

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**

**FACULDADE DE DIREITO JACY DE ASSIS**

**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MYRRHA ARAÚJO BORGES**

**PSICOPATAS HOMICIDAS E A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS  
PREVISTAS PELO DIREITO PENAL**

**UBERLÂNDIA**

**2017**

**MYRRHA ARAÚJO BORGES**

**PSICOPATAS HOMICIDAS E A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS  
PREVISTAS NO DIREITO PENAL**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal de Uberlândia  
como requisito parcial para obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

**Orientador: Beatriz Corrêa Camargo**

**UBERLÂNDIA**

**2017**

**MYRRHA ARAÚJO BORGES**

**Psicopatas Homicidas e a Ineficácia da Aplicação das Penas Previstas no Direito Penal**

Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Banca de Avaliação:**

---

**BEATRIZ CORRÊA CAMARGO**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**

---

**KARLOS ALVES**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**

**Conceito Final:** \_\_\_\_\_

**Uberlândia (MG), 2017**

## RESUMO

O indivíduo psicopata é frequentemente vinculado a todo homicídio brutal, visando o presente estudo, diante análise de dados científicos e dogmáticos, a reconfiguração destes pensamentos para adequar à realidade apresentada aos agentes psicopatas, e finalmente analisar sua punibilidade frente aos institutos proporcionados pelo sistema penal brasileiro. A ideia de um ser primitivo sempre foi objeto de temor social, como ocasionador de desequilíbrio da realidade almejada pela comunidade. Os crimes que apresentam características de atrocidade geram grande comoção social, permitindo o ressurgimento de juízos da existência de seres selvagens, puramente maldosos, que conflitam drasticamente com os ideais ambicionados. Destarte, surge à figura do psicopata, um indivíduo que não apresenta características aguardadas para um indivíduo devido a sua deficiência emotiva. A confusão e temor aos psicopatas repercutem na história da humanidade, possibilitando à ciência a comprovação da sua existência e a profunda análise comportamental, e conseqüentemente a busca pela sua cura. Diante as descobertas científicas resta a desmistificação destes agentes como seres primitivos por sua natureza, e da correção de entendimentos da vinculação destes agentes a todos os crimes considerados como perversos e cruéis. A problemática da psicopatia adentra todas as ciências que prestam a estudá-la. De plano a própria conceituação da psicopatia é objeto de debates, na configuração ou não de doença nas qualidades médicas psiquiátricas. No direito penal o questionamento repercute na necessidade de adequação da psicopatia no instituto da imputabilidade. A discussão adentra os critérios de capacidade adotados pelo direito penal, para qualificar psicopatas homicidas como agentes imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis. Por consequência, intervém diretamente no campo da eficácia das medidas adotadas como resposta penal a estes indivíduos, seja na aplicação de medidas de segurança ou pela imposição da pena. Neste sentido, o debate alcança o seu ápice na discussão da eficácia das medidas imputadas a estes agentes frente às finalidades previamente a estes vinculadas, e a sua relação com as características que marcam a psicopatia.

**Palavras-chave:** Psicopatia. Direito Penal. Neurociência. Imputabilidade. Sanção Penal.

## ABSTRACT

The psychopath is frequently associated with brutal murder, and the present study, under scientific and dogmatic data analysis, the reconfiguration of these thoughts in order to adjust to the reality presented by psychopaths, moreover study their punishability on Brazilian's criminal law. The idea of a primitive being was always an object of social fear, as a unbalance creator on the dreamed reality of society. Cruel crimes often generates social commotion, allowing the rebirth of a believe in savages, purely evil who conflicts drastically with the ambitious ideal. In this way, the usual psychopath figure occurs, an individual who does not show appropriate characteristics of an sane individual due to its emotional deficiency. Confusion and fear risen by psychopaths is common on humanity's history, giving science confirmation of their existence and deep behaviour analysis, and therefore search for their cure. Such discoveries demystify these people as primitive beings, and correct erroneous understandings of their link with all perverse and violent felonies. The issue of psychopathy mingles with all sciences who studies it. The very definition of psychopathy is object of debates, on whether it is or not a psychiatric disorder. As criminal law is concerned, its questioning impacts on the need of making psychopathy a adequate case of legal disability. Debates are on whether capacity criteria currently adopted are enough to characterise homicidal psychopaths as criminally responsible or not, or even semi-imputable. As a result, goes directly to adopted measures to be effective as a response to those individuals on whether it might be pertinent to enforce security measures or legal penalty itself. In this way, the debate reaches its apogee on discussing the efficacy of legal imputed measures to such agents who previously bound to its purpose, and its relationship with the aspects that qualify psychopathy.

**Key-words:** Psychopathy. Criminal Law. Neuroscience. Criminal responsibility. Criminal sanction.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1. DIREITO PENAL E A NEUROCIÊNCIA.....</b>	<b>8</b>
<b>2. ASPECTOS DA PSICOPATIA.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1.Movimento Histórico.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2.Conceito de Psicopatia.....</b>	<b>15</b>
<b>2.3.Características.....</b>	<b>17</b>
2.3.1. Encanto Superficial.....	18
2.3.2. Egocentrismo.....	19
2.3.3. Ausência de responsabilidade.....	19
2.3.4. Ausência de sentimentos.....	20
2.3.5. Mentiras.....	21
2.3.6. Impulsividade.....	22
2.3.7. Autocontrole ineficiente.....	23
2.3.8. Necessidade de excitação.....	23
2.3.9. Delinquência juvenil.....	24
2.3.10. Incurrigibilidade.....	25
<b>2.4.Morfologia do Cérebro dos Psicopatas.....</b>	<b>25</b>
<b>2.5.Perícia e Diagnóstico.....</b>	<b>27</b>
<b>2.6.Psicopatas Homicidas.....</b>	<b>29</b>
<b>3. CULPABILIDADE NA TEORIA DO DELITO.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.Teorias da Culpabilidade.....</b>	<b>34</b>
3.1.1. Teoria psicológica da culpabilidade.....	34
3.1.2. Teoria psicológica-normativa.....	36
3.1.3. Teoria normativa pura.....	37
3.1.4. Teoria funcionalista.....	40
<b>3.2.Conceito de Culpabilidade.....</b>	<b>44</b>
3.2.1. Imputabilidade.....	46
3.2.2. Critério da imputabilidade e a psicopatia.....	49
<b>4. DA PENA E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....</b>	<b>57</b>
<b>4.1.Teorias da Pena.....</b>	<b>58</b>
4.1.1. Teorias absolutas ou retributivas da pena.....	58
4.1.2. Teorias relativas ou preventivas da pena.....	61
4.1.2.1. Teoria preventiva geral.....	62
4.1.2.2. Teoria preventiva especial.....	65
4.1.3. Teorias ecléticas ou mistas.....	67
<b>4.2.Medidas de Segurança.....</b>	<b>70</b>
4.2.1. Finalidade preventiva das medidas de segurança.....	72
<b>4.3.Resposta Penal ao Psicopata Homicida.....</b>	<b>73</b>
4.3.1. Psicopata homicida e as medidas de segurança.....	74
4.3.2. Psicopata homicida e a redução da pena.....	77
4.3.3. Psicopata homicida e a pena privativa de liberdade.....	79
4.3.4. Pena privativa de liberdade diferenciada.....	84
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>90</b>

## INTRODUÇÃO

A compreensão sobre a mente humana percorre séculos de estudos nas diversas áreas da ciência, alimentando a curiosidade da humanidade pelo autoconhecimento. No Direito Penal, com o surgimento da Escola Positiva, o estudo do crime ultrapassa a mera adequação do tipo ao infrator, para analisar o criminoso em si, nas suas especificidades físicas, mentais e psicológicas diante a execução de atos ilícitos. Compreender as razões morais e as motivações dos indivíduos possibilitaria total avaliação comportamental dos agentes infracionais, para permitir ao sistema a adoção do instrumento adequado e proporcional como resposta penal.

A veiculação massiva de atos criminosos com elevado grau de crueldade e violência promove o questionamento social do nível da perversidade humana, e conseqüentemente das possibilidades apresentadas pelo direito no combate à criminalidade, e na readequação destes indivíduos. A venda midiática dos crimes e das figuras criadas aos infratores ultrapassa o interesse puramente informativo para ganhar aspectos de entretenimento. Destarte, na busca insaciável pela audiência se utilizam de nomenclaturas específicas para a nomeação e adequação destes indivíduos, baseados em entendimentos comuns e não científicos, possibilitando a criação de figuras anormais e de natureza cruel, como ocorre com a psicopatia. Contudo, a realidade nem sempre corresponde aos fatos transmitidos, objetivando o estudo, na avaliação de métodos científicos e doutrinários, a compreensão da veracidade complexa da psicopatia e a sua relação com o Direito Penal.

O psicopata apresenta uma série de características que marcam a sua personalidade, que corresponde basicamente como resultado à sua antissocialidade e incapacidade de introjeção de valores e regras almejados pela sociedade. De plano resta evidenciar que os indivíduos psicopatas não necessariamente se confundem com agentes infratores, e, portanto, não corresponde na totalidade dos agentes homicidas. Diante a análise infracional de agentes psicopatas cabe então ao Direito Penal a melhor adequação de seu sistema perante a estes indivíduos, para então caracterizá-los como hábeis a responder pelos seus atos na semelhança dos outros indivíduos infratores, ou na diferenciação dos instrumentos imputados a estes agentes.

A interpretação das regras do Direito Penal aos psicopatas homicidas tem início na problemática da caracterização da capacidade de consciência e autodeterminação, como

requisitos para a adequação da culpabilidade e conseqüentemente aplicação da pena. A importância do estudo resta evidenciada na qualificação da capacidade humana destes indivíduos nos critérios apresentados pelo Direito Penal, frente às considerações realizadas pelas áreas médicas, na melhor adequação dos elementos para a configuração da responsabilidade penal dos psicopatas homicidas. O estudo da capacidade dos psicopatas implica diretamente nos instrumentos adotados pelo Direito Penal na resposta normativa, seja pela aplicação da pena ou da medida de segurança.

O estudo surge da inexistência de previsão legislativa sobre aplicação dos institutos frente aos psicopatas, implicando diretamente na análise teórica e sistemática da aplicação dos ideais normativos perante a complexidade que envolve estes indivíduos. A aplicação das medidas como respostas do ordenamento jurídico penal envolvem uma série de efeitos pré-programados como finalidades a serem almejadas pela sua execução, resta, portanto, a investigação da eficácia dos ideais da pena e da medida de segurança diante as conflitantes características dos agentes psicopatas homicidas.



## 1 – DIREITO PENAL E A NEUROCIÊNCIA

Na atual fase da modernidade, devido à evolução de técnicas derivadas da neuroimagem-tomografia – estudo do cérebro e de suas funções na sua fase ativa, isto é, no homem com vida – e com o progresso da ressonância magnética funcional e nuclear, além das inovações nos estudos da biologia e da genética, a Neurociência Moderna se utiliza destes novos elementos para entender o ser humano, como este se concebe em si mesmo, e como compreende a sua atuação no mundo. Os estudos se baseiam em análises do sistema nervoso e do sistema cerebral, colocando em questionamento as atuais concepções de liberdade e comportamento moral.

O atual estudo da Neurociência se objetiva na desmitificação da concepção do ser enquanto pessoa, opondo-se às antigas e conservadoras convicções sobre o atuar humano. O espaço daquele estudo não está situado apenas em um plano teórico voltado à própria neurociência, mas aos demais campos de domínio prático da vida, visto que as novas experiências envolvem conhecimentos de pontos que anteriormente não eram de fonte de estudo das ciências naturais, mas que agora se expandem e devem ser assimilados nas mais diversas áreas.

A intervenção da Neurociência nos estudos do Direito Penal não se caracteriza como tentativa contemporânea, mas um discurso que se arrasta por anos e sem efetivos resultados de adoção normativa. Contudo, devido às transformações permitidas pelo avanço tecnológico e científico a discussão ressurgiu, com novas problematizações sobre os limites de alcance destas e a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Envolvem diretamente concepções de garantias proporcionadas pelo Direito Penal, pela filosofia que configura a gramática utilizada pelo sistema vigente, além de se configurar como uma reflexão jurídica de como estas pontuações científicas sobre o cérebro humano poderão influir na evolução da pena nas sociedades modernas.

No ano de 2004 um grupo de neurobiólogos alemão – Gerhard Roth, Wolfgang Prinz e Wolf Singer - publicou um estudo relativo aos avanços da neurociência, capaz de produzir efeitos nos mais diversos setores do conhecimento, sendo uma das principais áreas o Direito Penal, em questões de fundamento da responsabilidade penal, culpabilidade e das finalidades da pena. A abordagem do estudo aponta para a análise da liberdade da vontade, que segundo este grupo de cientistas é inexistente. A segurança da afirmação da inexistência de liberdade de agir se funda segundo Demetrio Crespo (2011, p.5) por *“no porque no se pueda probar, sino*

*porque se puede probar que no existe*". A liberdade da vontade seria uma instituição que não corresponde com a realidade cientificamente possível de ser demonstrada, para WOLFGANG PRINZ: *"hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la Psicología es como desde el punto de vista de la Zoología hablar del unicórnio, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina"* (DEMETRIO CRESPO, 2011, p.7)

O debate gerado pela publicação dos estudos na Alemanha ganhou grande destaque em todo o mundo, vez que o tema implica diretamente consequência práticas. O entendimento tradicional sobre a liberdade da vontade determina que o homem seja capaz de determinar os seus atos e seus comportamentos no mundo material através de atos livres, ou seja, exercido por sua vontade, vez que implicaria uma comunicação causal entre a razão combinada com a ética e a moral. A vontade seria resultado de ações anteriores e experiências pessoais do homem, assim haveria uma valoração positiva ou negativa desta vivência no momento do exercício dos nossos atos, motivo pelo qual haveria o entendimento artificial de que somos livres em nossas decisões de atuação.

Em razão deste entendimento do homem livre, surge o debate sobre o determinismo e o indeterminismo voltado para as últimas investigações do campo da neurociência, que restaram por defender que na realidade o homem não teria a possibilidade de atuar ponderando a razão e a moral, vez que a liberdade da vontade seria meramente uma ilusão sobre um fenômeno cerebral. Demetrio Crespo citando Günther complementa:

*Como nos recuerda Günther, la función normalizadora de la atribución de responsabilidad y del lenguaje del autocontrol que se emplea para su justificación no es un rasgo a priori de la responsabilidad, sino que nace bajo determinadas circunstancias históricas. Dicha historia llevó al desarrollo de un lenguaje de la mente que permitió la organización de discursos filosóficos y científicos sobre sus elementos y las fuerzas que la dirigen.* (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 30)

A Ciência do Direito Penal não é propriamente uma ciência por natureza, consiste no estudo analítico do sistema jurídico positivado, através do método de: conhecimento, interpretação, sistematização e crítica. Evidente, contudo, que se torna imprescindível à análise de resultados que desprendem de conceitos utilizados na norma jurídica, conferido por áreas como a Neurociência. Demetrio (2011, p. 31), pondera que os conceitos trazidos pelas efetivas ciências devem ser incorporados aos particulares *"juegos de lenguaje de nuestro singular universo conceptual"*. A complexidade da realidade requer a atenção aos dados de diversas ciências e a construção de um ordenamento que atenda efetivamente as necessidades que se propõe garantir, o entendimento contrário seria capaz de concentrar o direito em um

campo parcial e reducionista, distante do mundo real. O tema sobre os pontos de interferência da neurociência em âmbito penal remete à necessidade de adoção destes novos conhecimentos, para que não seja qualificada como uma empobrecedora visão normativa, devendo se ajustar a nova realidade fática para se desenvolver na compreensão de suas linguagens.

Os atos criminosos que importam violência são os que mais apresentam evidências científicas sobre alterações no funcionamento de certas áreas do cérebro, mas que segundo Pérez Manzano:

*[...]de modo que no parece fundado sostener que han cometido el delito por decisión voluntaria y controlando em todo momento su própria conducta, siendo más ajustada la idea de que la propia configuración y funcionamiento cerebral constituyen los factores determinantes, o, al menos preponderantes, de la actuación de los delincuentes especialmente violentos. (PÉREZ MANZANO, 2011, p. 4)*

*El ejemplo que se suele sacar a colación por parte de autores como ROTH o SINGER es aquél em el que existen mayres avances em cuanto a conocimiento em los últimos años: ciertos grupos de delincuentes violentos impulsivos reincidentes em los que se encuentran anomalias o alteraciones astructurales o funcionales similares. (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 7)*

Todavía, a reunião destas características deste tipo de delinquente ainda não pode ser considerado como determinante para a prática destes crimes, ou seja, não se poder afirmar que todos os sujeitos que apresentam as mesmas alterações cerebrais vão cometer ato infracional, mas tão somente que dispõe uma vulnerabilidade, ou propensão, ao fato tipificado.

Nesta vertente, o entendimento do cérebro se torna essencial para a determinação de conceitos penais como a imputabilidade, inimputabilidade e a semi-imputabilidade, visto que o Direito Penal baseia a sua compreensão de culpabilidade na capacidade do indivíduo em compreender o ato criminoso, e exercer esse ato livre de qualquer determinação causada pela incapacidade proveniente de doenças neurológicas ou psíquicas. Neste momento a Neurociência é a única que apresenta dados relevantes sobre a conduta humana, sendo homem um ser biológico e também social, visto que comunica, interage e adquire a sua identidade com as suas devidas experiências sociais, não sendo possível ao Direito construir a sua fundamentação, seus instrumentos e métodos sem o conhecimento e incorporação de outras ciências que tratam especificamente da conduta do homem.

O Direito Penal responsável por regular as condutas dos homens, não deve se opor ao conhecimento das novas técnicas de compreensão do homem enquanto ser, ao contrário, deve se valer de novos métodos para utilizar seus dados em meios investigativos para a persecução

criminal na fase processual, bem como utilizar para o exercício do meio preventivo para a sua não realização. O ponto central de reflexão da neurociência é do funcionamento do cérebro e o conhecimento dos mecanismos cerebrais, para então conhecer a razão da atividade humana, que constitui, por sua vez, grande objeto da regulação das normas.

*La explicación del funcionamiento de los procesos neurológicos es así fundamental para entender el funcionamiento del Derecho penal como mecanismo que pretende incidir en la conducta de lo ciudadanos mediante la sanción, tanto de forma individual em quien há delinquido al imponérsele la pena, como de forma colectiva evitando que la generalidade delinca, at intimidar o al reafirmar el ordenamiento jurídico; el conocimiento de los procesos neurológicos es necesario para comprender el funcionamiento del Derecho penal, para mejorar sus instrumentos y para fundamentar racionalmente sus elementos conceptuales y sus fines. (PÉREZ MANZANO, 2011, p. 8)*

Portanto, sendo a essência da conduta a própria tomada de decisões sobre seus atos de acordo com as suas razões, ponderado com a sua moral, a análise dos instrumentos regulatórios da ação do homem não podem deixar de observar o funcionamento da realização deste ato. Atualmente, frente às novas concepções do funcionamento cerebral sobre a conduta do homem, principalmente pela concentração de evidências científicas de alterações cerebrais de delinquentes violentos, o Direito Penal poderá se utilizar de novos meios para garantir a adequada análise do indivíduo. Esta análise se dá em diversos momentos, como na ponderação dos elementos de consciência da culpabilidade do agente, bem como o “poder agir de outra forma” que configura análise também para apuração do ato infracional, assim como no período de provas para se valer de laudos periciais e posteriormente na melhor forma de condenação do indivíduo, para que se garanta a medida de máxima justiça, assim como respeite as finalidades da pena e a possibilidade de reingresso do indivíduo na sociedade.

## 2. ASPECTOS DA PSICOPATIA

O desenvolvimento proporcionado pelas pesquisas sobre as bases neurobiológicas dos mecanismos do cérebro, e especialmente no que tange o estudo da personalidade, resulta em um enorme interesse na análise dos psicopatas, e conseqüentemente no seu alto potencial de destrutividade. O maior acesso aos instrumentos da tecnologia e da ciência nos permite adentrar ao desconhecido, na busca pela compreensão das peculiaridades da humanidade.

### 2.1 Movimento Histórico

Os estudos que tentam apontar elementos comuns entre os delinquentes transcorrem a mais de um século. O surgimento das Escolas Penais no final do século XVIII, e especialmente a Escola Positivista Antropológica, voltaram o estudo do direito penal para o conhecimento do próprio criminoso, tendo como um dos principais expoentes Cesare Lombroso, que apontou características fisionômicas, genéticas como determinantes para a composição do ser criminoso.

Os apontamentos de Lombroso tornaram de suma importância na área do direito penal. Influenciado pela evolução de Darwin, Lombroso realiza um profundo estudo de criminosos condenados, na tentativa de precisar características semelhantes dos delinquentes e assim comprovar uma determinante dos seus atos. Ao afirmar a inexistência de um livre-arbítrio, o fundador da Escola Positivista Antropológica, determina o criminoso como ser próximo ao ser primitivo, sem forças para lutar contra os seus atos por estarem pré-destinados à execução de crimes.

Lombroso construiu uma teoria evolucionista na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, aqueles indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime. (ALVAREZ, 2002, p. 679)

No entanto, devido à inexistência de tecnologia capaz de comprovar os seus levantamentos, a teoria restou inaplicável.

Na área da medicina o professor da Universidade de Pavia, Girolano Cardamo (1501-1576), foi o primeiro a retratar o que seria um comportamento próximo ao que se denomina atualmente de personalidade psicopática. O italiano conduziu escrito de diversas áreas da ciência como matemática, filosofia, religião e música, mas tendo como principal proveito ao

estudo da psicopatia o desenvolvimento de trabalhos na área da medicina. O seu estudo concluiu por solucionar o enigma de uma dita “*improbidade*”, como transcreve Ballone e Moura (2008), que segundo o autor não seria capaz de gerar a insanidade total do homem. A partir da tragédia de ter seu filho decapitado por ter envenenado a sua própria mãe, e, portanto, a sua esposa, Cardamo conclui pela existência de um desvio do indivíduo autor do crime, mas que não extingue totalmente a aptidão para a direção de seus atos a partir de sua vontade.

Pablo Zacchia (1584-1664) considerado como o criador da Psiquiatria Médico Legal, lançando em sua obra *Questões Médicos Legais* a necessidade de intervenção de conhecimentos médicos no âmbito forense, e efetivamente de análise por estes profissionais no conhecimento do indivíduo infrator. A importância da reafirmação da relação entre as ciências remonta na necessidade do estudo da fisionomia, das especificidades físicas e psíquicas que se exteriorizam nos atos do homem.

No Tratado Médico Filosófico publicado por Philippe Pinel, em 1801, determina que os loucos em nenhum momento sofrem uma diminuição em seu entendimento, mas que estariam dirigidos por algum exaltação instintiva, e o único dano seriam as suas próprias faculdades instintivas. Contra a ideia tradicional da impossibilidade da existência concomitante entre uma “*mania sem delírio*” (HARE, 2013, p.41), afirma que admissível seria a convivência no mesmo ser de insanidade e consciência intelectual, mas com um prejuízo afetivo e da vontade. No ano de 1835, James Cowles Prichard designa a expressão “*insanidade moral*”, como característica da conduta antissocial e a inexistência de senso ético de alguns delinquentes.

Um dos primeiros médicos a escrever sobre psicopatas foi Philippe Pinel, psiquiatra francês do começo do século XIX. Ele usou o termo mania sem delírio para descrever um padrão de comportamento marcado por absoluta falta de remorso e completa ausência de contenção, um padrão que ele acreditava distinto daquele mal que os homens costumam fazer. (HARE, 2013, p. 41)

Julius Ludwig August Koch, em 1888, “refere-se, pela primeira vez, às inferioridades psicopáticas (*Psychopathischen Minderwertigkeiten*)” (GARCIA, 1979, p. 197). A inferioridade seria social e não moral, como se afirmava a doutrina anterior. Neste sentido, as inferioridades psicopáticas seriam congênitas e eternas. Em 1896 surge o termo personalidade psicopática, denominado por Kraepelin, capaz de se tornar grande centro de debates científicos sobre a sua natureza, e outros transtornos psíquicos como determinantes para o cometimento do crime. A expressão foi empregada no capítulo que se dispunha a discutir as

categorias preliminares das psicoses, e assim das personalidades abortadas “cuja formação foi alterada por influências genéticas, por lesões germinais ou por outras inibições precoces do seu desenvolvimento” (GARCIA, 1979, p. 197).

Em 1900, Paul Julius Möbius critica a noção da degeneração, adotada pela doutrina francesa, afirmando que os psicopatas são “uma variedade mórbida do normal” (GARCIA, 1979, p. 198). Discutiu-se se a psicopatia compreenderia somente o congênito ou se revelaria por fatores fenotípicos. A dicotomia entre a causa da psicopatia ainda é objeto de grande questionamento na área da psiquiatria, adotados por uns como um fator genético, e, portanto, nato do indivíduo, e o por outros como uma predisposição que tem o seu máximo alcance devido a fatores sociais vivenciados, assim como fatores ambientais e biológicos.

Na tentativa de solucionar o impasse do surgimento da predeterminação do homem ao crime, Johanne Langes em 1929, por meio de sua monografia *Crime como Destino (Verbrechen als Schocksal)*, realizou estudos com 30 pares de gêmeos do mesmo sexo, com registro de delitos. “[...] Lange’s finding that identical twins had a high (77%) concordance rate, whereas nonidentical twins had a low one (12%) seemed to suggest that heredity played a overwhelming role in criminal behavior” (BECKER; WETZELL, 2006, p. 409). O resultado da pesquisa coloca os fatores genéticos como possíveis determinantes para o desvio social, visto que em gêmeos idênticos a semelhança de ações e de crimes se deu em 77%.

Kurt Schneider apresentou em 1923 a sua monografia *Personalidades Psicopáticas*, definindo os psicopatas como seres “anormais, que sofrem por sua anormalidade ou fazem sofrer a sociedade” (GARCIA, 1979, p. 199). Contrariamente a concepção da formação da personalidade pelo conjunto de elementos de inteligência, instintos, sentimento e vontade, Schneider define a personalidade como uma relação entre o código genético e o ambiente ecológico. Garcia (1979) no estudo dos conhecimentos de Schneider demonstra a preocupação do autor em postular que a personalidade psicopática não se refere propriamente a uma patologia, e que não implica necessariamente no reconhecimento de uma doença, como fica evidente na passagem em que cita o autor:

Em nosso juízo – continua ele – os fenômenos psíquicos só são patológicos quando sua existência está condicionada por alterações mórbidas do corpo. Assim, são patológicas as psicoses orgânicas ou tóxicas e seguramente, as esquizofrênicas e ciclímicas. Nenhum motivo justificado existe – continua – para qualificar como patológicas as personalidades anormais. Não são doentes, nem mesmo enfermos nervosos, pois não se sabe que papel desempenha o sistema nervoso, se mais específico do que o de outros órgãos. (GARCIA, 1979, p. 200)

O livro “A máscara da sanidade”, escrito pelo psiquiatra americano Hervey Cleckley em 1941, trouxe conceitos sobre os psicopatas, e em 1964 descreveu suas características marcantes, além de estabelecer em 1976 critérios de diagnósticos da psicopatia, que trouxeram traços de enorme importância para o estudo prático dos indivíduos com este transtorno de personalidade. Com a publicação de *The mask of sanity* (A máscara da Sanidade) descreve o autor que sua obra abordaria questões que é “muito conhecido, mas ignorado pela sociedade como um todo” (SILVA, 2014, p.68). Em sua obra demonstra diversos casos por ele atendido, apresentando características como: “charme acima da média, uma capacidade de convencimento muito alta e ausência de remorso ou arrependimento em relação às suas atitudes” (SILVA, 2014, p. 68).

Os estudos de Cleckley foram complementados pelo psicólogo canadense Robert Hare, que dedicou sua vida profissional nos estudos sobre a psicopatia. A partir da dedicação de anos de pesquisa, Hare montou em 1991 um questionário que foi denominado escala Hare, ou PCL-R, constituindo atualmente o melhor método para avaliação do indivíduo psicopata.

A escala Hare também recebe o nome de *psychopathy checklist*, ou PCL, e sua aceitação e relevância têm levado diversos países a utilizá-la como um instrumento de grande valor no combate à violência e na melhoria ética da sociedade. (SILVA, 2014, p. 69)

No momento, parece haver consenso de que o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de reincidência, violência e intervenção terapêutica. (TRINDADE, 2010, p. 169)

Nas décadas sucessivas os autores se limitaram a traçar as características da psicopatia, tais como: deficiência afetiva e instintiva, pequena tolerância a frustrações, e tendência a impulsividade e a serem anti-sociais.

## **2.2 Conceito de Psicopatia**

Os transtornos mentais e os de comportamento, na classificação revisada do CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), incluem o transtorno de personalidade “como uma perturbação grave da constituição da caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo” (MORANA et al., 2009, p. 75). Entretanto, esta perturbação não configura uma doença ou lesão cerebral, mas são consideradas como disfunções no desenvolvimento psíquico, descrita como “perturbação da



saúde mental” (MORANA et al., 2009, p. 75). Estes transtornos seriam, portanto, uma combinação da perturbação da afetividade, das atitudes e comportamentos impulsivos.

Literalmente a palavra psicopata remonta doença da mente (do grego *psyche* = mente, e *pathos* = doença). Apesar da nomenclatura, os termos médico-psiquiátricos não adotam a psicopatia no âmbito de doenças mentais. A autora Ana Beatriz Barbosa (2014), especialista em comportamento humano, aponta que:

Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). (SILVA, 2014, p. 38)

Na ciência do direito o renomado doutrinador Néelson Hungria postula que os psicopatas são:

Portadores de psicopatias a escala de transição entre psiquismo normal e psicoses funcionais. Seus portadores são uma mistura de caracteres normais e caracteres patológicos. São os inferiorizados ou degenerados psíquicos. Não se trata propriamente de doentes, mas de indivíduos cuja constituição é “*ab initio*”, formada de modo diverso da que corresponde ao “*homo medius*”. (JÚNIOR, 1982, p. 140)

A psicopatia não se configura em transtorno mental no mesmo sentido que a esquizofrenia se inclui, assim como o retardo e a depressão, mas a sua adequada classificação são nos transtornos de personalidade, devido à condição da desarmonia na sua formação. A personalidade se qualifica como a individualização do ser humano, através de seus modelos de pensamento, sentimento e comportamento, ou seja, é própria do indivíduo, mas se manifesta globalmente por possuir componentes cognitivos, e se exteriorizarem nas relações interpessoais e assim como em seus atos comportamentais.

Personalidade é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais. Como se pode notar, a personalidade está fundada numa construção, e não num grupo de características estanques e adquiridas pelo nascimento. (TRINDADE, 2010, p. 60)

As personalidades psicopáticas se incluem no rol de transtornos da personalidade por apresentarem um desajustamento individual, que se refere à má formação da personalidade do indivíduo. Revelam-se, neste contexto, pela imaturidade emotiva e o infantilismo, sendo marcantes as reações de impulsividade e baixa tolerância pelo não alcance de seus anseios. São qualificados como indivíduos que detêm padrão intelectual médio, e por muitas vezes elevado, mas que exteriorizam distúrbios de conduta com a realização de atos tidos como antiéticos e antissociais, não sendo passíveis de serem influenciados pelos meios educacionais e coercitivos.

O sintoma nuclear da psicopatia é esta incapacidade de aprender pela experiência as normas da sociabilidade e do bom senso, ou ainda de adaptar-se pela assimilação e pela correção às modificações ou inovações ocorrentes no grupo comunal ou histórico em que deve actuar o indivíduo. (GARCIA, 1979, p. 204)

Os indivíduos portadores deste transtorno são vistos pela sociedade como pessoas problemáticas de difícil convivência, seus comportamentos por vezes são turbulentos e incoerentes devido ao imediatismo de seus desejos. Neste sentido, o transtorno se traduz em atritos relevantes em relacionamentos com outros indivíduos, que são resultados da desorganização na interação da vida afetivo-emocional.

A psicopatia é uma síndrome que pode ser definida em termos de combinação de certos traços de personalidade e conduta socialmente desviante. Tais indivíduos têm uma estrutura de personalidade caracterizada por uma combinação de aspectos interpessoais, afetivos e comportamentais em que arrogância, insensibilidade, comportamento manipulador e superficialidade nas emoções são salientados. (BINS; TABORDA, 2016, p. 9)

Sem qualquer prejuízo da consciência de seus atos, visto que a sua parte cognitiva é mantida, o psicopata sofre de distúrbio no campo dos afetos e das emoções, se apresentando, geralmente, como frios, dissimulados, mentirosos e calculistas, não se limitando a atos considerados antiéticos, ou mesmo infracionais, para alcançar as suas metas.

[...] assassinos *psicopatas* não são loucos, de acordo com padrões psiquiátricos e jurídicos aceitáveis. Seus atos resultam não de uma mente 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. Esse comportamento moralmente incompreensível exibido por uma pessoa aparentemente normal nos deixa desorientados e impotentes. Por mais que tudo isso seja perturbador, precisamos ter o cuidado de manter certa clareza, pois o fato é que a maioria dos psicopatas realiza seus empreendimentos sem matar ninguém. (HARE, 2013, p.23)

Destarte, surge no campo da área forense a importância da discussão sobre os psicopatas, visto que não raramente se envolvem em atos criminosos, levantando de forma recorrente a análise sobre a culpabilidade de seus atos, assim como a medida sancionadora eficiente a ser aplicado.

### 2.3 - Características

O livro *The mask of sanity* (A máscara da sanidade), escrito pelo psiquiatra Hervey Cleckley em 1941, descreve um problema conhecido, mas ignorado. Com base nas avaliações de Cleckley, sobre os diversos pacientes que possuíam as características da psicopatia, o psicólogo Robert Hare – professor da University of British Columbia – reuniu as informações

para montar em 1991 um questionário que foi denominado escala Hare, ou PCL-R, e que atualmente é o método mais confiável para identificação de indivíduos psicopatas, como aborda o doutrinador Trindade (2010, p.169), em sua obra: “[...] o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência”.

O estudo sobre a psicopatia requer a análise do modo de comportamento dos psicopatas, razão pela qual serão expostos os principais pontos deste transtorno. Ressalta-se que a identificação pura de alguns sintomas não é suficiente para o diagnóstico da psicopatia, e que somente um profissional qualificado será capaz de efetivamente determinar a caracterização do indivíduo psicopata.

### 2.3.1 – Encanto Superficial

Apesar de nem todos os psicopatas serem superficialmente encantadores, é expressivo o número de agentes que se utilizam deste meio para manipular suas vítimas, como meio de sobreviver na sociedade.

Os psicopatas costumam ser espirituosos e muito bem articulados, com uma conversa divertida e agradável. Geralmente contam histórias inusitadas, mas convincentes em diversos aspectos, nas quais eles são sempre os mocinhos. (SILVA, 2014, p. 69)

São capazes de demonstrar grandes conhecimentos nas artes, biologia, sociologia, poesia ou qualquer área de interesse da vítima, para apresentar conectividade e proximidade de referências com o indivíduo que se pretende manusear. Mesmo com o incrível poder de manipulação e encantamento é possível ser revelado o seu real comportamento, e a superficialidade do conteúdo. Ao serem desmascarados não apresentam constrangimento ou vergonha, e por se caracterizarem como grandes farsantes se valem de outros meios para sair da situação, alterando o assunto com total tranquilidade sobre o meio.

Ao se apresentar, costumam ser muito efetivos e, com frequência, mostram-se agradáveis e atraentes. Para alguns, porém, eles parecem pretensiosos e lisonjeiros demais, claramente falsos e superficiais. Observadores astutos costumam ter a impressão de que os psicopatas estão desempenhando um papel, “repetindo suas falas” mecanicamente. (HARE, 2013, p. 50)

A necessidade de representação de um personagem fictício, ou de apresentação de um superficial conhecimento de determinada área apresenta como um instrumento de manipular os indivíduos a sua volta, buscando conquistar seus objetivos, bem como para iludir a vítima e

perpetuar a sua farsa. Evidente, contudo, que o correto manuseio das informações prestadas, através de um especialista, se faz possível à verificação da farsa, com uma contradição mal programada, ou repetição superficial de conhecimentos.

### 2.3.2. Egocentrismo

Os agentes psicopatas possuem visão supervalorizada de seus valores e da sua importância no mundo, visto que se veem como o centro do universo, no qual todos devem atender as suas expectativas e anseios. Colocam-se em posição superior aos outros indivíduos, e desde modo se permitem viver de acordo com as suas regras, “Embora saibam que estão violando os direitos básicos dos outros, por escolha, reconhecem somente as suas próprias regras e leis” (SILVA, 2014, p.71).

Os psicopatas têm uma visão narcisista e exageradamente vaidosa de seu próprio valor e importância, um egocentrismo realmente espantoso, acreditam que têm direito a tudo e consideram-se o centro do universo, seres superiores que têm todo o direito de viver de acordo com suas próprias regras. “Não é que eu não cumpro as leis”, disse um dos sujeitos de nossa pesquisa. “Eu sigo as minhas próprias leis. Nunca violo minhas próprias leis”. (HARE, 2013, p. 53)

O egocentrismo marca o psicopata, visto que todos os seus atos se voltam propriamente à satisfação dos seus desejos, e por isso é capaz de desencadear algumas das outras características, como a falta de empatia, recusa pela aceitação de responsabilidade pelos seus atos, a mentira e a impulsividade. Ou seja, a visão de que a sua existência deve ser mantida para a garantia de suas pretensões acaba por fundamentar uma série de meios para conquistá-la, como se justificasse com a máxima: os fins justificam os meios.

### 2.3.3 – Ausência de Responsabilidade

São incapazes de reconhecer a responsabilidade de seus atos, visto que considera que a culpa é sempre de terceiros. Não se sentem constrangidos com as suas dívidas ou problemas legais, encaram como problemas transitórios, como se lhes faltassem sorte, ou por infidelidade de amigos ou como consequência do sistema econômico financiado por pessoas incompetentes.

Sua defesa é aloplástica: colocam sistematicamente a culpa de seus erros nos outros. Por isso, não conseguem aprender com a experiência e constroem uma vida pobre

porque repetem os mesmos comportamentos, uma vez que nada há a consertar ou aprimorar. (TRINDADE, 2010, p. 176)

As consequências dos seus atos, mesmo quando devastadores, não é objeto de arrependimento do psicopata. A culpa seria uma ilusão utilizada pelo sistema para limitar a atuação da população, e eles, livres de uma coerção imposta pelo sistema, seriam autossuficiente e reguladores de suas próprias condutas.

A falta de remorso ou de culpa do psicopata está associada com uma incrível habilidade de racionalizar o próprio comportamento e de dar de ombros para a responsabilidade pessoal por ações que causam desgosto e desapontamento a familiares, amigos, colegas e a outras pessoas que seguem as regras sociais. (HARE, 2013, p. 56)

Antes da própria execução, o *serial killer* Ted Bundy falou diretamente sobre culpa em várias entrevistas a Stephen Michaud e Hugh Aynesworth. [...] “Culpado?”, ele repetia na prisão. “Esse é um mecanismo que se usa para controlar as pessoas. É uma ilusão. É um tipo de mecanismo de controle social, e é muito doentio. Isso faz o nosso corpo reagir de um modo horrível. E há modos muito melhores de controlar nosso comportamento do que o uso extraordinário da culpa”. (HARE, 2013, p. 56)

A capacidade extraordinária de racionalizar todos os seus atos, e conseqüentemente os seus efeitos, garante a estes agentes a liberdade das emoções, para que então seja possível atuar desprendido de remorso, e preocupação do prejuízo causado a terceiros. A impossibilidade de serem tocados por sentimentos lhes garante a ideia de uma ilusão do sentimento de culpa, visto que conhecem somente a palavra na sua forma conceitual, assegurando que esta seria apenas um instrumento encontrado para garantir o controle dos atos da população.

#### 2.3.4 – Ausência de Sentimentos

Apresentam uma limitação emocional, evidenciada pela pouca variedade e intensidade de seus sentimentos. “Eles são incapazes de sentir certos tipos de sentimento, como o amor, a compaixão e o respeito pelo outro” (SILVA, 2014, p. 80). Em certas ocasiões os psicopatas podem utilizar de encenações para falsear emoções, porém não são capazes de diferenciar elementos específicos de cada um, pois não conseguem vivenciá-los.

Os laços sentimentais habituais entre familiares não existem nos psicopatas. Além disso, eles têm grande dificuldade para entender os sentimentos dos outros mas, havendo interesse próprio, podem dissimular esses sentimentos socialmente desejáveis. Na realidade são pessoas extremamente frias, do ponto de vista emocional. (BALLONE; MOURA, 2008)

A pobreza de sentimentos gera uma confusão ao agente com psicopatia, como o amor quando na verdade se caracteriza como uma excitação sexual, a tristeza com uma frustração e raiva. Alguns psiquiatras asseguram que as emoções apresentadas pelos psicopatas são superficiais ao ponto de serem configuradas como próximo ao “protoemoções” (SILVA, 2014, p. 80), que seriam respostas do ser primitivo às suas necessidades imediatas. Não sentem sensações físicas decorrente de grandes emoções, como o medo, desta forma compreendem os sentimentos como algo conhecido somente em palavras, mas que não pode ser experimentado.

A título de conhecimento científico alguns condenados considerados psicopatas foram submetidos à visualização de imagens de conteúdo chocante, a apresentação de imagens a pessoas comuns resultaram em sensações de físicas de arrepio e tristeza, mas para os psicopatas não restou configurado qualquer esboço de incomodo.

Os resultados desse estudo demonstraram que, diferentemente das pessoas comuns, os psicopatas apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às emoções em geral. Em contrapartida, revelaram aumento de atividade nas regiões responsáveis pela cognição (capacidade de raciocinar). (SILVA, 2014, p. 81)

Apesar de não ser conhecida efetivamente a causa da psicopatia, a análise do cérebro de diversos agentes tidos como psicopatas revelam a disfunção no reconhecimento de emoções, prevalecendo, sempre, uma maior atividade na área cerebral que corresponde à racionalização das imagens percebidas.

### 2.3.5 - Mentiras

A mentira é uma ação que se insere em toda a sociedade, realizada de forma consciente ou inconsciente. Embora qualquer pessoa seja capaz de mentir, seja por motivos de necessária convivência, ou mesmo para escapar de uma situação constrangedora, o psicopata se utiliza desta ferramenta como meio de sobrevivência, aplicando em todas as situações cotidianas possíveis, se transformando em comportamento habitual. São mentirosos contumazes, com grande profissionalismo enganam de forma fria e calculista, “Ele mente olhando nos olhos e com atitude completamente neutra e relaxada” (BALLONE; MOURA, 2008).

É comum que o psicopata priorize algumas fantasias sobre circunstâncias reais. Isso porque sua personalidade é narcisística, quer ser admirado, quer ser o mais rico, mais bonito, melhor vestido. Assim, ele tenta adaptar a realidade à sua imaginação, à seu personagem do momento, de acordo com a circunstância e com sua

personalidade é narcisística. Esse indivíduo pode converter-se no personagem que sua imaginação cria como adequada para atuar no meio com sucesso, propondo a todos a sensação de que estão, de fato, em frente a um personagem verdadeiro. (BALLONE; MOURA, 2008)

A manipulação, e a mentira são talentos natos, objetos de trabalho executados sistematicamente, e motivo de orgulho dos seus agentes. Vangloriam-se de suas habilidades, que são potencializadas devido à capacidade de interpretar o personagem por falas expressivas associadas à performance corporal, como uma enriquecida peça teatral. Se forem descobertos não expressam vergonha ou constrangimento, facilmente se valem de outros meios para se afastar do cenário.

### 2.3.6 - Impulsividade

Em decorrência do egocentrismo o psicopata apresenta a necessidade de imediatividade da satisfação de seus desejos, ultrapassando qualquer obstáculo que se encontra no seu caminho para a realização de seus anseios, sem apresentarem culpa ou arrependimento. Geralmente não se preocupam com o futuro, “São imediatistas e presenteístas” (TRINDADE, 2010, p. 166), sem freios eficientes para derrubar o que os limitam.

A impulsividade apresentada pelos psicopatas visa sempre alcançar prazer, satisfação ou alívio imediato em determinada situação, sem nenhum vestígio de culpa ou arrependimento. (SILVA, 2014, p. 84)

Devido à ausência de sentimentos, e da presença de valores sociais e ético, são impulsionados ao cometimento de brutalidades e crueldades para finalmente conquistarem suas necessidades imediatas. “Essa impulsividade reflete também um baixo limiar de tolerância às frustrações, refletindo-se na desproporção entre os estímulos e as respostas, ou seja, respondendo de forma exagerada diante de estímulos mínimos e triviais” (BALLONE; MOURA, 2008).

Nesta vertente, a necessidade de imediatismo resulta também na alta possibilidade de frustração, e conseqüentemente na resposta por meio de atos exagerados. Na tentativa de exemplificar esta característica marcante, Silva (2014, p. 84) descreve o ato de um psicopata condenado que foi avaliado pelo psiquiatra Hare, no episódio o indivíduo queria comprar cerveja, mas percebeu que havia esquecido o dinheiro em casa, razão pela qual assaltou o posto de gasolina agredindo gravemente o funcionário com um pedaço de madeira. A busca

pela realização de metas, e a frustração são comuns aos indivíduos, o diferencial do psicopata é o avanço de qualquer obstáculo posto a sua frente, não sendo limitado por qualquer força, para que efetivamente esteja satisfeito do modo e do tempo que necessite.

### 2.3.7 – Autocontrole ineficiente

Outras características do psicopata costumam ser a brutalidade e a subtaneidade da manifestação agressiva, que pode ser comparada a uma explosão, a um curto-circuito, e a frieza aparente como se o sujeito estivesse desprovido de emoção e se relacionasse com o objeto através da sua incorporação ou da sua destruição: “se não posso obtê-lo, vou destruí-lo”. (TRINDADE, 2010, p. 166)

Normalmente as pessoas se comportam controlando suas emoções, na tentativa de se limitarem a exercer atos de agressividade e explosão. Evidente, entretanto, que apesar da existência do autocontrole disponível nas pessoas normais, esta poderá ser afastada em momentos excepcionais, visto que o homem está sujeito a diversas alterações emocionais a depender das situações que lhes são impostas.

Os psicopatas por sua vez possuem níveis diversos de autocontrole, apresentando normalmente um grau bem reduzido desta capacidade. São caracterizados como explosivos, que seria resultado de contra resposta às suas frustrações e a críticas ao seu trabalho, pensamentos ou modo de agir. Ofendem-se com grande facilidade, e se tornam violentos por motivos fúteis ou torpes. “Quando um psicopata apresenta uma explosão de fúria, chegamos a pensar que teve um ataque súbito de loucura. Mas não se iluda: ele sabe exatamente o que está fazendo” (SILVA, 2014, p. 86). Quando perde o controle da situação, o psicopata sabe exatamente o ponto de pretende alcançar, se recusando a aceitar que possui descontrole do seu temperamento. Por vezes é capaz de descrever seus atos de fúria como uma consequência natural das circunstâncias que lhe foram expostas.

### 2.3.8 – Necessidade de Excitação

Não são apreciadores da rotina, preferem viver em eterno estado de excitação. Buscam viver no limite, e para isso se envolvem muitas vezes em situações ilegais, procuram nos atos perigosos e proibidos a excitação ou adrenalina que tais atos são capazes de lhes proporcionar.

[...] apreciam viver no limite, no conhecido “fio da navalha”. Nessa busca desenfreada, muitas vezes envolvem-se em situações ilegais, agressões físicas,



brigas, desacatos a autoridades, direção perigosa, uso de drogas, promiscuidade sexual etc. (SILVA, 2014, p. 87)

Neste contexto, a característica da necessidade constante de excitação acaba por se tornar de extrema relevância pro direito penal, visto que o indivíduo entra em contato frequentemente pela violação de regras na tentativa exagerada de viver o perigo.

### 2.3.9 – Delinquência Juvenil

É importante destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim e assim permanecem durante toda a sua existência. Os psicopatas apresentam, em sua história de vida, alterações comportamentais sérias desde a mais tenra infância até os seus últimos dias, revelando que, antes de tudo, a psicopatia se traduz numa maneira de ser, existir e perceber o mundo. (SILVA, 2014, p. 91)

Os problemas comportamentais se apresentam cedo, como mentiras, furtos, e violência com animais ou outras crianças. A necessidade de avaliação de indivíduos com problemas comportamentais na primeira infância se apresenta de total importância, na tentativa de frear o prosseguimento dos atos para que estes não se tornem adultos violentos, ou mesmo psicopatas.

Ressalta-se que apesar de serem noticiadas frequentemente crianças que cometem grandes crueldades, como seres psicopatas, a Associação Americana de Psiquiatria- APA – determina que nenhum menor de 18 anos pode ser diagnosticado como psicopata, vez que a sua personalidade ainda não foi formada.

Nesses casos, o que pode existir é o transtorno de conduta – um padrão repetitivo e persistente de comportamento que viola regras sociais importantes em sua idade, ou os direitos básicos alheios [...]. E esse transtorno revela um forte risco de caminhar, no futuro, para o transtorno da personalidade antissocial – ou a psicopatia. Enquanto não se pode dizer que toda criança com transtorno de conduta será psicopata, certamente todo psicopata sofria desse transtorno quando era menor. (SGARIONI, 2009)

Em uma pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP, 2008) em conjunto com o IBOPE, executaram 2002 entrevistas, em 142 cidades do Brasil, sendo constatado que cerca de 3,4% das crianças apresentam problema de conduta como mentir, brigar, furtar e desrespeitar. A crueldade com animais também se encontra entre características de algumas crianças.

### 2.3.10 – Incurrigibilidade

São incapazes de aceitar regras de educação, advertência ou correção, podem dissimular o aprendizado, mas a real conduta é flagrantemente evidenciada na primeira oportunidade que voltam a sua liberdade.

O sintoma nuclear da psicopata é esta incapacidade de aprender pela experiência as normas da sociabilidade e do bom senso, ou ainda da adaptar-se pela assimilação e pela correção às modificações ou inovações ocorrentes no grupo comunal [...]. (GARCIA, 1979, p. 204)

[...] não conseguem aprender com a experiência e constroem uma vida pobre porque repetem os mesmos comportamentos, uma vez que nada há a consertar ou aprimorar. (TRINDADE, 2010, p. 166)

A impossibilidade de se corrigir ou de se orientar pelas experiências vivenciadas, torna a psicopatia um mal que não se poderia reverter ou ajustar por qualquer medida que se aplique, seja uma pena sancionadora, ou mesmo um tratamento imposto para que cesse a periculosidade do agente. Diante de todas as características esta se torna basilar na discussão sobre a eficácia das punições previstas no atual sistema jurídico em âmbito penal. Quando as finalidades da pena se resumem em retribuição, prevenção geral e especial, à ideia de um criminoso incurrigível contraria a sistemática penal, colocando em cheque a eficácia das medidas elencadas pelo código.

## 2.4 – Morfologia do Cérebro dos Psicopatas

O estudo de dois brasileiros, o neuropsiquiatra Ricardo de Oliveira-Souza e o neurorradiologista Jorge Moll, proporcionou ao mundo o conhecimento do funcionamento do cérebro na percepção de emoções e sentimentos. Em um teste denominado Bateria de Emoções Morais (BEM), os voluntários eram submetidos à ressonância magnética funcional (RMf), e posteriormente eram feitas indagações para captar a atividade cerebral do indivíduo no momento em que faz julgamentos morais, tem emoções como arrependimento, culpa e compaixão. Desta forma, foram submetidos ao teste primeiramente indivíduos normais, e posteriormente foi realizado um estudo com indivíduos com distúrbios neurológicos.

Dez adultos normais foram estudados com RMf-BOLD durante a apresentação auditiva de sentenças cujo conteúdo foram instruídos a julgar como “certo” ou “errado”. Metade das sentenças possuía um conteúdo moral explícito (“Transgredimos a lei se necessário”), enquanto a outra metade era constituída de afirmativas factuais desprovidas de conotação moral (“Pedras são feitas de água”). [...] o modelo linear geral foi empregado na avaliação das áreas cerebrais ativadas pelos julgamentos morais. (MOLL et. al., 2001, p. 657)

Esses mesmos pesquisadores, cinco anos depois, repetiram o experimento com pessoas diagnosticadas como psicopatas e verificaram que elas ativavam menos essa área cerebral, ratificando que os sujeitos com transtornos dessa natureza são incompetentes para sentir o que é certo e o que é errado. (PIMENTEL, 2010)

O resultado demonstra que as pessoas normais apresentam maior atividade cerebral nas estruturas que estão relacionadas às emoções em geral. Nas pessoas normais os circuitos neurais envolvidos nas respostas emocionais são: “estruturas subcorticais como a amígdala, núcleo pulvinar do tálamo e striatum ventral, assim como estruturas corticais como o cíngulo e ínsula anteriores e o córtex frontal basal” (MOLL et. al., 2001). Com base nesses estudos proporcionados por Jorge Moll e Ricardo Oliveira-Souza, a Revista Superinteressante apresentou uma sistematização das áreas afetadas na atividade emotiva, e conseqüentemente na diferença apresentada pelos indivíduos psicopatas:

1. Lobos Frontais 1[...] Quando uma pessoa faz um julgamento moral, ativam-se as áreas pré-frontais, responsáveis pelos aspectos frios e racionais desse julgamento. Aqui, o cérebro do psicopata tem uma ativação maior do que o normal.
2. Lobos Frontais 2[...] O córtex frontopolar e parte do pré-frontal também são ativados. São fundamentais para o senso das responsabilidades sociais [...]. Eles determinam a capacidade de ter e antecipar o sentimento de culpa. Aqui, os psicopatas têm uma ativação baixa.
3. Lobos temporais anteriores [...] São importantes para decodificar sutilezas emocionais e semânticas em interações sociais. [...] Têm baixa atividade nos psicopatas.
4. Sistema límbico [...] É o centro de nossas emoções. Aciona-se, por exemplo, quando sentimos ansiedade ao ver uma pessoa acidentada, ou medo de fazer algo errado, ou ainda compaixão ao olhar um idoso ou criança desamparada. Tem baixíssima ativação em psicopatas. (SGARIONI, 2011)

A descoberta das áreas cerebrais que correspondem às respostas emocionais proporciona enorme evolução no conhecimento sobre os psicopatas, sendo capaz de definir com base na ressonância magnética funcional a realidade vivenciada por indivíduos que sofrem deste transtorno de personalidade. A limitada variedade de emoções disponíveis ao psicopata corresponde uma das principais características destes indivíduos, entretanto era somente conhecida pela avaliação comportamental perante psiquiatras ou psicólogos. A possibilidade da visualização de imagens da atividade cerebral permite que profissionais de outras ciências possam realmente compreender e aceitar a complexidade deste transtorno.

Estudos cada vez mais recentes mostram o envolvimento do córtex pré-frontal no comportamento antissocial, indicando redução do metabolismo em regiões frontais. Além do envolvimento do lobo frontal, especialmente regiões mediais e laterais, também têm sido descritas reduções do metabolismo em estruturas subcorticais do sistema límbico, amígdala, hipocampo e núcleo caudado. (TRINDADE, 2010, p. 163)

Os resultados desse estudo demonstraram que, diferentemente das pessoas comuns, os psicopatas apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às

emoções em geral. Em contrapartida, revelaram aumento de atividade nas regiões responsáveis pela cognição (capacidade de raciocinar). Assim, pôde-se concluir que os psicopatas são muito mais racionais do que emocionais. (SILVA, 2014, p. 81)

Portanto, pode se concluir que os psicopatas são mais racionais do que emocionais, não somente pelas características apresentadas, mas também pela comprovação das atividades cerebrais do agente. Apesar da comprovação da alteração do funcionamento cerebral, não se pode afirmar que desta alteração surge à personalidade psicopática, ou que a psicopatia deu causa a modificação cerebral. Nesta vertente, o que se pode afirmar é a correlação da alteração cerebral com o transtorno da personalidade.

## 2.5 – Perícia e Diagnóstico

A perícia psiquiátrica possui o objetivo de esclarecer e auxiliar a autoridade judiciária, policial ou administrativa, para o comportamento do agente infrator, e por consequência um meio de prova. O trabalho pericial deve ser requerido pelas partes, visto que existem situações que escapam do entendimento meramente jurídico.

No campo do direito penal a perícia psiquiátrica possui como principais objetivos: verificação da capacidade de imputação do fato ao criminoso, tanto nos casos de insanidade mental, como nos incidentes de dependentes químicos; exames de cessação de periculosidade; avaliação de transtornos mentais. Constatado alguma doença, deve o perito informar se esta já existia no momento do cometimento do crime, ou se acomodou posteriormente ao ato infracional.

Apesar de não possuir um modelo sequencial obrigatório, consiste basicamente a perícia em: identificação do sujeito; quais as condições que foram realizadas o exame pericial; o histórico e os antecedentes; exame físico e mental, além de neurológico e psicopatológico; exames complementares que se fizerem necessários; e finalmente o diagnóstico.

O psicólogo canadense Robert Hare em 1980 desenvolveu o PCL (*Psychopathy Checklist*), que mais tarde foi revisto, e em 1991 criou um sofisticado questionário denominado PCL-R (*Psychopathy Checklist-Revised*), que atualmente se configura o instrumento mais adequado para identificar a psicopatia. Devido ao fato do reconhecimento de Hare como uma das maiores autoridades sobre o assunto, o método de avaliação foi adotado em diversos países, como um instrumento de pesquisa, e de estudo clínico.

A escala de Hare [...] é de grande valoa para psicólogos e psiquiatras forenses no diagnóstico e avaliação da psicopatia, constituindo uma ajuda técnica para que magistrados possam adotar medidas legais com mais segurança em suas decisões. (TRINDADE, 2010, p. 171)

Jorge Trindade (2010, p. 169) descreve a escala de Hare, demonstrando que este se organiza em vinte itens, divida em dois fatores. Fator 1 (traços afetivos e interpessoais): I – loquacidade e charme superficial; II – superestima; III – mentira patológica; IV – vigarice/manipulação; V – ausência de remorso ou culpa; VI – insensibilidade afetivo-emocional; VII – indiferença/falta de empatia; VIII – incapacidade de aceitar responsabilidade pelos próprios atos; IX – promiscuidade sexual. Fator 2 (aspecto comportamental): X – necessidade de estimulação; XI – estilo de vida parasitário; XII – descontroles comportamentais; XIII – transtornos de conduta na infância; XIV – ausência de metas realistas e de longo prazo; XV – impulsividade; XVI – irresponsabilidade; XVII – delinquência juvenil; XVIII – revogação da liberdade condicional; XIX – muitas relações sexuais de curta duração; XX – versatilidade criminal.

Cada item é pontuado em 0 (quando a resposta for não), em 1 (quando for talvez ou em alguns aspectos) e 2 (quando a resposta for sim). A pontuação total varia de 0 a 40, sendo as pontuações do Fator 1 – com variação de 0 a 16 – e do Fator 2 – variação de 0 a 18. Nos resultados acima de 30 pontos se qualifica a psicopatia.

Apesar da grande utilização da escala de Hare, o autor Jorge Trindade (2010) assegura que a utilização conjunta com a prova de Rorschach seria capaz de uma análise individualizada da personalidade do agente, “então, haveria maior credibilidade, não somente no tocante à reabilitação, mas também em relação às perspectivas de tratamento e reincidência criminal” (TRINDADE, 2010, p. 170).

As respostas ao Rorschach revelam o *status* da representação da realidade em cada indivíduo, avaliando a dinâmica de personalidade particular de cada pessoa, à medida que evidencia dados a respeito do desenvolvimento psíquico, das funções e dos sistemas cerebrais, e dos recursos intelectuais envolvidos na construção das diferentes imagens. Sua finalidade não é atribuir um diagnóstico psiquiátrico, mas contextualizar os distúrbios psíquicos, compreender o valor e o significado de um sintoma clínico e orientar para o tratamento mais adequado. (TRINDADE, 2010, p. 171)

O teste de Rorschach exige especialidade da formação do psiquiatra, exigindo um elaborado laudo final, resultante de um grande esforço e grande tempo de supervisão. A prova de Roschach foi elabora em 1921, por Hermann Rorschach, que consiste na apresentação de 10 lâminas com borrões de tinta, que apresentam características elaboradas para proporcionar uma associação, seja intencional ou voluntária, ao indivíduo sujeito a análise, que

posteriormente são avaliados por um complexo de representações de ideias e afetos. As respostas para a apresentação dos borrões permitem o conhecimento sobre a realidade do indivíduo, assim como a sua capacidade de interpretação e do seu desenvolvimento psíquico. Portanto, a escala de Hare e a prova de Rorschach se apresentam basilares para o conhecimento do comportamento do psicopata, avaliando diferentes dimensões da personalidade, e por isso podem ser utilizados como complementares.

## 2.6. Psicopatas Homicidas

A caracterização da psicopatia não deve ser confundida com a concepção de *serial killers*, que corresponderia a criminosos de matam três ou mais pessoas. Indivíduos que possuem a psicopatia podem ou não serem infratores, a depender da sua construção e adequação ao sistema jurídico, apesar de se considerarem distante deste meio, como característica da personalidade antissocial. Contudo, quando se torna infrator poderá ser responsabilizado pelos diversos crimes previstos na legislação, sem importar necessariamente em um homicídio.

O transtorno de personalidade atinge na escala global aproximadamente a taxa “entre 10% e 15% [...] Entre os americanos adultos, 38 milhões apresentam pelo menos um tipo de TP, o que corresponde a 14,79% da população” (MORANA et. al., 2009, p. 75). A configuração deste transtorno de personalidade não caracteriza de plano a psicopatia, somente quando acentuado a indiferença afetiva e outros parâmetros clínicos que poderão afirmar a configuração deste quadro. A taxa estatística da psicopatia seria de “3% em homens e 1% em mulheres” (SILVA, 2014, p. 56)

Os psicopatas infratores adotam níveis diversos de criminalidade, assim como criminosos comuns na execução de seus crimes diante a diminuição de restrições morais referentes a estes atos. Suas condutas nem sempre invocam a violação de normas positivadas, mas quando são infracionais podem configurar desde contravenções de pequeno potencial ofensivo até crimes cruéis e violentos. Neste contexto, importante ressaltar que estes psicopatas graves, como os homicidas, correspondem a número ainda menor ao apresentado.

Por sua vez, os *serial killers* apresentam grandes possibilidades de caracterização como indivíduos psicopatas, “[...] um estudo conduzido por Stone, 86,5% dos *serial killers* preenchem os critérios de Hare para psicopatia, sendo que um adicional de 9% exibiu apenas

alguns traços psicopáticos, mas não o suficiente para alcançar o nível de psicopatia” (MORANA et. al., 2009, p. 78). Neste sentido, resta ao Direito a adoção de medidas capazes de avaliar concretamente a configuração da psicopatia, e assim aplicar a forma adequada de penalidade.

### 3. CULPABILIDADE NA TEORIA DO DELITO

O ser humano é caracterizado como um ser social, assim vive constantemente em comunidade, sendo o Direito o instrumento adequado para regular este convívio e garantir os meios básicos para a sua manutenção. A experiência jurídica, e o seu desenvolvimento, se dá pela vivência de processos históricos e culturais capazes de criar diversas relações a serem efetivamente limitadas pelo direito para que se resguarde o mínimo digno a todos os indivíduos.

O Direito Penal corresponde à parcela do sistema jurídico que prescreve atos delituosos, e as consequências ao indivíduo infrator. “O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica” (PRADO, 2013, p. 70). Neste sentido, o Direito Penal deve ser utilizado prioritariamente na prevenção, em situações de necessidade, vez que atua na punição de infrações a bens considerados por uma política criminal como essenciais. Portanto, corresponde ao conjunto de normas, princípios e regras que proíbem a prática de delitos e contravenções, e consequentemente na aplicação de penas ou de medida de segurança.

O delito, uma construção histórica e legislativa, pode de ser objeto de estudo de diversas ciências, como a própria ciência jurídica penal, mas também a criminologia, a sociologia, a medicina, a psiquiatria, a política, entre outras. A limitação do delito está no campo da legitimidade para a sua construção, e, portanto, não impossibilita propriamente o seu exame por qualquer ciência que se preste a estudá-la, sendo possível também a influência de outras ciências para a própria concepção de crime e os seus requisitos, ou sobre o sistema de punição.

O conceito de delito se divide em seu âmbito: (i) formal; (ii) material; (iii) analítico. Em seu aspecto formal (i) o delito é o próprio direito positivado, “É a conduta proibida por lei sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno” (NUCCI, 2006, p. 117). O ponto de análise se refere na contrariedade do fato e a norma penal, conceituando o delito como um fato que fere a lei penal, associando uma punição como consequência deste ato. Em seu âmbito material (ii) o delito é examinado como uma ação danosa, visto que “determinada sociedade, em dado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal” (PRADO, 2013, p. 294). Será avaliado, portanto, a conduta danosa que afeta diretamente o sistema jurídico e causa prejuízo a harmonia da vida em sociedade. No aspecto



analítico (ii) serão decompostos os elementos constitutivos do crime, utilizados pelos próprios intérpretes do direito com intuito “à formulação de um conceito geral, justo e sistemático, em prol da segurança jurídica” (PRADO, 2013, p. 297).

A execução do ato delituoso não serve por si só para a persecução criminal do Estado, dentro do plano do direito penal foram criados elementos do crime que devem sistematicamente analisados para se garantir o alcance da norma penal em toda a sua magnitude. Para além da concepção de delito conhecido popularmente, a teoria do crime comporta diversos elementos para a sua construção e comprovação, sendo adotada de diversas formas devido à compreensão histórica própria de cada sociedade. A origem do direito penal desvendou uma postura inicialmente bipartida, por determinar que a aplicação da lei penal se desse com o cumprimento dos requisitos de fato e da culpabilidade, incluindo no primeiro a descrição normativa e a característica de antijuridicidade.

Diante da experiência histórica foram redefinidos os elementos do crime, culminando na concepção atual tripartite, a ser adotada majoritariamente no Brasil: conduta típica, ilícita e culpável. Neste contexto, postula NUCCI (2006, p. 117):

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).

Teremos, portanto, a análise de fato – que representa uma ação ou omissão – que será um objeto de valoração, e a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidades os “juízos de valor” (PRADO, 2013, p. 298). Cada elemento adicionará a conduta uma valoração parcial, conduzindo esta análise a cada uma de suas categorias no qual resultará em uma desvalorização global, determinando o injusto culpável exercido. Importante ressaltar que a adoção da postura tripartite não é uniforme, visto que alguns autores adotam elementos diversos, por vezes acrescentando a punibilidade entre os elementos, entretanto este não corresponde diretamente uma análise própria sobre a conduta, senão uma prerrogativa para a imposição da pena; outros excluindo a culpabilidade, por uma visão que este corresponderia somente um pressuposto para aplicação da pena. Alguns, ainda, adotam a tipicidade no próprio conceito de antijuridicidade: “[...] seus dois pilares básicos são a antijuridicidade – o comportamento humano e sua tipicidade podem ser vistos como condições da antijuridicidade penal – e a culpabilidade” (MIR PUIG, 2007, p. 115).

A necessidade do legislador em descrever a conduta desvalorada no qual submeterá uma pena, se revela na tipicidade. Isto é, o tipo penal corresponde a uma descrição legislativa de uma conduta abstratamente considerada, que configura numa proibição do seu exercício sob pena de uma cominação de pena. A tipicidade pode ser considerada a “base do injusto penal” (PRADO, 2013, p. 392), vez que delimita os contornos da conduta abstratamente considerada, para determinar a intervenção penal. Neste vértice, o tipo deve prever uma conduta que interesse efetivamente uma intervenção penal, preservar um bem jurídico dito essencial e respeitar os níveis de legalidades exigíveis.

A ilicitude ou antijuridicidade deve ser compreendida como uma contradição entre o ato do indivíduo e o sistema normativo. A valoração se faz na conduta realizada pelo agente, já tipificado por ter concorrido para o ato descrito na norma de forma abstrata, para então determinar a violação da ordem jurídica. Com a constatação da tipicidade a análise correrá da ilicitude, em um procedimento negativo pela análise de que não há um motivo justificante para o cometimento do delito. “Noutro dizer: uma ação ou omissão típica será ilícita, salvo quando justificada (a conduta continua sendo típica, mas está permitida)” (PRADO, 2013, p. 432).

Posteriormente a análise da tipicidade e da ilicitude, e conseqüentemente fixado a conduta como um ilícito típico, haverá o exame da culpabilidade do agente. Os níveis de análise dos elementos do crime sempre pressupõe o atendimento aos requisitos da categoria anterior, motivo pelo qual caberá a análise da culpabilidade somente depois de vencido os planos de tipicidade e de antijuridicidade. “Prescindindo dele, incluir-se-á na esfera da imputação pessoal tanto a referida exigência de infração pessoal da norma primária, como a necessidade de um sujeito penalmente responsável” (MIR PUIG, 2007, p. 116). A culpabilidade corresponde ao estudo sobre a real capacidade do agente em responder pelas conseqüências do ato criminoso, ou seja, examina as circunstâncias do fato para apresentar efetivamente a vontade livre do agente no cometimento do delito, assim como a consciência de que pratica uma conduta previamente descrita na norma legal, passível de conseqüências jurídicas. As intervenções da ciência neurológica, psiquiátrica e psicológica tornam de suma importância uma análise profunda nesse requisito da culpabilidade, e neste sentido, a psicopatia se insere nesta categoria por possibilitar grande debate sobre a amplitude dos conceitos de culpabilidades trazidos pela norma penal, e a aplicação prática e realística no mundo das ciências médicas.

### 3.1 – Teorias da culpabilidade

#### 3.1.1 – Teoria psicológica da culpabilidade

A teoria psicológica surge como o fruto da concepção do positivismo científico do século XIX, adotando o posicionamento de que a culpabilidade se refere somente à relação subjetiva entre o ato e o autor do delito, ou seja, reduz a culpabilidade no vínculo psicológico do autor sobre o ato tipificado.

Para os adeptos desta teoria a ação dita antijurídica se repousa sobre um estado anímico do autor, isto é, em uma vontade de atuar, e na capacidade humana em determinar através da vontade os seus atos. Desta concepção a análise do delito é dividida entre a fase externa, com o exame da ação antijurídica, e, portanto, um atuar humano, e a fase interna com o juízo valorativo do atuar culpavelmente, desta forma valoração sobre o caráter subjetivo da ação. Destarte, teoria psicológica se posiciona em limitar a culpabilidade em elementos “psicológico-descritivos, sem qualquer ingrediente de ordem normativa” (PRADO, 2013, p. 468), qual seja o dolo e a culpa.

O dolo e a culpa são concebidos como formas de culpabilidade ou, em outras palavras, reveste-se a culpabilidade pela vontade realizar um fato proibido pela lei penal, sendo o dolo e a culpa apenas duas atitudes diversas da vontade individual em relação à vontade da lei, figurando o dolo como essência da culpabilidade e a culpa uma espécie deste, sendo visualizada como uma conexão psíquica imperfeita com o fato, cujo elemento característico seria a vontade. (MACHADO, 2010, p. 45-46)

Nesta vertente, o dolo e a culpa se configuram como espécies únicas da culpabilidade, assim como o representam na sua totalidade. O dolo representa a forma pura da culpabilidade, representando a total consciência e vontade na produção do resultado do crime. A culpa se reveste na previsão ou da possibilidade de prever a consequência do ato a ser praticado.

Ressalta-se que a imputabilidade se configura apenas como um pressuposto que deveria ser avaliado anteriormente à análise da culpabilidade, visto que este determina a capacidade do indivíduo em ser culpável. Seria esta uma pré-disposição no atuar humano como uma resistência em ser obediente ao Direito, devido a este fato deve ser determinada na ação concreta para que estabeleça posteriormente se foi cometida culpavelmente. Na configuração, em casos concretos, da inimputabilidade ou de semi-imputabilidade a exclusão não seria do elemento da culpabilidade, visto que este plano se refere como um requisito para o seu estudo.

Diante da correspondência entre a culpabilidade e o caráter volitivo do ato do agente, a culpabilidade seria afastada somente por causas que fossem capazes de excluir o elemento subjetivo do agente. Neste sentido, postula Bitencourt (2012, p. 956):

Para a teoria psicológica, em sua concepção original, a culpabilidade somente poderia ser afastada diante de causas que eliminassem o vínculo psicológico tantas vezes referido. Essas causas seriam o “erro”, que eliminaria o elemento intelectual, ou a “coação”, que suprimiria o elemento volitivo do dolo, o qual, para essa teoria, repetindo, era puramente psicológico (vontade e previsão).

A teoria psicológica não prosperou por diversas falhas na sua construção, a redução da concepção da culpabilidade no vínculo psicológico corresponde o ponto de maior crítica pelos doutrinadores. A preocupação é na superficialidade da determinação de quais fatos psíquicos seria representativo para a imputação da culpabilidade, e ainda, a concepção equivocada de associar a culpa à vontade, juntamente com a previsibilidade do resultado do ato a ser exercido.

Consequência deste pensamento seria o completo abandono da culpa inconsciente ou culpa sem representação, pois nela o autor não pode prever a produção do resultado delitivo, caracterizando-se pela falta de representação da possibilidade de resultado pelo autor. (MACHADO, 2010, p. 50)

Logo, era absolutamente incoerente visualizar a culpabilidade como algo puramente psicológico, quando uma de suas formas de manifestação – a culposa – não tinha caráter psicológico. [...] Por outro lado, tanto a previsibilidade quanto a previsão são insuficientes para caracterizar a culpa, sendo indispensável a infringência do dever de cuidado. (BITENCOURT, 2012, p. 958)

A preocupação em limitar a culpabilidade em uma fase interna do crime, e portanto, no subjetivo do agente, transforma este elemento do crime propriamente na vontade do indivíduo infrator, encontrando a sua máxima representação no dolo. A culpa, por sua vez, se apresenta pela ausência de vontade, destarte não haveria o nexó psicológico enfrentado pela teoria psicológica, visto ser um elemento normativo “a infração do dever objetivo de cuidado” (BITENCOURT, 2012, p. 958). Para além da possibilidade de prever o resultado, a culpa deve ser revestida efetivamente da violação de uma obrigação de agir com cautela e zelo.

Nesta teoria psicológica a única forma de exclusão da culpabilidade seria a exclusão do vínculo psicológico, entretanto não leciona sobre as circunstâncias de estado de necessidade exculpante, embriaguez, medo insuperável, no qual o dolo se apresenta de forma evidente, e se tem presente o vínculo psicológico, mas que por determinada razão não será reconhecida a culpabilidade.

No mesmo sentido, não era capaz de satisfatoriamente determinar o instituto da imputabilidade, como pontua MACHADO (2010, p. 49): “[...] não se consegue explicar

quando um incapaz ou inimputável realiza um fato nas condições psicológicas exigidas e, contudo, não se pode afirmar que atuou culpavelmente”.

### 3.1.2. Teoria psicológica-normativa

Diante as críticas da teoria psicológica surge uma substituição do entendimento da culpabilidade, se orientando então por “um juízo de valor: como um juízo de censura pela realização do fato antijurídico quando era exigível atuar conforme o Direito” (MIR PUIG, 2007, p. 412). A concepção de Reinhard Frank, posteriormente complementado por Berthold Freudenthal e James Goldschmidt, possibilitou a nova compreensão da culpabilidade, não restringindo-a ao estudo do dolo ou da culpa, pelo vínculo psicológico do resultado e do autor da infração.

Os elementos subjetivos do dolo e da culpa passam a ser considerados com elementos da culpabilidade, e não a própria identidade da culpabilidade. Esta inovação trouxe a importância de outros institutos elementares para a configuração da culpabilidade, não exaurindo na apresentação da vontade ou na possibilidade de previsão do resultado. A teoria psicológica-normativa determina a culpabilidade não mais como uma análise sobre o vínculo subjetivo entre o autor e o resultado, mas como “algo que se encontra fora do agente, isto é [...] como um juízo de valoração a respeito do agente” (BITENCOURT, 2012, p. 965).

Neste contexto, há uma alteração de objeto de análise da culpabilidade, se anteriormente na teoria psicológica o exame era sobre o psiquismo do agente, nesta teoria haverá uma reprovação do agente quando houver a configuração dos elementos da culpabilidade – dolo ou culpa, imputabilidade, exigibilidade de conduta conforme o Direito.

No curso das discussões sobre a culpabilidade, Frank passa a utilizar o termo reprovabilidade (Voerwerfbarkeit), deixando a culpabilidade de ser entendida como uma simples relação de ordem psicológica entre o autor e seu fato, assinalando à imputabilidade, ao dolo (discernimento do alcance) e à culpa (possibilidade de discernir), a normalidade das circunstâncias em que o sujeito levou a cabo a conduta delitiva como elemento da culpabilidade. (MACHADO, 2010, p. 57)

Portanto, “A culpabilidade é reprovabilidade, como juízo de valor sobre o fato em relação ao seu autor, diante das circunstâncias reais em que agiu” (PRADO, 2013, p. 470). A reprovabilidade se torna um instrumento de determinação do sujeito como culpado pela prática de conduta proibida pela norma penal, sendo uma análise de valoração negativa do ato do agente.

O ponto de sustentação desta teoria é a introdução da inexigibilidade da conduta diversa que seria uma forma de exclusão da culpabilidade. A importância da introdução de outros elementos na culpabilidade permite a flexibilização do instituto para determinar a sua diminuição ou total exclusão, para além da exigibilidade da conduta conforme o direito, a teoria também propõe a imputabilidade como elemento próprio da culpabilidade, e não mero pressuposto do mesmo.

A teoria psicológica-normativa não se livrou de críticas quanto a continuidade de estabelecer elementos subjetivos e normativos para a caracterização da culpabilidade. A exigência da concorrência do dolo e da consciência de que o ato praticado é ilícito, transforma o dolo em elemento não mais meramente psicológico, mas também normativo, “se denominou dolo híbrido, isto é, psicológico-normativo” (BITENCOURT, 2012, p. 967). A principal dificuldade na interpretação do dolo híbrido seria sobre os criminosos habituais, que praticavam seus atos com a apresentação do dolo, mas que em determinadas situações não teria a consciência da ilicitude de seus atos devido a sua criação ou ao meio social em que construiu a sua personalidade.

Na concepção que traz as circunstâncias concomitantes como elemento da culpabilidade, diz-se que metodologicamente ela colide consigo mesma, posto que reúne na culpabilidade elementos subjetivos e objetivos, em especial quando a este último caractere se refere ao fundamento e à mediação da pena, impondo à culpabilidade um caráter objetivamente inadmissível. (MACHADO, 2010, p. 59)

A construção da culpabilidade em elementos subjetivos e objetivos incomoda os críticos no sentido que na falta do elemento da consciência do ilícito, mesmo quando houver o dolo, não haverá culpabilidade. E, portanto, cria-se uma “situação paradoxal [...] a de excluir a culpabilidade exatamente daquele indivíduo que apresentava, na visão do direito penal clássico, o comportamento mais censurável” (BITENCOURT, 2012, p. 968).

### 3.1.3. Teoria Normativa Pura

A construção da teoria normativa pura parte do resultado de todas as teorias e dos estudos anteriores sobre os elementos da culpabilidade, inovando na realocação dos conteúdos dos elementos que configuram o crime. Como o próprio nome esclarece a teoria normativa pura propõe a construção da culpabilidade somente por elementos normativos, ou seja, objetivos, transferindo o elemento psicológico para o tipo.

A culpabilidade passa a ser analisada como uma reprovação da decisão de vontade, visto que diante da alternativa do agente em atuar conforme a lei, o mesmo prefere atuar contrário a lei conforme a sua liberdade e vontade. Conforme se observa, a culpabilidade anteriormente era uma reprovação da própria vontade do agente, ou seja, uma reprovação do vínculo psicológico que liga o autor e o resultado, no finalismo há uma reprovação pessoal “que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez” (BITENCOURT, 2012, p. 977). O exame do dolo e da culpa ainda é realizado, entretanto anteriormente a culpabilidade no elemento da tipicidade, para avaliar a culpabilidade necessária à configuração dos elementos de conhecimento da ilicitude do ato, assim como a imputabilidade e a possibilidade de agir conforme a norma legal.

Com isso, quer Welzel dizer que o ser-humano organiza a sua conduta de acordo com um sentido que lhe é imposto em decorrência de sua função cosmológica. Ou seja, o ser-humano tem um projeto de ação antecipadamente inscrito a ele, como condição da própria humanidade, e este projeto de ação é o projeto finalístico. (MACHADO, 2010, p. 72)

A possibilidade da reprovação realizada pela culpabilidade se baseia no elemento da possibilidade de conhecimento da antijuridicidade. No momento em que o dolo é transportado para o injusto carrega consigo somente os elementos subjetivos, permanecendo na culpabilidade o elemento normativo do conhecimento da proibição do ato. Na possibilidade do conhecimento da antijuridicidade o agente é conduzido a agir conforme a ordem legal, adequando as suas condutas à exigência normativa. No poder de se motivar pela determinação legal, portanto, está a essência da culpabilidade.

A imputabilidade também configura como elemento da culpabilidade, definida como a capacidade para ser culpável, ou seja, livre de qualquer determinante anormal que o conduza àquele ato. Ressalta Mir Puig:

[...] o núcleo da culpabilidade já não é a vontade defeituosa – da qual a imputabilidade era um pressuposto – mas as condições de atribuíbilidade do injusto, e tais condições giram em torno da idéia do “poder atuar de outro modo”, essência que Welzel confere à imputabilidade. (MIR PUIG, 2007, p. 415)

A concepção da liberdade de ação da teoria finalista aponta para a capacidade do homem em se estruturar conforme a sua inteligência, afastando os impulsos instintivos e, portanto, “ser dono de suas ações é que se reconhece a sua liberdade” (MACHADO, 2010, p. 78). O entendimento sobre a personalidade também marca a ideia do livre-arbítrio defendido por esta teoria, por determiná-la como armazenamento de decisões tomadas ao longo da sua

experiência de vida, conduzindo o sujeito ao acerto de suas ações, e o não cometimento de erros reincidentes.

Outro aspecto interessante desta estrutura é a que se refere ao extrato de personalidade. Consiste num depósito de decisões executadas ao longo da vida e que com o transcurso do tempo integram inconscientemente a personalidade do sujeito lhe possibilitando o controle interno de excitações. De modo contrário, havendo construção deficiente ou errônea da personalidade, e a sua conseqüente reprovação, estar-se-á aceitando a culpabilidade do autor [...]. (MACHADO, 2010, p. 79)

Desta forma, sem a imputabilidade compreende o autor do delito como ser ausente de liberdade para atuar de outra forma. Se no caso concreto restar demonstrado que o agente não poderia ter agido conforme a previsão legal pela ausência da autodeterminação do homem comum, devido à recomendação normativa da incapacidade, ou mesmo por doenças que tornem o ser incapaz, não serão então considerados culpados.

A possibilidade de agir conforme a lei é a análise sobre o caso concreto da decisão do autor, isto é, se diferencia da “capacidade geral de decisão” (BITENCOURT, 2012, p. 994) que configura a imputabilidade, mas se caracteriza pela real possibilidade do sujeito capaz de executar o ato conhecendo a sua ilicitude. “[...] as causas de inexigibilidade de outra conduta, constituindo-se estas como elemento negativo que se dá em momentos em que o sujeito está acometido de pressões extraordinárias e, por isso, juiz não o reprova” (MACHADO, 2010, p. 77). Nesta vertente, constitui em uma análise sobre o fato concreto sobre as possibilidades reais do agente de agir conforme a lei, na ausência da exigibilidade desta conduta a culpabilidade é eliminada.

A crise da teoria normativa se evidencia na efetiva comprovação e análise do elemento da possibilidade de atuar de outra forma, ou seja, atuar conforme a lei. A base do sistema de reprovação na culpabilidade, nesta teoria, se confirma com a exigência da possibilidade do agente infrator em agir na determinação legal, contudo esta possibilidade de atuação do homem é indemonstrável no campo da materialidade, remontando um conflito sobre a existência do livre-arbítrio.

Este princípio, como anteriormente afirmado, centralizou grandes atenções e críticas, em razão de que não se pode demonstrar se uma pessoa, em determinada situação, teria podido agir de outra forma, até mesmo porque não se pode substituí-la por outra para se saber se esta igualmente agiria da mesma forma, ainda e no mesmo sentido, argui-se que nunca se poderá comprovar empiricamente se o agente poderia ter agido de outra maneira, dado ser impossível voltarmos à situação anterior. (MACHADO, 2010, p. 94)

A ciência do Direito Penal incapaz de demonstrar materialmente a aptidão do homem em agir em conformidade à determinação legal, por lhe faltar comprovação do livre-arbítrio e



mesmo pela irreabilidade do homem médio, não poderia utilizar o argumento deste elemento para então reprovar a conduta do réu, visto estar preservado pelo princípio do *in dubio pro reo*, e por todo o sistema garantista penal pela preservação da liberdade na impossibilidade de comprovação dos elementos do crime.

Outra importante indagação é ressaltado Cerezo Mir, citado por Machado (2010, p. 103): “se o autor tinha a possibilidade concreta de assumir emocionalmente o fim de sua conduta considerado como correta ou se o autor tinha a possibilidade de causar mediante a sua vontade a ação que teria sido necessária para superar as inibições e resistências”, visto que a culpabilidade exigida pelo direito não se confunde com a culpabilidade moral, apesar das duas formas estarem na derivação da conduta humana. Neste sentido, para o Direito bastaria, para a caracterização de responsabilidade, a capacidade de atuar de outro modo.

Ressalta-se que a vinculação desta teoria com a ideia da pena como medida retributiva também obteve grande crítica por parte da doutrina. A vinculação se dá pela percepção de que a culpabilidade se encontra como fundamento e limitação da pena, destarte a única finalidade da pena é a simples retribuição do mal causado, e ausência as finalidades da prevenção. Neste sentido, completa MACHADO (2010, p. 94): “[...] as idéias de culpabilidade e retribuição permanecem disformes junto a um Estado Democrático de Direito, necessitando-se de uma nova compreensão, desta vez voltada aos fins preventivos do Direito Penal”.

#### 3.1.4. Teoria funcionalista

O estudo funcionalista parte do desenvolvimento teórico da análise conjunta das finalidades das instituições sociais com os valores culturais dispostos na sociedade, e assim pontuando as funções que as identificam. A diferença desta nova vertente é a fundamentação da pena na sua finalidade social, ou seja, na relação entre as considerações políticas criminais com as finalidades da pena, incluindo a observância conjunta da culpabilidade.

Desenvolvido primeiramente por sociólogos a teoria funcionalista propõe a compreensão total do sistema e seu conjunto, mesmo quando ao fracioná-lo permita a existência de subsistemas, e desta forma, conhecimentos específicos e com regras próprias, possam em comum ser uma “relevância na manutenção do equilíbrio social” (MACHADO, 2010, p. 105). Na ciência do Direito a utilização de outras ciências se evidencia na

necessidade de comunicação permanente para a atualização do sistema normativo, e efetivamente a positivação de lei em conformidade com a realidade.

Agora sob o ponto de vista jurídico-normativo, em se considerando que as soluções penais dadas aos casos não eram as mais justas, posto que baseadas muitas vezes em premissas indemonstráveis [...] o livre-arbítrio como fundamento material do juízo de reprovação, mas se apresentavam como aplicação do sistema então vigente, autores se manifestaram a favor de priorizar a solução justa ao caso concreto frente à exigências sistemáticas. (MACHADO, 2010, p. 106)

A necessidade do equilíbrio de um sistema maior, que se comunica com os demais subsistemas e se mantém ativo à realidade, o Direito Penal passa a conhecer o critério da racionalidade final, interpretando todo o seu sistema normativo a partir das finalidades propostas ao Direito Penal. E, portanto, o Direito Penal abandona a dogmática, para adotar a realidade pura.

O Direito Penal passa a ser compreendido como um sistema aberto disposto a ser flexível diante as ciências sociais para efetivamente exprimir a realidade por meio da letra da lei, além da interpretação e utilização das finalidades do direito penal para aplicação e eficácia da pena. Utilizado como máxima ferramenta para salvaguardar os direitos imprescindíveis, e punir fatos de grande relevância, o Direito Penal deve observar na análise de todos os elementos as finalidades propostas para a persecução criminal na garantia do equilíbrio do sistema.

Claus Roxin, um dos principais expoentes da teoria funcionalista, aproxima os princípios políticos criminais da culpabilidade. O objetivo seria possibilitar que o Direito Penal fosse aberto às reais finalidades propostas pela política criminal, mantendo os ideais do Estado de Direito: “*Al mantener la persecución de fines preventivos em los limites propios del Estado de Derecho, sirve a la vez a una política criminal razonable*”(ROXIN, 1997, p. 811) . A retribuição como fundamento da pena seria incompatível com as prerrogativas democráticas conquistadas nos sistemas contemporâneos, à justificativa seria que na sua essência este serviria somente para imputar o mal ao agente criminoso, sem alcançar a desejada prevenção do delito ou a execução de uma pena capaz de corrigir os atos desviantes que o levaram a praticar o delito.

No tocante a livre determinação do homem no cometimento do crime, Roxin afirma que para a caracterização da culpabilidade não depende da verificação da existência de determinismo ou indeterminismo, ou do elemento da possibilidade de atuar de outra forma, a

percepção é de que se há “capacidade de autocontrole e acessibilidade normativa, o indivíduo é tratado, juridicamente, como pessoa livre” (BITENCOURT, 2012, p. 1010).

Para ele, o papel da liberdade no Direito Penal não é o de um *factum real*, senão o de uma proposição normativa. Em outras palavras, o juízo jurídico sobre o Direito Penal da culpabilidade não depende de se poder provar filosófica ou psicologicamente a liberdade e a responsabilidade do homem, senão de si é adequado, teleologicamente, que o homem seja tratado como livre e responsável. (MACHADO, 2010, p. 133)

Neste diapasão não há a indagação da possibilidade de agir conforme a lei, isto é, poder agir de outra forma, visto ser impossível retratar as reais circunstâncias interpostas ao sujeito. Na necessidade de se orientar pelos novos fundamentos de um sistema democrático e de direito, se aproxima dos ideais da imputação objetiva na responsabilidade criminal. Esta aproximação possibilita que as funções preventivas, tanto a geral quanto a especial, sejam efetivamente utilizadas para sustentar o sentimento de confiança da sociedade no sistema normativo, no mesmo sentido de possibilitar ao agente criminoso a sua readequação à orientação normativa.

*Cuando um delincuente por instinto o pasional o um psicopata ya no era susceptible de llamada por la norma em el momento del hecho, debe ser absuelto. Las necesidades estatales en sí legítimas de reaccionar com pena sobre el sujeto y ejercitar aí a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho halla aquí su final por mor de la libertad del individuo, sin que esto resulte socialmente intolerable. Cuando la protección frente a sujetos peligrosos pero inculpables haga realmente indispensables las reacciones estatales, ello exige una fundamentación adicional y la imposición de um medida de seguridad; pero no debe repercutir em el concepto da culpabilidade.*(ROXIN, 1997, p. 811)

A necessidade preventiva corresponderia como um elemento anterior à punibilidade, e posterior à culpabilidade, visto que em uma visão sistêmica esta necessidade se apresenta na garantia do princípio da culpabilidade, mas primordialmente na punição da conduta condenada somente quando for “preventivamente imprescindível” (BITENCOURT, 2012, p. 1012).

Neste sentido, são configurados como elementos da culpabilidade para Roxin: a possibilidade de conhecimento do ato antijurídico e a normalidade das circunstâncias impostas ao agente, e posteriormente a necessidade preventiva da sanção penal, que fundamenta a intervenção do Direito Penal.

A teoria funcionalista teve sua vertente mais radical com Günter Jakobs, com a introdução de pensamentos filosóficos na compreensão da teoria do delito. A base do pensamento de Jakobs é da forma sistêmica de compreensão, na qual se espera que o

individuo atue de determinada forma, conforme as limitados legais, e na ausência do cumprimento desta expectativa nasce o Direito como interventor para “reassumir a confiança nesta formação hipotética da comunicação do povo [...]” (MACHADO, 2010, p. 146). Ressalta-se que o objetivo do Direito Penal não seria a proteção dos bens jurídicos indisponíveis, mas este se preocupa com a violação de expectativas de toda a sociedade.

Com o pensamento de Jakobs a funcionalização atende às necessidades preventivas gerais da pena, visto a culpabilidade passar a ser uma análise da “falta de fidelidade ao Direito, isto é, do déficit de motivação jurídica” (BITENCOURT, 2012, p. 1013), que deveria ser punido para reestabelecer a confiança da norma. Portanto, a pena corresponde ao instrumento necessário para manter a confiança da sociedade do ordenamento jurídico, e, por conseguinte, reafirmar a forma da norma violada.

Desta forma, seriam adotados dois meios de atuação, a primeira cognitiva que buscaria uma reeducação ao agente infrator, conscientizando de suas funções sociais, na tentativa de readequado às necessidades da sociedade para que não voltasse a delinquir e frustrar as expectativas da comunidade. Este meio cognitivo seria conquistado pelas medidas de segurança quando houvesse uma incapacidade causada por deficiência que impossibilitasse se orientar, ou conhecer as normas penais. O segundo meio é o normativo, que seria consequência da impossibilidade de refazimento da expectativa frustrada.

Importante salientar que a fundamentação do Direito Penal e da própria pena ultrapassa o objeto da tutela dos bens jurídicos essenciais, para alcançar o reestabelecimento da forma da norma e da crença da população no seu sistema jurídico, como se tornasse uma “identidade normativa como o conjunto de normas jurídicas emanadas em sua realidade” (MACHADO, 2010, p. 148).

Essa concepção Jakobsiana afeta todo o entendimento e interpretação dos elementos que compõem a culpabilidade [...] imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e inexigibilidade de outra conduta - , de modo que todo o conteúdo do juízo de atribuição de culpabilidade fica à deriva das expectativas sociais para o restabelecimento da confiança normativa. (BITENCOURT, 2012, p.1014)

A importância da pontuação de Bitencourt nesta passagem é pela preocupação na mutilação da concepção material da culpabilidade, excluindo de plano os elementos valorativos para em seu lugar estabelecer uma formalização na concepção de culpabilidade. Diante da impossibilidade de limitação destas ditas expectativas sociais, a pretensão do

Direito Penal se torna incontrollável e previsível, separando-se também da sua garantia à segurança jurídica ao agente infrator.

### **3.2. Conceito de Culpabilidade**

A construção da concepção de culpabilidade percorreu diversos caminhos, baseados em momentos históricos e influenciados pela discussão e difusão de outras ciências no próprio Direito Penal. Resultado desta evolução não há uma consonância de aplicação entre os ordenamentos jurídicos mundiais sobre a melhor forma de compreender a culpabilidade, tão pouco há uniformidade entre os contemporâneos no Brasil sobre o meio eficaz da análise deste elemento do crime.

O Direito distante de ser uma ciência exata, e disposta a evoluir com a sociedade, constantemente sofre variações, importando grande contribuição das construções doutrinárias a respeito dos institutos que o sistema legal positiva. Neste sentido, a legislação penal não determina propriamente a análise do crime, sendo este uma utilização doutrinária e jurisprudencial.

O princípio da culpabilidade no Direito Brasileiro possui sua fundamentação na comunhão entre os artigos 1º, III, que determina a dignidade da pessoa humana, o artigo 5º, II, com a vinculação ao princípio da legalidade, e finalmente o artigo 5º, LVII que dispõe que ninguém será considerado culpado até a sentença transitada em julgado, salienta-se que todos os dispositivos mencionados compõem a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016). A dignidade da pessoa humana é um dos principais preceitos garantidores dos cidadãos, incluindo o princípio da culpabilidade neste efeito, visto que aquele é amplo constituindo toda a fonte de direitos dos cidadãos, com o “objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, e regida, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos” (PRADO, 2013, p. 477). O princípio da culpabilidade no Direito Penal não desassocia deste movimento, ao tratar o agente infrator devem-se garantir todos os meios necessários para que se assegure a dignidade do agente enquanto cidadão, observando sempre a prevalência da proteção dos direitos humanos.

A culpabilidade também pode ser reconhecida como decorrente do princípio da legalidade do artigo 5º, II, CF/88, visto que determina a limitação da intervenção do Estado,

segundo as exigências de um Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente a iniciativa de determinar o agente culpado somente quando transitado a sentença penal condenatória.

A estruturação do Direito Penal a partir dos preceitos lançados pela Constituição determina a sua razão e funcionamento assegurando as finalidades de um Estado de Direito, com a proteção da sociedade e na preservação da liberdade, conduzindo, portanto, ao objetivo de impedir o cometimento do crime, ou seja, sua atuação na forma preventiva. Para além desta finalidade, ao Direito Penal também é destinado à necessidade de garantir ao delinquente a sua ressocialização, esta finalidade denominada preventiva especial positiva remete às garantias propostas pelo constituinte ao determinar a construção da sociedade sobre bases como o princípio da dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e marginalização, a promoção do bem de todos, sociedade livre e solidária, que resultam na interpretação que o condenado não deve viver à margem da sociedade permanecendo por uma eternidade ao ciclo do cometimento de delito pelo abandono do convívio da comunidade.

Neste sentido, a política criminal concilia as funções da garantia dos direitos conferidos a vítima, bem como a indenização pelos danos sofridos além da imputação de pena ao agente infrator, conjuntamente com as finalidades preventivas, geral e especial.

O Direito Penal atribui a culpabilidade três sentidos: I- como fundamento da pena, na qual observada preliminarmente a caracterização de um fato típico e antijurídico, se avalia através dos elementos da culpabilidade (imputabilidade, consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa) a aplicação da medida punitiva ao agente infrator; II – como limitador da pena, a partir da consideração de diversos fatores como a necessidade da pena, a importância do bem jurídico, o dano causado, para determinar a medida ideal da sanção penal aplicada; III- indicador da responsabilidade subjetiva, por impor ao *ius puniendi* a aferição de modalidade subjetiva de culpa, isto é, representação de dolo ou culpa no cometimento do ato criminoso.

A análise do crime depende da caracterização dos seus elementos como uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. Impondo a este último elemento o determinante exame da comunicação do indivíduo com o mandamento normativo, verificando a sua eficácia frente ao infrator com a sua capacidade de entendimento, de conhecimento, e da possibilidade de agir no sob sua orientação.

*La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 358)*

*El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psiquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. (ROXIN, 1997, p. 792)*

Neste vertente, são elementos da culpabilidade: a imputabilidade, consciência da conduta antijurídica, e inexigibilidade de conduta diversa.

### 3.2.1. Imputabilidade

A imputabilidade penal como requisito para a configuração da culpabilidade, e consequentemente para responsabilização do agente infrator da norma, se traduz no desenvolvimento e sanidade mental capaz de permitir ao ser humano o conhecimento da razão legal de seus atos, e poder se comportar conforme a sua livre vontade. Como afirma Prado (2013, p. 479) “Essa capacidade possui, logo dois aspectos: *cognoscitivo ou intelectual* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e *volitivo* ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão)”, a verificação da ausência de qualquer dos dois aspectos desta capacidade implicaria na caracterização da inimputabilidade do agente.

*Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a um sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 361)*

A necessidade da verificação da capacidade do homem em atuar conforme a sua vontade livre e incondicionada, bem como do desenvolvimento mental que possibilite a compreensão da ilicitude de seus atos, demonstra a preocupação em aplicar uma responsabilidade penal a quem realmente deve ser imputada, isto é, a configuração de um crime com o resultado de aplicação de pena deve ser imposta somente a quem, segundo critérios médicos, é capaz de atuar conforme uma normalidade média que caracteriza uma sociedade.

Tudo isso resulta em uma inferior capacidade do sujeito para cumprir o comando normativo, em comparação com as possibilidades de que dispõe o homem que atua normalmente. Impor ao primeiro, apesar disso, a pena prevista para o segundo, significaria sancionar com uma severidade desigualmente excessiva uma desobediência normativa que um homem normal compreende e desculpa, porque percebe que se deve a uma inferioridade decisiva das condições de resistência do autor diante da tentação criminal. A possibilidade de determinação anormal que subsiste não poderia, por isso, ser exercida lícitamente em um Direito disposto a

limitar sua função preventiva (Estado social) com base no módulo democrático do grau de exigibilidade que a sociedade considera tolerável [...] e em benefício da exigência de igualdade dos cidadãos (Estado democrático). (MIR PUIG, 2007, p. 427)

Como demonstra a doutrina de Mir Puig é de devida importância a configuração da inimputabilidade como exclusão da pena, em um atual Estado Democrático de Direito se mostra incompreensível arrastar a função da prevenção para punir o agente que atua sem uma capacidade normal para que se possa exigir a sua atuação motivada pelo sistema normativo. Destarte, não se pune os inimputáveis visto que lhes atribuir uma pena diante da sua incapacidade de resistência, diga-se anormal, resultaria na aplicação elevada do que se considera como exigível para o homem médio. O Código Penal Brasileiro não define a imputabilidade, parte então a doutrina da concepção de inimputabilidade disposta no artigo 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. (BRASIL, 2015)

A ausência da disposição conceitual sobre a imputabilidade demonstra a ideia de presunção do legislador em considerar o agente infrator como homem capaz, em pleno desenvolvimento mental, apto a compreender e atuar na conformidade da sua vontade, e a exceção seria a caracterização da inimputabilidade, por meio de comprovação pericial que cabalmente demonstre a diminuição ou ausência da capacidade do agente. Para a avaliação deste estado são apresentados três métodos: Sistema Biológico, Sistema Psicológico/Psiquiátrico, Sistema Biopsicológico ou misto.

O critério biológico proporciona a análise da responsabilidade penal baseado na saúde mental do agente, ou seja, vincula as condições de doenças mentais à incapacidade de responsabilidade. O doutrinador Prado (2013, p. 479) demonstra a correspondência normativa a esta técnica biológica: “Seu protótipo vem a ser o artigo 64 do Código Penal francês de 1810: Não há crime nem delito, quando o agente estiver em estado de demência ao tempo da ação”. No Brasil a aplicação deste método seria conferido à caracterização da inimputabilidade dos menores de 18 anos, como afirma Bitencourt (2012, p. 1031): “O Direito Penal brasileiro adota [...] como exceção, o sistema puramente biológico para hipóteses do menor de dezoito anos”.

Por sua vez, o sistema psicológico ou psiquiátrico examina as condições psicológicas do agente no momento do cometimento da infração, “seja qual for a causa, a faculdade de



apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo)” (BITENCOURT, 2012, p. 1031). Ressalta-se a importância da caracterização da anomalia no momento da execução do ato infracional, visto que a alteração da normalidade psíquica no período posterior não seria capaz de excluir a responsabilidade do infrator. A correspondência a este sistema foi do artigo 10 do Código Criminal do Império, em 1830, que dispunha que não serão julgados como criminosos os loucos de todo gênero, exceto que restar comprovado a existência de intervalos de lucidez, e o cometimento do crime neste período.

Acolhido atualmente pela maioria das legislações penais o Sistema Biopsicológico ou Misto, associa a análise da inimputabilidade a características biológicas como também psíquicas. A caracterização de qualquer uma das duas resulta na declaração da inimputabilidade. Neste sentido, quando evidenciado que o infrator possui as condições necessárias de “normalidade”, e de maturidade psíquica para ser orientado e motivado pelos mandamentos legais será considerado imputável. Entretanto, configurado a ausência de sanidade mental, ou a imaturidade mental e que estes afetem diretamente na capacidade do indivíduo em se comportar, e entender e ser motivado pelo sistema jurídico será conferido a inimputabilidade, pelo seu aspecto psicológico.

Na verificação do agente com doença mental ou desenvolvimento incompleto é obrigatoriamente a configuração do vínculo psicológico com o ato infracional executado, isto é, necessário ao Direito que seja avaliado se esta doença interfere diretamente a capacidade de compreensão e direção do sujeito, e conseqüentemente se poderá ser punido por uma pena.

Devem reunir-se, portanto, no caso de anormalidade psíquica, dois aspectos indispensáveis: um aspecto biológico, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um aspecto psicológico, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. (BITENCOURT, 2012, p. 1033)

Para a configuração da inimputabilidade é necessário somente à ocorrência de um de seus aspectos: da capacidade de entendimento, e da capacidade de autodeterminação. Evidente que quando configurada a incapacidade de entendimento restará também afetada a capacidade de autodeterminação, visto que se o indivíduo não sabe interpretar e valorar os atos que pratica, conduzindo os seus atos no sentido de evitar o que é proibido por lei, também lhe carece a realização de autodeterminação de seus atos. Nesta sequência, um se torna pressuposto do outro.

Contudo, se comprovado a ausência de autodeterminação não vincula necessariamente a incapacidade de entendimento. A ocorrência desta estrutura se evidencia nos transtornos em que o agente atua na certeza de seus atos e consequências, com o perfeito conhecimento da ilicitude de seus atos, que, no entanto, lhe falta a capacidade de autocontrole.

Por sua vez, a configuração da semi-imputabilidade, permitida pela legislação por meio da disposição do artigo 26, parágrafo único, Código Penal (BRASIL, 2015), não possibilita a exclusão da pena. Devido ao fato da existência de níveis diversos sobre a capacidade do agente de entendimento e de autodeterminação, o legislador cria a figura do semi-imputável ou imputabilidade diminuída, com a imposição diminuída da pena.

### 3.2.2. Critério da Imputabilidade e a Psicopatia

As intervenções das ciências médicas e periciais no Direito Penal ganham grande importância para a persecução criminal justa, assim como assegurar o seu máximo cumprimento na garantia dos direitos dos cidadãos. Na discussão sobre a imputabilidade a perícia médica alcança grande debate devido a divergências conceituais da caracterização de doença que fere a capacidade do agente.

Os requisitos para a configuração de incapacidade do agente não são semelhantes para o Direito Penal e para a ciência médica, no sentido de que para a caracterização de inimputabilidade necessária somente os elementos de: incapacidade de entender e de autodeterminar-se. A ciência médica, por sua vez, se utiliza de variadas técnicas de análise para determinar diversos critérios de incapacidade, por vezes ultrapassando os requisitos possibilitados pelo Direito Penal. Na tentativa de solucionar o conflito, o perito deve se ater aos requisitos propostos pelo legislador no momento de seu parecer, invocando tão somente a análise da capacidade de entendimento da regra e do ato, e na autodeterminação.

As características da personalidade psicopata relacionam diretamente com este debate, visto que a concepção médica o analisa não como uma doença, mas como uma alteração da personalidade, e, portanto, não importando na incapacidade do agente, vez que compreende todos os atos que executa, se auto-determina, e está hábil a responder pelas consequências de suas ações.

Pensar a psicopatia como uma incapacidade de internalizar valores e uma insujeição à norma aponta menos para uma doença nos moldes médico e psicológico e mais

para uma constelação de caráter com precárias condições para realizar aquisições éticas. (TRINDADE, 2010, p. 174)

No plano científico a psicopatia passa a ser analisada tão somente frente aos requisitos implantados para a configuração de uma doença. A definição da psicopatia enquanto transtorno de personalidade sofreu diversos pontos de análise pelas ciências médicas, onde os critérios para a concepção de incapacidade ultrapassam os requisitos da norma penal. Diante destes critérios os especialistas apontam a total capacidade de compreensão destes indivíduos, visto não se tratar propriamente de uma doença, mas um transtorno de personalidade que afeta diretamente no comportamento antissocial, e não na capacidade de raciocínio do agente. Neste sentido, são pareceres de especialistas:

[...] em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. [...] Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos. (SILVA, 2014, p. 38)

Mesmo que a psicopatia seja considerada uma patologia social (pelo sociólogo), ética (pelo filósofo), de personalidade (pelo psicólogo), educacional (pelo professor) do ponto de vista médico (psiquiátrico) ela não parece configurar uma doença no sentido clássico. Nesse aspecto, há uma tendência universal de considerar psicopatas capazes de entender o caráter lícito ou ilícito dos atos que pratica e de dirigir suas ações. (TRINDADE, 2010, p. 174)

Por outro lado, a interpretação no Direito Penal não tem sido uniforme, adotando alguns autores como uma semi-imputabilidade por ser casos fronteiriços da imputabilidade e da inimputabilidade.

Situam-se nessa faixa intermediária os chamados *fronteiriços*, que apresentam *situações atenuadas* ou residuais de *psicoses*, de *oligofrenias* e, particularmente, grande parte das chamadas *personalidades psicopáticas* ou mesmo transtornos mentais transitórios. (BITENCOURT, 2012, p. 1046)

[...] a responsabilidade penal será *obrigatoriamente* diminuída de forma proporcional à redução de sua capacidade de culpabilidade (v.g., certas oligofrenias, psicoses, psicopatia, neuroses). (PRADO, 2013, p. 482)

Diante da diversidade de concepção sobre o plano da capacidade do agente com psicopatia necessária reanalisar as características marcantes deste transtorno de personalidade, bem como a amplitude do conceito de entendimento e de autodeterminação requisitadas pela norma penal.

O agente psicopata, diferente do que se entende popularmente como um doente sanguíneo, é marcado por comportamentos impulsivos, baixo níveis emocionais, resultado de uma imaturidade da personalidade. Esta imaturidade que marca a psicopatia não se

confunde com a diminuição da capacidade mental, visto que os agentes psicopatas possuem padrão intelectual médio, e alguns até com padrão intelectual elevado. Os estudos permitidos pelo avanço da ciência demonstram que a capacidade de raciocínio destes indivíduos permanecem intactos, com percepção normal da realidade e conhecimento da legalidade de seus atos, assim como as suas consequências.

A personalidade como resultado de uma construção de traços hereditários, vinculados a experiências pessoais, e o conhecimento do indivíduo consigo mesmo e a sua relação com a sociedade, permite a compreensão que nas situações em que há disfunção na sua formação a interferência se dá nas situações comportamentais caracterizados como antissociais, com a ausência de sentimento, e a infantilidade, sem implicar na diminuição da capacidade mental, e de raciocínio. A ausência ou diminuição de sentimentos apresentados pelos agentes psicopatas ressalta a sua capacidade racional, a grande agilidade em manipulação e execução de atos voltados aos seus interesses e regras pessoais.

A problemática se refere não na capacidade racional do agente psicopata, mas primordialmente na aptidão para internalizar a regra imposta pelo sistema normativo. Em consonância com o seu comportamento antissocial, o indivíduo psicopata não internaliza e vive o ordenamento jurídico, abandonando de todo efeito as regras de ordem pública e o conceito de sociedade para somente adotar suas regras pessoais e o caráter individualista marcante neste cenário. Evidente a existência desta consciência do ordenamento jurídico, mas a impossibilidade de vivenciá-la por não concordar e se reservar o direito de não cumpri-la acaba por derrotar o que se aguarda de qualquer cidadão, então se questiona se esta característica do psicopata o diferencia de outros delinquentes compreendidos como “normais”, para concebê-lo como inimputável ou semi-imputável.

A compreensão e amplitude de entendimento da norma e da autodeterminação também se transformam em um ponto de debate. A interpretação destes elementos a princípio remete ao intelectual do agente infrator, contudo parte da doutrina lança o questionamento da necessidade também da vinculação emotiva para a configuração da capacidade do agente, isto é, não basta o elemento racional, mas a comunhão deste com o requisito emocional, bem como a preexistência de critérios morais inerentes ao ser.

Os psicopatas têm consciência das diferenças entre o certo e o errado, e agem intencionalmente, com o entendimento de que há leis e repercussões quando de sua violação. No entanto, não é somente a parte cognitiva que influi na tomada de decisão quanto a ter um comportamento moral apropriado, mas também a emocional. Estudos nos campos da psicologia e das neurociências têm demonstrado

que nosso julgamento moral é altamente influenciado por emoções. Estudos de neuroimagem mostram que, durante o processo de tomada de decisão, especialmente quando se pode causar dano a terceiros, são ativadas áreas cerebrais envolvidas no processamento emocional. Os psicopatas, por sua vez, apresentam redução significativa na estrutura e no funcionamento dessas regiões cerebrais, podendo ter prejuízos nas emoções que proporcionam motivação para a maior parte dos indivíduos se comportar moralmente. (BINS, 2016, p. 12)

A capacidade moral e a consciência ocorreriam em momentos diferentes na mente humana. O entendimento é que a capacidade moral deriva de um traço natural do agente, acoplado a uma construção de experiências e convívio com a comunidade, conduzindo ao indivíduo atribuir às condições de bondade e maldade, ou entre o certo e o errado. Presente esta faculdade moral o indivíduo se apresenta hábil a se controlar sem a necessidade de imposição de lei, e o temor da pena, por considerar os seus atos como virtuosos. A consciência, por sua vez, se apresenta como atribuição mais próxima e atual do ato executado, como uma reflexão sobre o atuar daquela forma, isto é, a partir de todo o seu conteúdo interno o agente seleciona os atos a serem praticados, se orientando pelos conhecimentos já experimentados. O psicopata como um ser antissocial, averso as concepções gerais sobre a moral e mesmo sobre o sistema normativo se opõe diretamente às normas necessárias para o convívio comunitário, se orientando por verdades e regras pessoais para o alcance de suas expectativas.

Os valores são consequências da estruturação individual e histórica comunitária sobre atitudes desejadas e as repugnadas, quando constituídos são repassados a todos os indivíduos como regras por meio da família, das escolas e da sociedade. A introdução do indivíduo na sociedade se inicia com o nascimento e a construção familiar, a partir da qual caberá ser transmitido todo o aparato necessário para que este agente esteja hábil a se orientar e conviver em sociedade. Parte, então, o indivíduo de uma estrutura cultural e social introjetado e assimilado desde a tenra infância, convertendo estes conhecimentos como virtude própria, extremamente necessária para a execução de condutas. As regras positivadas também fazem parte da construção histórica da comunidade, limitando os atos individuais para a garantia da continuidade e equilíbrio da sociedade. Contudo, devido a sua constante transformação e evolução a sua introjeção nem sempre ocorre, seja por entendimento contrário a imposição legal, ou mesmo pelo desconhecimento, neste sentido o ordenamento tolera alguns desvios, mas determinando limites aos erros, para então o indivíduo não ultrapasse a imposição normativa ao ponto de desafiar-la e colocar em risco a garantia dos bens indispensáveis da sociedade.

A regra imposta pelo Direito Penal gera uma obrigação e temor ao indivíduo, considerando que seja capaz de condicionar as condutas tomadas pela sociedade. Os agentes infratores compreendem a necessidade da imposição normativa, e se espera naturalmente que se readéquem as expectativas construídas pela sociedade e positivadas pelo legislador. O agente psicopata, por sua vez, transgredir a norma, ignorando o sistema por considerá-lo obstáculo ao alcance de seus objetivos pessoais. Neste contexto, a norma não desperta no psicopata o aguardado para os outros transgressores da ordem, vez que apesar do conhecimento da lei, e a compreensão do cometimento de atos ilícitos, a norma não produz os efeitos almejados de orientação e temor da consequência da pena. Este transtorno de personalidade possibilita ao agente uma especificidade de falta de percepção emocional, empatia, e remorso, onde os níveis emocionais deste juntamente com os traços de impulsividade e manipulação demonstram o ser quase puramente racional, afetado por características que o dirige primordialmente às conquistas de seus desejos, isto é, gerado pela sua imaturidade de personalidade.

Neste sentido se posiciona Zaffaroni (2007), ao dispor que apesar da incerteza na psiquiatria sobre o conceito final de psicopatia, não se revelará capaz o agente impossibilitado de internalizar as regras do sistema normativo, vez que sem esse não seria possível à capacidade de compreensão da antijuridicidade dos atos praticados.

Se por psicopata consideramos a pessoa que tem um atrofiação absoluta e irreversível de seu sentido ético, isto é, um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então ele não terá capacidade para compreender a antijuridicidade de sua conduta, e, portanto, será inimputável. Quem possui uma incapacidade total para entender valores, embora os conheça, não pode entender a ilicitude. (ZAFFARONI, 2007, p. 542)

A relevância da discussão surge na necessidade de demarcar os limites de consciência apresentado pelo ser humano, levantando a questão por alguns doutrinadores da necessidade de conjunção entre o critério racional com a capacidade de internalização da norma no agente infrator.

Contrário a este posicionamento e com apoio da psiquiatria alguns países e doutrinadores adotam a psicopatia como uma disfunção que não afeta diretamente a capacidade do agente, importando conseqüentemente na imputação da pena como em qualquer outro indivíduo. A razão para esta aplicação ocorre na necessidade de cumprimento do requisito “entender a norma” que se faz formalmente evidenciado, vez que o agente

psicopata não tem afetado o seu campo intelectual, e, portanto, se demonstra hábil para compreender os atos que executa e as sanções aplicadas pelos atos ilícitos.

*El Tribunal Supremo, y con él um importante sector doctrinal, rechaza, em general, la aplicación de la eximente completa de enajenación y trastorno mental transitorio a este tipo de personas, fundamentando su decisión em que estos sujetos no tienen alteradas sus facultades intelectivas o volitivas[...]. (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 369)*

As características da psicopatia clareiam o cenário penal, para demonstrar que a disfunção remete somente as áreas de interação do agente para com a sociedade, na sua impossibilidade de vivenciar sentimentos desejados a todos os indivíduos. Entretanto, o transtorno de personalidade não remete ao indivíduo a incapacidade de compreender o caráter ilícito dos seus atos, visto que conhece a norma e deseja confrontá-la para atender os próprios objetivos. A necessidade de manipulação de pessoas juntamente com sua habilidade de farsa, traduz na sua tentativa de encobrir os atos praticados na consciência da ilicitude e do conteúdo proibitivo destes atos. O desejo pela adrenalina e pelo impossível torna o agente um violador da norma não pela ausência de consciência, mas devido a sua característica egocêntrica que o gere pelo caminho das suas conquistas e não pela consciência comunitária. Neste ponto, a impossibilidade de empatia não transforma o agente psicopata em um doente incapaz de compreender ilicitude e de se autodeterminar, vez que por vontade infringe o sistema normativo no desejo do alcance dos seus preceitos.

Na avaliação da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, verifica-se se a pessoa é capaz de entender e distinguir, dentre suas ações, as que são consideradas lícitas e as que não o são. A lei não exige empatia ou motivação moral, mas apenas que o indivíduo tenha entendimento do ato ilícito que cometeu- até porque todos os criminosos têm, para os crimes que cometeram, diminuição das restrições morais. (BINS, 2016, p. 13)

Os baixos níveis emocionais encontrados nos agentes psicopatas demonstram a possibilidade do ser humano quase puramente racional, mas também abre a possibilidade de discussão sobre os níveis almejados a todos os seres humanos na percepção de sentimento e da natureza moral de suas ações. Evidente que a psicopatia surge como uma disfunção caracterizada pela ausência de sentimentos comuns ao ser humano na sua formatação máxima, contudo nas mentes criminosas também há uma desvinculação moral, ética, e de empatia, para com os atos infracionais cometidos, e flagrantemente não são examinados para a imputação da culpa ou para a diminuição de pena.

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que

agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente. (HARE, 2013, p. 38)

Muitos desses assassinos – Ted Bundy, John Wayne Gacy, Henry Lee Lucas, para mencionar apenas alguns – foram diagnosticados como psicopatas, o que significa que era mentalmente imputáveis de acordo com os padrões jurídicos e psiquiátricos atuais. (HARE, 2013, p. 39)

A autodeterminação necessária para a imputação da culpabilidade enfrenta questionamento desde o seu surgimento para discutir a existência natural do livre-arbítrio do homem. Afastando deste debate insta salientar a discussão acerca da autodeterminação do psicopata. O questionamento se refere na problematização das características da psicopatia com a determinação do agente, isto é, os pontos marcantes como a impulsividade e sua “natureza” imoral o conduziram sempre a prática de delitos. Evidente que a apresentação do caso em concreto o perito avaliará todas as circunstâncias enfrentadas pelo agente no momento da execução do ato infracional, a pura característica de impulsividade não destina a psicopatia como incapacitante para a responsabilidade penal, “não esquecendo que a impulsividade caracteriza a conduta criminal do ser humano em geral” (BINS, 2016, p. 14). A capacidade de projeção de seus atos e formulação dos meios empregados para persecução de seus objetivos torna a maioria dos atos criminais como premeditados, contudo na presença de um ato impulsivo caberá ao perito avaliar se decorre de algum surto, situação na qual será avaliada a presença de alguma doença atrelada à psicopatia, ou se o comportamento pode ser compreendido como “normal” nos parâmetros de outros agentes infratores, isto é, sem a interferência de patologias.

A ausência de internalização dos preceitos construídos pela sociedade não condiciona ao agente com psicopatia a sua violação. O conhecimento das regras sociais de conduta, assim como as do sistema normativo, possibilita ao agente a limitar os seus atos na conformidade aguardada pela comunidade, a atuação em confronto a esta ordem surge na vontade deste indivíduo em utilizar caminhos questionáveis para a realização de seus objetivos. Desta forma, a violação de preceitos morais nem sempre implica na caracterização de um ato tipificado pela norma penal, razão pela qual se abre ao agente possibilidades de autolimitação por normas conhecido por ele, para a não realização de atos infracionais.

Contudo, discussão da imputabilidade frente à psicopatia ultrapassa os questionamentos da culpabilidade para adentrar nas finalidades da pena, visto que a sua interferência remete no direcionamento do agente infrator para o cumprimento de pena ou de medida de segurança. Neste sentido, por prevalecer uma análise sistêmica na busca pela



eficiência dos institutos legais do Direito Penal, prega-se pela interpretação conjunta da imputabilidade na psicopatia frente às finalidades da pena.

#### 4. DA PENA E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A importância do estudo da culpabilidade e principalmente pelo requisito de imputabilidade se dá pela consequência normativa de aplicação e fixação de pena ou de medida de segurança. Configurado a capacidade do agente o direito penal lhe destina a aplicação de pena, para que sejam cumpridas as finalidades exigidas do Direito Penal, entretanto, na análise de inimputabilidade a aplicação será de medida de segurança que se distingue da pena pelos seus fundamentos e razão. A presença de semi-imputabilidade importará na redução da pena de um a dois terços ou aplicação de internação em hospital de custódia, a depender das situações impostas ao caso concreto.

A imputabilidade comporta requisitos para a sua estruturação e confirmação no caso concreto, evidente que as consequências de sua presença também devem ser analisadas para que se garanta a realização dos preceitos almejados pelo Direito Penal. O debate sobre a capacidade do agente psicopata ultrapassa os estudos próprios da culpabilidade para alcançar as finalidades e funções da pena e conseqüentemente o fundamento da intervenção penal.

O direito de punição se fundamenta por diversas orientações diante das construções históricas e científicas próprias de um Estado, a configuração da pena encontra relação direta com o poder estatal vez que garante a regulamentação do convívio em comunidade. Os recursos para a proteção de lesões a direitos são diversos, mas a destinação do Direito Penal a bens jurídicos essenciais demonstra a necessidade irremediável de proteção do bem ao ponto de determinar aplicação de punição ao agente infrator, principalmente quando importa na restrição da liberdade.

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade. (BITENCOURT, 2012, p. 272)

As finalidades propostas para a pena implicam diretamente na relação do Estado, garantidor e punidor, na persecução de seus ideais firmados na legalidade de um ente Democrático de Direito. A culpabilidade não se afasta da relação por invocar resíduos dos ideais a serem alcançados para a configuração da culpa do agente infrator. Neste viés, a ideia de Direito Penal se conecta com as finalidades que deve ser alcançados, acompanhando os seus efeitos sobre os indivíduos a serem punidos, assim como sobre a sociedade que está inserida. Portanto, a necessidade do estudo das teorias da pena remonta a análise perante as

finalidades e funções que devem ser alcançadas por uma programação política normativa, e consequentemente nos seus efeitos e eficácia em uma sociedade democrática de direito.

#### 4.1. Teorias da Pena

##### 4.1.1 – Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

A teoria da retribuição da pena se direciona para a pena como uma compensação pelo prejuízo causado na prática criminosa. Este direcionamento não se preocupa com algum fim social que a pena deva cumprir, visto que seu fundamento se baseia unicamente no delito praticado.

A principal e única atribuição da pena era imputar ao agente infrator um castigo pela violação normativa, sem apreciação de efeitos oriundos desta punição, vez que estaria cumprido a sua finalidade pelo: “valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*” (BITENCOURT, 2012, p. 277). Descreve-se como uma teoria absoluta por determinar a independência da pena frente ao seu impacto social, comportando somente a necessidade de imputação de punição pelo mal executado.

*La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la consciencia de los profanos con una certa naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. (ROXIN, 1997, p. 82)*

A configuração e aplicação desta teoria ganha guarida nos Estados absolutistas, frente a uma confusão entre o soberano e o Estado, na moral e o direito, entre a religião e o Estado. Ao soberano comportava todos os poderes de legalidade e justiça, orientado por Deus. Esta prerrogativa tornava o infrator violador não só da norma, mas em confronto com o soberano e a própria divindade, motivo pelo qual deveria ser castigado pelo mal invocado na proporção de seus atos ilícitos. Com o fim dos Estados Absolutistas a teoria retributiva permaneceu aos Estados que consideravam a necessidade da pena somente para a imposição de castigo como compensação ao mal causado.

A esta estruturação retribucionista direciona a função da pena para a garantia da realização da Justiça, a delegando a finalidade da punição pura. A base desta concepção se dá pelo reconhecimento do Estado garantidor da justiça comunitária, com a interferência religiosa e moral no plano jurídico, assim como na segurança do homem livre e semelhante à divindade, cabendo ao soberano a limitação das liberdades individuais.

A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da “substituição do divino pelo humano” operada nesse momento histórico [...]. (BITENCOURT, 2012, p. 280)

Distante da visão religiosa do castigo como eficiente para a finalidade da pena, as teses retributivas ganham outros contornos com outros apoiadores, onde dois se destacam: Kant expressando uma fundamentação ética sobre a retribuição da pena; e Hegel em uma sistemática jurídica e filosófica da vontade geral a ser respeitada.

A reflexão kantiana aponta para a necessidade na aplicação da pena pelo critério simples de compensação do mal enfrentado pela vítima, sem adesão a qualquer outra finalidade, devido ao fato de que quem viola o ordenamento jurídico não seria digno do direito de cidadania. No mesmo sentido, não seria possível razoar a pena sobre os critérios de necessidade da sociedade, vez que “o homem é um fim em si mesmo, que não é lícito instrumentalizar em benefício da sociedade [...]” (MIR PUIG, 2007, p. 59).

O direito ao castigo surgiria do poder do soberano em destinar ao agente infrator uma pena capaz de gerar sofrimento em decorrência de sua transgressão da ordem. Neste sentido, a retribuição deveria pressupor um ilícito culpável, e necessariamente o sofrimento pelo resultado do cumprimento de pena. As finalidades utilitaristas são afastadas para prevalecer à ideia de justiça penal alcançada pela retribuição.

A lei penal é um imperativo categórico em Kant, que chega a afirmar que inclusive, no caso extremo de dissolução da sociedade civil por consentimento de seus membros, se uma comunidade que habitasse uma ilha decidisse abandoná-la e dispersar, antes de proceder a tal dissolução até o último assassino que estivera em prisão deveria ser executado, sob o risco de se converter, se não, todo o povo em cúmplice de uma violação da justiça. (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 192)

Pressupondo a liberdade do homem, a teoria absoluta se fundamenta na lesão do direito penal, que constitui uma infração ao dever jurídico de não interferir na liberdade da vítima, resultando na adesão da retribuição como ideal de justiça: “*Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra*” (ROXIN, 1997, p. 82).

Os imperativos se evidenciam na caracterização do dever ser construído normativamente de forma objetiva pela capacidade racional com uma vontade dita subjetiva. Aponta Bitencourt (2012, p. 282) que o discurso kantiano apresenta o bom como: “a vontade por meio de representações da razão e, conseqüentemente, não por causas subjetivas e sim objetivas, isto é, por fundamentos que são válidos para todo ser racional como tal”. A

avaliação da conduta dos indivíduos buscaria a internalização dos preceitos legais não como uma lei imposta por um sistema, mas como uma lei invoque e permeie a vontade da sociedade no sentido de respeito e orientação da norma.

A finalidade da pena para Hegel se diferencia da kantiana por se determinar na necessidade de reequilíbrio da vontade da sociedade positivada pelo sistema jurídico, e confrontada por uma vontade individual. A definição do delito seria da ação por um homem livre que por vontade ataca todos os outros seres livres, e a sua superação é a readequação do direito. Desta forma, “O castigo penal virá constituir assim a anulação do delito. Seria a negação da negação do Direito, a lesão da lesão, a modo de discurso e réplica” (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 197).

*Hegel, em sus “Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho” (1821) [...] al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación, como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez” y, com ello, como “restablecimiento del Derecho”. (ROXIN, 1997, p. 83)*

Outra característica da teoria de Hegel é da necessidade da pena para confirmar a existência de direitos, vez que na sua concepção somente quando se castiga determinados atos é que se admite uma existência prévia de direitos que devem então ser assegurados. A punição seria uma derivação do respeito pela dignidade pessoal, cujo enfrentamento traria o confronto direto a todos os direitos e obrigações morais.

No pensamento de Hegel o Direito expressa uma vontade racional derivada da vontade geral, visto ser uma organização racional que implica na liberdade dos seus cidadãos. Portanto, a base fundamental do direito seria o raciocínio e a liberdade. A violação desta vontade geral compreenderia em uma vontade irracional por ser individual. A execução da vontade individual do agente infrator por meio de uma ação que implique na lesão de direito deveria ser “aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que desse modo, restabelece o direito lesado” (BITENCOURT, 2012, p. 288). Neste contexto, a aplicação de pena não se fundamenta na simples imputação do mal ao agente violador da norma, mas se legitima na necessidade do restabelecimento da ordem jurídica.

As apresentações das teorias retributivas trouxeram grande valor ao estabelecimento dos parâmetros da pena estatal, ao determinar a observação da liberdade e da dignidade humana. A concepção de Kant quanto à impossibilidade de o homem ser um fim em si mesmo permite uma interpretação racional de que o indivíduo não deve ser utilizado como

instrumento para outros fins, instaurando importantes garantias individuais aos estados democráticos.

Na doutrina de Hegel também se fixa o reconhecimento da dignidade humana, na medida em que determina a aplicação da pena como punição adequada ao agente infrator, permitindo o avanço aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, em um equilíbrio entre a infração e a pena.

Entretanto, as importantes manifestações teóricas não foram capazes de sustentar a teoria retributiva ou absoluta, onde atualmente não há aplicação prática. O equívoco que a teoria comete é na confusão entre a justificação da pena, isto é, sua finalidade com a legitimidade para a punição. Evidente, que a punição surge a partir do cometimento do ato infracional, possibilitando ao *ius puniendi* executar a pena prevista na norma, contudo o porquê castigar resta vazio, sem a devida apreciação.

#### 4.1.2. Teorias Relativas ou Preventivas da Pena

As teorias relativas da pena se fundam na necessidade de prevenir a prática de crimes, impondo a pena como um mal necessário não para a retribuição de um prejuízo configurado, e consequentemente a realização de Justiça, mas para garantir a não realização de outro crime. A pena deixa de ser idealizada como um fim em si mesmo, para ser interpretada como um instrumento para alcançar objetivos futuros e justificar a sua imposição, que seria a prevenção dos delitos.

A concepção utilitarista da pena se baseia em pensamentos remotos, como de Sêneca se utilizando de Protágoras de Platão “nenhuma pessoa responsável é castigada pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar” (BITENCOURT, 2012, p. 295), além de ideias do século XVII, com as interpretações jusnaturalista e contratualista. Neste sentido, a pena permanece como um instrumento a ser utilizado, mas se afasta da concepção retributiva de mal necessário em si mesmo, para alcançar o nível de meio para se aproximar da necessidade de prevenir o cometimento de crimes. Neste sentido prescreve Mir Puig (2007, p. 63): “Enquanto a retribuição visa o passado, a prevenção visa o futuro. Na terminologia clássica (que desde Protágoras, passando por Platão e Sêneca, chega até Grocio) não se pune *quia peccatum est, sed ne peccetur*”.

#### 4.1.2.1. Teoria Preventiva Geral

Reiniciada no período moderno por Feuerbach, Filangieri e Bentham, a teoria da prevenção geral determina a pena como meio para evitar o surgimento de agentes infratores, ou seja, a finalidade da pena na prevenção diante a sociedade. Neste sentido, a destinatária desta prevenção geral são todos os indivíduos integrantes da sociedade, com o objetivo de orientar o futuro e evitar a execução de delitos. A forma para garantir a prevenção geral se subdivide em duas: de forma negativa ou intimidatória, ou na forma positiva ou de integração.

A teoria preventiva geral negativa determina a sua interpretação intimidatória da norma penal pela imputação da pena. Por meio do Direito Penal seria possível causar temor aos cidadãos e diminuir as taxas de criminalidade. Neste sentido, com a previsão da cominação legal de uma punição seria capaz de “ameaçar” a sociedade a seguir os parâmetros normativos, impedindo-os de seguir atos impulsivos para o alcance de interesses individuais conflitantes com o sistema normativo.

Com efeito, para Feuerbach a pena constitui uma ameaça legal dirigida aos cidadãos para evitar que cometam delitos. Isto é, opera como “coação psicológica” no momento abstrato da cominação legal. Nesta construção, a execução da pena só tem sentido para confirmar a seriedade da ameaça. (MIR PUIG, 2007, p. 64)

Presumia-se, assim, que “o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga”. (BITENCOURT, 2012, p. 298)

A prevenção geral negativa se baseia na capacidade de liberdade do indivíduo, conjuntamente na sua qualidade racional, para contabilizar os atos a serem executados e os seus efeitos, na expectativa que o agente não execute um delito por meio de uma norma penal coativa que seja capaz de evitar os impulsos e os motivos contrários ao sistema. Desta forma, se funda em dois paradigmas: a liberdade de determinação do indivíduo e a ponderação racional dos atos.

Entretanto, a teoria não considera a certeza do agente infrator de não ser descoberto. A questão que se postula é se a simples imposição da norma penal por si só teria o condão de inibir os atos infracionais, ou o agente de atuar delituosamente na confiança de que não será punido ou descoberto. Neste sentido, a teoria não demonstra na prática os efeitos preventivos almejados, sendo a partir de situações concretas e individuais a possibilidade de auferir a realização dos ideais pretendidos.

Se o mundo fosse perfeitamente racional, bastaria a ameaça da sanção penal e o castigo para dissuadir a comissão do mal e do delito. Porém vivemos em um mundo imperfeito e não muito racional. Muitos sujeitos se deixam levar pelos impulsos do momento e não escutam friamente a razão. É por isso que a eficácia do castigo é limitada, porque sempre existirão indivíduos capazes de satisfazer a todo custo seus desejos, por muito caro que isto lhe possa custar. (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 206)

A simples previsão da pena como consequência do ato criminoso não é capaz de intimidar toda a população ao ponto de inibir a prática delituosa. Os criminosos habituais não se inibem pela certeza da ausência da aplicação da pena, ou da libertação antecipada. Neste sentido, postula Falcón y Tella que a solução está na forte regulamentação do funcionamento do sistema na punição dos delitos, citando Beccaria ao dispor: “a certeza da pena tem maior valor intimidatório que sua severidade” (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 206).

A teoria preventiva geral positiva trabalha sobre outro aspecto da prevenção com direção à sociedade. A prevenção seria alcançada pela norma dirigida a toda a sociedade, não na sua forma intimidadora, mas na internalização e compreensão da necessidade dos valores empregados às regras, pressupondo a consciência dos cidadãos.

A pena adquire a qualidade pedagógica de orientar a comunidade, em um efeito de aprendizagem por meio da motivação normativa. Desta forma, a pena passa a ser um instrumento com três efeitos:

*[...] el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.* (ROXIN, 1997, p. 92)

A finalidade da pena ultrapassa a necessidade pura de retribuição para almejar a prevenção perante a sociedade, na tentativa de assegurar a introjeção da norma no indivíduo e garantir a sua máxima eficácia, e conseqüentemente a confiança da comunidade no ordenamento jurídico. O desenvolvimento teórico possibilitou a divisão da teoria preventiva geral positiva em duas vertentes: fundamentadora e a limitadora.

A tendência fundamentadora é gerada por meio do desenvolvimento da sociologia, construindo a sua teoria sobre a necessidade da reafirmação da fidelidade da sociedade no Direito. Os primeiros caminhos foram traçados por Hans Welzel, que defendia a necessidade de garantir os valores éticos positivados pela norma, tornando a pena como um castigo pela



destruição de uma consciência ética da comunidade. Postula-se, neste sentido, uma tendência à integração social provocada pela norma, tornando o Direito Penal sobre um viés funcional.

O apogeu da teoria fundamentadora se dá com o pensamento de Günter Jakobs, para quem o Direito Penal corresponde a uma função de orientação do sistema normativo, capaz de equilibrar as experiências da comunidade, e torná-las como exemplo de orientação a todos os atos dos indivíduos em suas relações sociais. A finalidade da pena seria, portanto, a manutenção da norma como um instrumento de direção da sociedade. O ato delituoso seria concebido como negativo por ter violado a norma, e conseqüentemente destruindo expectativas, e para a pena seu caráter positivo, vez que caberá a esta a reafirmação da sua eficácia ao negar o ato delituoso. Portanto,

A pena se concebe assim como fator de coesão do sistema político-social por sua capacidade de restaurar a confiança coletiva, quebrada pelas transgressões, e pela estabilidade do ordenamento jurídico e sua capacidade de renovar a fidelidade dos cidadãos às instituições. (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 211)

A função fundamentadora não se isenta de críticas, visto que a máxima aplicação repercutiria na necessária aplicação da norma mesmo quando desnecessária para salvaguardar os bens jurídicos protegidos, vez que primordialmente visa à segurança do sistema e a quebra da expectativa gerada pela sociedade. Nesta vertente, se a principal função da pena é a confirmação da confiança no sistema jurídico questiona se é necessária a imposição de um mal ao agente infrator, quando não se remete a finalidade de intimidação.

A tendência limitadora da punição tem contribuições de Winfried Hassemer, Hans Zipf e Claus Roxin. O desenvolvimento desta concepção parte dos pensamentos básicos da prevenção geral positiva no seu sentido limitador da intervenção geral.

Assim, exigir que se busque a prevenção geral não apenas por meio do medo da pena, mas também por uma razoável afirmação do Direito em um Estado social e democrático de Direito, implicará limitar a prevenção geral por intermédio de uma série de princípios que devem restringir o Direito penal neste modelo de Estado. Entre tais princípios encontra-se a exigência de 'proporcionalidade' entre o delito e a pena. (MIR PUIG, 2007, p. 64)

Diante a esta limitação o Direito Penal se orientaria no sentido de que os fatos menos graves, que não enfrentam fortes barreiras morais deveriam ter cominadas penas maiores, para neutralizar a sua ocorrência e inibindo os estímulos sociais. Entretanto, perante os fatos de grande gravidade, considerados assim pela sociedade, deveriam ter penas menores, devido à internalização de valoração da sociedade no conhecimento da ausência da moral no cometimento do ato, e conseqüentemente o menor número de atos semelhantes praticados.

Desta forma, a esta teoria a atribuição de punição do Estado constitui no controle dos atos da sociedade, e da sua organização.

#### 4.1.2.2. Teoria Preventiva Especial

Diversamente do intuito pregado pela prevenção geral a prevenção especial frisa a importância dos efeitos sobre o próprio sujeito delinquente. A imposição da pena serviria para prevenir ou inibir o cometimento de novo crime. O objetivo desta teoria é tornar a pena como uma correção de qualidade capaz de reorientar o agente infrator corrigível e eliminar os incorrigíveis. Ressalta-se que esta prevenção especial não ocorre na cominação penal, como ocorre na prevenção geral, mas na execução da pena.

A prevenção especial também comporta divisão em seus planos negativos e positivos, sem, no entanto, importar na exclusão da outra, sendo permitida a realização conjunta das duas formas.

Visando o indivíduo infrator as teorias preventivas especiais buscam a ressocialização do indivíduo, e conseqüentemente na sua reeducação para seguir os preceitos da norma. Inviabilizado esta reforma de comportamento surge a teoria preventiva especial negativa, que consiste na neutralização do infrator incorrigível. A problemática de uma execução de pena eficaz para eliminar o criminoso incapaz de ser reeducado enfrenta complicações históricas.

A neutralização tem sido historicamente uma prática comum. Em todas as épocas se desejou neutralizar os indivíduos inquietantes e imprevisíveis. Expulsava-lhes, mutilava-lhes, matava-lhes... Ainda em nossos dias, a vontade de colocar em um bom lugar afastado e seguro os sujeitos perigosos se faz sentir em todas as etapas do processo penal: a policial, a judicial. (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 218)

*[...] no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por lo tanto, es independiente de cualquier "resultado o éxito", la fijación de una meta preventivo-especial se torna sin sentido em el caso de carencia constante de éxito, aunque se la considere correcta teóricamente. (ROXIN, 1997, p. 89)*

A utilização do elemento da impossibilidade de reeducação não importa atualmente na aplicação de penas de morte, tortura, mutilação, e prisão perpétua, devido à busca pela ressocialização do agente infrator, assim como pela impossibilidade financeira para a manutenção destes delinquentes habituais nas penitenciárias, razão pela qual sua aplicação é minoritária. A neutralização ocorreria na sua forma prisional, no qual o indivíduo incorrigível

seria submetido à privação de liberdade, garantido a impossibilidade da geração de efeitos criminológicos que maximizasse seu potencial criminoso.

Em outro plano, a teoria preventiva especial positiva busca a ressocialização do agente infrator, por meio de sua reeducação e orientação para os atos futuros. A pena não tem a finalidade de compensação, nem de reequilíbrio do ordenamento jurídico ou intimidação da sociedade, mas ganha o caráter de defesa da própria comunidade. Com o desenvolvimento tecnológico, crescimento demográfico e elevação do movimento imigratório inicia a preocupação com a nova ordem firmada, e na necessidade de manutenção do controle social era invocada a divisão entre homens normais e os anormais ou perigosos capazes de atos atentatórios à sociedade, legitimando uma intervenção estatal para aplicação de uma pena que trouxesse uma nova orientação a estes sujeitos delinquentes, ou a sua eliminação aos indivíduos considerados incorrigíveis.

Ao contrário do que ocorre nas outras teorias, na preventiva especial não se busca a intimidação normativa, nem a compensação pelo prejuízo causado, visando tão somente que o indivíduo que já delinuiu não retorne a práticas infratoras. As interpretações preventivas especiais foram levadas às suas radicais aplicações com a substituição da pena por medidas de segurança. O fundamento consistiria:

A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. (BITENCOURT, 2012, p. 318)

Prevenção especial como uma finalidade da pena percorreu diversas vertentes doutrinárias, com especificidades históricas e desenvolvimento tecnológico. Na Espanha as teorias religiosas, no final do século XIX, se conectaram as teorias penais, para definir o delito como uma patologia moral. A aplicação da pena tem caráter pedagógico, vez que: “[...] o Estado não somente pode castigar o delinquente, mas também constranger-lhe a fazer o bem” (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 221). Não há indivíduos incorrigíveis, mas tão somente indivíduos ainda não reeducados, visto que todos são capazes de incorporação das práticas morais. Adotam para a pena o efeito sobre o réu de sentimento como a vergonha e o remorso, neste sentido a punição seria uma cura para a alma capaz de libertar o homem.

Na Alemanha, proporcionado pelas teorias de Franz von Liszt, o delito passa a ser interpretado como uma patologia social. A punição seria dividida em três momentos para o alcance da prevenção ou inibição do cometimento de novos delitos, seriam eles: I – correção

do agente corrigível, isto é, a ressocialização; II – intimidação, por meio da condenação; III – transformando-o inofensivo, através da execução da privação de liberdade. A aplicação da pena, e da adoção da tripartição da sanção seria adotada conforme o tipo do agente infrator a ser imputada a punição. Para esta corrente, a aplicação da pena aos criminosos habituais incorrigíveis seria da privação de liberdade por período indeterminado, pois seriam tidos como irrecuperáveis.

Na Itália as teorias positivistas deram a característica do delito como uma patologia natural, e conseqüentemente a adoção da medida de segurança ao invés da aplicação da pena. A sanção penal passa a ser interpretada segundo uma periculosidade auferida do agente infrator, atribuindo a esta medida de punição com a finalidade primordialmente de prevenção especial, isto é, na reeducação destes agentes. Diante desta concepção, a teoria aponta estes indivíduos desviantes como seres inferiores, que são incapazes de livre-arbítrio e não são capazes de autodeterminação, razão pela qual se atribui à pena como uma função terapêutica.

A aplicação máxima da teoria preventiva especial sofreu uma série de críticas quanto à impossibilidade de fixação de critérios eficazes para demonstrar a ressocialização, a incapacidade de reorientar o indivíduo infrator, os efeitos provocados, ou a certeza da reincidência. Outro ponto de questionamento se dá pela violação do princípio da proporcionalidade, no conflito da razoabilidade entre o crime praticado e a pena imputada.

Quem veja na proteção de bens jurídicos a função do Direito penal e atribua, conseqüentemente, à pena a missão de prevenir delitos, deverá admitir que, em muitos casos, contribui para evita-los uma configuração da pena que tenda a impedir a reincidência ou que ao menos não favoreça a dessocialização do delinquente. (MIR PUIG, 2007, p. 70)

Na atualidade a aplicação consiste basicamente na minimização dos efeitos dessocializadores provocados pela punição privativa de liberdade. A prevenção especial consistiria na limitação da execução da pena, no intuito de evitar efeitos negativos de uma pena privativa de liberdade, na defesa de conceitos da humanização da pena e dignidade da pessoa humana.

#### 4.1.3 – Teorias Ecléticas ou Mistas

As teorias mistas sempre existiram com diversas variações de adoção do seu posicionamento, e diversidade na reunião das finalidades essenciais das sanções penais. O surgimento desta corrente nasce da necessidade da interpretação ou reunião conjunta das

finalidades da pena, devido ao fato que isoladamente não seriam capazes de solucionar as máximas “por que se pune” e de “quando se pune”. A prevenção geral negativa, que se compõe pela intimidação possibilitada pela pena, não permite a racionalização do por que a prática de um ato delituoso por um agente dito culpável seria um elemento obrigatório da pena. Ou mesmo a prevenção geral positiva, que não oferece um fim da pena com limitações ao poder estatal na comissão da pena e na sua execução. Diante a impossibilidade de aplicação meramente de um fim da pena, por insuficiência argumentativa, abre-se margem ao surgimento das teorias mistas.

Iniciada por Merkel, no século XX na Alemanha, a corrente eclética se posiciona por atribuir ao Direito Penal à função de proteção da sociedade. A partir deste ideal primário surgem algumas adaptações para determinar qual seria a forma de se assegurar a proteção da comunidade.

A interpretação conservadora atribui à retribuição justa como um fundamento da pena, adequando a finalidade da prevenção meramente em caráter complementar vinculado a necessidade da retribuição. Esta corrente restou positivada no Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962.

A tese progressista afirma que o fundamento da pena é a defesa dos bens jurídicos essenciais a sociedade, possuindo a retribuição somente como um limite das necessidades da prevenção, intervindo para que “as mesma conduzam a uma pena superior à merecida pelo fato cometido” (MIR PUIG, 2007, p. 71). A materialização desta corrente se dá com o Projeto Alternativo Alemão de 1966.

A teoria da diferenciação, proporcionada por Schmidhäuser, readéqua as funções da pena, para aplica-las em períodos diferentes da cominação legal, isto é, utiliza as finalidades da pena em diversos momentos deste a previsão da norma até o seu efetivo cumprimento. A diferença principal desta teoria com as outras se dá com a divisão entre a finalidade da pena e o seu sentido. A finalidade da pena consiste basicamente na prevenção geral, como “meio de reduzir a delinquência a limites que tornem possível a convivência normal”, e, neste sentido, sua legitimidade se dá pena necessidade absoluta de toda a sociedade pela pena.

A teoria unificadora dialética proposta por Roxin defende a finalidade da pena no seu cunho preventivo, “*Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio [...] también la*

*pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito” (ROXIN, 1997, p. 95). A percepção desta realidade demonstra a finalidade da pena no seu caráter de prevenção de futuros delitos, e consequentemente a garantia da liberdade individual e do sistema que baseiam o ordenamento penal. Neste sentido, a aplicação da pena diante os casos concretos devem adequar a pena para que alcance as finalidades da preventiva especial, assim como a preventiva geral. Isto é, deve efetivamente atender os critérios de ressocialização do condenado, e em outro vértice o reforço da confiança da comunidade sobre a ordem jurídica.*

Ressalta Roxin a importância da cooperação do condenado diante as medidas de ressocialização, o cumprimento forçado deste instrumento não seria capaz de alcançar o êxito almejado pela medida, o que, no entanto, não afasta a aplicação da pena:

*Uma “socialización forzosa” ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG. Por tanto, si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general. (ROXIN, 1997, p. 96).*

A finalidade retributiva da pena é afastada nesta teoria unificada dialética, no sentido de que o castigo não necessariamente se baseia em ideais de retribuição de um mal, mas uma desaprovação da conduta executada e consequentemente a aplicação de penalidade para evitar o cometimento de novos delitos. Com a exclusão do caráter retributivo o princípio da culpabilidade passa a ser utilizado como limitador da aplicação da pena, condicionando ao julgador a duração da mesma na proporcionalidade da sua culpabilidade.

As teorias ecléticas ganharam grande adoção na atualidade para reunir elementos antes independentes como a serem efeitos buscados na realização da execução da pena. A conciliação da retribuição, mais ou menos acentuada a partir da vertente adotada, com as finalidades de prevenção geral e a especial. Observa-se que o caráter retributivo da pena ultrapassa o ideal antes almejado para ser revitalizado e reconfigurado como um limite a fixação da pena dita como justa.

*De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração. (PRADO, 2013, p. 636)*

Neste sentido, o fundamento da pena deveria compreender os aspectos preventivos nas suas modalidades especial e geral, além de subsidiariamente ser a reafirmação do sistema

normativo. E ao Direito Penal a destinação da pena como última medida protetiva a ser buscada para garantir a proteção da sociedade, na segurança irrefutável da pena justa, fixada diante os critérios de culpabilidade do agente infrator, segundo um Estado Democrático de Direito.

#### **4.2. Medidas de Segurança**

As medidas diversas da pena percorreram inúmeras configurações na história do direito penal, atendendo por vezes agentes irrecuperáveis, vagabundo e mendigos e por outros simples agentes infratores da lei. Nos povos primitivos o castigo da pena possuía uma finalidade de prevenção para a proteção da comunidade, vez que determinados agentes permaneciam sendo ameaças ao equilíbrio jurídico, não sendo suficiente a repressão. Neste sentido, iniciaram instrumentos de prevenção individual com caráter complementar ao da pena.

As medidas de prevenção passaram a ser aplicadas não somente aos delinquentes reincidentes, mas também aos menores e loucos, e posteriormente aos mendigos e vagabundos. O intuito da medida era a correção destes indivíduos por meio de trabalho e educação.

Com o surgimento da Escola Positiva, no final do século XIX, as ideias de Lombroso, Ferri e Garofalo passaram a interpretar a pena por meio de métodos científicos no intuito de conhecer a mente criminosa e a melhor forma de readequação do indivíduo. O crime passa a ser elemento secundário de análise para dar espaço ao próprio agente infrator dotado de características físicas e psíquicas que o conduzem ao delito. A generalização do infrator como um ser anormal e perigoso possibilita o abandono da pena, conduzindo a aplicação imediata de tratamento com o fim de reintegrá-lo à sociedade.

Atualmente as medidas de segurança, assim denominadas as medidas diversas da pena, se afasta da concepção anteriormente empregada como uma complementação da pena, ou mesmo substituição, para ganhar independência e ser aplicado com exclusividade, sobre fundamentos e requisitos diversos dos pretendidos pela pena como sanção penal. A finalidade pretendida por estas medidas é da prevenção especial, concentrando no agente os instrumentos necessários para a sua ressocialização e reintegração na comunidade em que está compreendido.

O Direito Penal, nas suas diversas formações e diferentes formas de Estado, possibilita a construção de sistemas da relação entre a pena e as medidas de segurança. Por vezes, aplicam-se cumulativamente, outras de forma independente, e outros de forma subsidiária. O sistema adotado no Código Penal Brasileiro é o vicariante, na qual caberá aplicação exclusiva de pena ou de medida de segurança, excluída possibilidade de aplicação conjunta ou complementar sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*. Desta forma, aos indivíduos que infringem a lei e são considerados imputáveis, a aplicação será de pena, e aos inimputáveis, a aplicação será de medida de segurança. Aos semi-imputáveis a aplicação da medida de segurança dependerá da necessidade do caso concreto de tratamento ambulatorial, sendo a regra a aplicação reduzida da pena.

A medida de segurança percorre os mesmos caminhos para a aplicação da pena, sendo necessária a configuração de fato típico e ilícito, tendo na culpabilidade outros requisitos a serem identificados no agente infrator. A determinação da medida de segurança pressupõe a existência de um ato descrito como típico, ou seja, a mera possibilidade da execução de fato punível não resulta na aplicação da medida de segurança. O fundamento é da tentativa em “afastar a imposição de medidas de segurança pré-delitivas por motivos de segurança jurídica” (PRADO, 2013, p. 789). Evidente que qualquer forma de excludente de ilicitude, de tipo e de culpabilidade, diversas da inimputabilidade, também se aplica para as medidas de segurança resultando no seu afastamento.

O segundo requisito para execução da medida de segurança consiste na aferição de periculosidade do agente, que nas palavras de Bitencourt (2012, p. 1878) seria: “um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade. É um juízo de probabilidade – tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir.” Ressalta-se a impossibilidade de configuração deste antes da prática delitiva, devido a segurança jurídica frente a necessidade de aplicação da medida e da certeza da caracterização da periculosidade. O elemento da periculosidade deve ser comprovada, não se presumindo a partir da gravidade abstrata do delito, mas diante as circunstâncias impostas ao agente, assim como os atos de infrator.

*La peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad supone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto, tal como se desprende del art. 95,1,2°. La referencia a futuros delitos y no a un genérico comportamiento peligroso es lo que caracteriza a la peligrosidad como <criminal>, por oposición a la <peligrosidad social>; desterrada de nuestro Ordenamiento. (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 579)*



O terceiro requisito é a configuração de inimputabilidade. Ao agente imputável somente é possível a execução de pena como resposta do ordenamento jurídico, ao semi-imputável, por sua vez, a aplicação de medida de segurança será possível se restar provado à necessidade de tratamento curativo, caso contrário à aplicação será da pena reduzida. O requisito da inimputabilidade deverá ser demonstrado por comprovação clínica, não sendo possível a interpretação pelo aplicador do direito na presunção da falta da capacidade, exceto quando se tratar de menor.

As medidas de segurança são basicamente divididas em duas formas: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e o tratamento ambulatorial. A primeira forma da medida de segurança se destina principalmente aos crimes penalizados com pena de reclusão, e excepcionalmente nas situações em que o julgador considerar a necessidade da internação para crimes apenados com detenção. Esta medida é mais intensiva, no sentido de buscar efetivamente o tratamento da anomalia, ou a readequação do indivíduo para que seja capaz do convívio social. O tratamento ambulatorial, por sua vez, consiste em medida terapêutica no sentido em que lhe é destinada a necessidade de acompanhamento periódico com especialista, mas sem internação ou efetiva privação de liberdade. Nesta última caberá ainda ao juiz a alteração do tratamento para a internação, de acordo com as necessidades para a cura do agente.

#### 4.2.1. Finalidade Preventiva das Medidas de Segurança

A aplicação de medidas de segurança pressupõe a análise judicial de ato contrário à lei, sobre bem jurídico protegido pelo direito penal. O fato tem que ser típico e ilícito, e não se adequar as excludentes de culpabilidades diversas da inimputabilidade. Ultrapassada esta análise resta identificar propriamente a capacidade de agente infrator para adequá-lo à medida que satisfaça os efeitos de tratamento e reintegração do indivíduo.

A demanda judicial quando constatada a inimputabilidade não garante a absolvição sumária do agente infrator, como ocorre nas outras excludentes. A sentença que determina a execução de medida de segurança é considerada como uma absolvição imprópria, vez que não gera a sanção por meio das penas previstas no código, mas que impõe a realização de medidas que constituem basicamente na resposta do ordenamento frente à periculosidade do agente e da infração cometida.

Neste sentido, visto que a pena corresponde a uma resposta frente à violação do ordenamento jurídico, buscando efeitos de prevenção e retribuição revitalizada, as medidas de segurança são adotadas de acordo com a periculosidade apresentada por um agente infrator, não fixando esta resposta do ato infracional em si, mas na necessidade de tratamento do indivíduo. Isto é, as medidas de segurança se fundamentam nos lastros da prevenção.

As medidas são respostas à periculosidade do sujeito, às penas, ao *delito* cometido. Diferentemente das penas, as medidas não são impostas como resposta a uma ameaça legal prevista para reforçar um comando ou proibição dirigidos aos cidadãos. A medida é um *tratamento* que não responde aos mecanismos de cominação legal, norma imperativa e infração. (MIR PUIG, 2007, p. 77)

Salienta Roxin (1997, p. 104) que as medidas de segurança efetivamente se fundam na finalidade da prevenção especial ao buscar evitar o cometimento de eventuais crimes, assim como no tratamento individual que garanta a ressocialização deste agente. Mas que por outro lado, estas medidas também alcançam efeitos da preventiva geral de forma secundária, por meio da intimidação proporcionada pela internação. Desta forma, postula que:

*[...] una medida de seguridad como la privación del permiso de conducir [...] tiene la mayoría de las veces un efecto más intimidatorio sobre la comunidade que la pena que cabe esperar en los delitos de tráfico, y también en el círculo de los delincuentes por tendencia a menudo se teme más al internamiento o custodia de seguridad que a la pena. (ROXIN, 1997, p. 104)*

Neste contexto, estaria a medida de segurança gerando dois possíveis efeitos: a obtenção da cura do indivíduo por meio de tratamento especialmente a ele dedicado, e de forma subsidiária a segurança social ao afastar o infrator caracterizado com considerável grau de periculosidade.

### **4.3. Resposta Penal ao Psicopata Homicida**

A relação tortuosa que envolve a psicopatia e o direito penal alcança o seu ápice na discussão sobre a melhor forma de execução das medidas capazes de conquistarem as finalidades almejadas pela pena ou pela medida de segurança diante estes indivíduos em situações reais. A problemática conceitual de imputabilidade e inimputabilidade entre a psiquiatria e o direito penal resulta instabilidades na aplicação de medida a ser considerada resposta do ordenamento jurídico, possibilitando interpretações múltiplas sobre o assunto.

O reconhecimento da existência da psicopatia, tanto pela área médica como pela área jurídica, não possibilitou ainda total aplicação dos meios existentes para a análise individual

dos agentes infratores como propõe o método de Hare, atualmente considerado o instrumento mais eficaz de configuração da psicopatia. Baseados na insuficiência científica já superada pela psiquiatria, o diagnóstico é realizado por peritos nomeados que diante uma prévia análise são questionados sobre a capacidade do agente no conhecimento e autocontrole de seus atos. Como anteriormente salientado, a capacidade jurídica pressupõe requisitos diversos da área médica, devendo o perito atender tão somente os quesitos de incapacidade de compreensão do ato ilícito ou de autodeterminação.

Quando o fato típico executado é o homicídio doloso a pena será sempre de privação da liberdade, quando o agente for imputável, ou na internação em hospital, quando o agente for inimputável. A consequência jurídica da atuação homicida é da pena de reclusão, com previsão temporal a partir das formas determinadas no artigo 121 e seus parágrafos do Código Penal. Evidente, que diante o debate entre a configuração da capacidade ou incapacidade do psicopata, cabe interpretações no sentido de imposição de pena privativa de liberdade com o devido cumprimento em penitenciária, como também posicionamentos da internação compulsória destes agentes. Uma terceira vertente surge no sentido de configurar a psicopatia como uma semi-imputabilidade, destinando a redução da pena privativa de liberdade, ou do tratamento ambulatorial quando restar evidenciado a sua necessidade. Desta forma, devido os diversos movimentos resta observar especificamente a eficácia destas medidas diante as características imputadas aos agentes psicopatas.

#### 4.3.1. Psicopata Homicida e as Medidas de Segurança

A configuração da inimputabilidade do agente psicopata resultaria na absolvição imprópria da pena para aplicação exclusiva da medida de segurança, como regra do sistema penal brasileiro. A sentença que declara a absolvição por inimputabilidade não destina ao réu a sua condenação pela sanção proposta pelo ordenamento jurídico de seus atos, nesse sentido a execução seria de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, vez que a pena imputada ao crime de homicídio é de reclusão, como anteriormente verificado.

Entretanto, a determinação de medidas de tratamento de agentes incapazes para a sua ressocialização e para a prevenção de novos delitos, baseados na finalidade preventiva de medida, entra em conflito com as principais características da psicopatia tornando as medidas ineficazes.

A psicopatia é marcada entre outras características pela incorrigibilidade e da ausência de responsabilidade. Essas duas características trazem para as respostas penais grande complicação na efetiva execução de medidas individuais ou da própria pena, para assegurar os efeitos almejados por estes. Nas medidas de segurança a finalidade desejada é da prevenção especial, na tentativa de minimizar as chances de novo cometimento de crimes, além da busca pelo tratamento e recuperação dos indivíduos inimputáveis. No entanto, se questiona sobre as situações em que não há recuperação destes indivíduos, nem mesmo tratamento eficiente capaz de converter o distúrbio ou controlá-lo por medicamentos.

O agente psicopata não se corrige pelos seus erros e acertos, vez que não importa com a coletividade e o mal causado a terceiros, mas tão somente no alcance dos seus atos nos seus desejos egocêntricos. Esta característica confronta as iniciativas das medidas especiais de segurança, vez que se utiliza de instrumentos determinantes para a recuperação do indivíduo em sua formação de normalidade, como se fosse possível esta transformação. A configuração da psicopatia se baseia na ausência de introjeção do sistema normativo no indivíduo, assim como os ideais de moral e ética esperados pela sociedade. Apesar do efetivo conhecimento das normas de convívio traçadas pela vivência cultural, assim como do ordenamento jurídico, prefere afastá-las para viver em seu mundo individualista, pautada nas suas próprias referências e regras. Os ensinamentos de Trindade (2010, p. 174) demonstram que: “Psicopatas são sujeitos que não internalizaram a noção da lei, transgressão e culpa. Na realidade, os psicopatas sentem-se “além” das normas, quando, na verdade, são sujeitos “fora” e aquém do mundo da cultura”.

A inabilidade de conviver e integrar em uma sociedade anula de plano a possibilidade de reintegração do indivíduo, visto que para a sua própria formação depende da caracterização de personalidade antissocial. Além da sua característica individualista e não integrado à sociedade, o agente psicopata também apresenta uma ausência de remorso dos atos cometidos, assim como falta do senso de responsabilidade de seus atos que impossibilita a conscientização do prejuízo causado pelos atos ilícitos praticados.

A ciência médica, em constante evolução, não conhece ainda tratamento eficaz para os agentes psicopatas. O fato do desconhecimento de tratamento que demonstre efetivamente uma minoração das características da psicopatia determina outro ponto confrontante com as medidas especiais de segurança, visto que a aplicação de métodos comuns para doenças

mentais ou psiquiátricas gerais para o caso específico da psicopatia poderia trazer o agravamento de suas características.

Com raras exceções, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral se mostram, até o presente momento, ineficazes para a psicopatia. Para os profissionais de saúde, esse é um fator intrigante e, ao mesmo tempo, desanimador, uma vez que não dispomos de nenhum método eficaz que mude a forma de um psicopata se relacionar com os outros e perceber o mundo ao seu redor. É lamentável dizer que, por enquanto, tratar um deles costuma ser uma luta inglória. (SILVA, 2014, p. 186)

Outro aspecto que assume especial relevo no que diz respeito ao tratamento de psicopatas é que algumas abordagens podem agravar a condição que se pretende melhorar. Determinados programas podem fornecer ao psicopata um aprimoramento na sua técnica de manipular, iludir, enganar e aproveitar-se dos outros (HARE, 1998), gerando mais malefício do que benefício. (TRINDADE, 2010, p. 172)

Nesta vertente, além dos pontos elencados que seriam capazes de tornar a medida de segurança ineficaz, surge também a preocupação da vulnerabilidade dos métodos aplicados e a fragilidade dos limites impostos a estes agentes, lhes proporcionando um grande meio de manipulação e risco aos agentes incapazes internados. A internação do psicopata permite a este o aprimoramento de suas características, consistindo em um campo de estudo e aperfeiçoamento de suas táticas predatórias. A atual impossibilidade de conter ou minimizar suas características permite a estes agentes a manipulação de outros internos sujeitos a intenso tratamento e fragilidade do controle de suas razões. Nesta esteira, salienta Bins e Tarborda (2016, p. 14):

A internação em hospital psiquiátrico forense não se justifica, pois não existe “tratamento curativo” (como rege a Lei) para a psicopatia. Além disso, tal internação pode ser perigosa, uma vez que o afrouxamento de limites e a vulnerabilidade dos demais pacientes predispõem à piora de suas características predatórias de personalidade. Ao contrário, tais indivíduos precisam de ambientes que proporcionem limites rígidos, em locais onde não possam manipular ou abusar de outros pacientes mais frágeis, como os psicóticos ou retardados mentais.

Fundado na necessidade de prevenção especial, as medidas de segurança, na atual formatação, busca nos seus instrumentos o efeito de minimizar as possibilidades de novo cometimento de delitos, contudo se questiona o seu papel frente a indivíduos com grande probabilidade de reincidência cumulada com a ineficácia de seu tratamento curativo. A necessidade de ressocialização do indivíduo no seio da sociedade privilegia não somente o indivíduo infrator, mas também à sociedade que recebe um indivíduo recuperado e com menos chances de executar novos delitos, justamente por ter sido efetivamente reintegrado à comunidade. Diante de suas características marcantes de ausência de remorso, impossibilidade reeducação, inabilidade para reconhecer o erro de seus atos e prejuízos

causados, o índice de reincidência dos psicopatas supera a taxa natural de outros delinquentes, conforme apresenta Silva (2014, p. 152):

Estudos revelam que a taxa de reincidência criminal (a capacidade de cometer novos crimes) dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais.

Até agora se acredita que não existe evidência de que os tratamentos aplicados a psicopatas tenham mostrado eficiência real na redução da violência ou da criminalidade. De fato, alguns tipos de tratamentos que são efetivos para outros criminosos são até mesmo contraindicados para psicopatas. (TRINDADE, 2010, p. 171-172)

A medida de segurança não deve ser executada sobre a máxima da necessidade quando infundada nos seus meios e eficácia frente a situações concretas como a psicopatia. A inexistência de tratamento específico destinado à psicopatia, a impossibilidade de reeducação e ressocialização destes indivíduos, e a falta de evidências que estes tratamentos diminuam a reincidência destes agentes determinam o esvaziamento das medidas de segurança, que não devem se justificar na sua necessidade do simples afastamento do perigo à sociedade, vez que a sua finalidade é da prevenção especial e o seu foco é o reestabelecimento do próprio indivíduo considerado incapaz. Deve a medida de segurança ser aplicada como um instrumento curativo, e não uma forma imprópria de aplicação da pena, destarte, se resta evidenciado que a internação ou tratamento não obtêm efeitos sobre o agente deve-se propor a condução de outros meios capazes de superar as falhas destas.

Os defensores da caracterização da inimputabilidade aos agentes psicopatas devem observar as consequências normativas imputadas a estes na seara penal, assim garantindo o máximo aproveitamento da norma e eficácia dos ideais programados a estes instrumentos. A análise individual da imputabilidade e das respostas penais provoca uma superficialidade da matéria, e impossibilita o efetivo caminho dogmático aguardado para situações que invoquem esta interpretação sistemática, assim como a vinculação de matérias que alcancem outras áreas científicas e que resultam transformações no direito penal.

#### 4.3.2. Psicopata Homicida e a redução da pena

A definição da psicopatia quanto à imputabilidade não se exime de discussões, adotando alguns pela caracterização da semi-imputabilidade, visto estar em ponto intermediário afetando a saúde mental do agente infrator, sem não há exclui totalmente.

[...] quando tratar-se de perturbação da saúde mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que tão só reduzem (*não era inteiramente capaz* – art. 26, parágrafo único, CP) a capacidade do agente de conhecer o caráter ilícito de seu comportamento ou de determinar-se conforme esse entendimento, responsabilidade penal será *obrigatoriamente* diminuída de forma proporcional à redução de sua capacidade de culpabilidade (v.g., certas oligofrenias, psicoses, **psicopatias**, neuroses). (PRADO, 2013, p. 482, grifo nosso)

Situam-se nessa faixa intermediária os chamados *fronteiriços*, que apresentam *situações atenuadas* ou residuais de *psicoses*, de *oligofrenias* e, particularmente, grande parte das chamadas **personalidades psicopáticas** ou mesmo transtornos mentais transitórios. (BITENCOURT, 2012, p. 1046, grifo nosso)

A aplicação da semi-imputabilidade implica na redução da pena na fração de um a dois terços, razão do dispositivo do artigo 26, parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 2015). Nas situações em que for caracterizada a necessidade de tratamento haverá então a substituição para o tratamento ambulatorial, das medidas de segurança, ou internação em hospital de custódia. A execução de tratamento ambulatorial ou de internação em hospital de custódia apresentará os mesmos questionamentos e problemáticas imputadas ao da configuração da inimputabilidade e aplicação direta das medidas de segurança.

O tratamento ambulatorial é executado como uma restrição do infrator diverso da internação, obrigando-o a tratamento periódico realizado em acompanhamento médico regular. Esta medida de segurança será aplicada somente nos crimes apenados com detenção, ou seja, se o crime for homicídio seria possível a sua aplicação somente na modalidade culposa (art. 121, parágrafo 3º, CP) (BRASIL, 2015).

A redução da pena pela diminuída capacidade do agente poderá ser realizada de um a dois terços a depender das circunstâncias apresentadas no caso concreto. Determinando ao psicopata a semi-imputabilidade e conseqüentemente a redução da pena seria o mesmo que lhe dar asilo para a continuidade delitiva, na clara certeza de flexibilização dos meios coercitivos diante a sua privilegiada condição. Neste sentido, postula Trindade (2010, p. 174):

Em que pese a existência de posicionamento jurisprudencial referindo a posição de que os psicopatas apresentam capacidade penal diminuída, imaginar a psicopatia como uma doença mental clássica e incapacitante sob o aspecto cognitivo e volitivo, fazendo com que, sob o aspecto jurídico, o psicopata seja isento de pena, é o mesmo que privilegiar a sua conduta delitiva perpetrada ao longa da vida e validar seus atos.

A consciência de nossos atos e a vontade são marcantes como reações de seres normais, mas estes também são configurados nos seres psicopatas, e o privilégio de redução da pena devido a sua condição de distúrbio de personalidade - que em nada danifica suas razões, ou que lhes conduzem ao crime - é o mesmo que dar guarida a novos atos delituosos na certeza da impunidade ou favorecimento.

#### 4.3.3. Psicopatas Homicidas e a pena privativa de liberdade

A execução da pena pressupõe a existência de processo penal anteriormente instruído por provas capazes de demonstrar a veracidade dos fatos, a autoria do crime e outros requisitos de grande importância para a persecução criminal. O direito de punir do Estado nasce da necessidade de intervenção deste poder nas relações individuais para garantir o pleno convívio dos seus cidadãos, assegurando os seus direitos básicos e fundamentais. Desta forma, quando iniciado processo criminal para apuração de ato infracional o ordenamento propõe uma série de limites e garantia às partes para o máximo aproveitamento do sistema, e finalmente a garantia dos efeitos de reequilíbrio da sociedade.

O simples conhecimento do cometimento de ato ilícito não é capaz de gerar de plano a condenação do sujeito e o seu encarceramento. O sistema penal não se limita a criar atos típicos, mas é capaz de construir barreiras da execução da pena às situações em que realmente lhe sejam necessárias e imprescindível aplicação. Neste sentido, durante o trâmite processual serão avaliados os quesitos de ação ou omissão típica, ilícita e culpável, onde qualquer forma de exclusão das três etapas ocasionaria no esvaziamento do crime, e impossibilidade de punição, ressalvada a situação de inimputabilidade que levaria a absolvição imprópria.

Ultrapassada a barreira de instrução criminal, verificado a inexistência de excludentes de punibilidade e transitado em julgado a decisão, cabe então a efetivamente a execução da pena. A pena se realiza por três formas: privativa de liberdade, restritiva de direito e multa. A pena privativa de liberdade é a forma mais grave de execução da pena, prevista nos próprios delitos nas suas modalidades de reclusão e de detenção. Comporta ainda a sua aplicação em três modelos: regime fechado, regime semi-aberto, e regime aberto, a depender da pena cominada na decisão transitada em julgado.

A pena privativa de liberdade pode ser convertida em restritiva de direitos quando cumpridos os requisitos do artigo 44 do Código Penal (BRASIL, 2015), que são: pena não superior a quatro anos, sendo crime sem violência ou grave ameaça, salvo crime culposos que independem da quantidade de pena aplicada; o réu não ser reincidente em crime doloso; quando o estudo da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta e personalidade do condenado indicarem como suficientes a substituição. E a pena de multa pode ser aplicada cumulativamente à privativa de liberdade, ou exclusivamente, prevista no próprio tipo penal.



Nas situações em que o fato típico praticado for o homicídio a pena será de reclusão, salvo homicídio culposo, com variação da quantidade da pena: I) homicídio simples – 6 a 20 anos; II) qualificado – 12 a 30 anos; III) feminicídio – 12 a 30 anos; IV) culposo – detenção de 1 a 3 anos. Estas variações podem ser aumentadas ou diminuídas conforme adequação dos parágrafos previstos no tipo. Destarte, devido o mínimo previsto no tipo e a existência da violência excluem a possibilidade de substituição da privativa de liberdade em restritiva de direito para este crime.

A destinação à pena privativa de liberdade ao psicopata homicida deve pressupor a imputabilidade deste agente. A vertente dogmática que considera a psicopatia como um distúrbio que não influencia a capacidade do agente acumula muitos adeptos, sendo inclusive uma posição dominante na área da psiquiatria.

Na avaliação da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, verifica-se se a pessoa é capaz de entender e distinguir, dentre suas ações, as que são consideradas lícitas e as que não o são. A lei não exige empatia ou motivação moral, mas apenas que o indivíduo tenha entendimento do ato ilícito que cometeu – até porque todos os criminosos têm, para os crimes que cometeram, diminuição das restrições morais. (BINS; TARBODA, 2016, p. 13-14)

São as diferenças deste distúrbio com outras doenças que permitem a equiparação do que seria possível considerar como conhecimento de seus atos, e autodeterminação. Diferente do que ocorre com doenças incapacitantes por diminuição da capacidade mental ou por doenças que promovem surtos, a psicopatia está atrelada a formação da personalidade do próprio agente, na sua natureza individualista e calculista que por vezes é experimentado como instrumento de alcance de seus objetivos ultrapassando qualquer obstáculo a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Diante de quadros do cometimento de crimes considerados de grande relevância, como o homicídio, se questiona a melhor medida a ser empregado a estes agentes psicopatas no intuito de restar acolhido as finalidades programadas para a pena. Na ausência de regulamento próprio a ser aplicado em tais circunstâncias, cabe à doutrina e a jurisprudência a interpretação e reunião de conhecimentos técnicos capazes de solucionar o embate travado.

A ineficácia das medidas de segurança para tais situações trouxe à pena privativa de liberdade grande responsabilidade para a adequada resposta do ordenamento jurídico, no intuito de gerar os efeitos da prevenção geral e especial, além da finalidade de retribuição revitalizada. A flexibilidade e vulnerabilidade das medidas de segurança contrapõe o sistema aguardado da pena privativa de liberdade, que são executadas sobre limites rígidos de

funcionamento e controle, na tentativa de sugerir ao delinquente a adequação e cumprimento das regras impostas a todos os detentos. A importância da fixação de parâmetros rígidos tem sido utilizada como principal fundamento da aplicação da pena, como único meio passível de controle dos agentes psicopatas.

[...] tais indivíduos precisam de ambientes que proporcionem limites rígidos, em locais onde não possam manipular ou abusar de outros pacientes mais frágeis, como os psicóticos ou retardados mentais. Hoje, a melhor opção no Brasil é o confinamento na cadeia, com limites precisos, não exposição de outros doentes a seus comportamentos e proteção da sociedade contra novos atos violentos. (BINS; TARBODA, 2016, p. 14)

Por meio dos limites impostos pela pena privativa de liberdade o agente psicopata conhece a eficácia das medidas empregadas, vez que tem a certeza da punição pelo seu desvio, possibilitando, desta forma, a condução destes indivíduos no respeito de regras na consciência da imediatividade de punição. A certeza da impunidade e do desconhecido proporciona ao infrator psicopata grande campo de atuação, na intuição de que nunca será descoberto devido as suas grandes habilidades de manipulação e raciocínio. Desta forma, quando esta ideia da impunidade se vê confrontada pela certeza de condenação e controle da execução há alteração comportamental destes agentes, que passam a seguir fielmente as condições impostas no encarceramento no intuito de receber os seus benefícios no período mais rápido possível.

A capacidade racional potencializada pela ausência de sentimentos proporciona aos agentes psicopatas a realização de esquemas estruturais a serem seguidos para um fim almejado. Quando surpreendidos pela condenação traçam os melhores meios para o alcance dos privilégios da execução da pena, determinados e concentrados em seus objetivos são considerados detentos com bom comportamento carcerário, no intuito de conquistar livramento condicional, progressão de regime e outros benefícios.

A pena privativa de liberdade se apresenta adequada no sentido de efetivamente possibilitar o controle destes indivíduos, contudo não se isenta de questionamento quanto à eficácia das finalidades propostas de prevenção especial e geral, além dos limites impostos pela retribuição revitalizada. As medidas de segurança são criticadas devido à inexistência de efetivo tratamento para a psicopatia, mas se questiona se a execução da pena possibilitaria um indivíduo já aquém do meio social uma reeducação e efetiva integração social, isto é, se a pura aplicação da pena proporcionaria uma transformação da personalidade destes agentes resultando em uma inserção social e introjeção normativa nunca antes experimentada.

A função da pena no seu sentido de prevenção especial busca a recuperação dos indivíduos infratores, e conseqüentemente a sua reintegração no meio social com o fim do cometimento de crimes. O psicopata durante a execução da pena é capaz de compreender e seguir os mandamentos indispensáveis para o seu cumprimento, ciente da necessidade do seu fiel implemento para garantir a sua liberdade. A problemática ressurgue quando se concede tal liberdade e os caminhos traçados por estes agentes, se a pena causaria o efeito almejado em seus atos futuros, ou teria sido este apenas um período de hibernação de suas características. Como anteriormente vislumbrado, a psicopatia é marcada pela personalidade incorrigível, resultante da ausência do reconhecimento de responsabilidade de seus atos e pela inexistência de remorso pelos prejuízos causados. Neste sentido, questiona a eficácia da execução da pena quanto aos seus atos posteriores, e se diante da sua ineficácia a mesma poderia ser afastada como meio coercitivo imposto pelo Estado especialmente a estas situações.

A reincidência dos agentes sujeitos a execução da pena privativa de liberdade sugere estatisticamente a qualidade do meio empregado como resposta normativa ao cometimento de atos ilícitos. Para os agentes psicopatas os níveis de reincidência ultrapassam a margem do considerado como “normal”, sendo o dobro dos demais delinquentes, e quando se referem a crimes que envolvem violência “a reincidência cresce para três vezes mais” (SILVA, 2014, p. 152).

De igual modo, medidas puramente punitivas e dissuasórias têm mostrado pouco efeito sobre a reincidência e, às vezes, resultado até mesmo negativo [...] A questão que sobressai novamente é que psicopatas não se intimidam com a severidade do castigo e nem aprendem com a experiência. (TRINDADE, 2010, p. 172)

Outro ponto de grande relevância é da efetiva ressocialização destes indivíduos. A psicopatia é considerada como um distúrbio de personalidade caracterizado como antissocial vez que na sua própria formação como indivíduo repulsa valores experimentados por toda a comunidade, além do desprezo pelas regras imperativas positivadas no sistema normativo. Importante ressaltar que a inobservância destes preceitos não anula o conhecimento de sua existência, este afastamento do pensamento comunitário e a rejeição do ordenamento jurídico reafirmam a sua característica individualista e antissocial. A própria construção da personalidade destes agentes se funda na ausência de introjeção de sentimentos e valores aguardados por toda a sociedade, neste contexto questiona-se a capacidade da pena na transformação dos psicopatas para lhes garantir a plena ressocialização na qualidade de seu significado.

Necessária a discussão da eficácia desta ressocialização em indivíduos que se constroem na premissa de afastamento da comunidade em que estão inseridos, visto a sua própria formação vinculada a característica de deslocamento social. E, neste contexto, se possibilitaria o pena outro efeito diverso do agravamento de uma marginalização já experimentada por estes agentes. Surge, então, o questionamento da execução da privação de liberdade como de imprescindível aplicação em sobreposição a ampliação da desconexão dos psicopatas com a sociedade.

A finalidade da prevenção geral também poderia se questionada na sua eficácia, e não consistir em pressuposto lógico da aplicação da pena. Uma vez falhado os efeitos almejados pela pena a sociedade não se vê protegida e segura diante do ordenamento no qual está sujeito, não causa temor e não é capaz de integrar como limitador dos atos dos indivíduos desta comunidade. O cometimento de crimes gera grande comoção da comunidade na qual estão inseridos a vítima e o agente infrator, se agrava quando há violência como nos crimes de homicídio, a condenação e penalização do delinquente legitima novamente o sistema punitivo. No entanto, quando flagrante a ineficácia desta penalização a sociedade não mais se coordena diante as limitações frágeis postuladas por cartas normativas, não teme a punição e não gera a internalização destes dispositivos como valores motivacionais que são capazes de conduzir ações em conformidade com a norma.

Se o mundo fosse perfeitamente racional, bastaria a ameaça da sanção penal e o castigo para dissuadir a comissão do mal e do delito. Porém vivemos em um mundo imperfeito e não muito racional. Muitos sujeitos se deixam levar por impulsos do momento e não escutam friamente a razão. É por isso que a eficácia do castigo é limitada, porque sempre existirão indivíduos capazes de satisfazer a todo custo seus desejos, por muito caro que isto lhe possa custar. (FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 206)

Ausente os efeitos propostos da pena para os psicopatas seria possível à reafirmação do sistema normativo, e conseqüentemente a confiança do ordenamento pela própria sociedade? Ante a atual proposta de pena privativa de liberdade para o psicopata como criminoso comum a pena tende a perder sua efetiva realização em sua máxima concepção. Com as características que determinam a especialidade dos criminosos psicopatas a pena deve atender a sua particularidade e ser revitalizada no intuito de garantir o máximo aproveitamento de seu instrumento.

#### 4.3.4. Pena Privativa de Liberdade Diferenciada

A implicação de características da psicopatia confrontantes com o sistema punitivo comum trouxe para alguns países a adoção de pena diferenciada, baseada na necessidade de individualização e atendimento da particularidade destes agentes. No Brasil não há previsão normativa neste sentido, no entanto, há movimento dogmático para alteração deste quadro.

Hoje, a melhor opção no Brasil é o confinamento na cadeia, com limites precisos, não exposição de outros doentes a seus comportamentos e proteção da sociedade contra novos atos violentos. Na realidade, seria imperioso oferecer um ambiente específico e diferenciado, humanizado, com pessoal treinado, segurança adequada e abordagens específicas para o transtorno – algo que não existe ainda no Brasil –, a fim de sermos éticos com eles, com os outros doentes psiquiátricos e com a sociedade. (BINS; TARBODA, 2016, p. 14)

[...] os melhores programas para psicopatas são os modelos planejados, bem estruturados e diretivos, que deixam pouca margem para manipulações [...] Com efeito, psicopatas necessitam de uma supervisão rigorosa e intensiva. Qualquer falha no sistema de acompanhamento pode trazer resultados imprevisíveis. Isso exige programas bem delineados, fortemente estruturados, com etapas muito claras que, se descumpridas, devem fazer o sujeito retroceder a um regime de maior vigilância. (TRINDADE, 2010, p. 173)

A utilização dos métodos eficazes para o diagnóstico da psicopatia possibilitaria a caracterização correta destes indivíduos, e conseqüentemente a apropriada condução da pena. O método encontrado por alguns países, como exemplo o Canadá, tem sido da separação carcerária destes delinquentes, com o recurso de pessoal tecnicamente habilitado para a condução destes agentes.

Outra medida apontada como capaz de alteração dos quadros de ineficácia é da verificação da psicopatia para análise da concessão dos benefícios na execução da pena. Diverso do que ocorre em outros países, o Brasil não adotou rigorosamente o método avaliado como o melhor a ser implementado atualmente, que seria a escala de Hare, impossibilitando, desta forma, a real garantia e segurança do quadro clínico apresentado na análise comportamental do agente para ser agraciado com a progressão de regime e o livramento condicional, por exemplo. O procedimento de diagnóstico da psicopatia seria capaz de demonstrar a compatibilidade da medida solicitada e o real aproveitamento do condenado e segurança da medida. Demonstra Silva (2014, p. 152) a importância da aplicação deste procedimento:

Nos países onde a escala Hare (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos. Atitudes como essas acabam por reduzir a violência na sociedade como um todo.

[...] os responsáveis pela liberação de uma condicional que não levam em consideração os conhecimentos correntes sobre a psicopatia e reincidência correm o risco de cometer erros potencialmente desastrosos. (HARE, 2013, p. 31)

Alguns países adotam a diferenciação de crimes praticados por infratores comuns e psicopatas, com o aumento de pena ou tratamento diferencial com a cumulação de medidas de segurança e pena privativa de liberdade. Nos Estados Unidos é comum em alguns Estados a verificação normativa que propõe a diferenciação dos criminosos psicopatas, principalmente no que se refere a psicopatas sexuais com aplicação de tratamento após o cumprimento da pena, com a castração química, aplicação esta que também é acolhida em países como a Dinamarca, Suécia e Alemanha.

É importante salientar que vários países consideram a presença da psicopatia não como atenuante da responsabilidade penal, e sim como agravante. E, mesmo em países em que sua constatação pode resultar em diminuição de responsabilidade penal tal diagnóstico implica maior tempo de confinamento. (BINS; TARBODA, 2016, p. 14)

Perante a inexistência de positivação no Brasil de instrumentos específicos para a punição dos agentes psicopatas, abre margem para um limbo jurídico como ocorre com o conhecido caso de Chico Picadinho. Neste caso concreto, Francisco Rocha foi condenado pela morte e esartejamento de uma mulher. Cumprido oito anos da pena lhe foi concedido a liberdade condicional, período no qual cometeu crime idêntico. O cumprimento de pena seria até o ano de 1998, contudo diante laudos psiquiátricos restou apontado à necessidade o afastamento deste indivíduo da sociedade, pela caracterização da personalidade psicopática. Evidente, que no Brasil não há previsão de prisão perpétua e nem da pena de morte, utilizando a Justiça do instrumento da interdição civil para a internação em Casa de Custódia destinado aos criminosos que são aplicados as medidas de segurança.

“Ainda que discutível, está havendo uma medida protetiva da sociedade”, afirma o jurista Luiz Flávio Gomes. Tirá-lo de lá, diz Gomes, seria um risco. “Francisco é efetivamente perigoso. Se, juridicamente, mantê-lo preso está errado, socialmente está correto”. O que fazer então para combinar o que protege a sociedade com o respeito à lei? [...] “Se querem manter uma pessoa como Francisco presa, que se criem leis para isso”, diz Ilana Casoy [...]. (JÚ3NIOR, 2010)

A flagrante adaptação do sistema punitivo diante os casos de psicopatia ferem a segurança jurídica e os princípios norteadores do direito penal. Diante a ineficácia da pena para estes agentes cabe então a revitalização da execução da pena por meio de intervenção legislativa neste sentido, e não por construção de instrumentos inexistentes pelos Tribunais que constroem os direitos até então assegurados aos condenados, sob o fundamento de medida protetiva da sociedade.

Cabe então ao julgador diante a inexistência de previsão legislativa a adoção dos critérios empregados aos criminosos comuns, com a limitação da pena no período de 30 anos, assim como a separação absoluta da aplicação da pena e das medidas de segurança. Ressaltando, a previsão do período máximo para aplicação das medidas de segurança orientado pela Súmula 527 do STJ, para o máximo da pena prevista abstratamente no delito.

Contudo, poderá o juiz de execuções requerer a verificação da psicopatia para a concessão de benefícios, tendo em vista a possibilidade prevista na norma penal para a sua própria aplicação. Deverá o juiz motivadamente exigir a avaliação das condições destes agentes para decidir sobre a permissão dos benefícios de progressão de regime, liberdade condicional e outras benesses.

## CONCLUSÃO

A psicopatia desafia a Justiça e o próprio direito material diante o conflito de suas características e os modelos empregados como respostas normativas. O direito como ciência que se destina a regulamentação de indivíduos deve ser frequentemente atualizado e compatível com a ampliação de outras ciências, enfrentando as barreiras para a sua adequação normativa e compatibilização com o desenvolvimento social. Neste sentido, o Direito Penal e a Psiquiatria se comunicam nesta conflituosa concepção das personalidades psicopáticas para aplicação eficaz da intervenção estatal frente a infratores psicopatas.

Conceituado como um distúrbio da personalidade a psicopatia é marcado pelas características de egocentrismo, manipulação, ausência de sentimentos e de responsabilidade e da incorrigibilidade resultantes da inadaptação destes indivíduos com o meio em que se insere. A ausência de introjeção de regras e valores compartilhados pela sociedade abre margem para o cometimento de atos considerados ilícitos, repercutindo então os efeitos da psicopatia perante as respostas normativas propostas pelo direito penal.

O conflito conceitual da psicopatia se situa na divisão de posicionamentos quanto a sua capacidade para conhecimento dos atos cometidos e de sua autodeterminação, adotando majoritariamente a total capacidade pela psiquiatria, e grande divergência de adoção pela doutrina penalista. A psicopatia é resultante de distúrbio na construção da personalidade que, no entanto, não se confunde com a redução da sua capacidade de reconhecimento de seus atos executados, isto é, os indivíduos psicopatas conhecem o ordenamento jurídico e todo o campo valorativo em que vive, mas por simples anseio de cumprimento de seus objetivos decide enfrentar todos os meios necessários para o seu alcance, mesmo quando implique diretamente na execução de algum crime. Resta especificado pela ciência médica a total capacidade de conhecimento da ilicitude de seus atos, bem como da sua habilidade para autodeterminar-se, não constituindo o distúrbio em doença no seu sentido de violar o sistema racional e instrução destes agentes.

A determinação acerca da capacidade destes agentes implica na construção dos conceitos de imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade de grande importância para o direito penal, visto que na sua dependência está a caracterização da aplicação de pena, como uma condenação, ou da aplicação de medidas de segurança, como uma absolvição considerada imprópria.



Para a aplicação das medidas de segurança devem pressupor a caracterização da incapacidade dos agentes infratores da norma penal, capazes de serem submetidos a tratamento por meio de internação ou acompanhamento médico. Diante das situações propostas pelas características psicopáticas estas medidas restam ineficazes, visto a inexistência de tratamento capaz de transformar estes indivíduos nos padrões considerados como normais. As finalidades almejadas por estas medidas de segurança também não são atendidas pela impossibilidade própria do psicopata frente a tratamentos de reeducação, portanto, não são capazes de gerar a prevenção de cometimento de novos delitos, nem mesmo de reintroduzir efetivamente estes indivíduos na sociedade.

A pena privativa, que pressupõe a capacidade do agente, de também encontra barreiras para a configuração dos efeitos programados na sua execução. Fundado sobre as finalidades de prevenir, punir e ressocializar, a privação da liberdade para os psicopatas se tornam apenas mais uma barreira para a conquista da liberdade e a continuidade de seus atos criminosos, a diferença dos atos futuros será da maior elaboração de seus crimes na tentativa da impunidade. Contudo, apesar de não se demonstrar de plano eficiente no combate à reincidência, resta evidenciado o seu poder de controle no período da execução da pena, capaz, então, de assegurar o real cumprimento de regras destinadas a estes agentes. O sistema da privação da liberdade compreende na imposição de limites rígidos e de respostas imediatas aos seus desvios, importando no cumprimento fiel das regras pelos psicopatas, vez que compreendem a sua necessidade para a concessão da liberdade.

O problema da reincidência invoca o debate de penas alternativas capazes de traçar outros efeitos desejados com o cumprimento da pena. A inexistência de previsão normativa no Brasil acerca da psicopatia possibilita grande limbo jurídico, e conseqüentemente condenações conflitantes com a ordem jurídica sob o fundamento de medida protetiva da sociedade. A aplicação de pena privativa de liberdade diferenciada, aos psicopatas, em outros países permite a apreciação da matéria e de sua eficácia pela doutrina brasileira, e conseqüentemente a sua adaptação para o ordenamento jurídico.

A individualização da pena deve ser compreendida em sua máxima concepção para adotar o regime compatível ao apresentado pelos agentes psicopatas homicidas, capazes de garantir ao agente infrator a sua reinserção na sociedade, assim como possibilitar a minimização das altas taxas de reincidência. Portanto, que a pena seja efetivamente vinculada

às suas finalidades, e não meramente programáticas e de efeitos presumidos, para que renasça a real compreensão de Justiça.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. Cerca de 5 milhões de crianças demonstram problemas mentais. 2008. Disponível em: <<http://www.abp.org.br/portal/?s=cerca+de+5+milh%C3%B5es+de+crian%C3%A7as+demonstram+problemas+mentais&submit.x=0&submit.y=0>> Acesso em: 27 ago.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 45, n. 4, 2002.

BALLONE, Geraldo José; MOURA, E. C. Personalidade Psicopática. In. PsiqWeb. 2008. Disponível em <[www.psiqweb.med.br](http://www.psiqweb.med.br)>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BECKER, Peter; WETZELL, Richard F. Criminals and their scientists. The history of criminology in international perspective. Publications of the german historical institute, 2006.

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, José Geraldo Vernet. Psicopatia: influências ambientais, interações biossociais e questões éticas. Revista Debates em Psiquiatria. Ano 6, nº 1, Jan/Fev 2016. Disponível em < <http://www.abp.org.br/portal/revista-debates/>>. Acesso em: 20 ago. 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum Saraiva. 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum Saraiva. 2016.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cérebro y responsabilidade penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho Penal. Barcelona: InDret, Revista para el análisis del Derecho. Abr. 2011. Disponível em: < [www.indret.com](http://www.indret.com)>. Acesso em: 02 jul. 2016

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?. Tradução Claudia de Miranda Avena; revisão Luiz Flávio Gomes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias.¿ Una relación tormentosa? Barcelona: InDret, Revista para el análisis del Derecho. Abr. 2011. Disponível em < [www.indret.com](http://www.indret.com)>. Acesso em: 02 jul. 2016

GARCIA, J. Alves. Psicopatologia forense: para médicos, advogados e estudantes de medicina e direito, 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1979.

HARE, Robert D. Sem consciência. O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução: Denise Regina de Sales. Artmed Editorial, 2013.

JÚNIOR, Heitor Piedade. Personalidades Psicopáticas, Semi-Imputabilidade e Medida de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

JÚNIOR, Humberto Maia. A prisão perpétua de Chico Picadinho. Revista Época, 2010. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI174597-15228,00-A+PRISAO+PERPETUA+DE+CHICO+PICADINHO.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no direito penal. Quartier Latin, 2010.

MOLL, Jorge; ESLINGER, Paul J.; OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo de. Frontopolar and anterior temporal cortex activation in a moral judgment task. Preliminary functional MRI results in normal subjects. Arq Neuropsiquiatr 2001; 59(3-B): 657-664

MOLL, Jorge et al . Efeitos distintos da valência emocional positiva e negativa na ativação cerebral. Rev. Bras. Psiquiatr., São Paulo , v. 23, supl. 1, p. 42-45, Mai 2001. Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462001000500013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462001000500013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 nov. 2016

MORANA, Hilda C. P; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e *serial killers*. Rev. Bras. Psiquiatria. Vol.28. São Paulo, Out. 2009

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. 7. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 6. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. Barcelona: InDret. Revista para el análisis del Derecho. Abr. 2011. Disponível em < [www.indret.com](http://www.indret.com)>. Acesso em: 01 jun. 2016

PIMENTEL, Déborah. Psicopatia da vida cotidiana. Estud. psicanal. Belo Horizonte, n. 33, p. 13-20, jul. 2010. Disponível em < [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-34372010000100002&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372010000100002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 05 ago. 2016

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 12 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. Derecho Penal parte general, tomo I: fundamentos la estructura de la teoria del delito/ Claus Roxin; traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal – Madrir: Editorial Civitas, S. A., 1997.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal: fundamentos e teoria do delito/Mir Puig Santiago; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SGARIONI, Mariana. Anjos malvados. Revista Superinteressante. Jul. 2009. Disponível em < <http://super.abril.com.br/comportamento/anjos-malvados>>. Acesso em: 06 ago. 2016

\_\_\_\_\_ Cérebro em transe. Revista Superinteressante. Fev. 2011. Disponível em < <http://super.abril.com.br/ciencia/cerebro-em-transe/>> . Acesso em: 06 ago. 2016

SILVA, Ana Beatriz B. Mentas Perigosas: o psicopata mora ao lado, 2. Ed. -São Paulo: Globo 2014.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.