

Vilson Aparecido Disposti

**INTERFACE PENAL E CRIMINOLÓGICA DA SEMI-
IMPUTABILIDADE**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Vilson Aparecido Disposti

**INTERFACE PENAL E CRIMINOLÓGICA DA SEMI-
IMPUTABILIDADE**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito à Banca
Examinadora do Centro Universitário Toledo, sob
orientação do Professor Doutor Plínio Antônio Britto
Gentil.

**Centro Toledo Universitário
Araçatuba-SP
2010**

Vilson Aparecido Disposti

**INTERFACE PENAL E CRIMINOLÓGICA DA SEMI-
IMPUTABILIDADE**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito

Resultado: Aprovado

ORIENTADOR: Prof. Dr. Plínio Antônio Britto Gentil

1º EXAMINADOR: _____

Prof. Dra. Doutora Iara de Toledo Fernandes

2º EXAMINADOR: _____

Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva

Araçatuba-SP 03 de Dezembro de 2010

Agradecimentos

Embora uma dissertação seja, pela sua finalidade acadêmica, um trabalho individual. Há contributos que não se pode deixar ressaltar, por representar o somatório de esforços e renúncias pessoal do aluno, dos mestres e principalmente daqueles com quem convivemos na intimidade, aos quais, impomos parte de nossos ideais, que por tal razão, cumpre-nos o dever de amá-los.

Assim, necessito externar aqui, a minha reverência a Deus, causa primária da toda energia e matéria disseminados no Universo, a desafiar a investigação científica de todos os tempos, que quanto mais se avança pelo macro cosmos ou se mergulha na intimidade subatômica, mais difícil se torna, de se expulsar Deus da causalidade dos efeitos inteligentes de tudo aquilo que não fora produzido pelo homem...

Agradeço imensamente aos meus Mestres que de educadores de homens, muitas vezes, se fizeram também de almas....

Aos meus colegas de aprendizagem, os quais ampliaram o meu patrimônio de sincera amizade...

Aos meus pais Miguel e Maria Celeste, que pouco detinham do saber acadêmico, mas deram mostras ao meu espírito, de sabedoria e simplicidade, cujas lições aprenderam na paciente Universidade da Vida...

Á minha esposa, a quem impus pesado sacrifícios e horas de solidão e, com quem me congratulo por essa conquista, que é nossa...

Aos meus filhos Rafael e Thiago, razão de ser, de nossas mais caras alegrias...

Muito Obrigado!

“Não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser ‘pessoa’ e se torne ‘coisa’”. BECCARIA

DISPOSTI, Vilson Aparecido. Imputabilidade: Interface Penal e Criminológica, Dissertação (Mestrado em Direito) – UNITOLEDO - Centro Universitário Toledo, 2010.

RESUMO

A imputabilidade penal, examinada na interface do Direito Penal com a Criminologia contemporânea, expõe sistemáticas violações do direito à liberdade, que deflui da inobservância do princípio da culpabilidade, *nulla poena sine culpa*. Axioma este que norteia as bases do Direito Penal, que associado aos demais princípios do Estado Democrático de Direito, deve se projetar em um Direito Penal mínimo e garantista. Entretanto, a proteção formal dos direitos e garantias individuais, no âmbito constitucional-penal, não tem sido suficiente para se assegurar o *jus libertatis* do cidadão perante o *jus puniendi* do Estado, quando do exame da culpabilidade. Momento, em que, o magistrado busca individualizar a sanção, de acordo com o necessário e o suficiente, para a reprovação e a prevenção do delito. É o que recomenda o princípio constitucional da *individualização da pena*, sucedâneo que é do *princípio de justiça*. O isolamento científico do Direito Penal pátrio, da Criminologia científica, assinala na cultura jurídica nacional, acanhada visão da personalidade do infrator, em especial das anomalias psíquicas indutoras da conduta criminosa. Esse fato tem reduzido a percepção dos semi-imputáveis pela Justiça Criminal, por situarem, entre a normalidade e anomalia psíquica. São eles, os “fronteiriços ou *boderlines*”, assim, denominados pela Psiquiatria e a Psicologia. Por outro lado, essa “invisibilidade jurídica”, tem contribuído para vulnerabilidade social, com a liberação de sentenciados perigosos por apresentarem graves psicopatias, sem os cuidados do exame criminológico, dispensado que fora pela Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que deu nova redação à Lei de Execução Penal. Enquanto, a Psiquiatria Forense alerta que os “fronteiriços criminosos” apresentam permanentes deformidades do senso ético-moral, distúrbios do afeto e da sensibilidade, cujas alterações psíquicas os levam ao delito, podendo, por isso, praticar os mais variados tipos de crimes. É objetivando a expansão destas reflexões que emergem do crime, com a violação de direitos fundamentais e exposição da segurança social, que a presente pesquisa se ocupa, ao analisar a conduta delituosa sob prisma científico e interdisciplinar da Criminologia moderna. Na tentativa de melhor compreender o complexo fenômeno do crime, sua gênese e a personalidade do agente, capaz de romper os padrões sociais de comportamento e violar o Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito penal. Criminologia. Semi-imputabilidade. Perturbação da saúde mental. *Boderlines*. Transtornos Neuropsíquicos.

DISPOSTI, Vilson Aparecido. Imputabilidade: Interface Penal e Criminológica, Dissertação (Mestrado em Direito) – UNITOLEDO - Centro Universitário Toledo, 2010.

SUMMARY

The criminal imputability, examined under the interface of the Criminal Law and contemporary Criminology, exposes systematic violations of freedom, completely draining it of disregarding the principle of culpability, “nulla poena sine guilt”. Axiom that should sustain the foundations of Criminal Law, which structured under the other principles of democratic rule of law, should project in a minimum and safeguard Criminal Law. However, the formal protection of the individual rights and guarantees, in the constitutional-penal scope, has not been enough to ensure the citizen's “jus-libertatis” before the “jus puniendi” of the State, when considering the guilt. The moment, that the magistrate seeks to individualize the penalty, according to the necessary and sufficient to the crime disapproval and prevention. It is what recommends the constitutional principle of penalty individualization, substitute that is of the principle of justice. The scientific isolation of the Criminal Law, the scientific Criminology pointed out in the national legal culture, narrow vision of the personality of the perpetrator, especial the psychological anomalies that induce the criminal conduct. This fact has reduced the perception of semi-imputability for Criminal Justice, located between the normality and mental disorder. They are the "borderlines," so named by Psychiatry and Psychology. Moreover, this " Legal invisibility," has contributed to social vulnerability, with the release of dangerous convicted that presents severe mental disorder, however, without the care of the criminological test that enforced by the Law 10.792 of 1 December 2003, that gave a new wording to the Penal Execution Law. While the Forensic Psychiatry alerts that the "borderlines criminals" have permanent deformities of the ethical-moral sense, disturbances of affect and sensibility, whose psychological changes lead them to crime, allowing by that to perform all kinds of crimes. Aiming to expand these thoughts that emerge from the crime, that this present research is concerned, when analyzing the criminal conduct in the scientific and interdisciplinary light of the contemporary criminology. In an attempt to better understand the complex phenomenon of crime, their genesis and character of the agent, capable of breaking the social patterns behavior and to violate the criminal law.

Key Words: Criminology. Semi-imputability. Disturbance of mental health. Border. Borderlines. Neurophysiology disorders.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
I- DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	14
1.1 Fundamentos do Estado Democrático de Direito.....	14
1.2 Poder punitivo do Estado.....	17
1.3 Fundamentos do direito de punir.....	19
1.4 Conceito e missão do Direito Penal.....	21
1.5 Construção teórica do Direito Penal.....	23
1.5.1 Escola Clássica.....	23
1.5.2 Escola Positiva.....	23
1.5.3 Terceira Escola.....	24
1.5.4 Escola de Política Criminal.....	25
1.5.5 Escola Técnico-Jurídica.....	25
1.5.6 Movimento de Defesa Social.....	26
1.6 Tendências Contemporâneas.....	27
1.7 Sistema Penal.....	29
1.8 Movimentos de Reforma do Sistema.....	30
1.8.1 O movimento de lei e ordem.....	30
1.8.2 O Discurso político do crime.....	31
1.8.3 Movimento Abolicionista.....	31
1.8.4 Movimento Crítico.....	32
1.8.5 Direito Penal do Inimigo.....	33
1.8.6 Teoria de proteção do bem jurídico.....	34
II- DAS PENAS.....	35
2.1 Evolução.....	35
2.2 Das penas adotadas no Brasil.....	38
2.3 Medidas de Segurança.....	40
III- TEORIA GERAL DO CRIME.....	42
3.1 Do fato típico e antijurídico.....	42

3.2 Da Culpabilidade	45
3.2.1 Individualização da Culpabilidade	48
IV- CRIMINOLOGIA	52
4.1 Importância da Criminologia para o Direito Penal.....	52
4.2 Interdisciplinariedade do fenômeno do crime	54
4.3 Teorias Criminológicas.....	55
4.3.1 Teoria Antropobiológica	55
4.3.2 Teoria Sociológica Criminal.....	56
4.3.3 Positivismo moderado de Garofalo	56
4.3.4 Criminologia Científica ou crítica	57
4.3.5 Criminologia no Brasil	58
4.3.6 Sociologia Criminal.....	59
4.3.6.1 Escola de Chicago	60
4.3.6.2 Tese ecológica	61
4.3.6.3 Teoria da subcultura delinquente.....	62
4.3.6.4 Teoria da associação diferencial.....	62
4.3.6.5 Teoria do labelling approach	63
4.3.6.6 Movimento de Defesa Social.....	63
4.4 Criminologia Científica	64
4.4.1 Biogenética	64
4.4.2 Neurologia do Comportamento	65
4.4.3 Psicologia Forense.....	67
4.4.4 Análise da conduta delituosa	68
4.4.4.1 Fases intrapsíquicas da ação delituosa.....	69
4.4.4.2 Motivações endógenas do delito.....	70
4.4.4.3 Motivações exógenas.....	70
4.4.5 Psiquiatria Forense	71
4.4.5.1 Conceito, origem e evolução	71
4.4.5.2 Desafios da Psiquiatria Forense.....	72
V- INTERFACE PENAL E CRIMINOLÓGICA DA SEMI-IMPUTABILIDADE	74
5.1 Imputabilidade	74

5.2 Inimputabilidade por “doença mental”	74
5.3 Semi-imputabilidade.....	76
5.4 Breve análise das anomalias psíquicas	76
5.5 Transtornos neuropsíquicos.....	79
5.5.1 Transtorno obsessivo-compulsivo	80
5.5.2 Transtornos no controle dos impulsos - Cleptomania	82
5.5.3 Transtorno afetivo bipolar	83
5.5.4 Transtorno devido ao uso de drogas	84
5.6 Abertura do Direito Penal europeu à Criminologia.....	85
5.7 Invisibilidade jurídica dos semi-imputáveis no processo penal	88
CONCLUSÃO	92
Referências	98

INTRODUÇÃO

O *princípio da dignidade da pessoa humana* a constituir-se em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, proclamado no artigo 1º e inciso III da Constituição Federal e a *prevalência dos direitos humanos* erigidos como princípios constitucionais. São axiomas que devem nortear o Direito Penal brasileiro no âmbito do proclamado Estado Democrático de Direito, a fim de se projetar, naturalmente, um Direito Penal mínimo e garantista.

No entanto, a defesa técnico-jurídica de tais princípios na Carta Magna, que se desdobram na proteção formal dos direitos e liberdades individuais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, não tem sido suficientes, para se assegurar a amplitude do *jus libertatis* do cidadão perante o *jus puniendi* do Estado, quando do exame da culpabilidade. Momento, em que, o magistrado busca individualizar a sanção, de acordo com o necessário e o suficiente, para a reprovação e a prevenção do delito. É o que recomenda o princípio constitucional da *individualização da pena*, sucedâneo que é do *princípio de justiça*, que permeia o artigo 59 do Código Penal.

Estabelecida obrigatoriamente a relação jurídica, entre o Estado e o infrator, ante a prática do delito, o poder punitivo exercido pela jurisdição penal legitimado para aplicação da sanção, termina por afrontar a esfera jurídica individual do infrator, ao desconsiderar relevantes aspectos da personalidade humana, refletida na conduta ofensiva ao bem jurídico.

Conceitos como “doença mental e perturbação da saúde mental” objetivados, respectivamente, no artigo 26 *caput* e seu parágrafo único do Código Penal, são expressões, que desde há muito, não correspondem ao saber científico da Neuropsiquiatria e Psicologia, as quais apresentam terminologias específicas na atual classificação das psicopatologias.

Em razão disso, quanto à exclusão ou redução da imputabilidade penal decorrentes de anomalias psíquicas, os conteúdos técnicos dos referidos artigos exibem termos inadequados que afastam o alcance e os fins jurídicos da norma penal, por impedir a desejável articulação entre a Justiça Criminal e a Psiquiatria Forense, resultando na violação do direito à liberdade.

É o caso dos infratores que se encontram de fato, na área intermediária entre a imputabilidade e a inimputabilidade penal, ou seja, os semi-imputáveis, assim definidos pelo código penal brasileiro, por situarem-se, entre a normalidade e anomalia psíquica. Enquanto, a Psicologia (VÁZQUEZ MEZQUITA), os denomina “fronteirços ou *borderlines*”, porque perturbados por permanentes deformidades do senso ético-moral, distúrbios do afeto e da sensibilidade, cujas alterações psíquicas podem impor automatismos comportamentais que afrontam desde os padrões sociais ao ordenamento jurídico-penal.

São anomalias neuropsíquicas, como os transtornos da personalidade anti-social - TPAS, transtorno da personalidade passivo-agressiva - TPPA, transtorno da personalidade obsessivo-compulsiva - TOC, o transtorno bipolar - TB, o transtorno devido ao uso de substâncias psicotrópicas, a cleptomania e outros; como se verá no curso dessa pesquisa, que embora tenham a força de imprimir certo determinismo sobre capacidade de autodeterminação, não chegam a revelar sinais ostensivos de sua evidência.

Os indivíduos perturbados por esses transtornos psíquicos enunciados pela neuropsiquiatria que comprovadamente afetam o humor e o comportamento, passam despercebidos socialmente, inclusive pela Justiça Criminal, quando violam a lei penal, com as condutas compulsivas desencadeadas por tais psicopatologias, como se demonstrará. Por isso, no âmbito do processo penal, são avaliadas, em regra, somente as desordens psíquicas, quando o acusado apresenta evidências decorrentes do acentuado grau de sua anomalia.

Muitas vezes, o próprio indivíduo desconhece a sua psicopatologia, que fora tomada por um desvio de caráter, como o transtorno devido à dependência de drogas, a cleptomania, os atentados contra a liberdade sexual e atos obscenos, que constituem condutas criminosas para o Direito Penal, enquanto, para a Neuropsiquiatria são sintomas clássicos de psicopatologias específicas.

Essa tensão técnico-jurídica tem dificultado a indispensável articulação científica entre o perito médico-psiquiatra e a Justiça Criminal, sendo esta a maior queixa da Psiquiatria Forense brasileira unânime em ressaltar os benefícios que a integração interdisciplinar trouxe para a jurisdição penal inglesa.

Com isso, a jurisdição penal é cingida por uma síntese dogmática acerca da imputabilidade da conduta, cuja atuação se polariza apenas na proteção do bem jurídico, enquanto a subjetividade do comportamento humano, ainda que acossado por perturbações psíquicas, tem reduzida ou nenhuma consideração, pelas razões que se buscará aprofundar.

O mecanicismo da prática processual imposto pela rotina forense que movimentava exacerbado volume de feitos tem contribuído para que a Justiça Criminal não *perceba* os infratores semi-imputáveis.

Nesses casos, as violações sistemáticas do direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana decorrentes do exercício do direito-dever de punir do Estado deriva principalmente do isolamento científico do Código Penal brasileiro em relação à Criminologia moderna. Enquanto as legislações penais européias vêm promovendo suas adequações desde 1995, como se objetiva aqui demonstrar.

Objetivando dar expansão a essas reflexões que emergem do complexo fenômeno do crime e da prestação jurisdicional penal, se estudará a conduta delituosa sob a ótica multidisciplinar da Criminologia contemporânea, para ampliar a compreensão do comportamento humano violador da ordem jurídico-penal. Também se busca demonstrar a necessidade de respostas penais mais adequadas ao fato criminoso, a fim de que a jurisdição penal não permaneça adstrita à proteção do bem jurídico e a conduta objetivada no tipo, mas que amplie a sua análise até a gênese do comportamento delitivo. Podendo com isto, o exercício do direito-dever de punir estatal, atender melhor à finalidade da pena, possibilitar a redução da reincidência, oferecer maior proteção à sociedade brasileira, que por ora, segue vulnerável ante a dispensa do exame criminológico, a permitir a liberação de psicopatas de alta periculosidade. Na melhor síntese, equivale a proporcionar maior efetividade das garantias e dos direitos fundamentais do cidadão, missão imprescindível do Estado Democrático de Direito.

I- DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Fundamentos do Estado Democrático de Direito

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem por objetivos principais a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana¹, com a prevalência de seus direitos, a fim de se construir um sociedade livre, justa e solidária.

É o que preceituam os artigos 1º, 2º e 3º da CF, com destaque para a proteção dos direitos fundamentais, que em sentido estrito, seriam apenas aqueles que tivessem uma determinada estrutura, qual seja a dos direitos individuais de liberdade.

O Estado de direito é aquele que cumpre as exigências do constitucionalismo moderno² que destaca a necessidade da limitação do poder político com fins garantísticos, ou seja, o Estado Constitucional, que em primeiro plano, apresenta uma constituição limitadora do poder, por meio do império do direito. As idéias necessitam ser do “governo e não de homens”; de um Estado que se submete ao direito e de uma constituição com vinculações jurídicas ao poder. (CANOTILHO, 2003).

Para o Estado liberal, a idéia de Estado de Direito é aquele governado pelo Direito emanado da vontade geral, expressada pelos representantes do povo, na qual reside a soberania nacional, em contra posição ao Estado absoluto. Enquanto, para o Estado social, em transformação, supõe o intento de derrubar as barreiras que no Estado liberal separavam o Estado e a sociedade. Se o princípio que regia a função do Estado liberal era a “limitação” da ação do Estado, o Estado social se erige na continuação do motor ativo da vida social. (SANTIAGO, 1994).

Desse modo, a caracterização do Estado Democrático de Direito é a sua convergência com os princípios do Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade, para os aspectos financeiros, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais.

¹ O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis conforme Pico della Mirandola, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. (CANOTILHO, 2003).

² Constitucionalismo moderno, na magistral síntese de Canotilho, é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

O Estado Social, definido por Hans Zacher³, é aquele que tem por objetivo de garantir à cada um uma existência digna, reduzir as diferenças de riqueza e vencer ou controlar as relações de dependência. No entanto, esse modelo entra em declínio na década de 1970, em razão do endividamento exagerado dos países, entretanto, os próprios defensores dos postulados do Estado Social reconhecem a sua profunda modificação, porém, seguem utilizando a esta expressão dando-lhe novo significado. (SARLET, 2003).

A essência do Estado de Direito é a preponderância da lei, sem ficar adstrito a um conceito de lei, como prevaleceu no chamado Estado Clássico. O Estado de Direito deve realizar intervenções por meio de um ordenamento jurídico, que tenha a capacidade de alterar as condições sócio-econômicas de seus cidadãos e não permanecer apático perante o individualismo aceito pelo Estado Liberal, responsável que é pela manutenção das injustiças sociais.

Assim, o Estado de Direito, não é aquele que se contenta com a igualdade formal, cunhada na expressão de que todos são iguais perante a lei, mas aquele que se ocupa em promulgar leis destinadas a igualar os desiguais, almejando diminuir suas diferenças sociais. Entretanto, a democracia como realização de valores, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito. (SILVA, 1998).

Somente há direitos fundamentais, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até em maior ou menor medida se contrapõem. Os fins e a organização do Estado, o exercício e a limitação do poder, são modos de se interagir com a pessoa, sua liberdade e necessidades (MIRANDA, 2000). Por isso, não cessam os movimentos constitucionais, no sentido de limitar o poder político do Estado, em face dos direitos fundamentais⁴ dos cidadãos. Enquanto diverge o entendimento acerca do Constitucionalismo como teoria ou ideologia dividem-se as opiniões dos juristas, erigindo o princípio do governo limitado e indispensável à garantia dos direitos em

³ HANS ZACHER, grande estudioso, que a partir do início dos anos 80, tornou-se grande defensor dos Direitos Sociais na Alemanha.

⁴ Direitos fundamentais: são os direitos dos homens, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Ser social. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (CANOTILHO, 2003).

No mesmo sentido “o conceito de constitucionalismo, transporta, assim, um claro juízo de valor, sendo o constitucionalismo moderno entendido como técnica de limitação do poder com fins de garantismo⁵”. (BESTER, 1968)

A ordem constitucional brasileira resguarda tanto a autonomia pública do cidadão como a autonomia privada, com o que, fortalece a Democracia, quanto à tutela constitucional, abrangendo tanto dimensão existencial como a econômica, porém, no primeiro caso, a sua proteção é maior. Esta diferença se deve à concepção de pessoa e sociedade adotadas pelo constituinte. Em razão disso, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes, para o livre desenvolvimento da personalidade humana, do que as econômicas que beneficiam diretamente uma minoria (SARMENTO, 2003).

Assim, se depreende, que o garantismo jurídico que deve emergir do Estado de Direito se manifestaria pela sua reverência aos direitos fundamentais, como as liberdades e as garantias⁶ individuais. Com isto, objetiva-se a defesa da pessoa humana e a sua dignidade perante os poderes e deveres do Estado. Dentre eles, se encontra o *jus puniendi* estatal com inegável viés de controle social, porém legítima tutela de bens jurídicos, ao relacionar as condutas proibidas ora positivadas pelo Direito Penal.

Se o Estado Democrático de Direito prima pela inviolabilidade dos direitos e liberdades fundamentais é dever do Direito Penal, como lei infraconstitucional que é submeter-se a tais imperativos. Cumpre ao legislador velar pelo garantismo penal, limitando sua expansão sobre o *jus libertatis*, enquanto ao poder jurisdicional penal cabe se pronunciar pelos mesmos mecanismos desse garantismo no momento de se aplicar a sanção penal, com destaque para a individualização da pena, acurada análise da culpabilidade e da personalidade do infrator.

A constitucionalização e a positivação dos direitos fundamentais situaram o homem no centro da titularidade desses direitos. Os direitos fundamentais são “direitos

⁵ Garantismo: é o nome dado ao conjunto de teorias a respeito do direito penal e processo penal, de inspiração juspositivista concebida pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, cuja obra maior sobre o assunto é "Direito e Razão".

⁶ As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (CANOTILHO, 2003)

de todos”, são direitos humanos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses. (CANOTILHO, 2003, p. 394).

Crítica muito negativa ao Estado Democrático de Direito é feita por Ferrajoli (2006), ao afirmar que apesar de consolidado por uma estrutura normativa constitucional, seu conteúdo normativo é negligenciado em quase todos os níveis do poder estatal, preso que se acha ao “texto da norma”. Esse fator faz emergir um Estado paradoxal por exibir um modelo de ordenamento jurídico garantista, enquanto em sua prática operacional apresenta-se notoriamente antigarantista.

Quanto ao valor intrínseco da norma, Robert Alexy analisa o pensamento jurídico de Friedrich Müller ao afirmar:

Que a norma jurídica é determinada pela realidade social. Esse argumento encontra-se na ‘teoria da norma que supera o positivismo jurídico’. O enunciado central de sua ‘teoria estrutural pós-positivista da norma’ consiste na tese da ‘não identidade entre a norma e texto normativo’. Com a estruturação jurídica desta tese, Müller pretende dizer ‘que uma norma jurídica é mais que o texto’. A concepção da norma jurídica como ‘constituída apenas lingüisticamente’ seria a ‘ilusão de uma concepção puramente formal do Estado de Direito’. (ALEXY, 2008, p.77).

O Estado de Direito e de Justiça Social que se esculpe na consciência atuante de nosso tempo, deve estadar-se em novas e corajosas estruturas jurídicas; superando-se de vez, uma situação paradoxal, na qual os organismos forenses, menos por defeito dos homens, que por deficiência de estrutura, parecem existir mais, para apreciar simples questões de forma, que para dar respostas adequadas e prontas aos conflitos de interesses. (COSTA, 1995).

1.2 Poder punitivo do Estado

O Estado soberano manifesta-se pela imposição de suas decisões na tutela do interesse geral; esse poder político de decidir consolida-se por meio da jurisdição ao dizer e aplicar o direito. No âmbito do Direito Penal, o poder-dever de punir estatal desdobra-se na elaboração da norma penal incriminadora, na aplicação da pena por

meio do processo e na execução da sanção penal, que se concretiza na sentença condenatória. No curso desses três momentos, se estabelece uma área de tensão jurídica entre o poder-dever de punir do Estado e os direitos do cidadão, cuja linha divisória demarca os limites punitivos do Estado. (REALE JUNIOR, 2002)

Para Rudolf Von Ihering (apud BARRETO, 2000) o direito é o conjunto de condições de existência da sociedade, asseguradas por uma coação externa, isto é, pelo poder público. Também definido mais concisamente por Wilhen Arnold (apud BARRETO, 2000), como uma função da vida nacional que não se pode conter dentro dos limites de uma definição. O certo é que o direito, da mesma forma que gramática e a lógica é um sistema de regras.

O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase cotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social. (BARRETO, 2000, p. 166).

O Estado chamou a si toda produção do direito, sendo a pena um conceito político e não uma consequência do delito. O poder político descobre o jurídico e dele se apropria integralmente, unificando em si a sua produção, a sua interpretação e a sua dicção. O poder punitivo do Estado é legitimado para proteger bens jurídicos de interesse individual e coletivo, impondo a pena como demonstração de seu poder político. Com isto, o Estado visa mais o controle social, que o ajustamento de uma resposta penal que represente efetivamente a consequência da conduta incriminada.

Entretanto, Plínio Antônio Britto Gentil (2010), afirma que desde que o direito penal é estudado como ciência “é visto como um sistema regulador de atividades humanas a ser utilizado como último recurso e voltado para violações graves que de outra forma não poderiam ser contidas”.

O homem é fim e não meio do Estado, o qual existe para o homem com o fim de promover o seu bem estar e sua segurança. Primeiro surgiu o homem, depois o Estado, por isso, o Estado não pode voltar-se contra o homem, seu criador, para esmagá-lo. A grandeza do homem é mais importante do que a grandeza do Estado, porque a felicidade do homem é a obra-prima do Estado. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia, é estatuto do homem da liberdade e da democracia. (ULYSSES GUIMARÃES apud LIBERATTI, 2008, p. 74-7)

1.3 Fundamentos do direito de punir

Alinham-se as teorias absolutas, relativas e as mistas para se explicar os fundamentos do *jus puniendi* estatal. As absolutas, buscando negar o fim utilitário da pena, mas invocando um fim justicialista, explicam-na como consequência da prática delituosa, portanto, constituindo-se numa retribuição jurídica, sendo este o mais antigo fundamento. “Detrás da teoria da retribuição encontra-se o velho principio de Talião”⁷. (ROXIN, 1997, p. 82).

As teorias relativistas ressaltam um fim utilitário para a punição, o delito não seria a causa da pena, mas a ocasião para que seja aplicada, não repousa na idéia de justiça, mas da necessidade social. A pena deve ser dirigida não só ao infrator, mas também aos potenciais delinquentes para que não cometam crime, possuindo, portanto, um fim geral e individual.

Para as teorias mistas, que conciliam as precedentes, a pena é de índole retributiva com finalidade de reeducar o criminoso e intimidar a sociedade, tendo portanto um caráter retributivo e preventivo. Todavia há algumas oposições à teoria retributiva.

A pena justa não é outra, senão aquela, que procura a ressocialização do condenado, sem afetar o sentimento médio de garantia jurídica da população.⁸ Argumentando que a coerção penal tem por objeto, prover a segurança jurídica por imperativo, constitucional, garantindo a co-existência, através da tutela de bens jurídicos e a prevenção de futuras ações. (ZAFFARONI, 1995, p. 64-81).

O fundamento real da pena está em seu caráter indispensável para se manter a ordem pública. A realidade da pena estatal é por isso, somente relativa, vale dizer, unicamente em relação à sua necessidade para a integridade da ordem comunitária. (WELZEL, 1997).

A aplicação da sanção penal constitui severa intervenção à liberdade do cidadão, e sua legitimação só poderá residir em instância que representa mais diretamente o povo como titular do poder do Estado (ROXIN, 1997).

⁷ Detrás de la teoría da la retribución se encuentra el viejo principio del Talion. (ROXIN, 1997, p. 82). Tradução livre.

⁸ La pena justa no es otra que la que procura la resocialización del condenado sin afectar el sentimiento medio de seguridad jurídica de la población (ZAFFARONI, 1995, p. 81). Tradução livre.

A pena se impõe como forma necessária de controle social, visando garantir o respeito a determinados valores, cuja tutela, se reafirma pela sua execução, quando este valor é afrontado pelo delito. Para o Estado a aplicação da sanção penal, se apresenta como um dever decorrente do dever de garantir a paz social, já que atribuiu a si o monopólio da produção e execução da lei penal, recompondo, perante a sociedade a ordem jurídica desconstituída (REALE JUNIOR, 2002).

Quando estão em jogo direitos fundamentais para o indivíduo e para o próprio Estado e as outras sanções são insuficientes ou falhas, a intervenção estatal surge, por meio do *jus puniendi*, com a pena que é a sanção mais enérgica existente (NORONHA, 2001).

A finalidade da pena é a de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir igualmente. Assim, é necessário selecionar quais penas e qual a maneira de aplicá-las, observando-se a sua proporção e a sua eficácia para o espírito dos homens, cuidando-se que seja a menos tormentosa possível ao corpo do réu (BECCARIA, 1997).

A idéia da finalidade da pena, que engendra a força do Direito, segue reconhecida na pena; e com este reconhecimento se faz possível utilizar os múltiplos efeitos de sua ameaça e execução para a proteção dos interesses da vida humana. A pena, desde a sua origem seria uma reação social contra as ações anti-sociais. (VON LISZT, 1999)⁹

No entanto, desligando-se da disputa entre as escolas, Liszt institui a Associação Internacional de Criminalística, para ressaltar a necessidade de investigações sociológicas e antropológicas, tomando como tarefa comum a investigação científica do crime, suas causas e os meios de combatê-lo.

A Sociologia Criminal de Ferri, representando a corrente sociológica do positivismo, salienta que a pena seria por si só ineficaz se não fosse acompanhada de oportunas reformas econômicas e sociais, orientada por uma análise científica e etiológica do crime. (MOLINA, 2007).

Ressalta o mencionado autor, que a teoria da defesa social, cuja essência difere das demais, apresenta especial modo de articulação:

⁹ La pena es, pues, desde su origen, reacción social (conservación) contra las acciones antisociales. (FRANZ VON LISZT, 1999, p. 21). Tradução livre.

Numa ação coordenada pelo Direito Penal, Criminologia e Ciência Penitenciária, sobre bases científicas e humanitárias, buscando a realidade do homem delinquente. Esta teoria, fusta em definitivo o castigo do criminoso, buscando a proteção eficaz da sociedade, por meio de estratégias não necessariamente penais que partam do conhecimento científico da personalidade daquele e sejam capazes de neutralizar sua eventual periculosidade de modo humanitário e individualizado. (MOLINA, 2007, p. 275)

Todavia, o novo conceito sobre bens e valores dignos de tutela, produz a tendência de estender o âmbito penal até esferas que antes pareciam excluídas de seu raio de ação. O fenômeno da expansão do momento penal enquanto suporte integrador do direito e da atividade administrativa do Estado, revela o fenômeno da administrativização do direito penal, correspondendo a uma real e autêntica transformação do sistema e da função do direito penal. A disciplina penal constitui, na maioria das vezes, um dos elementos que integram os setores da disciplina jurídica, reguladora da intervenção estatal ou da atividade privada em campos da saúde, construção economia em geral. (BARATTA, 2006).

1.4 Conceito e missão do Direito Penal

Jiménes Asúa (1950), argumenta que o conceito de determinada ciência será sempre limitante e que as definições levam em si, gravadas, a personalidade de seu autor, tratando-se de temperamento, não será possível julgar as suas definições, nem seus livros, se não entendermos o ponto de vista de quem os escreveu. Em razão disso, todas as definições tem algo de certo e ao mesmo tempo padecem de defeitos.

Se entende por Direito Penal a ciência que estuda o delito como fenômeno jurídico e o delinqüente como sujeito ativo, e, por tanto, as relações que derivam do delito como violação da ordem jurídica e da pena, como reintegração desta ordem ¹⁰. (1950, p. 32).

A ciência penal ou a dogmática jurídico-penal é a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e

¹⁰ Se entiende por Derecho penal “la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo, y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena, como reinternación de este orden” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, p. 32). Tradução livre.

opiniões da doutrina científica no campo do Direito Penal. (ROXIN, 1997, p. 192)¹¹

Assim, o Direito Penal é um conjunto de normas, que define crimes e sanções, que integrado ao ordenamento jurídico determina as características da ação delituosa e lhe impõe penas ou medida de segurança. No entanto, por restringir o direito fundamental deve ater-se aos princípios garantistas constitucionais, mas, em determinados casos, no momento de se aplicar a norma incriminadora a um fato concreto, não é incomum a violação de tais direitos.

A missão da Ciência Penal é desenvolver e explicar o conteúdo de suas regras jurídicas e sua conexão interna. Trata-se de um estudo sistemático do direito positivo. Como ciência sistemática, estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa. É uma ciência prática não só por servir à administração de justiça, senão também, por um sentido mais profundo. Enquanto é uma teoria do atuar humano, de modo que suas últimas raízes tocam os conceitos fundamentais da filosofia prática. (WELZEL, 1997).¹²

A importante síntese a seguir, cuida de destacar a missão do Direito Penal, que “consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à coletividade”. (DOTTI, 2002, p. 34).

Entretanto, o Direito Penal não pode ser a mera proteção de bens jurídicos, o que teria somente um fim preventivo, portanto, de caráter policial e negativo; ao contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proibir e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica revela-se na forma mais concludente, a disposição do Estado, na vigência inquebrantável destes valores positivos. Nesse sentido, o Direito Penal busca assegurar a vigência dos valores de atos ético-sociais de caráter positivo, como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade etc. (WELZEL, 1997).

¹¹ La dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina en el campo del Derecho penal. (CLAUS ROXIN, 1997, p. 192). Tradução livre.

¹² Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas em su conexión interna, es decir, “sistematicamente”. Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y just, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a sua aplicación del acaso y la arbitrariedad. Pero la ciencia penal es una ciencia “práctica” no sólo porque ella sirve a la administración de justcia, sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica. (HANS WLZEL, 197, p. 03). Tradução livre.

1.5 Construção teórica do Direito Penal

1.5.1 Escola Clássica

As escolas penais concentram um conjunto de princípios e teorias que visam explicar o objeto do Direito Penal, a finalidade da sanção penal e compreender o autor da infração penal.

A Escola Clássica ou Primeira Escola surgiu na Itália, com forte influência sobre o Direito Penal alemão e francês, tendo como principais representantes Carrara, Feuerbach, Rossi, Flanguieri, Romagnosi dentre outros. Esta corrente foi marcada por dois grandes períodos. No primeiro, emergiu um conteúdo claramente teórico e filosófico, impulsionado pelo Marquês de Beccaria, que em 1764 publica *Dos Delitos e das Penas*. No segundo, evidenciam-se os práticos e jurídicos, apresentados por Carrara. A maior característica desta Escola é o método dedutivo de seu trabalho; seus fundadores defendiam que a análise do jurista deveria partir do direito positivo em vigor, para em seguida, se considerar as questões jurídico-penais. Assim, invocavam a prevalência de um ideal de justiça sobre os textos legais vigentes, os quais eram permeados de iniquidades e opressão, conforme denunciava Beccaria. (ESTEFAM, 2010)

1.5.2 Escola Positiva

Valendo-se do método indutivo, analisa o delito como fato social e humano, permitindo assim, observar a pessoa do delinqüente. Como fundamento da pena, a escola Positiva pregava o determinismo, ao ressaltar que o homem desde o nascimento já está determinado a ser um criminoso em razão de fatores biopsíquicos. Diferente dos clássicos que defendiam a ideia de que o homem nasce livre e deve ser punido conforme as suas escolhas voluntária, portanto, valorizando acentuadamente aspectos técnicos e objetivos do delito. (NORONHA, 2001)

Nesse tempo, século XIX, a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia viriam contribuir para ampliar a compreensão da complexidade dos conflitos humanos. Favorecidos por esse panorama científico, Lombroso, Ferri e Garofalo reagem com a criação da Antropologia Criminal, bem recebida entre os positivistas.

A classificação de criminosos apresentada pelo médico e psiquiatra Cesare Lombroso, compreendia desde os criminosos loucos, habituais, ocasionais, passionais até ao exagero do criminoso nato, que resultaria de uma anomalia congênita do cérebro humano, constados com as autópsias de criminosos. O médico italiano, explica ainda, a causa do delito, incluindo determinadas anomalias que sem afetar inteligência, levava à supressão do senso moral do indivíduo, ao que Lombroso chamou de “loucura moral”. Assim, para a Escola Positivista, o crime longe de ser apenas um ente jurídico é um fato humano, que emerge de fatores individuais, físicos e psicológicos. (ESTEFAM, 2010).

1.5.3 Terceira Escola

Ante o prolongado e acirrado debate entre os clássicos e os positivistas, surge também na Itália, a Terceira Escola, também denominada de Eclética, Sociológica, ou do Positivismo Crítico. A Terceira Escola procurava fundir as demais, criando a partir dessa fusão, uma terceira concepção para buscar a compreensão do fenômeno do crime. Os fundamentos dessa nova Escola foram sintetizados por Roberto Lyra, como sendo o respeito à personalidade do Direito Penal, que não poderia ser absorvido pela Sociologia Criminal; inadmissibilidade do tipo criminal antropológico, fundando-se na causalidade e não na fatalidade do delito e a reforma social como imperativo do Estado, na luta contra a criminalidade.

Os pontos mais importantes dessa corrente são que, primeiramente, a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral e o livre arbítrio é substituído pelo determinismo psicológico, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos. Para aqueles que possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança. Em razão disso, a imputabilidade funda-se na dirigibilidade da conduta. Em segundo lugar, que o delito é contemplado em seu aspecto real, como

fenômeno social e, finalmente que a pena tem uma função defensiva ou preservadora da sociedade. (NORONHA, 2001).

1.5.4 Escola de Política Criminal

A Escola de Política Criminal, recebendo outras denominações como Escola Moderna Alemã, Positivismo Crítico ou Sociológico, sob a liderança de Franz Von Liszt, surgiu na Alemanha, a partir de 1888. Mais do que fundar uma nova escola, Liszt desejava propor uma trégua entre os clássicos e os positivistas e buscar, na prática, os pontos de convergência entre as duas famosas escolas. Tal movimento, porém, foi além ao influenciar a redação de vários códigos do século XX. (VON LISZT, 1999). Esse fator influenciou expressivamente o Código Penal Brasileiro de 1940.

Para essa corrente o Direito Penal é ciência independente que se ocupa da exposição dogmática do Direito vigente e emprega o método lógico-abstrato e a Criminologia, a Penalogia e a Política Criminal, embora ligadas ao Direito Penal, são ciências autônomas que aplicam o método experimental. Entende ainda a imputabilidade como responsabilidade penal sem entrar no âmago da questão do livre arbítrio e do determinismo, pois deve ser declarado culpado o sujeito que tenha capacidade de se conduzir socialmente. O delito é ao mesmo tempo, considerado como conceito jurídico proporcionado pelo Direito Penal e como fenômeno natural, suscetível de investigações criminológicas quanto à sua etiologia e formas de apresentação. Luta também para que ao delito deve-se empregar tanto a pena como medida de segurança. Especificamente quanto à pena, Von Liszt defendia um conceito finalista em nome da defesa social, essa pena-fim deveria substituir à pena retributiva de concepção clássica, propugnando ainda, pela maior integração da pena e medida de segurança.

1.5.5 Escola Técnico-Jurídica

Nascida também na Itália, em 1910, teve como principais representantes Vincenzo Manzini e Arturo Rocco, este sustentou que o método deveria restringir-se à

dedução dos princípios que constituem o sistema do direito legislado em face dos meios da técnica jurídica. Rocco ressalta que o estudo do Direito Penal deve se concentrar no direito positivo vigente como o único que a experiência indica para formar o objeto de uma ciência jurídica; o trabalho intelectual do penalista deve se voltar para a interpretação do texto vigente, ordenando a matéria em plano de sistema e detectando os princípios jurídicos resultantes em forma de dogmas, o que se traduz no Positivismo Jurídico. (DOTTI, 2002).

Para a Escola Técnico-Jurídica, o penalista deve proceder à crítica objetiva se for o caso e propor as modificações no próprio âmbito do Direito Penal, sobre a base de seus princípios e do seu interesse e não, subjetivamente, por influxo da Filosofia do Direito Penal e da Política Criminal. Desse modo, o dogmatismo empregado por Rocco e Manzini limita a atividade intelectual do penalista e reduz à mera interpretação de texto e a ordenar a matéria numa forma sistêmica dogmática. Cumprindo ao próprio Direito Penal propor as reformas se a lei for deficiente. (DOTTI, 2002).

1.5.6 Movimento de Defesa Social

A essência desse movimento constitui-se no modo de se articular a dita defesa da sociedade, mediante a ação coordenada pelo Direito Penal, Criminologia e Ciência Penitenciária sobre bases científicas e humanitárias. É Adolphe Prins que apresenta a primeira sistematização sobre a Defesa Social, enquanto Felipe Gramática, em 1945, institui na Itália, o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, objetivando renovar os meios de combate à criminalidade. No entanto, é Marc Ancel, ao publicar *La Nueva Defensa Social*, quem evidencia uma imagem realista e digna do homem delinquente e ressalta a busca de uma política criminal humanista, por ele definida, como “doutrina humanista de proteção social contra o crime”. O referido autor aponta como fundamento da defesa social a adaptação e ressocialização do infrator e não a sua neutralização, portanto, a essência dessa escola está na defesa social contra o delito e na reabilitação social do criminoso. Ainda, segundo ANCEL, a meta dessa corrente, não deve ser o castigo do delinqüente, senão a proteção eficaz da sociedade, por meio de

estratégias não necessariamente penais que partam do conhecimento científico da personalidade do infrator que seja capaz de neutralizar a sua eventual periculosidade de modo humanitário e individualizado.

Na atualidade, esse importante pensamento jurídico volta a ser defendido, como proposta de *desjurisdizar* parcelas do Direito Penal, em áreas de uma eficaz Política Criminal, significa negar àquele, o monopólio da luta e prevenção do delito, devendo compartilhá-las com outras disciplinas. (MOLINA, 2007).

Assim, a corrente do Movimento de Defesa Social, defende que a finalidade da pena seria proteger a sociedade das ações delituosas, portanto a pena deve ser substituída por sistemas preventivos e por intervenções sócio-educativas, não se aplicando a pena a um delito praticado e sim uma “medida preventiva” ajustada à realidade psicológica e social de cada infrator. Desse modo, para se assegurar a proteção da sociedade, há de prevalecer todos os aspectos da organização social dos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.6 Tendências Contemporâneas

A expansão das normas penais, para a teoria dos Microssistemas, tem se afastado do sistema jurídico-penal, na razão direta de sua crescente criminalização de condutas, sem o cuidado de se conciliar as descrições típicas com os princípios penais. Assim, fatos penalmente irrelevantes foram revestidos da tipicidade penal, como os previstos na Lei 9.983/2000- Crimes previdenciários; Lei 9.605/1998 - Lei dos Crimes Ambientais, que se expande para tipificar a “poda drástica de arvores” e o “maltrato às plantas ornamentais” das vias públicas. Além de erigir a pessoa jurídica à responsabilização penal objetiva, por danos ecológicos, bastando, por isso, o nexo causal. Outros exemplos vêm do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90 e da Lei dos Crimes Contra as Relações de consumo, Lei 8.137/90.

Tal criminalização, portanto, afeta os princípios de Direito Penal e as garantias e princípios constitucionais, emergindo, assim, conflitos entre normas e princípios, superposição de tipos, desproporcionalidades, dificuldades interpretativas e inclusive de aplicação das mesmas. Desse modo, o Direito Penal passaria pelo fenômeno da “microssistematização”, tendendo a afastar-se da rigidez do Direito Penal Clássico. (MELLO, 2007).

A expansão do momento penal enquanto suporte integrador da atividade administrativa do Estado, visando dar proteção aos perigos de dano ao meio ambiente, por exemplo, cujo fenômeno é chamado de administrativização do Direito Penal, o que corresponde a uma real e autêntica transformação do sistema e da função do Direito Penal que deveria intervir para proteger somente bens jurídicos, que outras esferas de proteção não seria capaz de oferecer. (BARATTA, 2006).

Desse modo, a proteção aos bens jurídicos de interesses difusos em face da percepção social dos riscos de danos, muitas vezes, irreparáveis ao meio ambiente ensinaria o “direito de intervenção” do direito penal para aplicação das penas restritivas de direitos, afastando-se este, da intervenção penal clássica, lastreada a pena privativa de liberdade e nas garantias fundamentais. (MACHADO, 2005)

Já a Teoria Sociológica que constitui a linha principal da Teoria do Direito norte-americano, tenta seguir a exigência de um “realismo” e evitar a abordagem técnico-formal dos textos ingleses. Esta teoria enfatiza habilitações profissionais, como a capacidade dos juristas de reunir e organizar fatos e de elaborar táticas para as transformações sociais, como segue:

A ênfase nos fatos e não na norma, transformou na “teoria sociológica do direito” como estudo criterioso das instituições jurídicas enquanto processos sociais. Esta abordagem trata um juiz, por exemplo, não como oráculo de doutrina, mas como um homem que responde a diferentes tipos de estímulos sociais e pessoais. Alguns juristas como Jerome Frank e o próprio Pound, tentaram realizar esse tipo de estudo, mas descobriram que os juristas não possuem o treinamento ou equipamento estatístico necessário, para descrever instituições complexas, de modo que não seja introspectivo ou limitado. Com isto, a teoria do direito sociológica tornou-se domínio dos sociólogos. (DWORKIN, 2002, p. 07).

1.7 Sistema Penal

A expressão sistema penal não é empregada com frequência na Doutrina penal brasileira. A introdução do pensamento sistemático, no final do século XIX, trouxe sem dúvida enormes avanços à doutrina do crime, porém, o que se pode entender por sistema? Kant (apud DOTTI, 2001), o definia como unidade dos múltiplos conhecimentos a respeito de uma idéia. O vocábulo sistema tem origem grega e significa reunião, conjunto, método organização, totalidade.

O sistema penal deve processar enquanto sistema as expectativas normativas e a confiança no cumprimento de normas, que a despeito da violação, elas se mantêm validas, enquanto expectativas. Com respeito à doutrina geral do crime, pode-se dizer que o sistema penal representa um conjunto de elementos, cuja interação, segundo determinadas teorias por meio de um conjunto de normas, princípios e regras formam um conjunto analítico de crime. (ESTEFAM, 2010).

O sistema penal está inserido no contexto de um sistema jurídico que na linguagem expressiva de Pontes de Miranda é um sistema lógico, composto de proposições que se referem a situações da vida criadas pelos mais diversos interesses. Em sentido mais amplo, o sistema penal pode ser entendido como o controle social punitivo institucionalizado, reunindo as atividades do legislador, do poder público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução. O Direito Penal contém um sistema positivo elaborado em função de princípios gerais e regras jurídicas que lhe dão validade e eficácia. (DOTTI, 2002).

O Sistema Positivo vigente defende que o Direito deve constituir-se em um sistema harmônico de garantias de ação, integrado pelas disciplinas do Direito Penal, do Direito Processual Penal e do Direito de Execução Penal. Elas são formadas por textos da Constituição Federal e os respectivos códigos e lei especiais, que comportam as múltiplas subdivisões como: Direito Penal ambiental, comercial, consumidor e econômico, tributário e financeiro, tantos quantos sejam os bens jurídicos protegidos consistentes no “interesse juridicamente protegido” (VON LISTZ, 1999).

Enquanto os elementos do sistema jurídico penal constituem-se dos fatos, valores e as normas; os fatos sociais, políticos econômicos e culturais são características de um tipo de civilização e de cultura externos aos indivíduos que os produzem. Já os

valores, num sentido amplo significam tudo àquilo que é desejado, apreciado e louvado. Em sentido filosófico significa a qualidade ou o caráter que torna os objetos dignos de serem apreciados. O valor não se confunde com o bem que é o seu objeto e definido em geral como tudo o que possui valor dignidade consideração e apreço. (ESTEFAM, 2010).

1.8 Movimentos de Reforma do Sistema

1.8.1 O movimento de lei e ordem

Esse movimento caracterizar-se pela reação ao fenômeno da criminalidade no plano interno, levando imediato acréscimo das propostas de medidas repressivas. Seria a ideologia da repressão, centrada em severos regimes punitivos e que aparecem sob a capa de movimento de lei e ordem.

O programa de “tolerância zero”, implantado na cidade de Nova York, pelo prefeito Giuliani, visava a redução da criminalidade, foi considerado um instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza e da “retórica militar de guerra ao crime” à “reconquista do espaço público”, que nivela os sem-teto, mendigos e até imigrantes aos criminosos reais ou imaginários. (WACQUANT, 2001, p. 30)

No Brasil, as “propostas de criminalização” surgem das reformas pontuais do Direito Penal, comumente para se atender ao clamor nacional que emerge da repulsa aos crimes que chocam a opinião pública, muitas vezes, levada à exaltação pelos meios de comunicação. Esse fato tem contribuído com o fenômeno da microssistematização do Direito Penal, violando o *jus libertatis*, especialmente o princípio da proporcionalidade da pena, por considerar falsamente, que a criminalização de condutas e o recrudescimento das penas reduzem a criminalidade.

1.8.2 O Discurso político do crime

Alguns autores como Reale Júnior, (2002), destacam que dos regimes democráticos, decorre o discurso do crime caracterizado pela exploração dos temas do delito e do delinquente com a finalidade de legitimar ou contestar o poder. A mídia teria assumido o papel de juízes paralelos ao noticiarem, comentar e julgar antecipadamente os fatos. A eles se ligam muitos formadores de opinião em cenário dos poderes do Estado. Dos parlamentos eclodem os discursos pela adoção de penas cruéis, a redução da maioria penal, como forma de aquietar a sociedade, quando em comoção pela prática de delito hediondo. O discurso político do crime é o mais poderoso fator de injustiça nos casos concretos de violações dos princípios da dignidade humana e da inocência.

1.8.3 Movimento Abolicionista

O abolicionismo penal, afirma Louk Hulsmann (apud PASSETTI) — um dos seus principais formuladores contemporâneos —, é um movimento social e acadêmico. Procura envolver pessoas e organizações solidárias à liberdade, interrogar os efeitos provocados pelas sucessivas reformas penais modernas, que não solucionam os problemas acumulados no interior do sistema penalizador, e amplificar a constatação acerca da exploração já conhecida e sistematizada desde o século XIX.¹³

Nos últimos tempos e especialmente nos países da América Latina, uma nova abordagem abolicionista tem assumido posição relevante ao denunciar a falta de legitimação do sistema penal, compreendendo não somente o tema das reações penais, mas também o conjunto dos sistemas positivos com grande destaque para o repertório dos ilícitos criminais. Estes não estariam correspondendo aos anseios de uma justiça material, mas, ao contrário sancionando um tipo de violência seletiva. (ZAFFARONI, 1995).

¹³ Sociedade de controle e abolição da punição
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000300008&script=sci_arttext

O movimento de abolição da pena privativa de liberdade é muito antigo e corresponde ao grau de evolução do sistema das alternativas penais entre elas a pena de multa. As reformas penais de 1977 e 1984 viriam consagrar a orientação de eliminar, gradualmente, a pena privativa de liberdade nos crimes de menor gravidade, substituindo-as por alternativas que pudessem cumprir as funções de prevenção e repressão. As penas de multa e as restritivas de direitos constituem nos dias correntes as providências utilizadas em larga escala para responder às infrações de menor potencial ofensivo, como se poderá verificar dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei 9.099/95, além da suspensão condicional do processo, prevista em seu artigo 89. Desse modo, a pena de prisão está reservada para as hipóteses de maior gravidade, quanto ao bem jurídico ofendido ou condição pessoal do autor. (DOTTI, 2002)

1.8.4 Movimento Crítico

Polarizado pelas ciências sociais que referendam a nova Criminologia, esse movimento defende que o fenômeno do crime necessita ser analisado sob diversos ângulos. No entanto, o jurista, quase sempre o identifica separadamente dos fenômenos que devem ser conhecidos na realidade em suas relações, em suas causas e efeitos. Os juristas de visão conservadora, afastam de seus esquemas de interpretação e de aplicação do Direito, o argumento de que tais conhecimentos versam sobre fenômenos como se apresentam na realidade, enquanto o Direito versa sobre as condutas que os homens devem observar na sociedade, sendo-lhe, portanto, conferido um caráter axiológico, distinto e não assimilável. Assim, o jurista tem se apresentado a si mesmo como os conservadores de uma ciência induzida, destinada a garantir como verdade tudo aquilo que se relaciona com as regras de organização da sociedade humana, com a disciplina de comportamento das pessoas que vivem dentro dela e com a solução dos conflitos que brotam da vida social. Em virtude do “compromisso” de preservação das normas jurídicas, como expressões de uma ordem estabelecida, os juristas buscaram

separar se dos conhecimentos especializados que floresceram a partir do final do século XIX. (DOTTI, 2002).

São estas as razões, que contribuíram para o isolamento do Direito Penal, nesse período, todavia a partir da década de 1990, os códigos penais europeus foram alterados para se acolher os postulados científicos das ciências que pesquisam o comportamento humano.

1.8.5 Direito Penal do Inimigo

O Direito penal do inimigo é uma teoria enunciada por GÜNTHER JAKOBS, doutrinador alemão que a sustenta, desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e internacional. A tese de Jakobs se fundamenta em na antecipação da punição do inimigo; na desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de certas garantias processuais; criação de leis severas direcionadas à clientela, como terroristas, integrantes do crime organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros, resultando em uma “engenharia de controle social”. (JAKOBS, 1996).

Nos Estados Unidos, depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, com a declaração política de Guerra ao Terror, foram relativizados alguns direitos e garantias dos cidadãos, pelos serviços de inteligência do Pentágono, consistentes no rastreamento indiscriminado das comunicações telefônicas e eletrônicas, em nome da segurança pública nacional.

No Brasil, há justo movimento pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, que se explica pela recente lembrança dos abusos do regime militar e pela omissão estatal na execução de políticas públicas. No entanto, o rigor excessivo, na proteção dos direitos individuais, pode levar o Judiciário, ao mesmo tempo, à expor o direito dos demais cidadãos. Recente julgamento do HC 166377 pelo STJ, por considerar inconstitucional a exigência do motorista submeter-se ao teste do

bafometro. Se a decisão, por um lado, atende ao princípio positivado da não produção de prova contra si mesmo, por outro, vulnerabiliza a coletividade¹⁴.

1.8.6 Teoria de proteção do bem jurídico

As teorias constitucionais do bem jurídico procuram formular critérios visando impor limitações ao legislador ordinário, limitando-o no momento de criar o tipo penal. O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição Federal, operando-se uma espécie de normatização de diretrizes político-criminais. O sistema punitivo vem se inspirando em concepção “funcionalista” defendida por Roxin e Rudolf, porque mais afinada, com a noção moderna de Estado de Direito democrático e social. O que no campo penal, seu objetivo só poderá ser o de garantir ao indivíduo, uma vida de paz em sociedade, embora cada situação histórica e social pode se definir diferentemente. (PRADO, 1997, p. 53).

Nesse sentido, ressalta Hanz Welzel:

A mera proteção de bens jurídicos tem somente um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrario, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proibir e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica revela na forma mais concludente a disposição do Estado, na vigência inquebrantável destes valores positivos. (1997, p. 3)

O Direito Penal quer proteger antes de mais nada, determinados bens vitais da comunidade, como a integridade do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. São os chamados bens jurídicos e ai que impõe consequências jurídicas à sua lesão ao desvalor do resultado. Esta proteção se cumpre, enquanto proíbe e castiga as ações dirigidas a lesões de bens jurídicos. (WELZEL, 1997)

No entanto, ante o fenômeno da criminalização do Direito Penal, que se expande para a tutela bens jurídicos, que poderiam receber proteção não penal, acaba por resultar em prejuízo do *jus libertatis*.

¹⁴ <http://www.contextojuridico.com.br/bafometro-stj-aplica-entendimento-sobre-aplicacao-da-lei-seca/>
Bafômetro: STJ aplica entendimento sobre aplicação da lei seca – Acesso: 20.10.2010

II- DAS PENAS

2.1 Evolução

A historicidade do crime e das penas apresentada pela doutrina penal, possivelmente com objetivos didáticos, prioriza a análise das espécies de penas, com vistas à periodização na História, portanto, percorrendo-se a linha do tempo. Enquanto a diversidade cultural das civilizações que sucederam umas às outras, cada qual - com características próprias para responder a violação dos interesses individuais ou do grupo - pouco é considerada. Por isso, ao menos, descritivamente, tornou-se comum, associar a aplicação das penas cruéis aos remotos períodos da Antiguidade e da Idade Média. Ao passo que, atribuem a abolição ou a mitigação das penas corporais, à prevalência da razão sobre os instintos primitivos do homem, o que vem se consolidando em quase todos os países, com a sucessão dos estados absolutistas pelos democráticos de direito. Por esse motivo optamos por não fazer esse clássico histórico já que seria impossível nesse trabalho e pelo fato de que fugiria de nosso objetivo.

Porém, o que percebemos é que a chegada do século XXI, embora marcado por excepcional avanço tecnológico, não foi suficiente para impor transformações significativas na cultura dos povos quanto à pena. Portanto, desde os Estados que se autoproclamam democráticos de direito, como os Estados Unidos; até os fundamentalistas, como Irã, Egito, Indonésia, dentre outros, seguem aplicando penas corporais e a pena de morte.

Vejam os a seguir, o estudo das penas, a partir das grandes civilizações, que influenciaram o processo evolutivo do *jus puniendi*, o qual passou pelo período da vingança privada, inicialmente marcado, apenas, pela reação pessoal de indivíduo contra indivíduo. Posteriormente, a comunidade social se colocava ao lado da vítima para punir o infrator; mas, a prevalência da arbitrariedade, muitas vezes, levava ao extermínio do infrator, de sua família, ou de seu grupo social. Todavia, o Código de Hamurabi, datado de XXIII a. C. ao defender pena de talião delimita o castigo, inibe o abuso e a desproporcionalidade da vingança. (NORONHA, 2001).

O período da vingança divina é representado, dentre outros, pelo Código de Manu, na Índia, que em razão de sua origem religiosa, objetivava expurgar as imperfeições da alma do criminoso. Enquanto a vingança pública consistia na defesa da segurança pessoal do rei e de seus interesses, a pena era aplicada com austeridade e crueldade, objetivando a intimidação. Outro exemplo ocorre na Roma republicana, a pena de talião e a composição são adotadas na Lei das XII Tábuas, apesar de guardar um caráter religioso do culto aos deuses do paganismo, seguiu-se com os abusos contra o infrator, sendo atenuados com o advento do Cristianismo que trouxe o princípio da ordem moral. (NORONHA, 2001). Sabemos que as penas aplicadas pelo cristianismo católico foram igualmente cruéis, principalmente em períodos em que se necessitava de controles políticos e afirmação da soberania do papa.

No século XVIII, com o Iluminismo, inaugura-se o período humanista, quando Cesare Beccaria¹⁵ publica em Milão, no ano de 1764, a obra *Dos Delitos e das Penas*, de grande repercussão, opondo-se vigorosamente à tradição jurídica e a legislação penal vigente, sua assertiva era contundente quanto ao abuso do *jus puniendi*.

O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranqüilo moderador das paixões particulares, possa albergar essa inútil crueldade, instrumento do furor do fanatismo, ou dos fracos tiranos? (BECCARIA, 1997, p. 52).

O autor citado apresenta diversas críticas ao sistema penal de seu tempo, como: o uso da lei em favor de minorias autoritárias; ressalta a idéia de proporcionalidade entre os delitos e os crimes; prega a necessidade de clareza nas leis e rejeita o pretexto de muitos juízes, no sentido de que era preciso consultar o “espírito da lei”; analisa a origem das penas e do direito de punir do estado; defende a moderação das penas e se opõe enfaticamente à pena de morte e ao emprego de tortura para a obtenção de provas do delito (DOTTI, 2002).

¹⁵ Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (Milão, 15 de março de 1738 — Milão, 24 de novembro de 1794) foi um jurista, filósofo, economista e literato italiano.

A pena não pode representar a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei. Sendo, portanto, única e verdadeira medida do delito, o dano causado à nação. Em razão disso, propõe que o delito de furto deveria ser punido somente com a pena pecuniária; fundamentando que a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade. (BECCARIA, 1997)

O pensamento crítico de Beccaria contribui para o abrandamento do sistema punitivo, propondo relevantes diretrizes para efetividade, proporcionalidade e humanização da pena. Enquanto, Lombroso, após estudos efetuados entre soldados, durante a guerra, enfermos mentais e presos minuciosamente examinados, publica a sua pesquisa em 1876, com o título *L'uomo delinquente*. Seu método investigativo era claramente positivista, tendo sido, inclusive, empregado por Darwin, Lamarck, Despine outros. Em seu trabalho, examinava o infrator e o crime, considerando-os provenientes de atavismos da herança instintiva do homem primitivo, cujos acentuados traços, repercutiriam na organização física e moral dos criminosos. Além de Lombros, integravam à Criminologia Positivista, Enrico Ferri socialista italiano e autor da obra *Sociologia Criminal*, 1884, que sem considerar fatores de ordem fisiológica, buscou estudar os criminosos, apontado causas econômicas e sociais na gênese do delito. (NASCIMENTO, 2007)

No Brasil, as conquistas da Escola Positivista foram acolhidas com entusiasmo por Tobias Barreto de Meneses, da Faculdade de Direito do Recife, encontrando nesse jurista, o seu mais árduo defensor que se integrou, mais tarde, à Escola do Recife. Enquanto, Machado de Oliveira, Cândido Mota e outros docentes da Faculdade de Direito de São Paulo, instituíram no ano de 1895, na Sociedade de Antropologia Criminal, Psiquiatria e Medicina Legal. (DOTTI, 2002)

No entanto, quando da elaboração do Código Penal brasileiro, em 1940, a Criminologia Positivista já entrava em declínio, considerando-se o Movimento de Purificação do Direito, influenciado pela Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que

defendia a exclusão de quaisquer referências apresentadas pelas demais ciências humanas. Por isso, o Código Penal pátrio, naquele momento, não acolhera os importantes postulados criminológicos, apenas abrindo-se, timidamente a elas, com reforma penal de 1984, com a adoção das penas restritivas de direitos. (BRASIL, CP, 2010).

2.2 Das penas adotadas no Brasil

Ao tempo do período colonial, no Brasil, vigoraram as Ordenações Manuelinas substituídas depois pelas Ordenações Filipinas com vigência entre 1578 até 1621, que cominava a pena de morte aos feiticeiros, hereges, incestuosos, homossexuais, bem como ao infiel que dormisse com cristã ou cristão. A essa crueldade, se somava o emprego banalizado de torturas para se extrair confissões dos acusados. (COSTA JR, 2007)

Proclamada a independência, adveio a reforma penal que marcaria o período imperial, sendo acolhido o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, que resultou na aprovação, em 1830, do Código Criminal do Império, influenciado pelas idéias iluministas. O novo diploma colhe os princípios da anterioridade da lei penal, da irretroatividade da lei mais severa ao réu e da personalidade de pena, servindo de paradigma para os códigos da Espanha em 1848 e Portugal em 1852. No entanto, previa a pena de morte e a tortura, fazendo distinção entre as classes sociais. (DOTTI, 2002)

Com a efetividade do Movimento Abolicionista, seguido pela proclamação da República, faz surgir em 11 de outubro de 1890, o primeiro Código Penal republicano, por meio do Decreto 847. Pouco antes de sua vigência, o Governo provisório do Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, editou o Decreto 774 de 20 de setembro de 1890, adiantando-se em abolir as penas de galés, reduzindo para trinta anos as penas de prisão perpétua e instituindo a detração penal e a prescrição das penas.

O segundo código penal republicano, que passou a vigorar desde 1940 até hoje, acolheu os postulados do movimento técnico-jurídico, impondo severo hermetismo ao

direito penal, à esteira dos diplomas penais europeus da época, enquanto os princípios da legalidade, humanidade, personalidade outros postulados importantes foram negligenciados pelo legislador de 1940. Por outro, lado, pela primeira vez, se previa as medidas de segurança aos inimputáveis por doença mental, os quais deveriam ser internados nos Manicômios Judiciários e os semi-imputáveis em Casa de Custódia e Tratamento. Nesse particular, até a reforma de 1984, vigorava o sistema do *duplo binário*, consistente na imposição de pena, acrescida de medida de segurança. Atualmente é facultado ao juiz, atendendo ao princípio de necessidade da pena, aplicar pena ou medida de segurança como se observa no artigo 98 do CP. (BRASIL, CP, 2010).

Todavia, esse dispositivo do Código Penal é de reduzida efetividade no processo penal, em razão da diminuta percepção da Justiça Criminal, para detectar os acusados com anomalias psíquicas, que sem lhes diminuïrem a capacidade intelectual, afetam os processos de autodeterminação, cujo fenômeno, na atualidade é amplamente estudado pela Psiquiatria Forense e a Neurociência, consiste no eixo temático da presente pesquisa.

A Reforma Penal de 1984 trouxe o mais significativo avanço no tocante às penas, com a instituição das penas restritivas de direitos, também denominadas alternativas porque substituem as privativas de liberdade conforme preceitua o artigo 44 do CP. As penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Estas penas devem substituir às privativas de liberdade, quando ao serem aplicadas estas, não excederem quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou qualquer que seja a pena, se o crime for culposo. (BRASIL, CP, 2010).

Prevalecendo, assim, o entendimento, de que a introdução no sistema penitenciário, do infrator condenado à pena de prisão de curta duração, não é recomendada, por reconhecer o estado, a influência criminógena do cárcere.

Na década de 1990, o modelo político criminal *consensuado* inspirou a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O referido diploma prioriza a aplicação dos princípios da simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade; propugnando a referida lei, que se deve buscar sempre a conciliação e a

transação. Em seu artigo 2º, enfatiza que o processo nas infrações de pequeno ou médio potencial ofensivo; o que a própria lei cuidou em delimitar, ao definir como tais, as contravenções penais e os crimes em que lei comine pena máxima, não superior a dois anos de prisão, cumulada ou não com multa, consoante previsão do artigo 61 da referida lei, modificada pela 10.259/2001. (BRASIL, CP, 2010).

Nas infrações de menor potencial ofensivo, são notáveis as transformações, ante a previsão da composição civil, com a reparação do dano, o que permite a extinção da pretensão punitiva estatal. Possibilitando ainda, a suspensão condicional do processo, nas infrações de média gravidade, cuja pena não exceda a um ano.

Desse modo, atualmente, nota-se grande tendência, em se distinguir a grande criminalidade da pequena, ajustando-se melhor à resposta penal, que necessita ser justa, útil e efetiva. (GOMES, 2008).

2.3 Medidas de Segurança

A medida segurança consiste na decisão judicial que substitui a pena convencional por tratamento de saúde ao imputado que sofra ou venha a sofrer de qualquer distúrbio mental. Romeu Falconi. Objetivando amparar o infrator, em vez de se lhe aplicar a sanção convencional, que somente é permitida aos penalmente saudáveis, ao mesmo tempo, que protege a sociedade da presumível potencialidade criminógena do desajustado mental. (MARCÃO, 2007).

Refletindo, desse modo, a teoria funcionalista de Claus Roxin.

O fim da pena e das medidas de segurança não são diferentes em sua essência. No entanto, os fins preventivos se perseguem pelas medidas de segurança de uma forma diferente e que a maioria das vezes contrasta com a orientação dos cometidos da pena no caso individual (1997, p. 103).

O Código Penal de 1940, quanto à medida de segurança, adotava o chamado “duplo binário”, consistente na aplicação da pena reduzida e medida de segurança ao infrator que apresentasse doença mental ou perturbação da saúde mental, que lhes

comprometiam a capacidade de compreenderem o caráter criminoso do fato ou de auto determinar-se de acordo com esse entendimento. Porém, a reforma de penal de 1984, promovida pela Lei 7.209/84, prevê a aplicação obrigatória de medida de segurança detentiva ou não aos inimputáveis. Enquanto, aos semi-imputáveis possibilita ao juiz, a faculdade de aplicar somente pena reduzida ou medida de segurança ambulatorial ou detentiva, em face de critérios que melhor atenda à condição psíquica, a personalidade do agente e a finalidade jurídica e social da pena, consoante o disposto nos artigos 97 e 98 do Código Penal. (BRASIL, CP, 2010).

III- TEORIA GERAL DO CRIME

3.1 Do fato típico e antijurídico

O conceito material de crime, remonta ao próprio Direito Penal codificado e indaga por critérios materiais da conduta punível, por tanto, o conceito material de delito é anterior ao Código Penal, e quem subministra é o legislador, por um critério político-criminal. Elegendo assim, quais condutas serão punidas, cuja descrição deriva da missão do Direito Penal, que aqui se entende como proteção subsidiária de bens jurídicos, os quais, embora descritos em tipos normativos, não são estáticos, senão dentro do marco das finalidades constitucionais. Porém, segue aberta à transformação social e ao progresso do conhecimento científico. (ROXIN, 1997).

Certamente, é o legislador que criminaliza determinada conduta, por meio de um tipo penal, entretanto, a definição técnica de crime, cabe ao Direito Penal. Assim, “deve ser considerado crime, toda ação ou omissão consciente e voluntária que estando previamente definida em lei cria um risco juridicamente proibido e relevante” (ROXIN, 1997, p. 158).

Não se pode negar a existência de autores afirmando que o crime é o fato típico, antijurídico, culpável e punível, todavia, esse conceito tem reduzido prestígio na Doutrina, porquanto a punibilidade não pode ser considerada elemento do crime, vez que lhe é exterior. É possível que o crime ocorra, mas que, por motivos alheios à conduta delitiva, não se poderá aplicar a sanção penal, com a ocorrência da prescrição.

Costuma-se designar como “clássico”, o autor que diz ser o crime fato típico, ilícito e culpável, e “finalista” aquele que afirma ser fato típico e ilícito. Embora tais conceitos sejam recorrentes, não são precisos. A aceitação da teoria finalista da ação, que revolucionou o direito penal da metade do século passado, não implica necessariamente a conclusão de que o crime é fato típico e antijurídico. Há diversos “finalistas” que defendem ser o crime fato típico, antijurídico e culpável, dentre eles Hans Welzel precursor do finalismo. (ESTEFAM, 2010).

A ação humana para ser criminosa, há de compreender objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo o seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Não se nega ter o delito aspecto biossociológico, todavia ele existe apenas como fato, antes que a norma jurídica o defina como tal, sujeitando-o à sanção. Por isso, cabe ao Estado ditar normas necessárias à harmonia e ao equilíbrio sociais. (NORONHA, 2001).

No entanto, o Direito Penal moderno, na razão direta em que expande para criminalizar condutas, como salienta Baratta, avança sobre *jus libertatis* do cidadão, com o viés de controle social. Enquanto, inversamente promove a “despenalização” com a adoção e aplicação das penas restritivas de direitos em substituição às privativas de liberdade, para a maioria das infrações penais, fazendo emergir o fenômeno de “administrativização” do Direito Penal.

O conceito penal de crime apresenta natureza formal e normativa, que o jurista analisa o fato delitivo como abstração e não de forma direta ou imediata, mas tecnicamente por meio da figura típica prevista na norma. Desse modo, o conceito penal de delito é um conceito “jurídico-formal, normativo e estático”. Já as demais ciências como a Criminologia contempla o delito, antes de tudo, como problema social e comunitário, a exigir do investigador determinada atitude para se aproximar dele, portanto, um conceito “empírico, real e dinâmico” (GOMES, 2008).

Constituem elementos imprescindíveis do fato típico, a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade, sendo que alguns penalistas brasileiros reconhecem a importância da “imputação objetiva” de Roxin, como elemento complementar, sob a argumentação de que o nexa causal não pode ser concebido, exclusivamente, de acordo com a relação de causa e efeito. Posto que, o Direito Penal não pode ser regido por uma lei da física. Desse modo, além do elo naturalístico de causa e efeito, a referida teoria apresenta um requisito jurídico como a “criação de um risco proibido”. (ESTEFAN, 2010).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a sua incidência no direito penal brasileiro, ao afastar a tipicidade do fato, ainda que reconhecido o nexa causal entre a conduta dos acusados e a morte da vítima. Como segue: “à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma

situação de risco não permitido, não ocorrente na hipótese" (STJ, 5ª Turma, HC 46525/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 245).

Sendo de interesse para esse trabalho, o aprofundamento acerca da conduta humana, os demais requisitos deixarão de ser abordados.

O Código Penal, em seu artigo 18, considera crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. "Só a conduta baseada na vontade é penalmente relevante." (MAURACH, 1994, p. 242).

A doutrina penal considera que o dolo é vontade de agir, orientada para a realização do tipo de um delito. "Portanto, toda ação consciente é conduzida pela decisão de agir, dividindo-se no momento intelectual e volitivo. A conjugação desses dois momentos configura uma ação típica real formando o dolo". (ROXIN, 1997, p. 77).

O momento "intelectivo e volitivo" no Código Penal brasileiro segue representado, respectivamente, pela "capacidade de entender" o caráter criminoso do fato e "determinar-se de acordo com esse entendimento", consoante dispõe o artigo 26 *caput*.

Para a Teoria Finalista da Ação, a ação humana é exercício de uma atividade final, por isso, é um acontecer final, não somente "causal". A "finalidade" ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, podendo ensejar fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano e a consecução destes fins. (WELZEL, 1998, p. 39).

Para o finalismo, a essência da ação que determina toda a estrutura sistemática estriba em que, mediante sua antecipação mental e a correspondente seleção dos meios, o homem controla o curso causal dirigindo-se até um determinado objetivo, é dizer, "o supra determina de um modo final". (ROXIN, 1997, p. 199)

Contraopondo-se à teoria do finalismo penal, Iris Oldano (1998) argumenta que as necessidades humanas se manifestam como desejos e tendências, motivam e regulam a atividade do homem, para o qual é necessário que conte com o objetivo que o impulse em alguma direção e o motivo é o que lhe dirige a atuação, a fim de satisfazer uma necessidade. Todavia, não se deve confundir finalidade delitiva como motivação criminal; um mesmo motivo pode levar a atuar com fins distintos, o significado da ação é dado pelo motivo e não pela finalidade.

A conduta humana é o resultado de condições que podem ser especificadas e que, uma vez determinadas, é possível prever as ações reativas. Esta possibilidade encontra resistências, por se opor a uma tradição de longo tempo, que encara o homem como um agente livre, cujo comportamento é o produto, não de condições antecedentes específicas, mas de mudanças interiores espontâneas. Há de se reconhecer, a existência de uma *vontade* interna que tem a força de interferir com as relações causais e que torna impossível a previsão e o controle do comportamento. São forças coercitivas da conduta humana, que se prefere ignorar no âmbito do Direito Penal. (SKINNER, 2000)¹⁶

Desse modo, o ato de subtrair coisa alheia tem, para o Direito Penal, característica meramente patrimonial, entretanto, para a Criminologia, possui um significado, mais amplo, porque analisa os conteúdos biopsicológicos da conduta, como ressalta Antonio Garcia- Pablos de –Molina.

Do mesmo modo que um diagnóstico psiquiátrico diferencial, a Criminologia obriga a distinguir (ainda que juridicamente se trate de infrações patrimoniais, em todos os casos) o furto que comete o ancião por razão de sua demência, do que comete o neurótico em uma crise de ansiedade ou o cleptomaníaco, porque não controla os seus impulsos ou o feticista, por motivações sexuais, ou o oligofrênico, como consequência de seu retardo mental, ou o drogado, para financiar seu consumo, ou quem padece de um transtorno anti-social da personalidade, como consequência de sua psicopatologia ou uma psicose maníaca depressiva. O furto, em cada caso, tem um significado distinto. (2008, p. 68).

3.2 Da Culpabilidade

Toda ação consciente é conduzida pela decisão de agir, dividindo-a, como já visto, em dois momentos: “momento intelectual” como consciência do que se quer e

¹⁶ **Burrhus Frederic Skinner** (Susquehanna, Pensilvânia, 20 de Março de 1904 — Cambridge, 18 de Agosto de 1990) foi um autor e psicólogo estadunidense. Conduziu trabalhos pioneiros em psicologia experimental e foi o proponente do Behaviorismo Radical, abordagem que busca entender o comportamento em função das inter-relações entre a filogenética, o ambiente (cultura) e a história de vida do indivíduo (tradução livre).

“momento volitivo” pela decisão de se querer realizá-la. Concluindo que tais momentos, conjuntamente, configuram uma ação típica real, formando o dolo. (WELZEL, 1997)¹⁷

Igualmente, Reinhart Maurach define a ação como uma conduta humana relacionada com o meio ambiente, dominada por uma vontade dirigente e encaminhada a um resultado; em seguida destaca que, “só a conduta baseada na vontade é penalmente relevante” (1994, p. 242).¹⁸

Se de acordo com o Finalismo, o dolo faz parte do tipo penal, portanto, requisito do crime, enquanto a “culpabilidade é pressuposto da pena” na magna lição de Welzel; impõe-se, desse modo, a análise do juízo da imputabilidade, o qual recai sobre as “condições pessoais” do autor, que lhe dão capacidade penal para lhe ser atribuída a prática do delito. “Só uma conduta culpável há de ser reprovada” (ROXIN, 1997)¹⁹. Enquanto Welzel sintetiza: “a compreensão da essência da culpabilidade reside na reprovação” (1997, p. 167)²⁰.

Consoante a doutrina dominante, a culpabilidade seria a reprovação pessoal, porém, “o direito vigente só conhece uma individualização semelhante a nível da aplicação judicial da pena e não para a fundamentação da culpabilidade”. (MAURACH, 1994, p. 517, 13)²¹.

Entretanto, Welzel rechaça a possibilidade de se individualizar a culpabilidade ao ressaltar que todo conhecimento científico encontra aqui seu limite, desse modo, não se pode converter em objeto, algo que por princípio não é suscetível de objetivação. Vejamos a seguir, a síntese de seu fiel pensamento: “O ato pelo qual o homem se eleva

¹⁷ Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo - el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo.

¹⁸ Como punto de partida, puede definirse a la acción como una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado. (Tradução livre)

¹⁹ El concepto normativo de culpabilidad sólo afirma que una conducta culpable ha de ser “reprochable” (tradução livre)

²⁰ La comprensión que la esencia da la culpabilidad reside en la “reprochabilidad” (en el “poder en lugar de ello” del autor en relación a su estructuración antijurídica de la voluntad) ha sido el resultado de un largo proceso de desarrollo. (Tradução livre)

²¹ Sin embargo, el derecho vigente solo conoce una individualización semejante a nivel de la medición judicial de la pena, no así para fundamentación de la culpabilidad (Tradução livre)

do mundo dos objetos da experiência, para converter-se em sujeito autorresponsável, escapa a toda possibilidade de objetivação”. (WELZEL, 1997, p. 182)²².

A incursão na doutrina penal alemã, não tem por objetivo questionar a objetivação do dolo, ou arguir a superada subjetividade da culpabilidade, como liame psicológico entre o autor e o fato. Nesse aspecto, é importante a definição do jurista Miguel Reale Jr de que “a imputabilidade é um dado distintivo da pessoa humana, razão pela qual constitui um pressuposto da ação, vista esta decorrência de uma opção valorativa. O inimputável, nesse sentido, não age, pratica fatos”. (2002, p. 208)

Portanto, o princípio da culpabilidade é a aplicação do *nullum crimen sine culpa* no nível da culpabilidade.

Não há pena sem reprovabilidade e que o autor, haja tido a possibilidade exigível de conduzir-se conforme o direito. Assim, “como se podem resolver questões sobre a imputabilidade do sujeito se não se leva em conta os conhecimentos psiquiátricos e psicológicos (MUÑOZ CONDE, 2008, p. 12).

O Código Criminal do Império de 1830, quanto à responsabilidade penal, reconhecia somente os imputáveis e inimputáveis, não prevendo, portanto, a semi-imputabilidade. Vejam-se os seguintes dispositivos:

artigo. 10. Não se julgarão criminosos os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervallos, e nelles commetterem o crime e o Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente. (BRASIL, 2010c)

Igualmente, o primeiro Código Republicano (1890), projeto de Batista Pereira, deixou de contemplar a semi-imputabilidade, mantendo-se a lei penal, entre os dois extremos, presença ou ausência da imputabilidade, como se observa dos seguintes artigos:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 3.º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4.º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commetter o crime;

§ 7.º Os surdos- mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrucção, salvo provando- se que obraram com discernimento.

²² Aquel acto por el cual el hombre se eleva del mundo de los objetos de la experiencia para convertirse en sujeto autoresponsable, escapa a toda posibilidad de objetivación. (Tradução livre)

Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues as suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim o exigir para segurança do publico. (BRASIL, 2010d).

Somente em 1940 com advento do novo Código Penal, foi reconhecida a semi-imputabilidade, além dos imputáveis e inimputáveis, estabelecendo-se as medidas de segurança. Posteriormente, como visto, a reforma penal de 1984 introduziu significativo avanço, ao adotar a medida de segurança restritiva para tratamento ambulatorial, portanto não detentiva, limitando-se essa modalidade de tratamento aos crimes cuja pena máxima não for superior a quatro anos.

Todavia, permaneceu indiferente, ao conhecimento das demais ciências que empregam terminologias científicas precisas e, portanto mais adequadas, do que as expressões “doenças mentais” e “perturbação da saúde mental” utilizadas pelo Código Penal, que são reducionistas e tecnicamente inadequados, ante às classificação das anomalias psíquicas da Psiquiatria contemporânea. Estas terminologias são empregadas no artigo 26 e parágrafo único do CP, para designar as causas que excluem ou diminuem a imputabilidade. A referida inadequação técnica, repete-se no Projeto de Reforma do Código Penal de 2002, ora em trâmite no Congresso Nacional, seguindo-se inalterado nessa questão, o que contribui para a violação do direito à liberdade e dos princípios que devem nortear a aplicação da pena.

3.2.1 Individualização da Culpabilidade

Se o pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade, cujo elemento fundamental é a “livre vontade”, então a conduta incriminada decorrente de anomalia psíquica ou neuropsíquica, seguramente, não poderia ser considerada ação livre. A culpabilidade, nesses casos, merece a análise da Justiça Criminal, sob a ótica dos fundamentos científicos da Criminologia, para a garantia do *jus libertatis* proclamado na Constituição Federal, como direito fundamental da República e ensejar mínima visibilidade à cifra negra constituída por esse grupo de pessoas.

O Código Penal, embora arcaico e hermético no que tange aos aspectos psicológicos do infrator, prevê importante solução para os casos de semi-imputabilidade no artigo 98 como visto; considerando-se que essa norma faculta ao juiz, a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança não detentiva equivalente, portanto, ao tratamento clínico.

Como se vê, não há óbices técnicos para se reconhecer as condutas que sejam perturbadas por desordens neuropsíquicas que violam a lei penal, porém, existem fatores impeditivos, como o fenômeno do etiquetamento²³ ou controle social, que ainda hoje, fomenta o estereótipo do louco medieval na cultura popular, a transcender, desta para a cultura jurídica brasileira. “O Estado Moderno e o seu característico “monopólio da violência física”, legitima-se pela legalidade, fazendo com que o seu poder de castigar também encontre na legalidade a sua legitimação” (SANCHES, 2006, p. 149).

Esse grupo de infratores por fugir do estereótipo da excentricidade comportamental, acaba despercebido no curso da ação penal, pelos motivos até aqui alinhados, bem como, pelo mecanicismo processual, sendo, portanto, considerado imputável. Essa invisibilidade, o leva à pena privativa de liberdade, a sua conduta motivada por anomalias psíquicas, que em regra, encontra correlação com uma norma penal, que tutela determinado bem jurídico; o que basta ao Direito Penal, para classificar a referida violação como um fato criminoso, enquanto a causa motivadora da conduta, segue ignorada pela Justiça Criminal, em razão de seu descompasso científico com a Criminologia. Nesses casos, geralmente, o próprio infrator também desconhece a gênese de sua habitualidade criminal que, resignado aceitou o estereótipo de criminoso. Assim, uma reposta penal inadequada, além de violar os direitos fundamentais da pessoa humana, poderá agravar a sua psicopatologia, porque seguirá sem o tratamento médico especializado, gerando ciclos viciosos de delitos, a traduzirem-se, por reincidências muitas vezes, incompreensíveis.

No Direito Penal, a tarefa da Criminologia é reduzida à explicação causal do comportamento criminoso, baseada na dupla hipótese do caráter complementar

²³ Teoria da Sociologia Criminal, que se refere ao *labelling approach traduzida por* etiquetamento, rotulação ou reação social, defendida por Howard Becker e Erving Goffman, no sentido de que os grupos sociais criam os desvios, ao fazerem as regras cuja infração constitui o desvio e ao aplicarem tais regras a certas pessoas em particular, qualificam-nas como criminosas.

determinado do comportamento criminoso e da diferença fundamental entre os indivíduos criminosos e não criminosos (BARATTA, 1993. p. 43).

O Direito Penal ao manter a sua fixação na tutela do bem jurídico e na ordem pública, leva à responsabilidade penal objetiva, o que é inaceitável no Estado de Direito hodierno. “Se uma justiça penal completamente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade”. (FERRAJOLI, 2006, p. 282).

“No tratamento das causas de exclusão de culpabilidade, existem marcantes exemplos desta orientação que conduz à responsabilidade objetiva, como a doença mental e o distúrbio de consciência” (DOTTI, 2002, p.81).

O Tribunal Constitucional Federal alemão declara que o princípio da culpabilidade deriva não só dos princípios gerais do Estado de Direito material, senão ademais especificamente da obrigação de se respeitar à dignidade humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena²⁴ (JAKOBS, 1996, p. 16).

A síntese analítica da dogmática penal acerca da imputabilidade da conduta humana evidencia a polarização do Direito Penal na proteção do bem jurídico, enquanto a subjetividade do comportamento humano se encontra enclausurada na objetivação normativa do dolo, embora psicológico. Nesse sentido, veja-se: “O direito vigente só conhece uma individualização semelhante no nível da aplicação judicial da pena e não para a fundamentação da culpabilidade”. (MAURACH, 1994, p. 517). No direito penal pátrio, essa individualização se dá apenas no momento da fixação da pena, prevista no artigo 59 do CP.

Para o Direito Penal, ciência do “dever ser”, o delito tem natureza formal e normativa e por isso, compreende apenas parcialmente a realidade, por meio de critério valorativo. Em razão disso, o jurista trata o fato criminoso como abstração, não de forma direta ou imediata, mas, por meio da figura típica da norma; embora, “os fins imediatos do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos do homem e da comunidade”. (DOTTI, 2002, p. 48).

²⁴ El Tribunal Constitucional Federal alemán deriva el principio de culpabilidad no solo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena. (Tradução livre).

Todavia, o Direito Penal não basta a si mesmo para explicar a vontade humana, que é adotada como fundamento do dolo, é o que leciona Roxin destacando: “O Direito Penal moderno, não pode ser refratário à contribuição das demais ciências, cujo saber interdisciplinar deveria integrar uma *ciência global de Direito Penal*”. (1997, p.47).

Nota-se que a doutrina penal de Roxin guarda estreita sintonia com a Criminologia que é a *ciência do ser* e se ocupa com a “imagem global do fato e do seu autor” (MOLINA, 2008, p. 68), qual seja, a etiologia do fato real, sua estrutura interna e dinâmica, formas de manifestação, técnicas de prevenção do mesmo e programas de intervenção junto ao infrator.

A dogmática normativa penal marcada pelo seu isolamento científico implica na limitação de suas funções precípua e resulta na ineficácia da aplicação da pena, ao não prevenir o crime e, principalmente, no desrespeito ao direito de liberdade, como ressalta Francisco Conde Muñoz.

Daí a importância que, para evitar a cegueira frente à realidade que muitas vezes tem a regulação jurídica o *saber normativo*, ou seja, o jurídico deva ir sempre acompanhado, apoiado e ilustrado pelo *saber empírico*, isto é, pelo conhecimento da realidade informado pela Sociologia, Psicologia, Antropologia ou qualquer outra ciência, de caráter não jurídico, que se ocupe de estudar a realidade do comportamento humano em sociedade. (2008, p. 5).

Igualmente, defende Flávia Piovezan (2008, p. 208), que “a cultura tradicional, via regra, concebe o direito como instrumento de preservação e contenção social; havendo a necessidade de se despertar o potencial ético e transformador do fenômeno jurídico, cabendo aos operadores do direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores”.

IV- CRIMINOLOGIA

4.1 Importância da Criminologia para o Direito Penal

A expressão “criminologia” fora empregada pela primeira vez pelo antropólogo francês Topinard em 1879, em seguida, por Rafael Garofalo, na Itália, que no ano de 1885, empregou-a na publicação de seu livro “Criminologia”. Jimenez de Asúa define Criminologia como sendo um estudo causal- explicativo do delito e Meszger a conceitua ciência do delito como um processo real fático (ALVES, 1986).

No entanto, a Criminologia, na clássica definição do professor García-Pablos de Molina, é definida como:

Ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da personalidade do infrator, da vítima e o controle social do comportamento delitivo e trata de subministra uma informação válida contrastada sobre as gênese, dinâmica e variáveis principais do crime -contemplando este como problema individual e como com problema social-, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo, das técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e os diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito. (2007, p. 29)

É uma ciência porque satisfaz os requisitos da epistemologia, uma vez que ela tem objeto específico que é o homem criminoso e a criminalidade, usa método próprio, que é o indutivo, partindo dos influxos exógenos e endógenos e se valem da História, Estatísticas, Sociologia, Biologia e demais ciências humanas. É uma ciência autônoma, porque não obstante valendo-se do conhecimento e meios de pesquisa dessas disciplinas, ela tem por finalidade, objeto e métodos próprios. Não importa que se relacione ou se comunique com outras ciências que se preocupam também como o ser humano, seu comportamento e relacionamento no meio social, mas com relação ao comportamento criminoso, o homem criminoso em si, o seu relacionamento no meio social, a criminalidade e a insegurança que esta gera no meio social. (FARIAS JÚNIOR, 1993).

Como se pode perceber, o autor citado utiliza em seus estudos uma série de ciências auxiliares para explicar o fato criminoso em sua totalidade. Daí ressalta, o quanto o Código Penal brasileiro, tão influenciado pelo positivismo jurídico, encontra-se distante das novas propostas e estudos da Criminologia.

A moderna Criminologia participa de uma imagem mais complexa do fenômeno delituoso de acordo com o rol ativo e dinâmico que atribui aos protagonistas do mesmo; sendo-lhe relevante o estudo do delinquente, vítima e comunidade, bem como, os demais fatores que convergem e interagem no cenário criminal. Ressaltando ainda, o aspecto humano e conflitante do delito e seus elevados custos pessoais e sociais; busca demonstrar a realidade do fato típico, a partir da análise científica de sua etiologia, sua gênese e dinâmica; não desconsiderando o debate político criminal sobre as técnicas de intervenção e controle da criminalidade. Nesse modelo teórico, o castigo do infrator, não esgota as expectativas de que o fato delitivo desencadeia; ressocializar o delinquente, reparar o dano e prevenir o crime são objetivos de primeira grandeza. Este é o enfoque cientificamente satisfatório e compatível com os postulados de um Estado Social e Democrático de Direito. (MOLINA, 2007, p. 511-2).

Desse modo, a Criminologia é uma ciência que estuda o homem criminoso, a natureza de sua personalidade marcada pelos traços psíquicos e comportamentais que dela emergem, bem como o meio social em que vive, revelando a gênese do fenômeno delitivo.

Durante séculos, diversas teorias de caráter moral e religioso foram elaboradas, visando explicar as razões do comportamento anti-social do homem; especialmente, quando resultam em delitos violentos que implicam em ataques à vida, à propriedade ou à liberdade sexual. A ofensa a estes bem jurídicos, dentre outros, constituem o núcleo do Direito Penal em todos os países, entretanto, foi no princípio do século XIX que se deu início ao estudo científico destes fatos, com aplicação de uma metodologia baseada fundamentalmente na experimentação e no estudo científico da individualidade corporal e psíquica dos autores de delitos. (MUÑOZ CONDE e WINFRIED HASSEMER, 2008)

4.2 Interdisciplinariedade do fenômeno do crime

Considerando-se que, o presente trabalho visa reunir fundamentos científicos que possam resultar na interface entre o Direito Penal com a moderna Criminologia, quanto à abordagem, compreensão, prevenção e repressão do fenômeno delituoso, cumpre inicialmente, apresentar a síntese metodológica dessas ciências e seus enfoques distintos sobre o mesmo fenômeno.

O Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, associando o delito como pressuposto da pena e esta como consequência jurídica daquele. Enquanto a Criminologia busca descortinar os fatores criminógenos e dar resposta às razões que tornam o homem o criminoso. (FARIAS JÚNIOR, 1993).

A Criminologia é uma ciência do *ser*, isto é, empírica; o Direito uma ciência cultural do *dever ser*, portanto, normativa. A primeira se serve de um método indutivo e empírico, baseado na análise e na observação da realidade, enquanto o Direito Penal se utiliza de um método lógico abstrato e dedutivo.

O saber empírico e saber normativo constituem categorias antagônicas, tendo em vista que a Criminologia pertence ao âmbito das ciências empíricas, significa em primeiro lugar, que o seu objeto sendo o delito, o delinquente, a vítima e o controle social, se insere no mundo real, do verificável, do mensurável e não no dos valores. (GOMES, 2008).

O Direito Penal parte de premissas *corretas*, impostas pelo positivismo normativo, para “deduzir” delas, as oportunas consequências, enquanto, a Criminologia inversamente analisa dados, que induzem às correspondentes conclusões, porém, suas hipóteses se verificam e se reforçam sempre, por força dos fatos que prevalecem sobre argumentos subjetivos da autoridade.

Assim, a Criminologia pretende conhecer a realidade, para explicá-la; o Direito valora, ordena e orienta aquela com apoio de um conjunto de critérios axiológicos; A Criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo, para demonstrar a sua gênese, sem prejuízos sem mediações, procurando obter dele uma informação direta; O Direito Penal limita interessadamente a realidade criminal, da qual apreende apenas parte dessa

realidade, observando-o sempre, sob o prisma do modelo típico estabelecido na norma jurídica, isto é, de forma mediata. (MOLINA, 2007)

Às características naturais do Direito Penal, acrescenta-se o tecnicismo jurídico-penal, cuja escola tem forte prevalência entre os penalistas pátrios, a inocular na cultura jurídica criminal, expressiva limitação dos operadores do direito, presos que se acham ao texto da lei, ampliando, com isto, o distanciamento entre a realidade do delito e a análise do Direito Penal.

4.3 Teorias Criminológicas

4.3.1 Teoria Antropobiológica

Difundida pelo médico psiquiatra Cesare Lombroso²⁵ (1835-1909), representa a diretriz antropobiológica, o seu Tratado Antropológico experimental do homem delinquente, publicado em 1876, marca as origens da moderna Criminologia, sendo por isso, considerado o seu fundador.

A contribuição de Lombroso à Criminologia não reside tanto em sua famosa tipologia, da qual se destaca a classificação do “criminoso nato” ou em sua teoria criminológica, elaborada a partir do “método empírico”. A sua teoria acerca do delinquente nato, fora formulada à vista dos resultados de mais de quatrocentas autopsias de infratores e seis mil análises de delinquentes vivos, bem como o atavismo, que a seu juízo caracteriza o tipo criminal, parece contar com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos europeus. Deste ponto de vista tipológico, distinguiu Lombroso seis grupos de delinquentes: o nato (atávico), o louco moral (morbo), o

²⁵Cesare Lombroso (Verona, 6 de novembro de 1835 — Turim, 19 de outubro de 1909) médico e cirurgião, catedrático da Universidade de Gênova, partindo depois para Viena, onde aperfeiçoa seus conhecimentos, alinhando-se com o pensamento positivista.

epilético, o louco, o ocasional e o passional. Posteriormente, o ilustre pesquisador mitigaria sua inicial classificação tipológica, com a sua obra “O crime, causas e remédios”, que implicaria no reconhecimento da transcendência de fatores sociais e exógenos do delito. (MOLINA, 2007, p. 258)

4.3.2 Teoria Sociológica Criminal

Considerado o precursor da Sociologia Criminal, Enrico Ferri²⁶ (1856-1929) defende que o delito não é produto exclusivo de nenhuma patologia individual, senão como qualquer outro fenômeno natural ou social, resultado da ação de fatores individuais, físicos e sociais. O delito é um fenômeno social com uma dinâmica própria e etiologia específica, com predomínio de fatores sociais. Basileu Garcia refere-se a Ferri como discípulo e continuador de Lombroso, desenvolvendo e ampliando as consequências do pensamento do seu mestre, estudou o fenômeno delituoso principalmente pelo prisma social, examinando-o como acontecimento que ocorre na vida do homem na sociedade. Em seu trabalho, Ferri conclui que: “o delito é um fenômeno social, com uma dinâmica própria, etiologia específica, no qual predominam os fatores sociais”. Portanto, valorizando fatores exógenos do delito, contrapondo-se, desse modo, à tese antropológica de Lombroso. (FARIAS JÚNIOR, 1993, p, 51)

4.3.3 Positivismo moderado de Garofalo

Grande parte do êxito e difusão da Escola Positiva se deve à prudência de Rafael Garofalo (1852-1934), jurista, magistrado e politicamente conservador, soube reformular os postulados do positivismo, pensando, antes de tudo, em atenuar os seus dogmatismos e os excessos doutrinários. Garofalo ao publicar a obra *Criminologia*, em

²⁶ Enrico Ferri (1856 – 1929), criminologista italiano e socialista, foi autor de "*Sociologia Criminal*" em 1884 e editor do periódico socialista *Avanti* !

1885, seguiu alguns traços da tese lombrosiana, porém, se distancia da base antropobiológica da mesma e do sociologismo de Enrico Ferri. A teoria de Garofalo é a fundamentação do comportamento e do tipo criminoso em uma suposta anomalia, não patológica, mas psíquica e moral, não correspondente à enfermidade mental. Tratando-se de um déficit na esfera moral de responsabilidade do indivíduo, entretanto, acerca da fundamentação da pena, fora radical ao defender que do mesmo modo que a natureza elimina uma espécie que não se adapta ao meio, o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências de convivência, aceitando, portanto a pena de morte. (MOLINA, 2007).

4.3.4 Criminologia Científica ou crítica

A Teoria da Nova Criminologia, também denominada radical ou crítica é considerada conflitual e representa a perspectiva atual da Criminologia, que se afirmou na década de 1970; surgida quase ao mesmo tempo, nos Estados Unidos, na Inglaterra, propagou-se, em seguida para os demais países da Europa e para o Canadá.

As bases de seu pensamento se polarizaram na crítica às posturas tradicionais da Criminologia de consenso, incapazes de compreender a totalidade do fenômeno criminal. A premissa do pensamento estava inegavelmente na idéia marxista, pois sustentava ser o delito um fenômeno dependente do modo de produção capitalista.

A partir do enfoque macrossociológico que se desloca do comportamento desviante, para os mecanismos de controle social, em especial para o processo criminalização das condutas a refletir na expansão do Direito Penal; cujo fenômeno provoca um momento crítico que contribui para a maturação da Criminologia, a qual tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade, em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal. Em razão disso, deixando de lado possíveis diferenciações no seu interior, ela se ocupa, hoje em dia, fundamentalmente da análise dos sistemas penais vigentes. (CALHAU, 2009)

A Criminologia contemporânea valoriza os conteúdos empíricos e científicos das ciências que a integram, para explicar o fenômeno criminal, centrando-se no psiquismo do agente, que deságua na conduta tipificada, mas sem ocupar-se da análise penal do fato.

Comprova a Criminologia que, em alguns casos, o que é típico para o Direito Penal, constitui na verdade, inequívocos sintomas de graves psicopatologias, como a prática de ato obsceno em público, a cleptomania, piromania, jogopatia ou ludopatia, dentre outros; que se constituem em comportamentos compulsivos que romperam a capacidade de autodeterminação, não obstante o entendimento do caráter delituoso desses fatos; o que não implicaria na exclusão da imputabilidade, mas o justo tratamento jurídico, com a imposição, nesses casos, de medida de segurança não detentiva, para a terapia ambulatorial, visando estabilizar o perturbado psiquismo do agente, afastando-o da inevitável reincidência do comportamento psicótico.

4.3.5 Criminologia no Brasil

Apresentando-se como severo crítico da Escola Positiva, Ruy Barbosa chegou a denominar seus defensores de “novos terroristas do magistério penal” ao acolher a Criminologia, ora se referindo a ela como “certa escola contemporânea”, ora como “escola antropológica criminal”. E virtude de sua brilhante atuação nos tribunais do júri e preocupado com a gênese do delito, assim se manifestou:

A sociedade em presença do crime não pode renunciar ao exame psicológico do criminoso. Há enfermidades morais que a massa encefálica não denuncia, podem existir estados aberrativos e degenerescentes da consciência sem alteração material do sistema que preside às faculdades superiores da vida no homem. Da alucinação a que esses tresvairados obedecem não se pode duvidar, nuns é o misticismo hereditário, noutros o delírio de perseguição, noutros a idéia fixa do martírio, quase sempre a degeneração atávica são os caracteres mais evidentes da epilepsia e da histeria. São quase sempre anormais, geralmente matóides ou semi-doidos. (BARBOSA, 2003, p. 50 e 51)

Entretanto quando da promulgação do Código Penal brasileiro de 1940, a Criminologia estava com o seu prestígio em declínio, ante a oposição dos penalistas da

década de 1930, filiados ao Movimento de Purificação do Direito Penal. Em razão disso, o referido estatuto penal fechou-se à Criminologia e na década de 1970, as ciências auxiliares do Direito Penal, sofreram total marginalização que as afastou dos currículos dos cursos jurídicos. Desse modo, a Criminologia, Vitimologia, Política criminal, Antropologia, Sociologia, Penologia e as demais ciências humanas, não tiveram ingresso nas especulações abstratas de um método asfixiado pelo “dogmatismo dos conceitos puros” e pela alienação da realidade humana e social.

Enquanto, a abordagem da Criminologia Positivista restringia-se à definição legal do delito, limitando o âmbito de suas investigações em torno das condutas tipificadas pelo Direito Penal; na Inglaterra, a partir da década de 1960, uma nova linha de pesquisa ampliava suas observações para além dos fatos que a norma definia como delito, passando a considerar os fenômenos anti-sociais para se compreender a gênese do delito. Esse fato permitiu integrar a Sociologia Criminal à “sociologia do desvio”, ou seja, à Sociologia contemporânea, segundo esse entendimento, a conduta desviante não deriva de uma qualidade relativa ao fato praticado, mas, de regras de censura aplicadas pela sociedade ao autor. (DOTTI, 2002)

4.3.6 Sociologia Criminal

Como visto Enrico Ferri²⁷ (1856-1929) é considerado o precursor da Sociologia Criminal, o qual defende que o delito não é produto exclusivo de nenhuma patologia individual, senão como qualquer outro fenômeno natural ou social, resultado da ação de fatores individuais, físicos e sociais.

Com o surgimento das teorias sociológicas da criminalidade, houve uma ramificação muito importante dessas pesquisas em dois principais grupos, fundamentadas na forma em que os sociólogos compreendem a formação da sociedade: consensual ou conflitual, sendo consideradas as de consenso, a escola de Chicago, a tese

²⁷ Enrico Ferri (1856 – 1929), criminologista italiano e socialista, foi autor de "*Sociologia Criminal*" em 1884 e editor do periódico socialista *Avanti!*

ecológica, associação diferencial, anomia e a subcultura delinqüente; enquanto as conflitivas são a *labelling* e a teoria crítica. (CALHAU, 2009)

A Sociologia Criminal estuda o crime como fenômeno social, cuja origem remonta às idéias de Rousseau, mas, a expressão “Sociologia Criminal” fora cunhada por Ferri, como já visto, para quem a Sociologia Criminal seria a ciência enciclopédica do delito. O objeto da Sociologia Criminal é a delinqüência como fenômeno social que emerge das massas, estudado a partir das estatísticas criminais dos agrupamentos sociais, com intuito de determinar as regularidades da produção do fenômeno, desse modo, o método empregado por essa ciência é o estatístico. Atualmente os estudos e estatísticas apresentados pela Sociologia Criminal, podem servir de diretrizes às políticas públicas de prevenção para a redução da criminalidade, como a ocupação do estado dos espaços em bairros densamente povoados, por meio da instalação de equipamentos comunitários, urbanização, emprego, dentre outros.

4.3.6.1 Escola de Chicago

Considerada uma teoria de consenso, deu grande impulso à Criminologia norte-americana a partir das décadas de 1920 e 1930, o Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, por seus membros passaram a defender uma observação mais direta dos ambientes sociais em que surgia a delinqüência, atribuindo à sociedade e não ao indivíduo as causas da criminalidade. Esta escola sociológica avaliou o crime como fenômeno ligado a uma área “natural”, historicamente coincide com o período das grandes imigrações e formação desordenada da cidade, com demograficamente saturados, culminando nos graves problemas do *ghetto*.

A moderna Sociologia Criminal, não se limita a diferenciar as concepções sociológicas e ressaltar a importância do “meio” na gênese da criminalidade e sim contempla o fato delitivo como fenômeno “social”, explicando o mesmo em função de um determinado marco teórico. A Escola de Chicago se caracterizou, pelo empirismo e por sua finalidade pragmática, concentrando suas investigações nos problemas sociais do momento. A partir a Escola de Chicago, surgiram diversos esquemas teóricos, os

quais exploram a relação entre a organização do espaço urbano e a criminalidade, como a tese ecológica, subculturais, de aprendizagem, de reação social e do etiquetamento ou rotulação, como se apresenta no próximo tópico. (MOLINA, 2007)

4.3.6.2 Tese ecológica

A Tese Ecológica distanciando-se do primitivo modelo da Escola de Chicago acentua a relevância dos fatores temporais e espaciais de uma parte e o fracasso do controle social de outra; explicando o efeito criminógeno da grande cidade, valendo-se de conceitos de desorganização e contágio inerentes aos modernos núcleos urbanos. Relaciona ainda, a deterioração dos grupos primários, a modificação qualitativa das relações pessoais que se tornam superficiais, crises dos valores tradicionais e familiares, superpopulação e a tentadora proximidade das áreas comerciais e industriais onde se acumulam riquezas. (CALHAU, 2009)

Certamente é o que se constata, nas cidades brasileiras de médio e grande porte, cujos fatores sociais, associados ao reduzido investimento em segurança pública pelo estado, que por sua vez, delega às empresas de segurança privada, com isto, fomentando os altos índices de criminalidade no país.

No entanto, a orientação mais representativa das teses espaciais e a da análise ecológica do *defensible space*, se orienta à prevenção do delito, por meio do desenho arquitetônico e urbanístico ambiental. O sentimento de vizinhança ou de comunidade evitaria a despersonalização, corresponsabilizando os moradores mais perigosos do que possa ocorrer. (GOMES, 2008)

As experiências exitosas da Colômbia, foram conquistadas com a urbanização dos bairros periféricos de Bogotá com alta concentração demográfica e a presença do Estado com a oferta dos serviços sociais básicos, resultou na acentuadamente redução dos altos índices de homicídios. O bem sucedido modelo fora estudado por representantes de diversos países; algumas das ações que o integram, atualmente, estão sendo implantadas na cidade do Rio de Janeiro, com a execução de projetos de políticas

de urbanização de espaços comunitários vulneráveis e a instalação das Unidades de Polícia Pacificadora.

4.3.6.3 Teoria da subcultura delinquente

O criador dessa teoria de consenso é o sociólogo norte-americano Albert K. Cohen, cujo marco foi o lançamento de seu livro *Delinquent Boys*, em 1955, onde defende que em toda sociedade existe sempre uma cultura oficial dominante, a qual sustenta a cultura social e jurídica do Estado e outras culturas que podem entrar em conflito com a aquela. O referido autor ressaltou a existência de subgrupos de categorias étnicas ou de jovens de estratos sociais economicamente mais baixos, os quais, ante as frustrações a que se viam expostos para conseguir, por meios legais, o *status* e o bem estar dos jovens pertencentes às classes dominantes. Para a teoria das subculturas, o crime resulta da interiorização como a aprendizagem, socialização e motivação de um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa; parte do princípio, de que a criminalidade seria cultural e não das pessoas. (MUÑOZ CONDE e WINFRIED HASSEMER, 2008)

4.3.6.4 Teoria da associação diferencial

Iniciada por Edwain Sutherland, um dos sociólogos mais influentes da Criminologia moderna, inspirou-se na teoria da Lei de Imitação de Gabriel Tarde, sociólogo francês e na Escola de Chicago; aquele explica que a “associação diferencial” constitui-se no processo de aprender alguns tipos de comportamento desviante, que requer conhecimento especializado e habilidade, bem como a inclinação de tirar proveito de oportunidades para usá-las de maneira desviantes. Tudo isso é aprendido e promovido por gangues urbanas ou grupos empresarias que se organizam para prática de fraudes, sonegação fiscal e uso de informações privilegiadas no mercado de capitais.

Desse modo, defende que o crime não pode ser atribuído à disfunção ou inadaptação das pessoas de classes menos favorecidas. Enquanto para Sutherland, o homem aprende a conduta desviada e associa-se com referência nela. (CALHAU, 2009)

4.3.6.5 Teoria do *labelling approach*

Considerada um dos marcos das teorias de conflito, a *labeling approach*, teoria do etiquetamento ou reação social, surgiu na década de 1960, ao deixar de centrar suas pesquisas no fenômeno do crime, passando à análise da “reação social” decorrente de um determinado delito; seus representantes mais destacados são Erving Goffman e Howard Becker, para os quais, o crime não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social. Segundo Becker, os grupos sociais criam os desvios ao fazerem as regras, cuja infração constitui o desvio e ao aplicarem tais regras a certas pessoas, qualificam-nas como marginais. Um exemplo marcante dessa estigmatização recai sobre os dependentes de drogas, que sem o tratamento adequado da causa leva à dependência, poderão seguir praticando novos delitos de furtos, como ações instrumentais, como meio de aquisição de entorpecentes. Sob esse enfoque, o crime não existe e o “infrator” apenas se distingue do homem normal, devido ao “etiquetamento” que recebe de “criminoso” pelas instâncias formais de controle, as emergem da cultura dominante. (CALHAU, 2009)

Assim, a reação social é a resposta da sociedade ao delito praticado, que poderá vir de um grupo ou de um estado de entidade jurídica, sob a denominação institucional; a reação social frente à criminalidade pode ser manifestada mediante a prevenção, a repressão e ainda, por meio de mecanismos da despenalização, descriminalização e desprisionalização. (NASCIMENTO, 2007)

4.3.6.6 Movimento de Defesa Social

A Escola ou Movimento de Defesa Social representada por Gramática dentre outros, descreve um modo de se articular a defesa da sociedade, por meio de ações coordenadas pelo Direito Penal, Criminologia e Ciência Penitenciária, sobre bases

científicas e humanitárias ao mesmo tempo e a nova imagem do homem delinquente, realista, porém digna. Desse modo, a meta desejada não seria o castigo do delinquente, mas a proteção eficaz da sociedade por meio de estratégias não necessariamente penais, mas que sejam capazes de neutralizar a eventual periculosidade, de modo humanitário e individualizado. Conseqüentemente, esse movimento pretende retirar do mundo jurídico, parcelas do Direito Penal, em função de uma eficaz Política Criminal. A nova defesa social defende, por outro lado, a finalidade ressocializadora do castigo, compatível com a finalidade protetora da sociedade, porque acolhe o criminoso como homem-delinquente, portanto, como membro social. (MOLINA, 2008)

4.4 Criminologia Científica

4.4.1 Biogenética

A vista das primeiras investigações sobre reclusos e enfermos mentais se abriu à hipótese de que certas malformações cromossômicas determinaram o comportamento humano e, portanto, o criminal. O critério básico para diagnosticar tais funções seria o número de cromossomos, isto é, um excesso ou um defeito na composição dos chamados “gonossomas”²⁸, os quais fixam as características sexuais do indivíduo. A Biogenética explica que cada célula contém vinte e três pares de cromossomos; na mulher, ambos os cromossomos são similares em tamanho e forma a serem contemplados ao microscópio na representação [XX]; enquanto, no homem, diferem, sendo um deles menor [XY]. Dentre as anomalias mais conhecidas no ser humano é a trissomia²⁹ [XYY], cuja sintomatologia e conseqüências ainda carecem do necessário consenso científico. A composição [XYY] foi descoberta em 1961, por Sanberg, mas

²⁸ As alterações numéricas dos gonossomas são as cromossomopatias mais frequentemente encontradas, particularmente em diagnóstico pré-natal. A frequência de algumas alterações numéricas dos cromossomos sexuais (47,XXX e 47,XXY) relaciona-se com a idade materna sendo que esta é a indicação mais frequente para a realização de diagnóstico pré-natal citogenético. Raramente estão associadas a patologia grave, sendo mais relevantes as alterações do desenvolvimento. http://www.apdpn.org.pt/_scripts/comunicacoes/-1473645561.pdf

²⁹ A trissomia consiste na presença de três (e não duas, como seria normal) cromossomas de um tipo específico num organismo. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Trissomia>

foram Gourt e Jacobs que chamaram a atenção quatro anos depois, a acerca de suas particularidades criminógenas, ao definirem os homens [XYY] como perigosos, violentos e com propensão ao crime, todavia, os trabalhos mais recentes relativizam as conseqüências dessa anomalia. Entretanto, a trissomia-21 ou Síndrome de *Down*³⁰ é a mais comum entre os humanos, causada por uma anomalia genética, pela presença de um cromossomo a mais no par 21. (MOLINA, 2007, p.337 e 338).

Atualmente, ante o avanço da Biogenética, com o seqüenciamento do DNA humano pelo doutor Francis S. Collins, diretor do Projeto Genoma, esse tema ganha relevância jurídica. No Brasil, foi promulgada a Lei de Biossegurança n. 8.974/1995, delineando os princípios regulamentares básicos sobre as experiências e aplicação dos conhecimentos da Engenharia Genética.

4.4.2 Neurologia do Comportamento

A moderna Neurofisiologia apresenta diversas pesquisas que associam determinadas condutas delitivas ou desviadas às anomalias neuropsíquicas em razão de disfunções cerebrais mínimas. Parte destes estudos foi centrada na análise dos exames encefalográficos que apresentam os registros das ondas elétricas cerebrais de pessoas criminosas e não infratoras; outra parte desses estudos foi obtida através da aplicação de testes psicológicos. Dentre esses trabalhos, destacam o de Monroe que em 1970, publicou a pesquisa de uma centena de criminosos, aos quais foram aplicadas medidas de segurança. Monroe concluiu em primeiro lugar pela evidência de disfunções neurológicas em infratores não considerados anteriormente afetados pelas mesmas. Em segundo lugar, somente uma parte mínima dos analisados acusaram tais anomalias no lóbulo temporal; região convencionalmente considerada como o centro da agressividade. Monroe destacou ainda, que o grupo que manifestou anomalias nos exames encefalográficos, era o mais agressivo e antisocial, que o grupo com encefalografias regulares. Igualmente, os pesquisadores Sttaford, Clark e Taylor ao

³⁰ http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Down

analisarem 94 pessoas que esperavam o julgamento por homicídio, detectaram anomalias encefalográficas em mais da metade. (MOLINA, 2007, p.320)

O psicólogo canadense Robert Hare da Universidade de Colúmbia, criador da escala mundial para se medir os graus de psicopatia, atuando em prisão de segurança máxima nas proximidades de Vancouver, fora levado a pesquisar o intrigante fato, de que para alguns seres humanos a punição não tem efeito algum. Suas pesquisas levaram-no ao labirinto da psicopatia, anomalia psíquica incurável até hoje, classificada como transtorno da personalidade; sendo apenas, possível reduzir os danos que ela causa aos seus portadores e aos que os cercam, segundo Hare suas principais características são:

Ausência de sentimentos morais, como remorso ou gratidão, extrema facilidade para mentir e grande capacidade de manipulação. Mas a escala não serve apenas para medir graus de psicopatia. Serve para avaliar a personalidade da pessoa. Quanto mais alta a pontuação, mais problemática ela pode ser. Por isso, é usada em pesquisas clínicas e forenses para avaliar o risco que um determinado indivíduo. (Revista Veja, mar. 2009)³¹

O referido pesquisador acredita que a insensibilidade dos psicopatas se baseia em numa anomalia no funcionamento das amígdalas corticais³² e os circuitos relacionados nesse campo cerebral. Tendo em vista que, os psicopatas que vão tomar um choque elétrico não demonstram qualquer sinal de medo, como normalmente ocorre em pessoas que vão sentir dor. Como a perspectiva de dor não provoca uma onda de ansiedade, Hare afirma que os psicopatas não se preocupam com punições futuras pelos atos que praticam. Desse modo, como eles não sentem medo não há lugar para a empatia ou piedade, em relação ao medo e à dor de suas vítimas. (GOLEMAN, 2001, p. 122 e 123).

Considerando-se, que Hare fundamenta sua pesquisa sobre a personalidade psicopata, numa provável anomalia das “amígdalas corticais”, torna se relevante breve análise de seus aspectos funcionais:

³¹ Entrevista de Robert Hare, na Revista Veja de 29 de março de 2003.

³² Nos seres humanos, a amígdala cortical (do grego, significando “amêndoa”) é um feixe, em forma de amêndoa de estruturas interligadas, situado acima do tronco cerebral, perto da parte inferior do anel límbico, havendo uma em cada lado do cérebro, instaladas mais para a lateral da cabeça. (GOLEMAN DANIEL, 2001, p. 28)

Na arquitetura do cérebro a amígdala cortical (do grego, significando “amêndoa”) é um feixe, em forma de amêndoa de estruturas interligadas, situado acima do tronco cerebral, perto da parte inferior do anel límbico, havendo uma em cada lado do cérebro, instaladas mais para a lateral da cabeça.. Está situada como se fosse o alarme de uma empresa, onde operadores estão a postos para chamar o corpo de bombeiros ou a polícia, sempre que o sistema de segurança interno dá sinal de perigo. Quando soa o alarme, digamos de medo, ela envia mensagens urgentes às principais partes do cérebro, disparando secreção dos hormônios orgânicos, para lutar ou fugir, ativando o sistema cardiovascular e os músculos. Outros circuitos da amígdala enviam sinais para a secreção de gotas de emergência do hormônio noradrenalina, para aumentar a reatividade das principais áreas cerebrais. (GOLEMAN, 2001, p. 28 e 31)

A seguir, veja como as disfunções neurológicas podem perturbar a capacidade de autodeterminação do agente, embora seja dotado de plena capacidade intelectual:

A consciência, o processo de avaliar se algo deve ser feito ou não, envolve não somente o conhecimento intelectual, mas também o aspecto emocional. Do ponto de vista intelectual, o psicopata pode até saber que determinada conduta é condenável, mas, em seu âmago, ele não percebe quão errado é quebrar aquela regra. Ele também entende que os outros podem pensar que ele é diferente e que isso é um problema, mas não se importa. O psicopata faz o que deseja, sem que isso passe por um filtro emocional. (ROBERT HARE, Revista Veja, mar. 2009)

4.4.3 Psicologia Forense

A moderna Psicologia ocupando-se dos “fenômenos psíquicos” investiga o conjunto de “fatos” que formam, subjetivamente, a experiência interna individual e que se acusam do ponto de vista objetivo, como manifestações do funcionamento “global” do organismo humano, ou seja, das “ações da pessoa”. A moderna Psicologia, não pretende estudar a “essência”, mas os “resultados” da atividade psíquica; sendo que uma das direções mais interessante dessa ciência, a “personalogia” estuda a “unidade humana”, considerando-a em suas relações com o meio natural e social em que vive. (MIRA Y LÓPEZ, 2003, p. 02)

A Psicologia Jurídica ou Forense é um ramo da Psicologia que trata de analisar o comportamento criminoso, por meio de estudos psicológicos da personalidade, estrutura mental e outras características que podem vir a ser psicopatológicas e suas relações com o Direito Penal, por meio da Criminologia.³³

³³ http://pt.wikipedia.org/wiki/Psicologia_criminal - 18.05.2010

No Brasil, a Psicologia Forense, ainda é um campo novo, existindo poucos cursos de pós-graduação nessa área, porém, algumas universidades oferecem o curso com a denominação de Psicologia Judiciária e Criminológica.

Na Espanha, a Psicologia Forense é a área mais dinâmica da Psicologia aplicada espanhola, pelo número de profissionais que se dedicam ao trabalho nos tribunais, investigações, cursos de especialização e *masters* universitários, embora, a relevância da Psicologia nos tribunais espanhóis seja um caso isolado no continente europeu.

As Clínicas Médico-Forenses, criadas pelo Superior Tribunal de Justiça de cada Comunidade Autônoma, são responsáveis pela avaliação do infrator, desde a fase de investigação policial e especialmente no curso do processo, onde se busca conhecer o seu “perfil psicológico”; enquanto os presos provisórios e condenados, são avaliados à parte pelo *Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*.

Além desses serviços, no ano de 1990, os tribunais de Madrid, passaram a oferecer assistência psicológica às vítimas, por meio dos psicólogos de família e de menores, segundo a classificação da justiça espanhola. Trata-se do Serviço de Atenção às Vítimas [S.A.V], que em razão do êxito dessa experiência, foi estendido para as demais Comunidades Autônomas a partir de 1998. (VÁZQUEZ MEZQUITA, 2008)

4.4.4 Análise da conduta delituosa

A conduta delituosa para a Psicologia Jurídica ou Forense compreende o ato criminoso integrado na cadeia das ações pessoais, desse modo, o que constitui o motivo da atuação jurídica, não representa mais do que um episódio, nem sempre significativo para a vida psíquica do indivíduo. Assim, não seria possível julgar um delito sem compreendê-lo, portanto, é necessário conhecer os antecedentes da situação e o valor de todos os fatores determinantes da reação pessoal estudada. Este é o trabalho psicológico que compreende ao jurista realizar. (MIRA Y LÓPEZ, 2003, p. 131)

Defende o renomado autor, que os delitos aparentemente iguais e determinados pelas mesmas circunstâncias, podem ter significações inteiramente distintas e por tal razão, a resposta penal deveria ser absolutamente diferente. Nesse sentido, destaca que

os penalistas discutem se deve castigar de acordo com os “resultados” ou com a “intenção” do ato delituoso.

A Psicologia Forense analisa a conduta infratora, recuando seus estudos para os antecedentes intrapsíquicos do agente, para encontrar aí os prováveis conflitos motivadores da ação; considerando-se que “a pessoa é uma, inteira e indivisa e como tal deve ser estudada e compreendida pela ciência”. (MIRA Y LÓPEZ, 2003, p. 23)

4.4.4.1 Fases intrapsíquicas da ação delituosa

Como visto, enquanto para o penalista, a conduta lesiva ou ameaçadora do bem jurídico, representa o ato infringente da norma incriminadora; para o psicólogo, não é mais que do que a fase explícita em que culmina e se descarrega um processo psíquico de gradativa carga delituosa, cujos momentos iniciais podem remontar às décadas no passado individual, portanto, todo delito passa por diversas etapas intrapsíquicas. Elegendo um tipo de infração penal comum, pode se afirmar que nunca é totalmente impulsiva ou premeditada e sim percorre ao longo das restantes correntes da conduta. Estas fases seriam: a) “intelecção”, assinalada pelo desejo ou tendência; b) “deliberação ou dúvidas” marcada pela luta de motivos; c) “decisão” a ser representada pela realização ou execução da conduta. (MIRA Y LÓPEZ, 2003, p. 134)

O aparelho psíquico possui causalidade própria, ou seja, todo ato psíquico tem intenção, motivação e significação, não se trata de um fenômeno esporádico, acidental, isolado e determinado, mas um elo de uma série causal. É o que a Psicanálise chama “determinismo psíquico” (PALOMBA, 2003)

A doutrina penal define o dolo como vontade livre e consciente de produzir o resultado, enquanto a Psiquiatria Forense define que: “a consciência é o entendimento das coisas, é um mundo a refletir o mundo, e, conseqüentemente, como o homem é um ser-em-ato, toda sua conduta no mundo tem, obrigatoriamente, uma ligação com o entendimento, ou seja, a conduta é fruto de uma determinação de acordo com entendimento”. (PALOMBA, 2003, p. 46).

4.4.4.2 Motivações endógenas do delito

As motivações endógenas de delito correspondem aos fatores congênitos da delinquência que foram exaltados pela escola Lombrosiana; os experimentadores convergem ao afirmar que a maioria dos delinquentes sofre de perturbações afetivas quantitativas ou qualitativas. O indivíduo ao nascer contém em si, todas as tendências delituosas, visto que, procura satisfazer suas necessidades vitais sem ter em conta, absolutamente o prejuízo que isso possa ocasionar ao meio que o rodeia. Somente a lenta e penosa ação coercitiva da educação lhe ensinará, que sua conduta resultará sempre de um compromisso, de uma transação entre a satisfação de suas necessidades e as dos demais. Todo indivíduo no qual tal aprendizagem foi insuficiente por qualquer causa, estará destinado à delinquência, neste caso o delito terá lugar fatalmente quando a energia da tendência à ação transborde os limites compatíveis com sua satisfação ou descarga social. O indivíduo entrará no campo da ação anti-social, isto é da ação delituosa, uma vez nela, lhe será difícil voltar ao leito normal. (MIRA Y LÓPEZ, 2003, p. 139)

As teorias psicanalíticas de Freud, Adler, Jung, Alexandre, Staub e Reik interpretam o delinquente como indivíduo privado de Super Ego, neurótico de certa forma, sentindo-se frustrado e julgando se um justiceiro, procurando no delito, às vezes, uma auto-afirmação de sua personalidade, sendo latente em si, uma imaturidade afetiva por não poder dominar ou controlar as suas tendências, por vezes, compulsivas. (ALVES, 1986, p. 147)

4.4.4.3 Motivações exógenas

São aquelas explicadas pela Sociologia Criminal, que contribuem para as políticas públicas de prevenção, embora, seja certo que a causa *ab initio* das infrações morais e legais se radica na própria natureza do ser humano, a organização social introduz algumas motivações, como defendidas pelas teorias sociológicas do delito.

Outros fatores externos podem contribuir para um comportamento delituoso, como defende a Vitimologia, cujos estudos criminológicos se iniciaram em 1947, por

Benjamin Mendelson, no entanto, o termo foi usado pela primeira vez, pelo psiquiatra Werthan, na obra *The show of violence*.

Na essência, a Vitimologia ressalta que não há crime sem vítima, sendo inevitável a relação vítima e criminoso, nas relações psicológicas, sociais e legais implicadas na prática delituosa. Esse fator vem conquistando relevância no Direito Penal, sendo que o no artigo 59 do Código Penal, faz alusão ao “comportamento da vítima”, no momento de o juiz fixar a pena. Esses estudos contribuem para se compreender o panorama em que ocorrem os delitos, particularmente, contra a liberdade sexual, estelionato, etc., bem como, o grau de exposição da vítima à ação delituosa. (PALOMBA, 2003, p. 191)

4.4.5 Psiquiatria Forense

4.4.5.1 Conceito, origem e evolução

A psiquiatria forense corresponde à interface entre a Psiquiatria e o Direito Penal e sua história se confunde com a própria história do Direito, que remonta à Roma antiga, entretanto, fora a partir do século XVI, que os princípios jurídicos dos penalistas italianos demonstraram bom conhecimento das condições subjetivas da capacidade psicológica de imputação do ato jurídico. Os romanos consideravam inimputáveis as crianças e adolescentes até 12 anos se mulher e, a idade de 14 anos para os homens; dessa idade, até os 25 anos, havia reduções graduais, quando a partir de então, eram considerados maiores; ao idoso era deferida proteção semelhante. (PALOMBA, 2003, p 65)

Após o êxito das teses lombrosianas, é o próprio Lombroso que admite a incidência de outros fatores na gênese do delito, além daqueles que relacionara com bases antropobiológicas. Por esse tempo, a Psiquiatria já era consagrada como ciência, no final do século XIX, cujo conhecimento polarizava-se mais nas enfermidades mentais de base orgânica, do que naquelas que se caracterizam por meio de puras

reações psíquicas anormais, detectando-se que muitos delinquentes apresentavam anomalias mentais mais importantes que anatômicas para explicar a delictogênese.

Nesse período, importante foi à contribuição de Kurt Shneider psiquiatra alemão, que em 1923, desenvolveu o conceito de “personalidade psicótica”, concebendo-a como uma forma anormal da personalidade, assinalada por uma alteração da afetividade nos sentimentos individuais; chegando a apresentar distintas formas de personalidades psicóticas como: hipertímicos, deprimidos, inseguros, fanáticos, com desejos de notoriedade, amáveis de humor, desalmados, apáticos e astênicos. Sua notável contribuição se deve ao fato de não considerar as “psicopatologias orgânicas” e sim as de natureza “psíquicas”, como a causa do comportamento delituoso. No entanto a moderna Psiquiatria atribui mais o sentido de “sociopatologia”; desse modo, o “sociopata” é o indivíduo com transtornos em seu processo de socialização e na aprendizagem de valores sociais básicos, que o leva a provocar conflitos na convivência e, eventualmente à prática delituosa. (MUÑOZ CONDE e WINFRIED HASSEMER, 2008, p. 27)

Acerca desse intrigante problema humano, sintetiza PALOMBA que: “A Psiquiatria forense ou judicial é a aplicação dos conhecimentos psiquiátricos aos misteres da Justiça, visando esclarecer os casos, nos quais o indivíduo, por seu estado alterado de saúde mental, necessita de consideração especial diante da lei.” (PALOMBA, 2003, p. 43)

4.4.5.2 Desafios da Psiquiatria Forense

Os psiquiatras forenses ressaltam que alguns códigos penais são corretos nos termos, porém impróprios quanto à articulação entre parte médica e a jurídica; esta impropriedade afeta a aplicação prática da psiquiatria forense. O Código Penal de alguns países, não chegam a prever a semi-imputabilidade, embora haja indivíduos que não são nem loucos, nem normais, que ficam na zona fronteira, entre a normalidade e a loucura, obrigando o perito a dar torneios para adequar a realidade clínica ao imprevisto pela lei. (PALOMBA, 2003, p. 93 e 94)

Já a integração do Direito Penal inglês com a Psiquiatria tem proporcionado um trabalho de melhor qualidade, esse fato foi destaque na Revista Brasileira de Psiquiatria de outubro de 2003, como segue:

Enquanto no Brasil as abordagens psiquiátricas e a jurídica de um determinado comportamento delituoso de um indivíduo com transtorno psiquiátrico ainda necessitam de uma maior aproximação para proporcionar um trabalho mais integrado e, conseqüentemente, de melhor qualidade, na Inglaterra a relação entre a Psiquiatria e Lei é tão imbricada que chegam a tornar esmaecidos e pouco claros os limites de atuação de cada área. Esta indefinição dos limites de cada campo proporciona uma reflexão de alerta: ao mesmo tempo em que se torna necessária a construção de um relacionamento mais próximo entre Psiquiatria e Lei no Brasil, é igualmente importante ter clareza do alcance e, conseqüentemente, do limite de cada uma das abordagens. (ABDALLA-FILHO; ENGELHARDT, 2003, vol. 25, 4)

V- INTERFACE PENAL E CRIMINOLÓGICA DA SEMI-IMPUTABILIDADE

5.1 Imputabilidade

A imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, a qual se fundamenta na capacidade do autor de compreender a ilicitude do fato e determinar sua vontade, segundo essa compreensão. (WELZEL, 1997).³⁴

Portanto, reprovável é o fato praticado pelo agente imputável que reúne condições pessoais para saber que a sua ação era proibida e que poderia ter agido de acordo com a lei. É o que a doutrina penal objetiva como “potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa”.

A Psicologia Forense entende por imputabilidade como conceito jurídico-penal de base psicológica que defende o “grau de normalidade psíquica” de uma pessoa, entendendo-se por normalidade o ajuste às normas sociais de atuação, sentir e pensar.

Porém, ao tratar da imputabilidade o Código Penal brasileiro preferiu apresentá-la negativamente ao relacionar as causas que a exclui, como se vê nos artigos 26 e 27 do CP.

5.2 Inimputabilidade por “doença mental”

Constituindo-se o interesse desse trabalho, nas causas relacionadas às anomalias psíquicas capazes de afetar a conduta humana; cumpre ressaltar, que o Código Penal brasileiro emprega as expressões “doença mental, desenvolvimento mental retardado, desenvolvimento mental incompleto e perturbação da saúde mental”, para abranger a

2 O autor assim define a imputabilidade: “Imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, según ello, capacidad de comprender lo injusto del hecho, y de determinar la voluntad conforme a esta comprensión [...]La comprensión que la esencia da la culpabilidad reside en la “reprochabilidad” (en el “poder en lugar de ello” del autor en relación a su estructuración antijurídica de la voluntad) ha sido el resultado de un largo proceso de desarrollo”. (WELZEL, 1997, p.182).

ampla classificação médico-psiquiatra. Entretanto, serão analisados, nessa pesquisa, os aspectos científicos apenas da “doença mental e da perturbação da saúde mental”, em razão de suas recorrências e relevância de sua repercussão na órbita penal.

O *caput* do artigo 26 dispõe: “É isento de pena o agente que, por “doença mental” ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL 2010a, p.283).

O elemento subjetivo “doença mental” empregado no *caput* do artigo 26 do CP corresponde às psicopatologias orgânicas, porém, tal expressão é reducionista, sob o aspecto científico, considerando-se que a Psiquiatria Forense, não se ocupa apenas das enfermidades psíquicas de base biofísica, mas, também daquelas caracterizadas puramente por reações comportamentais anormais; detectando, muitas vezes, que os infratores apresentam anormalidades psíquicas mais importantes que as anatômicas para explicar a gênese do comportamento criminal. (CONDE, 2008).

No âmbito penal reconhece Reale Júnior (2002), que o termo “doença mental” revela-se a plena razão de não pretender o legislador referir às doenças mentais, considerando-se as variadas classificações apresentadas por psiquiatras como Kurt Schneider, Ferrio, Biondi e outras que se acresceram ao longo dos anos.

Para o ordenamento penal pátrio (CP, art. 26) inimputável é o portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado que o impede plenamente de compreender o caráter criminoso fato e agir segundo esse entendimento. Enquanto os semi-imputáveis são infratores vitimados pela “perturbação da saúde mental” em face da redução da capacidade intelectual ou volitiva, como a seguir será visto.

Para a Psiquiatria Forense, doença mental é:

Aquela que compreende todas as demências (de negação, ausência de mente), incluindo todas as psicoses (epiléptica, maníaco-depressiva, puerperal, esquizofrenia, senil e psicose por traumatismo craniano), acrescidas do alcoolismo crônico e toxicomania grave. Essas duas últimas entidades mórbidas, embora possam engendrar quadros psicóticos, não são originariamente psicoses, mas nem por isso, deixam de ser verdadeiras “doenças mentais”, uma vez que, solapam do indivíduo o entendimento e o livre arbítrio que, diga-se de caminho, são arquitraves da responsabilidade penal. (PALOMBA, 2003, p. 154)

5.3 Semi-imputabilidade

A semi-imputabilidade, também chamada doutrinariamente de imputabilidade diminuída, implica em reconhecida responsabilidade penal, porém diminuída em sua intensidade. “A lei fala em imposição de pena com redução de um a dois terços ou aplicação de medida de segurança, quando o condenado necessitar de tratamento. Os fronteiriços situam-se nesse terreno”. (SALLES JÚNIOR, 2000, p. 58).

A semi-imputabilidade, como vista, somente fora acolhida no Brasil, no Código Penal de 1940, entretanto, quando de sua reforma em 1984, o parágrafo único do artigo 26 passou a ter a seguinte redação: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de “perturbação de saúde mental” ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. (BRASIL, 2009, p.283).

A norma penal, ao se referir à “perturbação da saúde mental” revela um sentido de alteração do psiquismo humano diverso da “doença mental”. Aquela em regra, não apresenta evidências orgânicas de sua existência; enquanto esta poderá ser acusada por meio de alterações na morfologia cerebral. A perturbação da saúde mental converteu-se no conceito de “psicopatia”, utilizado pela Psiquiatria moderna para explicar todos os comportamentos anômalos que abrangem os transtornos psíquicos e neuropsíquicos que violam os padrões sociais e a lei penal. (CONDE, 2008).

A “perturbação da saúde mental” é causada por psicopatologias classificadas pela Psiquiatria Forense, sendo as mais importantes: as neuroses graves, condutopatia (transtorno do comportamento), toxicomania moderada e o alcoolismo crônico moderado, que em regra, por reduzirem a capacidade de entendimento ou de autodeterminação do indivíduo, implica em sua semi-imputabilidade penal. (PALOMBA, 2002, p.155)

5.4 Breve análise das anomalias psíquicas

O exame técnico-jurídico da semi-imputabilidade, decorrente de “perturbação da saúde mental”, como preceitua o Código Penal na interface com a Psiquiatria, leva à

conclusão que esta expressão deveria ser substituída por “anomalia psíquica” pelo sentido lato desta. É o entendimento que já fora adotado pelo direito penal europeu, porque empregada pela Psiquiatria Forense, para explicar todos os comportamentos anômalos, que recebem outras denominações das demais ciências do comportamento humano, como os “transtornos psíquicos”, “transtornos neuropsíquicos”, “transtornos da personalidade” ou “psicopatologias”. Considerando-se que as anomalias psíquicas que afetam o comportamento humano é o objeto central desse trabalho, impõe-se agora, a análise das anomalias de maior incidência que podem levar determinadas pessoas a romperem com os padrões sociais ou agirem contra o ordenamento penal.

Entre a zona da sanidade psíquica e da doença mental, situam-se os indivíduos que não têm a plenitude da capacidade intelectual e volitiva. São eles os fronteirios, semi-imputáveis ou de imputabilidade reduzida. (NORONHA, 2001, p. 168)

A “perturbação da saúde mental” não é uma doença mental ou loucura propriamente dita. Trata-se de uma neurose que se caracteriza por conflitos intrapsíquicos que inibem as condutas sociais, produzindo grande angústia, mais ou menos camuflada, via de regra tem alguma relação evidente com situações e emoções presentes ou passadas, como os distúrbios sexuais, fixação e regressão a estádios primitivos do desenvolvimento infantil etc. Portanto, tais sintomatologias que se traduzem por comportamentos impróprios, podem ao mesmo tempo, representar condutas penalmente tipificadas. (PALOMBA, 2003, p. 131)

Jung (apud Palmer, 1997), defende que no indivíduo existem lutas internas, seja em torno de suas características pessoais que prefere ocultar valores que considera incompatíveis com sua personalidade pública, ou seja, como padrões emocionais ou comportamentais inconscientes masculinos ou femininos. É o que a psicanálise de Jung denomina de “individuação”, alertando que se trata de um processo difícil, doloroso e, por vezes, perigoso, porque nesse caso pode ser autodestrutível. Naturalmente, esse processo é permeado por conflitos e desejos que geram ansiedades de variáveis níveis.

A ansiedade é um estado emocional com componentes psicológicos e fisiológicos, que faz parte do espectro normal das experiências humanas, sendo propulsora do desempenho. A ansiedade sequestra o intelecto e passa a ser patológica

quando é desproporcional à situação que a desencadeia, ou quando não existe um objeto específico ao qual se direcione. Os transtornos de ansiedade estão entre os transtornos psiquiátricos mais freqüentes na população. (GOLEMAN, 2001).

Considerando-se que os transtornos da personalidade podem provocar diversos níveis de alterações do comportamento humano, em regra, sem afetar a capacidade intelectual do agente, esse grupo de anomalias psíquicas, dentre outros, pode levar à semi-imputabilidade, nos termos do parágrafo único do artigo 26 do CP, pelos fundamentos que a seguir serão demonstradas.

Os pacientes com transtornos da personalidade frequentemente vêm a sua dificuldade de lidar com as outras pessoas como independente do seu próprio comportamento ou *imput*. Em geral se consideram vitimizados pelos outros, ou globalmente pelo “sistema”. É comum tais pacientes não fazerem idéia como chegaram a ser como são, de como contribuem para os próprios problemas ou de como mudar. Numa breve síntese, a origem dos transtornos da personalidade decorre das falhas na maneira pela qual, as pessoas processam os dados sobre si e os outros, influenciadas por suas crenças e outros componentes de sua organização cognitiva. (BECK, 2005)

Dentre os transtornos de personalidade que podem impor severo descontrole do comportamento, como a explosão de ira, luta corporal e o abuso de álcool e drogas ilícitas, estão os transtornos da personalidade: Anti-Social, Obsessivo-Compulsiva, Passivo-Agressiva e *Borderline*.

Os indivíduos com transtorno da personalidade anti-social - TPAS, têm uma história de transtorno de conduta na adolescência e um padrão de comportamentos profundamente irresponsável e socialmente ameaçadores que persiste na idade adulta, “criando um problema desorientador e socialmente relevante, já que o transtorno da personalidade anti-social é um padrão global de desrespeito aos direitos alheios.” (American Psychiatric Association, 2000, p. 685).

O Transtorno da personalidade passivo-agressiva - TPPA ou da personalidade negativista, caracteriza-se por levar o agente a descarregar sua raiva e outras emoções perturbadoras de modo precipitado. Em face do humor irritável, frequentemente é suscetível, temperamental e petulante. O indivíduo relata ser incomodado

constantemente ou frustrado por muitas pessoas, adotando oposição generalizada e persistente, procrastinação de tarefas, resistência à autoridade, com propensão a discussões, protestos e obstruções. (BECK, 2005)

O transtorno da personalidade *borderline* – TPB pode ser caracterizado pela notável instabilidade em muitos, senão em todos aspectos do funcionamento da pessoa, incluindo relacionamentos, auto-imagem, afeto e comportamento. Esse transtorno pode levar à perturbação da identidade e à impulsividade nos gastos, sexo, abuso de substâncias, direção imprudente, raiva constante e desproporcional, lutas corporais recorrentes, dentre outras. (BECK, 2005, p. 167)

Os fronteirios criminosos apresentam permanentes deformidades do senso ético-moral, distúrbios do afeto e da sensibilidade, cujas alterações psíquicas os levam ao delito. Podem praticar os mais variados tipos de crime, mas quando dão de ser violentos, praticam os atos mais perversos e hediondos, dentre todos os outros tipos de criminosos. São indivíduos incorrigíveis que, quase sempre, começaram a delinquir na infância ou quando tarde, na juventude. O fato de viverem na zona fronteira entre a normalidade a loucura, isto é, de não apresentarem características marcantes de suas anomalias psíquicas, muitas vezes confunde juízes e promotores que os tomam por normais, quando na verdade não o são. Cabe ao perito explicar o tipo de indivíduo com o qual esta se aviando, para que a Justiça possa, por meio de medida de segurança detentiva, mantê-lo longe da sociedade, muitas vezes por quanto tempo viverem, para a salvaguarda social. (PALOMBA, 2003, p. 186 e 187)

5.5 Transtornos neuropsíquicos

Na Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas relacionados à Saúde (MANUAL-CID-10, USP, 2006), alusiva à Psiquiatria e Neurologia relaciona ainda, outras anomalias que desencadeiam níveis expressivos de ansiedade, que podem impulsionar o indivíduo a comportamentos incriminados. São recorrentes o transtorno obsessivo compulsivo (TOC), transtornos afetivo bipolar (TB), transtornos devidos ao uso de drogas e ainda a cleptomania, piromania, entre outros. São psicopatologias que

disparam intrincados mecanismos neuropsíquicos que podem levar à realização dos instintos e desejos reprimidos. Esse fenômeno pode produzir severo desconforto intrapsíquico no indivíduo, como revelam os estudos criminológicos:

A angústia constitui o núcleo fundamental dos transtornos da ansiedade ou neuroses, (exceto nas neuroses obsessivas), a partir do qual emergem outros fenômenos psicopatológicos: irritabilidade, fobias inquietude, déficit de atenção e concentração. Nas neuroses obsessivas, a tristeza, o sentimento de culpa e a dúvida, prevalecem como sentimentos nucleares do quadro. A personalidade do neurótico exhibe alguns traços significativos. O neurótico tem um mau controle de sua vida instintiva, pelo que está submetido a uma luta impulsional que lhe acarreta penosas tensões internas. (MOLINA, 2008, p. 266)

O neurótico vive e reconhece perfeitamente a realidade que o circunda, é inconformado com ela, sofre, angustia-se, procura mecanismos de defesa, conscientes e inconscientes, que desencadeiam um sistema de segurança contra os conflitos internos, tentando estabelecer o equilíbrio para tornar a vida suportável. A angústia está por trás de todo tipo de neurose, cujo sentimento é de um mal-estar indiferenciado, pode com o tempo, ir tomando algumas direções, em formas específicas de obsessões, histerias e fobias. O indivíduo perde a capacidade de entendimento ou se esta se mantém inalterada, fica semi-incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento pela perda parcial do livre arbítrio. (PALOMBA, 2003, p. 131).

5.5.1 Transtorno obsessivo-compulsivo

A Organização Mundial de Saúde-OMS, conceitua o Transtorno Obsessivo-Compulsivo (TOC), como uma *doença* na qual o indivíduo apresenta *obsessões* e *compulsões*, ou seja, sofre de *idéias* e *comportamentos* que podem parecer absurdas ou ridículas para a própria pessoa e para os outros e que, mesmo assim, são incontroláveis, repetitivas e persistentes. A pessoa é dominada por pensamentos desagradáveis e obsessivos com conteúdo sexual e trágico, entre outros que podem ser aliviados temporariamente por determinados comportamentos.

O transtorno obsessivo-compulsivo abrange sintomas que representam diversos domínios psicopatológicos. Estes sintomas incluem percepções, cognições, obsessões, emoções, dificuldades nos relacionamentos sociais e diversos comportamentos motores ditados pela por compulsões. As obsessões são caracterizadas por idéias, pensamentos, impulsos ou imagens intrusivas e inadequadas que causam acentuada ansiedade ou sofrimento. As compulsões, por sua vez, são comportamentos repetitivos ou atos mentais cujo objetivo é reduzir a ansiedade ou sofrimento, ao invés de oferecer prazer ou gratificação, como no caso dos comportamentos impulsivos. (FERRÃO, 2007).

O TOC, particularmente em suas formas mais graves, cursa com elevado grau de sofrimento psíquico e comprometimento psicossocial, por vezes comparável ao da esquizofrenia. (LOPES, 2004).

A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, ressalta que o TOC seria provocado pela combinação de diversos fatores, como a predisposição genética, situações de estresse, fatores neurobioquímicos e psicológicos entre outros.

O transtorno obsessivo-compulsivo (TOC) constitui, com certeza, um dos quadros mais intrigantes e desafiadores da psiquiatria e psicologia atuais. Ele se caracteriza pela presença de obsessões e ou compulsões. As obsessões seriam pensamentos ou idéias recorrentes de caráter intrusivo e desagradável que causam muita ansiedade. As compulsões, conhecidas popularmente como “manias”, são comportamentos, ações ou atitudes de aspecto repetitivo que a pessoa com TOC é levada a dotar em resposta a uma obsessão com o intuito de reduzir a ansiedade provocada por esta. (BARBOSA, 2004, p. 23).

Em síntese, o TOC apresenta disfunções na fisiologia que levam às alterações comportamentais, como distúrbios de psicomotricidade, do impulso, dos ritmos biológicos, dos sistemas neuroendócrinos, além dos episódios do humor, dependência de drogas, suicídio e o comprometimento cognitivo. (MINATOGAWA; TUNG, apud MORENO, 2008).

A Criminologia relaciona condutas impulsivas que tendem à violação das normas que tutelam a integridade corporal, liberdade sexual ou ainda delitos contra o patrimônio, como estelionatos e roubos. Os pacientes obsessivo-compulsivos sentem-se arrastados por uma força que lhes impõem a inevitabilidade e impossibilidade de resistir aos sintomas, ainda que tentem. (DEL-PORTO, 2001).

Nesse sentido, são significativos os fundamentos da Psiquiatria Criminal ao relacionar tais anomalias ao desequilíbrio neurobioquímico:

Os transtornos neuróticos geralmente crônicos representam uma percentagem elevadíssima do total dos transtornos psiquiátricos. Pesquisas mais recente sugerem a existência de bases biológicas anômalas que explicariam a particular sensibilidade ou vulnerabilidade dos neuróticos. Segundo se infere as pessoas com ansiedade, com obsessões ou quadros conversivos, teriam um sistema de alarme hiperativado. Sua angústia seria gerada por um desequilíbrio neurobioquímico. (MOLINA, 2008, p. 231).

Se os transtornos dos impulsivos caracterizam-se pela incapacidade de se resistir ao impulso de realizar determinada ação, cuja privação gera ansiedade, que para o indivíduo representa a “tentação” para realizar algum ato que pode ser prejudicial a si ou aos outros, é compreensível que a repetitividade de comportamentos incriminados representa a descarga do psiquismo sob tormenta, o que explica a reincidência criminal em muitos delitos, quando ignorada ou não tratada a sua delictogênese.

5.5.2 Transtornos no controle dos impulsos - Cleptomania

A cleptomania caracteriza-se por uma dificuldade recorrente para se resistir aos impulsos de subtrair objetos que não são necessários para o uso pessoal do agente ou pelo seu valor monetário. O agente experimenta uma sensação crescente de tensão antes da subtração, seguida de bem estar e alívio ou liberação, uma vez consumado o furto. (MOLINA, 2008).

Na cleptomania, a pessoa sente uma tensão crescente antes de cometer o furto e, no momento do ato em si, é tomada por uma sensação de prazer, alívio e gratificação. O cleptomaníaco não furta para acumular bens, tendo plena consciência de seus atos, porém sua vontade é engolfada pelos impulsos obsessivos (BARBOSA, 2004, p. 94-5).

Acerca desse transtorno ocorreu um triste episódio, que culminou na prisão do rabino Henry Sobel que, segundo os médicos que o examinaram, padecia de transtorno de ansiedade e uma dependência psicotrópica derivada da automedicação. É o que ele próprio relata em seu livro *Um homem. Um Rabino*.

Decidi dar uma volta em Palm Beach. Estacionei o carro junto ao centro comercial e fui olhar as lojas. Era meu último dia por lá e pensei em, talvez, comprar algo para Alisha ou para Amanda...Lembro-me que entrei em uma loja, saí...entrei na segunda e não me recordo de mais nada. Apenas de uma policial de bicicleta, que me abordou depois na avenida. A gravação da câmera

de segurança, que mais tarde foi exibida na TV, revelou que eu apanhei quatro gravatas sobre o mostrador, pus no bolso e saí andando em direção ao carro. No total, as gravatas custavam perto de setecentos dólares, bem menos do que eu tinha comigo, três mil dólares [...]. Eles ouviram a minha história, e concluíram que eu tinha um problema de saúde; não um problema moral ou ético. Eu não era um ladrão de gravatas. Fui convencido, então, a ir até o Hospital Albert Einstein. Lá, fomos recebidos por um grupo de médicos, incluindo o presidente do hospital, Cláudio Lottemberg. O grupo convocou o neurologista Fernando Huck. E a decisão dos médicos foi taxativa: eu deveria me internar para desintoxicação (SOBEL, 2008, p. 232-37).

O transtorno do impulso, além da cleptomania, distingue também a ludopatia e a piromania, os quais, frequentemente levam o indivíduo à prática de furtos, estelionatos delito de incêndio ou dano, com a exigência de se estabelecer onexo causal entre a psicopatologia e o delito praticado.

5.5.3 Transtorno afetivo bipolar

O transtorno bipolar (TB) é uma doença crônica, recorrente e freqüente, que, além de potencialmente letal, pode ser tratada, mas não curada. Trata-se de uma patologia psiquiátrica complexa que envolve aspectos biológicos, psicológicos e sociais que se caracterizam por cursar com uma variabilidade de sintomas, elevada taxa de comorbidade com abuso ou dependência de substâncias, transtorno de ansiedade e outras doenças psiquiátricas e médicas sistêmicas. (MORENO, 2008).

Durante a fase maníaca do Transtorno bipolar, há euforia e irritabilidade, com manifestações de raiva, sentimento de pânico e desesperança; quanto à cognição, num estágio mais avançado, o pensamento é incoerente, com perda das associações, delírios bizarros e idiossincráticos, idéias de auto-referência, alucinações e desorientação temporoespacial; enquanto o comportamento é afetado por atividade psicomotora frenética e frequentemente bizarra. (HUPFELD MORENO, 2008, p. 158).

No transtorno bipolar, a propensão criminógena se apresenta na fase maníaca, a qual como visto, caracteriza-se pela sintomatologia de euforia, irritabilidade, exaltação, incremento da atividade social, laboral, sexual, grande fluidez do pensamento, fuga de idéias, loquacidade, sentimentos de grandeza, evidente auto estima, predisposição para empreender negócios de risco, atividades perigosas, gastos desmedidos, hiperatividade psicomotora. (MOLINA, 2008).

5.5.4 Transtorno devido ao uso de drogas

A OMS denomina todos os quadros relativos ao consumo de drogas de “Transtornos mentais e do comportamento devido ao uso de substâncias psicotrópicas”, trata-se de comportamentos compulsivos e aditivos adotados em função de alguma gratificação emocional, como o alívio do desconforto psíquico causado por ansiedade ou angústia, o que leva à repetição da mesma conduta.

São relevantes os fatores hereditários como causa de dependências químicas, portanto, se deve falar em nome do rigor linguístico, de genética das condições de vulnerabilidade ou suscetibilidade. Os trajetos para a gênese do abuso ou dependência de álcool e outras drogas são múltiplos, compreendendo caminhos específicos para cada droga e outros gerais para todas as drogas. Além de trajetos gerais e específicos para a transmissão hereditária da vulnerabilidade ao abuso ou dependência de drogas, coexistem suscetibilidades comuns a diversos fenótipos da psiquiatria; em alguns casos, não é possível rejeitar a hipótese da transmissão de traço comum a todos os transtornos psiquiátricos. (MESSAS, 2009).

É o que de fato, tem sido observado no tratamento da dependência de drogas, inclusive do álcool, oferecido pelo Departamento de Psiquiatria da Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP e Centro de Reabilitação Ave Cristo, que dentre outros centros de excelência, apontam que 61% dos assistidos em seus programas, apresenta a depressão ou algum dos transtornos de ansiedade aqui relacionados, inclusive, o transtorno do déficit de atenção e hiperatividade - DTAH, como causas preexistentes que levaram à dependência. Razão pela qual, o tratamento da dependência terá alguma eficácia quando identificada e tratada a causa que a motivou.

A delictogênese induzida ou associada à droga, segundo Cabrera Fornero (apud MOLINA, 2008), leva o indivíduo à *criminalidade instrumental* que se constitui nas ações para a obtenção e o financiamento da droga. Essa delinquência específica é representada por um conjunto heterogêneo de crimes praticados pelo dependente químico, para a compra de drogas, como furtos, roubos, estelionatos, falsificações de receitas e outros.

No âmbito do direito penal, o porte de substâncias psicotrópicas para o consumo pessoal, previsto na Lei Antidrogas n. 11.343/2006, em seu artigo 28, revelou-se

sensível à gênese psicopatológica dessa conduta, o que a Criminologia, desde há muito tempo, tem demonstrado cientificamente. (BRASIL, 2010)

Acertadamente, a lei penal, enseja adequada resposta ao usuário de drogas, não lhe impondo pena privativa de liberdade, prevendo somente, a aplicação de: “advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Entretanto, para o Direito Penal, crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, quer isolada ou cumulativa quer alternativamente com multa. Em razão disso, o artigo 28 é tecnicamente anômalo, porque é o único “crime” previsto no Direito Penal pátrio ao qual não se impõe pena privativa de liberdade e estranhamente prevê veladamente medida de segurança como pena, em face da imposição de programa para o tratamento.

Todavia, o Direito Penal se alinhado à Criminologia, bem poderia ter evitado a esta impropriedade técnica. Se a dependência de drogas fosse tratada pela nova lei, sob a ótica da semi-imputabilidade penal, decorrente do transtorno devido ao consumo de substâncias psicotrópicas, a resposta jurídica proposta, poderia ser aplicada pela previsão do artigo 98 do Código Penal.

5.6 Abertura do Direito Penal europeu à Criminologia

As legislações penais estrangeiras vêm reformulando a positivação de antigos conceitos em torno das anomalias psíquicas que afetam o comportamento humano, ao adotar os novos preceitos da Criminologia, adequando-se, portanto, à nova ordem científica.

No bojo das transformações sócio-econômicas dos países da Europa, na razão direta em que se apagam as fronteiras econômicas e políticas da zona do euro, as legislações dos países membros, tendem a se equalizarem. Nesse contexto, vêm promovendo ajustes da lei penal de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais do homem, não obstante as ameaças terroristas, que tem servido de argumentação aos Estados Unidos para violar direitos individuais.

Ao sopro dessas transformações, foram atualizados os Códigos Penais de Portugal, Espanha e Alemanha.

O Código Penal lusitano, atualizado em 1982, no que se refere à matéria de ordem psíquica como causa de excludente ou de redução da imputabilidade adotou a expressão “anomalia psíquica”, que por ser ampla equivale a segura definição normativa, como segue:

Artigo 20º - Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica

1 - É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2 - Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.³⁵

Veja-se, a seguir, os fundamentos doutrinários para a substituição do termo “loucura” no Código Penal português, em alteração promovida no ano de 1982:

O conceito de anomalia psíquica inserida no artigo 20º do C.P., que veio substituir o termo “loucura” que fazia parte da redacção do C.P. de 1982, é vago e simultaneamente vasto. Para a sua concretização valem-nos as Actas da Comissão de Revisão em 24 e 25 de Janeiro de 1964 e a Nota Informativa sobre o Projecto de Parte Geral do Código Penal de 196319, apresentada por Eduardo Correia, de onde decorre que se procurou evitar o termo “loucura”, à semelhança dos modelos francês e alemão 20, devendo entender-se, como Maia Gonçalves, que anomalia não é sinónimo de doença e de que não compete ao direito penal tomar partido em questões puramente médicas, sendo preferível optar por um critério lato de forma a permitir uma definição puramente normativa da mesma.³⁶ (SOARES, 2009)

Na Espanha, a Exposição de Motivos da Lei Orgânica número 10/1995, que se constitui no Código Penal espanhol, salienta que a Lei Penal deve tutelar os valores e os princípios básicos da convivência social e quando esses valores e princípios se modificam, a lei deve ser igualmente modificada. (PARLAMENTO ESPANHOL, 2009)³⁷

³⁵ <http://www.portolegal.com/CPENAL.htm> - Código Penal Português: Acesso: 31.10.2010

³⁶ http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/luisasoares_inimputabilidadeanomalapsiquica.pdf
Acesso: 31.10.2001

³⁷ El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse. Se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial mesura el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos. (tradução livre)

O Código Penal espanhol avança ao dispor em seu artigo 20 que estão isentos de responsabilidade criminal, aquele que ao tempo de cometer a infração, em decorrência de “qualquer anomalia ou alteração psíquica, não pode compreender a ilicitude do fato ou atuar em conformidade com essa compreensão”.³⁸

Na Alemanha, a inovação é mais expressiva ainda, encontrando-se no Código Penal alemão de 1871, reformado em 1998, em que o legislador acolhe terminologias apropriadas que não permitem qualquer reducionismo ou dificuldades de articulação técnico-científica entre a Justiça Criminal e a Psiquiatria Forense, quando dos exames periciais. Assim, em seu artigo 122 dispõe: “Não será penalmente responsável quem no momento da ação dos fatos, padeça de “um transtorno psíquico ou neuropsíquico” que haja anulado seu discernimento ou o controle de seus atos” (ALEMANHA, Código penal, 1998).³⁹

É de se observar que a notável evolução do Direito Penal germânico, ao admitir os transtornos psíquicos e neuropsíquicos que retiram ou diminuem a capacidade de entender e querer do infrator, se liberou das limitações puramente organicistas que era representada pela expressão “doença mental” própria da Psiquiatria biofísica. A esse respeito, veja-se a importante lição de Manuel da Costa Pinto:

A psiquiatria de hoje não é a mesma à qual Lacan⁴⁰ se referiu. A tendência da psiquiatria atual chamada de biológica se caracteriza por ter seus fundamentos determinados por outras disciplinas científicas, principalmente a neurobiologia. Este novo modelo da psiquiatria critica os anteriores em seus métodos e os substitui por critérios estatísticos, excluindo os acontecimentos particulares da vida do sujeito na causação de seus transtornos (2007, pág. 352).

No Brasil, a Política Criminal carece de maior coordenação, considerando-se Direito Penal é assinalado apenas por transformações que consistem em sua expansão

³⁸ Ley Organica 10/1995 – El Codigo Penal de España - Artículo – 20 Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. (Tradução livre)

³⁹ *Código Penal Alemán de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, traducido por Claudia López Diaz: Artículo 122-1:*

No será penalmente responsable quien, en el momento de la comisión de los hechos, padezca un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya anulado su discernimiento o el control de sus actos. Quien esté aquejado, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya alterado su discernimiento o dificultado el control de sus actos seguirá siendo punible; sin embargo, el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta esta circunstancia cuando determine la pena y fije el régimen de la misma.

⁴⁰ Jacques Marie Émile Lacan, 1901-1981- médico e psicanalista francês, fundador da Escola Freudiana de Paris EFP e Escola da Causa Freudiana ambas em Paris.

desordenada, ante a criminalização de novas condutas, apenas, para se atender ao clamor social, por vezes, sob o embalo de bravatas parlamentares. Enquanto isso, os temas de maior complexidade e, portanto estruturais, ora objeto desse estudo, são postergados indefinidamente. Portanto, expressivo número de infratores que apresenta anomalias psíquicas, é condenado como imputável, afastados do direito à pena reduzida ou ao tratamento ambulatorial, como medida de segurança não detentiva. Pela mesma razão, a tessitura social, é ferida de quando em quando, por crimes hediondos, por vezes, ante a ausência dos cuidados criminológicos, que à mínima observação, ajudaria evitá-los, quando da liberação indevida de psicopatas que no deságue de suas represadas condutas violam os direitos à liberdade sexual, integridade corporal e à vida.

5.7 Invisibilidade jurídica dos semi-imputáveis no processo penal

Os transtornos da personalidade ou neuróticos são tecnicamente perturbações da saúde mental, os quais não têm muita importância, como as outras patologias mentais, para a psiquiatria forense. “Veza que, dificilmente os juizes pedem laudos de exame de sanidade mental para crimes que são cometidos por neuróticos”. Isso porque o neurótico é um individuo aparentemente normal, não levanta suspeita quanto à sua perturbação, salvo nos casos mais graves. Entretanto, quando o transtorno é do tipo obsessivo-compulsivo, o individuo não tem capacidade para inibir os seus pensamentos delituosos, via de regra, são destrutivos, dentre os mais comuns estão a cleptomania e a piromania, nesses casos há pedido de laudo. (PALOMBA, 2003, p. 562).

Por isso, esse individuo tenderá a esconder o seu conflito, podendo travar uma luta intrapsíquica, na tentativa de evitar a conduta psicótica. Porém, os altos níveis de ansiedade que emergem desse conflito, poderão levá-lo a romper com os padrões sociais de comportamento, quando então realizará a conduta, para o deságue de suas tensões psicológicas, o que em regra poderá se constituir em ação delituosa. É o que ensina a Psicologia Forense.

Ensina Alfredo Buzaid, que os direitos individuais fundamentais à existência do ser humano, considerado como tal e membro da sociedade, “são aqueles

inerentes ao homem que qualificam a sua natureza, enquanto coexistem socialmente dentro do Estado”. Porém, de nada valeria, a projeção do ideal de definir os direitos do homem, se a declaração de tais direitos, não se fizesse prover de meios hábeis à sua realização, por um dos poderes do Estado autônomo e independente dos demais. Por isso, é indispensável o dualismo – direitos e garantias- se o Estado deseja cumprir a sua finalidade, precisa subministrar instrumentos para conseguir a mais completa proteção dos direitos individuais. (TUCCI, 2002)

O conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, “decorrência natural da prática delituosa ante o poder-dever estatal, há de ser exercido com observância do princípio da dignidade humana, que incide diretamente em situações dramáticas, normalmente em tensão com o direito à liberdade e à vida biológica”. (VILHENA, 2006, p. 69).

Igualmente, assinala Robert Alexy (2008, p. 94-5), que: “há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado, na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado”.

Portanto, cumpre ao Estado Democrático de Direito velar efetivamente pelo respeito aos direitos individuais, notadamente a dignidade da pessoa humana, atentando-se para os princípios de um Direito Penal “garantista”. O garantismo, no Direito Penal é apresentado por Luigi Ferrajoli (2006), em defesa da efetivação do devido processo legal, como garantias das partes, essencialmente do acusado e como garantias do justo processo.

O Código Processual Penal, no artigo 149, preceitua que o “incidente de insanidade mental do acusado” possa ser determinado de ofício pelo juiz, ou requerido pelo Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado. No entanto na prática processual, somente ele é argüido, quando o réu ostenta evidências de sua psicopatologia, como já relacionado.

A ausência dessa reduzida percepção, tem inibido a instauração deste “incidente”, vale repetir aqui, o pensamento de Guido Palomba, (2003) no sentido de que as perturbações da saúde mental, não têm recebido a atenção da Justiça Criminal, como as outras patologias mentais. Por isso, dificilmente os juízes pedem laudos de exame de sanidade mental para crimes que são cometidos por neuróticos.

Esse fato, leva à exclusão de um direito de acesso à ordem jurídica justa e, conseqüentemente afronta a esfera individual, violando direitos fundamentais, bem como, contribuindo com a responsabilidade penal objetiva, como a seguir destaca, Ferrajoli:

Se o substancialismo jurídico e o formalismo ético convergem desde o ponto de vista externo na deformação científica e na atribuição ideológica de valor ao direito penal vigente; as orientações substancialistas apresentam, desde o ponto de vista jurídico ou interno, o defeito último de conflitar com o princípio da estrita legalidade e de serem acordes com os sistemas autoritários de direito penal máximo. (2006, p. 345).

O reconhecimento judicial da semi-imputabilidade atenderia ao princípio da finalidade da pena, levando o juiz a aplicar a medida de segurança não detentiva, ou seja, ensejando ao réu, o tratamento de sua anomalia psíquica, em vez introduzi-lo no sistema penal; posto que o legislador penal já reconheceu o efeito criminógeno das prisões, ante o fenômeno da despenalização dos delitos de menor potencial pela Lei 9.099/95 e adoção das penas restritivas de direitos.

Embora sejam escassos os casos de reconhecimentos da semi-imputabilidade no processo penal, seguem a manifestação dos tribunais nessa matéria:

Imposição de medida de segurança. Tratamento ambulatorial. A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade previstos no artigo 26, caput e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente imputável ou semi-imputável do fato-crime. É o que resulta da letra do artigo 98 do Código Penal, ao determinar que, em necessitando o condenado à pena de prisão, de especial tratamento curativo, seja imposta, em substituição, a medida de segurança de tratamento compulsório, em regime de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou regime ambulatorial, atendida sempre, por implícito, a necessidade social. (STJ-REsp.324.091-0-SP- Rel. Min. HAMILTONCARVALHO- 6ª T.- J. 16.12.2003- Un.) (JTJ 191/112)

Veja-se ainda, alguns casos pontuais acerca da redução de pena prevista no artigo 98 do CP, que apresenta reduzida efetividade no processo penal, a violar direitos fundamentais do infrator:

É de se reconhecer a responsabilidade atenuada no portador de personalidade psicótica e de constituição epileptóide. (TJSP- Ap. Crim. 11.362-3- Rel. Des. SILVA LEME- 3ª C.- J. 10.5.82 – M.V.) (RT 570/319)

O vocábulo - pode - deve ser interpretado juridicamente, cujo sentido não se confunde com o significado vulgar da palavra. Constitui direito público subjetivo de o réu ter a pena reduzida. (STJ REsp. 8.650-RS- Rel. Min.

VICENTE CERNICCIARO -6ª T. – J. 16.4.91- Un.) (DJU, 27.5.91, p. 6.976).

Redução de pena. Critério. A mitigação da pena nos casos de semi-responsabilidade mede-se pela intensidade da perturbação da saúde mental, ou, quando o caso, pela graduação do menor desenvolvimento mental. Imputabilidade. (TACRIM SP – Ap. 923.391 – Rel. Juiz RICARDO DIP - 11ª C. – J. 20.03.95 – Un.) RJDTACRIM 26/67). (218)

Cumpra observar que, o acusado torturado psiquicamente por transtornos neuropsíquicos não detectados durante o processo, será considerado imputável, portanto, conduzido ao cárcere, se não fizer jus às penas substitutivas. Como já mencionado, nem sempre o infrator tem consciência de que seu comportamento é motivado por uma psicopatologia. As condenações, nesses casos, agravará o problema psíquico do infrator.

Marchewka (2003) ao discorrer sobre a questão do aprisionamento do juiz frente aos laudos psiquiátricos, coloca o direito penal no plano que afeta as garantias do homem: O verdadeiro criminoso seria conduzido à prática delituosa por causas biopsíquicas e, como consequência desse determinismo criminológico a solução lógica seria buscar o seu tratamento, se possível preventivo e não seu castigo.

A partir dessas contribuições teóricas que ressaltam das demais ciências, o Direito Penal, não poderá permanecer alheio aos postulados da Criminologia, convertendo-se em seu objeto necessário ao revelar-se como mecanismo reprodutor da realidade criminal. Por isso, as investigações interacionistas e fenomenológicas opera certa deslegitimação do exercício de poder de sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, a não ser fechando se a qualquer dado de realidade. (CALHAU, 2009)

CONCLUSÃO

O *jus puniendi* estatal, que se traduz no poder-dever de punir é exercido pela jurisdição penal, como função específica do Poder Judiciário, encontrando os seus limites nos direitos e garantias individuais, assegurados na Constituição Federal, que os transmite formalmente ao Direito Penal. Enquanto este, atendo-se aos princípios constitucionais criminaliza condutas que lesam ou expõem ao perigo de lesão os interesses do cidadão, da coletividade e do próprio Estado, a constituírem-se, nos “bens jurídicos” penalmente tutelados.

Com a realização da conduta típica e antijurídica, se estabelece inexoravelmente, a relação jurídica entre o infrator e o Estado, ou seja, o *jus puniendi versus jus libertatis*, ainda que não exercido o direito de ação pelo ofendido, quando erigido à condição de procedibilidade no processo penal.

É nessa estrutura constitucional do ordenamento jurídico-penal, que se movimenta a Justiça Criminal, porém, encontra no Código Penal vigente, expressivo tecnicismo-jurídico remanescente da escola italiana associado ao seu hermetismo à quanto ao psiquismo do infrator, em especial das psicopatologias que embora não afetando a capacidade intelectual, comprometem a capacidade de autodeterminação. São anomalias psíquicas ou neuropsíquicas que podem levar à semi-imputabilidade. O isolamento científico do Código Penal do saber das demais ciências contemporâneas, que igualmente se ocupam do comportamento humano, tem contribuído para uma abordagem reducionista do Direito Penal pátrio, limitando a Justiça Criminal para a efetividade da prestação jurisdicional penal, com inegáveis violações dos direitos fundamentais do infrator. Estas constatações constituem a conclusão mais relevante dessa pesquisa.

Para se ampliar a compreensão acerca do fenômeno do crime, fora imprescindível analisar axiologicamente os postulados da Sociologia Criminal, da Psicologia e Psiquiatria Forenses, como demonstradas. São ciências, dentre outras, que integram à nova Criminologia, sendo esta, uma ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da personalidade do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo; a oferecer um saber válido sobre a dinâmica e as principais variáveis do fato típico. É indubitável que qualquer tese que se apresentou, como

causalidade única para o crime, logo depois, fora afastada por novas pesquisas, como se pode constatar no processo evolutivo da Criminologia tradicional inspirada na Escola Positiva.

Foram as pesquisas de LOMBROSO e GAROFALO que plasmaram a nascente Criminologia, cujo determinismo da combatida “Teoria do Criminoso Nato” fora influenciado pelo positivismo daquele tempo, mas, que o próprio LOMBROSO cuidou de atenuar, ante a ampliação de suas pesquisas. Entretanto a Biogenética esquadrihando os códigos genéticos do DNA, encontra anomalias nas cadeias cromossômicas, que levam à agressividade, podendo, portanto, essa anomalia constituir –se na delictogênese do fato incriminado.

Sob a ótica da Sociologia Criminal, é compreensível que o pesquisador haja centrado a gênese do delito, na desorganização social, produzida pela densidade demográfica, pela ausência de equipamentos comunitários para servir às populações socialmente vulneráveis e ainda, a má distribuição de renda como gênese do delito. Porém, a moderna Criminologia considera esses fatores exógenos, como causas que contribuem e não determinam o fato criminoso, por isso, acolhe o saber sociológico como segura diretriz para a redução da criminalidade.

A Psicanálise freudiana, por sua vez, desvendando a intimidade psíquica, encontrou ali, recalques alojados no inconsciente, que em permanente conflito, elevam os níveis de tensão intrapsíquica do indivíduo, gerando ansiedades e angústias, capazes de desaguardem, como mecanismo de alívio, em comportamentos que rompem com os padrões sociais, quando de si, não constituem condutas típicas.

Enquanto a Psiquiatria Forense apresenta a classificação de diversas psicopatologias, que se manifestam por meio de comportamentos impróprios, em regra, produzidas por pensamentos intrusivos e irrefreáveis para o agente, revelando o sociopata, como indivíduo que apresenta transtornos em seu processo de socialização e aprendizagem de valores sociais básicos, que o leva a provocar conflitos na convivência e, eventualmente à prática delituosa.

É igualmente relevante o contributo da Neurofisiologia que, esquadrihando o cérebro, concluiu que as substâncias neurobioquímicas seriam responsáveis pela regulação do humor, a constituírem nas causas das diversas psicopatologias, portanto,

apresentando fundamentos na disfunção cerebral, para se explicar a origem dos transtornos de ansiedade e depressão.

Em decorrência da complexidade humana, que exige a compreensão do homem em sua totalidade biopsíquica, ganha força a integração das ciências sociais, humanas e biológicas, dentre as quais a Neurologia, Psiquiatria e a Psicologia, cujos postulados se complementam na objetividade do saber científico, ao pesquisarem o mesmo objeto: o homem, por reconhecerem nele, uma unidade biopsicossocial.

Como visto nesse trabalho, a abertura do Direito Penal europeu aos postulados científicos da Criminologia contemporânea harmoniza-se com o Constitucionalismo, que reverencia os direitos fundamentais do cidadão, ao situá-lo no centro das atenções jurídicas dos Estados Democráticos de Direito.

Todavia, no Brasil, quanto ao psiquismo humano, o Direito Penal segue alheio à nova ordem científica, a refletir ainda, os conhecimentos organicistas, portanto reducionistas da Psiquiatria somática do século XIX que, sob a influência do positivismo científico, fundamentava seus postulados apenas na fisiologia anormal do cérebro, na debilidade da manifestação do pensamento e na excentricidade do comportamento humano.

Porém, a Criminologia moderna, que além dos conhecimentos produzidos pelas ciências já mencionadas, é integrada também pelos postulados da Biogenética, Sociologia, Antropologia, dentre outras, para explicar o fenômeno do crime, em sua realidade, ao analisar a complexidade biopsicossocial do infrator, sem a preocupação quanto à tipicidade da conduta. Pelo que, o Direito Penal pátrio, não pode seguir indiferente ao equalizado saber científico e empírico que emana do conjunto destas ciências.

Por certo, a síntese interdisciplinar que emerge dessa pesquisa, é tema aberto a novas expansões, a exigir maior profundidade científica, entretanto, fica demonstrado, que o Direito Penal brasileiro permanece inconciliável com o saber científico contemporâneo; pontualmente, no que se refere à sua abordagem normativa acerca das anomalias psíquicas que excluem ou diminuem a imputabilidade.

Desse modo, expressões como: “doença mental” e “perturbação da saúde mental”, como causas de inimputabilidade ou semi-imputabilidade penal, são terminologias que além de inadequadas cientificamente, dificultam a imprescindível

articulação entre a Justiça Criminal e a Psiquiatria Forense, impondo violações ao *jus libertatis*.

Considerando que os semi-imputáveis são infratores que situam na faixa intermediária entre os imputáveis e inimputáveis, denominados *fronteiriços* ou *boderlines* pela Psiquiatria e Psicologia, esses indivíduos não apresentam características marcantes de doença mental e muitas vezes, confunde juízes e promotores que os tomam por normais, quando na verdade não o são.

Em virtude da natureza intermediária desse fenômeno, tais infratores são praticamente ignorados pela Justiça Criminal, cuja prevalência do poder jurisdicional penal tem sido a proteção do bem jurídico; enquanto o autor é visto abstratamente como simples agente responsável pela violação do interesse penalmente tutelado, posto que sua conduta, encontrando-se positivada na norma, seria irrelevante questionar a sua motivação pelo poder estatal.

Essa indiferença científica tem contribuído para inocular na cultura jurídica nacional, acanhada visão da personalidade do infrator, em especial dos semi-imputáveis, cuja capacidade de autodeterminação é tomada de pulsões que inibem ou sequestram-lhes o processo mental reflexivo, levando-os a agir compulsivamente para os deságues emocionais, que por vezes, coincidem com comportamentos tipificados penalmente, embora, irrefreáveis para eles.

O *jus puniedi* que se concretiza com sentença penal condenatória é o momento, em que a Justiça Criminal, dá por cumprida, a missão de se aplicar lei penal. Todavia, a cultura jurídico-penal brasileira, blindada pela dogmática-penal e estrangulada pelo elevado número de processos é dominada pelo automatismo funcional, que se limita em atuar, na tentativa de se preservar a ordem jurídica e proteger o bem jurídico, entregando os semi-imputáveis ao criminógeno sistema penal brasileiro. Se a decisão é legal é justa, ainda que não o seja. É a Lei!

Se no Direito Processo penal vigora o princípio da verdade real, quanto à existência do crime e a prova de sua autoria, porque em jogo o direito à liberdade e os demais princípios que dele emergem. Por maior razão, se deverá observar a demanda, pela verdade real do homem integral, para revelar o motivo que o levou a fugir dos padrões sociais de comportamento e violar o Direito Penal.

Por isso, é importante que a Justiça Criminal amplie o exame dos casos de semi-imputabilidade, para permitir ao juiz, no momento de aplicar a pena privativa de liberdade, quando incabível a sua substituição pelas restritivas de direito, a fim de aplicar a medida de segurança não detentiva, consistente no tratamento médico especializado, como prevê o artigo 98 do Código Penal. Assim, em vez da punição, aplica-se a terapia adequada à gênese do comportamento do infrator, que apesar da consciência acerca da ilicitude do fato, é “atuado por impulsos” que lhe afetam a capacidade de autodeterminação.

Embora o problema não seja de simples conflito terminológico, o que a hermenêutica bem poderia resolver, mas, tem o poder de fomentar uma cultura arcaica da Justiça Criminal, acerca desses casos, porque aprisionada há décadas no hermetismo do Código Penal brasileiro.

Essa “invisibilidade jurídica” dos semi-imputáveis tem contribuído, não só para a violação sistemática do *jus libertatis* dos acusados, mas, também para a vulnerabilidade social, com a liberação equivocada de sentenciados perigosos. São os psicopatas, que ao permanecerem afastados, compulsoriamente, por longo tempo da satisfação de seus primitivos instintos, em regra, na área sexual, tão logo conquistem às ruas, realizam suas incontidas tendências, podendo, vitimar crianças, adolescentes e mulheres.

Pelas fundadas razões que aqui se relaciona, seria importante para o Direito Penal brasileiro, que as expressões “doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e perturbação da saúde mental” constantes no *caput* do artigo 26 e seu parágrafo único, dotadas desde 1940 e conservadas no Projeto de Reforma do Código Penal de 2002, ora trâmite no Congresso Nacional; fossem substituídas por “qualquer anomalia psíquica ou neuropsíquica”, a fim de se realinhar o Direito Penal brasileiro ao conhecimento científico da Criminologia moderna, como já fizeram os Parlamntos da Alemanha, Espanha e Portugal, conforme demonstrado.

O acolhimento da Criminologia pelo Direito Penal pátrio, além de contribuir para a redução das violações dos direitos fundamentais, pelo poder jurisdicional penal, auxiliaria também, na edificação de um Direito Penal mínimo e garantista; ao ensejar a adequação das respostas penais ao fenômeno do crime, à personalidade do infrator, à

gênese do delito e à proteção da sociedade, visando assim, a consolidação do Estado Democrático de Direito.

“Não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser “pessoa” e se torne “coisa”. (BECCARIA)

REFERÊNCIAS

ABDALLA FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. A prática da psiquiatria forense na Inglaterra e no Brasil: uma breve comparação. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. V. vol. 25, n. 4, São Paulo, out. 2003.

ALEXY, Robert. **Teorias dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AMARO, Mohamed. **Código Penal na expressão dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

American Psychiatric Association. **Diagnostic and statistical manual of mental disorders** 4 Ed. Washington, 2000 – Aaron T. Beck, Arthur Freeman e Denise D. Davis.

ASÚA, Jiménez. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I, 5.ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, 1950.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**, Buenos Aires: Editorial BDF, Montevideo/Euros Editores SRL, 1999

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

BERISTAIN, Antonio I., **Derecho Penal y Criminologia**. Bogotá: Editorial Temis, S.A, 1986.

_____. **Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología**, Valência: Tirant Lo Blanch, 1994.

BARRETO, TOBIAS, **Estudos de Direito**, Campinas, Bookseller, 2000.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos de Das Penas**, trad. de J. Cretella Jr, 1997, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECK, Aaron T. **Terapia cognitiva dos transtornos da personalidade**. 2.ed. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2005

BRASIL. **Código Penal**, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Código Processual Penal**, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006.

_____. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 24 maio 2010c.

_____. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC20a.html>. Acesso em: 24 maio 2010d.

_____. **Lei 11.343**, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009c.

BRITTO GENTI, Plínio Antônio, **O direito Penal como fator de educação ambiental**, Artigo publicado no CONPEDI: Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Plinio%20Antonio%20Britto%20Gentil.pdf>> Acesso: 12 out. 2010.

CABETTE SANTOS, Eduardo Luiz. **Criminologia Genética: perspectivas e perigos**. Curitiba-PR: Juruá. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional**, 7 edição, Edições Almeida, Coimbra - Portugal, 2003.

CONDE, Francisco Munhoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÓDIGO. **penal Alemán**. Trad. Claudia Lopes Diaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. Disponível em: <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/stgb.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

CÓDIGO penal. **Ley organica 10/1995**, de 23 de noviembre, del CODIGO PENAL, Madrid, 23 Nov. 1995. Disponível em: <<http://www.derecho.com/l/boe/ley-organica-10-1995-codigo-penal/>> Acesso em: 24 ago. 2008.

CÓDIGO **penal Português**. Lei 108/2001 de 28 de Nov. 2001, Lisboa. disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPENAL.htm>> Acesso em 31.10.2010

COSTA, Álvaro Mayrink da, **Casos em Matéria Criminal**, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SARMENTO, Daniel. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das Normas Principiológicas da Constituição. In: LEITE, George Salomão. (org.). **Criminologia**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

DEL PORTO, Alberto. Epidemiologia e aspectos transculturais do transtorno obsessivo-compulsivo. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2004, n. 26, p.62-6.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ESTEBAN RIGHI e ALBERTO A. FERNANDEZ. **Derecho Penal**: La ley. El delito. El proceso y la pena. Buenos Aires: Ed. Hammurabi S.R.L., 1993.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**, vol.1, São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS JÚNIOR, João. **Criminologia**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1993.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRÃO, Ygor Arzeno. Revista Brasileira de Psiquiatria. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v29s2/art5.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2009

FOUCAULT, Michel. **Problematização do sujeito**: psicologia, psiquiatria e psicanálise. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos del derecho penal**. Buenos Aires: LAF; 1996.

_____. **Atuar e Omitir em Direito Penal**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

LIBERATTI, Angela Inês. **Ulysses Guimarães: pessoal – intransferível**, Birigui, SP: Boreal Editora, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005

MARCHEWKA, T. M. N. **As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil**. Brasília: Revista de Direito UPIS, 2005.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, Direitos Fundamentais 3. Coimbra: Edição Coimbra Editora, 2000.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**: Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos, 6. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2007.

_____; Luiz Flávio Gomes. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORENO, Ricardo Alberto; HUPFELD, Dóris (orgs.). **Da Psicose Maníaco-Depressiva ao Espectro Bipolar**. 3. ed. São Paulo: Segmento Fama, 2008.

MYRA y LÓPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

OLDANO, Iris. **Criminologia Agressividade y Delincuencia**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

PALMER, Michael. **Freud e Jung**. São Paulo: Loyola, 2001.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal**. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

_____. **Loucura e Crime**. São Paulo: Fiúza: 1996

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi, **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre o direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

PINTO, Manuel Costa. **Psicanálise: o pensamento de Freud, Jung, Melaine Klein, Lacan, Winnicott e outros**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997.

RAMOS, SILVIA, **Mídia e violência: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

REALE-JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Editora Nova Cultural, São Paulo, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General Tomo I. Fundamentos: La Estructura de la teoria del delito. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código Penal Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. **O sistema penal como objeto de estudo da criminologia crítica**. Revista de mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo de Araçatuba, Araçatuba, v. 6, n. 1, p. 146-171, 2006.

SANTIAGO MIR PUIG. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes inquietas**. 34. ed. São Paulo: Gente, 2003.

_____. **Mentes & manias**. 2. ed. São Paulo: Gente, 2004.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e Comportamento Humano**: João Carlos Todorov, Rodolfo Azzi. 10ª Ed – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOBEL, Henry I. **Um homem. Um rabino**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008.

TOBIAS BARRETO. **Algumas Idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir, Estudos de filosofia**. São Paulo: Grijalbo, 1977.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

VAZQUEZ MEZQUITA, Blanca. **Manual de Psicología Forense**. Madri: Editorial Síntesis, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VON LIZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I, 4.ed. Madri: Editorial Reus, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General, Buenos Aires: EDIAR, 1995.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 199.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WACQUANT, LOÏC, **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zaar, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)