 159, n.º 2, 160, n.º 2, 351, n.º 3, todos do CP Penal. É nesta via a opinião mais recente de Figueiredo Dias (10), ao defender um "paradigma compreensivo" da imputabilidade, numa forma de culpa jurídico-penal que **"assente numa liberdade concebida como modo-de-ser característico de todo o existir humano" em que, porém, "o juízo de culpa não poderá efectivizar-se quando a anomalia mental oculte a personalidade do agente, impedindo que ela se ofereça à contemplação compreensiva do juiz"**. O que requer, no processo penal, a consagração da perícia colegial e da perícia interdisciplinar, porque o auxílio ao juiz não se bastará em regra com o saber isolado da psicologia, da psicanálise, da psiquiatria ou da sociologia. Em conformidade com o exposto, acordam os Juizes do Supremo Tribunal de Justiça em julgar verificada a existência dos vícios a que se referem as alíneas a) e b), do artigo 410, n.º 2, do Código de Processo Penal, e **ordenar o reenvio do processo para novo julgamento, relativamente à questão da imputabilidade** e consequência advenientes, o qual deve ser realizado por tribunal a determinar de acordo com o artigo 426º-A, do mesmo diploma. [...] (Portugal. STJ. 02P3716 – Rel. LOURENÇO MARTINS – unânime – j. 5/7/2002 – Data do Acórdão 4/12/2002) (grifos nossos)

RECURSO PENAL. INTERESSE EM AGIR. INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEL PSICOPATA.

I - Da sentença que o absolveu do crime de burla e ordenou a sua apresentação em estabelecimento médico-psiquiátrico para avaliação e tratamento da doença mental que o atinge, interpôs recurso o arguido. II – A motivação de recurso violou a formatação imposta pelo art. 412, nº 1. al. b) e 2, do CP Penal e, no entendimento do M.P. recorrido tendo o arguido sido absolvido não tem legitimidade nem interesse em agir até porque a decisão de internamento compulsivo que fundamenta o seu recurso foi já proferida por outro tribunal. III – Entende-se, porém, que a decisão de internamento compulsivo é decisão que pessoalmente afecta o arguido e, embora de natureza administrativa e com acompanhamento doutro tribunal, é da decisão recorrida que o arguido tem hipótese de, contra a mesma reagir, uma vez que é consequência da decisão constante da sentença de que agora recorre. IV – Face aos vícios formais da motivação de recurso já referidos, decide-se, por esse motivo, rejeitar o recurso.

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

1. No processo nº 1744/00.2SPLSB da 2ª VC 2ª S de Lisboa, após realização de audiência de discussão e julgamento, foi proferido acórdão que absolveu o arguido M. de um crime de burla simples e de um crime de falsificação agravada (arts. 217, nº 1, 255 e 256, nºs 1-a e 3 do CP) e determinou o seu internamento imediato em estabelecimento medico-psiquiátrico, adequado ao tratamento da doença mental que o atinge, por prazo não superior a cinco anos. [...] Os interesses do processo criminal encontra os seus próprios limites na dignidade humana e nos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, não podendo portanto valer se de actos que ofendam Direitos fundamentais básicos. [...]

Trata-se de uma pessoa que tendo casado aos 22 anos, **desenvolveu, a partir de dada altura uma psicose paranóide, perturbação que nunca foi tratada e se agravou acentuadamente nos últimos anos**, sem que o arguido dela tenha tido qualquer crítica. Neste contexto, o arguido formou um discurso pseudo racional, com ideias delirantes de cariz persecutório estruturado e megalómanas, interpretações delirantes, que o fazem considerar-se vítima de perseguição por parte da Judiciária, Interpol, Bancos, Juizes, Advogados e Médicos. **É inimputável por anomalia psíquica, por ser incapaz de avaliar a ilicitude do facto no momento da sua prática e de se determinar de acordo com tal avaliação art. 20 do Código Penal. Se não for tratado, o arguido oferece potencialmente elevado grau de perigosidade**, pois se por enquanto se limita a tentar fazer justiça através de meios judiciais, poderá, ao sentir-se frustrado, recorrer a métodos violentos para satisfazer essa necessidade delirante de justiça. Assim, não estão reunidos todos os elementos do tipo incriminador; pelo que o arguido terá de ser absolvido da acusação. **Verifica-se, no entanto, que o arguido só não apresentará perigosidade se for submetido a tratamento e acompanhamento psiquiátrico regular. Tratamento que deverá ser compulsivo, segundo as conclusões/ da perícia médico-legal realizada.** E que o arguido recusa, conforme apurado no facto 9. Havendo receio de que o arguido possa praticar outros factos semelhantes aos que fundamentaram a acusação, esse receio esbate-se desde que o arguido se sujeite a tratamento psiquiátrico da psicose paranóide que o atinge. [...]

Não se está aqui perante uma situação que imponha a aplicação de medidas de segurança propriamente ditas - art. 91 ss. do Código Penal. Mas sim perante uma situação em que há que decretar o internamento compulsivo do arguido, portador de anomalia psíquica, nos termos do art. 29 da Lei da Saúde Mental Lei n.º 36/98, de 24 de julho. **Entende este tribunal colectivo ser adequado o internamento compulsivo, para efeito de tratamento psiquiátrico, por um prazo não superior a 5 anos, sem prejuízo de tratamento ambulatorio sempre que possível e da eventual cessação imediata do internamento, a decidir pelo tribunal competente, nos termos dos arts. 29-2 e 30 da referida Lei de Saúde Mental.** [...] (Portugal. TRL. 7074/2005-9 – Rel.^a ANA BRITO – unânime – j. 22/9/2005 – Data do Acórdão: 22/9/2005) (grifo nosso).

Os exemplos trazidos de Portugal – o primeiro do Supremo Tribunal de Justiça, o segundo do Tribunal da Relação de Lisboa – consideram a pessoa do psicopata como um sujeito inimputável. Esta imputabilidade, com efeito, se lastreia, segundo os julgados, na ideia de que além do elemento intelectual, o sujeito, para ser tido como imputável, deve também possuir o elemento volitivo.

Tal elemento volitivo, como já esposado, representa a vontade livre e consciente do indivíduo de agir em conformidade com a norma. No caso do psicopata, como reconhecido nas duas decisões, essa vontade não é livre; ao contrário, é

viciada, padecendo de controle efetivo por parte do agente. Contudo, sua periculosidade não permite seu retorno imediato ao convívio social.

Neste caso, na visão de Pacheco e Silva, aqueles que padecem de um transtorno de personalidade equiparam-se “aos outros doentes, com os mesmos direitos, com idênticas garantias não só no terreno médico como no social”³¹¹. A medida de segurança serve para retirá-los do convívio social, enquanto carentes de uma normalidade psíquica, “para que seus semelhantes fiquem preservados de seus atos mórbidos”³¹².

Este posicionamento, com efeito, demonstra ser o entendimento mais acertado da matéria, haja vista que se tenta neutralizar os impulsos dos psicopatas criminosos, não se limitando a uma mera internação deles.

O tratamento a ser aplicado ao psicopata deve ser diverso do destinado aos criminosos comuns, levando-se em conta sua peculiaridade, para se obstar que eles voltem à sociedade da mesma forma como foram retirados do convívio social, ou em situação ainda pior.

Como exemplo, pode-se citar o caso de Acácio Pereira da Costa, vulgo “bandido da luz vermelha”. Condenado a uma pena de 351 anos, nove meses e três dias, foi solto após cumprir o limite temporal máximo permitido (trinta anos) no Carandiru. Retornou à sociedade com os mesmos impulsos criminosos. Acabou sendo morto por um pescador, Nelson Pinzegher, que viu o lendário criminoso tentar tirar a vida de seu irmão a facadas. O pivô do litígio: o bandido da luz vermelha assediava sexualmente a mãe, a esposa e as filhas do pescador, o que lembra bem a razão que o fez cometer os crimes pelos quais foi julgado e condenado.

Este caso emblemático demonstra, pois, a necessidade de se tratar o psicopata criminoso de forma diversa do criminoso comum, já que o cárcere, nos moldes tradicionais, não surte qualquer tipo de efeito sobre eles.

O deputado Carlos Lapa elaborou o Projeto de Lei nº 3/2007, que pretendia alterar o artigo 26 do Código Penal, bem como acrescentar um novo inciso ao artigo 96, e dar nova redação ao artigo 97 do mesmo diploma legal. Estes viriam com as seguintes redações:

³¹¹ PACHECO E SILVA, Antônio Carlos. **Psiquiatria Clínica e Forense**. São Paulo: Renascença, 1951, p. 569.

³¹² PACHECO E SILVA, Antônio Carlos. **Psiquiatria Clínica e Forense**. São Paulo: Renascença, 1951, p. 571.

Art. 26. São isentos de pena o psicopata e 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.

96 [...]

III. medida de segurança social perpétua.

Art. 97. A medida de segurança social perpétua será aplicada àquele, declarado, por junta médica, constituída de três psiquiatras oficiais, ser psicopata, que cometer estupro ou atentado violento ao pudor, seguidos de morte contra criança ou adolescente; e matar, sequencialmente, cuja ação indique certa constância nos procedimentos meios e fins, e praticar ações que causem terror e inquietude a população, como forma de protesto, causando a morte de inocentes.

O dito projeto de lei fora arquivado por decisão publicada no Diário da Câmara dos Deputados de 8/3/2007, página 8.640, não sendo sequer posto em votação, tendo em vista extrapolar a vigência da legislatura 2003/2007. Contudo, o teor do dito projeto, por si só, demonstra preceitos inconstitucionais, tentando impor ao psicopata uma medida de segurança perpétua, a qual já fora explanada.

Destaca-se que apenas um ponto do projeto de lei pode ser tido como positivo: o reconhecimento da necessidade de um tratamento diferenciado ao psicopata, contudo, não perpétuo, muito menos com o ideal de mera privação de liberdade, sem a perspectiva de um tratamento direcionado a uma melhora significativa do indivíduo.

Ressalte-se que, apesar de haver divergências acerca de possíveis tratamentos da psicopatia, como já relatado, há diversos defensores de uma resposta positiva ao se seguir por este caminho, donde diversas possibilidades são descritas, e novas descobertas sobre este transtorno de personalidade social são apresentadas a cada dia. Uma das mais recentes refere-se à descoberta da ação anômala das células-espelhos.

Assim, muito mais proveitoso ao meio social não é a aplicação de uma pena meramente retributiva, como a imposta ao imputável ou ao semi-imputável (neste caso, com a possibilidade de retorno antecipado do criminoso psicopata), mas a tentativa de se inibir estes impulsos do antissocial por meio de uma medida de segurança, aplicável mediante a inimputabilidade.

6. CONCLUSÃO

Como visto, três são os caminhos condizentes com o tratamento penal do psicopata criminoso.

O primeiro, aquele que pugna pela imputabilidade, que, como demonstrado, acha-se completamente contaminado pelo “*ranço de primitivo talião*”, tal como ilustrado, inicialmente, na citação posta na epígrafe deste trabalho. O que se vê, então, é o puro sentimento vingativo: em resposta ao mal praticado, aplica-se um mal estipulado.

Contudo, a vingança crua e pura não é o fim do direito penal. Muito pelo contrário, a pena deve possuir um elo pedagógico, para que possa servir como uma medida inibidora de novos delitos. Desse modo, se se pretende evitar o crime através do medo, o que para um homem médio já é contestável, para um psicopata a situação é ainda mais deprimente.

No entanto, como demonstrado, a pena acaba por não surtir qualquer efeito para o psicopata. Mas isso não é tudo. Os psicopatas, como dito, são considerados líderes natos, com um alto poder de envolvimento e convencimento, e isso permite que eles, nos presídios, sejam capazes de formar verdadeiros exércitos particulares.

No entanto, é de se verificar que a periculosidade de um psicopata dado a práticas criminosas exige uma atitude. Todavia, a reação do Estado deve ser uma reação inteligente, concentrando seus esforços no intuito de, se não anular por completo seus efeitos nocivos, ao menos minimizá-los.

Neste sentido, a medida de segurança pode ser bem empregada: ao tempo que, além de privar o psicopata criminoso de sua liberdade, o faz, ao menos em tese, por meio de tratamento direcionado à sua condição. Cabe destacar que, como visto, várias são as propostas são levantadas como possíveis tratamentos, cumprindo ao profissional da saúde direcionar aquele mais adequado a cada caso, seja tratamento medicamentoso, seja psicoterapêutico.

São vetadas, contudo, medidas radicais e que atentem contra a dignidade da pessoa humana, como o caso cirúrgico da lobotomia. Tal medida é possível, considerando tanto a imputabilidade, na qual se posiciona, como também a semi-imputabilidade, ao se substituir a medida punitiva propriamente dita pela medida de segurança.

Esse ideal, como fartamente demonstrado, é o que vem ganhando cada vez mais espaço no cenário nacional. Inúmeros julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, têm considerado a necessidade do tratamento dos portadores do transtorno de personalidade, por meio de internação.

Por outro lado, demonstra-se inerte a aplicação da punição do psicopata aos moldes de uma prisão convencional, já que, como visto, o cárcere, no caso dos psicopatas, não surte nenhum efeito quanto à sua ressocialização. Ao contrário, como também demonstrado, o psicopata passa a adquirir elementos que lhe serão úteis, seja para adquirir uma liberdade antecipada, por meio das possibilidades legais, seja para assimilar novos elementos, com o fito de se manter à margem da lei.

Neste sentido, a prisão de um psicopata, sem nenhum tipo de acompanhamento ou tratamento adequado, traz uma falsa sensação de segurança. A privação da liberdade apenas trata o problema superficial e temporariamente, sem qualquer tipo de preparo ao retorno destes indivíduos à sociedade, problema este que pode ser solucionado, em tese, por meio das medidas de segurança.

REFERÊNCIAS

ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TABORDA, José Geraldo Vernet. **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

ANTUNES, Maria João. Internamento de inimputável por Anomalia psíquica. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: RT, 2010.

ARAÚJO, J. Aureliano Correia de. **Criminologia, Psicanálise e Política Criminal**. Recife: Diário da Manhã, 1934.

BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Imposição Constitucional dos Princípios Penais**. In: Revista do Ministério Público, Alagoas, n. 6: 13-49, julho/dezembro de 2001.

_____. Imprecisões Quanto à Norma Jurídica. In: **Revista da ESMAL**, ano I, nº 2, jan.-jun., 2003.

_____. A Vítima no Processo Penal e o Protagonismo do Juiz Criminal. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; STAMFORD DA SILVA, Artur; CATÃO, Adrualdo; RABENHRT, Eduardo (Org.). **O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos**. Vol. 2. Recife: UFPE, 2012.

BARLOW, David H.; V. DURAND, Mark. **Psicopatologia – Uma Abordagem Integrada**. Trad. Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delite e delle Pene**. Milano: Feltrineli, 2007.

_____. **Questões Criminais**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

BELLING, Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito-Tipo**. Buenos Aires. Deplama, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1966.

BEVILLAQUA, Clovis. **Criminologia e Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Regis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: RT, 2010.

BLEULER, Eugen. **Tratado de Psiquiatria**. Trad. José Maria de Vellaverde. Madri: Calpe, 1924.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro, 1984.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo II. Rio de Janeiro, 1956

_____. Teoria da Periculosidade Criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: RT, 2010.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASTRO, Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de. **Da Imputabilidade Penal dos Psicopatas**. Tese (Mestrado Forense) Escola de Lisboa da Faculdade de Direito – Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2014.

CHITTÓ, Gabriel José; LÜHRING, Ginter. Transtorno de Personalidade Antissocial e Psicopatia. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittò; FURTADO, Nina Rosa (Org.). **Psiquiatria para Estudantes de Medicina**. Org. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

Código Philippino ou Ordenações e Lei do Reino de Portugal. Livro 5. Recompilada por Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomantico, 1870.

COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Nacional, 1930.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Código Penal Anotado**. São Paulo: DPJ, 2005.

D'AGOSTINO, Francesco. **Filosofia del Diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1996.

DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como Identificar um Psicopata – Cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina**. Trad. Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro. São Paulo: Cultrix, 2012.

DELGADO, Honório. **Curso de Psiquiatria**. Barcelona: Científico-Médica, 1969.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DESLANDES, Fernanda. Conselheiro do FBI diz que 1% da população é psicopata. *In Paraná Online Tribuna*. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/485432/?noticia=CONSELHEIRO+DO+FBI+DIZ+QUE+1+DA+POPULACAO+E+PSICOPATA>. Publicado em 22/10/2010.

FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus Fundamentos Empíricos**. Trad. Juarez Tavares; Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Luiz de Lemos D'oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FONSECA, Antônio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Vol. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História de Violência nas Prisões**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: IMPETUS, 2004.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1951, vol. I, tomo I.

GARRIDO, Vicente. **O Psicopata – Um Camaleão na Sociedade Atual**. Trad. Juliana Teixeira. São Paulo: Paulinas, 2011.

GASCHLER, Katja. Doentes ou Algozes? Trad. Sérgio Tellaroni. In: **Revista Viver Mente e Cérebro**: Personalidade, n. 6.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto**. Trad. Silvio Arruda de Bastos Meira. São Paulo: Três, 1974.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 192.

GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Vol. 1. Belo Horizonte: Cultura, 1998.

HARE, Robert D. **Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Trad. Regina de Sales. Porto Alegre, 2013.

HARRIS, Thomas. **O Silêncio dos Inocentes**. Trad. Antônio Gonçalves Penna. Rio de Janeiro: Altaya.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990.

HOBBS, Tomas. **El Ciudadano**. Trad. Joaquín Rodríguez Feo. Madrid: Debate/CSIC, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, tomo I, 1958.

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, tomo II, 1958.

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 1955.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 287.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOOGAN e HOUAISS. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. A Reestruturação das Relações Intergovernamentais no Brasil: A importância do art. 23 da Constituição Federal. In: **Revista da ESMAL**. Maceió: ESMAL, ano I, nº 2, jan.-jun., 2003.

LEAL, João José. A Suspensão Condicionada do Processo deve ser aplicada a todas as infrações penais previstas na Lei 9.099/95. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 4, nº 16, out.-dez. 1997.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOUREIRO, Osman. **Problemas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

_____. **Temas Penais e Outros Escritos**. Recife: Pool, 1977.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1973.

Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5 / American Psychiatric Association. Trad. Maria Inês Correia Nascimento, Paulo Henrique Machado, Regina Machado Garcez, Regis Pizzato, Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2014.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. In: **Revista de Direito UPIS**. Brasília – Ano I, vol. 1, nº 1, Janeiro de 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Curso de Direito Penal**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 206.

MASCARENHAS PRADO, Alessandra Rapassi. **Adequação Da Legislação Penal À Lei De Reforma Psiquiátrica: A Internação Como Exceção**. Ciências Penais | vol. 13 | p. 87 - 118 | Jul.-Dez. 2010, DTR\2010\627. Disponível em: Revista dos Tribunais Online.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Raízes da Sociedade Criminógena**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOLINA, Antonio García-Pablo. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995.

MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, Antônio. **As Três Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

MORSELLI, Élio. A Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010.

MÜLLER, Senyar. Psicopatas de Escritório. Trad. Isadora Travado. In: **Revista Viver Mente e Cérebro: Personalidade**, n. 6.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo – Estudos de Direito Penal no Nacional-Socialismo**. Trad. Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: 2005.

PACHECO E SILVA, Antônio Carlos. **Psiquiatria Clínica e Forense**. São Paulo: Renascença, 1951.

PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

PALOMBA, Arturo Guido. **Tratado de Psiquiatria Forense – Cível e Penal**. São Paulo: Ateneu, 2003.

PENTEADO, Conceição. **Psicopatologia Forense: Breve estudo sobre o alienado e a lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

PEREIRA, Gerson Odilon; GUSMÃO, Luiz Carlos Buarque de. **Medicina Legal Orientada**. Maceió: Nossa Livraria, 2012.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – parte especial (Arts. 121 a 234)**. São Paulo: RT, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **À Margem do Direito – Ensaio de psicologia jurídica**. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. São Paulo: RT, 1974.

PONTES, Ribeiro. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Elementos de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1965.

SALES, Sheyla Jorge Selim de. Acerca da Criminologia Psicanalítica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 5, nº 17, jan.-mar. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEVENSON, Robert Louis. **O Médico e o Monstro**. Trad. Elda Van Steel. São Paulo: Scipione, 1988.

TEIXEIRA, Napoleão Lyrio. **Psicologia Forense e Psiquiatria Médico-Legal**. Curitiba: Copyright by Autor, 1954.

TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. Curitiba: Janina, 2003.

VELO, Joe Tennysson. **O Juízo de Censura Penal: O princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

VIEIRA, Adriano Xavier de Lopes. **Manual de Medicina Legal**. Coimbra: Coimbra, 1903.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 1996.

_____; BATISTA, Nilo; ALOGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, Vol. 1, 2003.

_____. **Direito Penal Brasileiro. Vol II**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.