

HOMICIDAS EM SÉRIE: PRISÃO OU TRATAMENTO?

Josiane Petry Faria**

Maitê Prado*

RESUMO

O objetivo deste estudo consiste em analisar, entre a prisão e o tratamento, qual a medida mais eficaz a ser aplicada aos chamados *Serial Killers* – homicidas em série. Devido a sua capacidade de não se arrepender e da obsessão para matar, tornam-se muito mais perigosos em relação a outros criminosos, eis que só costumam parar porque são presos ou mortos. Procura-se a conexão que esses indivíduos têm com a doença mental, para ser analisada a questão da imputabilidade, bem como da semi-imputabilidade e inimputabilidade. Estudar o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos a fim de fazer a ligação entre o ato criminoso e os fatores que levaram a praticar a ação torna-se imperioso para desvendar o problema de pesquisa. Tratar ou punir? Para tanto, será utilizado o método dialético que parte do embate de idéias opostas a fim de construir um resultado adequado absorvendo a complexa dinâmica social.

Palavras-chave: homicida em série, imputabilidade, medida de segurança, pena, psicanálise.

HOMICIDAS IN SERIES: ARREST OR TREATMENT?

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze, among the imprisonment and treatment, which one is the most effective measure to be applied to the serial killers - murderers in series. Because of their ability not to regret and their obsession to kill, they become much more dangerous than other criminals, due to the fact that they usually stop only because they are arrested or killed. We search the connection that these people have with mental illness in order to examine the issue of attributability as well as the semi-attributability and unattributability. Studying the development of these people's personality in order to make the connection between the criminal act and the factors that led them to pursue the action becomes imperative to unravel the problem of search. To punish or to treat? To that end, will be used the dialectical method, that starts from the clash of opposing ideas in order to build an appropriated result absorbing the complex social dynamics.

Keywords: homicide in series, homicida em série, attributability, imputabilidade, security measures, medidas de segurança, shame, pena, psychoanalysis, psicanálise.

** Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito e Psicanálise da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; Professora de Direito Penal e Metodologia da Pesquisa Jurídica, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, advogada.

* Bacharel em Direito, Consultora Jurídica, Pesquisadora colaboradora do Grupo de Pesquisa Direito e Psicanálise da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

INTRODUÇÃO

Considerando o conceito contemporâneo de delito, a finalidade da pena e as contribuições da psicanálise se questiona se os homicidas em série estão sujeitos a pena de prisão ou tratamento por meio das medidas de segurança, eis que remonta dúvida acerca de sua imputabilidade penal.

Tal questionando ganha importância a partir das modificações acontecidas a partir do século XIX no estudo do crime quando passou-se a considerar sua natureza, qualidade e substância, momento em que começou-se a observar para além do resultado criminoso, estudando as agressões violações anomalias, enfermidades, os institutos e os efeitos do meio e da hereditariedade. Contudo, apesar de todo o desenvolvimento das ciências criminais não se tem respostas para todos os acontecimentos sociais, entre eles os homicídios em série. Dessa forma, demonstra-se a relevância do estudo proposto que pretende investigar qual a resposta jurídico-penal mais adequada para o homicida em série, mais conhecido na literatura estrangeira como *serial killer*.

CRIME: O ATUAL CONCEITO DE DELITO

A atual concepção do delito – *tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade* – é produto de construção recente, mais precisamente, do final do século passado. Anteriormente, o Direito comum conheceu somente a distinção entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*. Ihering, em 1867, desenvolveu o conceito de antijuridicidade objetiva para o Direito Civil, mas a adequação desse instituto ao Direito Penal foi feita por Liszt e Beling, com o abandono da antiga teoria da imputação. Quanto à culpabilidade, coube a Merkel, que conseguiu reunir dolo e culpa sob o conceito de determinação da vontade contrária ao dever. A tipicidade, última característica que se somou na construção da forma quadripartida do conceito de delito, foi elaborada por Beling, o qual definiu que: delito é a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade. Desse modo, a definição atual de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, que, sob a influência do método

analítico, foi trabalhando os diversos elementos que compõem o delito com a contribuição de outros países como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça.¹

Além dos conhecidos conceitos *Formal*, o qual diz que o crime, é toda ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena; e *Material*, onde o crime é entendido como, ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena, tornou-se necessária a adoção de um conceito *Analítico* de crime, sendo esse o conceito formal de delito com referência aos elementos que o compõem, ou seja, aspectos ou características do crime. O crime passou a ser definido como o *fato típico, antijurídico e culpável*. Esse conceito analítico de crime continua sendo sustentado em todo o continente europeu, por finalistas e não finalistas.²

A respeito da definição adotada no Brasil, tanto Mirabete³ como Bitencourt⁴ (2004, p. 191) entendem que, por consequência do caráter dogmático do Direito Penal, o conceito de crime no Brasil é essencialmente jurídico, segundo artigo⁵. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n. 3.914/41. Ao contrário de leis antigas, o Código Penal vigente não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional.

Relativo aos elementos do crime, a tipicidade a antijuricidade e a culpabilidade, de certa forma estão relacionados entre si, sendo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. Essa divisão facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra arbitrariedades e as contradições que freqüentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartida da valoração permite um resultado final adequado e justo⁶.

Diz-se, então, que só haverá *Tipicidade* quando os elementos que compõem o fato concreto estiverem configurados, caso contrário não é fato

¹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184.

² ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 190.

³ MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 91.

⁴ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191

⁵ Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina como pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

⁶ ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 286.

típico, portanto, não é crime. Contudo existe a exceção, que é o caso da tentativa, prevista no artigo 14, inciso II do Código Penal, em que não ocorreu o resultado. Esses elementos são: a *Ação* ou *Conduta do agente*, diz respeito ao comportamento humano comissivo ou omissivo, desenvolvido sob o domínio da vontade. Comportamento humano voluntário consciente dirigido a um fim. Numa concepção jurídica, ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para lesão ou para exposição a perigo de lesão de um bem jurídico, ou ainda, para a causação de uma possível lesão ao bem jurídico;⁷ o *Resultado* é o efeito natural da ação que configura a conduta típica. É a modificação do mundo exterior provocado pelo comportamento humano voluntário e pode ser físico (dano), fisiológico (morte) ou psicológico (medo); a *Relação de Causalidade*, ou nexos causal entre a conduta e o resultado. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Na esfera penal, essa se acha limitada pelo elemento subjetivo do fato típico, por ter o agente querido o fato ou por ter dado causa ao resultado, ou seja, se agiu com dolo ou culpa; e a *Tipicidade*, visto como um indício de antijuricidade. Esta é a correspondência exata, adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.⁸

Antijuricidade ou *Illicitude* são sinônimos. Porém, apesar da reforma penal de 1984, ainda utiliza-se com maior frequência a expressão *antijuridicidade*, em função da larga tradição na doutrina jurídica. No entanto, Toledo explica que é equívoco chamar de antijurídico o delito que é um fenômeno jurídico por excelência, pois nada do que é previsto no ordenamento jurídico poderá ser considerado antijurídico⁹. Contudo, Bitencourt afirma que mesmo reconhecendo essa preferência atual do Código Penal, prefere ainda manter a utilização da expressão *antijuridicidade*, que se mantém atualizada nas principais dogmáticas europeias¹⁰. A antijuridicidade é entendida como a contradição da ação com uma norma jurídica e também em relação a todo o

⁷ TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

⁸ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 97.

⁹ TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 93.

¹⁰ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 289.

ordenamento jurídico, eis que como leciona Zaffaroni uma conduta antijurídica penalmente será repudiada por todo ordenamento, todavia uma conduta que seja proibida por outro ramo do direito não será necessariamente pelo direito penal¹¹. Portanto, a antijuridicidade penal é mais restrita que a extra-penal.

Aumentando ainda a discussão em torno da terminologia mais adequada, chega-se a Welzel que prefere *Antinormatividade*, pois na verdade se trata da contradição entre a ocorrência de um fato e a proibição ditada pela norma emanada do tipo penal e não propriamente a contrariedade entre fato e modelo proibitivo. Entendimento esse que apesar de perfeitamente adequado não tem se disseminado na doutrina contemporânea.¹²

Assim, será antijurídica ou ilícita a conduta que não encontrar uma causa que venha a justificá-la. Existem na lei penal e no ordenamento jurídico em geral causas¹³ que excluem a antijuridicidade do fato típico. Como já exposto, a tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houve uma causa que elimine a sua ilicitude. Assim, por exemplo, matar alguém é um fato típico, porém se for em legítima defesa não será antijurídico.

Por fim, tem-se a *Culpabilidade*. Em torno desse último elemento é que giram os mais diversos entendimentos. Várias são as teorias que definem tal conceito de culpabilidade, como a Teoria Psicológica da culpabilidade, a Teoria Psicológica-Normativa da culpabilidade, a Teoria Finalista da Ação, a Teoria da Culpabilidade ou Teoria Normativa Pura. Porém, com o advento dessa última teoria sustentada pelo finalismo welzeliano as demais restaram superadas, pela sua importância, atualidade e predomínio no continente europeu e pela autêntica revolução que provocou no estudo dogmático não só da culpabilidade, mas de toda a teoria do delito. Assim, a culpabilidade passou a ser entendida como o juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido.

¹¹ ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 291.

¹² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

¹³ As causas de justificação ou excludentes de ilicitude ou antijuridicidade são o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, que não serão desenvolvidas em razão de não se encontrarem na discussão central do artigo.

A culpabilidade resulta ainda na união de três elementos que são: a *Imputabilidade*, certo grau de capacidade psíquica que permita ao sujeito ter consciência e vontade, ou seja, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Sem imputabilidade o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se, de modo, que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável.¹⁴ Para o juízo de reprovação, é indispensável que o sujeito possa conhecer a antijuricidade de sua conduta, consciência efetiva da antijuridicidade, ou seja, é imprescindível apurar se o sujeito poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito, ou seja, se conhecia a ilicitude do fato ou se podia reconhecê-la; Exigibilidade de conduta diversa, ou conforme o Direito, é necessário que nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir-se do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente. É importante ressaltar que existem causas que excluem a culpabilidade pela ausência de um dos seus elementos: são os casos de inimputabilidade do sujeito previstas nos artigos 26, 27 e 28 parágrafo primeiro do Código Penal, e inexistência da possibilidade de conhecimento do ilícito previstos nos artigos. 21, 20 parágrafo primeiro e 22 do Código Penal.

Portanto, além de um fenômeno social, o crime é na realidade, um episódio na vida de um indivíduo. Não podendo, contudo, ser dele destacado e isolado, nem mesmo ser estudado em laboratório ou reproduzido.¹⁵ Atualmente, não se pode ter o crime como um conceito único e imutável. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser considerados perfeitamente iguais. Diante desses fatos se fará um breve comentário sobre homicídio, dando ênfase no que consiste o crime de homicídio em série.

HOMICÍDIO EM SÉRIE: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 297.

¹⁵ TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

No tocante ao crime de homicídio, o mesmo é reprimido por toda e qualquer civilização, por mais remota e primitiva que seja. A história da evolução do Direito Penal é marcada pela atuação do homem, em princípio, não como ser social, mas como uma criatura dotada de grande agressividade, para garantir sua própria sobrevivência diante de outros seres, humanos ou não.¹⁶ Assim, o homicídio foi largamente entendido como uma conduta agressiva,¹⁷ porém não com a mesma interpretação que se tem hoje. Portanto, antes de ser abordado no que consiste o homicídio, em particular o homicídio em série, torna-se importante explicar o sentido da palavra agressão e, desde já, não se deve tê-la como sinônimo de violência (pelo menos não na antiguidade). Portanto, se passará a observar no que consiste o homicídio em série, do qual resultam diversas condutas violentas, por parte do agente.

O homicídio em série, abstratamente considerado, poderia ser enquadrado como crime continuado artigo¹⁸ 71 do Código Penal, entendido como uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal, que considera que os crimes subseqüentes devem ser entendidos como continuação do primeiro, estabelecendo, assim, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delitivos, determinado uma forma especial de puni-los. Entretanto, dependendo das condições de tempo e lugar, *modus operandi* e política criminal se observa casos de identificação como concurso material de crimes, ou seja, considera-se crimes independentes entre si, sem relação própria, resultando simplesmente na soma das penas para efeitos de execução.

Em decorrência das várias condutas que o agente pode praticar, o homicídio em série foi tratado como homicídio qualificado nos dois mais recentes casos de homicídios em série, conforme artigo 121, parágrafo segundo e incisos, do Código Penal. Não se tem propriamente um conceito formal desse, porém, quando um homicida reincide em seus crimes com o mínimo de três ocasiões e com um certo intervalo de tempo entre cada um, é

¹⁶ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

¹⁷ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Nascimento das prisões. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 170.

¹⁸ Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhes a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

conhecido como assassino em série. Um conceito mais atual de Serial Killer é de Egger, Professor de Justiça Criminal da Universidade de Illinois, em Springfield, EUA, que, em 1998, baixou o número de três homicídios para dois, a fim de caracterizar o homicídio em série, porém, desde 1979, o FBI nos EUA, vem defendendo a condição de que três homicídios narcísico-sexuais devem ser cometidos para que se possa falar em assassino em série, uma vez que a hipótese de apenas dois crimes análogos poderia ser entendida como simples reincidência. Caso o homicida responda a outros critérios utilizados para definição, já pode ser considerado um Serial Killer, segundo a doutrina especializada. Casos em que houver a tentativa de homicídio, ou após o primeiro crime o Serial Killer for detido, esse critério estatístico falha, embora ainda seja possível o diagnóstico de um homicida em série.¹⁹

Até o início dos anos 80, os homicídios múltiplos recebiam o único rótulo de assassínios de massa (*mass-murderer*), que englobava tanto os Serial Killer, como esses. Assim, após os anos 80 o FBI, aprimorando seus estudos, estabeleceu uma diferença sobre esses homicídios múltiplos, abortando conhecimentos oriundos da Criminologia e, igualmente, para eles redirecionando novamente suas pesquisas. Assim, a diferença entre assassinos em série e assassino em massa repousa no fato de que esse mata quatro ou mais vítimas num mesmo local, num mesmo evento criminoso. Em geral são membros de sua família ou um grupo de pessoas que estão geralmente desvinculadas de seus problemas. São os casos do estudante alemão que, fortemente armado, invadiu sua escola e, “num dia de fúria”, matou vários colegas e professores; e de Philippe Vancheri, o francês chamado de O Assassino da Rodovia Marselha, que, em uma noite de fevereiro de 1990, atirou de sua caminhonete, matando diversas pessoas. Existe ainda o *spree-killers* ou matadores-ao-acaso, os homicidas que matam em locais diversos, mas em um lapso de tempo, muito curto. Esses crimes apresentam um acontecimento único, somente seu desencadeamento e execução podem estender-se por um curto período de tempo, fracionando-se, por isso não são

¹⁹ BALLONE, G. J. **Assassino em série.** psiqweb. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br/forense/crime.html>> Acesso em 28 agos. 2005.

considerados Serial Killer nem *mass-murderer*.²⁰

No Brasil, segundo Casoy²¹, a polícia tem um grande preconceito em aceitar a possibilidade de um homicida em série estar em ação. Critica, ainda, o fato de que os órgãos especializados em Ciências Forenses existentes no Brasil são pouco incentivados e divulgados, pois, quando se lida com crimes em série, o trabalho integrado de profissionais forenses deveria ser obrigatório. Ou seja, se existe a dificuldade de aceitar tal fato, é inegável que existe pouco entendimento sobre essa determinada espécie de homicídio, se assim pode ser chamado. Portanto, o homicídio em série, sem dúvida é um dos crimes que mais geram polêmica visto a conduta violenta do agente. Desse modo, se fará um breve comentário sobre a Agressividade Humana, abordando o sentido da palavra agressão, bem como se o sentimento de agressão pode ser considerado como um fator desencadeante da conduta homicida.

DA AGRESSIVIDADE HUMANA

Através de pesquisas realizadas por Leakey²², acerca da evolução do homem, constatou-se que a capacidade, quanto à conduta agressiva, decorre do desenvolvimento próprio do ser humano, a qual lhe indica o melhor caminho para busca do alimento, a fim de garantir a sua sobrevivência, aguçando-lhe o sentido da preservação. Esse sentido o estimulou a desenvolver estratégias de auto-proteção. Inicialmente as armas, criadas conforme consta o registro histórico, passaram a ser usadas contra predadores de outras espécies, depois contra animais que viviam ao redor dos homens e, por fim, para agredir indivíduos da mesma espécie.

Geralmente costuma-se confundir agressão com a violência. Muitos autores usam como expressões, sinônimos. No entanto, o criminólogo Ayush

²⁰ BONFIM, E. M. **O Julgamento de um serial killer**: O caso do maníaco do parque. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 77.

²¹ CASOY, I. **Serial killer**: Made in Brasil. 3. ed. São Paulo: ARX, 2004, p. 23.

²² FERNANDES, N.; FERNANDES, V. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.118.

Morad Amar explica que a agressão é um comportamento adaptativo que resulta numa forma ativa de enfrentar as condições ambientais para o próprio desenvolvimento da pessoa e seus pares.²³ Quanto à violência, é um comportamento destrutivo dirigido contra membros da mesma espécie, em função de sentimentos de inveja pela dificuldade de ver outras pessoas se desenvolvendo.

Há muito se tem discutido sobre a existência de um comportamento inato na manifestação da agressividade. Discussões acerca da natureza da agressividade humana fazem parte da discussão entre os pesquisadores. A questão recai no fato da agressividade ser considerada instintiva, considerando o homem mau por natureza e que herdou sua agressividade de seus antepassados pré-históricos; ou se não é inata, sendo parte do homem e manifestada como qualquer outro tipo de comportamento.

A Etologia que consiste em analisar o comportamento animal fornece várias evidências sobre comportamentos complexos, instintivos, em diversas espécies animais, representando padrões de comportamento determinados endogenamente pelo sistema nervoso central através do código genético da espécie. Pesquisadores, como Persky, atribuem à secreção de testosterona, uma relação com o comportamento agressivo e a capacidade de liderança do homem. Freud afirma que a agressividade é uma manifestação consciente do instinto de morte. Clarence Darrow, jurista norte-americano, afirma que por sua própria natureza o homem é um animal predador. Lorenz, um dos fundadores da Etologia junto com Tinbergen, é partidário da teoria da agressividade inata. Dart, diz que os ancestrais animais do homem eram carnívoros, predadores e canibais e que, assim como nos arquivos da história humana, desde as primeiras inscrições egípcias até a recente Segunda Guerra Mundial, o homem revelou esse hábito predatório, essa sede de sangue. William Golding, através de seu romance *Lord of the Flies* (O Senhor das Moscas), procurou incutir na cabeça de muitas pessoas, principalmente estudantes, que os seres humanos são intrinsecamente perversos. Erich Fromm, fala da existência de dois tipos de agressividade filogeneticamente programada e comum aos animais e aos

²³ FERNANDES, N.; FERNANDES, V. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.119.

homens, de que são exemplos os impulsos de atacar ou fugir, quando interesses vitais estão ameaçados. O outro tipo é a agressividade maligna e não tem origem na adaptação biológica, sendo que esse foi observado mais claramente no comportamento de homens como Hitler, Goebbels, Stalin e outros, sendo comum apenas nos seres humanos, surgindo de suas condições de existência.²⁴

Ao contrário desses que consideram o homem como um primata socializado e caçador que se organiza em grupos, segundo o princípio de territórios, Bleger²⁵ não aceita a visão da agressividade inata, argumentando que o entendimento da agressão humana inata é mera analogia com o comportamento dos animais inferiores. Afirma ainda, que os seres humanos são capazes de manifestar qualquer tipo de comportamento, não só de agressividade, mas também de bondade, crueldade, sensibilidade, egoísmo, sendo-lhe possível tanto matar, como socorrer. O comportamento agressivo é só mais um e qualquer explicação do comportamento humano deve incluir todos os comportamentos e não apenas um deles. Explica ainda que o comportamento de um ser humano em qualquer circunstância não é determinado apenas por seus genes, se bem que exista uma contribuição genética importante; mas sim, pelas experiências que acumula ao longo de sua vida em interação com esses genes. Ensina que o sistema nervoso central após o nascimento da criança é influenciado desde logo pelo contato com o meio ambiente. A interação cérebro-meio ambiente se processa nos primeiros minutos após o nascimento. O desenvolvimento morfológico real do cérebro depende dessa estimulação ambiental.

Fernandes e Fernandes²⁶ explica que, apesar de existir uma contribuição genética para qualquer forma de comportamento, não é absolutamente verdadeiro que o comportamento específico dos seres humanos seja determinado apenas geneticamente. O homem não é só o inato, é também o adquirido. Contemplando este pensamento Bleger²⁷ ensina que as condutas

²⁴ FERNANDES, N.; FERNANDES, V. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.120-130.

²⁵ BLEGER, J. **Psicologia da conduta**. 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989, p. 211.

²⁶ FERNANDES, N.; FERNANDES, V. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.136.

²⁷ BLEGER, J. **Psicologia da conduta**. 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989, p. 211.

do ser humano são influenciadas por fatores biológicos, ambientais, psicológicos e econômicos, sendo que todos estes fatores influenciam para que a pessoa manifeste a agressividade para garantir sua sobrevivência e seu desenvolvimento ou se torne uma pessoa violenta, trazendo prejuízos para si e para a coletividade. Neste sentido o homem não nasce nem bom, nem mal. O homem apenas nasce e na medida em que suas necessidades básicas são atendidas o seu desenvolvimento saudável é garantido, caso contrário a hostilidade contra o ambiente vai se desenvolvendo tornando-se uma pessoa violenta.²⁸

PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA: FUNDAMENTOS E DIFERENÇAS

As penas e as medidas de segurança apresentam inúmeras diferenças e semelhanças, mas apesar disso fazem parte do gênero sanção penal, ou seja, resposta jurídico-penal do Estado à criminalidade, importando para sua aplicação a ocorrência de fato descrito como típico, relevante para a ordem jurídica. Concomitante a isso, importa dizer que ambas significam violação de direitos humanos fundamentais dos seus destinatários e na hipótese de sua necessidade, devem obedecer inelutavelmente às garantias constitucionais.²⁹

Assim, de forma breve, as medidas de segurança destinam-se aos inimputáveis (aqueles sem capacidade de culpabilidade) e por exceção aos semi-imputáveis que necessitem de uma tutela especial, por meio de tratamento. Já as penas destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis, neste último caso com uma relevante diminuição em face da diminuta capacidade de culpabilidade, comentada anteriormente. Enfim, a decisão baseia-se, atualmente, na culpabilidade que é um princípio de ordem constitucional, demonstrando a supremacia da responsabilidade penal subjetiva sobre a objetiva.³⁰

Como se observa as penas fundamentam-se na culpabilidade do sujeito e as medidas de segurança repousam na sua periculosidade, devendo ser a ela proporcionais. Então, as primeiras centram-se no fato já ocorrido, visualizando o passado enquanto as segundas vislumbram a personalidade do

²⁸ WINNICOTT, D. W. **Delinquência e privação**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 48.

²⁹ PALAZZO, F. C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, 60.

³⁰ LUISI, L. **Dos princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 147.

agente numa expectativa futura.³¹ Ziffer comenta que as penas afinam-se com as idéias da escola clássica voltando-se para o delito e as medidas de segurança se aproximam da escola positiva, que sob a influência do Darwinismo, centraliza-se na pessoa do criminoso.³²

A idéia de uma retribuição justa pressupõe que, para cada caso, existiria uma única resposta preferível em face de outras possíveis e o caminho para tal é a imputação penal. Esta requer que já esteja resolvida a questão acerca da legitimidade ou não de determinada norma proibitiva. Porém, quando se trata de medida de segurança tamanha segurança ainda não se tem, pois essa exatidão reclama objetividade, que é elemento difícil de se apurar em matéria de personalidade.

A prática do fato típico por indivíduo culpável enseja a imposição de pena que são cominadas no Código Penal e devem atender às condições pessoais do agente, bem como as circunstâncias do fato e as medidas de segurança, previstas no texto legal, são generalizadas e se delimitam por meio da periculosidade do agente, sendo de apenas duas espécies: internação e tratamento ambulatorial.³³

O fundamento das penas encontra amparo no Brasil, na Teoria Mista, isto é, com ênfase na idéia retributivo-preventiva, mesclando a intenção de retribuir o mal com o mal, no sentido de castigo, com um aspecto de inibição da ocorrência do delito novamente, tanto em relação ao sujeito sobre quem recai a pena quanto em relação a sociedade, que observando a sua aplicação se desestimularia a repetir a conduta violadora do bem jurídico tutelado.³⁴ De outro lado, as medidas de segurança, sedimentam-se sobre os pilares da prevenção somente, no intuito de prevenir novas infrações penais e a cura do destinatário. Desse modo, as primeiras cessam com a extinção da punibilidade do agente, seja pelo término do prazo fixado na sentença³⁵, seja pela expiração do tempo previsto em benefício ou ainda na existência de anistia, graça ou indulto. Já as medidas de segurança têm o fim delimitado por elementos

³¹ DOTTI, R. A.. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 622.

³² ZIFFER, P. S. **Medidas de seguridad**: pronósticos de peligrosidad em derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 354.

³³ DOTTI, R. A.. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 621.

³⁴ ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 218.

³⁵ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 142.

subjetivos, eis que quando aplicadas não prevêm o termo final, ficando a critério de exames anuais até o momento em que for descrito, por profissionais especializados, a cessação da periculosidade. Este elemento não se apresenta preponderante para o término da punibilidade, no caso das penas, em razão da sistemática marcadamente retributiva.

O fato das medidas de segurança não contarem com termo final³⁶ expresso é alvo de variadas e constantes críticas, pois tal circunstância afetaria o princípio da proporcionalidade, podendo fazer do instituto uma prisão perpétua simulada. Nesse sentido, a psicanálise tem entendido o tratamento deve ser imposto apenas em casos de necessidade e oportunidade, ou seja, onde realmente possa fazer a diferença. Não admitindo, portanto, a banalização e a perda de credibilidade, com a transformação da internação em meio de regozijo ou contenção eterna.

Outra distinção diz respeito à natureza jurídica das sentenças penais. A decisão que reconhece a pretensão punitiva em face de réu culpável é condenatória, ao passo que a sentença que reconhece a prática de fato típico e antijurídico, porém não culpável, uma vez que realizado por agente inimputável é absolutória imprópria.³⁷

Após todo o exposto importa voltar e dizer que além de serem espécies de sanção penal e assim respostas do Estado frente à criminalidade, apresentam outras semelhanças como: ambas representam diminuição de bens jurídicos, se aplicam aos autores de uma fato que contém elementos objetivos e também subjetivos e todas duas almejam, ao menos em tese, a defesa social, eis que meios diretos para evitar a ocorrência de crimes, merecendo um estudo aprofundado e responsável, pois na medida em que restringem direitos humanos fundamentais, importa que seja feito da maneira menos gravosa possível, respeitando as qualidades do sujeito sobre o qual recaem.

CONCLUSÃO

Desse modo, conclui-se que, segundo a atual concepção tripartida do

³⁶ Quando aplicadas é estabelecido apenas o prazo mínimo para realização da primeira perícia, qual seja, de um à três anos, sendo o máximo indeterminado.

³⁷ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 278.

delito, para ocorrer o crime, devem estar presentes os elementos que o configuram: o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade, sendo que na ausência de qualquer deles inexistente o delito e, portanto, a possibilidade de atribuição de pena. No que diz respeito ao crime de homicídio, observou-se que esse foi largamente utilizado pelo homem primitivo, através da agressão. Devido a isso, questiona-se freqüentemente se a agressividade pode levar ao o homicídio, porém verifica-se que essa é uma manifestação como qualquer outro sentimento humano. Não poderá jamais ser entendida como a violência, menos ainda como a violência-homicida. Sendo assim, o homicídio em série, por dele derivar várias condutas de extrema violência por parte do agente, não deve ser tratado como um homicídio simplesmente qualificado, uma vez que importante um estudo acerca da personalidade do sujeito a fim de entender os fatos típicos e então apresentar a resposta penal mais adequada.

No Brasil até pouco tempo existia certa dificuldade de aceitar o fato de que homicidas em série estariam atuando. Entretanto com os recentes homicídios ocorridos a atenção da polícia como do Poder Judiciário e até mesmo da sociedade tem se voltado para o fato de que no Brasil existe sim Serial Killer e não mais pode ser tratado como circunstância que afeta somente outras soberanias, eis que homicídio e homicídio em série são espécies de crimes que apesar do resultado final ser o mesmo, ou seja, a morte existe a diferença entre a prática de execução e a conduta do agente. Desse modo, para que o homicídio ocorra, pode haver outras causas, sendo uma delas a interação do indivíduo com o meio e quando essa interação é muito prejudicada pode gerar o homicídio em série, sendo que o convívio do indivíduo com a sociedade já não é considerado aceito.

REFERÊNCIAS

- BALLONE, G. J. **Assassino em série**. psiqweb. Disponível em <<http://www.psiqweb.med.br/forense/crime.html>> Acesso em 28 agos. 2005.
- BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BLEGER, J. **Psicologia da conduta**. 2. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 1989.

- BONFIM, E. M. **O Julgamento de um serial killer**. O caso do maníaco do parque. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Tradução de Isabela Cristina Sierra. Sorocaba: Mineli, 2006.
- CAPEZ, F. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 11 ed., 2007, p. 114.
- CASOY, I. **Serial killer**. Made in Brasil. 3. ed. São Paulo: ARX, 2004.
- CLASSIFICAÇÃO DE TRANSTORNOS MENTAIS E DE COMPORTAMENTO, CID-10. Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: Artes Médicas; 1993.
- DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERNANDES, N.; FERNANDES, V. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Nascimento das prisões. Petrópolis: Vozes, 1998.
- JESUS, D. de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LUISI, L. **Dos princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS, DSM-IV. Tradução de Dayse Batista; 4. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.
- MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- PALAZZO, F. C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WELZEL, H. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- WINNICOTT, D. W. **Delinquência e privação**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZIFFER, P. S. **Medidas de seguridad**: pronósticos de peligrosidad em derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.