

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS

DEMETRIUS BARRETO TEIXEIRA

**PSICOPATAS: IMPUTÁVEIS, SEMI-IMPUTÁVEIS OU INIMPUTÁVEIS?**  
**A imputabilidade penal do psicopata no âmbito do direito penal brasileiro**

Porto Alegre  
2015

DEMETRIUS BARRETO TEIXEIRA

**PSICOPATAS: IMPUTÁVEIS, SEMI-IMPUTÁVEIS OU INIMPUTÁVEIS?**  
**A imputabilidade penal do psicopata no âmbito do direito penal brasileiro**

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Departamento de Direito Penal e Ciências Criminais como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Porto Alegre

2015

DEMETRIUS BARRETO TEIXEIRA

**PSICOPATAS: IMPUTÁVEIS, SEMI-IMPUTÁVEIS OU INIMPUTÁVEIS?**  
**A imputabilidade penal do psicopata no âmbito do direito penal brasileiro**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 15 de dezembro de 2015

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Orientador

---

Prof. Dr. Odone Sanguiné

---

Prof. Dr. Samy El Jundi

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pois sem ele, eu nada seria.

Aos meus filhos Daran e Caio pela compreensão da distância física e ausência em momentos irrepetíveis em suas vidas. O amor que sinto por vocês não arrefece com a distância, só me dá forças para continuar na árdua caminhada.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, cuja existência me permitiu a realização de um caro objetivo de vida.

Ao Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva pela atenção, conselhos e orientação.

A Celeste, pelo apoio e compreensão.

## RESUMO

O presente estudo tem como escopo estabelecer qual o estatuto da imputabilidade penal do psicopata no âmbito normativo brasileiro, considerando os pressupostos metodológicos dos critérios normativos estabelecidos para a determinação da inimputabilidade penal, bem como os pressupostos metodológicos estabelecidos no âmbito das ciências da mente responsáveis pelo diagnóstico do transtorno. Tem-se como hipótese que, ante as peculiaridades metodológicas de diagnóstico do transtorno de personalidade antissocial em geral e da psicopatia em particular e os critérios metodológicos de definição da inimputabilidade penal de natureza biopsicológica, a psicopatia permanece em uma “zona cinzenta” de cunho normativo, permitindo que seja considerada imputável, semi-imputável ou inimputável ou mesmo nenhuma destas, estando entregue à discricionariedade do juízo, permeando de insegurança jurídica o trato da presente matéria.

**Palavras-chave:** Imputabilidade penal. Psicopatia. Critério biopsicológico. Culpabilidade. Teoria do delito.

## ***ABSTRACT***

This study has the objective to establish what the status of the criminal psychopath liability in the Brazilian regulatory framework, considering the methodological assumptions of the normative criteria for the determination of the criminal unaccountability as well as methodological principles established within the mind sciences responsible for diagnosing disorder. It has been hypothesized that, given the methodological peculiarities of diagnosis of antisocial personality disorder in general and psychopathy in particular and the methodological criteria of the definition of criminal unaccountability of bio-psychological nature, psychopathy permeates in a "gray area" of nature normative, allowing it to be considered attributable semi attributable or unattributable or even none of these, being delivered to the discretion of judgment of legal uncertainty permeating the treatment of this matter.

**Keywords:** Criminal responsibility. Psychopathy. Biopsychological criteria. Guilt. Crime theory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1. A definição da imputabilidade no âmbito jurídico-normativo.....</b>	<b>16</b>
1.1 Controvérsias epistemológicas em relação ao conceito de imputabilidade nas diferentes correntes teóricas da culpabilidade.....	21
1.1.1 Na corrente causal naturalística.....	22
1.1.2 Na corrente neokantista.....	30
1.1.3 Na corrente funcionalista.....	34
1.2 Os pressupostos do finalismo e o conceito de ação compreensiva do dolo normativo.....	40
1.2.1 Os pressupostos do finalismo Welzeniano.....	40
1.2.2 O conceito de ação compreensiva do dolo normativo.....	50
1.3 Pressupostos metodológicos ínsitos aos critérios normativos estabelecidos para a inimputabilidade: O critério biopsicológico.....	51
<b>2. Posicionamento ante a análise sintomática (psiquiátrica) e ou estrutural (psicanalítica) do transtorno.....</b>	<b>54</b>
2.1 Análise sintomática (psiquiátrica) do transtorno.....	55
2.1.1 Definição do TPAS pela psiquiatria.....	56
2.1.2 Características da psicopatia.....	61
2.1.3 Posicionamento da psiquiatria sobre o transtorno.....	64
2.2 Análise estrutural (psicanalítica) do transtorno.....	65
2.2.1 Definição do TPAS pela psicanálise.....	71
2.2.2 Análise estrutural da patologia.....	72
2.2.3 Posicionamento da psicanálise sobre o transtorno.....	77
<b>3. A imputabilidade no Direito Penal brasileiro.....</b>	<b>78</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>91</b>

## INTRODUÇÃO

A fim de justificar e ilustrar a relevância da presente pesquisa, inicialmente trazemos o relato sobre os crimes cometidos por Jeffrey Dahmer, serial killer americano condenado a morte por ter cometido 17 homicídios no *modus operandi* abaixo descrito:

Nas primeiras horas da manhã do dia 30 de Maio de 1991, Konerak Sinthasomphone (irmão mais novo do rapaz que Dahmer tinha molestado), de 14 anos, foi encontrado na rua nu, sob influência de drogas e sangrando pelo ânus. Os relatórios sobre o estado do rapaz variaram. Dahmer disse à polícia que Sinthasomphone era seu namorado e que eles tiveram um desentendimento enquanto bebiam. Contra os protestos do rapaz, a polícia devolveu-o a Dahmer. A polícia sentiu um odor estranho em Dahmer, mas não investigou. Mais tarde foram encontrados corpos, atrás do seu quarto, entre eles o de Sinthasomphone. Dahmer matou e desmembrou Sinthasomphone, guardando o seu crânio como lembrança. John Balcerzak e Joseph Gabrish, os dois policiais que devolveram Sinthasomphone a Dahmer, foram despedidos, depois das suas ações terem sido bastante publicitadas (incluindo uma cassete em que os policiais faziam depoimentos homofóbicos e piadas sobre como tinham reunido “os amantes”).<sup>1</sup>

No Verão de 1991, Dahmer matava aproximadamente uma pessoa por semana: Matt Turner (30 de Junho), Jeremiah Weinberger (5 de Julho), Oliver Lacy (12 de Julho) e Joseph Brandehoft (18 de Julho).<sup>2</sup>

Ainda sobre o mesmo caso, relata o momento da descoberta dos crimes Ilana Casoy:

Em 22 de julho de 1991, dois policiais faziam seu turno nas proximidades da Universidade de Marquette, quando viram um homem algemado correndo pelas ruas. Presumindo se tratar de um fugitivo, não demoraram em parar a radiopatrulha para verificar os fatos.

O homem identificou-se como Tracy Edwards, 32 anos, e dizia ter sido algemado no apartamento de um estranho sujeito, mas que conseguira escapar. Os policiais desconfiaram da história. Resolveram acompanhar o infeliz até o local apontado por ele, para verificar o inverossímil relato.

A porta foi aberta por um belo homem loiro, identificado como Jeffrey Dahmer, 31 anos, que estava bastante calmo e racional. Ele ofereceu-se para pegar as chaves da algema em seu quarto, enquanto os três esperavam na porta.

Vendo Dahmer caminhar em direção ao seu quarto, Tracy lembrou-se que ali estaria a faca com a qual foi ameaçado, e visou os policiais. Um deles resolveu ir ao encaço de Dahmer, para dar uma olhada... no caminho, fotografias espalhadas pelas paredes do corredor tiraram seu fôlego! Continham corpos humanos esquartejados e crânios fotografados enquanto estavam dentro da geladeira.

1 [https://pt.wikipedia.org/wiki/Jeffrey\\_Dahmer](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jeffrey_Dahmer)

2 *Idem.*



Quando foi capaz de respirar novamente, gritou para seu parceiro algemar Dahmer e dar-lhe voz de prisão. Dirigiu-se para a geladeira, abriu a porta e deu de cara com uma cabeça encarando-o! Fechou-a o mais rápido que pôde...

O pequeno apartamento era limpíssimo, arrumado, com peixinhos de estimação nadando no aquário muito bem cuidado, mas o cheiro de morte impregnava tudo.

A cabeça que estava na geladeira estava em estado de decomposição avançada, e no freezer foram encontradas mais três cabeças, guardadas em sacos plásticos amarrados com elástico.

Perto do quarto, havia uma porta trancada com cadeado. Ali havia uma recipiente de metal contendo mãos e pênis decompostos. No closet estavam guardados frascos com álcool etílico, clorofórmio e formol, juntamente com outros onde encontravam-se genitálias masculinas preservadas.

No apartamento de Jeffrey Dahmer jaziam restos mortais de 11 vítimas diferentes; onze crânios, um esqueleto completo, ossos em geral, mãos, genitais embalsamados e pacotes de corações, músculos e outros órgãos mantidos no ácido ou refrigerador.

As fotografias expostas registravam os estágios da morte das vítimas. Havia uma mostrando a cabeça recém-cortada de um homem, escorrendo na pia. Muitas das fotos mostravam as vítimas antes de serem assassinadas, em poses eróticas.

No total, este canibal matou dezessete pessoas.<sup>3</sup>

Diante de tais relatos e de sua hediondez, surge a seguinte questão: como não considerar a sua total responsabilização penal, ante a perversidade dos seus atos e da total insensibilidade do agente em relação à condição das vítimas, ao tratá-las como meros objetos de satisfação de sua lascívia?

No entanto, a ciência do direito em geral e a dogmática penal em particular exige, para a responsabilização do agente, critérios e condições objetivas que figuram como pressupostos de reprovabilidade da conduta que integram, no âmbito do direito penal, a culpabilidade agente.

Quanto a culpabilidade como juízo de reprovabilidade do agente, instilada em sua teoria normativa, não prescinde do antagonismo entre vontade censurável do agente (elemento psicológico) e a vontade da norma (elemento valorativo), na medida que esta dita ao indivíduo um proceder de determinada forma e reprova-o por assim não ter agido, ipso facto não poder negar a existência de uma vontade contrária à sua.<sup>4</sup>

---

3 CASOY, Ilana, *Serial Killer: - Louco ou Cruel?*, 7ª ed. - São Paulo, Madras, 2004. pp. 110-111.

4 NORONHA, E. Magalhães – *Direito Penal*, Vol. 1, 38ª Ed. Revista e Atualizada, Ed. Rideel, 2009, p. 100.

Em outras palavras, muito embora a culpabilidade no âmbito da teoria finalista da ação seja eminentemente normativa, no sentido de que a todos competem agir de acordo com a norma, segundo um dever jurídico, que tutela os interesses sociais, sendo o procedimento contrário o que dá substância à culpabilidade, ainda assim não se olvida afastar o conteúdo subjetivo da conduta, sendo tanto a teoria psicológica quanto a normativa da culpabilidade, em certa medida complementares, pois enquanto esta liga a pessoa à ordem jurídica, aquela vincula-a subjetivamente ao ato praticado.<sup>5</sup>

Dentro deste contexto, retorna-se à questão sobre a censurabilidade da conduta acima descrita. Sob o enfoque jurídico penal, há que se observar, consoante o artigo 26 do Código Penal, os critérios para a imputabilidade, quais sejam, a capacidade de entendimento do caráter ilícito e a capacidade de autodeterminação em relação a este entendimento. Daí surgem as celeumas em relação ao transtorno de personalidade antissocial. E tais divergências não se restringem ao campo do direito mas, também, perpassam pelas ciências da mente como a psiquiatria, psicanálise e neurociências. Em resumo, enquanto alguns posicionamentos apontam para a semi-imputabilidade do psicopata, outros divergem entre a imputabilidade ou inimputabilidade. No que diz respeito ao campo das ciências da mente, análises de cunho sintomatológico se posicionam de forma vaga a respeito do transtorno não o definindo, a rigor, como uma patologia, e tendo como critério diagnóstico elementos de natureza comportamental que mais confundem do que facilitam um recorte eficaz, no quadro sintomatológico permissivo a um diagnóstico válido da psicopatia.<sup>6</sup> Quanto às análises de cunho estrutural, enquanto

---

5 Idem, p. 101

6 Para tal constatação da proximidade de diagnósticos de transtorno de personalidade no âmbito da DSM V, ver (TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito, 7ª Ed. Livraria do Advogado, RS, 2014, p. 162-183) para exemplo, no transtorno de personalidade antissocial há como critério diagnóstico a *impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro*. Enquanto no transtorno de personalidade borderline há *impulsividade em pelo menos duas áreas potencialmente autodestrutivas (por ex. Gastos, sexo, abuso de substâncias, direção irresponsável, compulsão alimentar)*. Há que se notar que ambos se utilizam, para o diagnóstico, de aspectos comportamentais, contudo, ambos definem como elemento sintomatológico condutas que expressam descumprimento reiterado de normas legais. Assim, fixam-se duas questões, a primeira, qual seria o diagnóstico do indivíduo que estivesse na zona limítrofe entre transtorno de personalidade antissocial e transtorno de personalidade borderline? E a segunda questão, como determinar quem é acometido do transtorno e distingui-lo de quem, mesmo a despeito de cometer todas as mesmas condutas e apresentar o mesmo comportamento de forma reiterada, não é acometido do transtorno?

algumas apresentam aproximações psicanalíticas do transtorno no campo das perversões<sup>7</sup>, outras divergem profundamente lançando mão de teorias sociais para dar conta do fenômeno da agressividade sem, contudo, ir a fundo na questão do aspecto da responsabilização criminal dos psicopatas.<sup>8</sup>

Creemos ser relevante o presente estudo ante a diversidade de posicionamentos presentes no âmbito da doutrina brasileira sobre tal tema e sua influência no âmbito da jurisprudência pátria, bem como o grau de lesividade e ofensividade a bens jurídicos de relevante importância para a sociedade como, por exemplo, a vida ou a liberdade, bem como a liberdade sexual. Muito embora existam posicionamentos no âmbito da doutrina penal brasileira que explicitam que a motivação de crimes extremamente violentos e agressivos a tais bens sejam motivados por disputas inseridas no mercado de drogas ou em razão de crimes contra o patrimônio, sendo, em resumo, motivados por questões de natureza econômico social e não por uma razão relacionada a “personalidades psicopáticas”, é possível objetar que, em um país que apresenta, estatisticamente, a constatação de que, a cada 100 homicídios, somente 8 são solucionados, permanecendo 92 sem solução, qualquer tentativa de estabelecer uma hipótese válida a respeito da motivação de tais delitos não espelha, de forma clara, a realidade do fenômeno, pois resta uma zona de penumbra imensa que sequer é enxergada pelo pesquisador, qual seja, os 92% de homicídios sem solução no país.<sup>9</sup>

Qualquer tentativa de definição de uma política criminal que vise à redução de tal zona de penumbra, deve encarar o fato de que há necessidade de se preparar para a hipótese de que existam homicídios no Brasil que ocorreram em razão de transtorno de personalidade psicopática. Sem tal preocupação, permanecer-se-á de olhos vendados para uma realidade atual, e sempre a sociedade se surpreenderá quando o agente psicopata, ao ser preso, por outro

---

7 TENDLARZ, Silvia Elena. A quem o assassino mata?: O *serial killer* à luz da criminologia e da psicanálise. Trad. Rubens Correia Junior, São Paulo, Ed. Atheneu, 2013.

8 DE SÁ, Alvinio Augusto. Criminologia clínica e psicologia criminal. Ed. Revista dos Tribunais. 2007.

9 <http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/coluna-lfg-homicidios-sao-elucidados-brasil> para maiores esclarecimentos acerca dos dados apresentados. Artigo publicado em 30 de agosto de 20102, sob o título “De 5% a 8% dos homicídios são elucidados no Brasil” de Luis Flávio Gomes.

motivo qualquer, admitir que realizou tais crimes e que, se livre novamente, os cometerá.<sup>10</sup>

Ante tal situação, pergunta-se qual o estatuto da imputabilidade penal do psicopata no âmbito normativo brasileiro, considerando os pressupostos metodológicos dos critérios normativos estabelecidos para a determinação da inimputabilidade penal, bem como os pressupostos metodológicos estabelecidos no âmbito das ciências da mente responsáveis pelo diagnóstico do transtorno? Tal problema exige, para sua resposta, que previamente se enfrente as seguintes questões secundárias, como qual a definição da imputabilidade no âmbito jurídico-normativo? Quais os pressupostos metodológicos ínsitos aos critérios normativos estabelecidos para a inimputabilidade? Qual o posicionamento ante a análise sintomática (psiquiátrica) e ou estrutural do transtorno? Quais as dificuldades de delimitação e demarcação do objeto cognoscente ante a realidade dicotômica de metodologias distintas de averiguação do fenômeno “transtorno de personalidade antissocial”?

Tem-se como hipótese provisória que, ante as peculiaridades metodológicas de diagnóstico do transtorno de personalidade antissocial em geral e da psicopatia em particular e os critérios metodológicos de definição da inimputabilidade penal de natureza biopsicológica, a psicopatia permanece em uma “zona cinzenta” de cunho normativo, permitindo que seja considerada imputável, semi-imputável ou inimputável ou mesmo nenhuma destas, estando entregue à discricionariedade do juízo, permeando de insegurança jurídica o trato da presente matéria.

Ante a hipótese apresentada, trabalhar-se-á com autores da área penal tanto quanto com autores do campo das ciências da mente, quais sejam, psiquiatria, psicanálise e psicologia. Há que se concentrar, também, em razão do problema proposto, de forma mais específica, no aspecto jurídico-metodológico da questão central a ser investigada. Em outras palavras, ante a hipótese provisória apresentada, há que se investigar de forma mais detalhada aspectos de natureza

---

10 <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/12/homem-confessa-ter-assassinado-mais-de-40-pressoas-no-rj.html>

jurídico-metodológica, o que envolve, necessariamente, adentrar sobre autores que se debruçaram sobre investigações de cunho epistemológico tanto no âmbito jurídico quanto no campo das referidas ciências da mente.

Avançando sobre as célebres discussões a respeito de se o Direito seria ou não uma ciência, é fato que, “sob o influxo das ciências da natureza e de seus sucessores, tentou-se frequentemente, sobretudo no séc. XIX, “elevar” a ciência do direito ao nível de verdadeira ciência reclamando para ela métodos análogos ao das ciências naturais”.<sup>11</sup> Afastada tais tentativas infrutíferas de submeter as “ciências do espírito” aos métodos das ciências naturais, admitiu-se que “a ciência do direito tem a ver com o Direito, o que, porém, não significa que tem a ver com um objeto que nós não conseguimos apreender a não ser na medida em que tomamos consciência do sentido, da significação, de certos actos e das suas objetivações – em leis, em decisões judiciais, em contratos, eventualmente”.<sup>12</sup>

Assim, a ciência do direito é eminentemente uma ciência de compreensão, vinculada a determinado material de estudo, a saber, normas e institutos jurídicos. Desta feita, ao se debruçar sobre a questão, *se os psicopatas são inimputáveis, semi-imputáveis ou imputáveis*, tendo que, “a imputabilidade não é pressuposto da culpabilidade nem obstáculo à culpabilidade, mas dado distintivo da pessoa humana, razão pela qual constitui um pressuposto da ação, vista esta como decorrência de uma opção valorativa”<sup>13</sup>, necessariamente debruçar-se-á sobre o aspecto da ação humana a fim de determinar, inicialmente sob as bases científicas, e após, sob critérios jurídico-valorativos, se a ação de alguém acometido de personalidade psicopática é imputável, semi-imputável ou inimputável.

Contudo, ao se investigar a “ação humana”, há que se considerar que diferentes concepções foram desenvolvidas acerca de tal objeto de conhecimento, tanto no âmbito das ciências naturais quanto no âmbito da ciência jurídico-penal.

---

11 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, pg. XI.

12 Idem, pg. XIII.

13 REALE JR. Miguel. Instituições de Direito Penal. Parte Geral. . 3ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009. pg. 206.

Ante tal multiplicidade de conceituações, sob qual aspecto há que se determinar qual “ação humana” será a aplicável ao problema posto e que consequência há de vir em razão disto?

Analisa-se inicialmente as posições sobre o conceito de ação no âmbito dos sistemas causal-naturalista, neokantista e funcionalista com suas compreensões e respectivas dificuldades de afiguração do conceito de “imputabilidade” que prescindia do conceito de “ação”.

Assim, quanto a definição de imputabilidade enquanto pressuposto da ação humana, analisa-se, inicialmente, no presente trabalho, a tese apresentada por Miguel Reale Jr como exposição da teoria da ação do sistema finalista. Para o autor, uma das características da pessoa humana é a identificação com seus próprios atos ou a possibilidade de remissão de seus atos a ela como autora destes atos. Por serem fruto de um processo de decisão dotado de sentido, ao decidir agir ou não agir decorrente de um processo de valoração, que torna compreensível o ato como próprio de seu autor, ato cuja a gestação se faz neste entrechoque de possibilidades, e a escolha de um caminho se funda na maior valia atribuída ao valor que ilumina a ação escolhida.<sup>14</sup>

No que diz respeito ao critério de base biopsicológica, segundo Nélon Hungria, “o reconhecimento da causa biológica é tarefa do perito psiquiátrico, que deve, igualmente, dizer da influência dela na capacidade de discernimento ou poder de vontade do agente, ao tempo do fato criminoso; mas, por injunção mesma do método biopsicológico, não é retirada ao juiz criminal a faculdade de livre convencimento, que a lei processual-penal, aliás, lhe assegura em matéria de provas”.<sup>15</sup>

Ocorre que, no âmbito da delimitação diagnóstica do transtorno de personalidade antissocial, os pressupostos metodológicos adotados são inegavelmente os das ciências empíricas, inconfundíveis e inconciliáveis com os critérios e pressupostos do sistema finalista. Aqui evidenciam-se ao menos dois critérios metodológicos de determinação do conceito de ação imputável como

---

14 REALE JR. Miguel. Instituições de Direito Penal. Parte Geral. . 3ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009, pg. 206.

15 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1958, pg. 331.

ação relevante jurídico-penalmente. A primeira, de cunho lógico-objetivo estrutural, realizado pelo aplicador do direito e dependente do segundo critério, a saber, de matiz empírico científica .

Ante isto, surgem os problemas de cunho metodológico, conforme a hipótese do presente trabalho, onde se unem, no mesmo contexto epistemológico, diferentes abordagens metodológicas que se mostram inconciliáveis. Ao tratar da valoração da ação de natureza psicopática, que se poderia dizer comportar características *sui generis* como “patologia”, tais abordagens encontram posições desarmônicas e incongruentes, permitindo, assim, o surgimento de uma “zona de penumbra epistemológica” para o presente fenômeno.

## 1. A definição da imputabilidade no âmbito jurídico-normativo

Em um sentido amplo ou *atécnico*, é possível definir imputabilidade, segundo os dicionários, como “qualidade de ser imputável”, sendo imputável, “aquilo que se pode imputar”, e por sua vez, imputar como sendo o ato de “ Atribuir (a alguém ou a alguma coisa) a responsabilidade de: “...a causa dos males, cuja origem se pretende imputar à intempestividade das reformas” (Rui Barbosa). “Senhor, não lhes imputes este pecado” (palavras de Estêvão, protomártir do cristianismo; **Atos dos Apóstolos**, 7, 60 - trad. de João Ferreira de Almeida). **2 Dir** Determinar (o devedor), entre outras, a dívida que deve ser satisfeita pelo pagamento oferecido, quando insuficiente para a cobertura de todas. **3 desus** Classificar de crime ou erro.”<sup>16</sup>

É possível extrair das definições acima a ideia de atribuição de responsabilidade de algo a alguém. Neste sentido, sob uma perspectiva ampla, imputar algo a alguém é atribuir algo (fato) a alguém como autor deste algo. Há aqui uma identidade entre imputar e responsabilizar que, sob um ponto de vista *técnico penal* ou em sentido estrito (jurídico-penal), não se confundem.

No âmbito da esfera cível, em um sentido estrito, “ “imputabilidade” é elemento da culpa na medida em que designa o resultado de uma livre determinação por parte do seu autor”.<sup>17</sup> Assim, em matéria cível, o termo imputação “indica a atribuição de um dever a alguém, isto é, atribuição de uma conduta devida”<sup>18</sup>. Importante ressaltar que, em matéria cível, há uma identidade entre imputação e responsabilização, isto é, “imputar não é inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir dever e responsabilidade. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar.”<sup>19</sup>

Há que se fazer a distinção, no bojo da doutrina civilista, de duas correntes teóricas da imputação, a primeira que considera imputável somente os fatos culpáveis, e a segunda que considera imputáveis não só os fatos culpáveis mas também os inculpáveis. Assim, é possível, a partir de uma análise sistemática

16 Dicionário Michaelis on line. Sítio: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=imputar>. Consulta em 21 de julho de 2015.

17 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009, pg 131, nota de rodapé nº 9.

18 Idem,pg. 130,131.

19 Idem, pg. 135.



das posições doutrinárias divergentes, estabelecer um critério omnicompreensivo da imputabilidade, que permite derivar uma dupla forma de imputação, sendo a primeira a imputação subjetiva, regido pelo princípio da inculpação, exigindo-se ato culposo no suporte fático da responsabilização pelo não-adimplemento, e o segundo a imputação objetiva, não requerendo culpa para sua configuração, resultante das normas que atribuem a alguém a assunção de um risco, ou de um dever de segurança, ou de garantia, exigindo-se, para esta a previsão legal.<sup>20</sup>

No que diz respeito a matéria penal, a imputabilidade toma outros rumos que, em determinados momentos, se distancia sobremaneira das concepções civilísticas, não obstante apresentarem as mesmas nomenclaturas, a saber, *imputabilidade subjetiva e imputabilidade objetiva*.

---

20 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009, pg 135-136, neste sentido a autora assim discorre sobre a imputabilidade no âmbito do direito civil: “Em suma: ao invés de oferecer um critério de regra/exceção (isto é: culpa=regra; risco, garantia, segurança etc. = exceções), propomos, para melhor sistematizar a matéria, deduzir de um critério único e omnicompreensivo (a imputabilidade ou nexo de imputação) as variadas espécies que compõem o não-cumprimento imputável. Deste critério deriva uma dupla forma de imputação: a) *imputação subjetiva*, regida pelo princípio da inculpação (requerendo-se ato culposo no suporte fático da responsabilização pelo não-adimplemento) forma essa que é central no sistema de Direito Civil e; b) a *imputação objetiva* (que não requer a culpa), resultante das normas que atribuem a alguém a assunção de um risco ou de um dever de segurança, ou de garantia, sendo essa excepcional, isto é: ou está prevista especificamente em lei ou é passível de enquadramento no parágrafo único do art. 927 que requer a observância de certos requisitos (dano resultante de uma estrutura social que desenvolve normalmente atividades aptas, por sua natureza, a gerar riscos aos direitos alheios), requisitos esses a serem concretizados *prudencialmente*.”

Assim, a responsabilidade do agente pelo fato típico e ilícito por ele cometido pressupõe que este mesmo agente seja imputável<sup>21</sup>. Entende-se que a imputabilidade seja a possibilidade de se atribuir um fato típico e ilícito ao agente<sup>22</sup>.

Para que seja possível a atribuição de um fato típico e ilícito ao agente, este agente deve, segundo a doutrina, ter a capacidade de entender o caráter ilícito do ato e poder se autodeterminar conforme este entendimento. Tal exigência implica

---

21 Neste sentido, reconhece a distinção doutrinária mas se contrapõe a mesma como desnecessária, (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, vol. I, Tomo II, 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958, pp. 320-321) “Segundo um critério tradicional, que o Código rejeitou, haveria que distinguir entre *responsabilidade* e *imputabilidade*, significando esta a capacidade de direito penal ou abstrata condição psíquica da punibilidade, enquanto aquela designaria a obrigação de responder penalmente in concreto ou de sofrer a pena por um fato determinado, pressuposta a imputabilidade...” e segue: “argumenta-se em favor da distinção que, em certos casos, embora existente o estado de imputabilidade, falha o vínculo da responsabilidade. É o que aconteceria, ao que se diz, na hipótese das *discriminantes*, nas das causas excludentes de culpabilidade (erro de fato, coação, obediência devida) e nas chamadas “*excusas absolutórias*”. Ora, em tais hipóteses, o que falha é a *criminalidade* do fato, ou a *culpabilidade*, ou punibilidade do agente, não havendo razão ou utilidade alguma para falar-se em *ausência do vínculo de responsabilidade*, ao invés de (como o exige a melhor técnica) “inexistência de crime” ou “isenção de pena”. Capacidade de direito penal e obrigação de responder penalmente vêm a ser uma e a mesma coisa, a que se deve dar o nome de *responsabilidade*, de preferência ao de *imputabilidade* refere-se mais à ação (ou omissão) do que ao agente. É a “qualidade do que é imputável”, e *imputável* quer dizer que “pode ser imputado”, “que pode ser atribuído a alguém ou levado à sua conta””. Na defesa da distinção entre responsabilidade e imputabilidade sendo aquela uma categoria valorativa mais ampla e englobadora da própria culpabilidade e com esta a imputabilidade (ROXIN, Klaus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008, pg. 68.) “o primeiro passo é reconhecer que o injusto e responsabilidade se tratam de diversas valorações, que devem ser referidas cada qual a um substrato próprio. O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal. Já a responsabilidade decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada. O primeiro nível valorativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando um valoração com uma diretriz de comportamento. O segundo nível decide a respeito da consequência jurídica – punibilidade ou não-punibilidade – segundo pontos de vista que não se confundem, de modo algum, com os da valoração que não se confundem, de modo algum, com os da valoração do injusto, mas que devem ser extraídos da teoria dos fins da pena”. E prossegue (idem, p. 69) : “Assim é que o chamado sistema clássico, que ainda hoje é utilizado em muitos países, distinguia injusto e culpabilidade de modo bem naturalista, como os aspectos objetivo por mim proposto acaba sendo o nome das categorias (e mesmo ele só parcialmente, uma vez que eu deixo a culpabilidade ser absorvida pela categoria mais ampla da responsabilidade)”. Conclui (ibidem, p. 72): “Também a categoria da responsabilidade, que se acrescenta à do injusto, fundamenta-se numa ponderação. Mas agora o problema não é mais a legalidade ou ilegalidade, e punir ações ilícitas, que pode facilmente levar a exageros, em limites condizentes com o estado de direito”. Assim, ante as teorias contemporâneas, há uma tendência em separar responsabilidade de imputabilidade, conforme acima demonstrado.

22 WELZEL, Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 116.

a definição, pela doutrina estrangeira, da imputabilidade, como “capacidade de culpabilidade”.<sup>23</sup>

Há que se observar que o contexto lógico sistemático normativo é determinante para a definição dos usos dos diferentes conceitos integrantes dos mesmos. Tal é o cerne das distinções de uso do conceito de imputabilidade tanto no âmbito sistemático normativo em geral, como no contexto jurídico penal sistemático em particular. De tal sorte que, conceitos aparentemente “iguais”, em razão do uso contextualizado no bojo de um sistema lógico normativo específico, apresentam conteúdos significativos completamente distintos.

Assim, em termos jurídico penais, a imputabilidade, no cerne da teoria finalista, teoria adotada pelo direito penal brasileiro a partir da reforma de 1984, é tratada como pressuposto existencial da culpabilidade. Trata-se de estrutura lógico-objetiva de cunho ontológico e determinante do sistema jurídico penal<sup>24</sup>.

Tal também é a posição da escola causal naturalista que considera a imputabilidade como pressuposto da culpa<sup>25</sup>.

Nas teorias normativas também não há divergência a respeito da imputabilidade inserir-se na categoria da culpabilidade. O que divergem é sobre a necessidade de uma qualificação de natureza ontológica, a saber, a imputabilidade, como pressuposto de determinação da responsabilidade penal<sup>26</sup>.

---

23 WELZEL, Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 131.

24 WELZEL, HANS. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 118.

25 Neste sentido (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, vol. I, Tomo II, 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958, p. 25.): “ A culpabilidade tem como pressuposto a capacidade de direito penal (responsabilidade, imputabilidade penal), isto é, a capacidade de autodeterminação e de entendimento ético-jurídico, referida ao homo medius. Excluída a responsabilidade penal do agente não há falar-se em culpabilidade”.

26 Conforme tal entendimento (ROXIN, Klaus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008, pp. 69-70.): “O sistema finalista encontra-se mais próximo da posição por mim defendida. Mas ele confundiu, de modo bem pouco claro, a diferença de aspectos valorativos com a oposição entre o objeto da valoração e a valoração do objeto. A culpabilidade, enquanto “reprovabilidade”, deveria ser puramente normativa, mera valoração, cujo objeto seria o injusto. Assim se manifesta Welzel a respeito de sua concepção: “Excluíram-se do conceito de culpabilidade os diversos elementos subjetivos psíquicos; nele se manteve unicamente o critério da reprovabilidade”. Pode-se ler algo similar em Maurach: “A culpabilidade, despida de todos os elementos psicológicos, de todos os objetos da valoração pertencentes à esfera da consciência do autor, passa a ser agora exclusivamente uma valoração do processo de motivação. Seus componentes são procedimentos valorativos puros”. Com isso esqueceu-se que tanto no injusto, quanto na culpabilidade, trata-se de uma dupla valoração independente, e que os pressupostos fáticos do injusto e da culpabilidade, ou seja, os objetos da valoração, são

Ao que se vê, muito embora não haja divergências a respeito de onde se insere a categoria da imputabilidade no âmbito do conceito analítico de crime, há muitas divergências ao se tratar do enfoque dado a esta como determinante da culpabilidade do agente. Em outras palavras, embora não encontremos discussões sobre onde se situa a imputabilidade penal no contexto da teoria do crime, encontramos divergências doutrinárias a respeito de sua real necessidade para definição da imputabilidade penal do indivíduo.

Para as teorias finalistas e causalistas a imputabilidade é, guardado os pressupostos epistemológicos de cada posição teórica, pressuposto ontológico da culpabilidade, isto é, é estrutura lógico objetiva que limita e determina a própria culpabilidade, enquanto que, para as teorias normativas, estruturas lógico-objetivas são desnecessárias para a determinação da culpabilidade do agente sendo relevante para tal, aspectos de natureza valorativa que são determinados pela política criminal.

Embora tais divergências não pareçam, em um primeiro momento, serem relevantes para o presente estudo, após uma reflexão mais aprofundada torna-se evidente que tais divergências, de cunho epistemológico, mostram-se como obstáculos à compreensão e melhor delimitação do fenômeno “personalidade psicopática” no âmbito jurídico penal.

Ante isso, analisar-se-á o posicionamento de cada diferente teoria do crime a respeito da imputabilidade penal a fim de, a partir de uma melhor compreensão do aspecto jurídico, cotejá-lo com o posicionamento científico a respeito do fenômeno “psicopatia” e assim refletir sobre as dificuldades encontradas pelas atuais teorias do delito em delimitar o fenômeno em questão.

---

componentes do respectivo elemento do delito. E tampouco a valoração que decide sobre a responsabilidade se esgota na reprovabilidade, tendo muito mais que englobar toda a teoria dos fins da pena em seu bojo”.

### **1.1 Controvérsias epistemológicas em relação ao conceito de imputabilidade nas diferentes correntes teóricas da culpabilidade**

Controvérsias de cunho epistemológico sempre existiram e existirão no âmbito de teorias do direito, em qualquer ramo em específico e mesmo nas mais diversas teorias gerais do direito. Não obstante tais divergências efetivamente existirem, o que se verificará, no caso específico, são as consequências de tais divergências na delimitação dos contornos do fenômeno “personalidade psicopática” na categoria imputabilidade penal.

A questão das divergências epistemológicas tem uma influência direta na delimitação de contornos de quaisquer fenômeno a que se deixe juridicizar, pois, são através dos pressupostos epistemológicos que se há de delinear e delimitar o mesmo, funcionando como verdadeira lupa que permite a investigação mais acurada do conhecimento do objeto cognoscível. Mas como na metáfora anterior, mesmo a lupa não permite um conhecimento completo do objeto já que é no diâmetro da circunferência da própria lente e na sua capacidade de ampliação que residem as fronteiras entre uma visão clara ou míope. Mesmos em microscópios eletrônicos e telescópios nucleares há limitações que não permitem uma apreensão perfeita do objeto de conhecimento. Assim, aqui também, nas ciências do espírito, há limitações quanto à compreensão de seu objeto.

Em especial, nas ciências sociais em geral e nas ciências jurídicas em particular, a delimitação do objeto de conhecimento sofre uma “desfocalização” mais peculiar em razão da natureza mesma do objeto, a saber, a significatividade do fenômeno no contexto da sociedade onde há uma série de variáveis que tornam complexa a compreensão do mesmo, bem como da pluralidade de pressupostos epistemológicos que regem as mais diferentes manifestações das ciências sociais.

Tal pluralidade de significações de um mesmo fenômeno bem como de diferentes manifestações das ciências sociais, com respectivos pressupostos epistemológicos distintos e muitas vezes inter excludentes, provoca, no âmbito das ciências do espírito, uma pluralidade de compreensões nos mais diferentes matizes a respeito de um mesmo objeto cognoscível. Tal peculiaridade não traz grandes problemas para as ciências sociais já que, em razão da natureza do objeto de

conhecimento das mesmas, modos-de-ser-e-estar-no-mundo, de plúrima significatividade, admitem uma multiplicidade de interpretações.

No entanto, para o objeto em questão, denominado “personalidade psicopata”, surgem dificuldades em razão desta multiplicidade interpretativa, quando tal objeto é cotejado com o conceito de *imputabilidade* no âmbito das diversas correntes teórico penais.

Ante isso, observar-se-á, nas diferentes correntes teóricas que abordam o tema da imputabilidade penal, além de suas definições do conceito de imputabilidade, as diferentes bases epistemológicas que as sustentam, para daí desenhar um quadro mais preciso das dificuldades de inserção do fenômeno nas categorias de imputabilidade e inimputabilidade no contexto destas mesmas correntes.

### 1.1.1 Na corrente causal naturalística

A corrente causal naturalista decorre de uma movimento de ideias geral europeu que afetou na Alemanha, ao longo do terceiro quartel do século XIX mais ou menos todas as ciências do espírito.<sup>27</sup> Influenciados diretamente pelas ciências naturais, tais correntes, também conhecidas sob o conceito amplo de “positivismo”, caracterizam-se pelo desejo de banir toda “metafísica” do mundo da ciência e de restringir rigorosamente esta última aos “fatos” e às leis desses fatos, consideradas empiricamente.<sup>28</sup> Importante salientar que a rejeição de qualquer imposição de cunho metafísico, por se tratar de seu desejo mais importante, não afastava o objetivo de desligar a ciência do direito de toda discussão a respeito de um “sentido” ou um “valor” com validade objetiva.

Não se pode olvidar que, o ethos científico que influenciou e determinou o comportamento positivista considera que, as *ideias eternas* ou os *valores absolutos* são inatingíveis racionalmente e, por isso, não faz afirmações ou pressuposições indemonstráveis. Isto não afasta a possibilidade do positivista ter para si valores pessoais ou exigências éticas, contudo as coloca no plano das crenças pessoais e

---

27 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, p. 36.

28 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, p. 37.

das convicções morais onde, em razão de se tratar de ponto de vista, não é possível assentar afirmações científicas. Assim, o positivista não nega que a exigência de justiça, por exemplo, seja válida para a consciência de cada um, mas, considera que ela não é passível de conhecimento científico e portanto, não constitui um princípio viável de qualquer ciência positiva. Pode mesmo vir a reconhecer a “vivência da justiça” como um “fato antropológico” que, enquanto tal, não pode ser nunca eliminado do pensamento jurídico, mas a ideia de justiça não chega a ser um princípio cognitivamente objetivável, um princípio com validade universal e que, deste modo possa ter alguma relevância para o conhecimento do Direito positivo.<sup>29</sup>

Nas palavras de Larenz, “o positivismo já se classificou como uma orientação espiritual “sobretudo negadora”, como um “negativismo”.<sup>30</sup> Nestes termos, aquilo que é passível de conhecimento científico são, para os positivistas, os “fatos” sensíveis, juntamente com as “leis” que dele se extraem e se comprovam por experimentação.<sup>31</sup> É justamente neste ponto que o pensamento positivista importa das ciências da natureza, como ciências “exatas”, sendo o positivismo um “naturalismo”.<sup>32</sup>

A ciência do direito, ao se amoldar a tal concepção, ergue-se à condição de ciência, ao se fundar em fatos indiscutíveis. Contudo, ao se definir quais seriam estes “fatos indiscutíveis” ou onde se encontrariam tais fatos é que se começa a divisão. Haveria um primeiro grupo de fatos e fenômenos externos, ou seja, fatos e fenômenos do “mundo exterior”, que percebemos através das sensações e que, como tais, seriam visíveis, audíveis e de alguma forma mensuráveis, e um segundo grupo de fatos ou fenômenos relacionados ao “mundo interior” ou anímico, isto é, fatos psíquicos. Ambos os fatos, do mundo exterior bem como do mundo interior, submetem-se a lei geral da causalidade. Os fenômenos anímicos, assim como os fenômenos da natureza, tem suas “causas”, sendo determinados em absoluto por

---

29 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, pg. 37.

30 Idem.

31 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, pg. 37.

32 Idem.

elas. A ciência tem por missão descobrir as leis de harmonia com as quais o determinismo se realiza em pormenor e, após isso, “explicar” os fenômenos.<sup>33</sup>

Para o positivismo não há uma diferença fundamental entre as relações causais ocorridas na natureza não viva e os processos de evolução orgânico e os determinismos psíquicos ou motivações. Para todos será válida a tese de que qualquer alteração percebida no tempo tem de ter a sua causa cronologicamente anterior, causa que, por seu turno, em harmonia com as leis naturais, tem de ter necessariamente aquele efeito.<sup>34</sup>

Uma espécie importante e diversa de ligação, qual seja, as que existem entre uma razão suficiente e a conclusão racionalmente necessária e que é independente de uma sucessão temporal de fenômenos, só valem para a lógica e a matemática, como as únicas ciências que não lidam com fatos de que tipo forem mas apenas com puras conexões mentais.<sup>35</sup>

Ante tais pressupostos, ou o Direito passa a ser entendido como *fato psicológico* por não se encontrar na realidade exterior mas sim na consciência dos homens, ou então, em razão de se referir ao comportamento social dos homens, integra os *fenômenos da existência social* de que se ocupa a sociologia empírica. No primeiro caso chega-se a uma teoria psicológica do direito, que procura esclarecer os mais importantes fenômenos jurídicos a partir de uma conceito de vontade entendido psicologicamente, e no segundo caso, chega-se a uma teoria sociológica do direito, teoria esta que se interroga sobre as causas sociais e sobre os efeitos de certas instituições jurídicas, bem como sobre o próprio direito como meio ao serviço de finalidades sociais. Ambas as maneiras de ver, frise-se, tem sua justificação, no entanto, ambas falham em algo que para o direito é essencial e característico, a saber, na pretensão de validade que lhe é própria, o momento do dever ser.<sup>36</sup>

Dado os pressupostos básicos da corrente naturalista, quais sejam, de que o direito, para arrogar-se a condição de ciência, teria de ater-se somente a fatos sensíveis e estes, divisíveis em fatos externos e internos, estão submetidos a lei

---

33 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, p. 37.

34 Idem.

35 Idem.

36 Idem, p. 39



geral da causalidade e que para todos será válida a tese de que, qualquer alteração percebida no tempo tem de ter a sua causa cronologicamente anterior, isto é, de que há um liame causal entre fatos, onde causas precedem consequências, o que torna possível uma regressão, a partir dos efeitos, até suas causas, permitindo assim a descrição do fenômeno. Pode-se então enumerar como pressupostos básicos da corrente causal naturalista: a) o Direito como ciência se ocupa de fatos sensíveis; b) tais fatos estão divididos em duas espécies: fatos externos e fatos internos, sendo o primeiro o conjunto de sensações visíveis, audíveis ou de qualquer sorte mensuráveis; c) ambos os fatos estão regidos pela lei geral da causalidade; d) há uma regularidade na produção dos fenômenos, determinada por uma harmonia com as leis naturais, o que permite uma regressão cronológica, a partir das consequências, até suas causas, possibilitando a descrição do mesmo e mesmo sua previsão.

A partir de tais premissas é possível compreender como se construiu a tese, defendida pela corrente causalista, do injusto objetivo e subjetivo, onde há uma verdadeira dissociação entre o aspecto externo do crime como injusto objetivo e o aspecto interno como culpabilidade. Foi a partir do positivismo alemão de Liszt que se difundiu o chamado *critério objetivo-subjetivo* que reafirma as premissas acima e as aplica na teoria do delito que predominou na Alemanha nas primeiras décadas do século XX.<sup>37</sup> Segundo tal modelo, a ação delitiva deve ser decomposta em dois componentes diferentes: de um lado, o processo causal externo (objetivo) e, de outro, o conteúdo da vontade interna (subjetivo). Nessa concepção, a conduta seria um processo causal, contanto que ele possa ser atribuído a vontade humana, *não importando seu conteúdo* ao movimento corporal arbitrário. Tal movimento corporal arbitrário, em seu turno, é definido como “tensão (contração) dos músculos provocada pela representação e resultante da enervação dos nervos motores”<sup>38</sup>. A vontade do homem, neste modelo, é tomada como fato, sem consideração de seu conteúdo e, por isso mesmo, sem consideração de seu sentido. “Para constatar que

---

37 ZAFFARONI, E. Raúl, et al. Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª edição. Ed. Revan. Rio de Janeiro, 2010, p. 31.

38 LISZT, apud. JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008, p. 191.

existe uma conduta, basta a certeza de que o agente atuou voluntariamente ou de que permaneceu inativo. *O que* ele quis é indiferente aqui; o conteúdo da vontade só tem importância para a questão da culpabilidade<sup>39</sup>. Há uma razão para essa redução da vontade, é o esforço pela pureza da distinção entre nexos causal e nexos de culpabilidade. Tal esforço não se restringe somente “até o movimento corporal”, ou seja, no âmbito da causalidade subsequente ao ato corporal, “mas até a vontade”.<sup>40</sup>

A partir desta distinção básica entre o injusto objetivo, de caráter meramente descritivo da conduta, e do injusto subjetivo, de cunho eminentemente psíquico, a culpabilidade surge, na corrente causal naturalista como culpabilidade psicológica onde figuram, como elementares desta o dolo, a culpa e a consciência da ilicitude. Aqui o dolo não é o *dolus naturalis*, mas sim o *dolus malus* ou seja o dolo normativo, onde além da vontade de realizar a conduta descrita no tipo o agente também teria de ter a consciência do caráter ilícito da conduta. Tal consciência há de ser atual e não somente mera possibilidade. Embora tal solução seja uma consequência da consideração naturalística, ela também marca o esforço orientado ao estado de direito para banir valorações imprecisas do conceito de culpabilidade e vincular a culpabilidade a dados verificáveis de forma segura.<sup>41</sup>

Tal distinção é importante não só para marcar a diferença entre a corrente causal naturalista e a corrente finalista, mas também para estabelecer critérios que definem, além da culpa subjetiva, a própria concepção de imputabilidade nesta corrente.

O conceito de culpabilidade psicologizante trás em seu bojo a ideia de consciência do injusto, exigindo, para a consideração de uma conduta como culpável, que o agente tenha a consciência do caráter ilícito da conduta e tenha se

---

39 BELING, Apud. JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.pg. 191

40 RADBRUCH, Apud. JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.pg. 191

41 JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.pg. 678.

determinado de acordo com essa consciência.<sup>42</sup> Ocorre que tal ideia foi a principal dificuldade de tal corrente pois sempre foi discutida a possibilidade de um comportamento ser culpável mesmo que o agente não tenha consciência atual do ilícito.<sup>43</sup>

A imputabilidade é pressuposto da culpabilidade e se caracteriza como *capacidade de direito penal*,<sup>44</sup> esta entendida como a capacidade de autodeterminação e entendimento ético-jurídico, tendo como referência o *homo medius*. Assim, a imputabilidade só é suprimida quando no agente, ao tempo da ação ou omissão, a capacidade de entendimento ético-jurídico ou a capacidade de adequada autodeterminação da vontade ou autogoverno estão ausentes. Tal ausência se dá sempre por causas biológicas. A respeito do critério biológico ou psicológico ou biopsicológico, tratar-se-á em capítulo à parte. Aqui, interessa em que se baseia a imputabilidade para a referida corrente e como esta é determinada.

O critério da capacidade de entendimento do caráter ético-jurídico da conduta envolve aspecto da cognição do agente, ou seja, de que o agente tenha competências cognitivas que o habilitem a compreender o caráter ético-jurídico da conduta. Tais competências só podem ser definidas a partir de um critério científico que leve em consideração parâmetros biológicos rígidos que determinem se o agente era, à época da ação ou omissão, capaz de compreender o que fez, como fez, porque fez e quais as consequências do que fez. É possível traçar um paralelo neste critério com a consciência da ilicitude. Como, no âmbito da culpabilidade, se exige a consciência atual da ilicitude, no âmbito da imputabilidade, enquanto

---

42 Nestes termos explicita HUNGRIA *in verbis*: “Para reconhecimento do crime, como *fato punível*, não bastam a tipicidade e a injuricidade: é também necessário que haja uma relação subjetiva ou de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente (culpabilidade, culpa *sensu lato*). Cumpre que o fato seja culpado. *Nulla poena sine culpa*. O agente deve ter *querido* livremente a ação ou omissão e o resultado (dolo), ou, pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*). Ainda mais: é indispensável que o agente tenha procedido com a consciência da injuricidade ou ilicitude jurídica da própria conduta (crime doloso) ou com inescusável inadvertência quanto ao advento do resultado antijurídico (veja-se nº 75)” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958. pg. 25).

43 JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.pg. 678. nota de rodapé 7.

44 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958. pg. 25

possibilidade atribuir-se a alguém a autoria de um fato, exige-se a capacidade de entender tal fato como ilícito.

Quanto ao critério da capacidade de autodeterminação, há que se observar a própria capacidade do agente de querer a realização do ato, isto é, de se autogovernar conforme um plano prévio. Aqui se considera o aspecto da liberdade de agir, capacidade de escolher entre agir conforme a norma referênciada ou não. Para determinar a higidez de tal elemento da imputabilidade, também há que se observar critérios científicos rígidos que possibilitem determinar se o agente, ao momento do fato, gozava de sua liberdade de agir e efetivamente escolheu realizar o ato. Também aqui, tal critério se alinha, no que tange à culpabilidade, para a corrente teórica causal naturalista, ao elemento dolo, sendo este a vontade de agir em desconformidade com a norma de regência.

Importa ressaltar os lineamentos entre os elementos da imputabilidade com os que compõem a culpabilidade no âmbito da teoria causal naturalista em razão desta, por adotar uma teoria da culpabilidade psicológica, lançando sobre um mesmo aspecto da teoria do delito, a saber, a culpabilidade, conceitos profundamente próximos que em muitos momentos se confundem o que torna extremamente difícil determinar quando se está à falar de capacidade de entendimento (como pura potencialidade) ou consciência da ilicitude (como atualidade), ou mesmo quando se fala em capacidade de se autodeterminar (como pura potencialidade) ou dolo (como vontade atual) que é expressão da própria liberdade de agir. Tais confusões surgiram e foram expressas doutrinariamente no que tange as controvérsias entre erro de fato e erro de direito e também no que tange ao crime culposos onde não há consciência atual da ilicitude mas que efetivamente o agente, com sua conduta, comete uma infração penal.<sup>45</sup>

Assim, no âmbito da corrente causal naturalista, por assumir como pressupostos epistemológicos a limitação do conhecimento aos fatos externos e internos, estes determinados por um processo causal, construindo sobre estas bases uma teoria do delito que divide o fenômeno delitivo em dois aspectos, um

---

45 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. 5ª Edição. Ed. Coimbra. Coimbra, 2000. p. 1. JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008., p. 678.

externo (injusto objetivo) e outro interno (culpabilidade psicológica) determinados pela mesma lei geral da causalidade natural. Tal construção teórica tem como consequência necessária um modelo ou mosaico do fenômeno delitivo baseado em determinismo psicobiológico, determinismo este que pode ser observado, analisado, e estabelecido se o agente era, há época do fato, imputável. Mesmo a capacidade de autodeterminação não se trata da liberdade filosófica mas sim de um processo psicobiológico que apresenta, em seu bojo, causas e consequências mensuráveis e que, ante a lei geral de causalidade, podem ser analisados e seus processos internos dominados e recriados. Tudo dentro da mais pura concepção das ciências naturais.

Mesmo tendo como base o determinismo científico, há aqui um hibridismo entre o livre arbítrio de um lado, como pressuposto da ação criminosa e que tem como consequência a punição de cunho eminentemente retributivo, paradigmas do pensamento liberal clássico, marcando o conceito de imputabilidade moral e, de outra mão, o determinismo da ação onde, pela ausência de liberdade de agir, o agente não pode ser considerado culpado, o que atrai, assim, a aplicação de medida de segurança, instituto desenvolvido pelo positivismo criminológico, tendo como fundamento a segregação do convívio social na busca da prevenção, ressocialização e tratamento do delinquente<sup>46</sup>.

46 Sem dúvida, o presente hibridismo, representa a acomodação, no bojo da dogmática penal, da *“velha e inconciliável controvérsia entre idealistas e realistas, espiritualistas e materialistas, metafísicos e positivistas, com os profundos reflexos que se fizeram sentir, na área criminal, nas duas grandes escolas de Direito Penal: a Escola Clássica de Carrara, de cunho liberal e individualista, e a Escola Positiva de Ferri, calcada no predomínio da razão prática sobre a razão abstrata, e de cunho utilitário e socialista”* (COLEHO, Walter. Teoria geral do crime. Vol. I. Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991, pg. 13). Neste sentido, *“o binômio imputabilidade/responsabilidade tem como alicerce a culpa moral, que pode ser entendida como o poder que tem o homem mentalmente sadio de escolher entre o certo e o errado.(...) As justificativas para a imposição da pena tem variado conforme a época e as tendências filosóficas. (...) As escolas liberal clássica e positiva determinista, que procuram explicar o liame entre liberdade de agir, conduta ilícita e aplicação de pena ou medida de segurança. O livre arbítrio para os liberais tradicionais faz parte da própria essência da humanidade. E essa faculdade de agir, de optar entre o bem e o mal, fundamenta a responsabilidade penal do homem mentalmente sadio pelos atos ilícitos conscientemente praticados. Em outras palavras, isto significa que o homem livre intelectualmente está a ser castigado pelas faltas que cometer. Neste tom, a pena é uma retribuição (...) quem não goza da plena liberdade de agir, como ocorre amiúde com o doente mental, não pode sofrer castigo, já que eventual desvio de conduta foi inconsciente. Neste caso a medida de segurança apresenta-se como tratamento e estrutura de contenção da periculosidade. Ao reverso a escola positiva nega a existência do livre arbítrio. (...) Não existe livre arbítrio, e, portanto, não se pode admitir a pena como simples castigo. Não há castigo possível para o inevitável. O criminoso não é livre na sua essência. ( FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000,*

A marca do presente hibridismo na legislação penal brasileira é perceptível a partir da redação do Código de 1940. Neste, surge, pela primeira vez no direito penal brasileiro, a conceito de medida de segurança<sup>47</sup>, festejado pelo Ministro Francisco Campos na exposição de motivos do Projeto do Código Penal de 1940, manifestando a insatisfação com o sistema vigente à época:

“É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelam insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra post delictum, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis”.

### 1.1.2 Na corrente neokantista

Como na corrente naturalista o conceito de “ciência” só é admitido para as disciplinas que utilizam como método os das ciências da natureza, isto é, os que tem

---

pp. 39-40). diante disso, é perfeitamente factível que o direito penal bem como sua dogmática sofrerá, no momento de sua elaboração legislativa, influência maior ou menor de uma ou de outra destas tendências doutrinárias.

47 Neste sentido bem explicitado por Maximiliano Roberto Ernesto Führer: “Pela primeira vez, com este nome, surge entre nós a medida de segurança, sucessora da primitiva “internação para segurança do público, introduzida pelo Código Republicano de 1890 (art. 29). A novidade foi saudada efusivamente pelo constitucionalista Ataliba Nogueira, com palavras que já se tornaram clássicas, impossíveis de não repetir aqui: “É a maior novidade, a mais profunda modificação ao sistema penal anterior, a introdução, no novo Código, do instituto das medidas de segurança. Nenhum outro assunto sobreleva a este, nenhuma outra novidade é maior de que esta”. A medida de segurança tinha como fundamento o grau de perigo que determinados delinquentes representavam para a sociedade (periculosidade). Em cinco casos a periculosidade era presumida peoa Lei (art. 78), de forma absoluta: 1) portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento; 2) agente que, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estava privado da plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; 3) condenado por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; 4) reincidente em crime doloso; 5) condenado por crime cometido em associação, bando ou quadrilha de malfeitores. (...) Fora das hipóteses de presunção de periculosidade o juiz retomava sua plena jurisdição, cabendo-lhe verificar se a personalidade do agente, seus antecedentes bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizavam a suposição de que voltaria a delinquir (art. 77, na redação original)” ( FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, pp. 24-25).

como premissas a observação, experimentação e recolhimento de fatos, a ciência do direito, assim como todas as ciências do espírito, são manifestamente incompatíveis com tais métodos. Assim, a corrente neokantista surge como uma resposta e crítica a tais concepções, defendendo um método próprio das ciências do espírito. Tem como problema central que “se com os métodos das ciências “exatas” da natureza se logra verdadeiramente compreender o *conjunto da realidade que é susceptível de experiência*”<sup>48</sup>. Em caso negativo a resposta para tal questão, estaria demonstrada a legitimidade e necessidade de uma outra espécie de ciências que seriam as ciências do espírito que exigiriam outros métodos científicos além dos das ciências naturais.

Tal concepção, em linhas gerais, parte do pressuposto de que a construção científico-natural dos conceitos, inerente ao método naturalista, é vista, pelos defensores da corrente neokantista, como um processo de simplificação da realidade existente, na medida em que a construção de conceitos gerais que apreendam o maior número possível de fenômenos mediante poucas “notas” comuns a todos eles. Tais conceitos devem ser construídos de forma a permitir o reconhecimento das leis gerais de validade que connexionam a natureza. Contudo, quanto mais as ciências da natureza avançam na direção de conceitos gerais que abarquem de forma global a multiplicidade de fenômenos que buscam descrever, tanto mais se distanciam do particular e individual ou único. Nos dizeres de Aristóteles em sua metafísica “*Tantas e tais, portanto, as concepções geralmente partilhadas sobre a sapiência e sobre os sábios. Ora, (1) a primeira dessas características – a de conhecer todas as coisas – deve necessariamente pertencer sobretudo a quem possui a ciência do universal. De fato, sob certo aspecto, este sabe todas as coisas <particulares, enquanto estão > sujeitas <ao universal>*”<sup>49</sup>.

A realidade experimentada no particular tem contudo aspectos que são irrepetíveis e que não se esgotam no âmbito da generalização. Tal método, assim, se remete sempre à um aspecto do particular apenas, no sentido de classificá-lo no plano do geral. Como dito por Aristóteles, *conhecer é conhecer todas as coisas*

---

48 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, p. 112.

49 ARISTÓTELES. Metafísica. Vol II. A 2, 982a 20. Trad. Marcelo Perine. Ed. Loyola. São Paulo, 2002, P. 9.

*particulares enquanto estão sujeitas ao universal.* Aqui se insere a limitação metodológica das ciências naturais, na sua descrição restrita dos fenômenos a característica que foi definida como genérica aqueles. Ocorre que, segundo a concepção neokantista, a realidade imediata não se esgota apenas na conceitualização generalizadora proposta pela metodologia naturalista. Tal forma de compreender a realidade se limita a conhecer apenas um lado da mesma, a saber, aquela que aparece como pura repetição da mesma coisa.

O preço que se paga pela adoção de tal método generalizante é a supressão do caráter individual da realidade existente. Tal conclusão é surpreendente para quem se propôs a reproduzir tão fielmente quanto possível a realidade existente, tal como ela é em si mesma.

O contraponto do neokantismo reside essencialmente neste ponto. Para tal corrente, o objeto de conhecimento “*é, antes de tudo, o resultado de um método de conhecimento em que estão ínsitas, como pressupostos, as estruturas de nosso pensar*”<sup>50</sup>. Ante isso, as ciências da natureza “*não podem reproduzir o mundo como ele é em si, mas empreender sempre e apenas uma elaboração e conformação da realidade*”<sup>51</sup>. A partir de tal entendimento, o mundo não pode ser visto apenas como uma uniforme repetição do geral. Tal compreensão é nada mais que um aspecto da realidade, sendo o outro aspecto, o da multiplicidade de formas e eventos individuais sendo ambos necessários e legítimos para descrever a realidade.

Assim, quando se investiga a realidade multifacetada em sua individualidade histórica, o pesquisador observará, não aquilo que se repete e que pode ser assim universalizado, mas, sim, a figura única. Ao fazê-lo, deverá escolher, no bojo da massa de singularidades, aquilo que lhe parece mais essencial e, nesta definição do que é essencial para a descrição do fenômeno, em oposição ao que lhe parece accidental, sobrevirá o *elemento valorativo* como um pressuposto a priori teórico cognitivo das ciências do espírito. Esta significatividade dos valores não pode existir apenas para o pesquisador mas, também, para os outros. Em outras palavras, os valores assumidos pelo pesquisador no âmbito de sua descrição dos fenômenos são valores reconhecidos de fato pela comunidade em que aquele está

50 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, p. 113.

51 *Idem*.



inserido. Tal reconhecimento é, em princípio, um dado empírico, pois é verificado a partir de dados empíricos.

Também o conceito de cultura é de relevante observação pela corrente neokantista onde, em seu sentido amplo, é tudo o que, pela sua referência a valores ganha sentido e significação para o homem que reconhece esses valores como tais. Até este ponto o que se tem é, para a corrente neokantista, a repartição lógica das ciências em generalizadoras e individualizadoras, sendo a primeira livre de valores e sentido na investigação de seu objeto (ciências da natureza), e a segunda, dotada de significação em seu objeto (ciências do espírito). Sobre tal ótica, valores, sentidos e significação são algo que não se percebe, mas apenas se entende, enquanto interpreta-se objetos percebidos.

Segundo Gustav Radbruch, adepto da corrente neokantista, *“a realidade em si mesma é livre de sentido e de valor, enquanto categoricamente ordenada, constituirá o “reino da natureza”. Só a consciência valorante liga às coisas um valor da natureza”*<sup>52</sup>. Inaugura-se aqui o dualismo metodológico ínsito a corrente neokantista com todos os seus percalços e avanços para a teoria do direito em geral e para a teoria do direito criminal em particular.

Importante ressaltar que, na perspectiva neokantista, não se procura verificar um nexos do ponto de vista do ser, ao se julgar um fato da vida, mas, sim, medir a situação de fato com as normas existentes, para deste modo a orientar segundo um critério válido em última instância ou segundo um valor e assim a *conformar*.

No plano do direito penal a influência da corrente neokantista foi de relevantes avanços para a dogmática. Em especial na teoria do crime, em que se passou a considerar a presença de elementos normativos no tipo, o que já afasta a tese naturalista de que o tipo seria apenas descritivo e de cunho eminentemente objetivo. Também representou um avanço na compreensão da culpabilidade que passou de mera culpa psicológica, que não abarcava a culpa inconsciente (sem representação do resultado lesivo), para a adoção de um critério valorativo (teoria normativa da culpabilidade, entendida como reprovabilidade). Assim, a

---

52 RADBRUCH, Gustav. Apud. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, pg. 119.

culpabilidade, sem abrir mão de um vínculo de imputação subjetiva, passou a constituir um juízo de reprovabilidade baseado numa norma de determinação.

Evidente que, no aspecto da definição da imputabilidade, a corrente neokantista não se afastou da compreensão assumida pela corrente causal naturalista. Manteve a noção de imputabilidade como capacidade abstrata de alguém ser responsabilizado por infração penal. Tal capacidade sendo aferida pelos mesmos critérios psicológico, biológico ou psicobiológico, a depender da opção legislativa por qual destes.

Também não se distanciou no que diz respeito ao aspectos de cunho criminológicos definidores do criminoso nato ou habitual. Estes de natureza eminentemente positivista lombrosiana foram determinantes na assunção da medida de segurança como opção para a segregação do convívio social daqueles que, por serem inimputáveis, não poderiam ser responsabilizados pelos seus atos, não obstante sua liberdade oferecerem perigo ao sociedade.

Aqui, a acomodação entre elementos de cunho valorativo, inerente às ciências do espírito, e elementos de cunho empirista, inerente às ciências da natureza se mostra evidente. O objeto do direito penal deixa de ser a conduta e o seu conteúdo valorativo para se focar no delinquente e em suas características pessoais, seu caráter, suas manias, vontades e propensões. Isto é, a conduta não é mais importante para a definição da pena ou mesmo da responsabilidade do agente, mas, sim, é no próprio agente que se encontrará a resposta para a definição de sua responsabilidade penal.

Tal deslocamento da imputabilidade já havia se dado no bojo da corrente causal naturalista e se manteve incólume na corrente neokantista, mesmo à despeito das duras críticas feitas ao método naturalista daquela.

### **1.1.3 Na corrente funcionalista**

Colocamos a corrente funcionalista logo após a neokantista por entendermos que aquela tem forte influência desta. A concepção funcionalista entende que o direito penal deve ser orientado praticamente, sendo determinando

em grande medida pelas decisões de política criminal. Em sentido estrito, “essa doutrina exprime a construção de sistemas ecléticos orientados praticamente, ou seja, com orientação classificatória ou funcionalista limitada, preferentemente dirigida à facilitação da atividade judicial ( decisão de casos), já que, de modo geral, não se preocupam em comprometer a elaboração dogmática com uma visão geral das funções político-sociais do direito penal perante o poder punitivo”<sup>53</sup>. Sem embargo, permanece nos autores desta corrente a metodologia construtiva neokantiana já que, é a partir de uma ideia ou mesmo de um fim político criminal que o direito penal se determinará, isto é, em função das razões de política criminal ou mesmo de uma ideia de justiça que o sistema penal se conformará.

Assim como na corrente neokantista, os funcionalistas defendem decididamente uma teoria do dolo normativo em oposição a corrente finalista que assume a concepção de dolo natural. Roxin fundamenta essa posição na teoria dos elementos negativos do tipo, que unifica tipo e antijuridicidade sob a noção do tipo total de injusto (*Gesamtunrechtstatbestand*), o qual para ele é corolário da recusa à ideia de que há tipos abertos.<sup>54</sup>

Importante para o tema em questão, são os lineamentos a respeito da posição da culpabilidade e de seus pressupostos no contexto da teoria funcionalista, bem como da natureza ou fins da pena, esta última que, necessariamente, nos leva as teorias de base da corrente funcionalista e a uma reflexão sobre a compreensão proposta por essa corrente, do fenômeno objeto do presente estudo.

Trabalhar-se-á aqui com os dois principais autores da corrente funcionalista, a saber, Claus Roxin e Günther Jakobs por razões óbvias. Os dois autores são os que mais desenvolveram, no âmbito da corrente funcionalista, os temas mais diversos em geral e os problemas mais relevantes ao problema proposto no presente trabalho.

No que tange a culpabilidade, Roxin defende uma teoria unificadora dialética, em contraposição a uma teoria eminentemente retributivista. Para o autor,

---

53 ZAFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo, et al. Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª edição. Ed. Revan. Rio de Janeiro, 2010, p. 34.

54 ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. Tradução Luis Greco. 1ª edição. Ed. Marcial Pons. São Paulo, 2014, p. 17.

tal teoria pretende fundamentar a pena em razões exclusivamente de prevenção, tanto geral (de intimidação ou negativa e também de integração ou positiva) como especial (em especial em sua componente positiva, de ressocialização), dentro de um limite máximo imposto pelo princípio da culpabilidade. Quanto a culpabilidade, esta não opera, a seu ver, como fundamento da pena, mas somente como seu limite. Roxin propõe, noutras palavras, o abandono de uma concepção bilateral do princípio da culpabilidade, própria de uma teoria retributivista, em favor de uma concepção unilateral, com isso evitando penas inúteis, porque preventivamente ineficazes, como instrumentalizadoras, porque dissociadas da culpabilidade<sup>55</sup>.

Roxin trabalha com dois âmbitos ou dimensões de aplicação do princípio da culpabilidade que na verdade representam aspectos deste mesmo princípio. O primeiro, em sua dimensão ou aspecto externo, porque extrínseco à categoria da culpabilidade, é aplicado no injusto. Quando assim aplicado, o princípio da culpabilidade assume a função de exclusão do acaso para configuração do delito. Tal exclusão é efetivada através da teoria da imputação objetiva. Em breves linhas, tal teoria se baseia na premissa de que só serão imputados cursos causais que representem a criação de um risco não permitido criado pelo autor. Se assim não for o caso, o resultado é atribuído ao acaso, isentando-se, assim, autor da responsabilidade pela sua provocação.

Importa para a presente pesquisa a concepção defendida por Roxin de *culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário da norma*. O presente conceito foi desenvolvido pelo autor com o fito de resolver, de uma forma definitiva, a necessidade das chamadas estruturas lógico-objetivas da corrente finalista que à frente será examinada. De forma sucinta, para a compreensão do desenvolvimento e emprego do conceito como substituição ou mesmo eliminação das referidas estruturas, faz-se necessário uma abordagem superficial do tema para que se compreenda o problema suscitado por Roxin e sua solução que, no âmbito da corrente funcionalista, é de vital importância para a compreensão do conceito de imputabilidade nesta corrente.

---

55 ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. Tradução Luis Greco. 1ª edição. Ed. Marcial Pons. São Paulo, 2014, pg. 24.

Nas palavras do grande idealizador da corrente finalista da ação, Hans Welzel:

“No que diz respeito às *estruturas lógico-objetivas*, que pertencem a esse lugar e, especialmente, à afirmação de que o Direito Penal está vinculado à *estrutura final da ação*, necessito apenas referir-me a um fato conhecido por todos: do mesmo modo que o Direito não pode ordenar às mulheres que acelerem a gestação e que aos seis meses deem à luz crianças saudáveis, não pode proibir-lhes que sofram abortos. Pode exigir-lhes, ao contrário, que se *comportem* de modo que não se produza nenhum aborto e pode proibir-lhes que *provoquem* abortos. As normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente (consequentemente, ações) ou a omissão de tais atos. Desse fato – a meu ver dificilmente discutível – deriva-se tudo o mais por si mesmo.”<sup>56</sup>

Basicamente o que se está a afirmar quando se fala em estruturas lógico-objetivas é de um plano realístico onde o Direito não o pode determinar já que, é por este limitado e determinado. Em outras palavras, as estruturas lógico-objetivas pertencem a esfera do ser e não a do dever ser. Dentro deste contexto, a crítica feita por Roxin à necessidade das estruturas lógico-objetivas para a ciência do Direito Penal, se funda no argumento de que a premissa de tais estruturas mais problematizam do que resolvem as questões práticas de aplicação das normas penais.

No que diz respeito ao tema sob exame, a imputabilidade, Roxin considera desnecessária a utilização de estruturas lógico-objetivas, tratando, no âmbito da teoria da culpabilidade, algo racional político-criminalmente falando, aspectos relacionados a reprovabilidade da conduta do agente e a exigência da potencial consciência da ilicitude para a configuração da culpa, contudo, argumenta que só por uma questão de opção legislativa que a consciência da ilicitude não faz parte do dolo, não sendo vedado ao legislador exigir, como parte do dolo, a consciência do carácter ilícito da conduta.<sup>57</sup> Ainda sobre o aspecto culpabilidade do

56 WELZEL, Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, pg. 11.

57 ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. Tradução Luis Greco. 1ª edição. Ed. Marcial Pons. São Paulo, 2014, pg. 125.

crime, e em particular sobre a imputabilidade do autor, questiona Roxin *“que constituição deve apresentar o autor, para que se possa falar de “culpabilidade” neste sentido?”*<sup>58</sup> Defende então o autor, uma saída para a exigência finalista das estruturas lógico-objetivas, a de que a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer. A idoneidade para ser destinatário da norma diz respeito a capacidade do indivíduo de entender o comando normativo e de internalizá-lo como algo a ser seguido. Assim, se alguém é incapaz de entender o caráter ilícito da conduta em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou em função de ter sido tomado por um arroubo emocional em que perde as instâncias de controle psíquico e com elas a capacidade de se autodeterminar, este não é idôneo para ser destinatário da norma.

Há uma relação direta entre a condição de ser idôneo para ser destinatário das normas e o poder de agir de outro modo, outra estrutura lógico-objetiva da teoria finalista. Segundo Roxin, sua teoria da idoneidade se harmoniza com a teoria do livre arbítrio mas dela não depende. Isto porque *“se alguém realiza um ilícito típico, inexistindo dúvidas a respeito de sua idoneidade para ser destinatário de normas, então dizemos que ele deveria e poderia ter agido diversamente, sendo, assim, de declarar-se culpável”*<sup>59</sup>. Somente a idoneidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, em princípio, comprovável.

Inicialmente, é possível argumentar contra tal concepção de imputabilidade que, mesmo tentando se desfazer das estruturas lógico objetivas, Roxin não consegue, a partir de sua idoneidade para ser destinatário de normas, se afastar da exigência de comprovação empírica da capacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito e da capacidade de se autodeterminar conforme tal entendimento. Em qualquer hipótese apresentada pelo autor, é factível a exigência de comprovação empírica prévia da capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta bem como da capacidade de se autodeterminar conforme tal entendimento. Ao que parece, em um primeiro momento, o único mérito da teoria de

58 ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008, p. 138.

59 *Idem*, p. 145.

Roxin é a substituição do nome “imputabilidade” pelo nome “idoneidade para ser destinatário de normas” como se tal substituição produzisse mudanças reais na maneira de compreender o fenômeno ou mesmo alterasse sobremaneira a forma de delimitação do mesmo. Ao que parece, não há mudanças substanciais em relação ao finalismo no “*o quê*” e no “*como*” se dá o fenômeno da inimputabilidade penal.

No que tange ao poder de agir de outro modo, outra estrutura lógico-objetiva componente da culpabilidade, em conjunção com a imputabilidade, acima já abordada, a tese da idoneidade para ser destinatário da norma não abre mão de pressupor a capacidade do indivíduo de agir de outro modo. Somente o coloca entre parênteses, presumindo o livre arbítrio quando demonstrado a idoneidade para ser destinatário da norma. No entanto, ao presumir o poder de agir de outro modo quando presente a idoneidade para ser destinatário de normas, peca nas hipóteses de coação moral irresistível ou mesmo coação física onde o indivíduo pode ser considerado idôneo para ser destinatário de normas mas no momento da ação não gozava do seu poder de agir de outro modo o que afasta a culpabilidade. Também nas hipóteses de estado de necessidade exculpante há a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta bem como a capacidade de autodeterminar-se mas em razão das circunstâncias não é exigível do indivíduo uma conduta diversa.

Assim, as teses defendidas por esta vertente do funcionalismo não parece hábil a enfrentar os problemas decorrentes da imputabilidade penal dos psicopatas pois, embora defendam a apresentação de algo “novo” no que tange a exigência das estruturas lógico-objetivas, não conseguem, de fato, se afastar de tal exigência.

Para concluir, a segunda posição no âmbito das correntes funcionalistas, o conceito funcional de Jakobs, segundo o qual a culpabilidade e exigências de prevenção são idênticas. Segundo o autor, a culpabilidade de um indivíduo não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social. Se for possível tratar com sucesso um criminoso compulsivo, incapaz de controlar-se, a paz social poderá ser restabelecida através da internação num estabelecimento de cura. Não se precisará da pena, o autor poderá ser declarado inculpável. Se inexistir, porém, a possibilidade de tratá-lo, não se pode reconhecer a eficácia exculpatória desta perturbação

motivacional, de maneira que, por considerações preventivo-gerais, o autor terá de ser declarado culpável, devendo ser punido<sup>60</sup>.

Interessante notar que tal abordagem que define a imputabilidade a partir de exigências político-criminais, conforme defendido por Jakobs, é em muita medida apazível a determinados setores que defendem a imputabilidade penal dos psicopatas em razão da ausência de tratamento eficaz do transtorno, conforme será abordado de forma mais aprofundada em capítulo posterior. Tal abordagem não teria nenhuma problema em um contexto de pressupostos epistemológicos de cunho funcionalista normativista como defendido por Jakobs, mas, não é o que se dá de fato, pois, tal defesa encontra guarida em sistemas que sobrelevam caracteres epistemológicos do sistema finalista o que, ao nosso ver, não tem razão de ser.

Também importante lembrar que tal abordagem instrumentaliza o indivíduo o que viola de forma direta a dignidade humana na medida que o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento de interesses sociais.<sup>61</sup>

## **1.2 Os pressupostos do finalismo e o conceito de ação compreensiva do dolo normativo**

### **1.2.1 Os pressupostos do finalismo Welzeniano**

A corrente finalista, vinculada de forma mínima ao objetivismo valorativo de cunho neokantiano, ensejou uma renovação da sistemática do delito. Acolhendo elemento de cunho fenomenológico, se traduziu em uma virada copernicana na teoria do crime. Hans Welzel, seu principal idealizador, assimilou os elementos subjetivos, dolo e culpa, no tipo penal ao desenvolver a teoria da ação como o comando final do curso causal. Tal concepção já era de pleno conhecimento no âmbito da corrente fenomenológica onde a consciência intencional é eixo central.

---

60 ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008, pp. 143-144. Segundo a definição de Jakobs da culpabilidade: *“O conceito de culpabilidade dever ser, destarte, constituído funcionalmente, i.e., como conceito que apresenta um rendimento de regulamentação conforme uma determinada máxima de regulamentação (conforme as exigências da finalidade da pena) para uma sociedade de determinada constituição”* (JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008, p. 693).

61 Neste sentido, crítica de ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008, p. 144.



A corrente finalista, filha que é da teoria fenomenológica do Direito, põe em questão um primeiro ponto de cunho essencial da corrente neokantista, a saber, o dualismo metodológico. Para este, a realidade é produto de um processo de transformação, cujas as condições fundamentais estão inscritas na estrutura do nosso pensamento. Em outras palavras, os diversos modos em que se nos apresentam as coisas da natureza inanimada, a vida orgânica, as sensações e vivências anímicas, as obras do espírito ou o comportamento significativo de uma pessoa, assentam apenas numa diferente maneira de conceber do observador. Para teoria fenomenológica, pelo contrário, tais modos diversos de apresentação da realidade já estão pré-conformadas, no próprio modo de ser, na própria estrutura “objetiva” desses dados. Em resumo, o que é “dado” à consciência cognoscente não é só a matéria informe – porque indiferenciada – mas sim um ser já em si diferenciado e conformado.

Welzel dirigiu suas críticas ao neokantismo e, a partir daí, desenvolve a seguinte tese:

“Os conceito científicos não são construções diferentes de uma mesmo material idêntico, valorativamente neutro, mas reproduções de fragmentos parcelares de um ser ôntico complexo, que é em si mesmo, imanentemente, portador de uma legalidade estrutural e de valores diferenciados, e não receptor passivo dos valores e estruturas produzidos pela ciência. (...) o método não determina o objeto do conhecimento – pelo contrário, tem necessariamente de regular-se por ele, enquanto fragmento ôntico do ser que é proposto à investigação. (...) O apriorístico não deve ser interpretado como “atividade enformadora do entendimento”, mas como “estrutura essencial, imanente e material” do próprio objeto.”<sup>62</sup>

Sob esta perspectiva, o jurista não pode pôr e dispor livremente dos seus conceitos, mas sim deve se esforçar por compreender a estrutura ôntica do real cuja apreensão jurídica lhe incumbe.

---

62 WELZEL. Hans, Apud. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, p. 139

Ao responder a questão sobre a comprovação da tese da estrutura final da ação, Welzel responde que a comprovação é obtida pelo modo como surge todo conhecimento das coisas, isto é, dos dados da experiência interna e externa e sua explicação racional (categorial)<sup>63</sup>.

Como dito acima, a abordagem fenomenológica surge como uma resposta ao dualismo metodológico neokantiano. Neste sentido, o que baseia todo o desenvolvimento teórico da fenomenologia é no fato de que o próprio Kant reconhece em seu *Princípio supremo de todos os juízos sintéticos a priori* de que “as condições da possibilidade da experiência são ao mesmo tempo condições da possibilidade dos objetos da experiência”. Disso deduz-se que as categorias do conhecimento são também categorias do ser, o que depreende-se que não se tratam apenas de categorias gnoseológicas, mas (de modo primário) categorias ontológicas<sup>64</sup>.

Assim, se tais categorias determinam o objeto cognoscível, então as categorias a priori estão no plano do ser, o que permite o conhecimento deste em seu plano ôntico, de suas estruturas objetivas, sendo estas determinadas a priori do conhecimento possível. Funcionam como limitadores do conhecimento na medida em que tais “estruturas objetivas” trazem, em si mesmas, a essência significacional que exigem do conhecimento a conformação com as mesmas sob pena de perda de sentido.

Importante ressaltar que, na visão neokantista, há um subjetivismo ínsito ao ato de conhecer teórico. Subjetivismo este decorrente do dualismo metodológico. A afirmação de que só há possibilidade de conhecer o objeto enquanto fenômeno, não sendo acessível a dimensão noumenal do mesmo, expressa de forma clara tal perspectiva. A abordagem fenomenológica busca ultrapassar tal barreira afirmando que há sim uma dimensão objetiva no conhecimento. Tal dimensão decorre da conformação do ato de conhecer com as formas estruturais, verdadeiras essências que determinam o conhecimento possível ao estabelecer as balizas deste para uma conformação dotada de sentido.

---

63 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, pg. 9.

64 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, pg. 9.

No que diz respeito ao Direito, há uma clara determinação da relação entre as leis apriorísticas da essência e o Direito positivo. As figuras do direito são realizações e particularizações de possibilidades aprioristicamente dadas. Os objetos jurídicos que a análise das essências nos desvenda, relacionam-se com o Direito positivo – que é o direito existente – como a possibilidade se relaciona com a realidade, o poder ser com o ser real. Daí se segue que um direito positivo determinado pode fazer múltiplas variações sobre um fato de essência jurídico, mas não é livre de pura e simplesmente o ignorar, sob pena de os seus preceitos perderem o específico sentido jurídico<sup>65</sup>.

Esclareça-se que a análise fenomenológica não pode conduzir à descoberta de normas “de Direito natural”, leva-se, sim, a desvendar, no Direito positivo, um núcleo de sentido “supra-positivo”. As estruturas lógico objetivas welzelianas estão assim, na posição de núcleo de sentidos supra-positivo, havendo de ser desveladas no âmbito do Direito positivo através de uma recondução ideativa das figuras jurídicas encontradas na realidade. Tal realidade nada mais é que o modo de ser do Direito vigente.

Neste diapasão, Welzel apresenta como estruturas lógico-objetivas do injusto a *ação final*<sup>66</sup> e no âmbito da culpabilidade a *imputabilidade* e o *livre-arbítrio*.

A culpabilidade assume matiz eminentemente normativo, traduzindo-se como grau de reprovabilidade da conduta do agente em sua manifestação concreta. Neste sentido, “a culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. Toda culpabilidade é, portanto, culpabilidade de vontade”<sup>67</sup>. Como tal, a vontade do agente assume relevância na definição do grau de culpa do agente sobre o resultado e, diante disso, os pressupostos existenciais da culpabilidade, a saber, a

---

65 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969, pp. 141-142.

66 Segundo o posicionamento do autor, substitui o termo afeto à abordagem fenomenológica de “*intencionalidade*” amplamente utilizado por Edmund Husserl, filósofo criador da respectiva corrente e adota o termo “*finalidade*”, contudo, mantendo o esmo conteúdo significacional. Segue assim Welzel: (...) a empregar agora o termo mais familiar *finalidade* no lugar da expressão menos manejável *intencionalidade*. Todavia, ao mesmo tempo, adverti, claramente, que a lei estrutural da *intencionalidade dos fins* continuava sendo a base fundamental da *finalidade*”. (WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 8)

67 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 117.

imputabilidade e o livre arbítrio, passam a ser determinantes na configuração da culpa e mesmo da existência do crime.

Tal concepção pressupõe que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, isto é, conforme a norma. Tal resolução se dá não no sentido abstrato como qualquer homem no lugar do autor mas sim no sentido concreto desse homem, nessa situação teria podido adotar essa resolução. Welzel decompõe o problema em outros dois: 1) É teoricamente possível a adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada? (problema do livre-arbítrio); 2) No caso de que seja admitida essa possibilidade, o autor concreto teria essa capacidade? (O problema da imputabilidade, ou melhor, da capacidade concreta de culpabilidade).<sup>68</sup>

Inicialmente, ao tratar do livre arbítrio, Welzel expõe de forma inovadora o problema da capacidade de autodeterminação do indivíduo, abordando-o sob três aspectos, *antropológico, caracterológico e categorial*. Sob o *aspecto antropológico*, afasta primeiramente a tese determinista pura de matriz darwiniana, tese esta que defendia, como na escola causal naturalista e positivista a total ausência de liberdade de agir humano, argumentando ser os atos humanos meras manifestações de instintos naturais da espécie e o homem, com seu aparente “livre arbítrio” manifestado pela sua inteligência, nada mais seria que uma linha evolutiva direta do instinto animal a esta inteligência humana. Contra tal posição, Welzel se contrapõe arguindo que “não apenas filósofos, mas também zoólogos e psicólogos de animais (storch, Lorenz) destacaram que não há uma maior especialização dos instintos animais, mas “precisamente, pelo contrário, uma grande involução das formas inatas de conduta; o pressuposto dos atos livres da inteligência” (Lorenz, op. cit., p. 362)”<sup>69</sup>. assim, o homem caracteriza-se por ser justamente o retrocesso destas formas instintivas e inatas de conduta. Há uma liberdade negativa do homem em relação a tais formas inatas e instintivas de conduta. Negativa na medida em que o exercício do agir livre é justamente a negação do agir determinado causalmente.

---

68 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 118.

69 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 119.

Quanto ao *aspecto caracterológico*, Welzel desenvolve a ideia do agir livre negativamente adicionando a aparição de um “Eu” como centro responsável e tais condições fizeram com que a estrutura anímica do homem tivesse uma pluralidade de estratos. No “estrato profundo”, estão acomodados os impulsos vitais de conservação da espécie, as paixões, os desejos, as aspirações anímicas “mais elevadas”, as inclinações, os interesses etc. Procedem dos instintos que afetam o “Eu”, tomam-no, cativam-no, arrastam-no para uma ação de modo que ele aparece como vítima passiva dos impulsos. Aqui o “Eu” eleva-se sobre tal estrato profundo como centro regulador que nos dirige conforme a finalidade e o valor: os atos do pensamento que se apoiam em razões lógico-objetivas e da vontade, que se orientam conforme uma finalidade e um valor<sup>70</sup>.

O ponto central da abordagem do *aspecto caracterológico* é a manifestação de um conceito mais restrito de vontade. Welzel trabalhava até então em sua teoria da ação final com um conceito mais amplo de vontade que englobava, inclusive, o agir movido por impulsos decorrentes deste estrato profundo. Quando inicia a abordagem do *aspecto caracterológico* apresenta um conceito mais restrito de vontade onde os impulsos podem ser dirigidos “segundo um conteúdo de finalidade e de valor para a configuração da vida que se estenda para além do momento presente. O objeto dessa direção final não é o acontecimento causal externo – em que todo caso não de modo imediato – mas os impulsos que contribuem para sua realização (direção dos impulsos)”<sup>71</sup>. Ante uma luta entre os impulsos presentes no indivíduo, a decisão da ação é apenas o resultado do impulso que chegou a dominar. Com a intervenção dos atos de direção, conforme um fim, do “Eu-centro” (pensamento e vontade), não se experimentam impulsos tão somente em sua força emotiva, mas são compreendidos em seu conteúdo de finalidade e em sua significação valorativa para uma configuração correta da vida.

A partir deste conteúdo de finalidade, os impulsos convertem-se em motivos, ao apoiar-se neles a decisão da vontade como função do “Eu”, transcorrem por meio da finalidade e não da força causal. Os motivos do pensamento e da vontade são as razões objetivas, ou seja, não causais, nas quais se apoiam,

---

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 122.

conforme um fim. Assim, a significação insubstituível da função de direção da vontade, orientada finalisticamente, consiste, em que seja possível uma nova configuração da vida humana de acordo com a verdade, na finalidade e no valor, e permite, com isso, ao homem a regulação de seus impulsos, que lhe está confiada de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos<sup>72</sup>.

Para tratar do *aspecto categorial*, Welzel se propõe a responder o seguinte problema: “como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual, unicamente, pode se fazer responsável por ter adotado a decisão errada em lugar da correta? Afastando preliminarmente a tese do indeterminismo absoluto, admite a existência de várias formas de determinação. Considera o erro essencial do determinismo tradicional o fato de crer na existência de uma única forma de determinação que seria o causal, ou seja o monismo causal. Nesta concepção, não é possível a reprovação da conduta do indivíduo que decidiu pela errada ao invés da correta, porque toda decisão, independente de ser correta ou errada, é necessariamente determinada.

Para refutar tanto o monismo causal bem como o indeterminismo absoluto, Welzel parte da análise da possibilidade de direção final dos impulsos anímicos do homem. Tal exame não trata da liberdade de ação mas, sim, da liberdade de vontade. Argumenta que para a que ocorra a direção final dos impulsos, intervém uma nova forma de determinação, distinta da determinação decorrente de conexões associativas provenientes de vias causais, mas sim o conteúdo final a que se propõe a realizar o autor. O fim que tem em vista é o que determina a execução do ato.

Assim expõe Welzel acerca da forma de execução dos atos de pensamento:

“A forma de execução dos atos do pensamento revela, portanto, com máxima clareza, a forma fundamental de realização dos atos finais: enquanto na causalidade o efeito é a resultante cega (indiferente aos fins) dos fatores causais existentes naquele momento, na finalidade o fim determina os passos que a ele conduzem; não de modo que ele, por sua vez, arraste para si cegamente os diversos atos (como uma espécie de

---

72 *Idem*, p. 123.

causalidade final, como na predestinação), mas porque contém as razões evidentes, apoiadas nas quais o pensamento abre por si mesmo o caminho até ele”<sup>73</sup>.

Assim “o modo como discorre o pensamento não é determinado segundo causas cegas, mas segundo razões evidentes”<sup>74</sup> e “se o conhecimento deve ser possível, o sujeito cognoscente não pode ser unicamente objeto do jogo dos impulsos, mas deve ter a capacidade de compreender o impulso do conhecimento como tarefa plena de sentido, que deve ser afirmada ante os impulsos contrários, ou seja, assumir a *responsabilidade* pelo ato de conhecimento”<sup>75</sup>.

Diante disso, conclui o expositor do finalismo que a liberdade de vontade é a capacidade de poder reger-se conforme os fins. A liberdade é na verdade liberdade da coação causal, cega, indiferente aos fins. Implica na autodeterminação conforme os fins. É diametralmente oposta à *liberdade de poder de atuar de outro modo*, o que incluiria em seu bojo, por conseguinte, também o poder de agir mal ou de um modo absurdo. Assim, a liberdade não é, em consequência, a possibilidade de poder escolher arbitrariamente entre a finalidade e o absurdo, o valor e o desvalor - ponto em que Welzel se afasta de um de seus mentores intelectuais, N. Hartmann - pois tal liberdade conduziria apenas, de novo, ao caminho equivocado do indeterminismo e destruiria o sujeito da responsabilidade<sup>76</sup>.

O homem, enquanto determinado pelo não valioso, age por mero processo causal, não intervindo nenhum ato de liberdade. Má vontade é

---

73 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 126.

74 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 126.

75 *Idem*, p. 127.

76 Em outro ponto Welzel refutou a tese do indeterminismo com os seguintes argumentos: “A resposta não pode ser encontrada pela via do indeterminismo tradicional, pois este destrói, precisamente, o sujeito responsável: se o ato de vontade do homem não estivesse determinado por nada, o ato de vontade posterior não poderia guardar nenhuma relação com o anterior, nem de modo imediato, nem por meio de um sujeito idêntico, posto que de outro modo já estaria determinado por algo. O estado posterior do sujeito não deve ter, por conseguinte, nada a ver com o anterior, do qual surgiu a decisão. Com isso, o indeterminismo destrói, precisamente, o sujeito idêntico, que poderia ser responsável por seus atos, posto que o autor posterior não deve ter nenhuma relação com o anterior. O indeterminismo converte os atos de vontade em uma série completamente desconexa de impulsos isolados no tempo” in (WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 124).

dependência causal do impulso contrário ao valor e, portanto, vontade não livre. A liberdade não é um estado mas sim um ato. Todo ato de libertação da coação causal dos impulsos em direção a autodeterminação conforme os fins é um ato de liberdade. Analisando o problema da liberdade, Welzel encontra o vínculo entre o Direito Penal e a Criminologia. Afasta a aparente contradição entre ambos quando tratam do mesmo objeto de conhecimento, v.g, o Delito. Ambas as ciências tratam apenas *metodologicamente* o mesmo objeto de forma diversa, muito embora pareçam trata-lo também objetivamente de modo diverso. Enquanto o delito no Direito Penal é compreendido como um abuso da liberdade por parte do autor, na Criminologia aparece como um produto causal da disposição e do mundo circundante. Tais afirmações parecem excluírem-se mutuamente. No entanto, ao compreender-se que a culpabilidade não significa “livre” decisão em favor do mal, mas ficar preso a coação causal dos impulsos, sendo sujeito capaz de autodeterminação conforme os fins, tal contradição desaparece. Em outras palavras, para Welzel há razão tanto no Direito Penal quanto na Criminologia. “O delito é, por isso, efetiva e inteiramente, um produto de fatores causais, e a suposição e mesmo a indicação da porcentagem com que a “vontade livre do autor” tenha participado, junto à disposição e ao mundo circundante, da gênese do delito é um jogo incerto”.<sup>77</sup>

É na falta deste ato de autodeterminação conforme os fins que se baseia o fenômeno da culpabilidade: *culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinação*<sup>78</sup>. Welzel trata do conceito de imputabilidade em consonância com o de liberdade de agir conforme os fins. Assim considera que “o homem, como ser determinado pela responsabilidade, é capaz de autodeterminação conforme os fins e com a compreensão da estrutura categorial dessa forma de determinação”<sup>79</sup>. Assim, já apresenta os dois pressupostos existenciais da imputabilidade, a saber, capacidade de se autodeterminar conforme os fins e capacidade de compreensão da estrutura categorial dessa forma de

---

77 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 129.

78 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 128.

79 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 129.



determinação, em outras palavras, capacidade de entender o caráter ilícito da conduta e capacidade de se autodeterminar conforme esse entendimento.

Contudo, Welzel problematiza a constatação da imputabilidade mesmo pelas ciências da mente e para isso parte do pressuposto de que todo conhecimento teórico encontra o seu limite no fato de que aquilo que se quer tomar como objeto de conhecimento não é passível de objetivação, a saber, a subjetividade do sujeito e afirma categoricamente que “é o absolutamente não objetivo que não pode ser convertido jamais em objeto sem ser destruído em sua essência”<sup>80</sup>. Conclui afirmando que o juízo que determina se um homem determinado em uma determinada situação é imputável não é um ato teórico, mas, sim, um ato puramente existencial e de caráter comunicativo: é o reconhecimento do outro como a si mesmo, como um igual, como suscetível de determinação plena de sentido e por isso tão sujeito responsável como aquele que o julga.

Diante disso, torna-se mais fácil, sob o ponto de vista teórico, formular um juízo negativo do que do modo positivo: exclui-se todos os homens que ainda não são, ou já não são, capazes de autodeterminação plena de sentido, inserindo-se neste rol os que, por sua juventude ou por alguma anormalidade mental, não são capazes de culpabilidade.

Ao tratar da personalidade, Welzel assume de antemão um critério manifestamente psicológico para determinação da inimputabilidade penal. Discorre sobre a formação do caráter/personalidade e trata da hipótese de estrutura defeituosa da personalidade dos delinquentes habituais, o que, segundo ele, seria a raiz da culpabilidade destes. Segundo o autor, “caráter é tanto o resultado de ações anteriores quanto a base determinante das ações futuras”<sup>81</sup> e “a culpabilidade pode ter, portanto, sua raiz na falta, ou na estrutura defeituosa, desse estrato da personalidade como base determinante da ação antijurídica”<sup>82</sup>.

---

80 WELZEL. Hans. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015, p. 130.

81 *Idem*, p. 134.

82 *Ibidem*, p. 135.

### 1.2.2 O conceito de ação compreensiva do dolo normativo

Na visão de Miguel Reale Jr a respeito da estrutura da ação e do tipo, “a conduta humana se impõe, conseqüentemente, aos olhos do legislador penal, portadora de uma estrutura e de um sentido”.<sup>83</sup>

Assim, para o autor, através de um processo de superação da dicotomia jusnaturalismo e positivismo, a teoria da “natureza das coisas” acaba por eliminar tanto as categorias absolutas deduzidas da razão, valores eternos e imutáveis, como o absolutismo do direito positivo, para instaurar limites imanentes, decorrentes da estrutura lógico-objetiva da realidade, que condiciona a elaboração legislativa.<sup>84</sup>

As estruturas lógico-objetivas representam o âmbito possível do direito, fora do qual não pode ocorrer a construção da normatividade, cujo conteúdo axiológico incide sobre essas estruturas, mas com elas não se identifica”.<sup>85</sup>

Estas “são limites que se impõem à construção categorial e sobre os quais se assenta o direito positivo, que não pode ignorá-los, sob pena de incorrer em uma elaboração concretamente inviável”.<sup>86</sup>

Estas estruturas lógico-objetivas são “condições de possibilidade de experiência da realidade que constituem um *a priori* material, como estruturas objetivo-materiais, próprias de cada região ontológica, que possibilitam e condicionam o conhecimento e a experiência concreta, e às quais o direito se conforma, em razão do que o real se integra e está de permeio a todas as categorizações jurídicas”.<sup>87</sup>

Tais estruturas constituem dados pré-conceituais, que condicionam apriorística e materialmente o direito. O conteúdo do direito, se depende, entretanto, destas estruturas, integra-se e as supera na dialeticidade fato-valor, da qual deflui a solução normativa como decorrência de uma decisão.<sup>88</sup>

Neste contexto, o homem, ao agir, escolhe meios idôneos à consecução do fim almejado. Em outros termos, a ação se alicerça em uma escolha de fins e de

---

83 REALE JR. Miguel. Teoria do Delito. 2ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000, p. 34

84 *Idem*, p. 34.

85 *Ibidem*, p. 35

86 REALE JR. Miguel. Teoria do Delito. 2ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000, p. 34.

87 *Idem*, p. 35.

88 *Ibidem*, p. 35.

meios a estes adequados, enquanto a escolha se funda em um valor que se coloca como o fim mesmo da ação.<sup>89</sup>

Contudo, para Miguel Reale Jr., muito embora a ação seja dirigida finalisticamente, esta é dotada de sentido e ao ser objetivada e modelada pelo legislador, quando eleva determinada modalidade de ação ao nível típico-normativo e a une a uma consequência jurídica, está ajuizando o sentido ínsito a essa ação, seja para reprimi-lo ou para admiti-lo, segundo um valor cuja positividade entende deva ser respeitada.<sup>90</sup>

Desta forma, diverge de Welzel ao entender que o agente, ao atuar, o faz com uma intenção significativa, não constituindo a sua atitude subjetiva apenas uma pura vontade, no sentido do dolo natural apresentado por aquele.<sup>91</sup>

Ou seja, “a ação é fruto de uma decisão, e essa decisão se funda em um valor que se põe como motivo de agir, o dolo não é apenas conhecer e querer um resultado típico, mas é conhecer e querer um resultado típico segundo o significado e o valor que determina a decisão de empregar os meios adequados à sua consecução”.<sup>92</sup>

### **1.3 Pressupostos metodológicos ínsitos aos critérios normativos estabelecidos para a inimputabilidade: O critério biopsicológico**

Ante a necessidade de delimitação da inimputabilidade para que, por exclusão se possa determinar a imputabilidade, desenvolve-se no âmbito da doutrina, critérios de determinação da inimputabilidade. Como a responsabilidade penal só deixa de existir quando inteiramente suprimidas no agente, ao tempo da ação ou omissão, a capacidade de entendimento ético-jurídico ou a capacidade de adequada determinação da vontade ou autogoverno, buscou-se que *causas* poderiam ensejar tal condição. Inicialmente determinou-se que tais causas seriam de caráter *biológico ou etiológico*: “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” e

---

89 Ibidem, p. 45.

90 Ibidem, p. 46.

91 Ibidem, p. 47.

92 Ibidem, p. 46.

“embriaguez fortuita e completa”<sup>93</sup>. Tal sistema, de inspiração francesa, considera como inimputável o portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e o tomado de embriaguez completa e fortuita. O inconveniente do presente método é o de considerar *a priori* a inimputabilidade pelo simples fato de haver vício mental. Tal juízo mostra-se impertinente por desconsiderar que, mesmo em indivíduos acometidos de tais patologias, há intervalos lúcidos. Afastados do surto, o paciente pode alcançar pleno conhecimento do fato e portar-se de acordo com esse entendimento. Em tais circunstâncias, é razoável que seja chamado a responder pelo ilícito. Também os doutos argumentam que tal sistema confere importância exagerada às causas físicas e atribui poder sem limites para peritos psiquiatras, emasculando o julgador togado.<sup>94</sup>

O sistema *psicológico* considera que a inimputabilidade é determinada quando elementos de cunho meramente psicológico são de tal monta que é possível considerar que o agente não poderia entender o caráter ilícito da conduta ou mesmo de determinar-se conforme esse entendimento. Tal sistema também deixa a desejar ao apenas considerar um determinado momento de descontrole da mente com dirimente da responsabilidade criminal. O sistema psicológico não consegue se abrigar de severas críticas no que tange a outorga de demasiados poderes ao julgador.

Diante disso, o que se buscou foi um sistema híbrido, o *biopsicológico*, que exige tanto a ausência de entendimento ou vontade com prévio vício mental. Tal critério exige para a averiguação da efetiva existência de um nexo de causalidade entre o anômalo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado mental, contemporâneo à conduta, tenha privado completamente o agente de qualquer das mencionadas capacidades psicológicas (quer intelectiva, quer a volitiva).<sup>95</sup>

Os critérios referidos, *psicológico*, *biológico* e *biopsicológico* decorrem, no âmbito da sistemática penal, de uma acomodação das duas correntes de

---

93 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958, p. 322.

94 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, p. 43.

95 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958, p. 335.

pensamento que procuraram sistematizar o Direito Penal, a Escola Clássica e a Escola Positiva. Para que houvesse a conformação destas posições no âmbito da corrente causal naturalista admitiu-se o princípio da responsabilidade decorrente de atos livres, isto é, a culpabilidade tendo como pressuposto o livre arbítrio e nos casos onde não houvesse a liberdade de vontade e o indivíduo cometesse o ilícito em razão de enfermidade aplicar-se-ia medida de segurança. Ante a dificuldade de definição do que vinha ser o livre arbítrio para a definição da imputabilidade, dentro de critérios científicos informadores da corrente causal naturalista, v.g., a verificação empírica, determinismo fático, nexos causal, optou-se pela definição negativa onde delimita-se a inimputabilidade pelos critérios científicos e aquele que não for inimputável, é considerado imputável.

Tal acomodação das teses das duas escolas foi transportada para a corrente neokantista e, ante o pressuposto fundamental desta, o dualismo metodológico, ganhou força, na medida que, tal posicionamento estabelecia uma distinção entre o método das ciências da natureza, aptos a investigar os fenômenos naturais e o método das ciências do espírito, aptos a investigar as ciências humanas. Tal distinção também teve como consequência a produção de um subjetivismo metodológico, já que, decorre do sujeito de conhecimento a definição do método a adotar. A partir daí, a corrente finalista buscou romper com tal dicotomia ao defender a concepção acima exposta de livre arbítrio como autodeterminação conforme os fins e, no caso de imputabilidade, a determinação coagida causalmente pelos impulsos e também por defender que o método é determinado pelo objeto e não pelo sujeito de conhecimento. Contudo, a corrente funcionalista, ante sua proximidade com as teses neokantistas, reafirmou o dualismo metodológico. Mesmo ao considerar a inimputabilidade como idoneidade para ser destinatário de normas, Roxin afirma que tal condição será aferida a partir da psiquiatria e Jakobs ao dizer que culpabilidade de um indivíduo não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social, admite que, se houver meios científicos de recuperar o indivíduo então tal deverá ser feito, admite um dualismo de base, onde a ciência determinará se o indivíduo é recuperável ou não.

Assim, os critérios metodológicos utilizados, por decorrerem de uma acomodação de duas correntes distintas, com o fito de determinar, por meio de elementos objetivos, ínsitos as ciências da natureza, a inimputabilidade concreta do indivíduo, já são marca de uma dicotomia metodológica insuperável no âmbito do Direito Penal e que, ao longo do tempo, veio se reafirmando por conta do dualismo metodológico neokantiano-funcionalista não encontrando uma crítica direta na corrente finalista.

## **2. Posicionamento ante a análise sintomática (psiquiátrica) e ou estrutural (psicanalítica) do transtorno**

Ante as constatações acima expostas, passa-se agora à análise do fenômeno sob a perspectiva das ciências da mente, em particular da posição da psiquiatria e de suas nuances em linhas gerais bem como da posição psicanalítica e, no âmbito destas, de suas posições divergentes a respeito do tema. Ambas além de apresentarem contradições de ordem externa sobre as “personalidades psicopáticas”, também possuem discordâncias internas, isto é, no bojo de cada campo do conhecimento específico, a respeito da delimitação do objeto bem como de suas principais características e de diagnóstico evidenciando um campo obscuro ainda para estas ciências sobre o que se entende por transtorno de personalidade psicopática.

Tais posicionamentos divergentes contribuem para a “zona de penumbra” que encobre a psicopatía e que reverbera em sua caracterização no âmbito penal e, conseqüentemente, sua eventual responsabilização penal. Como visto, os critérios metodológicos de delimitação da inimputabilidade foram marcados por pressupostos das ciências naturais em um processo de acomodação de duas macrovisões dicotômicas da teoria do crime, a saber, das Escolas Clássica e Positiva de Direito Penal. Acomodação esta que se cristalizou a partir do dualismo metodológico instaurado pela corrente neokantiana. Daí a importância da presente análise sob a perspectiva das ciências naturais. Quando tais pressupostos não são suficientes para determinar o fenômeno, este se insere dentro de uma zona de penumbra que

termina por ficar entregue à discricionariedade de quem julga determinar sua condição face ao ordenamento jurídico.

## 2.1 Análise sintomática (psiquiátrica) do transtorno

A análise sintomática, por ter recebido forte influência das ciências naturais, evidencia uma necessidade constante de busca de aspectos repetitivos com o fito de estabelecer um padrão racional e, a partir daí, determinar sua causa. Assim, ante a busca de um padrão nos contingentes fenômenos psíquicos, fixa-se no sintomático, naquilo que se apresenta como evidente e isolável e, conseqüentemente, classifica conforme os padrões recorrentes. Por isso, na análise sintomática ver-se-á uma constante classificação dos mais diversos tipos de patologias com o objetivo de identificá-las (diagnóstico) e buscar suas causas para determinar a cura.

O transtorno de personalidade psicopática, como é evidente, trata-se de um transtorno que afeta a personalidade e, em razão disso, tanto as análises sintomáticas quanto as estruturais, necessariamente perpassam pela definição do que é personalidade.

Neste sentido, define-se a personalidade de um indivíduo como “o conjunto de suas atitudes e de seus modos de reagir ao ambiente, distinguível das pulsões biológicas, manifestações das necessidades e das tendências no amplo sentido da palavra, e na organização da conduta que tende a satisfazer estas necessidades”<sup>96</sup>. Entende-se por “tendências e necessidades” o *caráter*, e por *intelecto* o conjunto dos meios de organização do comportamento<sup>97</sup>. Em sentido abstrato, assim, normal é a personalidade média, verdadeira síntese de elementos e atitudes psíquicas (inteligência, caráter, comportamento) e de estruturas que compreendem o soma influenciado por fatores hereditários e mesológicos que, dessarte, funciona harmoniosa e silenciosamente em sociedade.

A personalidade humana pode, em determinados momentos, mostrar-se com uma constituição anormal em relação ao modo de ser e de reagir, não obstante

96 CROCE e CROCE Jr, Delton. Manual de Medicina Legal. 4ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1998, p. 559.

97 *Idem*.

compreendida nos limites da normalidade, não caracterizando, assim, verdadeira enfermidade. A patologia pode não se tornar evidente, permanecendo latente, se o indivíduo não for solicitado por alguma forma de estímulo criador da condição para a reação geradora de elementos obsessivos e dissociativos.

### 2.1.1 Definição do TPAS pela psiquiatria

Philippe Pinel, psiquiatra francês do começo do século XIX usou o termo *mania sem delírio* para descrever um padrão de comportamento marcado por absoluta falta de remorso e completa ausência de contenção, um padrão que ele acreditava distinto daquele “mal que os homens costumam fazer”.<sup>98</sup>

Pritchard cunhou a frase “insanidade moral” para descrever aqueles a quem “... a moral e os princípios ativos da mente estão fortemente pervertidos ou depravados; o poder de autogoverno está perdido, ou profundamente prejudicado e o indivíduo é constatado como um incapaz, não por falar ou raciocinar sobre qualquer propósito subjetivo para ele, mas da condução de si mesmo com decência e propriedade nos negócios da vida”<sup>99</sup>. Não obstante a definição de Pritchard (1835) traga um conceito fechado da moderna figura de psicopatia, ele também inclui desordens como as psicoses maníaco- depressivas sob o mesmo rótulo<sup>100</sup>.

Em 1878 Gouster apresentou a primeira definição clínica dos sintomas encontrados na “insanidade moral”: “perversão moral” de longa data; um deleite em prejudicar, excitação e paixão; “juízo debilitado”; e certa proporção física anormal. Tal descrição, inicialmente apresentada por Gouster, trás à tona o trabalho mais geral de Cesare Lombroso. Uma das categorias de Lombroso, o “criminoso nato”, estritamente considerado, relembra o moderno conceito de psicopata. Lombroso descrevia o criminoso nato como um “imbecil moral”: ausência de culpa, altamente agressivo, ostentador, impulsivo, peculiarmente insensível ao criticismo social e sofrimento físico. Acreditava que os criminosos natos poderiam ser

---

98 HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 41.

99 WILLIAN and JOAN McCORD. Psychopathy and delinquency. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 21.

100 *Idem*.



identificados por estigmas físicos. Seus estudos, embora tenham sido refutados pela ciência posteriormente, influenciaram de forma profunda os estudos de Gouster<sup>101</sup>.

Em 1870 o conceito de “insanidade moral” obteve grande aceitação no meio médico mundial. Pela manutenção de uma faculdade específica, o senso moral, tinha se tornado doente, era possível explicar o distúrbio de comportamento de certos pacientes altamente agressivos<sup>102</sup>.

Contudo, as correntes teológicas e jurídicas clássicas rejeitavam tal conceito com certa homogeniza. A “insanidade moral”, argumentavam os juristas clássicos, poderia destruir as bases para a responsabilidade criminal. Através de todo o século XIX, a investigação sobre as causas e tratamento da psicopatia, assim como de outras desordens mentais, esteve marcada por disputas especulativas. Aqueles poucos que pensavam acerca do problema, concentravam seus esforços apenas sob o enfoque teórico, além de questões de cunho teológico como: “Pode o senso moral estar doente e a faculdade intelectual permanecer incólume?”<sup>103</sup>

Ao fim de 1ª Guerra Mundial os psiquiatras haviam chegado a um consenso sobre a psicopatia como sendo um desordem especial manifestada em “forte vício ou propensão criminal sobre o qual a punição tem tido pequeno ou nenhuma efeito”. Contudo, embora concordassem sobre tal definição, o mesmo não se dava em relação as causas da desordem. Alguns (como Mercier) enfatizavam a deficiência intelectual, outros (como Birnbaum) apontavam para o “emocionalmente patológico”; enquanto outros (como Meyer) continuavam a postular a inferioridade constitucional.

Hervey Cleckley, em seu livro *The mask of sanity*, publicado em 1941 refletiu sobre o significado do comportamento do psicopata:

“Ele [o psicopata] não se familiariza com os fatos ou dados primários do que chama de valores pessoais e é completamente incapaz de compreender essas questões. É impossível para ele desenvolver um mínimo interesse que seja por uma tragédia ou desenvolver um mínimo

---

101 WILLIAN and JOAN McCORD. *Psychopathy and delinquency*. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 21.

102 *Idem*.

103 *Ibidem*, p. 22.

interesse que seja por uma tragédia ou diversão ou o anseio pela humanidade como apresentado na literatura ou arte sérias. Ele também é indiferente a todas as matérias da vida em si. Beleza e feiura, exceto em um sentido superficial, bondade, maldade, amor, horror e humor não têm nenhum significado real, nenhuma força que o mova. Além disso, não tem capacidade de entender como os outros são tocados por essas coisas. É como se fosse cego a cores, a esse aspecto da existência humana, embora tenha uma inteligência aguçada. Ele não pode entender nada disso porque não há nada, em nenhum ponto de sua consciência, que possa preencher a lacuna necessária a uma comparação. Ele pode repetir as palavras e dizer com loquacidade que está compreendendo, mas não tem como saber que não compreende.”<sup>104</sup>

Além de enfatizar traços da personalidade, o que já é algo novo na pesquisa sobre a psicopatia, Cleckley asseverou que os psicopatas não são encontrados apenas nas prisões, mas, também, em muitas posições respeitadas na sociedade como: médicos, advogados, políticos e ainda como psiquiatras. Em razão do termo “psicopatia” ser usado de forma ampla, Cleckley sugeriu a renomeação da patologia para “demência semântica” (i.e., uma desordem caracterizada por uma ruptura entre as palavras e as ações). Afirma que os psicopatas podem compreender as limitações da sociedade e imitá-las com habilidade, porém eles dissociam o que dizem do que fazem.<sup>105</sup>

William e Joan McCord, psicólogos de Havard reconhecem a dificuldade de apresentar uma definição para a psicopatia por poder ser superficial, mas, apresentam uma definição que, segundo eles, é aceita pela maioria dos cientistas: *“The psychopath is an asocial, aggressive, highly impulsive person, who feels little or on guilt and is unable to form lasting bonds of affection with other human beings”*<sup>106</sup>.

GORCE e GROCE Jr, chamam “personalidades psicopáticas a certos indivíduos que, sem perturbação da inteligência, inobstante não tenham sofrido

---

104 HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 43.

105 WILLIAN and JOAN McCORD. Psychopathy and delinquency. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 27.

106 WILLIAN and JOAN McCORD. Psychopathy and delinquency. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 2.

sinais de deterioração, nem de degeneração dos elementos integrantes da *psique*, exibem através de sua vida intensos transtornos dos instintos, da afetividade, do temperamento e do caráter, mercê de uma anormalidade mental definitivamente preconstituída, sem, contudo, assumir a forma de verdadeira enfermidade mental. São os oligofrênicos morais de Bleuler, os degenerados de Magnan, os semiloucos de Grasset, a estupidez moral de Baer, a loucura moral (*moral insanity*) dos ingleses, os fronteiriços etc., ou seja, todo “aquele que apresenta uma instabilidade mental patológica, sem perda de suas funções intelectuais” (Székely)<sup>107</sup>.

Robert Hare, principal pesquisador do tema na atualidade, define a psicopatia através de traços da personalidade bem como por comportamentos sociais desviantes, sendo os primeiros: 1) eloquência e superficialidade; 2) egocentrismo e grandiosidade; 3) ausência de remorso ou culpa; 4) falta de empatia; 5) enganador e manipulador; 5) emoções rasas; e os comportamentos sociais desviantes: 1) impulsividade; 2) fraco controle do comportamento; 3) necessidade de excitação; 4) falta de responsabilidade; 5) problemas de comportamento precoces; 6) comportamento adulto antissocial;

Conforme expõe Jorge Trindade, “a psicopatia não é um transtorno mental da mesma ordem da esquizofrenia, do retardo ou da depressão, por exemplo. Não sem críticas, pode-se dizer que a psicopatia não é propriamente um transtorno mental. Mais adequado parece considerar a psicopatia como um transtorno de personalidade pois implica uma condição mais grave de desarmonia na formação da personalidade.”<sup>108</sup>

O Transtorno de Personalidade Antissocial é um rótulo diagnóstico oficial, descrito no DSM-5 (2014, p. 659).

Tal transtorno, historicamente, foi conhecido por diferentes nomes:

- a) insanidade sem delírio (Pinel, 1806);
- b) insanidade moral (Prichard, 1837);
- c) delinquência nata (Lombroso, 1911);

---

107 CROCE e CROCE Jr, Delton. Manual de Medicina Legal. 4ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1998, p. 560.

108 TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito, 7ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 183.

d) psicopatia (Koch, 1891);

e) sociopatia (Lykken, 1957). Hoje é conhecido por Trastorno de Personalidade Antissocial.

Indivíduos com transtorno de personalidade antissocial costumam ser destrutivos e emocionalmente prejudiciais. Eles desorganizam o meio e as relações sociais. Porém, o sofrimento é causado nas pessoas que vivem em seu entorno, principalmente a família. São egosintônicos, evidenciando que eles danificam os outros, mas parecem estar sempre bem, não sentindo culpa nem necessidade de reparar os prejuízos a que dão causa<sup>109</sup>.

Embora seja comum na prática forense tratar o transtorno de personalidade antissocial e a psicopatia como sinônimos, vários autores consideram ambos como conceitos distintos. Tal distinção está baseada no tipo de abordagem da avaliação. O diagnóstico do transtorno de personalidade antissocial é baseado predominantemente em critérios comportamentais, enquanto o diagnóstico de psicopatia está mais relacionado a traços de personalidade. Traços estes que são, geralmente, avaliados através de questionário ou *checklist (Revised psychopathy Checklist)*.<sup>110</sup>

No entanto há indicadores que sugerem que a psicopatia possa ser um ponto posterior no transtorno de personalidade antissocial. Aquela seria um seguimento mais específico que conteria todos os sintomas característicos do transtorno, mas com uma atenção restrita aos fatores psicológicos ao invés dos fatores comportamentais.<sup>111</sup>

Alguns pesquisadores, médicos e escritores, usam os termos *psicopatia* e *sociopatia* sem distinção. Por vezes o termo *sociopatia* é usado porque implica menor chance, do que o termo *psicopatia*, de ser confundido com psicose ou insanidade. Contudo, em muitos casos, a escolha do termo expressa as visões de quem os usa sobre as *origens* e *fatores determinantes* da síndrome ou transtorno descrito no presente trabalho. Assim, alguns médicos e pesquisadores, assim como

---

109 TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito, 7ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 178.

110 *Idem*, p. 173.

111 *Ibidem*.

a maioria dos sociólogos e criminologistas que acreditam que a síndrome é forjada inteiramente por forças sócias e experiências no início da vida, preferem o termo *sociopatia*, enquanto aqueles que consideram que fatores psicológicos, biológicos e genéticos também contribuem para o desenvolvimento da síndrome geralmente usam o termo *psicopatia*.<sup>112</sup>

No presente trabalho trabalharemos com o termo psicopatia ao invés de sociopatia por entendermos que fatores genéticos, biológicos e psicológicos também contribuem para o desenvolvimento da síndrome. A respeito da distinção entre o transtorno de personalidade antissocial e a psicopatia, também entendemos ser esta um seguimento daquela, apresentando, além dos fatores comportamentais, os traços específicos de personalidade.

Assim, consideramos que há dois planos em que a síndrome se apresenta, o primeiro na dimensão emocional/interpessoal, e o segundo na dimensão comportamental.

### **2.1.2 Características da psicopatia**

As características predominantes nos psicopatas e que marcam o diagnóstico da síndrome são, como dito acima, classificadas dentro da dimensão interpessoal/emocional e segundo a dimensão comportamental. O psicopata é um indivíduo egoísta, impulsivo, agressivo, sem sentimentos de culpa ou remorso em relação a comportamentos que seriam estaremcedores para os modelos da sociedade. Trata-se de um sujeito impulsivo e agressivo, desprovido de sentimento de vergonha, de remorso e de consideração pelos outros. Na realidade, a psicopatia é um transtorno no qual existe uma fundamental incapacidade de amar ou de estabelecer uma relação de confiança. Há falta de *insigth*, de habilidade para controlar impulsos ou para postergar gratificações, procura de emoções, julgamento

---

112 HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 39.

pobre, desconsideração por convenções sociais e comportamento antissocial são traços de funcionamento do sujeito psicopata.<sup>113</sup>

Há também como característica dos indivíduos psicopatas a brutalidade e a subitaneidade da manifestação agressiva, que pode ser comparada a uma explosão, a um curto-circuito, e a frieza aparente como se o sujeito estivesse desprovido de emoção e se relacionasse com o objeto através da sua incorporação ou da sua destruição: “se não posso obtê-lo, vou destruí-lo” (Ey, 1978).<sup>114</sup> Em geral, a violência dos psicopatas tende a ser fria e insensível; o mais provável é que seja direta, descomplicada, como um negócio, e não expressão de sofrimento emocional profundo ou de fatores precipitantes incompreensíveis. Falta-lhes o “humor” ou emoção forte que acompanha a violência da maioria dos demais indivíduos.<sup>115</sup>

Embora tenham explosões de agressividade e “impulsos de raiva”, “os psicopatas não perdem o controle sobre o próprio comportamento no decorrer do episódio. Pelo contrário, quando “chutam o pau da barraca”, é como se tivessem um acesso de raiva, mas sabem exatamente o que estão fazendo. Suas manifestações agressivas são “frias”; falta-lhes a intensa excitação emocional experimentada por outras pessoas quando perdem a cabeça. Por exemplo, quando perguntam a um detento com alta pontuação na Psychopathy Checklist se às vezes perdia o controle na hora da raiva, ele replicou: “Não. Eu mantenho o controle. Tipo assim, eu decido se vou bater muito ou pouco no cara”.”<sup>116</sup>

O aspecto das características é de suma importância para o diagnóstico. No entanto, o que se tem visto é uma constante divergência entre os pesquisadores, no que se refere às características preponderantes, para determinar a patologia e distingui-la de outras que possuem similaridades de características com a psicopatia. Além do que, muitos pesquisadores tem sua própria definição do transtorno que, muitas das vezes, sofre influência de outros campos do conhecimento. Conforme exposto por William e Joan McCord, “*The concept of*

---

113 TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito, 7ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 189.

114 *Idem*.

115 HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 104.

116 *Idem*, p. 74.

*psychopathy has been greatly clarified during the past one hundred years. Unfortunately, however, the studies seldom influenced workers in the field: the police court judges, the wardens, the prison psychologists. Each of these workers used his own definition of the disorder, só the practical task of uniform diagnosis remained*<sup>117</sup>.

O problema da definição das características e, conseqüentemente, do diagnóstico, ainda continua presente nos estudos sobre a psicopatia. Muitos pesquisadores, principalmente aqueles que superestimam a psicopatia, parecem usar o comportamento antissocial como seu único critério diagnóstico. É o que ocorre, ao que parece, com a DSM-5 que apresenta como critério diagnóstico somente elementos de comportamento desviante, desvalorizando os traços de personalidade.

Sabe-se que o critério do comportamento antissocial somente, é um critério inadequado como standards para a definição do transtorno. Tal ocorre porque este obscurece uma distinção essencial entre o psicopata e outro desviante, complicando o estudo da causação e dificultando a experimentação de terapias.

A inteligência tem sido constantemente proposta como standards para o diagnóstico. No final do século XIX, acreditava-se que os psicopatas eram mentalmente defeituosos. Mais recentemente, cientistas (Henderson) enfatizaram o brilhantismo intelectual como típico da patologia. Em 1947, Milton Gurvitz deu fim a disputa provando que o psicopata não é nem um idiota nem um gênio. Para isso realizou um teste com 851 psicopatas com o mesmo Q.I. Distribuídos com não psicopatas convictos. Contudo, nenhum grupo significativo apresentou grau de inteligência diferente da média americana.<sup>118</sup>

Também, a impulsividade, agressividade, egocentrismo, mesmo sendo elementos sintomáticos da psicopatia, não distinguem este de outros desviantes. O paranoide pode ser profundamente agressivo e o neurótico pode ser narcisista. Segundo William e Joan McCord, seguidos posteriormente por Robert D. Hare, a

---

117 WILLIAN and JOAN McCORD. Psychopathy and delinquency. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 35.

118 *Idem.* p. 38.

consciência subdesenvolvida e a incapacidade de se identificar com os outros (falta de empatia) dos psicopatas que os diferencia dos outros desviantes.<sup>119</sup>

### 2.1.3 Posicionamento da psiquiatria sobre o transtorno

Embora aparentemente seja possível concluir, a partir de uma abordagem superficial, que a posição da psiquiatria sobre o transtorno, no que tange a imputabilidade penal dos psicopatas seja dada como certa, não é esse o caso quando se aprofunda a reflexão sobre tema e se observa, principalmente, o posicionamento dos pesquisadores.

Há, segundo o que se constata ao examinar as obras devotadas ao tema, que não há consenso sobre a imputabilidade penal dos psicopatas. Alguns defendem a imputabilidade plena dos psicopatas, outros a inimputabilidade destes e outros, ainda a semi imputabilidade.

Somente a título de exemplo, William e Joan McCord, defendem a inimputabilidade dos psicopatas,<sup>120</sup> enquanto Robert D. Hare é peremptório ao defender a imputabilidade dos mesmos.<sup>121</sup> Também, em Croce e Croce Jr, há manifesta defesa no sentido da semi imputabilidade dos psicopatas.<sup>122</sup> Já Jorge Trindade, defende a imputabilidade plena do psicopata argumentando, ainda, que os mesmos deveriam ser punidos com mais rigor haja vista a falta de consciência dos mesmos ao cometerem os delitos.<sup>123</sup>

Robert D. Hare, embora defenda veementemente a imputabilidade dos psicopatas, reconhece que a patologia não se assemelha em nada as doenças

---

119 WILLIAN and JOAN McCORD. *Psychopathy and delinquency*. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 38. e HARE, Robert D. *Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 58.

120 WILLIAN and JOAN McCORD. *Psychopathy and delinquency*. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956, p. 182.

121 HARE, Robert D. *Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 151.

122 CROCE e CROCE Jr, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 4ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1998, p. 561.

123 TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, 7ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, pp. 196-197.



psiquiátricas correntes, exigindo, para a sua análise e compreensão, uma abordagem distinta a que se dá as outras doenças psiquiátricas.<sup>124</sup>

De tudo isso, subsume-se que a psiquiatria, não obstante tenha apresentado um certo consenso a respeito das características diagnósticas da psicopatia, escoradas estas em pressupostos decorrentes de uma abordagem eminentemente empírica para a definição da patologia, ainda não construiu um consenso sobre a imputabilidade do indivíduo acometido desta mesma patologia.

Muito embora o conceito de psicopatia tenha decorrido, de forma quase que linear, do conceito de delinquente *nato* lombrosiano, as consequências jurídicas pensadas para este, a saber, a aplicação de medida de segurança como forma de defesa social, parece não encontrar eco uníssono no meio psiquiátrico já que, alguns pesquisadores, defendem a imputabilidade penal plena para os psicopatas, imputabilidade esta decorrente dos pressupostos epistemológicos da Escola Clássica de Carrara, que entendia o delinquente como alguém que agia de forma livre e por isso poderia ser culpável, isto é, seria capaz de culpabilidade.

## 2.2 Análise estrutural (psicanalítica) do transtorno

Caminho diferente seguiu a análise estrutural da patologia, representada pela psicanálise. Diferenças estas que residem nos pressupostos epistemológicos condutores da pesquisa. Aqui não mais se busca uma configuração sintomática a fim de demarcar, de forma classificatória, a patologia e com isso a diferenciar de outras, método empírico naturalista classificatório, mas sim, busca-se nas estruturas subjacentes (inconscientes) elementos comuns, traços, que configurem os comportamentos manifestos que, para a psiquiatria, seriam os sintomas.

Importante para a análise do fenômeno é a segunda teoria pulsional apresentada por Freud, conhecida como segunda tópica. Segundo tal teoria, o aparelho psíquico é dividido em *ego*, *id* e *superego*. O *superego*, instância que possibilita uma aliança psíquica com a cultura, a civilização, os pactos sociais, as Leis e as regras, é também responsável pela culpa, pelas frustrações e pelas

---

124 HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013, p. 38.

exigências que o sujeito impõe a si mesmo, muitas delas inalcançáveis. Daí o mal-estar que acompanha todo sujeito e que não pode ser inteiramente superado.<sup>125</sup>

A concepção freudiana de inconsciente, que engloba, além do conceito meramente descritivo, um conceito dinâmico de inconsciente, tem grande relevância para a compreensão da análise estrutural da consciência e do fenômeno psicopático à luz da teoria psicanalítica. A concepção meramente descritiva de inconsciente, aduz que “a existência de fenômenos mentais que, aparentemente, implicam descontinuidades inexplicáveis em nossa vida mental – uma ideia está em nossa mente num dado momento, desaparece no momento seguinte e, depois, reaparece sem mudar em coisa alguma – e, nesses casos, pareceria razoável formular certas suposições, como a de que a ideia esteve o tempo todo “presente na mente”, embora latente na consciência”<sup>126</sup> enquanto o conceito dinâmico de inconsciente, considera a presença de ideias ativas no inconsciente que são capazes de determinar o comportamento consciente do indivíduo, isto é, embora a ideia seja ativa e de termine o agir do indivíduo, permanece inconsciente. Este seria, segundo Freud, a razão do comportamento histérico e neurótico de determinados indivíduos.<sup>127</sup>

Ante tais disposições, há questões que se colocam sendo a primeira: de que forma a repressão se relaciona com a consciência ou a inconsciência? Inicialmente Freud considera que a repressão poderia ser consciente, ou seja, resultante num esforço consciente para esquecer uma certa ideia embora as fases subsequentes da repressão pudessem muito bem ser inacessíveis à consciência ou não ser por esta reguladas. Em escrito posterior, Freud sugere que o inconsciente não seria explicável exclusivamente em termos de repressão. A segunda é o que é reprimido? Em qualquer estado mental que sofre repressão, é a ideia constituinte que atrai sobre si as forças de repressão, embora seja apenas na medida em que a ideia estiver carregada de afeto que a repressão se torna necessária.<sup>128</sup> E quanto a terceira questão: existe um lugar que possa ser inconsciente, exceto o reprimido? Segundo Freud em seus escritos mais maduros, tudo era originalmente inconsciente

---

125 FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Ed. L&PM. RS. 2014, p. 14.

126 WOLHEIM, Richard. As ideias de Freud. Ed. Circulo do Livro S.A. São Paulo. 1976, p. 173.

127 *Idem*, p. 174.

128 *Ibidem*, p. 176.

e só sob a contínua influência do mundo externo é que uma parte do conteúdo da mente se torna pré-consciente e, assim, se a ocasião se apresentar, consciente. E enquanto esse processo se desenrola, o inconsciente vai sendo reabastecido por novos conteúdos que são recebidos, considerados inadequados e reprimidos; de modo que, em última instância, o inconsciente divide-se em duas partes, aquela que estava “inatamente presente desde a origem” e aquela que “foi adquirida no decurso do desenvolvimento do ego”.<sup>129</sup>

Assim, diante das respostas dadas a tais questões, depreende-se que, além das concepções descritivas e dinâmicas do inconsciente, há uma definição *sistemática* do inconsciente. Desta forma, podem ser ditas das concepções descritivas e dinâmicas do inconsciente, de uma forma um tanto excessiva, do ponto de vista do consciente; quer dizer, o conteúdo inconsciente é aquele que se requer para preencher as lacunas da consciência, ou aquele que exerce uma influência direta sobre o curso da consciência. Contudo, se é verdade que uma parte do conteúdo inconsciente nunca chegou à consciência e outra passou por consideráveis vicissitudes desde que foi expelida da consciência, então tudo leva a crer que se impõe uma mudança na atitude para com o inconsciente e que se faz necessária uma concepção em que a vida própria do inconsciente seja colocada em primeiro plano, vida esta que se expressa em seus processos e modos de operação característicos.<sup>130</sup>

Freud, assim como seus sucessores diretos dividem a mente nas três instâncias acima expostas: o *ego*, que funciona como instância reguladora dos impulsos advindos do *id*, além de ser a instância que recebe os estímulos externos e os canaliza para o inconsciente. O *id*, como dito, é o repositório dos impulsos reprimidos para o inconsciente. O *superego*, é a instância *inconsciente* que reúne em si o conjunto de regras sociais, morais, legais e culturais internalizadas ao longo da vida do indivíduo e que funciona como um juiz inconsciente que permite e proíbe o agir individual conforma esse conjunto normativo que foi internalizado. Se caracteriza, no caráter neurótico, em essência, pela negação sexual. Ao contrário do que geralmente se pensa, para a psicanálise, no caráter neurótico, o *Id* vive em

---

129 *Ibidem*, p. 178.

130 WOLHEIM, Richard. As ideias de Freud. Ed. Circulo do Livro S.A. São Paulo. 1976, p. 178.

constante conflito com o *superego*, pois este funciona como verdadeiro juiz inquisidor sobre as condutas do indivíduo e, na medida que se caracteriza como uma negação a sexualidade, promove uma postura sádica em relação a esta.

Freud considera que as ações são regidas pelo princípio do prazer. Trata-se de tese importada de teoria econômica e que significa que o agir humano sempre expressará a busca pela satisfação do prazer sexual. Papel importante tem a sexualidade na determinação do indivíduo desde o seu nascimento. A libido, energia sexual, e suas repressões, recalques e sublimações determinará o caráter do indivíduo que poderá ser neurótico, histérico ou perverso.

A sexualidade não se restringe ao mero ato sexual. Seu conceito é amplo e abrange, segundo o princípio do prazer, as relações do homem com seu mundo. Os impulsos sexuais reprimidos, situam-se no *Id*, são julgados pela instância do *superego*, este construído a partir das vivências sociais que se iniciam a partir do nascimento e que tem como pano de fundo o *Complexo de Édipo*, que precisa ser sublimado da fase oral e anal para a fase genital. Qualquer recalque das pulsões na fase oral ou anal, significam a construção de um caráter neurótico ou mesmo perverso, que se manterá ao longo da vida do indivíduo que redundará em transtornos psíquicos futuros.

É no caráter do indivíduo que tais recalques se mostraram com toda sua força. O caráter é como que uma couraça que se forma ao longo da vida do indivíduo em torno do *Ego*, determinando os traços de sua personalidade.

Como expõe Wilhelm Reich, *“Freud ensinou-nos a conceber o ego, isto é, a parte do mecanismo psíquico dirigida para o mundo externo, e por isso mesmo exposta, como um aparelho preparado para aparar estímulos. Aqui tem lugar a formação do caráter. Freud descreveu, de maneira muito clara, a luta que o ego, como um pára-choque entre o id e o mundo externo (ou o id e o superego), tem de assumir. O mais importante nesta luta é que o ego, em seus esforços para ser o mediador entre as partes hostis a fim de sobreviver, introjeta os objetos repressivos do mundo externo – na realidade, precisamente os objetos que frustram o princípio de prazer do id – e os retém como árbitros morais, como o superego. Portanto a moralidade do ego é um componente que não se origina no id, isto é, não se*

*desenvolve no organismo-libidinal-narcísico, mas é, antes um componente estranho emprestado do mundo externo invasivo e ameaçador*".<sup>131</sup>

A psicanálise examina, em sua teoria das pulsões, o organismo psíquico incipiente como uma mistura de necessidades primitivas que têm origem em condições somáticas de excitação. A partir do desenvolvimento deste organismo psíquico, o ego emerge como parte especial dele e intervém entre essas necessidades primitivas, por um lado e o mundo exterior, de outro. É possível, assim, conceber o caráter do ego como uma couraça que protege o id contra os estímulos do mundo externo. O ego, no sentido freudiano, é um agente estrutural. Assim, pode-se entender o caráter não só como uma forma externa desse agente, como também a soma total de tudo o que o ego molda na forma de modos típicos de reação, isto é, modos de reação característicos de uma personalidade específica. Em outras palavras, o caráter é um fator determinado essencialmente de modo dinâmico, e que se manifesta no comportamento característico de uma pessoa: o andar, a expressão facial, a postura, a maneira de falar e outros modos de comportamento.

A qualidade final do caráter pode ser dividida ou determinada por dois fatores: primeiro, *qualitativamente*, pelas fases do desenvolvimento da libido nas quais o processo de formação do caráter foi mais permanentemente influenciado pelos conflitos internos, isto é, pela posição específica da fixação da libido. Em termos qualitativos, pode-se diferenciar entre caracteres depressivos (orais), masoquistas, genital-narcisistas (fálicos), histéricos (genital-incestuosos) e caracteres compulsivos (fixação anal-sádica). Em segundo *quantitativamente*, pela economia da libido, que depende do fator qualitativo.<sup>132</sup>

Importa tratar aqui sobre o caráter perverso, que poderia ser equiparado, qualitativamente, aos caracteres compulsivos (fixação anal-sádica) na divisão proposta por Reich. Segundo Stoller, *"a perversão é uma fantasia posta em ato por meio de uma estrutura defensiva construída gradualmente através dos anos, com a*

---

131 REICH, Wilhelm. *Análise do caráter*. Tradução: Ricardo Amaral do Rego. 3ª Edição. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998, p. 166.

132 REICH, Wilhelm. *Análise do caráter*. Tradução: Ricardo Amaral do Rego. 3ª Edição. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998, pp. 167-171.

*finalidade de preservar o prazer erótico*".<sup>133</sup> Muito embora não exista uma categoria que se ajuste ao conceito de psicopatia na psicanálise, ao se considerar as características de ausência de culpa e prevalência da impulsividade sem divisão subjetiva, tais características se aproximam do diagnóstico psicanalítico da perversão.<sup>134</sup>

Stoller, em sua densa obra sobre a perversão, considera que a patologia é o resultado de uma determinada dinâmica familiar que, induzindo medo, força a criança imersa na situação edípica a evitá-la. O desfecho do conflito edípico não seria, assim, a dissolução do mesmo pela via do recalçamento, mas sim sua evitação, o que adiaria *ad infinitum* seu desfecho, mantendo-o suspenso. Muito embora tal ideia não coincida exatamente com o conceito freudiano de *recusa* (*verleugnung*), guarda certa familiaridade com o mesmo. Desta feita, o ponto chave da perversão é o fato de ela ser a forma erótica do ódio, pois aquilo que reside no ato perverso é o desejo de ferir ou danificar o outro: na prática trata-se de uma fantasia posta em ato.<sup>135</sup>

Sotller observa que o modo de obtenção do prazer do perverso é rígido e invariável, contudo acrescenta que tal prática é necessária e primariamente motivada pela *hostilidade*.<sup>136</sup> Este é o ponto central em que insistirá o autor. A *hostilidade* não coincide com *agressividade*. Enquanto a primeira é um estado no qual se deseja ferir e causar dano e dor a um objeto, a segunda não estaria impregnada de um sentido como tal, ou seja, implicaria apenas a presença de uma força ou potência que precisa ser escoada. A *hostilidade*, na perversão, assume a forma de uma fantasia de vingança que tem a função precípua de converter um trauma infantil em um triunfo adulto.<sup>137</sup>

Assim, "o psicopata, o genuíno, no grau que culmina essa modalidade subjetiva, não é aquele que exerce uma violência aberta na perseguição de suas

---

133 STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p. 10.

134 TENDLARZ, Silvia Elena. A quem o assassino mata?: O *serial killer* à luz da criminologia e da psicanálise. Trad. Rubens Correia Júnior. Ed. Atheneu. São Paulo, 2013, p. 182.

135 STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p. 10.

136 *Idem*, p. 11.

137 *Ibidem*, p. 12.

metas inconscientes, mas quem a usa (violência), em um jogo sutil de ameaças e promessas, por meio das quais obtém o consentimento do outro”.<sup>138</sup>

### 2.2.1 Definição do TPAS/psicopatia pela psicanálise

Como já demonstrado acima, a psicanálise não se preocupou em definir as patologias da mesma forma que a psiquiatria o fez. Tal fato tem como razão principal as diferenças de caráter metodológico entre as duas disciplinas. Enquanto a psiquiatria, herdeira da tradição das ciências naturais, tem como pressuposto teórico básico a possibilidade de conhecimento somente sobre o universal, o genérico, sendo as diferenças específicas, determinantes das mais diversas formas de manifestação do fenômeno e vetores das diversas classificações, além da compreensão de que, por força da lei geral da causalidade, é possível determinar e prever a ocorrência de um fenômeno se lhe conhece e domina as suas causas.

A psicanálise busca nas estruturas mais profundas da psiquê as razões do pensar, sentir, ver e agir humanos. Desta feita, o método, segundo os mais proeminentes psicanalistas, é determinado muito mais pelo objeto de conhecimento do que pré estabelecido *a priori* pelo pesquisador ou terapeuta.

Diante da natureza da abordagem dos transtornos psíquicos por parte da psicanálise, não houve uma definição exata por parte desta do transtorno de personalidade antissocial e psicopatia. O que se tem feito é realizar uma abordagem aproximativa do transtorno, cotejando-o com as categorias desenvolvidas pela própria psicanálise ao longo de sua história. Assim, também como já afirmado, a psicopatia, diante de suas características básicas, se aproxima da categoria das *perversões*.<sup>139</sup>

---

138 TENDLARZ, Sílvia Elena. A quem o assassino mata?: O *serial killer* à luz da criminologia e da psicanálise. Trad. Rubens Correia Júnior. Ed. Atheneu. São Paulo, 2013, p. 183.

139 TENDLARZ, Sílvia Elena. A quem o assassino mata?: O *serial killer* à luz da criminologia e da psicanálise. Trad. Rubens Correia Júnior. Ed. Atheneu. São Paulo, 2013, p. 182.

### 2.2.2 Análise estrutural da patologia

Como bem colocado por Silvia Elena Tendlarz, “a *nosologia freudiana recuperada por Lacan organiza o campo psicopatológico, discriminando-o em três categorias clínicas: as **neuroses**, as **psicoses** e as **perversões**; pode se observar que as psicopatias não têm lugar nesta ordem. Em todo caso, pode-se propor uma teoria geral da estrutura perversa – onde as perversões incluiriam as psicopatias e estas constituiriam somente uma caso particular*”<sup>140</sup>

Nesta perspectiva, se propõe um salto de uma análise meramente comportamental, como a realizada pela psiquiatria, para uma análise estrutural, como a realizada pela psicanálise.

Segundo Tendlarz, somente do ponto de vista de um observador externo o psicopata pode ser qualificado como um transgressor. Da perspectiva subjetiva do psicopata, “*ele não é, nem mesmo se sente, um infrator; sua essência de sentimento de culpabilidade desfaz os contornos e as barreiras entre o proibido e o permitido no laço social, posto que se guia por seus próprios códigos*”.<sup>141</sup>

Assim, como nas palavras de Robert Stoller, “*perversão é a forma erótica do ódio, é uma fantasia, em geral atuada, mas que ocasionalmente fica restrita ao devaneio (elaborado pela própria pessoa ou produzido por terceiros, ou seja, material pornográfico). É um tipo de aberração habitual, preferencial, necessária à satisfação plena e, principalmente, motivada pela hostilidade*”.<sup>142</sup> O autor é enfático ao admitir que a perversão existe, e que suas conotações ultrajantes refletem uma consciência turva de que , no cerne do ato perverso, existe o desejo de fazer mal a alguém.<sup>143</sup>

A perversão, para Stoller, se insere em uma categoria das aberrações. Sendo esta dividida em variações e perversões. As variações seriam comportamentos que só se desencadeariam sob a influência de alguma atividade anormal do cérebro, como, por exemplo, quando se constata a presença de um

140 *Idem*, p. 185.

141 TENDLARZ, Silvia Elena. A quem o assassino mata?: O *serial killer* à luz da criminologia e da psicanálise. Trad. Rubens Correia Júnior. Ed. Atheneu. São Paulo, 2013, p. 186.

142 STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p. 52.

143 *Idem*, p. 51.



tumor e se faz uso de alguma droga experimental, ou de impulsos elétricos emitidos por eletrodos implantados, dentre outros.<sup>144</sup>

Como dito acima, a *perversão é a forma erótica do ódio*. Sua motivação é a hostilidade, sendo esta entendida como o estado em que alguém deseja danificar seu objeto. Diferencia-se da agressividade que, em geral, implica apenas o uso da força. A hostilidade, na perversão, toma a forma de uma fantasia de vingança que se oculta nas ações que se consomem, e que serve para transformar um trauma de infância em um triunfo de adulto. O traço do perigo também é necessário para que a perversão produza o máximo de excitação.<sup>145</sup>

Surge, segundo Stoller, um novo ônus imposto ao pesquisador na análise do conceito, à medida em que se removem incongruências anteriores decorrentes das definições díspares sobre a patologia: que a pessoa revele o que é que a motiva. Assim, não há mais necessidade, para a definição da perversão, de se perquirir sobre a anatomia utilizada, objeto escolhido, moralidade professada pela sociedade ou número de pessoas que a praticam. Tudo o que se precisa saber é o que ela significa para a pessoa que dela se utiliza. Para o autor, assim livrou-se de um processo de caracterização que negligenciou a personalidade e a motivação do sujeito.<sup>146</sup>

Stoller também apresenta distinções de ordem prática que devem ser observadas para o diagnóstico da perversão. Distinções estas decorrentes da definição do conceito. Assim, em primeiro lugar, o termo “sexual”, quando usado em “aberração sexual” restringe-se à excitação erótica consciente, não englobando nele os significados psicanalíticos mais amplos, que consideram como “sexuais” todos os prazeres.<sup>147</sup>

Em segundo lugar, saber se uma aberração é uma variação ou uma perversão. Tal é determinado pela atitude da pessoa em relação ao objeto que causa excitação. Se a pessoa escolheu esse objeto – homem, mulher, cão, parte do

---

144 *Ibidem*, p. 52.

145 *Ibidem*.

146 STOLLER, Robert. *Perversão: A forma erótica do ódio*. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p. 52.

147 *Idem*, p. 55

corpo, objeto inanimado, seja o que for – motivada pelo desejo de danificá-lo, e se o ato tem para ela o significado de uma vingança, então ele é perverso.<sup>148</sup>

Em terceiro lugar, toda vez que o ato perverso for realizado, quer ele envolva outras pessoas ou seja solitário, como na masturbação, seu autor se sente como que celebrando um triunfo.<sup>149</sup>

Em quarto lugar, o trauma da infância, que foi mencionado na definição, ocorreu efetivamente, e é rememorado nos detalhes da perversão. A hipótese de Stoller é que uma perversão é uma revivescência de uma trauma sexual verdadeiro, que visa precipuamente o sexo (em termos anatômicos) ou a identidade de gênero (masculinidade ou feminilidade), e que, no ato perverso, o passado se dissipa. Desta vez o trauma é transformado em prazer, em orgasmo, em vitória. Mas a necessidade de repeti-lo – *ad infinitum*, sempre da mesma maneira – resulta da incapacidade de a pessoa se sentir completamente livre do perigo, do trauma.<sup>150</sup>

Em quinto lugar, é necessário assegurar, no decorrer de anos de tentativa e erro na construção de fantasias, que finalmente se encontrou uma fórmula – a perversão adulta – que funciona com regularidade. O fracasso desta construção está marcado, por um lado, pela falta de interesse sexual – pelo enfado – e, por outro, pela angústia. Ambos se manifestam por perturbações da potência. Caso o devaneio funcione, é preciso que o enredo da história não suscite demasiada angústia, pois esta é, em sua forma não adulterada, inimiga do prazer. Mas é necessário, também, reduzir a angústia sem aniquilar a excitação. O que se consegue ao se introduzir uma sensação de perigo na história. Uma sensação de perigo; em realidade, o perigo não pode ser grande, ou a angústia virá á tona. Portanto, o que deverá existir aí é tão somente uma impressão de perigo.<sup>151</sup>

Em sexto lugar, o resultado de todo o trabalho de construção da fantasia, que conhecemos como perversão, é que nossos objetos sexuais são desumanizados. Isto é óbvio, por exemplo, no fetichismo e na necrofilia. Mas, ao olhar mais de perto para as perversões crípticas, tais como o estupro, ou uma

---

148 *Ibidem*.

149 *Ibidem*.

150 STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p. 55.

151 *Idem*, p. 56.

preferência por prostitutas, ou a promiscuidade compulsiva (síndrome de Don Juan, ou ninfomania), e que o observador ingênuo poderá encarar simplesmente como entusiasmos heterossexuais, percebemos que o objeto é uma pessoa, dotada de uma personalidade, ao passo que o indivíduo perverso enxerga a criatura como desprovida de humanidade – apenas como uma anatomia, ou fragmentos estereotipados da personalidade (o que se percebe em expressões como “que bela bunda” ou “todos os homens são brutos”). E isto dificilmente é uma ideia nova. Em 1930, E. Straus observou: “O prazer nas perversões é causado pela... destruição, pela humilhação, pela profanação, pela deformação do próprio indivíduo perverso e de seu parceiro”.<sup>152</sup>

Stoller apresenta como elementos constitutivos de relevante importância na existência da perversão, a *fantasia* e a *hostilidade*. Conforme expõe, a fantasia, além de ser o veículo que nos traz esperança, cura-nos os traumas, nos protege da realidade, oculta-nos a verdade, fixa nossa identidade; veículo restaurador da tranquilidade, inimigo do medo e da tristeza, purificador da alma, é também criador da perversão. Desde Freud, é sabido que, nos humanos, a fantasia é tão parte da etiologia das perversões e, ainda mais, de toda a excitação sexual. Os detalhes da perversão – o enredo da história – ficam incompreensíveis, em sua origem e significado, caso ignore-se o processo e a função da fantasia. O exame da fantasia sem ignorar nenhum detalhe, implicará em encontrar, permeando todo o conteúdo desta, reminiscências das experiências individuais com as outras pessoas que, no mundo real e durante a infância, provocaram a reação a que se denomina perversão. E em seu cerne está a *hostilidade*.<sup>153</sup>

A *hostilidade* é a medida da perversão. A expansão da definição de perversão, tendo como medida a hostilidade, permite a inclusão naquela, de conjunto de comportamentos sexuais, muitos dos quais, certamente, são onipresentes; portanto, num sentido estatístico, eles nem sequer seriam considerados aberrações. A hostilidade é, frequentemente, fácil de ser encontrada. Em várias perversões, ela é condição central do conteúdo que se manifesta e denota, até mesmo para o observador pouco treinado, a qualidade bizarra da

---

152 *Ibidem*, p. 57.

153 STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p. 120.

condição. Quanto mais grosseira a hostilidade, menos dúvidas se terá de estar lidando com uma perversão. O assassinato que causa excitação sexual, a mutilação com o fito de provocá-la, o estupro, o sadismo, com suas punições físicas específicas, tais como chicotear ou cortar, os jogos de acorrentar e amarrar, de defecar ou urinar em seu objeto – todas essas modalidades expressam, numa escala diminutiva, uma raiva consciente direcionada para seu objeto sexual, e cujo o propósito essencial, para a pessoa, é o de se sentir superior; de machucar, de triunfar sobre o outro. Tal se dá, também, no sadismo não físico, como o exibicionismo, o voyeurismo, as cartas ou telefonemas obscenos, o uso de prostitutas e a maioria das formas promiscuidade.<sup>154</sup>

Importa aqui o critério da hostilidade para a definição do comportamento perverso. Stoller, em razão disso, vislumbra em comportamentos tidos como “socialmente aceitáveis”, como a promiscuidade, a possibilidade da existência de uma personalidade perversa, desde que o indivíduo, ao realizar tal conduta, sinta a necessidade de causar dano ao se parceiro. Exemplifica com Dom Juan, aquele paradigma da promiscuidade; ele revela seu ódio às mulheres de maneira muito inocente, até inconsciente, àquela plateia que ele precisa reunir para poder atestar seu desempenho: seus interesses estão na sedução, não no amor; estão em contar para os amigos quantas mulheres ele teve, e o quanto elas se degradaram, em meio à volúpia da paixão que ele despertou nelas. A excitação e o júbilo que ele sentia não vinham da sensualidade do ato sexual, ou da intimidade que ele pudesse ter estabelecido com a mulher; na verdade, ele demonstrava pouco interesse pelo coito, concentrando seus esforços em superar a resistência da parceira, aparentemente relutante. Mulheres fáceis não o atraíam. Sua necessidade interminável, frenética, de se autoafirmar, tendo como única recompensa a quantidade de suas conquistas, revela que o seu corpo estava mais a serviço do poder do que do erotismo.<sup>155</sup>

Além disso, Stoller apresenta o fetichismo como um tipo de perversão onde toda a forma de hostilidade parece estar ausente. Estes vão desde a necrofilia (em que o agente escolhe um cadáver, um corpo que não foi ele quem assassinou), passando pelo uso de objetos inanimados (em geral peças do vestuário, cuja

<sup>154</sup> *Idem*, pp. 121-122.

<sup>155</sup> STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p.123.

conexão com um objeto humano foi reduzida ao simbólico), até uma forma de fetichismo muito disseminada, e que consiste em tratar as pessoas como se elas se reduzissem a um órgão apenas (por exemplo, seio, ou um pênis) ou funções (bater, trepar, vitimar, se fazer de robôs, se fazer de escravo.). Uma vez que a hostilidade frequentemente parece ausente, em especial nas formas clássicas de fetichismo em que se utiliza de objetos inanimados, como vestimentas, essas modalidades deveriam ser testadas, quanto à presença hipotética de hostilidade, com mais rigor do que se faz em relação às perversões do sadismo e do masoquismo, em que a hostilidade é absolutamente flagrante.<sup>156</sup>

Ao examinar de forma mais acurada o fetichismo, demonstra que, nele, o desejo de fazer o mal é silencioso, oculto, mas presente. Ao analisar a pornografia, forma de fetiche, explicita a sua proposição acerca da hostilidade. A raiva que está oculta no fetiche, reside em sua vitimização durante a infância, em geral pelos próprios pais, ou seus substitutos. Através da perversão, a raiva é transformada em vitória sobre seus abusadores; na perversão, o trauma se transforma em triunfo.<sup>157</sup>

### 2.2.3 Posicionamento da psicanálise sobre o transtorno

Muito embora tenha sido apresentado como equivalente a psicopatia, a análise estrutural do fenômeno da perversão, tal aproximação não goza de consenso entre os pesquisadores de ambas as patologias. Tal fato pode ser constatado na própria DSM-V, onde ambos são definidos em categorias distintas, enquanto a psicopatia é definida como um transtorno de personalidade, a perversão se encontra na categoria das parafilias, evidenciando a falta de consenso interno a respeito das similitudes existentes entre os dois conceitos.<sup>158</sup>

156 *Idem*, p. 126.

157 STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lúcia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015, p.127.

158 HENRIQUE, Rogério Paz. De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia. rumo a medicalização da delinquência. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., São Paulo, v. 12, n. 2, p. 285-302, junho 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v12n2/v12n2a04>, acessado em 16 de novembro de 2015, pg. 292. *in verbis*: “Atualmente, “psicopatia” (ou “sociopatia”) é sinônimo de “personalidade antissocial”, que denota uma disposição permanente do caráter no sentido da agressividade, da crueldade e da malignidade, determinando inexoravelmente o mal de outrem – trata-se do que outrora se designava por “perversidade”, caracterizando a perversão social. Já as perversões sexuais são chamadas de “parafilias”, designando um padrão de comportamentos sexuais desviantes para com a moral de uma dada cultura, dentre os quais se

Também importa observar que diferentes autores tratam o aspecto da violência - que é elemento essencial da perversão, sob a ótica da hostilidade, bem como da psicopatia, incluída na característica da agressividade e impulsividade - sob diferentes perspectivas, tratando-a, muitas vezes, como manifestação de questões sócio-econômicas, o que demonstra uma vinculação explícita das teorias psicanalíticas a macrovisões político-ideológicas, o que acaba por produzir vieses insolúveis dentro do contexto de definição científica do fenômeno.<sup>159</sup>

Assim, é possível concluir que, também, no âmbito das teorias estruturais, não há consenso sobre a patologia e, muito embora haja um aprofundamento na análise das estruturas das perversões, estas não são consideradas, pela comunidade psicanalítica, como uma aproximação ou mesmo abordagem estrutural da psicopatia e de suas características e possíveis causas.

Também, diante da multiplicidade de explicações sobre as causas estruturais das patologias, há multiplicidade de concepções a respeito da imputabilidade dos indivíduos acometidos de tal patologia. Encontra-se, assim, pesquisadores que defendem a imputabilidade, a semi imputabilidade e outros ainda a inimputabilidade.

### **3. A imputabilidade no Direito Penal brasileiro**

Os caminhos seguidos pelo direito penal brasileiro se amoldaram conforme as tendências doutrinárias mundiais. Assimilaram, no âmbito jurídico interno, as mudanças e conformações ocorridas no contexto da doutrina mundial, em parte, na legislação que, paulatinamente foi se adaptando as novas correntes, em parte pela doutrina que, como sistema externo, foi determinando os campos de compreensão e entendimento destes mesmos marcos teóricos.

As Consolidações das Leis Penais (Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932), repetiu a fórmula do Código da República no que diz respeito à capacidade, das causas de exclusão da ilicitude, das dirimentes e da

---

*destacam, nas sociedades industriais modernas: voyeurismo, exibicionismo, fetichismo, sadismo sexual, masoquismo sexual, frotteurismo, pedofilia, zoofilia etc."*

159 DE SÁ, Alvino Augusto. Criminologia clínica e psicologia criminal. Ed. Revista dos Tribunais. 2007, p. 29.

responsabilidade no mesmo título: “Da Responsabilidade Criminal; das Causas que Dirimem a Criminalidade e Justificam os Crimes”.<sup>160</sup>

Com a mesma expressão “não são criminosos” (art. 27), a Consolidação fixou a presunção absoluta de inimputabilidade dos menores de 14 anos, independentemente de terem agido ou não com discernimento. Mantiveram como não criminosos os surdos-mudos, os portadores de imbecilidade nativa e enfraquecimento senil e os que se achassem em estado de completa perturbação dos sentidos e da inteligência.<sup>161</sup>

A nova lei, ao empregar a expressão “completa perturbação” dos sentidos e da inteligência, foi infeliz em relação à antiga que empregava a expressão “completa privação” de melhor técnica. Afastou a exceção do intervalo lúcido. Manteve inalterada a internação aplicada aos portadores de afecção mental, caso necessário, para defesa da segurança do público. A novidade ficou por conta da permissão para que a internação se realizasse nos asilos públicos, em pavilhões especiais, enquanto os Estados não construíssem manicômios criminais.<sup>162</sup>

No Código de 1940, o Ministro Francisco Campos, na “Exposição de Motivos” do Projeto, retratou a insatisfação com o sistema até então vigente: *“É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídos, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra post delictum, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis”*.<sup>163</sup>

O Código penal de 1940, internalizou, no direito pátrio, a tendência mundial que medrava desde o início do século, definir a responsabilidade penal em

---

160 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, p. 22.

161 *Idem*, p. 23.

162 *Ibidem*.

163 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, p. 23.

contraposição aos pressupostos da existência do crime. Assim, passou a empregar os termos “é isento de pena”, para se referir ao irresponsável, e “não há crime”, para se referir às excludentes de antijuridicidade.<sup>164</sup>

Considerou-se como irresponsável (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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>165</sup>

Surge, pela primeira vez, com este nome, no direito brasileiro, a *medida de segurança*, sucessora da primitiva “internação para segurança do público”, introduzida pelo Código Republicano de 1890 (art. 29).<sup>166</sup>

A novidade, saudada pelos juristas brasileiros, tinha como fundamento o grau de perigo que determinados delinquentes representavam para a sociedade (periculosidade).<sup>167</sup>

Havia uma presunção absoluta de periculosidade em cinco casos (art. 78):

1) portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento;

2) agente que, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estava privado de plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento;

3) condenado por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

4) reincidente em crime doloso;

5) condenado por crime cometido em associação, bando ou quadrilha de malfeitores.<sup>168</sup>

---

164 *Idem.*

165 *Idem*, pp. 24-25.

166 *Ibidem.*

167 *Ibidem.*

168 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, pp. 24-25.



Inicialmente, no Código do império, o julgador era absolutamente livre para agir como lhe parecesse mais conveniente. Após, passou a ser exigida fundamentação para internação, que seria decretada caso fosse necessária para a segurança do público. Ao fim, em 1940, a internação passou a ser obrigatória (art. 91), pois a periculosidade do louco era presumida pela lei (art. 78, I e II).<sup>169</sup>

No entanto, essa presunção legal de periculosidade cessava com o passar do tempo. Se a sentença fosse proferida 10 anos após o fato exigia-se exame de verificação de periculosidade do inimputável. Para os semi-imputáveis, o prazo caía para 5 anos.<sup>170</sup>

Fora da hipóteses legais de presunção de periculosidade o juiz retomava a sua jurisdição de forma plena. Cabia-lhe verificar a personalidade do agente, seus antecedentes bem como os motivos e circunstâncias do crime que lhe autorizavam a suposição de que o delinquente voltaria a cometer crimes (art. 77, na redação original).<sup>171</sup>

Posteriormente, foi modificada a redação do Código ampliando o rol dos “termômetros de periculosidade”, incluindo os antecedentes, personalidade, motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados para o crime, os modos de execução, a intensidade do dolo e o grau de culpa, que deveriam ser analisados para a formação do juízo de perigo (art. 77, com redação determinada pela Lei nº 6416, de 1977).<sup>172</sup>

Baseado no Código Rocco, a nova lei adotou o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, conhecido como duplo-binário (*zweispurigkeit*), para os imputáveis e semi-imputáveis perigosos.<sup>173</sup>

Aos inimputáveis aplicava-se somente a medida de segurança. Fixou-se a maioria penal em 18 anos, sendo presumida a irresponsabilidade penal antes desta idade. Admitia-se, também, a medida de segurança para o “quase-crime”

---

169 *Idem.*

170 *Ibidem.*

171 *Ibidem.*

172 *Ibidem.*

173 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, pp. 24-25.

(crime impossível e ajuste, determinação, instigação e auxílio, quando o crime não chegou a ser tentado).<sup>174</sup>

Com o advento do Código Penal de 1969, que, revogado ainda na *vaccacio legis*, inúmeras vezes prorrogada, não vindo nunca a entrar em vigor, surgiu avanços importante no que tange a imputabilidade penal. O mais importante foi a possibilidade de não-internação do louco se não houvesse periculosidade, quebrando assim a odiosa presunção legal absoluta de periculosidade contida no Código de 1940. o inimputável só seria internado em manicômio se suas condições pessoais e o fato praticado revelassem que ele oferecia perigo à incolumidade alheia (art. 92).<sup>175</sup>

Junto à sentença o juiz deveria declarar o grau de periculosidade do condenado (art. 51, § 1º). haviam três graus previstos de periculosidade: acentuada, escassa e nenhuma. Seria acentuada quando o exame dos elementos e circunstâncias indicasse que o agente tinha inclinação para o crime ou se tratasse de criminoso habitual ou por tendência. A periculosidade era considerada escassa quando o exame dos elementos e circunstâncias evidenciava a possibilidade de rápida regeneração do agente, desde que submetido a medida reeducativa. Era nenhuma se o exame dos mesmos elementos e circunstâncias evidenciasse a desnecessidade do emprego de medidas educativas.<sup>176</sup>

Outra grande inovação foi aspecto regenerador da pena e o fim curativo da medida de segurança, reservando-se a internação somente aos casos comprovadamente necessários.<sup>177</sup>

A reforma de 11 de julho de 1984, realizada pela Lei 7.209 no Código de 1940, chamada de reforma finalista, em razão de expressamente adotar a teoria finalista da ação, buscou extinguir de vez o sistema do duplo-binário para os semi-imputáveis e imputáveis, adotando para os primeiros o modo vicariante ou unitário. Caberia ao juiz aplicar a pena com ou sem a redução de dois terços (art. 26, parágrafo único), ou substituir a pena por medida de segurança se o semi-imputável

---

174 *Idem*, pg. 26.

175 *Idem*. pg. 26.

176 *Idem*. pg. 27.

177 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000, pp. 26-28.

necessitar de especial tratamento curativo (art. 98). aplicada a medida de segurança, o semi-imputável coloca-se na mesma posição dos inimputáveis.<sup>178</sup>

Ao invés de evidenciar a adoção explícita dos fundamentos doutrinários em defesa do sistema vicariante, o legislador reformador admitiu a falência do complexo repressivo do Estado, com a inexistência de pessoal técnico e absoluta ausência de estabelecimentos adequados.<sup>179</sup>

Muito embora a “Exposição de Motivos” da nova Parte Geral revele esforço para que a medida de segurança tenha fim puramente preventivo e assistencial e que seja afastada qualquer presunção de periculosidade, o fato é que o texto legal adotou a presunção absoluta de periculosidade contra doentes mentais. Passou-se a aplicar medida de segurança sem qualquer exame ou juízo específico de periculosidade.<sup>180</sup>

Quanto a Lei de Execução Penal (LEP), muito embora ajam críticas à configuração anterior, que instituiu a avaliação criminológica como requisito para que o condenado atingisse a última fase da individualização da pena (individualização executiva), após a aplicação da sanção (individualização judicial), com o intuito de definir o programa ressocializador, e avaliar seu comportamento durante a execução, de forma a orientar a decisão do magistrado, no contexto do delinquentes considerados fronteirços, que é o caso dos psicopatas, e que, diante da limitação decorrente do próprio critério biopsicológico que não os engloba, entende-se que para o sistema penal tal mudanças não foram benéficas pois ampliaram a “zona de penumbra” legislativa em que estes indivíduos se encontram.<sup>181</sup>

Na configuração anterior do sistema de execução penal, cabia à Comissão Técnica de Classificação (CTC) a obtenção dos dados reveladores da personalidade do agente. Deveria realizar inúmeros procedimentos de prova, dentre os quais requisitar de repartições ou de estabelecimentos privados informações do condenado e entrevistar pessoas, ou seja, realizar todas as diligências necessárias

---

178 *Idem*, p. 29.

179 *Idem*, p. 30.

180 *Idem*, p. 30.

181 CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. *In*: Psicologia Jurídica no Brasil. Org. Hebe Signorini Gonçalves, Eduardo Ponte Brandão. 3ª Edição. Ed. Nau. Rio de Janeiro, 2011, p. 176.

(art. 9º, LEP). Segundo a redação original, caberia a CTC, acompanhar a execução das penas privativas de liberdade (art. 6º, LEP), propondo à autoridade competente as progressões (art. 112, LEP) e regressões (art. 118, LEP) dos regimes, bem como as conversões de penas (art. 180, LEP).<sup>182</sup>

Atribuições completamente distintas possuíam os técnicos do Centro de Observação Criminológica (COC), em relação ao CTC, que tinha o escopo de observar o condenado em seu cotidiano. Aquela instituição carcerária realizaria exames periciais e pesquisas criminológicas que retratariam o *perfil* do preso, fornecendo instrumentos de auxílio nas decisões judiciais dos incidentes da execução, notadamente nos casos de livramento condicional e de progressão de regime.<sup>183</sup>

Após a reforma penal de 1984, o exame pericial que se estabeleceu na prática forense como idôneo para a prognose das condições do detento foi o da cessação de periculosidade, em avaliação análoga àquela realizada pelo inimputável sujeito a medida de segurança do incidente de insanidade mental (art. 175, LEP). Caso contrário, isto é, na ausência do exame, o juízo seria absolutamente hipotético, cabendo com exclusividade ao julgador atribuir o grau de periculosidade do condenado. Assim, a decisão sobre a periculosidade dependeria exclusivamente da análise do juiz, que utiliza, como instrumento de prova, o parecer do CTC e o exame do COC.<sup>184</sup>

Contudo, a partir da Lei 10.792/03, ocorre alteração substancial no procedimento e nos requisitos para que o condenado alcance os direitos públicos instrumentalizados pelos incidentes de execução penal, notadamente a progressão de regime e o livramento condicional. Quanto ao procedimento, a nova redação do art. 112 da LEP reforça o devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e do contraditório. O antigo parágrafo do art. 112, que previa a decisão judicial precedida de parecer da CTC ou exame do COC, é substituído por dois parágrafos, os quais remodelam a fora dos atos processuais.<sup>185</sup>

---

182 CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. *In: Psicologia Jurídica no Brasil*. Org. Hebe Signorini Gonçalves, Eduardo Ponte Brandão. 3ª Edição. Ed. Nau. Rio de Janeiro, 2011, 176.

183 *Idem*.

184 *Idem*, p. 177.

185 *Idem*, p. 186.

O parágrafo primeiro do art. 112 define que a decisão sobre a progressão de regime deve ser fundamentada pelo juiz e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor; o parágrafo segundo projeta procedimento idêntico à concessão de livramento condicional, indulto e comutação das penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.<sup>186</sup>

A substituição do texto anterior e a exclusão da referência aos laudos e aos pareceres criminológicos produzem dois efeitos distintos, em primeiro lugar retira o caráter vinculativo que as perícias e os pareceres criminológicos tinham sobre a decisão judicial, notadamente porque deixam de ser peça processual a informar o incidente executivo; e em segundo porque vedam a possibilidade de CTC's e COC's produzirem material opinativo (pareceres) destinado à instrução do incidente executivo (prova técnico-pericial), seja progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação.<sup>187</sup>

Tal alterações não representam, de uma forma geral, um empecilho ao sistema penal como um todo, muito pelo contrário, representam avanços relevantes na busca de uma maior adequação deste sistema aos ditames principiológicos materializados na Carta Magna. No entanto, ao examinarmos tais alterações sob o enfoque da problemática da patologia em questão, esta ampliou em muito a “zona de penumbra” em que se situa o fenômeno das personalidades psicopáticas, pois estas, por serem transtornos definidos como “fronteiriços”, situam-se entre a sanidade e insanidade e, por não se amoldarem nos critérios biopsicológicos de forma evidente, acabam deixando a cargo do juízo a decisão sobre se o considera imputável, inimputável ou semi-imputável. Ante a inexistência de qualquer exame de cunho criminológico no âmbito da execução, aqueles que eventualmente forem considerados imputáveis, não sofrerão qualquer tipo de verificação quanto a sua periculosidade tendo apenas que se adequar as normas administrativas do sistema carcerário para que progridam de regime. Como já visto, os psicopatas são considerados irrecuperáveis, e perfeitamente adaptáveis a qualquer sistema normativo desde que vislumbrem vantagens pessoais em razão disto. Assim, os

---

186 *Idem*, p. 187.

187 *Idem*.

mesmos são capazes de se aproveitarem das referidas “zonas de penumbra” normativas para benefício próprio.

Em suma, o sistema penal brasileiro, sofre das mesmas dificuldades encontradas nas diferentes correntes filosófico-doutrinárias penais antes tratadas, em parte por ser um reflexo das conformações e evoluções das mesmas e em parte por ter, em seu âmbito interno próprio, promovido acomodações sucessivas de diferentes correntes.

É possível deduzir, em razão disso, que, mesmo atualmente, no que tange à tratativa dos psicopatas, é perceptível um viés funcionalista normativista oriundo de Jakobs, ao se considerar, como fundamento da imputabilidade do psicopata, o fato de que *a culpabilidade de um indivíduo não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social. Se for possível tratar com sucesso um criminoso compulsivo, incapaz de controlar-se, a paz social poderá ser restabelecida através da internação num estabelecimento de cura. Não se precisará da pena, o autor poderá ser declarado inculpável. Se inexistir, porém, a possibilidade de tratá-lo, não se pode reconhecer a eficácia exculpatória desta perturbação motivacional, de maneira que, por considerações preventivo-gerais, o autor terá de ser declarado culpável, devendo ser punido.*<sup>188</sup>

---

188 ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008, pp. 143-144.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dificuldades de delimitação e demarcação do objeto cognoscente no presente caso se mostram evidentes. Metodologias distintas para análise do fenômeno, necessariamente redundarão em explicações distintas sobre as causas e consequências, bem como estabelecerão perspectivas completamente díspares sobre o mesmo objeto que resultarão em confusão e incompreensão sobre o mesmo.

Inicialmente, no plano jurídico, o hibridismo decorrente da acomodação teórica de duas correntes completamente antagônicas, as Escolas Clássica e Positiva, que se baseiam em primados teóricos completamente inter excludentes, respectivamente, o *princípio da culpa* e o *princípio da defesa social*, que em seus respectivos conteúdos trazem conceitos científico-filosóficos distintos e que acarretam, desta forma, consequências jurídicas distintas já seria conseqüência para tal conclusão.

Contudo, seria possível objetar que tal processo de acomodação, onde se introduz o conceito de inimputabilidade e adota-se o critério científico (biológico, psicológico ou biopsicológico) como fator de determinação da capacidade de culpabilidade do indivíduo, visa adequar a ciência do direito a uma realidade complexa onde se admite que indivíduos acometidos de doenças mentais, quando em surto, possam ser segregados do convívio social por uma medida de segurança da sociedade. Além do que, tais fenômenos psíquicos, devem ser entendidos sob os parâmetros das ciências da mente e, em razão disso, as normas jurídicas precisam internalizar esta possibilidade de diagnóstico.

Sem dúvida, tal argumento mostra-se pertinente em boa parte dos casos onde se trata da doença mental clássica. Contudo, quando se está diante de transtornos que são considerados pela própria ciência como “fronteiriços” posto que se situam no limiar da sanidade e insanidade, o argumento acima se perde em

divagações sem solução exata. Para melhor compreensão do porquê da incapacidade do atual método para os fronteiros, a resposta se encontra no processo de acomodação entre as duas macrovisões jurídico-filosóficas presentes no campo das reflexões jurídico-penais

Tal processo de acomodação entre as escolas Clássica e Positiva se deu a partir da consolidação das ideias neokantistas que permitiram, em razão de seu pressuposto básico, o *dualismo metodológico*, a conformação entre métodos distintos, os das ciências naturais e os das ciências do espírito. Ante tal conformação, as ciências do espírito não se viram mais obrigadas a adotarem métodos das ciências naturais para se legitimarem enquanto ciência. Havia um método próprio para cada uma das ciências, independente do objeto cognoscente. Quem determinaria o método a ser adotado? O pesquisador. Este definiria, em razão das justificativas e objetivos da pesquisa, se o melhor método para alcançar tal intento seria o das ciências naturais ou das ciências do espírito. Assim, a convivência comum ou acomodação entre as teorias e pressupostos das escolas Clássica e Positiva, mesmo sendo antagônicas, decorreriam do próprio dualismo metodológico. A corrente neokantista, como sabido, surgiu como resposta à hegemonia do método naturalista. Ao defender o dualismo metodológico, propôs a superação de tal conflito, estabelecendo que para cada tronco da ciência, natural ou do espírito, haveria um método legítimo e suficiente para produção de conhecimento válido.

Tal processo de acomodação, na esmagadora maioria dos casos, não apresentou problemas relevantes. Contudo, quando confrontado com situações limites, como as dos fronteiros, o que se percebe é que se produziu uma “zona de penumbra” que não consegue ser abarcada pelos critérios das ciências naturais, nem mesmo ser abrangido pelos critérios das ciências do espírito, lançando em um abismo onde de uma lado se encontra as posições das ciências naturais e do outro as das ciências do espírito. Diante de tal impossibilidade de harmonização do fato com as posições normativas vigentes, insta ao aplicador da lei decidir e, assim, sem critérios ou parâmetros aplicáveis, impera o decisionismo do aplicador.

Como visto, também não há um parâmetro claro e exato entre as ciências da natureza para a definição do transtorno. Enquanto uns o definem a partir de



critérios sintomáticos, outros procuram elementos estruturais definidores das causas do transtorno. Há quem defenda também uma abordagem da natureza estrutural do transtorno a partir de uma teoria social o que lhe carrega de vieses ideológicos que obscurecem mais do que auxiliam na definição do transtorno. Ainda há os que tratam o transtorno no contexto de um “sentido moral”, explicando o comportamento do indivíduo sob a perspectiva de ausência de senso moral o que lhe atrai a etiqueta de indivíduo “mau”, “mau-caráter” etc. Tais abordagens, como dito, em nada contribuem para a solução do problema da imputabilidade penal dos psicopatas.

Ao se debruçar também sobre como o tema foi tratado no âmbito normativo brasileiro, depreende-se que este sofreu dos mesmos males que toda a doutrina internacional, no que diz respeito ao processo de legitimação do direito como ciência, processo este responsável pelas discussões de cunho metodológico que redundaram na conformação das referidas macrovisões jurídico-filosóficas e na adoção do dualismo metodológico da corrente neokantista sudocidental.

No entanto, além de tais influências, o sistema penal brasileiro ainda foi afetado por alterações posteriores que, embora não tivessem como objetivo direto a afetação do tema em questão, acabaram por ampliar sobremaneira tal zona de penumbra, ao considerar como requisito para a progressão de regime e livramento condicional somente aspectos de cunho objetivo e comportamental do detento no curso do cumprimento da pena, afastando o famigerado exame criminológico que se cingia à verificação da redução do grau de periculosidade do indivíduo, sendo este último mantido apenas para os casos de indivíduos considerados inimputáveis.

Assim, diante desta perspectiva, um indivíduo acometido de psicopatia que seja considerado plenamente imputável, em razão de no momento do ato ter plena capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta e capacidade de se autodeterminar conforme este entendimento e de seu transtorno não ser passível de cura, não havendo qualquer medicação para seu tratamento, além da hediondez ou total falta de arrependimento que evidencia em relação ao crime que cometeu, este mesmo indivíduo, em razão dos critérios legais adotados no âmbito da execução penal, terá direito a progressão de regime e livramento condicional o que, segundo estudos psiquiátricos demonstram, ele, reconhecendo as vantagens advindas do

bom comportamento carcerário, aderirá imediatamente, fazendo jus a tal benefício antes mesmo dos presos que não apresentam tal diagnóstico.

Diante disso, tem-se que, ante as peculiaridades metodológicas de diagnóstico do transtorno de personalidade antissocial em geral e da psicopatia em particular e os critérios metodológicos de definição da inimputabilidade penal de natureza biopsicológica, a psicopatia permanece em uma “zona cinzenta” de cunho normativo, permitindo que seja considerada imputável, semi-imputável ou inimputável ou mesmo nenhuma destas, estando entregue à discricionariedade do juízo, permeando de insegurança jurídica o trato da presente matéria.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Antônio Ferreira de (Júnior). Lições de medicina legal. 5ª edição. Ed. Nacional. São Paulo, 1978.
- ARISTÓTELES. Metafísica. Vol II. Trad. Marcelo Perine. Ed. Loyola. São Paulo, 2002.
- BARROS, Daniel Martins. Correlação entre grau de psicopatia, nível de julgamento moral e resposta psicofisiológica em jovens infratores. Tese de Doutorado. Faculdade de medicina da Universidade de São Paulo. Programa de Psiquiatria. Orientador: Geraldo Busato Filho. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-26052011-144316/pt-br.php> acessado em 05 de julho de 2015.
- BARRETO, Tobias. Menores e Loucos em Direito Criminal. Ed. Fac- sim. Brasília: Senado Federal. 2003.
- BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. Vol. III. Ed. Revista dos Tribunais. SP. 1976.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução Menezes Cordeiro. 5ª Edição. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2012.
- CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. *In*: Psicologia Jurídica no Brasil. Org. Hebe Signorini Gonçalves, Eduardo Ponte Brandão. 3ª Edição. Ed. Nau. Rio de Janeiro, 2011.
- CASOY, Ilana, Serial Killer: - Louco ou Cruel?, 7ª ed. - São Paulo, Madras, 2004.
- COLEHO, Walter. Teoria geral do crime. Vol. I. Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.
- CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Tradução: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Ed. Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1988.
- CROCE e CROCE Jr, Delton. Manual de Medicina Legal. 4ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1998.
- DE SÁ, Alvino Augusto. Criminologia clínica e psicologia criminal. Ed. Revista dos Tribunais. 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. 3ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. 5ª Edição. Ed. Coimbra. Coimbra, 2000.

FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Ed. L&PM. RS. 2014.

\_\_\_\_\_. História de uma neurose infantil: ("O homem dos lobos"): além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920). Tradução: Paulo César de Sousa. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 2010.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Ed. Malheiros. São Paulo. 2000.

HALE, Chris [et al]. Criminology. 2ª Edição. Ed. Oxford University press. New York, 2009.

HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denis Regina de Sales. Ed. Artmed. Porto Alegre, 2013.

HASSAMER, Wilfried. Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política. Tard. Adriana Beckman Meirelles... [et al.]. Ed. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2008.

HENRIQUE, Rogério Paz. De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia. rumo a medicalização da delinquência. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., São Paulo, v. 12, n. 2, p. 285-302, junho 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v12n2/v12n2a04>, acessado em 16 de novembro de 2015.

HUME, David. Tratado da Natureza Humana: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução Débora Danowski. 2ª Edição. Ed. UNESP. São Paulo. 2009.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. 4ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958.

HUSSERL, Edmund. Investigações Lógicas: Sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. In Textos escolhidos. Coleção os Pensadores. Vol. XLI. Tradução: Zeljko Loparié e Andréia Maria Altino de Campos Loparié. 1ª Ed. Ed. Victor Civita. São Paulo, 1975.

JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador: Luis Moreira. Tradutor: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2ª Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1969.

LOMBROSO, César. O homem delinquente. Tradução: Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Ed. Ricardo Lenz. Porto Alegre, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009.

NORONHA, E. Magalhães – Direito Penal, Vol. 1, 38ª Ed. Revista e Atualizada, Ed. Rideel, 2009.

- POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2ª Edição. Ed. Cultrix. São Paulo, 1974.
- REALE, Miguel. Filosofia do direito. Vol. 2. 5ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 1969.
- REALE JR. Miguel. Teoria do Delito. 2ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.
- \_\_\_\_\_. Instituições de Direito Penal. Parte Geral. . 3ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009.
- REICH, Wilhelm. Análise do caráter. Tradução: Ricardo Amaral do Rego. 3ª Edição. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998.
- ROBINSON, Paul H. Fundamentals of criminal law. 2ª edição. Ed. Aspen Publishers, Inc. New York, 1994.
- ROLLAND, Paul. Por dentro das mentes assassinas: a história dos perfis criminosos. Tradução: Antônio Fiel Cabral. Ed. Madras. São paulo, 2014.
- ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008.
- \_\_\_\_\_. Novos estudos de direito penal. Tradução Luis Greco. 1ª edição. Ed. Marcial Pons. São Paulo, 2014.
- SILVA, Ana Beatriz B. Mentis Perigosas: o psicopata mora ao lado. 2ª ed. ed. Globo. São Paulo, 2014.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2011.
- STOLLER, Robert. Perversão: A forma erótica do ódio. Tradução: Maria Lucia Lopes da Silva. 1ª Ed. Editora Hedra LTDA. São Paulo, 2015.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. Ed. Elsevier. Rio de Janeiro, 2011.
- TENDLARZ, Silvia Elena. A quem o assassino mata?: O *serial killer* à luz da criminologia e da psicanálise. Trad. Rubens Correia Junior. Ed. Atheneu. São Paulo, 2013.
- TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito, 7ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.
- WELZEL, Hans. Diritto naturale e giustizia materiale. Ed. Giuffrè. Milão, 1965.
- \_\_\_\_\_. O novo Sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: Luiz Regis Prado. 4ª Edição. Ed Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 2015.
- WILLIAN and JOAN McCORD. Psychopathy and delinquency. Ed. Grune & Stratton. New York. 1956.
- WOLHEIM, Richard. As idéias de Freud. Ed. Circulo do Livro S.A. São Paulo. 1976.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. BATISTA, Nilo, et al. Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª edição. Ed. Revan. Rio de Janeiro, 2010.