

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LARA BIANCA STEFANO

**COMO DEVE SER A ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS
DELITOS PERPETRADOS POR PSICOPATAS?**

MARÍLIA
2017

LARA BIANCA STEFANO

**COMO DEVE SER A ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS DELITOS
PERPETRADOS POR PSICOPATAS?**

Trabalho de curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos.

MARÍLIA
2017

Stefano, Lara Bianca

Como deve ser a atuação do direito penal frente aos delitos perpetrados por psicopatas? / Lara Bianca Stefano; orientador: Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos. Marília, SP, 2017.

59 páginas;

Trabalho de Curso Graduação em Direito - Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Psicopatas. 2. Direito Penal. 3. Evolução do crime. 4. Culpabilidade. 5. Imputabilidade. (palavra-chave)

CDD: 341.522



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito


Lara Bianca Stefano

RA: 52781-5

Como deve ser a atuação do direito penal frente aos delitos perpetrados por psicopatas?

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): 
José Eduardo Lourenço dos Santos

1º EXAMINADOR(A): 
Mário Furlaneto Neto

2º EXAMINADOR(A): 
Adelle Rojo

Marília, 29 de novembro de 2017.

Aos meus pais e a memória da minha avó Aparecida Sanavio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por toda sabedoria, força e proteção durante essa longa caminhada, pois sem Ele nada disso seria possível.

Aos meus pais, Gilberto Stefano e Valéria Stefano, que sempre acreditaram em mim, por todo apoio, incentivo, compreensão e pelos seus sábios conselhos, os quais me deram esperança para continuar toda jornada.

Aos meus irmãos, Filipe Stefano e Maria Lydia Stefano que sempre estiveram presentes.

Aos meus amigos, em especial Gilnéia Costa, Marcela Canezin, Carlos Rocha, Adriana Braguim, Clodoaldo Braguim, Carolina Coutinho, e Lucas Faléco, por todo apoio e carinho.

Ao projeto Escola da Família em parceria com a Univem, pela oportunidade e aprendizado.

Ao Projeto de Cidadania Proativa e Direito – PROATO, que desde o primeiro ano tem feito parte da minha história acadêmica, por toda aprendizagem, apresentações, incentivos e interação com a comunidade, os quais sou muito grata por poder realizá-los, em especial a Professora Daniela Marinho.

E finalmente, ao meu orientador José Eduardo Lourenço dos Santos que desde o início da Iniciação Científica do segundo ano até o término deste trabalho esteve presente, me apoiando, guiando e transmitindo novos conhecimentos.

Obrigada!

*"A justiça exalta os povos, mas a transgressão é a vergonha das nações".
(Provérbios 14:34)*

STEFANO, Lara Bianca. Como deve ser a atuação do direito penal frente aos delitos perpetrados por psicopatas?. 2017. 59 f. Trabalho de Curso. (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

De uma forma geral o tratamento justo e proporcional a crimes bárbaros tem sido um grande desafio para o Direito. O panorama torna-se ainda mais complexo quando o criminoso em questão é um psicopata, porque a própria condição dele diante do ordenamento jurídico tem sido um desafio para o Direito Penal. Primeiro, porque não se pode tratar a justiça como algo absoluto; e segundo, porque os portadores da psicopatia reúnem um conjunto de caracteres normais e patológicos. A presente pesquisa tem como objetivo estudar qual deve ser a atuação do Direito Penal frente aos delitos perpetrados pelos psicopatas, isto é, qual deve ser a punição mais justa para estes criminosos? Quais são as penas mais adequadas? E ainda quais medidas devem ser tomadas, visando sobretudo proteger a sociedade do mal causado por estes indivíduos. Em primeiro lugar, a pesquisa faz uma análise histórica da evolução Científico - Penal da punição à crimes bárbaros, com foco especial no progresso do Direito frente ao desejo de vingança, e que assim como as sociedades evoluem o direito necessariamente tem o dever de acompanhar essa evolução. Em seguida partir-se para a teoria do crime, analisando de forma sistemática os elementos pertencentes ao conceito analítico do crime, com ênfase à antijuricidade, culpabilidade e imputabilidade. Por fim, esse trabalho analisará a psicopatia do ponto de vista do Direito Penal, com olhos voltados para as leis vigentes, buscando da forma mais objetiva a melhor resposta jurídica aos psicopatas criminosos. Contudo, verifica-se ao decorrer da pesquisa que o psicopata é imputável, pois possui a capacidade intelectual e volitiva, ademais, é necessário que haja celas especiais para estes indivíduos, bem como utilizar-se da escala PCL-R de Robert Hare. A metodologia a ser utilizada no presente trabalho será o método hipotético dedutivo, com a abordagem da pesquisa qualitativa e objetivos exploratórios.

Palavras-chave: Psicopatas. Direito Penal. Evolução do crime. Culpabilidade. Imputabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO CIENTÍFICO-PENAL DA PUNIÇÃO	11
1.1 A JUSTIÇA PRIVADA.....	12
1.1.1 A justiça antes da compilação dos primeiros códigos	12
1.1.2 A justiça amparada pelos primeiros códigos de leis.....	13
1.2 A justiça pública	15
1.2.1 A influência de Cesare Beccaria no Direito Penal	17
1.3 A vinda da fase humana e científica.....	20
2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME.....	22
2.1 Dos diversos conceitos de crime	22
2.2 Da teoria do crime: conceito analítico do crime.....	23
2.2.1 Fato típico	25
2.2.2 Antijuricidade	30
2.2.3 Culpabilidade.....	31
2.3 Da imputabilidade penal.....	34
2.4 Da punição no código penal brasileiro	37
3 A IMPUTAÇÃO PENAL DO PSICOPATA	40
3.1 O transtorno de personalidade antissocial	40
3.1.1 Motivos geradores, espécies e comportamento do psicopata.	42
3.2 Qual a resposta jurídica adequada ao psicopata criminoso? pena ou medida de segurança?	45
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	53
ANEXO A.....	56

INTRODUÇÃO

O comportamento de um psicopata tem sido cada vez mais preocupante e perigoso para toda a sociedade, devido à forma como age e pratica seus crimes. Na maioria das vezes, seja pelo show midiático, seja pela realidade dos fatos, os crimes por eles praticados aparecem como frios, violentos e cruéis, causando por isso uma enorme comoção na sociedade. Aliás, assusta-nos a forma gélida de como relatam seus crimes, revelando diante das câmeras o ar sombrio de quem não tem sentimento de culpa ou remorso.

O presente estudo pretende analisar qual deve ser a atuação do Direito Penal frente aos delitos perpetrados pelos psicopatas, isto é, qual deve ser a punição mais justa para estes criminosos? Quais são as penas mais adequadas? E ainda quais medidas devem ser tomadas, visando sobretudo proteger a sociedade do mal causado por estes indivíduos. Essa resposta não é fácil mesmo quando se resume em poucas palavras descritas em um trabalho científico como este. A dificuldade consiste no paradoxo legal da necessidade de se “fazer justiça” a um crime praticado por um réu tão difícil de ser analisado, que é o caso do psicopata criminoso, e ao mesmo tempo evitar não cair no acaloramento da vingança, tão comum ao leigo do Direito, sendo este último a massa observadora que é a própria sociedade, a qual suspira por uma resposta imediata ao crime.

Doente ou criminoso? Eis a questão. Esse é um paradigma a ser enfrentado e que apresenta consequências diversas no Direito Penal no caso da prática de um crime, pois ele deve ser tratado de acordo com a sua condição para o Direito.

Diante de tamanha responsabilidade é preciso voltar as preciosas lições da história. Assim, o primeiro capítulo tem como foco principal a ideia de que a história não é algo que pode ser sepultada, e se justamente analisada não somente nos ajuda a evitar os erros já cometidos como também a encontrar soluções para as falhas que insistem a nos assombrar.

Porém, a história serve apenas para nos alertar. Foi na evolução dela que chegamos aos nossos correntes códigos penais. Nele já se define o crime, e é onde vamos recorrer para entender a antijuricidade, a culpabilidade, e a imputabilidade. O crime é tão velho quanto o homem, e se ele existiu em algum tempo o código vigente deverá dizer se há licitude, se realmente há culpa do réu, ou ainda, se o mesmo pode de alguma forma ter o crime imputado à sua pessoa. Desta maneira, o segundo capítulo tentará aflorar essas questões, que como a primeira, são de suma importância para tratar de nosso objetivo, ou seja, se o psicopata é um criminoso, então, qual deve ser a melhor forma de fazer justiça?

No entanto, não é possível fazer uma análise sincera da melhor forma de punir um psicopata sem antes ter uma definição do que é um psicopata. É preciso compreender os motivos geradores e o comportamento dos psicopatas. O terceiro capítulo tentará abordar esses pormenores a fim de fazer uma análise mais apurada. Finalmente chegaremos ao cerne de nosso estudo, ou seja, “qual a resposta jurídica mais adequada ao psicopata criminoso?”. Sabendo que a resposta não é fácil, tampouco decisiva, retiramos de nosso estudo qualquer tendência a descaso judiciário ou à vingança, tentando solidificar nossa opinião do que há de mais moderno e positivamente experimentado no que se refere ao tratamento de pessoas com transtornos mentais que cometeram crimes hediondos. Com certeza é preciso fazer justiça ao crime cometido, mas também é preciso tratar do réu que será submetido à devida punição. Acreditamos que o resultado desse estudo não apenas apazigua o desejo de vingança da sociedade, pois se não tratar com vingança ao menos retira da sociedade o temido meliante. Vale ainda ressaltar que com base nas providências aqui proposta visamos à proteção sociedade, que hoje, infelizmente é refém dos psicopatas. Contudo, a metodologia a ser utilizada no presente trabalho será o método hipotético dedutivo, com a abordagem da pesquisa qualitativa e objetivos exploratórios.

1 EVOLUÇÃO CIENTÍFICO-PENAL DA PUNIÇÃO

O tratamento justo e proporcional a crimes bárbaros tem sido um grande desafio para o Direito. O panorama torna-se ainda mais complexo quando o criminoso é um psicopata, porque a própria condição dele diante do ordenamento jurídico, é um desafio fático jurídico para o Direito Penal. Primeiro, porque não se pode tratar a justiça como algo absoluto; e segundo, porque os portadores da psicopatia reúnem um conjunto de caracteres normais e patológicos. Fatores assim colocam o Direito, na condição da ciência humana, no embaraçoso dilema já destacado por Telles:

É de se perguntar, todavia, como deve ser a punição, quais as medidas a serem tomadas em relação aos criminosos, quais as penas mais adequadas, qual a política criminal a ser seguida e qual o fundamento do direito de punir do Estado (TELLES, 2008, p. 16).

Sendo assim, na busca do que seja o “socialmente justo” em relação ao crime praticado pelos psicopatas, remeteremos nossos estudos às lições deixadas pela história, observando o progresso do Direito frente ao desejo de vingança, e que assim como as sociedades evoluem o direito também se desenvolve, e por isso, há esperança para buscar uma abordagem mais particular e eficaz, numa Legislação Específica para ser aplicada ao criminoso psicopata.

A princípio, no tocante a história do Direito Penal, analisaremos que ela é dividida em três fases/momentos, quais sejam, a vingança privada, a vingança pública e a científica. A esse respeito:

As simplificações mais comuns da história da criminalização primária, ou seja, da formalização do poder punitivo em legislação penal manifesta, pretendem mostrar um sentido linear, centrando sua atenção nas penas previstas: penas ilimitadas (vingança privada), penas limitadas (vingança pública), penas mais restritas (humanização) e penas racionais ou da etapa atual, chamada por uns de científica, por outros de técnica e por outros tantos de dogmática, segundo o lugar onde se coloque o analista histórico que, em geral, aspira posicionar-se na cúspide de uma evolução (ZAFFARONI; BATISTA 2006, p. 383).

Portanto, a primeira refere-se à vingança privada, ou seja, a justiça era feita pelas próprias mãos, e o crime era visto como uma ofensa à vítima, sendo as penas ilimitadas. Num segundo momento o Direito evolui e inicia-se o processo da Vingança Pública. Trata-se de uma vingança do “*Jus Puniendi*”, isto é, o Estado é quem punia, e as penas eram

limitadas. Agora, em uma última etapa, o Direito progrediu para a Humanização, onde as penas são mais restritas e racionais. Esta fase atual, também chamada de científica, dá-nos uma esperança de que o psicopata receba do ordenamento jurídico a justiça mais próxima do ideal que puna seu crime e ao mesmo tempo contribua para a segurança pública.

1.1 A JUSTIÇA PRIVADA

1.1.1 A justiça antes da compilação dos primeiros códigos

O crime é tão antigo quanto o homem, e desde o início da humanidade os indivíduos criaram meios para inibir e punir os diversos crimes cometidos. Na era primeva da civilização não havia uma legislação para determinar qual a pena do infrator cabendo à vítima ou seus familiares, ou mesmo seu clã se vingarem do malfeitor. A princípio a vingança na maioria das vezes acontecia de forma desproporcional ao ato cometido pelo infrator. Desta forma, as ações penais não eram regidas por lei nenhuma, senão a do ódio e vingança.

O primeiro criminoso conhecido da humanidade foi Caim, o qual matou seu irmão Abel por inveja e cruelmente. Sua punição foi o “desterro” (BIBLIA, Gênesis 4.11-16). Foi o sétimo da descendência de Caim, Lameque, que prefigura essa justiça desproporcional feita pelas próprias mãos no tempo da antiguidade. Este homem fez o primeiro cântico bíblico, o cântico da espada, e nele o assassino descreve para suas duas esposas como matou um homem e um menino apenas porque levou um soco e um chute “(...) Vós, mulheres de Lameque, escutai as minhas palavras; porque eu matei um homem por me ferir, e um jovem por me pisar” (Bíblia, Gênesis 4:23).

É notória a tamanha crueldade e frieza de Lameque, que, além de cometer crimes bárbaros por motivos fúteis os relata da maneira mais perversa, inclusive age com “a desproporção”, ou seja, um soco sendo revidado por um golpe mortal. Na narrativa bíblica o assassino não é punido, pois ainda não havia nenhuma legislação penal em que pudesse ser enquadrado.

Assim, verifica-se neste caso que a pena, em sua origem remota, é sinônimo de vingança, um revide à agressão sofrida, podendo ser totalmente desproporcional com a ofensa. Logo, não há uma preocupação em fazer justiça, apenas em se vingar.

1.1.2 A justiça amparada pelos primeiros códigos de leis

O grande passo para resolver a pena desproporcional nas culturas antigas foi dado quando se objetivou criar os primeiros códigos penais. Estes serviram não apenas de constituição legal para as antigas nações, como um meio coercitivo para que as pessoas de uma determinada comunidade pudessem viver sob o mínimo de proteção possível. Estas leis estavam fundamentadas em tradições, costumes e crenças de cada sociedade. A esse respeito Foerster (2014):

Desde que o ser humano começou a se organizar como sociedade houve a necessidade de regras padronizadas para resolver disputas. Para que estas disputas fossem solucionadas algumas pessoas precisavam ser investidas com poder para passar sentenças. Surgiam os primeiros reis, juízes e governadores.

É nesse momento que surgiu a “Lei do Talião”. A terminologia Talião é de origem latina (*tálio + onis*) significando que o castigo deveria ser aplicado na mesma proporção da culpa. Desta maneira, o delinquente é quem deveria ser atingido por esta repreensão na mesma intensidade que havia cometido o delito.

É, portanto, a lei da compensação “olho por olho e dente por dente”. Neste mesmo entendimento é que vários outros códigos primitivos foram influenciados. Em que pese ser considerado por muitos uma forma bárbara de punição para o criminoso, foi com certeza um enorme avanço para a sociedade, visto que um soco, por exemplo, seria revidado com um soco mesmo e não com um golpe mortal.

Em vista disso, os mais antigos e conhecidos códigos que conhecemos são: O Código de Hamurabi, na Mesopotâmia; as Leis de Manu, na Índia; As Tábuas de Moisés, para os hebreus e as XII Tábuas dos Romanos. Importante salientar que eram tidos como constituições para os povos sendo tratados de diversos assuntos, tais como Comércio, família, trabalho e assuntos penais.

Contudo, a mais importante legislação expropriatória, dentro do que se costuma chamar de direito penal antigo, foi a legislação babilônica, especialmente o célebre código do rei Hamurabi, do século XXIII a.C., que estabelecia penas drásticas e de aplicação imediata e somente para delitos menores previa a expulsão de seus autores da cidade (ZAFFARONI; BATISTA, 2006, p. 387).

Não obstante, a influência da Lei do Talião não foi apenas na cultura oriental antiga, mas também na cultura ocidental, como analisado no código das XII Tábuas dos Romanos, mais especificamente na Sétima Tábuas, onde se apela para a Lei do Talião quando o assunto envolvia agravo ao seu semelhante, como bem afirma Bueno (2006, p. 81) “Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”.

Já a Lei das XII Tábuas é vista como um avanço, tendo em vista que sua composição foi um dos resultados da luta por igualdade levada a extremo pelos plebeus em Roma, e que constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano, a qual formava a essência da constituição da República Romana, a quem muito se deve nossa Lei. Tal diploma normativo exerceu muita influência nas codificações ocidentais.

É fato pontual que a Lei Romana se valesse da Lei do Talião para imputar a pena a um criminoso. Apelar para o talião era como “um lavar das mãos”, eximindo-se tal código de interpretar os crimes nos seus diversos modos como eles ocorrem na sociedade, ainda que havia uma clara separação de classes de indivíduos nessas sociedades antigas.

Portanto, o conceito simplista do “matou tem que morrer” qualifica a justiça privada dos povos do Oriente, especialmente de origem semita, fundada na defesa e na vingança, e que depois foi seguido a princípio pelos romanos. A preocupação das leis em relação ao crime de assassinato, por exemplo, era banir o crime e o criminoso. Fundamentava-se essencialmente no instinto da defesa e da vingança. Vingança é a palavra chave em todo o processo. Esse desejo de tratar com dureza o criminoso é bem retrato nas palavras de VINHAS (2015):

“(…) não podemos afirmar que havia na época primitiva uma sistematização das regras e normas penais, ainda que as sociedades vivessem de forma organizada, o que havia era um entendimento de que havia a necessidade de aplicar o castigo às crueldades humanas, como forma de punição e não de efetivamente fazer justiça, como é o entendimento atual. Não era a fase da aplicação da justiça e sim a fase da vingança penal como instrumento inibidor dos agentes cruéis”.

Logo, vemos que tanto o Código de Hamurabi quanto a Bíblia, ou a Lei dos Romanos, ao se referir a crimes como o de homicídio, por exemplo, aplicavam a Lei do talião (*jus talionis*), já que esta era a forma repressiva de controle social (Bíblia, Êxodo 21.23-25). “Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe”.

Assim, analisamos que a Lei do Talião teve influência direta nos demais ordenamentos jurídicos.

1.2 A justiça pública

Foi por meio da legislação penal greco-romana que o Direito percorreu significativa evolução, de vingança privada para vingança pública. Se a princípio, como já observamos, os Romanos tinham práticas penais espelhadas na lei do talião (As XII Tábuas), deve-se a eles a grande mudança no Direito em outorgar ao Estado a aplicação da pena.

Ademais, de todo terror que o Estado pudesse causar ao acusado, dadas as *limitações* jurídicas da época, a pena agora era imposta em nome de uma autoridade pública que representava os interesses da comunidade, e não podia mais ser imposta por terceiros, como o ofendido ou um sacerdote.

A legislação penal greco-romana pode ser considerada o ponto de secularização do poder punitivo e de uma limitada atenuação na crueldade das penas, como consequência de uma diferente concepção política acerca do governo e da autoridade, o que permitiu o aparecimento da composição, isto é, o cancelamento da pena mediante pagamento à vítima ou a seus parentes (controlada pela autoridade) e a obtenção da primeira distinção entre *delicta publica e delicta privata* (...). Entretanto, com o advento do Império, o procedimento penal *extra ordinem* passou a ser ordinário, afirmando assim o caráter público do poder punitivo, razão pela qual os *delicta* privada forma submetidos a penas públicas, inclusive os delitos mais leves que, durante a república, estavam sujeitos à negociação das partes. (ZAFFARONI; BATISTA, 2006, p. 387).

Os benefícios da legislação romana puderam ser vistos mesmo em lugares cujos princípios foram por centenas de anos regidos pela lei do “olho por olho e dente por dente”, que é o caso do povo judeu, em pleno Oriente Médio, berço do talião. Exemplo disso é a narrativa bíblica da acusação e julgamento preliminar do apóstolo Paulo, cerca de 50 anos d.C. Paulo é considerado pelos seus próprios acusadores como o maior promotor da fé cristã, e tomados pela inveja e ódio o acusaram de ter profanado o Templo Sagrado de Jerusalém. Tal delito deveria ser julgado e condenado pelo Sinédrio (o tribunal religioso dos judeus) vindo depois disso a imediata pena de “lapidação”, como mandava a Lei dos judeus.

Fato curioso é que poucos anos antes desse episódio, o próprio Paulo, valendo-se da lei judaica, assistiu friamente o apedrejamento do primeiro mártir cristão, Estevão, acusado pelo mesmo crime que ele, Paulo, havia sido agora denunciado. Sem o avanço da Lei Penal, Paulo teria o mesmo fim de seu antecessor, mas, valendo-se do seu direito de cidadão romano “apelou para César”. Essa nítida e benéfica evolução do Direito dava-lhe a oportunidade não apenas de ser julgado perante um tribunal que lhe permitisse se defender, mas ainda recorrer a uma instância maior, no caso, o Imperador.

“Todavia Festo, querendo comprazer aos judeus, respondendo a Paulo disse: Queres tu subir a Jerusalém, e lá ser julgado perante mim acerca dessas coisas? Mas Paulo disse: Estou perante o tribunal de César, onde convém que eu seja julgado(...)ninguém pode me entregar a eles: apelo a César. (Bíblia, Atos dos Apóstolos, cap. 25.9 - 11).

Importante ressaltar que a prisão de um acusado não era sua pena, ao contrário, dava pena daqueles que de alguma forma eram penitenciados com a prisão, conforme esclarece Lacerda Neto (2012).

Penalmente, a prisão visava a assegurar o cumprimento de pena(...). Nem da república, nem no império, existia a prisão como pena pública; havia o aprisionamento à conta do cumprimento das penas de trabalhos forçados, sem que o aprisionamento constituísse, por si só, a pena.

Ainda que o Direito Penal usasse alguns meios de progressão em favor do acusado nesse período do Império Romano, o condenado não estava em situação melhor do que estaria nos tempos de Hamurabi. Se por um lado o acusado valia-se do direito de uma apelação e de um aprisionamento legal até que fosse devidamente julgado pelo Estado, por outro não se pode negar que na aplicação das penas houve excessos e muitas crueldades, especialmente na pena de morte. Desta forma, afirma Lacerda Neto (2012).

A forma de execução mais antiga era a da decapitação com machado; de se cortar a cabeça procede a expressão *poena capitis*, pena capital, pena de cabeça, e a de *supplicium*, que designava o ato de curvar a cabeça para receber o golpe - daí falar-se em último suplício como sinônimo de execução.

Além da pena capital (decapitação), segundo Lacerda Neto (2012), os romanos criaram outras formas desprezíveis de aplicar a pena de morte, como a *crucifixão* (pena *ex crucis*), submersão (ou afogamento), fogo (amarrado a um poste, acendia-se o fogo em

madeira, reunida à volta), e a condenação às feras. Importante observar que o cristianismo adotou a cruz como seu símbolo, a crucifixão foi abolida e substituída pelo enforcamento.

Como já foi dito a evolução do Direito dava-se de forma lenta e limitada, e não progrediu muito por centenas de anos, mesmo porque, a partir do século IV da era cristã o direito e o Código Penal passaram por uma época conhecida como Idade Média. A esse respeito Lacerda Neto (2012):

Durante a Idade Média, até o advento dos códigos, em fins dos setecentos e nos oitocentos, coexistiram diferentes ordens normativas, a saber, os direitos romano, canônico, costumeiro, feudal e germânico, cada qual portador de enfoques distintos e porventura contraditórios, o que levou os medievais a tentar conciliá-los e a organizar entre eles algum consenso, pela associação dos seus pontos coincidentes.

O princípio decisivo desejado por Mably no século XVIII “que o castigo fira mais a alma do que o corpo”, ou seja, a busca por uma pena que atuasse profundamente sobre o coração, o intelecto, a vontade e as disposições dos condenados, ainda estavam longe de ser implantados. Até que viesse o iluminismo de Bentham e Beccaria (1748) sobre o Direito, a punição de um condenado seria tratada como uma cena, ou seja, motivo de festas públicas, onde a preocupação nunca seria em fazer justiça, e, sim, observar quanto tempo os pés do condenado conseguiria se manter fora do cadafalso.

1.2.1 A influência de Cesare Beccaria no Direito Penal

O conceito de penas e delitos sofreu uma alteração a partir da segunda metade do século XVIII sendo a razão o grande instrumento dessa mudança. Consideravam que a luz da ciência e do pensamento finalmente venceria as trevas da ignorância e da superstição.

É nesse tempo que se levantam homens como Beccaria, que, no desejo de corrigir as bárbaries das penas nos tribunais de sua época, faz um ataque direcionado ao sistema dominante da administração da justiça criminal do seu tempo. Na busca de humanização, o direito entrega para o povo de seu tempo a excelente composição “Dos Delitos e das Penas”, uma obra considerada base do Direito Penal moderno.

Neste livro, de forma simples e objetiva discorre sobre diversos assuntos abordando temas que eram verdadeiros tabus para sua época, tais como: A igualdade perante a lei, abolição da pena de morte, erradicação da tortura como meio de obtenção de provas, instauração de julgamentos públicos e céleres, penas consistentes e proporcionais, dentre

outras. Para Beccaria era urgente uma reforma penal que fosse menos apaixonada e devedora ao autoritarismo, e mais humano, que atendesse sobretudo necessidades da maioria.

Percorramos a história e constataremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre os homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: Todo o bem estar possível para a maioria. (BECCARIA, 2008, p. 15-16).

Assim, afirmava que as leis penais de seu tempo estavam atrasadas, necessitando de serem refeitas ou amadurecidas:

Contudo, como as leis e os usos de um povo estão sempre atrasados em vários séculos em relação aos progressos atuais, mantemos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçadores do Norte, nossos selvagens antepassados. Nossos costumes e nossas leis retrógradas estão muito distantes das luzes dos povos. Somos ainda dominados pelos preceitos bárbaros que recebemos como herança de nossos antepassados, os bárbaros caçadores do Norte (BECCARIA, 2008, p. 27).

É nesta busca de um amadurecimento de leis e penas que Beccaria faz diversas propostas, mesmo sendo elas consideradas absurdas para sua época. Algumas de suas ideias foram implantadas em muitas sociedades e vigoram até hoje, como por exemplo, a abolição da pena de morte, batizada por ele como “espetáculo de imensidade de tormentos que jamais tornaram os homens melhores” (BECCARIA, 2008, p.51). Defende o direito fundamental à vida, o qual não poderia nem deveria ser desrespeitado por outros, incluindo o poder soberano do Estado.

Em vista disso, há princípios estabelecidos por Beccaria que se encontra até hoje em nossa Constituição. Destaca-se o princípio da proporcionalidade, o qual refere a uma pena mais equilibrada e simétrica que o criminoso será submetido pelo delito cometido. Desta maneira, observamos que a desproporção já não é mais empregada como nos códigos mais remotos. Há, portanto, uma evolução, a qual influenciou no atual ordenamento jurídico brasileiro.

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem

público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas. (BECCARIA, 2008, p. 70).

Assim, verifica-se que o mencionado princípio da proporcionalidade é vislumbrado tanto vigente Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLVII, a qual veda as penas de morte; as de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e as cruéis, bem como no art. 75 do Código Penal que dispõe que a pena máxima será de 30 (trinta) anos, não podendo o indivíduo ficar preso por mais tempo.

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender o limite máximo deste artigo.

§ 2º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Ocorre que para um criminoso comum essa pena pode ter eficácia, tendo em vista a ressocialização do acusado. No entanto, ao se tratar de crimes praticados por psicopatas, há uma complexidade, visto que estes criminosos não aprendem com os seus erros, mas são pessoas normais que merecem ser punidas na proporção de seus delitos praticados.

Deste modo, para que haja uma proporção nos delitos perpetrados pelos psicopatas, devemos analisar em um primeiro momento a culpabilidade, isto é, se serão considerados imputáveis (tendo consciência dos seus atos) ou semi-imputáveis (consciência reduzida), o qual poderá receber uma medida de segurança.

No entanto, é lamentável saber que o conceito de psicopatia surgiu dentro da medicina legal quase dois séculos após o tratado de Beccaria. O fato do termo ser novo dentro de uma história longa nos deixa sem nenhum comentário dos grandes filósofos da época do iluminismo, e portanto, do próprio Beccaria.

Destarte, conclui-se que a voz de Beccaria foi um grande avanço para o Direito Penal, do qual fomos beneficentemente influenciados, nos proporcionando um norte e uma luz para as legislações, inclusive a atual, na medida em que introduziu as primeiras noções científicas de humanização e proporcionalidade.

1.3 A vinda da fase humana e científica

Na fase humanística, as penalidades passam a adquirir sentido humanitário, respeitando-se a dignidade humana, representando uma crítica aos castigos e torturas aplicados até então. Começa-se a pensar na necessidade da prevenção do crime e não apenas na sua punição.

Por último, tem-se a fase científica contemporânea que se divide em três períodos: o antropológico, onde os fatores físicos e psíquicos do criminoso passam a ser a explicação para suas ações, cria-se a ideia do criminoso nato; o sociológico, o qual começa a levar em consideração os fatores externos ao indivíduo, passando o crime a ser pensado como um fenômeno social; e o período jurídico, que vem a dar suporte legal à aplicação das penalidades, representando valores tanto antropológicos quanto sociológicos.

Importante ressaltar que estas fases acima mencionadas, não representam uma ruptura entre si, mas são o resultado da evolução e transformação do pensamento humano, de forma que resquícios de cada fase ainda são perceptíveis atualmente.

Dá análise das codificações e obras científico-penais, verifica-se que desde os diplomas mais antigos, tais como, o código de Hamurabi; A lei de Manu; as tábuas de Moises e as XII Tábuas, bem como o atual código penal, que há uma ausência de previsão legal para o tratamento dos psicopatas. Trata-se de lacuna ocasionada pela falta de interação do direito com outras ciências humanas e biológicas.

Ademais, importante salientar que, tanto o projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (novo Código Penal), bem como o projeto de Lei nº 8045/2010 (Código de Processo Penal), infelizmente não mencionam quaisquer formas de punição para os portadores de psicopatia. Ora, se os projetos que estão em tramitação, mais uma vez, se eximem em discorrer sobre qual a melhor solução para a repreensão dos psicopatas, continuaremos mais uma vez estagnados em um assunto que interfere não só às vítimas e famílias que sofrem, mas também para a sociedade como um todo, que se depara com a ação delitiva destes criminosos.

A esse respeito, acerca das penas dos delinquentes, Beccaria (2008, p. 101) já afirmava que prevenir é melhor que remediar:

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem estar possível e livrá-los de todos os pesares que lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males dessa existência.

Assim, há a necessidade de uma evolução nas leis penais e uma legislação específica para os psicopatas. Atualmente, o projeto de lei que altera a Lei nº 7.210 de 1984, lei de execução penal, está em fase de aprovação. É um projeto que visa trazer propostas, como a realização obrigatória do exame criminológico do agente condenado a pena restritiva de liberdade, com comissões técnicas que não estejam vinculadas aos responsáveis dos presídios, bem como sustenta a alteração de prever a execução da pena do psicopata separadamente dos presos comuns. Destarte, tal projeto já pode ser considerado um avanço para nossa atual legislação, se colocado em prática.

Portanto, não podemos ignorar a condição dos portadores de psicopatia, precisamos de um avanço nas legislações e punições adequadas para estes criminosos, principalmente pelo fato de diplomas legais aplicáveis antes da condenação não se imiscuir com mais veemência na questão do psicopata.

2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

2.1 Dos diversos conceitos de crime

O Direito Penal brasileiro adota o critério bipartido, ou seja, a infração penal é considerada gênero, abrangendo os crimes e as contravenções penais. No presente capítulo iremos estudar apenas a espécie referente ao crime.

A sociedade é a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos. (NUCCI 2014, p. 137).

Doutrinariamente o crime tem sido conceituado de várias maneiras. Assim, para Jesus (2014, p. 192) há quatro sistemas que definem o crime, quais sejam, o formal; material; formal e material; e formal, material e sintomático.

O primeiro requisito é o formal, o qual considera crime uma mera violação de uma norma penal, isto é, um descumprimento da lei. Assim, Jesus (2014, p. 192) “conceitua-se o crime sob o aspecto da técnica jurídica do ponto de vista da lei”. Ademais, ainda para este aspecto no entendimento do autor, o crime é considerado um fato típico e antijurídico; todavia, a culpabilidade tem uma natureza distinta.

O segundo trata-se do requisito material, onde o crime é definido sendo um comportamento humano, o qual poderá apresentar perigo a um bem jurídico protegido por determinada lei penal. De acordo com Masson (2014, p. 205) “Crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigos de lesão bens jurídicos penalmente tutelados”.

Neste mesmo sentido, Nucci (2014, p. 138) sustenta que o aspecto material “é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena”.

Em vista disso, para esse requisito, se a conduta praticada não apresentar uma relevância jurídico-penal, a qual afrontaria um bem jurídico disciplinado por uma lei penal, não há que se falar em crime.

Já o terceiro requisito é uma junção entre o requisito formal e o material; desta forma, o crime é considerado um *ente jurídico*, o qual segundo Carrara citado por Mirabete e Fabbini deve ser incluído na teoria geral do delito. Assim, vejamos:

[...] Pode-se afirmar que não é um ato jurídico, uma vez que uma de suas características não é a finalidade do agente de obter as consequências jurídicas do fato, o que ocorre com aquele. Como o crime é apenas uma conduta humana de efeitos jurídicos involuntários (imposição de penas etc.) e um ato que contrasta com a ordem jurídica (ato ilícito), pode-se situar o crime entre os fatos jurídicos (MIRABETE; FABRINI, 2013, p. 84).

Por fim, o quarto requisito além de dispor do critério formal e material inclui também a personalidade do sujeito. No entanto, os requisitos que mais prevalecem na doutrina são o formal e o material.

Ademais, há um conceito legal do crime, o qual é concedido pelo próprio legislador no artigo 1º da lei de introdução ao código penal (decreto-lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941), o qual dispõe o seguinte:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Por seu turno, Greco (2016, p. 34) conceitua o crime sob um aspecto formal, material e analítico. Assim, o aspecto formal “crime seria toda conduta que atentasse que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado”. Já o aspecto material analisa o crime sendo uma conduta que viola os bens protegidos mais importantes. E, por fim, o analítico estabelece os elementos do crime, que para o autor são três: fato típico, antijurídico e culpável.

Contudo, dentre todos os conceitos acima mencionados o mais relevante para o estudo é o analítico, tendo em vista verificar a existência do crime. Em vista disso iremos estudá-lo de forma mais aprofundada no próximo tópico.

2.2 Da teoria do crime: conceito analítico do crime

O conceito analítico do crime, o qual também pode ser denominado de dogmático, formal ou operacional, se constitui nos elementos que compõe a estrutura do crime.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 337) a teoria do delito, a qual também é chamada de teoria do crime, pode ser definida da seguinte maneira:

Chama-se “teoria do delito” a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.

Posto isto, o conceito analítico do crime será definido de acordo com a teoria em que for adotada. Basileu Garcia adota uma posição quadripartida, sendo o crime composto por quatro elementos, quais sejam, fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. No entanto, é uma posição minoritária, não servindo de parâmetro neste estudo. Como bem afirmam Mirabete e Fabbrini (2013, p. 81) “A punibilidade, mesmo considerada como ‘a possibilidade de aplicar-se pena’, não é, porém, elemento do crime”.

Neste mesmo entendimento, Bitencourt (2014, p. 279) sustenta que “a eventual exclusão da punibilidade, quer por falta de uma condição objetiva, quer pela presença de uma excusa absolutória, não exclui o conceito de crime já perfeito e acabado”. Desta forma, não é preciso analisar a punibilidade como elemento do crime, bastando apenas estar presente o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.

De outro vértice, há autores que adotam a teoria finalista bipartida. Consideram o crime somente sendo o fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade um mero pressuposto para a aplicação da pena. Sendo assim, para Jesus (2014, p. 500) “a culpabilidade é um dos pressupostos e não requisito ou elemento do crime”.

Neste mesmo sentido, Capez (2017, p. 131) aduz que “a culpabilidade é um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime, e por isso, não pode, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor do crime culpado”. Todavia, essa teoria também tem sido considerada minoritária, tendo em vista que a culpabilidade é um juízo de reprovação e complementa os demais elementos do crime. Assim, tem prevalecido a teoria finalista tripartida.

Para a teoria finalista tripartida, o crime é composto por três requisitos: fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, uma conduta humana será criminosa se estiver presente os três elementos cumulativamente.

O conceito do delito como conduta típica, antijurídica e culpável - que desenvolvemos - elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não

estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 344/345).

Assim, caso o fato típico (adequação) estiver sido preenchido, isto é, uma determinada conduta humana estiver prevista em lei como crime, passaremos a analisar se este crime é antijurídico (contrário ao direito) e por fim analisaremos a culpabilidade (juízo de reprovação). Destarte, se todos estiverem presentes, há o crime.

Em breve síntese, pois iremos tratar dos requisitos do crime separadamente nos próximos tópicos, o fato típico (adequação) é formado por quatro elementos, quais sejam, a conduta, o resultado naturalístico, o nexos causal (conduta + resultado) e a tipicidade.

Já a ilicitude de acordo com Mirabete e Fabbrini (2013, p. 159) “é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico”. Isto é, a conduta humana é considerada contrária ao direito, no entanto, se estiver protegido por uma das causas de excludentes da ilicitude não haverá o crime.

Por fim, a culpabilidade é um juízo de reprovação. É formada por três elementos: a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa.

Portanto, a teoria adotada no sistema penal brasileiro tem sido a finalista tripartida. Assim, preenchidos todos os requisitos do crime (fato típico, ilícito e culpável) existirá o delito, desde que os requisitos não estejam amparados por nenhuma causa justificadora.

2.2.1 Fato típico

Para o conceito analítico o fato típico é considerado o primeiro elemento do crime. Sendo assim, é o comportamento humano mencionado por lei como crime ou contravenção penal. Logo, se um sujeito praticar uma conduta que não esteja prevista em lei como crime ou contravenção penal, esta conduta será atípica, inexistindo o crime.

Assim, segundo Jesus (2014, p. 196) “Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração”. Em vista disso, é necessário que a conduta humana provoque um resultado que esteja tipificado em lei como crime.

Nos crimes materiais o fato típico será formado pela conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. Já nos crimes formais e de mera conduta será formado apenas pela conduta e a tipicidade.

Pois bem; com relação aos crimes materiais para que haja um fato típico é necessário que ele seja composto em primeiro lugar pela conduta, a qual pode ser realizada mediante uma ação ou omissão.

A conduta segundo Capez (2017, p. 134) “é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei como crime”. Desta forma, é necessário que haja o binômio da conduta, isto é, a vontade e a consciência.

Deste modo, há teorias que buscam definir a conduta, das quais destacam-se as seguintes:

a) Teoria causalista ou naturalística: Criada no século XIX por Von Listz e recepcionada por diversos penalistas, tais como Aníbal Bruno, Costa e Silva, E. Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Baliseu Garcia, Manoel Pedro Pimentel e Néelson Hungria. (MASSON, 2017, p. 83).

Para esta teoria, segundo Mirabete e Fabbrini (2013, p. 86), “a conduta é o comportamento voluntário que produz uma modificação do mundo exterior, que consiste em um fazer ou não fazer”. Assim, apenas os seres humanos podem realizar condutas, pois são os únicos que possuem consciência e vontade a fim de atingir um objetivo.

A teoria clássica não distingue a conduta culposa da conduta dolosa, pois ambas são analisadas objetivamente, nesta não há uma questão a respeito da relação psíquica do agente para com o resultado.

Portanto, esta teoria foi abandonada ao longo do tempo, tendo em vista que faz uma separação entre a conduta praticada e a relação psíquica do agente.

b) Teoria finalista: Foi criada por Hans Welzen no início da década de 30 e acolhida no Brasil pelos penalistas Heleno Cláudio Fragoso, René Ariel Dotti, Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete e Miguel Reale Júnior. (MASSON, 2017, p. 83).

Esta teoria manteve os pressupostos da teoria clássica, mas incluiu a finalidade. Segundo Greco (2016, p. 38) a conduta “é a ação, portanto, um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer”.

Sendo assim, para a teoria clássica dolo e culpa estavam inseridos dentro da culpabilidade, entretanto foram deslocados para a conduta, logo para o fato típico, em razão disso a culpabilidade ficou vazia, podendo neste caso ser aderido um conceito tripartido (fato típico, ilícito e culpável) ou bipartido (fato típico e ilicitude), neste a culpabilidade não é vista como elemento do crime e sim como pressuposto da pena.

O Código Penal em seu artigo 20 “*caput*” aparenta manifestar uma preferência pelo finalismo penal. Pois, se inexistir o dolo e conseqüentemente ocasionar a exclusão do fato típico é porque dolo está inserido na conduta do agente, a qual deixa de ser dolosa para ser culposa (MASSON, 2017, p. 83).

No entanto, a teoria foi criticada em relação aos crimes culposos, tendo em vista que não sustentava a finalidade da ação concernente ao resultado naturalístico involuntário. Ademais, alegam que no crime culposos há também uma vontade dirigida a um fim.

c) Teoria Social: Foi criada por Johannes Wessels, o qual teve como seu seguidor Hans-Heinrich Jescheck. Para essa teoria as ideias propostas na teoria clássica e finalista são insuficientes para conceituar a conduta, tendo em vista que desconsideram o aspecto social.

Desta maneira, a teoria social não exclui os conceitos causal e final de ação, mas acrescenta o caráter da relevância social.

Na teoria social, conduta é o comportamento voluntário e consciente socialmente relevante. Tem por finalidade servir de ponte entre o causalismo e o finalismo, pois, em verdade, prega que o mais importante para a consideração da conduta como penalmente relevante é o seu significado ou relevo social. Tendo em vista que se trata de conceito vago e abstrato o que vem a ser socialmente importante, sofreu inúmeras críticas, sem encontrar muitos adeptos no Brasil. NUCCI (2014, p. 162).

Portanto, sofreu diversas críticas, posto que esta teoria consiste no fato de que a relevância social também está associada a qualquer fato jurídico, inclusive em fenômenos naturais.

d) Teoria Funcionalista: Criada na década de 1970 por penalistas alemães. Para essa teoria a conduta é um comportamento humano voluntário e consciente que representa uma manifestação da personalidade do sujeito.

Na lição de Capez (2017, p. 152) há duas concepções funcionalistas. A primeira, cujo defensor é Claus Roxin, o qual sustenta que a conduta é algo dominável pelo homem, ou seja,

conduta é tudo que o Homem pode controlar. Já a segunda concepção finalista teve como defensor Jakobs, o qual considera a conduta sendo uma causa de um resultado individualmente evitável.

Contudo, a posição adotada é a teoria finalista, a qual define a conduta como sendo um comportamento humano que pratica uma ação ou omissão, consciente e voluntária dirigida a um determinado fim, o qual produzirá um resultado que deverá estar tipificado em lei como crime ou contravenção penal.

Vencidas as conceituações necessárias e feitas as relevantes considerações sobre as teorias da conduta, passamos a analisar o segundo elemento do fato típico, qual seja, o resultado naturalístico. De acordo com Jesus (2014, p. 283) “o resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário”.

Desta forma, há duas teorias para deslindar o resultado. A primeira é a teoria naturalística, a qual considera o resultado como a efetiva modificação no mundo exterior. Já a segunda é a teoria jurídica ou normativa, nesta o resultado é a ofensa ou a exposição a risco de bens ou interesses protegidos pela lei penal.

Ademais, é necessária uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado por ele produzido (nexo causal), representado como terceiro elemento do fato típico.

Capez (2017, p. 174) afirma que o nexo causal “é o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este”.

Assim, há algumas teorias a respeito do nexo causal:

a) Teoria da equivalência das condições/antecedentes: Para essa teoria todas as condutas realizadas e que de alguma maneira interfiram na produção do resultado é considerada sua causa. Portanto, basta que a causa tenha contribuído para a realização do resultado.

É também denominada como teoria da “conditio sine qua non” considerando a causa pode ser toda ação ou omissão e sem a qual inexistiria o resultado, conforme estabelece o artigo 13 do Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Contudo, é a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, é necessário que um sujeito pratique uma ação ou omissão e conseqüentemente provoque um resultado.

b) Teoria da causalidade adequada: Criada por Von Kries. Para esta teoria causa são as circunstâncias aptas a produzir o resultado. Assim, Greco (2016, p. 52) afirma que “causa é a condição necessária e adequada a determinar a produção do evento”.

Portanto essa teoria considera que apenas serão consideradas causas aqueles que estiverem adequadas ao resultado, uma vez que nem todas as condições serão consideradas como causas, apenas a que irá produzir o resultado.

c) Teoria da Imputação Objetiva: Criada pelos estudos de Karl Larenz e Richard Hoing. Esta teoria teve como principal objetivo limitar a teoria da *conditio sine qua non*, tendo em vista que apenas considerar as condutas que deram de algum modo interferiram para a produção do resultado não é o mais correto.

Assim, Capez (2017, p. 204) cita como exemplo “uma mulher que leva o marido para um jantar, na esperança que ele morra o que acaba acontecendo”. Ora, não há um nexu causal, pois, um convite para um jantar é completamente lícito, mesmo que o autor do crime tenha criado um risco, entretanto este não é suficiente para o resultado, logo não deve ser julgado.

Portanto, para que haja o nexu de causalidade é necessária que o sujeito produza um risco contrário a lei, não permitido ao bem jurídico, bem como realizar esse risco em um resultado real.

Por fim, a tipicidade é o quarto elemento do fato típico, o qual é definido sendo o fato real perfeitamente adequado ao tipo legal. Assim, é preciso que haja uma adequação do fato cometido em vida real ao padrão descrito em lei.

É a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo consoante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos (CAPEZ, 2017, p. 207).

Portanto, um sujeito só poderá ser punido se a conduta praticada estiver prevista em lei como um crime, caso contrário será atípica, inexistindo o crime.

2.2.2 Antijuricidade

A antijuricidade, também denominada como ilicitude, é o segundo elemento do crime. É, portanto, a contrariedade entre uma conduta/fato e o direito (ordenamento jurídico) que viola um bem jurídico protegido por lei.

Em um primeiro momento é necessário analisar se o fato é típico ou não; caso seja considerado atípico não será preciso questionar se há ou não antijuricidade. Assim, é indispensável que uma conduta humana típica seja, também, antijurídica (MIRABETE E FABBRINI, 2013, p.159).

Entretanto, há casos em que a antijuricidade se encontra amparada por uma causa excludente; desta maneira se houver alguma causa justificadora não haverá o crime, mesmo que o fato seja típico, pois é necessário que os elementos do crime estejam de forma cumulativa para existir o crime. Porém, não quer dizer que o fato deixa ser típico, apenas que ele está acobertado por uma excludente.

Sendo assim, a antijuricidade é atitudes, comportamentos, práticas humanas em que o sujeito viola, desrespeita ou infringe uma norma penal e, por conseguinte, lesiona um interesse da sociedade como um todo, o qual está protegido pela lei.

Na lição de Capez (2017, p. 291/292) há quatro espécies de antijuricidade: a antijuricidade/ilicitude formal; antijuricidade/ilicitude material; antijuricidade/ilicitude subjetiva e antijuricidade/ilicitude objetiva.

Antijuridicidade/Ilicitude Formal é a mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável.

Antijuridicidade/Ilicitude Material é a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto). O comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há uma lesividade social ínsita na conduta, a qual não se limita a afrontar o texto legal, provocando um efetivo dano à coletividade.

Antijuricidade/ilicitude subjetiva considera que o fato só é ilícito se o agente tiver capacidade de avaliar seu caráter criminoso, não bastando que objetivamente a conduta esteja descoberta por causa de justificação (para essa teoria, o inimputável não comete fato ilícito).

antijuricidade/ilicitude objetiva independe da capacidade de avaliação do agente. Basta que, no plano concreto, o fato típico não esteja amparado por causa de exclusão.

No tocante às causas excludentes da antijuricidade, a disciplina legal está no artigo 23 do Código Penal. São, portanto, quatro excludentes que a lei penal dispõe.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica

I - Em estado de necessidade;

II - Em legítima defesa;

III - Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

O estado de necessidade é a primeira excludente da antijuricidade. Assim para caracterizá-lo é fundamental que estejam presentes os seguintes requisitos simultaneamente: a ameaça a direito próprio ou alheio; a existência de um perigo atual e inevitável; a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; uma situação não provocada voluntariamente pelo agente; a inexistência de dever legal de enfrentar o perigo; e o conhecimento da situação de fato justificante. (MIRABETE E FABBRINI 2013, p. 163).

Já no que tange à legítima defesa, ela é caracterizada pelos seguintes requisitos: a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; a defesa de um direito próprio ou alheio; a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa; e o elemento subjetivo.

Por fim, o estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito apresentam dois requisitos: o dever legal, o qual compreende toda obrigação seja ela direta ou indireta, mas proveniente de lei, bem como que o sujeito pratique um cumprimento dentro dos limites da lei.

Contudo, os fatos típicos como, por exemplo, o homicídio, roubo, estupro, dentre outros que são inicialmente considerados como antijurídicos se estiverem sido praticados em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito estarão protegidos, pois se trata de causas justificadoras. Logo, os sujeitos que cometeram condutas típicas, mas que são consideradas como causas excludentes poderão ser absolvidos.

2.2.3 Culpabilidade

Os termos “culpa” e “culpado” têm sentido lexical comum de indicar a responsabilidade de uma pessoa por ter praticado um ato condenável. Portanto, se por acaso causarmos dano ou lesão a outrem, somos culpados em praticar essas más ações, de modo que esse resultado lesivo só pode ser atribuído em quem lhe deu causa para analisar se essa pessoa podia ter agido de outra forma e se com seu comportamento ter evitado a lesão.

Deste modo, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 521) salientam que “o conceito de culpabilidade é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”. Assim, é indispensável indagar a respeito da vontade do sujeito em querer o resultado ou pelo menos prever as consequências que suas más ações poderiam trazer. Deste modo, caso a resposta seja positiva o sujeito poderá ser considerado culpável.

De acordo com Greco (2015, p. 433) “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”. Ora, se o fato for considerado típico (descrito em lei como crime) e sua conduta for antijurídica (contrária ao direito), passamos a analisar a culpabilidade do sujeito.

Há três teorias referente a culpabilidade: Teoria psicológica; Teoria psicológico-normativo; e a Teoria normativa pura.

A primeira teoria denominada psicológica define a culpabilidade sendo uma correlação psíquica entre o sujeito e o fato criminoso. Consideram como espécies da culpabilidade o dolo (vontade consciente do agente em querer o resultado) e a culpa (agente dá causa ao resultado devido à imprudência, negligência ou imperícia, isto é, não almeja o resultado).

Diante disso, Mirabete e Fabbrini (2013, p. 181) afirmam que para essa teoria “a culpabilidade reside numa ligação de natureza psíquica (psicológica, anímica) entre o sujeito e o fato criminoso. Dolo e culpa, assim, seriam as formas de culpabilidade”.

Entretanto, esta teoria não foi aceita, tendo em vista que o dolo e a culpa são espécies distintas. O primeiro é uma definição positiva o “querer”, e o segundo uma definição negativa “não querer”, em razão disso não podem ser espécies do mesmo denominador comum, qual seja, a culpabilidade (JESUS, 2014, p. 504). Por tais razões a teoria não prosperou.

Desta maneira, houve o surgimento da segunda teoria denominada psicológico-normativo, a qual Reinhard Frank foi um dos responsáveis. Esta teoria, por sua vez, é formada por três elementos, quais sejam, a imputabilidade; o dolo e a culpa; e a exigibilidade da conduta diversa.

Assim, para essa teoria o dolo e a culpa não são mais representados como espécies, mas sim como elementos da culpabilidade. Em razão disso, a culpabilidade não é mais vista como uma correlação psicológica do sujeito e do fato, passando a ser analisada como um juízo de valor do fato.

Essa concepção, que preferimos denominar psicológico-normativa, vê a culpabilidade como algo que se encontra fora do agente, isto é, não mais como um vínculo entre este e o fato, mas como um juízo de valoração a respeito do agente. Em vez de o agente ser o portador da culpabilidade, de carregar a culpabilidade em si, no seu psiquismo, ele passa ser o objeto de um juízo de culpabilidade, que é emitido pela ordem jurídica. (BITENCOURT, 2014, p. 447).

Portanto, esta teoria também não foi aceita no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o dolo e a culpa não podem estar relacionados como elementos da culpabilidade, pois são pertencentes à conduta.

Por fim, a terceira teoria denominada normativa pura relaciona-se com a teoria finalista da ação, esta por sua vez considera que a culpabilidade passa a ser estruturada pelos seguintes elementos: a imputabilidade; a potencial consciência da ilicitude; e a exigibilidade da conduta diversa.

Assim, nos ensinamentos de Bitencourt (2014, p. 456) “somente se pode dirigir um juízo de culpabilidade ao autor quando este podia conhecer o injusto e adequar o seu proceder de acordo com esse conhecimento”. Destarte, só há culpabilidade quando o agente tem consciência e entendimento dos seus atos.

Portanto, para esta teoria dolo e culpa não estão mais incluídos na culpabilidade, pois pertencem à conduta, não há mais uma característica psicológica, apenas um juízo de valor. Atualmente esta teoria é adotada no Brasil. Sendo assim, Nucci (2014, p. 236) define o conceito de culpabilidade da seguinte maneira:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

Desta maneira, é preciso que estejam presentes cumulativamente os três elementos da culpabilidade: a imputabilidade; a potencial consciência da ilicitude; e a exigibilidade da conduta diversa para que o sujeito seja considerado culpável.

No entanto, a lei prevê causas de exclusão da culpabilidade por ausência de um dos seus elementos.

Com relação à imputabilidade, há as seguintes excludentes disciplinadas nos artigos do Código Penal: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento

mental retardado (art. 26); o desenvolvimento mental incompleto por presunção legal, do menor de 18 anos (art. 27); e a embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º).

Já a potencial consciência da ilicitude tem como excludentes o erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante, putativas (art. 20, § 1º); e a obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, segunda parte).

Por fim, a exigibilidade da conduta diversa tem como excludente a coação moral irresistível (art. 22, primeira parte).

2.3 Da imputabilidade penal

Conforme analisado nos tópicos anteriores, crime é todo fato típico, antijurídico e culpável. A última tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa.

Em vista disso, para o presente estudo é necessário aprofundarmos no primeiro elemento da culpabilidade, qual seja, a imputabilidade.

Imputar significa responsabilizar, acusar, atribuir culpa, incriminar, dentre outros, por esta razão é que todo sujeito considerado imputável será responsabilizado por seus atos. Segundo Jesus (2014, p. 513) “imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

Desta forma, para a imputabilidade é indispensável dois requisitos: a capacidade intelectual e a capacidade volitiva. A primeira é a capacidade do sujeito de entender o caráter ilícito do fato e a segunda é a capacidade de se autocontrolar e de se autodeterminar. Assim, é preciso que estejam presentes os dois requisitos para que haja a imputabilidade, isto é, a responsabilidade do sujeito dos seus atos cometidos.

Portanto, a imputabilidade é a capacidade psíquica do agente de entender que cometeu um fato ilícito e de poder determinar-se conforme este entendimento (CAPEZ, 2017, p. 326). É necessário que o indivíduo possua a capacidade de saber distinguir entre o certo e o errado, o bem e o mal, mas para isso precisa dispor de saúde mental e maturidade psíquica, além de possuir inteligência e vontade de compreender que a sua conduta, suas más ações são consideradas ilícitas. Logo, se um sujeito não apresentar esses requisitos será considerado inimputável, inexistindo a culpabilidade e, por conseguinte o crime.

Há três sistemas que definem a inimputabilidade: o sistema biológico, psicológico e o biopsicológico.

Para o sistema biológico basta a presença de um distúrbio mental. Desse modo, o que importa é a saúde mental do sujeito no momento da sua conduta.

A este sistema somente interessa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso positivo, será considerado inimputável, independentemente de qualquer verificação concreta de essa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação CAPEZ (2017, p. 329).

Porém, esse sistema tem sido considerado falho, tendo em vista analisar apenas se o sujeito apresenta um distúrbio mental, sem ter a preocupação se ela interfere ou não nas suas condutas. Assim, em casos que não há uma interferência é deixado de puni-lo por seus atos.

Já para o sistema psicológico basta a consequência não importando a causa. Neste sistema o que importa é a capacidade de entender e querer do sujeito no momento da sua conduta, ao contrário do biológico que apenas tem a preocupação se existe uma causa geradora da inimputabilidade pouco se importando se esta causa interfere ou não nas suas condutas.

Neste sentido, Mirabete e Fabbrini (2013, p. 196) afirmam que “o sistema psicológico verifica apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não da doença mental ou distúrbio psíquico patológico”.

Entretanto, este sistema também foi considerado falho, posto que o sistema apenas analisa em quais condições psicológicas o agente estava quando praticou o crime, isto é, as emoções que levaram a execução do crime. Todavia, não é apreciado pelo Código Penal vigente, pois a emoção não é uma causa dirimente da imputabilidade.

Por fim, o sistema biopsicológico reúne os dois sistemas acima mencionados, isto é, a causa e a consequência. Verifica-se a saúde mental e a capacidade de entender e querer do sujeito no momento da sua conduta.

É, portanto, o critério adotado no Brasil com base no artigo 26 do Código Penal. Assim, para que o sujeito seja condenado pelo fato que cometeu deverá ter consciência do ato ilícito e de determinar-se conforme este entendimento.

Art. 26 - “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da

omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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

A exegese do artigo é clara, pois menciona que o agente será “isento de pena”, ao invés de descrever “não há crime”, observando que o crime existe. Ocorre que, por falta da imputabilidade que é um dos elementos da culpabilidade, o agente não recebe a pena.

A primeira hipótese que o legislador cita no artigo 26 é a doença mental, esta vem a ser uma perturbação mental ou psíquica, afetando ou eliminando a capacidade de entender o caráter criminoso do fato cometido ou de comandar à vontade de acordo com esse entendimento. São consideradas doenças mentais a epilepsia, neurose, esquizofrenia, paranoias, dentre outras.

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2013, p. 197) relacionam as doenças mentais como podendo ser “(orgânicas paralisia progressiva, sífilis cerebral, tumores cerebrais, arteriosclerose etc.), tóxicas (psicose alcoólica ou por medicamentos) e funcionais (psicose senil etc.)”.

A expressão doença mental deve ser interpretada em sentido amplo, englobando os problemas patológicos e também os de origem toxicológica. Ingressam nesse rol (doença mental) todas as alterações mentais ou psíquicas que suprimem do ser humano a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (MASSON, 2014, p. 461).

No caso do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal se o agente apresentar uma perturbação mental ou um desenvolvimento mental ou retardado poderá ter sua pena reduzida de um terço a dois terços. Portanto, serão considerados semi-imputáveis.

A semi-imputabilidade é uma capacidade diminuída, uma vez que o agente não possui uma plena capacidade de entender seu caráter ilícito ou de se determinar conforme esse entendimento, seja por uma perturbação mental ou por um desenvolvimento mental ou retardado.

Com relação à perturbação mental, não deixa de ser uma doença mental, mas o sujeito tem a possibilidade de compreensão, pois não é retirada sua inteligência e vontade.

Refere-se à lei em primeiro lugar à “perturbação da saúde mental”, expressão ampla que abrange todas as doenças mentais e outros estados

mórbidos. Os psicopatas, por exemplo, são enfermos mentais, com capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato. A personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais, mas no elenco das perturbações de saúde mental pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que se manifesta no procedimento violento, acarretando sua submissão no artigo 26, parágrafo único (MIRABETE E FABBRINI, 2013, p. 199).

Por fim, o desenvolvimento mental incompleto refere-se aos menores de 18 anos. Já os desenvolvimentos mentais retardados são aqueles sujeitos que tem uma idade maior do que seu comportamento.

Desenvolvimento mental retardado é o que não se compatibiliza com a fase da vida em que se encontra determinado indivíduo, resultante de alguma condição que lhe seja peculiar. A pessoa não se mostra em sintonia com os demais indivíduos que possuem sua idade cronológica (MASSON, 2014, p. 462).

Assim, em breve síntese, todos que cometerem um crime devem responder pelos seus atos, isto é, ser concedida a imputabilidade penal. Porém nos casos em que o agente se enquadrar em uma das excludentes do artigo 26 do Código Penal, será considerado inimputável, logo isento de pena. Contudo, o agente imputável é aquele que apresentar tanto a capacidade intelectual quanto a volitiva, assim irá ser preenchido o terceiro elemento do crime.

2.4 Da punição no código penal brasileiro

A sanção penal é gênero, onde as penas e as medidas de segurança são espécies. Assim, a pena tem como pressuposto a culpabilidade, já a medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade do agente.

Em primeiro lugar a pena é uma consequência jurídica de uma infração penal. A natureza e a finalidade da pena são definidas por três teorias onde o Estado manifesta o seu direito de punição, vejamos quais sejam:

A primeira refere-se a Teoria Absoluta. Segundo Mirabete e Fabbrini (2014, p. 230) “tem como fundamento da sanção penal a existência da justiça, pune-se o agente porque cometeu crime”. Desta maneira, para a teoria em análise, a pena é vista como uma forma de retribuição justa, tendo em vista a prática do crime. A finalidade, portanto, é apenas a retribuição, não há preocupação com o agente.

Já a segunda trata-se da Teoria Relativa. Afirmam Mirabete e Fabbrini (2014, p. 231) que “dava-se a pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada”. Neste caso, a teoria tem por finalidade a prevenção dos crimes, visando sobretudo a proteção dos bens jurídicos. É verificada uma prevenção geral, a qual versa perante toda a sociedade, assim de uma forma negativa trata a pena como uma ameaça, isto é, uma intimidação, onde as pessoas veem e não cometam os mesmos delitos, já de uma forma positiva a pena é uma asserção para o Direito Penal. Por outro lado, a prevenção especial recai apenas para o indivíduo, de uma forma negativa a pena visa prevenir reincidência e de forma positiva, a pena busca a ressocialização do indivíduo.

Por fim, a terceira teoria é denominada como mista, a qual une as duas teorias acima expostas (Absoluta e relativa). O entendimento é no sentido de que a pena é retributiva, porém a finalidade não é apenas prevenção, pode-se dizer que é uma junção de educação e correção (MIRABETE E FABBRINI, 2014, p. 231). O Direito Penal brasileiro tem adotado a Teoria Mista.

Com relação as classificações das penas, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLI, traz uma cláusula aberta, visto que considera como pena a privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Já o Código Penal brasileiro prevê três tipos de penas, quais sejam, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as de multa, conforme dispõe o artigo 32 do Código Penal.

A pena privativa de liberdade tem como espécies, a reclusão, a detenção e a prisão simples para as contravenções penais. Divide-se em prisão perpétua e prisão temporária. No ordenamento jurídico brasileiro as penas de prisão perpétua são vedadas, de acordo com o artigo 5º, inciso XLVII.

As penas restritivas de direito segundo Mirabete e Fabbrini (2014, p. 234) “limitam-se em parte o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão”. Conforme prevê o artigo 44 do Código Penal, as penas são autônomas e substituem as Penas Privativas de Liberdade, ou seja, ambas não podem ser cumulativas. No entanto, só caberá a substituição para os delitos que não ultrapassarem quatro anos e serem culposos, bem como não ter sido mediante violência ou grave ameaça.

Em síntese, as espécies das penas privativas de liberdade são: prestações pecuniárias (art. 45); prestações de serviço a comunidade (art. 46); internação temporária de direitos (art. 47) e as limitações no fim de semana (art. 48).

Assim, podemos dizer que elas visam uma espécie de pena alternativa para o agente que cometeu o delito.

Por fim, a pena de multa está estabelecida no artigo 49 do Código Penal. Segundo Bitencourt (2014, p. 670) “a finalidade dessa sanção, segundo a dicção do texto legal é reparar o dano causado pela infração penal”. Importante salientar que se o indivíduo causador do dano não pagar, a multa poderá ser convertida em prisão.

As medidas de segurança ao contrário das penas analisam um juízo para frente do indivíduo, não verifica a culpabilidade, mas sim a periculosidade do agente.

Bitencourt (2014, p. 858) faz uma distinção de penas e medidas de segurança, quais sejam:

- a) as penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza iminente preventiva;
- b) o fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade;
- c) as penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
- d) as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.

Neste mesmo sentido Mirabete e Fabbrini (2014, p. 355) argumentam o seguinte, a respeito da medida de segurança:

A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinquentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo.

A medida de segurança terá as espécies estabelecidas no artigo 96 do Código Penal, já em relação aos prazos a lei determina que será por tempo indeterminado (artigo 97 do CP), isto é, até quando cessar a periculosidade do indivíduo e o prazo mínimo será de 01 a 03 anos. Porém, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, súmula 527, é de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro adota-se o sistema vacariante ou unitário, ou seja, só irá aplicar a pena ou a medida de segurança, ambas não podem ser cumulativas, pois estas têm um caráter preventivo e assistencial.

3 A IMPUTAÇÃO PENAL DO PSICOPATA

3.1 O transtorno de personalidade antissocial

O termo psicopatia vem do grego psyche = mente; pathos = doença, isto é, doença da mente. Já nos termos dos médicos-psiquiátricos a palavra psicopatia não é vista como uma doença mental, mas sim como um transtorno de personalidade antissocial.

Esses indivíduos não são considerados como loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de raciocínio frio e calculista combinado com total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos (SILVA, 2008, p. 37).

Desta maneira a Associação Americana de Psiquiatria, em seu Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, utiliza o termo “Transtorno de Personalidade Antissocial”, sob o código 301.7.

301.7 Transtorno de Personalidade Antissocial

Característica essencial: padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que inicia na infância ou começo da adolescência e continua na idade adulta. Sinônimos: psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade antissocial.

Atualmente o transtorno de personalidade antissocial tem sido o termo mais adequado para definir a psicopatia como bem afirmam Tendlarz e Garcia (2013, p. 183).

Com respeito às distintas denominações que o termo “psicopatia” foi recebido ao longo do tempo, Kernberg afirma que tradicionalmente se utilizava o termo “pessoa psicopática”. Posteriormente, foi usado o termo “reação antissocial”, enquanto atualmente temos o termo “personalidade antissocial”.

Nesse sentido, podemos dizer que o psicopata apresenta um transtorno de personalidade antissocial, o qual é denominado psicopatia, podendo ser em grau leve, médio ou grave. Suas condutas podem ser atos menos danosos, como pequenos roubos ou podem chegar a cometerem crimes hediondos, da forma mais bruta e cruel que podemos imaginar.

A personalidade de um psicopata é marcada por um indivíduo extremamente inteligente e aparentemente “normal”, que não sente medo, tampouco compaixão para com os outros ao seu redor, tendo assim dificuldade em interagir com seu meio social.

Destarte, o transtorno de personalidade antissocial é denominado “psicopatia”, ou seja, uma maneira de ser sem se importar com o próximo, apenas consigo mesmo. Para Kraepelin. (1904, p. 1856-1925) apud Fiorelli e Mangini (2014, p. 109), “possuem personalidade psicopática aqueles que não se adaptam à sociedade e sentem necessidade de ser diferentes”.

Geralmente são indivíduos que tem facilidade de comunicação, isto é, convence facilmente as pessoas. Com seus “charmes superficiais” atraem sem muita dificuldade suas vítimas. Não sentem remorso do mal que praticam, mas sentem prazer em revelá-las.

Além disso, as personalidades psicopáticas apresentam um transtorno anormal do temperamento e do caráter. Vale salientar que a maior característica pode ser marcada pela habilidade manipuladora a fim de adquirir proveitos pessoais.

O verdadeiro psicopata, o genuíno, no grau que culmina essa modalidade subjetiva, não é aquele que exerce uma violência aberta na perseguição de suas metas inconscientes, mas quem a usa (a violência), em um jogo sutil de ameaças e promessas, por meio das quais obtém o consentimento do outro. Classicamente se enfatiza a habilidade do psicopata para detectar as necessidades da vítima a fim de manipulá-la e tratá-la como um objeto para alcançar a própria satisfação (TENDLARZ; GARCIA 2013, p. 183).

Este é o grande temor que a sociedade tem por se deparar com esse indivíduo, pois além de demonstrar ser pessoas dóceis e amáveis, manipulam, e o mais agravante conseguem obter o consentimento da vítima em seus atos a fim de alcançar seus objetivos.

No tocante as classificações de personalidades psicóticas Kurt Suchneider (2010, p. 674 e 675) as descreveu como:

1. Psicopatas Hipertímicos: são os indivíduos que estão sempre alegres, despreocupados e otimistas em tudo que fazem.

2. Psicopatas depressivos: são tranquilos, melancólicos, estão sempre descontentes, consideram sempre serem inferiores as outras pessoas, dificilmente conseguem ter algo na vida e podem praticar atos contra si próprios, permanecem sempre deprimidos.

3. Psicopatas anancásticos: são indivíduos totalmente inseguros, podem, por exemplo, matar o próprio filho.

4. Psicopatas fanáticos: são indivíduos que tendem a ser dominados pelo elemento expansivo e criativo, aproximam da personalidade do paranoico. Uma característica marcante desses psicopatas é defenderem de forma exagerada, sem nenhum espírito de justiça, uma ideia religiosa, política, filosófica ou até mesmo esportiva, tornando secretários/escravos da mesma, além de poderem usar a violência para a defesa do que acreditam. Por outro lado, existem aqueles são pacíficos onde vivem em um mundo irreal de fantasia.

5. Psicopatas necessitados de valorização: indivíduos que querem parecer mais afetivos do que são, criam uma exaltação de fantasia e tendem a mentir com frequência.

6. Psicopatas lábeis de estado de ânimo: indivíduos que se irritam com facilidade, demonstram a chamada “borrascas depressivas” que pode surgir e desaparecer inesperadamente.

7. Psicopatas explosivos: São irritáveis e coléricos, agem de maneira violenta, podendo cometer homicídios e lesões corporais.

8. Psicopatas abúlicos: São facilmente influenciados pelas outras pessoas, absorvendo todos os exemplos passados, independente se estes são bons ou maus.

9. Psicopatas astênicos: sentem sempre sentimentos de inferioridade e incapacidade são sensíveis e assustados.

Portanto, há vários tipos de psicopatas, cada um pode apresentar um comportamento diferente, pois envolve a personalidade de cada indivíduo e da sua história de vida.

3.1.1 Motivos geradores, espécies e comportamento do psicopata.

Analisadas as classificações adentramos no seguinte questionamento: Quais podem ser os motivos geradores da psicopatia?. Várias são as questões para analisarmos como surge a psicopatia no indivíduo, dentre elas estão as mais frequentes: O sujeito nasce assim? É genético? Pode ser desenvolvido conforme o tempo? Os traumas sofridos na infância podem influenciar nas suas condutas?

Estas questões são discutidas até hoje por diversos pesquisadores sobre o tema exposto, no entanto não há uma comprovação de fato se o psicopata nasce assim ou se pode ser adquirido ao decorrer dos anos, todavia, “tudo indica que esses indivíduos apresentam uma “desconexão” dos circuitos cerebrais relacionados à emoção” (SILVA, 2008 p. 158).

Pois bem, o que sabemos de fato e o que já foi constatado é que a principal região atingida no cérebro do psicopata é parte do lobo pré-frontal (região da testa). O lobo pré-frontal é o responsável pela função executiva, envolvendo a empatia, o raciocínio moral e o

processamento de emoções sociais como culpa ou vergonha. Desta maneira, os prejuízos nas funções relacionadas ao córtex pré-frontal conduzem a uma maior impulsividade, agressividade e inadequação.

Um número recente de estudos sobre o cérebro parece comprovar que psicopatas têm suas conexões cerebrais internas inibidas, o que impede o processamento de informações. Em vista disso, eles têm pouco receio de serem punidos e estão constantemente em busca de estímulos para excitar seu sistema nervoso apático. Quando foram mostrados a adolescentes antissociais slides de situações consideradas ameaçadoras por indivíduos normais, os adolescentes reagiram de forma diferente, produzindo uma resposta eletrodérmica reduzida indicativa de uma reação anormal (ROLAND, 2014, p. 153).

Isto explica o comportamento desumano dos psicopatas, tendo em vista serem frios e calculistas em suas atitudes.

Entretanto, não temos até o momento respostas e nem comprovação se a psicopatia é uma causa genética ou se o indivíduo já nasce com o transtorno de personalidade antissocial, apenas sabemos que há uma lesão no cérebro, sendo ele um dos principais argumentos daqueles que defendem que o psicopata apresenta um transtorno mental.

Todavia, o transtorno mental ao contrário da psicopatia são alterações da mente que prejudicam a sua vida familiar, social, pessoal, no trabalho, entre outros, nestes casos esses indivíduos podem se recuperar com os devidos tratamentos. Por outro lado, a psicopatia que até o momento não tem cura.

Ademais, é fato que alguns psicopatas demonstram estes transtornos e características desde a infância, por isso é dever dos pais e cuidadores ficarem atentos as suas condutas, pois são pelos seus atos e frieza que podemos identificar a psicopatia desde cedo. Robert Hare afirma que “não há como dizer se uma criança se tornará um adulto psicopata. Mas se ela age de modo cruel com outras crianças e animais, mente olhando nos olhos e não tem remorso, isso sinaliza um comportamento problemático no futuro”.

Neste mesmo sentido Roland (2014, p. 154) sustenta o seguinte:

Quando crianças, provavelmente expressam sua raiva ou sentimentos de inadequabilidade agredindo crianças menores e pequenos animais. Demonstram desprezo por pessoas em cargo de autoridade e podem inconscientemente procurar chamar a atenção pondo fogo em coisas ou praticando atos de vandalismo em locais que imaginam estar relacionados à opressão, especialmente suas escolas.

Importante ressaltar que muitas crianças são influenciadas pelo meio social em que convivem e acabam levando consigo traumas de infância. Porém, não podemos aceitar que estes motivos justifiquem seus atos no futuro.

Desta maneira, várias podem ser as formas como os psicopatas sentem ou agem em suas condutas, no entanto estes indivíduos não podem ser considerados como uma pessoa com transtorno mental como os portadores da síndrome de Dawn, por exemplo. Eles sabem o que estão fazendo e sentem prazer na má conduta. São frios, insensíveis as necessidades dos outros, e, o mais agravante, prejudicam a sociedade. Portanto, a psicopatia não pode ser considerada um transtorno mental, mas sim um transtorno de personalidade antissocial.

Já em relação as espécies os psicopatas podem apresentar as de grau leve ou moderado e a grave. Pois bem; a imagem que possuímos do psicopata é de uma pessoa que aparenta ser um verdadeiro “monstro” e que sempre no final de suas condutas irá matar, entretanto veremos que nem todos os psicopatas tendem a ser homicidas.

Em primeiro lugar, os psicopatas de grau leve ou moderado são aqueles que estão mais próximos do que imaginamos, mas que muitas vezes passam despercebidos, são colegas de trabalho ou da faculdade, chefes, cônjuge, vizinhos ou até mesmo um filho.

Tamanha é a inteligência do psicopata que ele prepara de forma detalhada suas ações e só as pratica quando acredita que é o momento apropriado. Os psicopatas de grau leve não chegam a matar, mas deixam marcas por onde passam, sejam elas emocionais ou até mesmo físicas. Em decorrência destas muitas vítimas após sofrerem um abalo emocional passam a ser pessoas depressivas e inseguras.

Já aqueles que possuem um grau grave podem agir com extrema violência, praticando homicídios, estupros e até mesmo torturas contra sua vítima. Sentem prazer em humilhar e causar dor e após a prática dos crimes, eliminam conscientemente quaisquer vestígios. Estes, portanto, tendem a prejudicar a sociedade, colocando em risco aqueles que estão mais vulneráveis tornando-se reféns das suas más condutas.

Portanto, podemos verificar que o psicopata em todas as suas atitudes possui a capacidade de entender e querer o ato ilícito, uma vez que prepara seus crimes e ações com antecedência e minuciosamente, levando, às vezes, meses e até anos para executá-los. Escolhem a dedo suas vítimas. Criam um perfil de seus pretensos alvos e ao encontrar suas vítimas procuram atingi-las com frieza e brutalidade. Sua alta capacidade de inteligência impressiona seus inquiridores quando conseguem lembrar e descrever em detalhes todos os crimes cometidos, além, é claro da quantidade de vítimas que atingiram.

3.2 Qual a resposta jurídica adequada ao psicopata criminoso? pena ou medida de segurança?

A principal questão a ser abordada no presente trabalho é como proteger a sociedade do mal causado pelos psicopatas, e diante disso verificar qual a sanção penal adequada para responsabilizá-los, tendo em vista que até o momento não há uma “cura” para a psicopatia.

A princípio o termo responsabilidade significa um dever e/ou obrigação de se responsabilizar pelo seu próprio comportamento.

Desta forma, para que um sujeito seja responsabilizado por seus atos deverá ser considerado imputável (tendo consciência de todos os seus atos) ou semi-imputável (capacidade diminuída, podendo ser reduzida a pena ou ser aplicado medida de segurança), conforme analisado no capítulo anterior.

Neste sentido, para verificar qual a melhor forma de responsabilizar o psicopata pelos seus atos ilícitos é preciso sobretudo analisar a sanção penal.

De acordo com Cleber Masson (2014, p. 536) a Sanção penal é considerada uma resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. Em vista disso, se desmembra em duas espécies: penas e medidas de segurança.

As penas têm como pressuposto a culpabilidade, isto é, o juízo de reprovação, o qual refere-se ao imputáveis ou semi-imputáveis sem periculosidade. Pune-se o sujeito pelo que ele fez, sendo um “castigo” pelo crime cometido. Todavia, esta punição tem um prazo determinado, qual seja, o de 30 (trinta) anos, conforme estabelece o artigo 75 do Código Penal.

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

§1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender o limite máximo deste artigo.

§ 2º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Assim sendo, será aplicada a pena quando o sujeito for completamente capaz de entender o caráter ilícito e de se comportar conforme esse entendimento, sendo imputável ou semi-imputável.

Já a medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade, a qual refere-se aos inimputáveis ou semi-imputáveis.

Há duas espécies de medida de segurança. A detentiva e a restritiva. A primeira é uma internação em hospital de custódia e tratamentos psiquiátricos, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. Já a segunda é uma sujeição a tratamento ambulatorial.

A medida de segurança tem um prazo mínimo que será de um a três anos, conforme prevê o artigo 97, § 1º do Código Penal. Ocorre que, o mesmo artigo acaba trazendo um prazo “máximo”, pois cita em sua redação que a medida de segurança será por prazo indeterminado, ou seja, até cessar a periculosidade do agente.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

[...]

Porém, há pensamentos controversos em relação ao prazo indeterminado da medida de segurança, pois o Código Penal descreve que o prazo será até cessar a periculosidade do sujeito, mas e se esta periculosidade nunca for cessada?. No caso do psicopata, por exemplo, o sujeito não se recupera e ficará para sempre internado, pois se sair será considerado prejudicial para a sociedade devido a sua periculosidade.

Diante desses questionamentos, há quem sustente que o prazo indeterminado da medida de segurança é inconstitucional, pois é vedada a pena de caráter perpétuo no sistema penal brasileiro, na medida em que o psicopata ficar para sempre internado poderá virar uma “pena perpétua”, a qual é vedada pelo sistema penal brasileiro, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

[...]

Importante ressaltar que o artigo traz o termo “pena” e não “medida de segurança”. No entanto, as jurisprudências têm entendido que o primeiro é para ser interpretado como “sanção penal”, incluindo também a medida de segurança.

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito deste assunto: “A medida de segurança não pode ultrapassar os 30 (trinta) anos, da mesma forma que a Pena Privativa de Liberdade” (HC 100383, j. 18/10/2011).

Já o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido que “o tempo da duração máxima da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. (HC 174342, j. 11/10/2011).

Em síntese, podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal tem argumentado que a medida de segurança não pode ultrapassar os 30 (trinta) anos mesmo que a periculosidade do agente não tenha sido cessada. Já o Superior Tribunal de Justiça entende que o tempo para o sujeito receber a medida de segurança deve ser o máximo da pena que foi aplicada.

Por outro lado, há aqueles que sustentam a ideia de que o prazo indeterminado não é inconstitucional e devem ficar recebendo os tratamentos até cessar sua periculosidade.

Ora, enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado. Seria demasiado apego à forma transferi-lo de um hospital de custódia e tratamento criminal para outro, onde estão abrigados insanos interditados civilmente, somente porque foi atingido o teto máximo da pena correspondente ao fato criminoso praticado, como alguns sugerem, ou o teto máximo de 30 anos, previsto no art. 75, como sugerem outros (NUCCI, 2014, p.493).

No tocante as responsabilidades dos psicopatas estes poderão ser considerados imputáveis se entendermos que ele tem capacidade de entender seus atos e praticá-los conforme este entendimento.

Por outro lado, se dissermos que os psicopatas são considerando semi-imputáveis entendemos que ele tem uma capacidade diminuída de entender e neste caso receberá uma pena reduzida ou medida de segurança.

Entretanto, há uma exigência de um laudo médico para comprovar a doença mental do indivíduo e assim verificar o grau de psicopatia e sua periculosidade para a sociedade. Nestes casos o juiz terá que analisar em conjunto com a lei o laudo médico e só assim responsabilizá-los pelos seus atos.

Exige-se o laudo médico para a comprovação da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou do desenvolvimento mental retardado. Cuida-se de meio legal de prova da inimputabilidade, imprescindível, que sequer pode ser substituído pela inspeção judicial, pois o julgador não possui conhecimentos médicos para identificar deficiências na saúde psíquica do réu (MASSON, 2014, p. 463).

No entanto, o juiz não fica vinculado apenas ao laudo médico, o artigo 182 do Código de Processo Penal estabelece que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

Deste modo, caso o juiz não concorde com o laudo poderá rejeitar e ordenar que tenha um novo exame pericial, pois os operadores do direito não podem atuar como médico, uma vez que não possuem capacidade técnica para tal assunto.

De acordo com Nucci (2014, p. 243) “deve-se dar particular enfoque às denominadas doenças da vontade e personalidades antissociais, que não são consideradas doenças mentais, razão pela qual não excluem a culpabilidade, por não afetar a inteligência e a vontade”. Isto é, no caso do psicopata este além de ter uma inteligência acima da média tem a vontade de prejudicar o outro por mero bel-prazer.

Visto isto, como não puni-lo por seus atos?. O psicopata pode não ser completamente imputável, mas também não é inimputável, pois sabe o que almeja. Pois bem, sendo assim poderá ser considerado semi-imputável caso o laudo médico demonstrar que o indivíduo apresenta algum transtorno de personalidade antissocial, o qual Nucci define da seguinte maneira:

No mesmo contexto estão as chamadas personalidades antissociais, mais graves, que “são as predisponentes para atos contra a sociedade, tais como indiferença pelos sentimentos alheios; desrespeito por normas sociais; incapacidade de manter relacionamentos, embora não haja dificuldades em estabelecê-los; baixo limiar para descarga de agressão e violência; incapacidade de experimentar culpa e aprender com a experiência, particularmente punição; propensão marcante para culpar os outros ou para oferecer racionalizações plausíveis para o comportamento que levou ao conflito com a sociedade” (cf. Wagner G. Gattaz, Violência e doença mental: fato ou ficção?) (NUCCI 2014, p. 243).

Portanto, o psicopata deve receber uma punição pelo fato cometido. Consideramos que mesmo todos apontamentos destacados na presente pesquisa, o psicopata compreende todos os seus atos e diante disso deve ser considerado imputável.

O Projeto de Lei anexo traz um apontamento importante, qual seja, separar o psicopata dos presos comuns, criando cadeias especiais. Esta vem a ser uma alternativa para o psicopata, visto que ele tende a manipular os colegas de cela.

Ademais, é preciso fazer um estudo da história pessoal, entrevistas com as famílias, bem como utilizar-se da escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised). Os países como Canadá, Austrália e Estados Unidos, entre outros, já têm adotado a escala PCL-R e obtiveram um êxito com a diminuição de reincidência dos psicopatas.

Nos países onde a escala Hare (PCL - R) 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 (SILVA, 2008, p. 134).

Em síntese, a escala PCL-R foi criada no início dos anos 90 por Robert Hare, psicólogo canadense, é uma ferramenta para avaliar o grau de periculosidade e reincidência criminal da psicopatia e comportamentos antissociais por um determinado indivíduo.

A escala é projetada para diferenciar os psicopatas dos criminosos comuns. A psiquiatra forense Hilda Moranda foi responsável por traduzir esta escala para o português.

O PCL-R é composto por um questionário de 20 (vinte) itens, o qual avalia o grau de psicopatia do indivíduo, onde cada item é pontuado com uma escala de (0, 1 ou 2) segundo dois fatores e com um ponto de corte de 23 pontos para a versão brasileira, separando a personalidade psicopática de outros criminosos comuns.

Deste modo, há dois fatores para estruturais do PCL-R. O primeiro fator é definido por analisar as características psicopáticas, analisando a personalidade do psicopata, quais sejam, a ausência de afeto, remorso, culpa, empatia, a crueldade, falsidade, entre outras.

Já o segundo fator define os comportamentos associados à instabilidade crônica, sendo analisado o estilo de vida antissocial, a impulsividade e outros comportamentos do psicopata.

A escala PCL-R traz benefícios tanto para a sociedade como para o sistema penitenciário. Quando realizada a escala para diferenciar os que são realmente psicopatas, estes podem ficar por mais tempo na prisão tendo uma diminuição de reincidência, tendo como finalidade a segurança de todos.

Assim, a melhor forma do Direito Penal atuar frente aos delitos perpetrados pelos psicopatas é considerá-los como imputáveis, e separá-los dos presos comuns, ou seja, colocá-

los em celas especiais, pois possuem capacidade de entendimento, o que constitui como requisito para a imputabilidade.

CONCLUSÃO

O atual cenário é de uma sociedade desprotegida e um Direito despreparado quanto à devida punição do psicopata. Sob esta perspectiva, o presente trabalho, à luz do Direito Penal, tem por objetivo estudar maneiras de viabilizar maior proteção à sociedade, levando em consideração que a mesma não deve viver a mercê da periculosidade destes indivíduos.

Neste sentido, o primeiro capítulo demonstrou uma análise histórica da evolução científico-penal da punição à crimes bárbaros, o qual teve como foco principal averiguar o progresso do Direito diante do desejo de vingança e que conforme a sociedade evolui o direito também deve acompanhar esta evolução. Ademais, durante toda a pesquisa percebemos que desde a antiguidade até os dias atuais não houve nenhuma legislação específica para o tratamento do psicopata.

Já no segundo capítulo foi analisado as consequências jurídicas do crime no Código Penal atual, ou seja, qual será a responsabilidade do psicopata, podendo ser imputável (tendo consciência de todos os seus atos) ou semi-imputável (capacidade diminuída, podendo ser reduzida a pena ou ser aplicado medida de segurança). Vimos que o psicopata tem total discernimento em suas atitudes e consegue entender o certo e o errado determinar-se com esse entendimento, sendo assim é imputável.

Por fim, no terceiro capítulo foi realizado uma análise da personalidade do psicopata, descrevendo suas características e comportamentos. Foi verificado que eles não possuem empatia, não sentem remorso e todas as suas condutas são movidas apenas pelo seu bel-prazer.

Após, verificamos que a psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, conforme descrito no código 301.7 do DSM-IV. Logo, o psicopata não possui um transtorno mental, ao contrário, eles têm consciência dos seus atos, sabe diferenciar o certo do errado e o mais agravante sentem prazer em cometer seus crimes ou causar dor as suas vítimas.

Além disso, no decorrer do capítulo descrevemos quais podem ser os motivos geradores, ou seja, o que leva o psicopata a ser uma pessoa tão cruel. Para este assunto percebemos que há ainda muitas controvérsias, tendo em vista que até hoje não foi descoberto o motivo gerador da psicopatia. As teses utilizadas pelos pesquisadores de psicopatia são no sentido de que pode haver uma lesão no cérebro, na parte do lobo pré-frontal, o qual tem uma função executiva das emoções; pode ser uma causa genética; ou até mesmo traumas de infância.

No término do capítulo verificamos quais podem ser as providências para os psicopatas, uma vez que até o momento a psicopatia não tem cura. No entanto, não devemos deixar de puni-los.

Desse modo, a proposta no presente trabalho é de que o Direito Penal pode tomar algumas providências para proteger os reféns da psicopatia, no caso, a sociedade, quais sejam, é preciso criar cadeias especiais para que estes psicopatas recebam acompanhamentos psiquiátricos, retirando-os de perto dos presos comuns, pois até na cadeia prejudicam os outros presos, manipulando-os e sendo líderes de rebeliões. Outrossim, é necessário utilizar-se da Escala PCL-R, a qual deve ser aplicada apenas por psicólogos capacitados. Vimos que a escala tem sido a mais adequada e confiável para detectar a psicopatia no indivíduo, aliás já é utilizada em vários países e já foi traduzida em português pela Hilda Morana.

Diante de todo o exposto, verificamos que nem todos os psicopatas estão propícios a praticar crimes violentos ou cruéis, pois há diferentes graus de psicopatia, quais sejam, leve, médio/moderado e grave; todavia, não podemos ignorar nenhum destes graus, pois aqueles que matam, estupram, torturam, entre outros crimes violentos, devem receber uma devida punição e ser considerados como imputáveis. Contudo, o Estado não pode continuar omissos diante de tais atos, visamos, sobretudo a segurança pública.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ª ed. São Paulo: Baueri, 2015.

BUENO, Manoel Carlos. **Código de Hamurabi**: O manual dos inquisidores; A lei das XII Tábuas; A lei do Talião. 1ª ed. São Paulo: Edjur, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral I**. 20ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º , de 2010 (Do Sr. Dr. Marcelo Itagiba). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/737111.pdf>>. Acesso em 27 de out. 2017.

_____. Código Penal (1940). In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel**. 22ª ed. São Paulo: RIDEEL, 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 174342 RS 2010/0096838-9. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 11 de outubro de 2011, T6 – SEXTA TURMA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21046564/habeas-corpus-hc-174342-rs-2010-0096838-9-stj/inteiro-teor-21046565>>. Acesso em 27 de set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. nº 100383. Relator Ministro Luiz Fux, 18 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000181457&base=baseAcordaos>>. Acesso em 27 de set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Classificação DSM-IV. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/dsm4/dsm_iv.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

CROCE, Delton. JÚNIOR, Croce. **Manual de Medicina Legal**. 7ª Ed. Saraiva, 2010.

FIGLIOLI, José Osmeir. FIGLIOLI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOESTER, Adam. **Como se constitui uma nação? A origem das constituições de Hamurabi até as Doze Tábuas**. Disponível em: <<http://adamfoerster.com/2014/04/30/como-se-constitui-uma-nacao-a-origem-das-constituicoes-de-hamurabi-ate-as-doze-tabuas/>>. Acesso em: 14 de jun. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral - v. 1**. 17ª Ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____, Rogério. Código Penal Comentado. 10ª Ed. rev., amp., e atual. Niterói: Impetus, 2016.

HARE, Robert. Sem consciência. **O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. 1ª Ed. Artmed, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral I**. 35ª Ed. Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral I**. v. 1. 8ª Ed. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**. 29ª Ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MORANA, Hilda Clotilde Pentead. PCL - R - **PSYCHOPATHY CHECKLIST REVISED**. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias Conselho Penitenciário do Estado - COPEN ANO 1 – nº 01 Agosto/2011.

NETO, Arthur Virmond de Lacerda. **As penas no Direito Romano**. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/01/23/as-penas-no-direito-romano/>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

_____, Arthur Virmond de Lacerda. **A romanização do direito europeu**. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2012/10/16/a-romanizacao-do-direito-europeu/>>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito Penal**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROLAND, Paul. **Por Dentro das mentes Assassinas**. São Paulo: Ed. Madras, 2014.

SCHECHTER, Harold - **Serial Killer: Anatomia do Mal** - Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.

SILVIA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas. O psicopata mora ao lado**. 1º Ed. Fontanar, 2008.

TELLES, Thiago da Nova. **Afinal, porque se pune? Prática Jurídica**, Ano VII, nº 71, 2008.

TENDLARZ, Silvia Elena. **A quem o Assassino mata? O Serial Killer a Luz da criminologia e da psicanalise**. São Paulo, Ed. Athenus, 2013.

VINHAS, Rafael. **Transtorno de conduta: a necessidade de legislação específica aplicada ao psicopata**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38420/transtorno-de-conduta-a-necessidade-de-legislacao-especifica-aplicada-ao-psicopata>>. Acesso em: 20 de mai. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume. 1: parte geral. 9ª Ed. rev. e atual.: Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - I**. v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ANEXO A

PROJETO DE LEI Nº , de 2010.

(Do Sr. Dr. Marcelo Itagiba)

Altera a Lei nº 7.210, de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei tem por finalidade alterar a Lei nº 7.210, de 1984, para estabelecer que a realização de exame criminológico do condenado à pena privativa de liberdade, no momento em que entrar no estabelecimento prisional e em cada progressão de regime a que tiver direito, seja feita por comissão técnica independente da administração prisional.

Art. 2º A Lei nº 7.210, de 1984, Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida das seguintes disposições:

“Art. 6º - A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório, levando em consideração o resultado de exame criminológico (NR)”.

.....

“Art. 8º - A Sem prejuízo do disposto nos artigos 6º, 7º e 8º, para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução, o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico realizado também por comissão técnica independente.

§1º A comissão técnica de que trata este artigo deverá identificar os presos portadores de psicopatia para orientar a individualização da execução penal de que trata o art. 5º.

§2º A comissão será composta de profissionais da área de saúde mental e de psicologia criminal especialmente designados para a função, presidida

por especialista de notório saber, com mandato de dois anos, permitida recondução.”

“Art. 84.....

§3º. O condenado ou preso provisório classificado como psicopata cumprirá pena em seção distinta daquela reservada aos demais presos.” (NR)

Art. 112.

- § 3º A transferência para regime menos rigoroso, a concessão de livramento condicional, o indulto e a comutação de penas do condenado classificado como psicopata depende de laudo permissivo emitido pela comissão técnica de que trata o art. 8º-A.

Art. 3º Esta lei entrará em vigor 60 dias após a sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Já apresentei nesta Casa, o Projeto de Lei nº 6.285, de 2009, que “Altera a Lei nº 7.210, de 1984, Lei de Execução Penal, para exigir exame criminológico do condenado no cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto e aberto”.

Agora, em complementação àquela medida, apresento proposta legislativa com o fim de garantir a realização obrigatória de exame criminológico do agente condenado a pena restritiva de liberdade, quando de sua entrada no estabelecimento prisional em que cumprirá a pena, e quando das progressões de regime a que tiver direito, por uma comissão técnica independente.

Importa a complementação legislativa, na medida em que promoverá a manifestação obrigatória de uma comissão técnica de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psico-sociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade.

Vale dizer, o projeto vem sanar aquilo que tem sido objeto de muitas críticas, mormente a de que o exame é um ponto frágil do sistema por promover falhas importantes no que concerne a segurança de decisões judiciais que autorizam a saída do condenado do sistema prisional. Com a determinação legal de que a Comissão Técnica que realizará o exame criminológico não estará ligada ou subordinada aos diretores ou responsáveis pelos presídios, a isenção da qualificação adotada para o preso estará, ao nosso ver, garantida. Com este propósito o projeto modifica o artigo 6º e cria o 8º-A, na LEP.

Além disso, outra alteração se faz necessária, no mesmo diapasão das primeiras, a fim de prever a execução da pena do psicopata separadamente da dos presos comuns.

A questão da psicopatia ainda é um tanto controversa, já que há tempos *existe a discussão se tal patologia, enquanto perturbação da personalidade, deve ser considerada como uma categoria diagnóstica nas classificações internacionais ou se os transtornos de personalidade já catalogados dão conta de identificar os sujeitos que apresentam tais distúrbios de conduta* (Psico-USF, v. 11, n. 2, p. 265-266, jul./dez. 2006).

Atualmente, é usada a denominação transtorno antissocial da personalidade, mas *estudos recentes mostram a necessidade de se diferenciar dois subtipos dentro dessa classificação, a saber, transtorno parcial da personalidade, menos grave e que geralmente caracteriza os ditos criminosos comuns, e transtorno global da personalidade, que se aproxima do conceito de psicopatia de Hare (op. cit.):*

“Nesse sentido, a escala PCL - R (*Psychopathy Checklist Revised*), de autoria de Robert D. Hare, foi tema da tese de doutorado da psiquiatra Hilda Morana, defendido na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. No trabalho, a autora buscou identificar o ponto de corte da versão brasileira, ou seja, a partir de que pontuação um sujeito pode ser considerado psicopata, tornando a escala apta para utilização em contexto nacional, sendo sua venda recentemente permitida pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP). O PCL - R, que é o primeiro exame padronizado exclusivo para o uso no sistema penal do Brasil, pretende avaliar a personalidade do preso e prever a reincidência criminal, buscando separar os bandidos comuns dos psicopatas. A autora defende em sua tese que não é o tipo de crime que define a probabilidade de reincidência, e sim a personalidade de quem o comete. Assim, os estudos visando à adaptação e validação desse instrumento para a população forense brasileira, bem como sua comercialização para os profissionais da área, há muito urgiam ser viabilizados no Brasil.

(...) A psicopatia é entendida atualmente no meio forense como um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência ativa do comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros. É considerada como a mais grave alteração de personalidade, uma vez que os indivíduos caracterizados por essa patologia são responsáveis pela maioria dos crimes violentos, cometem vários tipos de crime com maior frequência do que os não-psicopatas e, ainda, têm os maiores índices de reincidência apresentados.

Assim, o que o PCL - R pretende diferenciar são os psicopatas dos não-psicopatas, segundo a proposta de Hare. Um dos principais objetivos da escala é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal, sendo assim, além de um instrumento diagnóstico importante para tomada de decisão acerca do trâmite do condenado no sistema penal, uma ferramenta para separar os que apresentam tal condição

daqueles que não a apresentam, com vistas a não prejudicar a reabilitação dos chamados criminosos comuns.” (op. cit).

No sistema carcerário brasileiro não existe um procedimento de diagnóstico para a psicopatia quando há solicitação de benefícios, redução de penas ou para julgar se o preso está apto a cumprir sua pena em um regime semi-aberto (*Ana Beatriz Barbosa Silva in “Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado”, Fontana, 2008*):

“Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. 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.” (op. cit.).

Assim é que, acredito, a LEP deve ser alterada para que o programa individualizador da pena privativa de liberdade do condenado ou preso provisório classificado como psicopata vise ao restabelecimento do portador da psicopatia, sem descurar da recuperação dos demais presos. Para isso é preciso instrumentalizar o Estado com este fim, razão pela qual proponho a inclusão de §3º ao art. 84, para que o condenado ou preso provisório classificado como psicopata cumpra sua pena em seção distinta daquela reservada aos demais presos.

De outro lado, é preciso também que a concessão de livramento condicional, o indulto e a comutação de penas do preso classificado como psicopata, bem como a sua transferência para regime menos rigoroso, dependa de laudo permissivo emitido por quem tenha condição técnica de fazê-lo, com a devida segurança, para que não aconteça fatos como o relatado por Ana Beatriz Barbosa Silva (*op. cit*):

“Um caso que exemplifica a importância de medidas com as descritas acima é o de Francisco Costa Rocha, mais conhecido como “Chico Picadinho”, autor de dois dos crimes de maior repercussão da história policial brasileira. Em 1966, Francisco, que até então parecia ser uma pessoa normal, matou e esquartejou a bailarina Margareth Suida em seu apartamento no centro de São Paulo. Chico foi condenado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado e mais dois anos e seis meses de prisão por destruição de cadáver. Em junho de 1974, oito anos depois de ter cometido o primeiro crime, Francisco foi libertado por bom comportamento. No parecer para concessão de liberdade condicional feito pelo então Instituto de Biotipologia Criminal constava que Francisco tinha “personalidade com distúrbio profundamente neurótico”, excluindo o diagnóstico de personalidade psicopática. No dia 15 de outubro de 1976, Francisco matou Ângela de Souza da Silva com os mesmos requintes de

crudelidade e sadismo do seu crime anterior. Chico foi condenado a trinta anos de reclusão e permanece preso até hoje.”

Isto posto, conto com o apoio dos Pares para a aprovação de mais este projeto de lei que, certamente, consistirá em avanço da execução penal brasileira, na medida em que redundará em muito menos reincidência criminal, em relação aos índices da atualidade.

Sala das Sessões, de de 2010.

MARCELO ITAGIBA
Deputado Federal/PSDB-RJ