



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RODRIGO SILVA BARRETO

**A FORMAÇÃO DAS CONDUTAS CRIMINOSAS (DOS PASSIONAIS) E SUAS
POSSIBILIDADES E INFLUÊNCIAS NA INIMPUTABILIDADE EM RAZÃO DE
ANOMALIA PSÍQUICA**

*The formation of criminal conducts (passional) and their possibilities and influences on
unliability in respect of psyhchic anomaly*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Cristina Maria Costa Pinheiro Líbano Monteiro

Coimbra, 2017

“Escrevo-te em desordem, bem sei. Mas é como vivo. Eu só trabalho com achados e perdidos.” Clarice Lispector, em *Água Viva*.

Para meu sobrinho William Xu Barreto e para, se possível existir, algum leitor que gostou daquilo que aqui escrevi.

AGRADECIMENTOS

Estes agradecimentos não são ditos aos ventos, caro leitor; são palavras escritas em um papel para lembrar de todas as pessoas que me ajudaram neste singelo, mas não menos esforçado, trabalho. São tantas pessoas que preciso agradecer que tenho medo de esquecer alguém.

Os amigos, não poderia esquecer Willian, Diogo, Dyego, Thamirys (yqs), Rita, Bruno, Jaja, Cíntia, Felipe Berdoni, Denner, Elvijs, Vanessa, Gabriel, Claudio, Wellington.

Entre as diversas outras pessoas que me ajudaram nessa caminhada de dois anos, nove delas não posso deixar de dizer um muito obrigado, pois sem elas meu mestrado não seria realizado: o Professor Dr. Augusto Jobim, por sua orientação e amizade, desde a faculdade até o meu mestrado; os amigos Floriano Neto, Douglas Gomes, Carolina Ferrarezi, Tayana Bordalo, Gilson Araujo, Mônica Figueiredo, Carolina Magno e Rodrigo Gonçalves, por toda a sinceridade, lealdade, honestidade que neles encontrei, além e principalmente, pela muita, muita paciência em conversar e debater sobre a minha tese.

Aos meus familiares, sei que não são palavras que farão demonstrar e pagar tudo o que eu devo a eles, mas quero também agradecer: aos meus avós, Teresinha e Paulo, pelas sábias palavras nos momentos mais oportunos; aos meus tios, Mari, Dalmo e Cleide, por sempre serem meus segundos pais; aos meus pais, Francisco e Cleuse, queridos, por me ensinarem tudo com um sorriso no rosto, mesmo passando por inúmeras dificuldades; aos meus irmãos Luiz, Fei, Melina e Maria por tudo aquilo que passei *com* eles e *por* eles e, principalmente, ao novo membro da família que está chegando, meu sobrinho William Xu Barreto, que tratarei como filho e melhor amigo.

Por fim, agradeço a minha orientadora, Professora Doutora Cristina Maria Costa Pinheiro Líbano Monteiro, por toda orientação e paciência que teve por mim, um aluno ainda muito distante de um vasto conhecimento em Direito.

RESUMO

Este trabalho trata da possível relação das condutas descritas como passionais para sua possibilidade de inimputabilidade. A busca pelos casos de inimputabilidade dessas condutas passa a englobar diversas ciências que definem o crime passional. Entre elas, a psiquiatria, psicologia, psicanálise, psicopatologia até o estudo sobre a sexualidade e sua definição dentro da ciência penal. As condutas dos passionais foram diversamente analisadas e (re) definidas e como foram, ao mesmo modo, tais ciências. Entretanto, o objetivo do trabalho não trata de escolher uma definição específica dentro de alguma ciência sobre os passionais, mas incumbe-se de demonstrar o porquê das várias definições dos passionais e, dessa análise, verificar a possibilidade de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, o que permite não excluir as outras ciências e, ao mesmo tempo, demonstrar que toda a conduta, seja passional ou não, deriva, em primeiro lugar, de uma formação e definição no âmbito social. Formação essa que implica também na denominação de conduta criminosa e criação do tipo penal. E, sucessivamente, ela relaciona o tipo com a inimputabilidade do Código Penal e também com o paradigma compreensivo da inimputabilidade de Figueiredo Dias. Não só na formação da norma pelo legislativo, mas também na relação do tipo com a inimputabilidade na aplicação da norma penal pelo judiciário no entendimento da compreensão funcional da norma. Ou seja, o estudo relaciona a criação da norma e sua vigência até as possíveis interpretações jurídicas com as possibilidades de inimputabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: crimes passionais; inimputabilidade em razão de anomalia psíquica; formação da conduta criminosa; tipo penal homicídio; bem jurídico vida.

ABSTRACT

This work deals with the possible relation of behaviours described as passionate and its possibility of unliability. The search for cases of unliability of these conducts include several sciences that define the crime of passion. Among them, psychiatry, psychology, psychoanalysis, psychopathology, even the study on sexuality and its definition within criminal science. The conducts of the passionals were variously analyzed and (re)defined, and also, in the same way, such sciences. However, the objective of the work is not to choose a specific definition within some science about the passionate ones, but it is necessary to demonstrate the reason of the various definitions of the passionals and, from this analysis, to verify the possibility of unliability due to psychic anomaly. Which allows not excluding the other sciences and, at the same time, demonstrate that all conduct, whether passionate or not, derives, first of all, from a formation and definition in the social sphere. This formation also implies in the denomination of criminal conduct and in the creation of the criminal type. And, successively, it relates the type to the unenforceability of the Criminal Code and also to the comprehensive paradigm of Figueiredo Dias's unliability. Not only in the formation of the norm by the legislature, but also in the relation of the type with the unliability in the application of the criminal norm by the judiciary, and in the understanding of the functional understanding of the norm. That is, the study relates the creation of the norm and its validity within the possible juridical interpretations and possibilities of unliability.

KEY WORDS: crimes of passion; unliability due to psychic anomaly; formation of criminal conduct; criminal type homicide;

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ProJPG: Projeto da Parte Geral do Código Penal.

ProJPE: Projeto da Parte Especial do Código Penal.

CP: Código Penal Português.

SUMÁRIO

Introdução	8
1 - A inimputabilidade penal.	10
1.1 - Inimputabilidade no Código Penal.	13
1.2 - O problema da inimputabilidade no Código Penal.	18
1.3 - Inimputabilidade como paradigma compreensivo.	24
2 - Crimes passionais.	32
2.1 - Primeira fase: da sexualidade, do poder de punir, da loucura e da terminologia dos crimes passionais.	36
2.2 - Segunda fase: dos crimes passionais, da revolução francesa	45
2.2.1 - Fundamento do crime passional: Estado, poder, sexualidade, psiquiatria, psicologia e disciplina.	46
2.2.2 - O Surgimento do crime passional.	53
2.3 - A construção da segunda fase e o novo surgimento da fundamentação do crime passional, a terceira fase.	58
2.4 - A busca final pela terminologia dos crimes passionais	68
3 - A influência da parte especial na parte geral: o tipo penal, a valoração de condutas criminosas e as implicações nas possibilidades de inimputabilidade.	72
3.1 - Tipos penais: homicídio simples, privilegiado e qualificado.	75
3.2 - Compreensão funcional da norma: bem jurídico e política criminal.	83
3.3 - Conduta criminosa, tipo penal e aquilo que se denomina como punível: a primeira verificação de inimputabilidade através de uma conduta formada como conduta criminosa.	89
3.4 - Paradigma compreensivo da inimputabilidade e a metodologia proposta.	100
Considerações finais	103
Referências Bibliográficas	108
Jurisprudência consultada	119

INTRODUÇÃO

Este é mais um estudo sobre crimes passionais. Muitas ciências já o estudam e estudaram: a psiquiatria, a psicologia, a criminologia; entretanto, o ponto de análise do trabalho é diferente de uma construção terminológica única entre passionais e outra ciência. Partindo da pergunta principal do estudo, “em que casos os agentes passionais podem ser considerados inimputáveis?”, três grandes problemas estão ali intrínsecos.

O primeiro é compreender o conceito de inimputabilidade, tal como está descrito no Código Penal, e como esse conceito deve ser realmente utilizado, analisando também o que significam o conceito material da culpa, a questão do livre-arbítrio e a ligação da personalidade e da culpa, porque todos esses conceitos estão interligados e, de diversas formas, são criticados.

O segundo problema é saber a terminologia correta de crimes passionais. O significado deste termo (o adjetivo “correta”) precisa ainda ser aprofundado. O que é uma palavra correta? Qual ciência relaciona corretamente os casos passionais? Ou melhor, qual formação doutrinária dessas condutas demonstra a verdade sobre elas e sobre o homem?

Para responder a esta última pergunta, poderemos fazê-la em duas construções: ou há uma ciência (ou mais de uma) que demonstra o correto e a verdade sobre os crimes passionais do homem e torna outras construções inválidas, ou há no fundamento de cada doutrina passional uma justificativa que demonstre a razão da sua forma terminológica em cada época, seja na ciência psiquiátrica, seja na psicológica, na psicanalítica, na criminológica. É, portanto, nesta última construção de resposta que o trabalho em epígrafe se fundamentará.

Melhor dizendo, a verdade sobre o homem não é compreendida neste trabalho como algo inerente ao próprio ser, mas enquanto dispositivo histórico em que a rede superficial da formação dos conhecimentos, através dos discursos, forma em cada época a verdade sobre o homem. O que mais tarde demonstraremos é que esta verdade é formada pelo poder que modifica outros poderes e também é modificado na formação da verdade.

O terceiro grande problema é que, com a resposta das duas primeiras questões aqui suscitadas, surge um fundamento e que o demonstraremos: o tipo penal acaba delimitando as possibilidades de inimputabilidade. Isto é, há uma metodologia do dogma

penal que auxilia na resposta final do nosso estudo sobre os passionais e sua inimputabilidade.

Existem tipos penais que valoram os fatos passionais à conceitualização de pessoa a ser punível. Para demonstrar isso, passaremos da análise da norma para o seu fundamento: dizer dos termos do tipo penal específico para o bem jurídico e, sucessivamente, para aquilo que torna importante a proteção do bem jurídico socialmente construído.

Por isso, no primeiro capítulo, analisaremos a inimputabilidade e suas construções; no segundo capítulo, buscaremos uma terminologia do crime passional e, no terceiro, analisaremos o tipo penal, seus elementos, sua fundamentação, a relação entre a norma e a inimputabilidade nos casos passionais e, também, em alguns outros tipos penais vigentes na norma penal. O que tudo indica, já indiretamente perceptível, é que a resposta para nossa pergunta se encontra no próprio Código Penal e, nesta construção, é que passaremos tentar comprovar.

1 A INIMPUTABILIDADE PENAL.

Apesar de a inimputabilidade, no Código Penal, aplicar-se para os menores de 16 anos e para os “doentes mentais”, é neste último que focalizaremos o trabalho em epígrafe. Antes de definir a inimputabilidade penal, precisamos situar em qual situação jurídica-dogmática ela se encontra. Nesse horizonte, precisamos entender a culpa e a sua relação com a inimputabilidade para, finalmente, analisarmos, de forma nítida, este último conceito. O paradigma da inimputabilidade pode ser descrito em três fases: o biopsicológico, o normativo e o compreensivo¹.

O paradigma biopsicológico da inimputabilidade encontra-se na presença de uma doença em sentido estrito, permanente, temporário ou intermitente. A inimputabilidade, nesse paradigma, traz uma separação clara entre o perito e o jurista: este somente pode saber se o agente sofre de uma doença mental se esta for biopsicologicamente comprovada.

Nessa etapa, a culpa jurídica-penal fundamenta seu único elemento com a ligação do dolo e da negligência, denominada culpa psicológica. A imputabilidade é um pressuposto dessa culpa, capacitando a pessoa responsável com a verificação do homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são. Ora, a imputabilidade – e não a inimputabilidade – é verificada sobre a maturidade ou a saúde mental². Se não gozasse do necessário desenvolvimento intelectual, caso se tratasse de um enfermo mental, não poderia imputar-se o fato a título de culpa³.

¹ Construção de Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina do Crime. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 560.

² Saúde mental na psiquiatria é verificada através de sintomas/síndromes. Ou seja, a concorrência sistemática de determinados sinais e sintomas constituem as síndromes ou doenças quando se conhece a sua etiologia. Por sua vez, para se proceder à investigação etiológica e terapêutica, é necessária a constituição das síndromes. Em psiquiatria, as entidades diagnósticas são denominadas de perturbações, que são quadros clínicos (síndromes) compostos pela concorrência de sintomas e/ou compostos pelo comportamento clinicamente reconhecível, associados ao sofrimento e/ou interferência nas funções pessoais, sociais ou ocupacionais, mas em que a etiopatogenia é desconhecida, estando implícita a interação de fatores biológicos, sociais e psicológicos. Para isto, é necessário recorrer à psicopatologia, tal como a medicina interna e a cirurgia recorrem à propedêutica médica e cirúrgica, respetivamente. A psicopatologia pode ser definida como a ciência que estuda e descreve de forma sistemática os sintomas psíquicos ou as vivências anormais. Pode-se dizer que o grande e principal impulsionador do estudo desta área foi Jaspers, filósofo e psiquiatra alemão, com a obra *A psicopatologia geral* (1913), que ainda hoje é fundamental para quem estuda psiquiatria (Valente, José, “Fundamentos de psicopatologia”, *In Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira, Lisboa: LIDEL, 2014, p. 27.)

³ Beling, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal: la doutrina del delito-tipo*, Análisis de Carlos M. de Elía. Librería EL FORO, 11 ed. 1930, Traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires/AR, 2002, p. 67 e ss. Em Portugal, podemos falar do projeto de Levy Jordao, que preceituava a culpa havendo no acusado intenção criminosa, ou negligência, ou ambas conjuntamente. É uma concepção de base naturalística ou psicológica.

Com clareza, a imputabilidade criminal, biopsicologicamente falando, nada tem a ver com o livre-arbítrio. O responsável é aquele homem que busca a imputabilidade na normalidade, ou seja, na capacidade de adaptar-se ao meio social. Se o criminoso tem capacidade de se adaptar ao convívio social, ele deve ser considerado imputável; se não possui esse poder de adaptação, será inimputável⁴.

Para o reconhecimento da inimputabilidade, no paradigma normativo, ela engloba outro elemento, o jurídico, a capacidade de o agente avaliar a ilicitude dos seus atos e de agir segundo esta capacidade; o moral, a capacidade de avaliar a moralidade dos próprios atos; ou o ético-jurídico, a capacidade de avaliar o caráter proibido do ato e a possibilidade de se determinar segundo esta avaliação. A teoria do crime passa a compreender a culpa num juízo de censura; a (in) imputabilidade, o dolo ou a negligência e a exigibilidade são os elementos da culpa, quanto seu conceito material se define como a capacidade de agir de outra maneira⁵.

O sentido da inimputabilidade deixa de ser mero pressuposto da atribuição subjetiva e psicológica do fato ao agente para se tornar elemento integrante da afirmação da capacidade do agente quando se deixa motivar pela norma no momento do fato. Daí a formulação corrente da imputabilidade – principalmente no Direito Penal Português – como capacidade de o agente avaliar a sua ilicitude ou para se deixar determinar por essa avaliação. Tanto a doutrina da culpa jurídico-penal⁶, quanto a imputabilidade, ligam-se à indissolubilidade da questão do livre-arbítrio e da liberdade da vontade humana⁷.

José dos Santos Silveira. (Silveira, José dos Santos, *Da imputabilidade penal no direito português*, Coimbra Editora, 1960, p. 33).

⁴ Nesse mesmo sentido, Liszt, Franz von, *Tratado de Direito Penal alemão*, vol. I, tradução: José Hygino Duarte Pereira, Brasília/BR: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 256 e ss.

⁵ O termo capacidade ou incapacidade para agir tem mais ou menos o mesmo significado que a existência ou a ausência de autodeterminação da vontade, sendo sim um requisito do autor, não de natureza descritiva, mas de natureza normativa (de regulamentos). Teoricamente é insolucionável e deve-se buscar a resposta na normatividade. Imputabilidade pressupõe uma situação normal de circunstâncias internas e da personalidade do autor (Mezger, Edmundo, *Derecho penal: libro de estudio*, Tradução de Conrado A. Finzi, Tomo I, Buenos Aires: El Foro, 2001, p. 198 e ss).

⁶ Uma terceira concepção de culpa é a finalista de Welzel. De maneira sucinta, a natureza da culpa é caracterizada pela “reprovabilidade”, aquela qualidade da ação antijurídica que possibilita fazer uma censura pessoal ao autor, porque não a omitiu. Tal teoria distingue-se no campo da culpa entre a análise e o objeto da análise ou entre a reprovabilidade e a ação reprovável, correspondentemente a distinção entre antijurídico e injusto. Culpa é, em seu mais próprio sentido, somente a reprovabilidade como análise da vontade de ação, e o objeto dessa análise é a vontade antijurídica de ação (e por ela, toda a ação antijurídica). O juízo de um homem ser capaz de culpa é para Welzel um ato puramente existencial e de caráter comunicativo, “reconhecimento do outro como você” que exclui todos aqueles homens que não são ou já não são capazes de

No paradigma normativo, a capacidade de o agente avaliar a ilicitude do fato e de se determinar por essa avaliação remete ao juiz uma questão insolucionável: saber se a pessoa procedeu de acordo com a sua vontade e consciência, opção fim de ser esta uma análise estritamente normativa. A definição de anomalia psíquica, da mera conceituação de doença, passa a englobar tudo que se relaciona ao transtorno psíquico.

Dessa construção vigente no Código Penal Português, surge uma nova construção que vai de encontro com o pensamento do livre-arbítrio e da liberdade da vontade, denominado de paradigma compreensivo⁸. Trata-se de resolver a questão da liberdade no plano das características do ser humano como um todo, o homem visto através da sua livre decisão, em que a inimputabilidade é descrita como a presença de uma anomalia psíquica que destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos humanos podem porventura ser explicados, mas não podem ser compreendidos como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade⁹.

Entre estas três fases da inimputabilidade, é o paradigma normativo que vige no Código Penal. A partir disso, este trabalho passa a demonstrar como surge essa construção neste Código, como ela não pode ser aceita, principalmente nos casos de crimes passionais, e que devemos aceitar como mais correta a inimputabilidade compreensiva, a fim de que possamos demonstrar a metodologia que surge entre a inimputabilidade e o tipo penal específico.

autodeterminação em sentido pleno. Welzel, Hans, *Derecho Penal: Parte General*, Traducción de Carlos Fontán Balestra con la colaboración del sr. Eduardo Friker, Buenos Aires/AR: Roque Depalma Editor, 1956, p. 147 e ss. Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal – una introducción a la doctrina de la acción finalista*, tradução Jose Cerezo Mir, Montevideo: Editorial B de f, 2001, p. 145 e ss.

⁷ Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral* (cit.), p. 563-5.

⁸ De maneira diferente, mas usando o termo compreensão, Mezger define imputabilidade é que se pode entender a ilicitude do ato e agir de acordo com a compreensão. Compreensão somente como ser alcançado com uma compreensão psicológica do estado mental total do autor enquanto realizador do fato e, junto a isso, uma análise equilibrada dos limites que são encontrados pelos requisitos legais quanto aos determinantes inevitáveis da vida mental. Para fazer isso, também precisa de um aproveitamento dos conhecimentos de especialistas médicos, sendo a fórmula do conceito normal deve ser a “determinabilidade normal das razões” ou “reação normal a estímulo de ação” (Mezger, Edmundo, *Derecho penal: libro de estudio* (cit.), p. 198 e ss).

⁹ Conforme será explicado melhor no capítulo 1.3.

1.1 INIMPUTABILIDADE NO CÓDIGO PENAL.

Quando se descreve a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, percebemos que há diferença na sua construção. No Código Penal Português, ela está formulada na presença de uma anomalia psíquica que torne o agente incapaz de avaliar a ilicitude no momento do fato ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Ou seja, é a capacidade de cometer um fato punível com culpa¹⁰.

Esta construção surgiu no Projeto do Código Penal de Eduardo Correia em 1963, após a publicação do Decreto-Lei n.º 43.499, de 28 de janeiro de 1961. Em 1963, Eduardo Correia apresentou a Parte Geral do projeto associando à culpa a não formação da personalidade no seu art. 2.º¹¹.

Em 1963-64, foi criada uma comissão revisora da Parte Geral, em que nada foi alterado e, em 1966, Eduardo Correia apresenta o Projeto da Parte Especial. Com a Revolução do dia 25 de Abril de 1974 e com a elaboração e promulgação da nova Constituição da República nos dois anos seguintes, houve o retorno dos trabalhos da Parte Geral e Especial de Eduardo Correia, fortalecidos pelos pressupostos essenciais à democratização e à vida social e política.

O CP acaba sendo publicado somente em 1982, sem o art. 2.º do ProJPG, que descrevia a culpa pela não formação da personalidade, e sem uma substituição dogmática.

¹⁰ Mezger, Edmundo, *Derecho penal: libro de estudio* (cit.), p. 201.

¹¹ Na sua formulação, a anomalia psíquica foi fundamentada nas dificuldades de determinar e nas mudanças de conceituar todos os problemas psíquicos, seja do seu centro, ou seja, de sua zona-limites. Quanto à incapacidade para avaliar a ilicitude do facto ou se determinar de harmonia com essa avaliação, preocupou-se na avaliação ao facto concreto praticado, dado que o suposto inimputável pode ter a (in) capacidade de avaliar e determinar certos factos de forma diferente. (Correia, Eduardo, “Projecto do código penal: parte geral: 1ª revisão Ministerial”, *Ministério da Justiça*, Sep. De Boletim do Ministério da Justiça, n.º 157, 1966, p. 8 e 28-9). Nesse sentido, observamos que o alargamento da atividade dos psiquiatras deu-se também através da reivindicação da responsabilidade dos juízes sobre o tratamento das perturbações da personalidade e do surgimento da Psicologia, que se havia separado da Filosofia e pretendia incluir uma abordagem clínica. A psiquiatria encontrava-se então como agora, dividida entre duas visões antagónicas das doenças mentais. Uma acentua a biologia, as neurociências, o estudo da anatomia e química cerebrais e aposta em tratamento físico sejam medicamentos ou outro tipo de intervenções. A outra releva o lado psicossocial a vida dos indivíduos doentes, atribui os sintomas a problemas ou conflitos sociais, aos quais as pessoas não se conseguiram adaptar adequadamente. (Saraiva, Carlos Braz / Pilodo Flavio / Bastos, Hugo, “História da Psiquiatria”, *In Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa: LIDEL, 2014, p. 6 e ss).

Uma nova revisão¹² com fundamento sobre a culpa e fins da pena¹³ aconteceu nos anos seguintes, sendo publicada em 1995.

Da criação do projeto até o presente, a inimputabilidade conceitualizou-se nestes dois critérios de verificação: anomalia psíquica e avaliação ou determinação – profundamente assentados na culpa pela não formação da personalidade com referência teórica de Eduardo Correia. Tal dogma¹⁴ descreve que o Direito Penal obriga as pessoas a formarem sua personalidade sem confrontar com os valores e bens jurídicos ali protegidos, descritos como dever jurídico, além de também o Direito Penal proteger esses valores e bens jurídicos.

A ação era conceito de valor; a ilicitude, negação dos específicos valores jurídicos-criminais; a culpa, censura ético-jurídica dirigida a um sujeito por não ter agido de modo diverso, por poder ter agido doutra maneira. Os elementos da culpa são formados por dolo ou negligência, por (in) imputabilidade e por possibilidade de o agente atuar de

¹² Chamado de recodificação, o movimento que demonstra provas positivas no ordenamento jurídico em reforma que, em partes, foi mantido, mas, por questões da realidade sociológica e criminal, foi reformada. As ideias centrais da recodificação foram a firmeza inabalável na convicção de que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política social, a recuperação da centralidade do código penal como expressão de uma racionalidade de garantia e de uma força aglutinadora dos crimes descentrados; e a redução do direito penal extravagante. Nesse sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, “Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português”, in *Jornada de Direito Criminal Revisão do Código Penal*, Centro de estudos jurídicos, Lisboa, 1996, pp. 23-24. Também, no mesmo ponto: Andrade, Manuel da Costa, “Sobre a reforma do código penal português: Dos crimes contra as pessoas em geral, e das gravações e fotográficas ilícitas, em particular”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez, 1993, p. 427-97.

¹³ Para uma compreensão histórica do código penal vigente: Dias, Jorge de Figueiredo, “A reforma do Direito Penal Português: Princípios e orientações fundamentais”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 48, 1972, p. 10-2; Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral* (cit.), pp. 74-78; Costa, José Gonçalves da, “A parte geral no projeto de reforma do código penal português”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez, 1993, p. 319-402; Rocha, Manuel António Lopes, “A revisão do código penal português: sentido e extensão das alterações da parte geral no anteprojecto da comissão revisora”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez. 1993, p. 231-43. Gonçalves, Manuel Lopes Maia, “A última revisão no projeto de código penal”, *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. 3, Coimbra, 1984, p. 93-114. Isasca, Frederico, “O Projecto do Novo Código Penal: Fevereiro de 1991: Uma Primeira Leitura Adjectiva”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A. 3, Fasc. 1, Jan.-Mar. 1993, p. 67-102. Dias, Jorge de Figueiredo, “O código penal português de 1982 e a sua reforma”, *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez., 1993, p. 161-195. Monteiro, Cristina Líbano, “O código penal de 1982: subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra. 1992, p. 265-82, p. 271.

¹⁴ Correia, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias) *Direito Criminal I*, Coimbra, Almedina, 2016 (reimpressão da edição original do I [1963] volume), p. 315-337. Correia, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias) *Direito Criminal, v. II*, Coimbra, Almedina, 2016 (reimpressão da edição original do II [1965] volume), p 330-1. Correia, Eduardo, “Projecto do código penal: parte geral” (cit.), p. 8 e ss, 28-9. Correia, Eduardo, “A doutrina da culpa na formação da personalidade”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, A. 1, nº 1/2, Coimbra, 1945, p. 24-35.

outra maneira, sendo ponto de partida de todo o direito criminal o fato praticado, a construção da culpa normativa.

Entretanto, para esse dogma, culpa só pelo fato praticado é manifestamente insuficiente para resolver certos problemas, tais como o domínio da inimputabilidade, o erro sobre a proibição, a negligência inconsciente, a não-exigibilidade. Por isso, é possível permitir que o Direito Penal venha depois atingir a verdadeira substância ético-jurídica do crime, a analisar a personalidade do seu autor, ao menos na medida em que ela se relaciona com o respectivo fato. Junto com a prática deste, pode existir tendência para o crime que o agente não dominou, podendo e devendo tê-lo feito.

Se violar tal dever jurídico de formação da personalidade, o delinquente, pelas omissões de correções das tendências perigosas, incorre na culpa pela “não formação conveniente da sua personalidade”¹⁵, crime de omissão pura. O ilícito é a não formação da personalidade de maneira que torna impossível um fato criminoso surgir sem uma certa formação da personalidade. Sua omissão que lhe corresponde sempre será no passado, visto que, se há afrontamento da personalidade com o bem jurídico protegido, há ilicitude.

O dolo na culpa, pela não formação da personalidade, existirá sempre que o agente tiver conhecimento que a sua personalidade não é conformada de maneira a mover-se dentro dos limites do direito. A intensidade do dever jurídico tem duas relações: a maior gravidade do dever de correção, independentemente de seu conhecimento ou de sua possibilidade de conhecimento, gera maior gravidade da reação criminal; inversamente, quanto maior é a dificuldade de correção, menor é a culpa do agente e menos severa será a reação criminal. Por isso, o dever traduzir-se-á em preparar-se para tomar consciência da natureza proibida dos atos que pratique (erro sobre a proibição), para representar os efeitos e a natureza dos efeitos do seu comportamento (negligência inconsciente) e para não deixar que as suas tendências ou inclinações o arrastem para o crime.

Na moldura penal desta culpa, a perigosidade (criminal) é o objeto de valoração: valora a omissão do dever de correção, educação ou tratamento de todas as tendências da

¹⁵ Um das justificativas seria que certas disposições (tendências) para o crime são adquiridas muito cedo; elas são produto de adaptações com o mundo exterior na infância e, portanto, num período em que se não pode falar em responsabilidade criminal. Ao pensamento descrito, torna-se válido a aplicação da culpa na formação da personalidade como resultado de uma certa atividade do delinquente. Por isso, há necessidade de dominar tendências para o crime qualquer que seja a sua origem: hereditária, adquirida, psicogenética, etc. Aqui naturalmente a culpa pela omissão desse dever só inicia no momento em que se atinja a idade da imputabilidade. (Correia, Eduardo, “Projeto do código penal: parte geral” (cit.), p. 29-30).

personalidade adequadas ao respeito dos valores jurídicos. Quanto maior a omissão do dever de correção das tendências da personalidade, maior a sua perigosidade, sendo que a perigosidade será um dado fato que revela a omissão da correção desta tendência do dever de formar a personalidade, conforme o bem jurídico protegido.

Quando a omissão de correção de certas tendências é impossível para o criminoso, mesmo sabendo e tudo fazendo para corrigi-las, verificamos um homem que não atinge uma normalidade, que deve ter imputabilidade diminuída ou inimputabilidade. Em tal hipótese, ambas as capacidades alteradas geram a inimputabilidade, conforme elaborado no projeto da Parte Geral do Código Penal¹⁶.

Por um lado, na análise de culpa pelo fato, verificar-se-ia a impossibilidade de punição, mesmo na diminuição da imputabilidade. Por outro lado, na análise da culpa pela não formação da personalidade, verificar-se-ia medida de segurança através da omissão de correção, mesmo nos casos de zonas limites de inimputabilidade. Ou seja, sempre que o delinquente consiga demonstrar que não pode dominar todos os esforços que efetivamente fez para se sobrepor a uma tendência e foi por ela irresistivelmente conduzido ao crime, deve-se, então, considerar que tal delinquente não atinge a normalidade, não detém a capacidade de valoração do seu ato e de sua decisão de acordo com a valoração feita, que está na base da imputabilidade. Incorreto aqui falar de imputabilidade diminuída, devendo tais hipóteses serem consideradas antes de plena inimputabilidade, só passíveis, porventura, de medidas de segurança¹⁷.

Desta teoria de culpa, retirada do projeto do Código Penal antes da promulgação em 1982, a inimputabilidade definiu-se quando há presença de uma anomalia psíquica¹⁸

¹⁶ Art. 18º. É ainda inimputável aquele que, ao tempo do crime, em virtude de anomalia psíquica grave e cujos efeitos não domina e que por isso possa ser censurado, tem a capacidade para avaliar a ilicitude do fato e para se determinar de harmonia com essa avaliação sensivelmente diminuída (Correia, Eduardo, “Projeto do Código Penal: parte geral” (cit.), p. 79).

¹⁷ Correia, Eduardo, *Direito Criminal I* (cit.), p. 359.

¹⁸ Em um primeiro grau de concretude, o juízo de imputabilidade se faz sobre aquela específica e determinada pessoa. Por outro lado, em um segundo grau de concretude, o juízo de imputabilidade se faz em relação a uma determinada espécie de crimes. Por outros termos ainda: o juízo acerca da capacidade de culpa está sujeito a uma dupla relatividade. Assim, v.g., é perfeitamente possível que um cleptomaniaco seja considerado inimputável em relação a crimes patrimoniais mas continue sendo imputável relativamente a crimes praticados contra outros bens juridicamente protegidos. Do mesmo modo, por exemplo, um pedófilo pode ser tido como inimputável apenas no universo da criminalidade sexual. Evidentemente, isso não exclui a existência de casos de inimputabilidade em relação a toda e qualquer modalidade de crime – como, v.g., nas hipóteses de loucura em sentido estrito. Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4ª ed. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2015, p. 363-4.

que, com certas perturbações¹⁹ da vida mental no momento do fato, exclui a possibilidade de culpa. O autor do ProJPG²⁰, com os olhares na reforma penal alemã²¹, denominou posteriormente a anomalia em seus estudos em doença mental (psicoses em sentido restrito), em personalidades anormais, subdivido em débeis mentais e psicopatas, e em perturbações singulares²².

A doença mental é um processo que se desenvolve no cérebro, substituindo as leis e fenômenos psíquicos normais por outros diferentes; há os psicóticos orgânicos, toxicológicos ou funcionais (transformação da atividade e conteúdo da consciência, alterando qualitativamente e quantitativamente a personalidade). Na personalidade anormal, há os débeis mentais oligofrênicos (lesões na inteligência, distinguindo-se em idiotia, imbecilidade e debilidade, separando-se do desenvolvimento cerebral por idade). No caso dos psicopatas (não são homens com lesões, mas homens cuja constituição desvia e diverge daquilo que corresponde à média), há divergência se os mesmos são considerados doentes ou não.

Nas perturbações singulares, existem as personalidades com reações ou tendências anormais isoladas; elas não correspondem a um tipo firme de personalidade, mas revelam perturbações das camadas vitais em certas e súbitas tendências ou reações da personalidade. Há as perturbações da consciência, isto é, estados psicológicos de curta ou longa duração nos quais as relações normais entre consciência-mundo estão muito perturbadas. Existem as neuroses, caracterizadas por certos estados neuróticos de angústia,

¹⁹ O DSM e o ICD são exemplos das diversas causas de patologias, fixando seus manuais em diversos pontos de estruturação, para fins de denominação e separação das psicopatologias. O DSM-V parte do transtorno mental como síndrome, caracterizado por perturbação significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de indivíduo que reflete uma disfunção no processo biológico, psicológico ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental, associando-os a sofrimentos ou incapacidade significativa que afetam as atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes, tendo como linha fronteiriçíssima da perturbação aquilo que culturalmente é uma resposta esperada ou aprovada. Os agrupamentos dos transtornos são separados em internalizantes, ansiedade, depressivo e somático, e em externalizantes, antissociais, perturbações na conduta, adições e transformações do controle de impulso, inserido nos dois grupos o comportamento de risco genético e ambientais e incluindo no grupo conceitos fora deste agrupamento, sendo impossível capturar a totalidade de psicopatologias nos grupos diagnósticos categóricos que é usado atualmente. (*Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, DSM-V, 5ª ed., 2014, p. 13-25).

²⁰ Correia, Eduardo, *Direito Criminal I* (cit.), p. 339 e ss.

²¹ Para questões históricas da inimputabilidade na Alemanha: Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008 (Orig. tese de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006), p. 20 e ss., 113 e ss., 169 e ss.

²² Correia, Eduardo, *Direito Criminal I* (cit.), p. 339 e ss.

de medo, de fobia, de ansiedade; são zonas de limite da inimputabilidade, sendo casos de difícil comprovação.

O segundo critério da inimputabilidade, em razão da anomalia psíquica, é a função de o agente não conseguir avaliar a ilicitude no momento do fato ou de não conseguir se determinar de acordo com essa avaliação. À luz do livre-arbítrio, mas determinado de forma endógena na questão da inimputabilidade²³, Eduardo Correia²⁴ posicionou sua construção teórica na questão de o indivíduo ser livre no seu entender e querer, não se tratando de provar ou mostrar seu livre-arbítrio, mas de aceitar que a imputabilidade aparece como limite da censura ético-jurídica, como limite à liberdade de que se parte como pressuposto do juízo de censura em que se traduz a culpa.

A livre determinação não tem, pois, que se provar. O que se admite é que seja excluída pela existência de certas perturbações mentais, na medida em que estas – e só estas –, sem qualquer possibilidade de intervenção autônoma do agente, determinarem causalmente a sua conduta. A falta de imputabilidade existirá quando a anomalia mental for determinante da conduta do agente. E a inexigibilidade existirá quando excluir o poder de agir de outra maneira por força da situação exterior²⁵.

Entretanto, esta construção traz alguns problemas que podem ser apontados, seguindo certo entendimento de culpa. Ou seja, a questão da inimputabilidade no Código Penal encontra problemas dentro da sua construção de culpa normativa, como também em outras construções de culpa e na relação com os crimes passionais. E é isto que tentaremos mostrar agora.

1.2 O PROBLEMA DA INIMPUTABILIDADE NO CÓDIGO PENAL.

²³ Correia, Eduardo, *Direito Criminal I* (cit.), p. 364 e 365. Assim como há patologias do substrato físico-orgânico, também existem patologias da alma, vale por dizer, doenças do conhecimento e doenças da vontade. Basta pensar em algumas manifestações de disfunções totais ou parciais das funções cognitivas ou volitivas, como os estados de neurose, psicose, oligofrenia, depressão, esquizofrenia, loucura furiosa, etc., fenómenos clínicos bastante nebulosos e intrincados e que podem ter relevância no plano do aferimento da imputabilidade. É a partir destes dois eixos da vida psíquica – cognoscibilidade e vontade – que se chega ao conceito de dolo, enquanto categoria fundada na atualização da capacidade de conhecer e querer a realização do facto tipicamente relevante. Em termos bastante simples, mas nem por isso menos rigorosos: se ambos os pilares anímicos estiverem totalmente firmes haverá a possibilidade de afirmação do dolo. Se algum deles ou se ambos estiverem abalados ou tortos essa possibilidade fica desde logo excluída. (Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 363-4).

²⁴ Correia, Eduardo, *Direito Criminal I* (cit.), p. 354 e ss.

²⁵ Correia, Eduardo, *Direito Criminal I* (cit.), p. 354 e ss e 444.

Enquanto o livre-arbítrio é comprovado quando se retiram as suas causas endógenas, a inimputabilidade, e suas causas exógenas (inexistência de circunstâncias que tornam exigíveis outros comportamentos na verificação da culpa), a inimputabilidade em razão da anomalia psíquica resolve sua aplicação com base na determinação dos seus substratos, nessa compreensão tradicional. Como já descrito, é a aplicação do substrato biopsicológico capaz de produzir certo efeito que diminui a avaliação ou a determinação da ação penalmente relevante na verificação da presença ou não do livre-arbítrio.

Vale dizer que determinar a anomalia serve não só para dar indicações sobre a causa endógena da inimputabilidade, mas também para esgotar as possibilidades de exclusão da culpa em homenagem a tal causa. Inimputabilidade ou incapacidade de culpa será toda aquela anomalia – e apenas ela – que, no seu mais amplo sentido, for incapaz de avaliar a ilicitude do seu comportamento ou de se determinar segundo essa avaliação²⁶.

A capacidade de avaliar a ilicitude do fato e a capacidade de determinar a sua vontade de acordo com um conhecimento específico são, em primeiro lugar, apenas dois componentes não autônomos da total capacidade do agente para se motivar de acordo com a norma. Este último se traduz o decantado poder de agir²⁷ de outra maneira e nele se encontra o verdadeiro dominante da culpa jurídico-penal²⁸.

Por este entendimento acima, o primeiro ponto de crítica da inimputabilidade do Código é a impossibilidade de diferenciar os dois requisitos da inimputabilidade com um conceito de culpa, percebemos que a questão será sempre a de saber se o agente detinha a necessária capacidade de conhecimento e nunca a de determinar a origem, as causas ou os

²⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3º ed., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 1995, p. 66-7.

²⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 65-6. Como é possível regular (pensando na sua eficácia) o conhecimento da ilicitude? Pode ser feita através de regras que estatuem deveres de conhecimento da norma pelos cidadãos ou de sua explicitação por determinadas autoridades, ou de forma derivada, através da regulação das consequências da ignorância do direito. A primeira solução é inviável. Uma norma que declarasse em geral o dever dos indivíduos de conhecer as regras que integram o conjunto do ordenamento jurídico seria vazia de conteúdo ou impossível de cumprir, há de haver, isto que sim, uma separação da eficácia da lei e o problema da consciência da ilicitude. (Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 6º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 58 e ss).

²⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal* (cit.), p. 219. Para Figueiredo Dias, na medida em que a falta de consciência da ilicitude é considerado um problema de culpa, é no quadro do pensamento da culpa que deve ser encontrada a sua solução e é partir desta que se pode afirmar ou não o princípio da obrigação de conhecimento da lei. A delimitação da culpa em função da existência de um dever de conhecimento da lei seria de qualquer modo inválida, o legislador não pode exigir aos membros das comunidades um conhecimento que lhes não seria possível obter, ou que pelo menos lhes não seria exigível.

fundamentos da eventual falta daquela capacidade. O elemento biopsicológico²⁹ constitui tão só uma diretiva, pois a falta da consciência, independente da anomalia, excluirá por si mesma a culpa³⁰.

Consequentemente, se a capacidade de avaliar a ilicitude do fato e a capacidade de determinar a sua vontade de acordo com tal conhecimento são dois componentes não autônomos da total capacidade do agente para se motivar de acordo com a norma e, se a inimputabilidade será sempre a de saber se o agente detinha a necessária capacidade de conhecimento e não de determinar a origem, não haverá, como se pensou em um problema de inimputabilidade, exigibilidade ou consciência de ilicitude. Tudo será um problema global de culpa.

Por outro fundamento de culpa³¹ e por segundo ponto em relação à anomalia psíquica³², percebeu-se que a construção da mesma parte da análise da impossibilidade de elas serem doenças mentais. O avaliar ou o determinar um ato estaria dentro do critério maior da definição de doença mental e, assim, da anomalia psíquica. Ou seja, a doença mental torna-se a perda da liberdade do agente, fazendo o indivíduo irresponsável. Causa, assim, a necessidade de denominar a anomalia normativamente.

²⁹ Esta extensão da denominação da anomalia psíquica foi analisada por Carlota de Almeida, separando a anomalia psíquica em dois modelos: restrito e lato e, apesar de a autora apoiar na garantia que seria melhor ter um conceito restrito de anomalia psíquica, não é dessa fundamentação que nós apoiamos no trabalho. Na verdade, a anomalia psíquica no art. 20.º do Código Penal abrange mesmo toda a forte perturbação psíquica ou emoção anormal, segundo a autora, não na sua causa, mas nos seus efeitos, isto é, equivale àquele motivo que priva o agente de exercício das faculdades intelectuais ou a sua autodeterminação no momento de cometer o facto punível. (Almeida, Carlota Pizarro de, *Modelos de Inimputabilidade*. Da Teoria à Prática, Coimbra: Almedina, 2000, p. 39-48, 84 e 273-4.).

³⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal* (cit.), p. 222-3. Nesse sentido, poderá entender a qualificação como anomalia, ou como anomalia psíquica e todas as causas de perturbação grave do entendimento e da vontade verificáveis no momento de perpetração do fato, porque a falta de mais segura delimitação, a interpretação torna possível a inclusão nesta causa de inimputabilidade de quaisquer perturbações psíquicas, seja qual for a sua causa, endógena ou exógena. Mas levando tão longe a indefinição de anomalia psíquica, então já se não tratará de exigir uma causa de inimputabilidade, mas, tão só da verificação da inimputabilidade independentemente da verificação de sua causa (Ferreira, Manuel Cavaleiro, *Lições de direito penal*, Lisboa : Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940-1941)

³¹ Para Curado Neves, indo de encontro a Figueiredo Dias, é impossível a afirmação de que a questão da necessidade de conhecimento da lei pelos cidadãos não pode decidir problemas de culpa. O conhecimento da lei não impunha a todos os indivíduos e não está em causa um dever de conhecimento, mas, sim, antes está em causa a responsabilidade pela sua aquisição, seguindo a possibilidade de uma culpa normativa e na consciência da ilicitude (Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 115 e ss).

³² A anomalia psíquica, nesta construção, é um conceito essencialmente normativo, cujo significado só pode ser encontrado no contexto legal e doutrinário que lhe deu origem e que para ele pode ser considerado anomalia psíquica o estado mental que impede o agente de assumir responsabilidade sociais, na medida em que este estado se exprime em actos que não possam ser inseridos num contexto de vida social com sentido. (Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 172-215, 471-3).

O terceiro ponto é a discrepância entre a presença da anomalia psíquica e outros requisitos que afetam o ato de avaliar ou determinar: por exemplo, o criminoso com tendência inveterada para o crime, sem a presença de uma anomalia e sem conseguir determinar de acordo com aquela avaliação, é imputável. Como também são imputáveis o criminoso embotado de sentimentos pela pobreza de espírito de uma vida vazia e o criminoso com tendência inveterada para o crime, devido a fatores sociais que não conseguem determinar-se perante a norma³³.

O quarto ponto é que, na jurisprudência, percebe-se que a comprovação da inimputabilidade é realizada com o grau da anomalia psíquica³⁴. Quando há a anomalia mental, afirma-se seu segundo elemento com o grau da gravidade da anomalia,

³³ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 67-8.

³⁴ O exame psiquiátrico é um discurso de dupla qualificação: médica e judiciária, que organiza o domínio da perversidade, a partir da metade do século XIX. Também o exame delimita suas alternativas: "ou prisão, ou hospital", "ou expiação ou cura", pelo princípio de uma homogeneidade da reação social, espécie de *continuum* protetor. No exame psiquiátrico, o que o perito tem a diagnosticar é o indivíduo eventualmente perigoso e sua perversão. De um lado, a noção de "perversão" que permite costurar uma na outra a série de conceitos médicos e a série de conceitos jurídicos; e, de outro lado, a noção de "perigo", de "indivíduo perigoso", que permite justificar e fundar em teoria a existência de uma cadeia ininterrupta de instituições médico-judiciárias. Perigo e perversão são os núcleos teóricos do exame médico-legal. A partir daí, surgem categorias elementares da moralidade, que vêm se distribuir em torno da noção de perversidade e que são, por exemplo, as categorias de "orgulho", de "obstinação", de "maldade". De outro lado, o discurso que não apenas se organiza em torno do campo da perversidade, mas igualmente. Em torno do problema do perigo social: ele será também o discurso do medo, um discurso que terá por função detectar o perigo e opor-se a ele (41-44). Com o exame, tem-se uma prática que diz respeito aos anormais, que faz intervir certo poder de normatização, uma instância de controle, não do crime, não da doença, mas do anormal, do indivíduo anormal, e nisso que ele é, ao mesmo tempo, um problema teórico e político importante. (Foucault, Michel, *Os anormais, Curso no Collège de France* (1974-1975), Edição estabelecida sob a direção de François Wald e Alessandro Fontana, do Valério Marchetti e Antonella Salomoni, Tradução de Eduardo Brandão, Martins Fontes: São Paulo 2001, p. 49-53).

procedimento puramente fático e objetivo³⁵. Não só isto, mas também a sua perigosidade³⁶ e, em consequência, o seu internamento³⁷.

O quinto ponto é que o livre-arbítrio³⁸ acaba sendo somente um pressuposto sem reconhecimento, tão-só aceitar sua razoável existência, se não comprovarem certas anomalias psíquicas consideradas produtoras de efeitos de exclusão o agir de outra maneira. A maneira que não é a valoração subjetiva do livre-arbítrio analisado, mas as valorações objetivas das exigências que permitem aceitar a existência de um livre-arbítrio³⁹.

O sexto ponto são as situações de fronteira entre a inimputabilidade e imputabilidade. Nesse sentido, a definição de anomalia, conforme já descrita, foi criada de forma abrangente desde o projeto da parte geral, justo pela dificuldade de classificá-la. Além de normativamente⁴⁰ dificultoso⁴¹, psiquiatricamente há divergências de perturbações mentais, v.g., encontradas nas perturbações da personalidade⁴².

³⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal* (cit.), p. 195.

³⁶ Na prática, havendo inimputabilidade, há perigosidade; a situação de perigosidade é afirmada em direta correlação com a patologia de que o arguido é portador; a posição do perito é em geral seguida pelo decisor. O conceito de imputabilidade diminuída é convocado raramente, e quando o perito avança com um parecer no sentido da imputabilidade diminuída, o julgador por regra não decide pela inimputabilidade. Nesses casos, o julgador opta: a) pela imputabilidade diminuída com diminuição da pena; b) pela imputabilidade diminuída, com aumento da pena. c) pela imputabilidade diminuída, que vem excluir a qualificação do crime; d) pela imputabilidade, mas com atenuantes ao nível da culpa que vem diminuir a pena, e) face às incertezas do perito, pela imputabilidade sem atenuantes ao nível da culpa. A respeito da perigosidade percebe-se que surgem não só os condicionalismos inerentes ao facto de os magistrados serem leigos nestas matérias, mas a responsabilidade perante a comunidade e o facto de estarem sujeitos a elevadas pressões externas, como interfaces que são entre o Estado – poder judicial – e essa mesma comunicabilidade. (Fernandes, Diana Isabel Mota, *Entre Themis e Asclépio Um estudo da inimputabilidade jurídico-penal português*, Coimbra, 2012 (Orig. tese de mestrado em sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2012), p. 44, 60-80).

³⁷ Nesse sentido, observar a construção da Professora Doutora Maria João Antunes sobre facto desencadeador e do facto pressuposto que descreve sobre a medida de segurança no facto gerador típico ou ilícito-típico (Antunes, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e facto de Inimputável em razão da anomalia*, Dissertação de doutoramento em Ciências jurídico-criminais pela faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2002). Como também, observar a construção de perigosidade do inimputável não na relação do facto-anomalia, mas anomalia pós-facto da Professora Doutora Cristina Líbano Monteiro (Monteiro, Cristina Líbano, *Perigosidade de Inimputáveis e «in dubio pro reo»*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997).

³⁸ Nesse sentido Fernanda Palma que não encontra o livre-arbítrio nos fins de legitimidade da punição. Com isso, descreve o princípio da desculpa que se liga ao reconhecimento da falibilidade humana e impõe que nos casos de um facto ilícito é necessário verificar se o agente dispôs de alguma oportunidade de escolher alternativas de ação, ou se o fato foi determinado pela sua estrutura ético-valorativa, característica da existência de uma pessoa moral. (Palma, Fernanda, *O princípio da Desculpa no Direito Penal*, Coimbra/PT: Almedina, 2005, p. 264, 64, 82 e ss, 126 e 192).

³⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 70-1.

⁴⁰ Na jurisprudência italiana, v.g, houve fixação obrigatória da *Suprema Corte di Cassazione Italiana* no sentido da inclusa das perturbações da personalidade no âmbito da inimputabilidade. (Costa, Joana, “A

O sétimo ponto aborda ainda as situações de fronteira entre a inimputabilidade e imputabilidade. Se a imputabilidade diminuída é a presença de uma anomalia que diminui o avaliar ou o determinar (motivar de acordo com a norma), os casos de diminuição de culpa podem não ser atenuados – e até podem ser agravados –, porque o seu sentido normativo se limita às hipóteses de importância ou de sensibilidade desta diminuição⁴³. Ou seja, existem tipos penais que, mesmo havendo uma inimputabilidade diminuída, agravam a conduta criminosa, sendo a capacidade de motivar pela norma insuscetível.

A inimputabilidade na questão de avaliar e determinar, dentro da culpa da capacidade do agente para se motivar de acordo com a norma, mostra a sua discrepância também com os crimes passionais. A falta de uma comprovação tanto do livre-arbítrio relacionado à culpa, quanto à questão da inconsciência de alguns casos dos crimes passionais, como também à aplicação de tipos relacionados com os passionais que agravam tal conduta, mesmo com a menor culpa, demonstram que toda essa relação é incompreensível no âmbito do Direito Penal, como mais adiante será demonstrado, precisando recorrer à outra dogmática jurídica.

relevância Jurídico-Penal das Perturbações da personalidade no contexto da inimputabilidade”, *Julgar*, nº 15, 2011).

⁴¹ Sobre dúvida nas perícias: seguindo uma crítica a inversão do ônus da prova e descrevendo um sistema semelhante ao *in dubio pro reo* (Almeida, Carlota Pizarro de, *Modelos de Inimputabilidade* (cit.), p. 57-58-59-60), seguindo sobre a impossibilidade do juiz aplicar uma pena, porque esta é condicionada pela afirmação da culpa (Beleza, José dos Santos, “Imputabilidade Penal Noções Jurídicas Sumárias”, *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano v, nº 1 a 5, Coimbra, 1950, p. 29) e seguindo a lei brasileira, deve-se haver a aplicação direta do *in dubio pro reo* (Art. 386. Do Código de Processo Penal: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência).

⁴² Assumindo a noção e normatividade na passagem de uma personalidade normal a uma personalidade perturbada, a OMS define a perturbação da personalidade como um conjunto de modalidades de comportamento persistentes e duradouras que consistem em relações pessoais e sociais inflexíveis a situações de natureza muito variada. Representam extremos ou desvio significativos das percepções, pensamentos, sentimentos e, especialmente das relações com os outros em relação aos de indivíduo médio numa determinada cultura. De modo semelhante, o DSM-5 define as perturbações da personalidade como um conjunto de perturbações mais caracterizadas por padrões mal adaptativos de comportamento, cognições e experiências internas que, em diversos contextos, se revelam desviantes das expectativas de uma dada cultura. Há três grupos de perturbação da personalidade: o primeiro inclui paranoide, esquizoide, esquizotípica e corresponde genericamente a indivíduos excêntricos ou estranhos. No segundo, é composto pela personalidade antissocial, borderline, histriônica e narcísica, os indivíduos apresentam-se como dramáticos, imprevisíveis ou impulsivos. O terceiro inclui a personalidade evitante, dependente e obsessivo-compulsiva, abrangendo um grupo de indivíduos ansiosos ou receosos. (Lucas, Rui Freire/ Saraiva, Carlos Braz, “Perturbações de personalidade”, *In Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa: LIDEL, 2014, p. 532, p. 425-6).

⁴³ Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal* (cit.), 2009, p. 224-5.

1.3 INIMPUTABILIDADE COMO PARADIGMA COMPREENSIVO.

Antes de descrever o paradigma compreensivo, precisamos entender em qual construção de culpa ele se encontra. Divergindo da construção normativa de culpa, a inimputabilidade, a culpa e o Direito Penal partem para uma outra fundamentação: saem de um pensamento de determinismo ou indeterminismo para um novo conceito, o qual não mais se busca no livre-arbítrio, mas, em primeiro lugar, na liberdade do homem que age.

O Direito Penal aqui tem como pressuposto a proteção do bem jurídico e dos valores fundamentais da comunidade social, a fim de proporcionar as condições indispensáveis ao livre desenvolvimento e à realização da personalidade ética do homem. Sua intervenção é realizada para a proteção do bem jurídico, limitando-se pela aplicação do princípio da culpa, ao ponto de ponderar entre a necessidade irrenunciável da defesa da liberdade da pessoa com o interesse eticamente relevante da sociedade, pressupondo seu esclarecimento dentro da liberdade do homem que age⁴⁴.

Entretanto, que liberdade é esta? Liberdade é a possibilidade de característica irrenunciável do ser humano ou do ser-pessoa. É aquela que vai ao encontro do ato singular determinado pelo “eu” ou “pela personalidade do homem que atua”, no qual ela se considera emanação ou expressão daquele eu ou da personalidade. O homem tem liberdade de escolher e, assim, escolhe; o ser livre é a sua decisão e sua ação, mesmo com a presença de uma anormalidade.

A liberdade vem cobrir a mais radical e originária das realidades: o existir humano, abrindo-se à sua investigação um novo campo de possibilidades: o da essência da liberdade se cobrir com a peculiaridade irreduzível do ser-homem, o de constituir-se, afinal, na originalidade de um modo de ser próprio que, como fundamento oculto, exprime-se no homem e na sua obra⁴⁵.

O homem, na sua formação, torna-se real no seu existir como homem socializado, como unidade que ele objetiva de si, e o mundo subjetiva dele. Sua essência encontra-se justaposta no cumprir agindo perante a sociedade, sendo, assim, seu completo existir⁴⁶. O

⁴⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 17-8.

⁴⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 118-36.

⁴⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 138-9.

homem só existe por completo interagindo na sociedade, e sua interação é sua real liberdade, sua liberdade concreta e pessoal.

Somos livres e existimos, então, pela concreta interação social, na medida em que o homem é dependente de si próprio, em que possui a si mesmo e, nesta relação consigo mesmo, encontra o fundamento bastante do seu ser e do seu comportamento. Só que esta concreta liberdade positiva implica sempre em condicionamentos, obstáculos, resistências e é sempre oposição, liberdade negativa; encontra-se sempre nas interações do homem que é, ao mesmo tempo, condicionado e não condicionado no mundo e por sobre o mundo, ente contingente e não contingente⁴⁷.

Senão só isso, mas o “homem não está aí” pura e simplesmente como as coisas, não se desenvolve meramente como tudo o que vive; antes o “homem é aí”, tem que ser, é para si próprio uma tarefa absoluta que tem de cumprir. Nesse sentido, o homem dá-se a si mesmo a sua própria decisão⁴⁸. E, por estar, age na sociedade, na relação entre os homens, dando-se sentido através da elevação de um motivo possível a um motivo real e determinante, valoradamente preferencial para o existir, para o homem que age na sua autorrealização.

A ação concreta não é verificada na questão do livre-arbítrio e do mero efeito determinante, endógeno ou exógeno, longe de um poder agir de outra maneira, de uma consciência do ilícito, de uma motivação da norma ou de uma vontade referida ao caráter, mas perto de uma ação movida na sua construção do existir do homem, do homem livre, daquele que age, pois o existir se determina quando a si mesmo cria na ação. A ação – aqui – é o existir livre, é o existir com os outros.

A realização do ser-livre é alcançada com os outros, entre suas inúmeras possibilidades. A personalidade e a pessoa, por sua vez, são o puro efeito da liberdade essencial, são o comportamento através do qual o ser-livre se realiza no mundo e, através delas, fundamentam o fato com fato de uma pessoa, sendo que a pessoa e o seu fato são a mesma coisa

Assim, a eleição de uma ação concreta tem que ser reconduzida à decisão prévia que a fundamenta e que se cumpre no próprio ato, através da qual o homem decide sobre si mesmo, criando o seu próprio ser, afirmando a sua própria essência, de tal sorte que, aquilo

⁴⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 144-5.

⁴⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 146-147

que é do ponto de vista do existir, a liberdade de decisão existencial é a opção fundamental pela sua própria conformação, pelo seu modo fundamental de vida: a liberdade daquele que tem de agir daquela forma porque é como é⁴⁹.

Se a ação é determinada pelo motivo e pelo sentido nele contido, o motivo é determinado no contexto da decisão existencial do homem sobre si mesmo. Nisto, até mesmo o inimputável⁵⁰ e reconhecido como ser-livre: ser-livre, ainda que de forma modificada, devido ao seu existir animicamente doente ou anômalo. Ora, o homem é enquanto age; é o existir se autoconformando e autorrealizando-se, é o ser-livre possibilitado através do ser-num-mundo e para-um-mundo, e este mundo será justamente – e tão-só aqui – se for na autoexecução do existir, ou seja, segundo o ser-livre. Por isso, mesmo os considerados anormais podem ser considerados pessoas livres.

Em relação à responsabilidade, ela é a mediadora entre aquele homem livre e a culpa. Exprimindo melhor⁵¹: a responsabilidade do homem é responder pelos seus comportamentos no fundamento do seu existir, cuja existência é o ser-livre. Esta responsabilidade constitui-se em culpa quando o existir (e o seu ser-livre), no comportamento que fundamenta, infringe ou viola determinações que o envolvem como seu dever-ser e que, como tal, pertencem já ao seu próprio ser.

Torna-se claro que a culpa é a própria autoria ou a participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser. Vale dizer, culpa⁵² é o existir que se dá no homem na decisão ou na afirmação da sua própria essência e, nesse sentido, como culpa existencial, essencial ou ética. Ao fato disso, há exigências do dever-ser que se fazem ao homem, derivando das características de um modo-de-ser do existir.

As exigências do direito estão contidas no dever-ser ético-existencial realizado, desenvolvido e promovido no ser-livre de todos. Elas são referidas concretamente e de maneira limitada nos específicos bens e nos valores protegidos pela comunidade através de normas jurídicas; de qualquer forma, os bens e os valores participam da própria essência

⁴⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 147-148.

⁵⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 150-151.

⁵¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 150-153.

⁵² Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 150-3

do dever-ser ético-existencial e, nessa medida, valem objetivamente para o homem no seu concreto existir⁵³.

A culpa jurídica, logo, é só uma particular perspectiva da culpa ético-existencial e nela se trata da violação pelo homem do dever de conformar o seu existir de forma que, na sua atuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos. A sua violação se constitui ao fato penalmente relevante.

Entretanto, há dois sentidos importantes⁵⁴ quando o direito penal é violado. O primeiro é que o direito penal parte da exterioridade para a interioridade quando trata de aplicar as suas sanções; parte da verificação de uma conduta humana ter levado ou posto em perigo determinado bem protegido. Depois averigua a possibilidade de imputação de tal conduta à pessoa do agente e, eventualmente, de avaliação da personalidade atualizada no fato.

O segundo é que a liberdade pessoal, que é fundamento irrenunciável de toda a culpa, só se realiza na ação concreta, no fazer ou no omitir concretos, pelo que nem teria sentido procurar uma culpa jurídico-penal que não se ancorasse em um comportamento concreto, em uma ação ou omissão socialmente relevante. Sendo assim, nessa construção de culpa, seu conceito ultrapassa o plano do puro fato e penetra na pessoa do agente.

Por que razão? A liberdade existencial que a esta pertence e que fundamenta a culpa realiza-se também na ação concreta, transmudando-se de liberdade existencial da pessoa, em liberdade ôntica da sua ação. Simplesmente é seguro que a liberdade existencial se furta por completo à apreciação de terceiros: é para eles completamente indiscernível. É possível compreendermos que a liberdade existe na pessoa – mais que a constituir –, que preside seu fato e o fundamenta, mas não podemos controlá-la, medi-la ou verificá-la. Se, por conseguinte, na elaboração do conceito de culpa jurídico-penal não quisermos ultrapassar o plano do puro fato, o que nos fica na mão é apenas o comportamento na sua objetividade externa⁵⁵.

Logo, a culpa jurídico-penal é materialmente ter que responder pela personalidade que fundamenta um fato ilícito-típico. Sem dúvida, sua censurabilidade acaba ligando a um dever de responder às exigências éticas que faz o direito à personalidade do agente, como

⁵³ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 158-9

⁵⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 159-65.

⁵⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 159-65.

faz a moral e qualquer outro ordenamento normativo. Disso, retira-se que o ser-livre recebe a culpa na sua existência, e as normas de valor possibilitam a máxima realização do livre-arbítrio sem infringir as normais penais, podendo assim o direito legitimar a exigência mínima da personalidade do homem⁵⁶.

Se a culpa é responder à personalidade por um fato ilícito-típico, e a censura é um dever por responder às exigências éticas, a imputabilidade, finalmente, acaba sendo, sempre e sem outra dúvida, a compreensão da personalidade na sua estrutura total pelo fato ilícito-típico censurado, e não compreensão do fato do autor.

Em relação à inimputabilidade na teoria de Figueiredo Dias⁵⁷, uma causa de exclusão de culpa não altera o próprio existir do ser que permanece intocável ou não destruído pela anomalia mental. A inimputabilidade modifica a personalidade, mas não o interrompe, porque não atinge, mesmo nos casos mais graves, a pessoa do doente (a sua estrutura ou princípio pessoal, o seu ser-livre que conforma a personalidade).

Por outras palavras, a anomalia psíquica, em todos os casos e nos mais graves, nas doenças mentais ou psicoses e nas mais anômalas perturbações da atividade anímica, torna a total personalidade completamente invisível à compreensão. Com isso, impossibilita a compreensão da personalidade que se exprimiu no fato que juridicamente é censurado, ocultando a pessoa, impedindo sua compreensão perante o outro, impossibilitando o julgador de compreender como fato de uma pessoa e, conseqüentemente, de emitir qualquer juízo de valor sobre a personalidade que nele se exprime. De mesma forma, o juiz não poderá determinar a existência de qualquer deformação entre a personalidade que naquele se exprime e a suposta pela ordem jurídica⁵⁸.

A compreensão é ato ou efeito que deve ser entendido como apreensão de um sentido e, nessa medida, a relação de certo conteúdo com um valor. Isto não significa um significado próprio, distinto *do* e *sobreposto* ao ser, antes ele mesmo é, simultaneamente, relativo ao ser e ao valor, tornando-se para os entes naquilo que os faz apreensíveis e compreensíveis. Claramente, o que está sendo compreensivo é a personalidade que se

⁵⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 176-7.

⁵⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 185-6.

⁵⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 189.

expressiu no fato e de nenhuma maneira a compreensibilidade da anomalia psíquica que ela porventura traz consigo ou da pessoa dissociada ou afastada⁵⁹.

Assim sendo, o que é afetado é a personalidade perante a anomalia e não a pessoa segundo a sua existência. Ao passo que, quando tal compreensão for impossível, só ficando lugar para uma compreensão subjetiva de parcelas da personalidade ou para uma explicação causal, o juízo de culpa não poderá efetivar-se, porque se está perante um inimputável. Entretanto, já não será isento de culpa, quando houver uma tendência inveterada para o crime ou com um insuficiente desenvolvimento espiritual, ou moral, ou com o condicionalismo derivado da influência perniciosa do meio em que o agente vive⁶⁰.

Em todo caso, vale que só a anomalia modifica a personalidade e torna o ser-livre incompreensível. Melhor descrito⁶¹: só a anomalia psíquica – a enfermidade mental em sentido amplo – destrói a conexão objetiva do sentido da atuação do agente e, portanto, a possibilidade de compreender a sua personalidade manifestada no fato. Desta forma, a teoria da imputabilidade possui um sentido próprio, tendo autonomia do conceito material da culpa.

Nisso, ao buscarmos o limite da inimputabilidade, vemos que ele deve ser um plano totalmente diferente do da perda de *liberum-arbitrium* e devemos buscar o entendimento disso no plano biopsicológico da inimputabilidade. Só haverá de acentuar-se a possibilidade de compreensão quando vemos que a essência e o limite da imputabilidade se referem à personalidade que fundamenta certo fato. Também, da nossa perspectiva, a imputabilidade deve ser avaliada a certo ilícito-típico e ao momento em que este foi praticado.

Dentro deste limite, encontra-se a imputabilidade diminuída. Todavia tal nomenclatura é desnecessária aqui, pois não se trata de uma diminuição da imputabilidade de um grau menor, mas dos casos de imputabilidade duvidosa, no particular sentido de que neles se comprova a existência efetiva de uma anomalia psíquica. Enquanto as qualidades de uma imputabilidade diminuída ser traduzida em termos éticos-jurídicos e elas acentuarem a desconformação entre a personalidade do agente e a personalidade suposta

⁵⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 190-1.

⁶⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 193-4.

⁶¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 192-6.

pela ordem jurídica, a imputabilidade diminuída agrava a sua culpa e, por conseguinte, também a sua pena⁶².

Portanto, podemos perceber que a anomalia psíquica destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos deste podem porventura ser explicados, mas não podem ser compreendidos como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade. No passo que anomalia psíquica⁶³ pode ser compreendida, para o autor, em quatro separações: a primeira com as psicoses, a segunda com as oligofrenias, a terceira com as psicopatias, as neuroses, as anomalias sexuais e a quarta com as perturbações profundas da consciência.

As psicoses são divididas em psicoses exógenas e endógenas; as oligofrenias são fraquezas intelectuais, idiotia, imbecilidade e debilidade mental; as psicopatias são peculiaridades do carácter devidas à própria disposição natural que afetam de forma sensível a capacidade de levar uma vida social ou de comunicação normal. Por sua vez, as neuroses são anomalias de comportamento adquirido que se apresentam como reações anômalas episódicas e são susceptíveis de tratamento⁶⁴.

As anomalias sexuais são desvios sexuais elevados (hipersexualidade) ou diminuídos (hipo-sexualidade). Por fim, as perturbações profundas da consciência são estados anômalos, sejam de longa ou curta duração, durante os quais se encontram

⁶² Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 198-200.

⁶³ No estudo psiquiátrico (na construção filosófica, observar nota 34), trata-se o exame psiquiátrico do esclarecimento do sistema legal, através da resposta aos quesitos do Tribunal ou da entidade requisitante. Para tal, é essencial uma recolha cuidadosa de dados, com recurso à entrevista do indivíduo em caso da consulta de documentos e peças do processo judicial e de exames complementares de diagnóstico (entrevista a familiares, avaliações psicológicas, exames imagiológicos). Além disso, alguns cuidados são necessários na relação com o observando. Ao iniciar uma entrevista pericial, deve o psiquiatra, no seu papel do perito, questionar o examinando acerca do motivo da sua vinda ao exame e esclarecê-lo no caso de uma resposta negativa. Deve ainda clarificar sobre a não-confidencialidade da entrevista, confirmando o consentimento do examinando. O relatório pericial psiquiátrico, tal como os restantes relatórios médico-legais, deve seguir a estrutura aconselhada, contendo as seguintes partes: identificação do perito, do organismo a quem vai dirigido; número de processo e identificação do avaliado, identificação do pedido, do quesito, ou objetivo da perícia, história do caso ou história clínica sumária, exame do estado mental, entrevistas subsidiárias, exames complementares de diagnóstico, discussão e conclusões. O relatório deve conter dados objetivos, bem sistematizados, numa linguagem simples e acessível a não-técnicos de saúde mental, definindo os conceitos a que recorre e apresentando conclusões bem fundamentadas. Na escrita do relatório, o médico psiquiatra tem, então, a difícil tarefa de ultrapassar as limitações advindas de duas linguagens diferentes: a do Direito como ciência normativa que estabelece “o que deve ser” e a da Psiquiatria como ciência empírica, preocupa-se com o que é. Dentre os princípios gerais que regem a realização do referido documento, assumem particular importância aqueles que nos previnem o que não se deve fazer. (Mendes, Eva / Temócio, José / Cabral, Ana Sofia, “Aspetos médico-legais em Psiquiatria”, in *Psiquiatra fundamental*, Saraiva, Carlos Braz E Joaquim (Autor) Joaquim Cerejeira (Autor) Edição em Português, Lidel: Edições Técnicas, Ltda, 2016, p. 509).

⁶⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 575-8.

profundamente perturbadas as relações entre a consciência de si mesmo e a do mundo exterior ou da “estrutura psíquica” do agente. Elas não são em si patológicas (natureza fisiológica ou psicológica), mas podem ser consideradas dessa natureza devido à profunda perturbação⁶⁵.

Vejam bem, nesse último caso, a separação de uma perturbação profunda – para a classificação de Jorge de Figueiredo Dias – e, sucessivamente, de uma inimputabilidade é verificada, mesmo na inimputabilidade compreensiva, em uma questão ética-jurídica, acentuando naquela desconformada perturbação.

Será visto, por isso, no próximo capítulo, o limite da inimputabilidade⁶⁶ penal nos casos de homicídio no crime passional, analisado como uma questão do ser e, também, na maneira de ele ser avaliado como ação supostamente inconsciente. Tudo isso, socialmente construído em cada momento específico da história.

⁶⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 575-8.

⁶⁶. Para o autor, apesar de algumas mudanças de pensamento ao longo do tempo, a relação de afeto não é um estado psicológico, mas a qualidade ética da personalidade total em que ele ancora. Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 208, 247, 270.

2 CRIMES PASSIONAIS.

Buscarmos uma única definição dos crimes passionais, correta e imodificável, independentemente da ciência que se trabalha, é praticamente impossível. Poderíamos trabalhar com uma nomenclatura determinista dos sentimentos, que se envolve com a neurociência⁶⁷, com as criminologias ou com outras ciências que estudam o ser, por exemplo. Ou, então, poderíamos trabalhar com conceitos de emoções mais abrangentes como os da psicologia que vê a emoção como algo cultural, social ou do próprio indivíduo⁶⁸.

Em todo esse aglomerado de estudos sobre o fundamento do crime passional no âmbito jurídico e nas ciências auxiliares do Direito Penal, saímos do pressuposto que a verdade sobre o dogma passional está circularmente ligada ao sistema de poder, que a produz e a apoia, através do discurso⁶⁹, construindo um “regime da verdade”⁷⁰. De melhor

⁶⁷ Damásio, Antônio, *O erro de Descartes – Emoção, razão e cérebro humano*, 23.^a ed., Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.

⁶⁸ Strongman, Kenneth T., *A psicologia da emoção*, Uma perspectiva sobre as Teorias da Emoção, 2 ed., Lisboa/PT: Climepsi Editores, 2004.

⁶⁹ A linguagem aqui, realizada no discurso, não vai ser estudada em seu âmbito de capacidade de eficiência comunicacional, mas podemos descrever que um termo ou expressão linguística é claro ou não claro, determinado ou indeterminado sempre para alguém, numa certa situação e em ordem a um certo objetivo de compreensão. A determinação linguística de um texto para um sujeito dependerá da sua interrogação concreta, do seu concreto problema de compreensão e virá em último termo a decidir-se em função da referência situacional desse problema em função do referido mundo circunstancial relativamente ao que se interroga o sentido. Ou seja, ao sentido potencial substitui o sentido atual – o sentido problemático concretamente constituído ou o sentido que, embora no quadro virtual daquele primeiro, será determinado em ordem e pela mediação do caso concreta situação existencial que problemáticamente a solicita. (Neves, A. Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 21-22). No mesmo modo, se as línguas são fenómenos sócio-culturais de comunicação cujos elementos expressivos (ou sinais linguísticos) vem constituída a sua significação pelo uso (a prática social de comunicação com as suas regras próprias de determinação significativa) desses elementos, estão, já para isso, conjugado com a assimetria entre a expressão significante (com as suas possibilidades limitadas) e a realidade significada (com a experiencia transfinita que oferece), se sabe que a intensão dos sentidos linguísticos (*i. é.*, conteúdo significativo que intencionalmente lhes corresponde) é uma variável contextualmente dependente, que o seu sentido intencional só poderá determinar-se em função dos contextos de significação que o convoquem. Ambiguidade da palavra deque não dispensa um ato (seja porventura pré-reflexivo) de determinação contextual e funcionalmente justificado (Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – *Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 116-117).

⁷⁰ Foucault, Michel, *Microfísica do Poder*, Organização, Introdução e revisão Técnica de Roberto Machado, p. 13-17. Já adiantando, percebemos que a construção do ser não é uma verdade única, mas, sim, uma verdade que se constrói com o poder e, por isso, a descoberta de Freud é a formação progressiva (e também as transformações) do jogo da verdade e do sexo, que o século XIX nos levou a crer e do qual nada prova. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I. A vontade de saber*, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 13.^a ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 55-7).

forma, o crime passional está relacionado com aglomerados de ciências que, devido ao poder, tornam certos conceitos verdadeiros.

Para melhor exemplificar o que será demonstrado em cada época que dominou o crime passional na história, precisamos entender o pilar que assim o definia, o que aqui se descreve como poder. Vejamos bem, o poder deve ser compreendido nas diversas relações de forças inseparáveis a um domínio que, ao mesmo tempo, tais forças ali exercem e também compõem a organização de si mesmas (as forças a si mesmas constituem-se)⁷¹.

O poder é aquilo que força e também forma um certo conhecimento. Este conhecimento, através de ações e confronto com outros conhecimentos, transforma, reforça e inverte a si mesmo. Se diversas correlações de forças se relacionam, formam uma cadeia ou sistema. Se elas, ao contrário, se desfazem e se contradizem, elas se isolam entre si. Ainda mais: o poder age com estratégias que originam em si próprio mais poder. O poder toma corpo nos aparelhos estatais, na formação da lei, nas hegemonias sociais como esboço geral ou concentração institucional das estratégias⁷².

A condição de possibilidade de poder⁷³ é encontrada no suporte móvel das correlações de força que, devido à desigualdade, induzem continuamente estados de poder localizados e instáveis. Em todo caso, isto permite tornar a sua ação exercício de poder, compreendido pela inteligência, pela razão das pessoas, como também os mecanismos do poder serem entendidos no campo social. O poder não é uma instituição nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados, é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada⁷⁴.

⁷¹ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I.* (cit.), p. 88-9.

⁷² Foucault, Michel, *História da Sexualidade I.* (cit.), p. 88-9.

⁷³ Este poder e saber realizado na sexualidade da mulher, para Pierre Bourdieu, é feita através do controle do homem. Constituída como poder simbólico, o controle do homem é realizado pela consciência cognoscente, espontânea e extorquida. Ou seja, a força simbólica é uma forma de poder que se exerce sobre os corpos e sem qualquer coação física; mas só atua com o apoio de predisposições, compreendidas através dos efeitos duradouros da ordem social sobre as mulheres e os homens. Ele não se restringe a mulher e cria regras e limites para o dominante e o dominado. O que já construído socialmente por este poder acaba não sendo necessário qualquer justificação para sua realização. As maneiras de pensar, agir, falar demonstram como tal poder funciona no esquema de percepção do pensamento e da ação. Assume, também, a forma de esquemas como admirar, respeitar, amar o próximo. Criam ordem e ritos de instituição e de passagem, impõem e inculcam as medidas de vestimenta, comportamento. A ordem social acaba sendo uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual atribui toda uma divisão social. Entre elas, determinando o local de trabalho da mulher como em casa, a ou proibindo (ou restringindo) certos trabalhos como a política, as universidades, a área médica. (Bourdieu, Pierre, *A dominação masculina*, 2. Ed Tradução: Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, 160p, p. 36-53).

⁷⁴ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I.* (cit.), pg. 89.

Para deixar mais claro, alguns quesitos podem ser exemplificados: as relações de poder são inseparáveis de outros tipos de relações (processos econômicos, relações de conhecimentos, relações sexuais); elas são os efeitos imediatos e as condições internas das partilhas, desigualdades e desequilíbrios que se produzem nas relações de poder que são intencionais e não subjetivas. Elas têm suporte e amplo efeito de divisão nas correlações de forças múltiplas que se formam e atuam nos aparelhos de produção, nas famílias, nos grupos restritos e nas instituições.

O poder se exerce a partir de relações desiguais e móveis, a partir de uma série de miras e objetivos e que, ao mesmo tempo, sempre sofre resistência no seu interior. Sua racionalidade é aquela das táticas, muitas vezes bem explícitas no nível limitado em que se inscrevem e que esboçam dispositivos de conjunto. Não são tiranos, hipócritas ou qualquer pessoa individual; nos dispositivos de conjunto é que se encontra sua razão⁷⁵.

O dispositivo em que *onde, como e quando* se encontra o poder é um conjunto⁷⁶ heterogêneo que engloba discursos⁷⁷, instituições⁷⁸, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis⁷⁹, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições

⁷⁵ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I*. (cit.), p. 90-3.

⁷⁶ Foucault, Michel, *Microfísica do Poder* (cit.), p. 139-40.

⁷⁷ O discurso na relação do sexo tem quatro regras prescritivas: o domínio da sexualidade pertence conhecimento científico o qual as exigências do poder fizeram pensar no mecanismo de proibição. Se a sexualidade se constituiu como domínio a conhecer, foi a partir de relações de poder que a instituíram como objeto possível; em troca, só o poder pode tomá-la, como alvo, foi porque se tornou possível investir sobre ela através de técnicas de saber e de procedimentos discursivos. Não se procura quem tem o poder na ordem da sexualidade e quem é privado de poder, mas busca o que das modificações que as correlações de forças implicam através de seu próprio jogo. Nenhum foco local, nenhum esquema de transformação poderia funcionar se, através de uma série de encadeamento sucessivo, se enraizasse, no final das contas, em uma estratégia global. E nenhuma estratégia poderia proporcionar efeitos globais a não ser apoiada em relações precisas e tênues que lhe servissem, não de aplicação e consequência, mas de suporte e ponto de fixação. O que se diz sobre o sexo não deve ser analisado como simples tela de projeção desses mecanismos de poder. É justamente no discurso que vem a se articular poder e saber. E, por essa mesma razão, deve-se conceber o discurso como uma série de segmentos descontínuos, cuja função tática não é uniforme nem estável. Mais precisamente, não se deve imaginar um mundo do discurso dividido entre o discurso admitido, o discurso excluído ou entre o discurso dominante e o dominado, mas, ao contrário, como uma multiplicidade de elementos discursivos que podem entrar em estratégias diferentes (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I*. (cit.), p. 93-5).

⁷⁸ Nesse caso, podemos descrever as instituições legislativas e judiciárias e, principalmente, descrever tais instituições na seleção do crime, conforme descrito in Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Consta., *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 386-90. Como também ora já descrito, descrever que estas instituições tornam corpo do poder, formando leis e regulamentos, assim, criando mais um dispositivo de poder.

⁷⁹ Nas leis, podemos dizer que ela é um dispositivo de poder, mas não é meramente aplicado no molde de interpretação jurídica do iluminismo. Ela pode ser considerada em uma fase problemática quando o texto legal compõe o significado e limite das possibilidades de o aplicador da lei interpretar a norma, já em uma pré-compreensão dada pelo legislativo. (Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 188-190.) Como também podemos dizer que a linguagem jurídica vista nas leis é só possível entender pela

filosóficas, morais e filantrópicas. O poder pode também relacionar outros dispositivos, como os discursos com programas de uma instituição ou, ao contrário, como elemento que permite justificar e mascarar uma prática que permanece muda; pode ainda funcionar como reinterpretação dessa prática, dando-lhe acesso a um novo campo de racionalidade, ou, então, um tipo de formação que, em um determinado momento histórico, teve como função principal responder a uma urgência.

Na questão da sexualidade, aspecto fundamental no tema desta dissertação, quando se fala do poder, ele não pode ser compreendido como alguma propriedade natural e inerte ao próprio sexo, mas enquanto dispositivo histórico em que a rede de superfície da formação dos conhecimentos e o reforço dos controles e das resistências, através dos discursos, encadeiam-se uns aos outros, segundo estratégias de saber e de poder. Entre o saber e o poder do sexo, podemos descrever a historização da mulher, a pedagogização do sexo da criança, a socialização das condutas de procriação e a psicologização do prazer perverso⁸⁰.

Junto a outros poderes, o saber do crime passional foi construído em cada momento histórico, uma atenuação do homicídio cometido pelo homem à mulher, e que será demonstrado a seguir. Com base nos dispositivos de poder, criaram-se verdades que aceitavam a superioridade do homem e, respectivamente, certas benevolências para o mesmo. Cada etapa histórica não traz um momento fixo de mudanças no mundo das relações passionais. Assim sendo, há ainda construções que podem estar vigentes em certos locais, tais como etapas anteriores à Revolução Francesa, durante a Revolução e até o presente.

inserção dos seus enunciados no contexto social (sócio-histórico-cultura) e mediante uma leitura deles em função prática-hermenêutica desse contexto. E sendo assim, de forma mais clara, o teor verbal das leis, na sua função prática-comunicativa e de índole normativa é necessariamente de uma tal textura aberta (pensamento de Hart). Que tanto é dizer que na significação ou no conteúdo significativo das palavras e expressões legais terá de reconhecer-se uma irreduzível abertura semântica, pois que sendo tanto intencionalmente como extensionalmente indeterminadas, não é suscetível essa significação ou esse sentido de ser abstrata e absolutamente definido. E que há de considerar, ainda, no texto legal a relação entre o sinal linguístico e o seu sentido intencional (intenção), a relação entre o sinal linguístico e os objetos ou a classe desses objetos da sua aplicação (extensão) (Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal” (cit.), p. 38-40, 116-120).

⁸⁰ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 69,100.

2.1 PRIMEIRA FASE: DA SEXUALIDADE, DO PODER DE PUNIR, DA LOUCURA E DA TERMINOLOGIA DOS CRIMES PASSIONAIS.

Hoje pensamos nos crimes passionais como uma ação penalmente relevante e censurável cometida tanto pelo homem quanto pela mulher, mas, na história, os homicídios que aconteceram nas relações familiares sempre tiveram uma certa peculiaridade. Até século XVII, a terminologia crime passional não existia; a ação penal era benevolente para o homem: absolvição, se sua mulher cometia adultério.

No início da nossa construção civilizatória em que havia formações das tribos, o homem fazia a guerra, ia à caça e à pesca, obtinha a matéria-prima da alimentação e arranjava os instrumentos para tal necessidade. A mulher, por sua vez, tratava da casa e da confecção dos alimentos e vestuários: cozinhava, fiava e cosia. Os dois eram senhores no seu domínio: o homem na floresta, a mulher na casa⁸¹. A diferença de gênero criava-se “naturalmente”; não havia uma dominação construída em si pelo poder através da dialética, mas, a partir da época clássica, as diferenças de gêneros se intensificaram.

No século IV a.C, a dominação passou a virar um discurso a dialética⁸², que no âmbito social da época tornava a construção da sexualidade uma verdade, sustentada na

⁸¹ A mudança da desigualdade entre gênero só começou a se tornar possível, quando a mulher pôde em escala social, tomar parte na produção, através da indústria moderna, saindo, assim, do âmbito domiciliar. A primeira diferença de gênero surgiu com as tribos, e a grande divisão social do trabalho veio com a guerra. (Engels, Friedrich, *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, Tradução João Pedro Gomes. 2 ed. Lisboa: Avante!, 2002, p. 191-192. 195-199). Ou podemos seguir a construção de Pierre Bourdieu que descreve que a primeira divisão aconteceu com uma construção de diferença biológica. Dessa visão, construiu as verdades através de discurso (Bourdieu, Pierre, *A dominação masculina* (cit.), p. 25-50). Entretanto, se escrevêssemos a história da sexualidade em termos de repressão e referíssemos essa repressão à utilização da força de trabalho, seria necessário supor que os controles sexuais tivessem sido tanto mais intensos e cuidadosos quanto mais dirigidos às classes pobres; deve-se imaginar que tivessem seguido as linhas da maior dominação e da exploração mais sistemática: o homem adulto, jovem, possuindo somente sua força para viver, teria sido o alvo primeiro de uma sujeição destinada a deslocar as energias disponíveis do prazer inútil para o trabalho obrigatório. Ora, não parece que as coisas se tenham passado dessa forma. Ao contrário, as técnicas mais rigorosas foram formadas e, sobretudo, aplicadas em primeiro lugar com mais intensidade nas classes economicamente privilegiadas e politicamente dirigentes (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I*. (cit.) p. 113 e ss).

⁸² Dialética é compreendida aqui como uma categoria fundamental através da qual se pode pensar a conduta humana; ela caracteriza a maneira pela qual se conduz a própria existência, e permite fixar um conjunto de regras para a conduta: um modo de problematização do comportamento que se faz em função de uma natureza que é preciso preservar e à qual convém conformar-se. O regime é toda uma arte de viver. 1. O domínio que um regime convenientemente refletido deve cobrir é definido por uma lista que, com o tempo, assumiu um valor quase canônico. É a que se encontra no IV livro das Epidemias; ela compreende: "os exercícios (ponoi), os alimentos (sitia), as bebidas (pota), os sonos (hupnoi), as relações sexuais (aphrodisia)" — todas sendo coisas que devem ser "medidas" (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 92).

forma de arte erótica⁸³. Os gregos aceitavam mais facilmente os comportamentos sexuais do que os cristãos da Idade Média ou os europeus do período moderno. Entretanto, existiram pensadores, moralistas, filósofos e médicos que estimavam o que prescreviam ou interditavam as leis, tolerando ou refutando o costume geral. Eles reconheciam, na maneira de ter o prazer do sexo, um problema moral⁸⁴.

A reflexão moral dos gregos sobre o comportamento sexual procurou estilizar uma liberdade: o homem “livre”. Os gregos praticaram, aceitaram e valorizaram as relações entre homens e rapazes. Eles aceitavam que um homem casado procurasse prazer sexual fora do casamento, no entanto seus moralistas conceberam o princípio de uma vida matrimonial em que o marido só teria relação com a esposa⁸⁵.

O prazer sexual não era visto como um mal ou parte de um pecado, mas os médicos desenvolveram uma reflexão sobre os perigos de sua prática⁸⁶ desmesurada. O ato sexual era encarado como uma atividade que podia provocar consequências mais ou menos nefastas, por isso devia obedecer a uma economia mais ou menos restritiva, para um fim último de procriação, assegurando seu sucesso com a moralização do mesmo⁸⁷.

A mulher, nessa época, devia ser respeitada não como ser de si própria, mas porque ela estava sob o poder de outro homem. A mulher pertencia ao marido, este pertencia a si mesmo. Ao homem casado era proibido contrair outro casamento; nenhuma relação sexual lhe era proibida devido ao vínculo matrimonial que contraíra; o matrimônio

⁸³ Foucault, Michel, “Sexualidade e poder”, in *Ética, sexualidade, política*, 1 ed, Tradução Inês Austran Dourado Barbosa, Ditos e Escritos, v. 5, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 55-76, 62-3.

⁸⁴ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 36.

⁸⁵ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 36-7.

⁸⁶ A reflexão não consistia, quanto ao essencial, na análise dos diferentes efeitos patológicos da atividade sexual: ela também não procurava organizar esse comportamento como um campo onde se pudesse distinguir condutas normais e práticas anormais e patológicas. Sem dúvida esses temas não estavam totalmente ausentes. O cuidado principal dessa reflexão era definir o uso dos prazeres – suas condições favoráveis, sua prática útil e sua rarefação necessária – em função de uma certa maneira de ocupar-se do próprio corpo. A preocupação era muito mais “dietética” do que “terapêutica”: questão de regime, visando regular uma atividade reconhecida como importante para a saúde. A problematização médica do comportamento sexual fez-se menos a partir dos cuidados com a eliminação de suas formas patológicas do que a partir da vontade de integrá-lo o melhor possível à gestão da saúde e à vida do corpo. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade II. O uso dos prazeres*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 8 ed., Rio de Janeiro, Edições Graal, 1998, p. 89-90).

⁸⁷ Um pensador da época, Platão, insiste no fato de que tanto um como o outro esposo devem ter em mente (dianoisthai) que eles devem dar à cidade “as crianças mais belas e melhores possíveis”. Pode-se lembrar, a esse respeito, a notação que se encontra nos Problemas do pseudo-Aristóteles: se acontece tão frequentemente de os filhos dos humanos não se parecerem com seus pais é que estes – no momento do ato sexual – têm a alma agitada de vários modos em vez de só pensar no que fazem nesse instante. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade II* (cit.), p. 106-13).

não se ligava às atividades sexuais. Isso levava como consequência, na ordem jurídica, que o adultério não era uma ruptura do vínculo do casamento, mas sim, ele só se constituía como infração quando uma mulher casada tivesse relação com outro homem que não fosse seu esposo; foi o status matrimonial da mulher que permitiu definir uma relação como adultério, sem fidelidade recíproca⁸⁸.

O homem, enquanto casado, tinha que restringir seus prazeres (ou pelo menos seus parceiros) para dar provas de domínio de si na prática do poder sobre a mulher. Aliás, ser casado significava ser chefe de família, ter uma autoridade, exercer um poder que tinha na "casa" seu lugar de aplicação e, dentro desse quadro, manter as obrigações que tivessem efeitos sobre a reputação do cidadão. É por isso que a reflexão sobre o casamento e a boa conduta do marido estava regularmente associada a uma reflexão sobre a casa e a propriedade doméstica, principalmente, propriedade da sua mulher que estava sob seu poder⁸⁹.

Portanto, ter somente relação com o esposo era para a mulher uma consequência do fato de que ela estava sob o seu poder, e ter relação a não ser com sua esposa é, para o marido, a mais bela maneira de exercer seu poder sobre a mulher, sendo uma arte de governar e de se governar para ele e, para ela, diante do marido, uma arte de obedecer⁹⁰. Todos esses mecanismos sociais, as relações sexuais entre esposos, a forma que as relações deviam tomar, os gestos que nelas eram permitidos, o pudor que deviam respeitar como também a intensidade dos vínculos que elas manifestavam e encerravam, influenciaram o século I d.C. e, sucessivamente, a Idade Média e o nosso presente.

Por isso, da “construção natural” de diferença entre o homem do início da história do ser humano, chegamos à construção empírica da sexualidade do século IV a.C, discursando o homem como dominador da mulher, sistematizando uma arte de governar e de se governar, e a mulher uma arte de obedecer. As relações sexuais com todos seus mecanismos foram um elemento importante de reflexão na pastoral cristã e na reflexão moral do século IV d.C.

⁸⁸ Os moralistas emitem que um homem casado não poderia sentir-se livre para praticar os prazeres como se não fosse casado. Nicocles, no discurso que Isócrates lhe atribui, vangloria-se de que não somente ele governa com justiça seus próprios súditos, mas que, desde seu casamento, só teve relação sexual com a sua própria esposa. E Aristóteles prescrevera, na *Política*, que se considere como "uma ação desonrosa" as relações "do marido com uma outra mulher, ou da esposa com outro homem". (Foucault, Michel, *História da Sexualidade II* (cit.), p. 131-6).

⁸⁹ Chamado na época por *oikos* (Foucault, Michel, *História da Sexualidade II* (cit.), p. 217-20).

⁹⁰ Foucault, Michel, *História da Sexualidade II* (cit.), p. 131-48.

Em todo esse tempo, a relação que depois judicialmente englobaria a terminologia de crime passional, continuou em um mesmo pensamento: permissão de assassinar a mulher em caso de adultério. A lei das XII Tábuas, *v.g.*, datada certa de 450 a.C no Império Romano, a mais antiga lei escrita de que se tem conhecimento no mundo ocidental, já descrevia sobre o pátrio poder na Tábua IV⁹¹.

Em relação ao século IV, todos os elementos das relações sexuais formados nos discursos do século IV a.C, são analisados e aceitos como verdadeiros em uma nova ética, reduzindo a relação em um único parceiro sexual, o cônjuge; a sua atividade sexual será problematizada como um elemento essencial, decisivo e particularmente delicado de sua relação conjugal pessoal, centralizando todos os problemas em torno da mulher. Nela irão ser marcados os tempos fortes da reflexão moral sobre os prazeres sexuais, sob a forma do tema da virgindade, da conduta matrimonial, das relações de simetria e de reciprocidade entre os dois cônjuges⁹².

Se na época clássica⁹³ o casamento era visto como o ato no âmbito privado, nem na Grécia nem em Roma havia interesse público; ele era negócio de mercadoria entre dois chefes de família. A partir do século I d.C, o casamento começa a sair do âmbito privado e entra no âmbito público.

Em Roma, pode-se constatar um conjunto de medidas legislativas que marcava progressivamente o domínio da autoridade pública sobre a instituição matrimonial. A lei de *adulterii*⁹⁴, a Lei Júlia, de Augusto, é uma das manifestações desse fenômeno⁹⁵.

⁹¹ Carrilho, Fernanda, *A Lei das XII Tábuas*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 45.

⁹² Foucault, Michel, *História da Sexualidade II* (cit.), p. 217-20.

⁹³ No regime penal da idade clássica, podem-se encontrar, mescladas, quatro grandes formas de táticas punitivas: 1. Exilar, rechaçar, banir, expulsar para fora das fronteiras, interditar determinados lugares, destruir o lar, apagar o lugar de nascimento, confiscar os bens e as propriedades. 2. Organizar uma compensação, impor um resgate, converter o dano provocado em dívida a ser paga, converter o delito em obrigação financeira. 3. Expor, marcar, ferir, amputar, fazer uma cicatriz, deixar um sinal no rosto ou no ombro, impor uma diminuição artificial e visível, supliciar uma suma, apoderar-se do corpo e nele inscrever as marcas do poder. 4. Enclausurar. A detenção, os encarceramentos não fazem parte do sistema penal europeu antes das grandes reformas dos anos 1780-1820. Em todo caso, as reclusões praticadas durante os séculos XVII e XVIII permaneceram à margem do sistema penal, por mais que lhe fossem muito próximas, e que não deixassem de sê-lo cada vez mais. (Foucault, Michel, *Resumo dos Cursos de Collège de France*, Tradução Andréa Daher, 1970-1982, p. 28-9.).

⁹⁴ A lei fez parte de uma reforma de cunho moral e com fins políticos, iniciada por Augusto, após pôr fim às Guerras civis (31 a.C.). A reforma fazia parte de um projeto maior, com fins de reestruturar a política romana, legitimar uma nova forma de governo baseada em ideais dinásticos e, deste modo, efetivar a transição do regime republicano para o imperial. (Azevedo, Sarah Fernandes Lino de, “Sexualidade e política à época de Augusto: considerações acerca da Lei Julia sobre adultério”, in Campos, Carlos E. C: Candido, Maria Regina (org.). *Cesar Augustus: entre práticas e representações*, Vitória/Rio de Janeiro: DLL-UFES/UERJ-NEA, 2014, p. 239-55).

Mais uma vez a condenação com adultério somente cabia à mulher casada que mantivesse relação com outro homem casado ou não. A condenação era de exílio e de confisco de bens. O marido não podia matar a mulher de forma nenhuma, mas havia a possibilidade de uma “vingança” feita pelo pai. Se não matasse os dois, a filha e o adúltero, o pai era possível de ser acusado de assassinato. Além disso, a opção pela morte só se justificaria se os adúlteros fossem pegos em flagrante delito e dentro da casa do pai⁹⁶: mais uma vez o interesse privado da época indo para o interesse público⁹⁷.

Além do interesse público na relação sexual, surgia nos primeiros séculos de nossa era a “conjugalização” das relações sexuais⁹⁸. A natureza da relação sexual passa a ser excluída fora do casamento, criando, assim, uma construção que, se ocorresse a traição, a mulher perderia seu status social e obteria a vergonha de seu marido arranjar prazer com outra mulher e não com ela.

Antes o adultério era juridicamente condenado e moralmente reprovado porque era injusto para homem; a mulher era feita apenas para o homem, portanto seria um dano para o marido. Os preceitos conjugais colocaram uma fidelidade recíproca. Entretanto, criou-se a ideia de que a procura de outros prazeres pelo marido era um problema da mulher. Então, os prazeres exteriores do homem não seriam mais o efeito de superioridade estatutária, mas de uma certa fraqueza que o homem deve tentar limitar para salvaguardar a honra da mulher⁹⁹.

Com a intervenção do cristianismo durante o século IV d.C., a verdade que se produziu foi a monogamia, o casamento com a função exclusiva de reprodução e o prazer sexual em segundo plano. Vejamos bem, o cristianismo não criou todo um ideário de sexualidade; ele trouxe novas técnicas de poder e verdade para impor a moral cristã.

Nessa época, o dispositivo da sexualidade foi mecanismo de construção completamente novo da verdade: a pastoral¹⁰⁰, construída na existência de uma categoria de indivíduos totalmente específicos e singulares. Com base em discursos técnicos de

⁹⁵ Foucault, Michel, *História da Sexualidade II* (cit.), p. 79-80.

⁹⁶ Azevedo, Sarah Fernandes Lino de, “Sexualidade e política à época de Augusto” (cit.), p. 239-55.

⁹⁷ Foucault, Michel, *História da sexualidade III. O cuidado de si*, Tradução de Maria Thereza da Costal Albuquerque, 8 ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 84-9.

⁹⁸ Foucault, Michel, *História da sexualidade III* (cit.), p. 171-2.

⁹⁹ Foucault, Michel, *História da sexualidade III* (cit.), p. 175-6.

¹⁰⁰ Foucault, Michel, “Sexualidade e poder”, in *Ética, sexualidade, política*. 1 ed, Tradução Inês Austran Dourado Barbosa. Ditos e Escritos, v. 5, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 55-76, 66-7.

direção da consciência e da educação, politizavam, assim, um controle de discurso da sexualidade¹⁰¹.

Tais indivíduos desempenhavam, na sociedade cristã, o papel de condutores, de pastores em relação a outros indivíduos que são como suas ovelhas ou o seu rebanho, opondo-se à política tradicional habitual. O pastor reinava nas pessoas individuais e coletivas essencialmente pelo triunfo sobre os dominados, policiando-os, na forma de discurso, no desejo sexual, no corpo sensual e no pecado das pessoas dominadas¹⁰².

A salvação foi a ideia central da pastoral: o dominado encontrava a salvação, caso aceitasse a autoridade sobre ele. Toda ação do dominado era avaliada e subjugada no ideal cristão. O dominante (o pastor) podia obrigar as pessoas a fazer tudo para obter a salvação; o mérito era ser obediente e seguir a verdade sobre a qual a pastoral discursava. O pastor ensinava a verdade, a moral com a escrituras, ensinava os mandamentos de Deus e os mandamentos da Igreja¹⁰³. Ele era mais que um pastor; era um mestre da verdade que sabia de tudo e de todos através da confissão exaustiva e permanente dos dominados¹⁰⁴. O discurso da sexualidade, então, adquire *um quando, um quem e um onde* se falar: o “quando” se relacionava com a confissão do dominado, o “quem”, com o dominante, o pastor e o “onde”, à Igreja.

O adultério, reanalisado dentro da construção do cristianismo, interligou-se ao controle de relações proibidas (adultério, incesto, sodomia, bestialidade) com controle da “carne”¹⁰⁵. Ou seja, a ideia da monogamia, da função exclusiva de reprodução, da desqualificação do prazer sexual, do controle sobre a mulher fez da conduta do adultério uma resposta já antiga: a possibilidade de matar a mulher que cometia adultério.

Esta resposta continuou igual com o surgimento da Inquisição, instituto da própria Igreja Católica. Aliás, o próprio tribunal jurídico-teológico da inquisição teria, num primeiro momento, integrado fanáticos religiosos e funcionários que cumpriam idêntica finalidade repressora contra a mulher¹⁰⁶. Apesar de a inquisição ser diferente em diferentes

¹⁰¹ Foucault, Michel, “Sexualidade e poder” (cit.), p. 55-76, 66-7.

¹⁰² Foucault, Michel, “Sexualidade e poder” (cit.), p. 55-76, 66-7.

¹⁰³ Foucault, Michel, *Os anormais* (cit.), p. 218-20.

¹⁰⁴ Foucault, Michel, “Sexualidade e poder” (cit.), p. 55-76, 68- 71.

¹⁰⁵ Foucault, Michel, “Sexualidade e poder” (cit.), p. 55-76, 68- 71.

¹⁰⁶ Anitua, Gabriel Ignacio, *Histórias dos pensamentos criminológicos*, Coleção Pensamento Criminológico do Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 50-53.

locais, ela tinha pontos em comum. Entre eles encontrava-se o domínio sobre a mulher, subjugada e controlada de diversas formas¹⁰⁷.

A regulamentação do sacramento da penitência aconteceu no Concílio de Latrão em 1215; o desenvolvimento das técnicas de confissão veio em seguida, através do recuo na justiça criminal dos processos acusatórios, do desaparecimento das provações de culpa (juramentos, duelos, julgamento de Deus), do desenvolvimento dos métodos de interrogatório e de inquérito, da importância cada vez maior da administração real e da instauração dos tribunais de inquisição; tudo isso contribuiu para que a confissão tivesse um papel central na ordem dos poderes civis e religiosos.

As grandes instituições de poder que se desenvolveram criaram poderes ligados à dominação direta ou indireta sobre a terra, sobre a posse das armas, sobre a servidão e sobre os laços de suserania e vassalagem, influenciados pelo pensamento religioso sobre a sexualidade. Houve um esforço para separar a instituição monárquica e o político da instituição jurídica, mas a representação do poder permaneceu presa a esse sistema¹⁰⁸, enquanto os diferentes estratos sociais se fortaleciam e tinham, cada um, sua margem de ilegalidade tolerada.

Ao mesmo tempo em que as camadas mais desfavorecidas gozavam de margens toleráveis que impunham nas leis e nos costumes, as camadas mais favorecidas – nobreza, o clero e a burguesia – lutavam para que as margens de ilegalidade dos mais desfavorecidos não prejudicassem a deles¹⁰⁹. Com o surgimento dos inquéritos jurídicos, desenvolvidos com a reorganização da Igreja e com o surgimento das grandes instituições de poder, surgiu um instrumento de pesquisa autoritária de uma verdade constatada ou atestada¹¹⁰.

O inquérito era o poder soberano que se arrogava o direito de estabelecer a verdade através de um certo número de técnicas regulamentadas. Ele surgiu de base rudimentar e fundamental para toda ciência empírica, usando como regra geral a descrição e o estabelecimento dos fatos verdadeiros¹¹¹.

¹⁰⁷ Nesse sentido, observar as questões relacionada com as bruxas em Sorenger, James / Kramer Heinrich, *Malleus malaficarum*, O martelo das Feiticeiras, 24 ed., Rio de Janeiro Editora: ABDR, 2014.

¹⁰⁸ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 84-5.

¹⁰⁹ Foucault, Michel, *Vigiar e punir*, 27.ª ed., RJ: Editora Vozes, 1987, p. 102-6.

¹¹⁰ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 102-6.

¹¹¹ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 102-6.

O exame jurídico permaneceu próximo ao poder disciplinar e, na Revolução Francesa, aprimorou-se drasticamente. É claro que ele sofreu mudanças ao se integrar em ciências como a psiquiatria e a psicologia, retificando aparentemente os aparelhos de disciplina: a psicologia foi encarregada de corrigir os rigores da escola, e a entrevista médica ou psiquiátrica foi encarregada de retificar os efeitos da disciplina de trabalho¹¹².

Então, as diversas forças inseparáveis (como, por exemplo, o estudo da criança) de um domínio (da psicologia), ao mesmo tempo exerceram o entendimento desse domínio e também o estudo da criança foi organizado dentro da psicologia. Ou seja, o discurso da criança, seguindo um viés da psicologia, moldou o entendimento sobre a criança e, ao mesmo tempo, tal discurso da psicologia moldou – ela mesma – seu entendimento.

As estratégias do poder (rigores da escola) originaram a si próprias o poder. O discurso estratégico dos rigores da escola, perante a análise da psicologia, tomou esboço nos aparelhos estatais, na formação da lei, nas hegemonias sociais, tornando-se também poder que produziu mais discurso que se enfrentou ou que se assemelhou a outros poderes, dentro desses dispositivos já descritos.

Nos Ordenamentos Manuelino, Filipino e Afonsino, *v. g.*, notamos uma construção parecida com isso¹¹³ e que também era visto em toda Europa. Na norma desses três ordenamentos, havia a possibilidade de o marido matar sua mulher, em caso de ela cometer adultério, mas, se o adúltero era de camada social superior, tal direito era retirado do marido traído.

De maneira mais clara, o poder da sexualidade, na época desses ordenamentos, tornou certas construções sexuais verdadeiras: a mulher submetida ao homem, a monogamia, a função exclusiva de reprodução, a desqualificação do prazer sexual e, principalmente, o controle das relações proibidas (adultério, incesto, sodomia, bestialidade) que, produzidas em discursos, tornavam as diferenças de gêneros verdadeiras formas conscientes *para* e *em* todas as pessoas.

Com isso, em relação ao crime passional, até o ideário iluminista entrar na forma do Estado e, em regra, na ciência penal, não existia nenhuma construção sólida que permitisse dizer que o ato de homicídio podia ser realizado de forma inconsciente devido a uma paixão ou um sentimento por alguém em ato momentâneo ou planejado. Não só nos

¹¹² Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p.260-1.

¹¹³ Manuelina, Livro V, título XV. Filipinas, Título V, Título XXXVIII, Afonsina, Livro V, título XVIII

crimes passionais, mas, quando se fala na irracionalidade, também os considerados loucos não eram analisados assim.

Os considerados “anormais” eram aqueles que possuíam fisionomias de ser humano e de animal e não aqueles que perdiam completamente a razão. Antes do século XVIII, a loucura não era levada sistematicamente ao internamento¹¹⁴, também o monstro era visto como uma mistura entre dois reinos: o humano e o animal. Aquela mistura entre, por exemplo, o porco e o homem, como também entre dois corpos e uma cabeça, entre dois sexos (homem e mulher), só havia monstruosidade, e a desordem da lei “natural” tocava, abalava e inquietava o direito civil, o canônico e o religioso¹¹⁵.

Para os “normais”, a punição era pelo cerimonial da soberania que utilizava as marcas rituais da vingança e aplicava sobre o corpo do condenado, estendendo sob os olhos dos espectadores um efeito de terror ainda mais intenso, por ser descontínuo, irregular e sempre acima de suas próprias leis, da presença física do soberano e de seu poder exercendo sua força através da marca, do sinal, do traço, da cerimônia, da representação, do exercício da punição. O punido era o inimigo vencido pelo fato de desrespeitar o soberano ao desrespeitar as leis¹¹⁶.

Portanto, da primeira criação do Código Penal (Lei das XXII Tábuas) até a Revolução Francesa com seu ideário iluminista, nunca se havia legislado ou construído cientificamente a irracionalidade do ser humano perante uma emoção violenta no homicídio. A questão do crime passional (hoje abrangente tanto para homens quanto para mulheres) foi criada na questão do adultério somente da mulher. Essa regra se deu pela diferença de gênero que se criou desde o início da História.

A diferença foi “naturalmente” construída, em primeiro lugar, com o surgimento das tribos, depois desenvolvida com a dialética do prazer construída na Idade Clássica nas

¹¹⁴ Ainda no começo da idade clássica, a loucura era percebida como pertencente às quimeras do mundo; podia viver no meio delas, e não tinha de ser separada, a não ser quando tomava formas extremas ou perigosas. Os lugares terapêuticos reconhecidos eram, em primeiro lugar, a natureza, já que ela era a forma visível da verdade; tinha em si mesma o poder de dissipar o erro, de fazer desaparecer as quimeras. As prescrições dadas habitualmente pelos médicos eram, assim, a viagem, o repouso, o passeio, o retiro, o corte com o mundo artificial e vão de cidade, o uso era o teatro, natureza invertida; representava-se para o doente a comédia de sua própria loucura, que era encenada e a ela era dedicada, por um instante, uma realidade fictícia; através de cenário e fantasias, era como se ela fosse verdadeira, mas de maneira que, tomado nessa armadilha, o erro acabasse por explodir aos próprios olhos daquele que era a sua vítima (Foucault, Michel, *Resumo dos Cursos de Collège de France* (cit.), p.47-9).

¹¹⁵ Foucault, Michel, *Os anormais* (cit.), p. 78-80, 413-4.

¹¹⁶ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 148-51.

relações sexuais entre esposos, na forma como as relações deviam tomar, nos gestos que nelas eram permitidos, no pudor que deviam respeitar, na intensidade dos vínculos. A seguir, no início da nossa era, o poder e a verdade da sexualidade construíram-se nos requisitos da monogamia, da função exclusiva de reprodução e da desqualificação do prazer sexual.

Todo esse mecanismo social do início da nossa era influenciou o cristianismo. Com uma nova forma de mecanismo de poder, concretizou-se, a partir do século IV a.C, o poder da sexualidade e, logicamente, a verdade, através da pastoral. A burguesia¹¹⁷, a partir do século XVI, encontrando-se em uma posição de hegemonia e de dominação econômica e cultural, aplicou mais severamente ainda e com meios mais rigorosos, a construção da verdade pelo discurso cristão.

Tudo isto construiu a “verdade” sobre o homem e a mulher, mas, apesar de repercutir no adultério como relação da superioridade do homem, a terminologia crime passional não existia, sua criação surgiu na Revolução Francesa que, a seguir, passaremos a estudar. Isso não quer dizer que foi na Revolução Francesa que se “descobriu” a possibilidade de agir inconscientemente no homicídio, mas sim que essa inconsciência, devido a um sentimento, foi uma construção do poder que se produziu na base do discurso, produzindo, assim, uma outra verdade.

2.2 SEGUNDA FASE: DOS CRIMES PASSIONAIS, DA REVOLUÇÃO FRANCESA.

A primeira fase do crime passional, em si, não existiu no âmbito da lei penal¹¹⁸, conforme vimos. Todavia, a verdade sobre a sexualidade, no período da Revolução Francesa, teve todos os seus pilares dessa primeira fase. Ou seja, a diferença de gênero que trazia certas benevolências para o homem não nasceu quando a terminologia do crime

¹¹⁷ Foucault, Michel, “Sexualidade e poder” (cit.), p. 55-76.

¹¹⁸ Há que observar que, no primeiro caso de crimes passionais no judiciário, um dos fundamentos que se deu foi a legislação romana sobre adultério. Além disso, o crime passional tomou forma em um caso em que o homem pega a sua companheira em adultério. Ou seja, o que antes era possibilidade de matar a mulher por causa do adultério (vingança de mão própria), na segunda fase criou a possibilidade de atenuar devido uma falta de razão do acusado (homem) no cometimento do seu crime perante a sua companheira (mulher). Para mais informações: “Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat”, Traduzido por: Frederic Fabian Ribette in *N.F. Bellart. Procureur-Général a La Cour Royale de Paris. Mémoires et Plaidoyers. Tome Premier. Paris, J.-L.-J. Briere, Libraire-Éditeur, Due Saint-André-Des-Arcs, n.º 68, Février, 1827.*

passional surgiu. Essa diferença surgiu na Revolução Francesa junto ao ideário iluminista influenciado por toda a construção de gênero existente pelo discurso desde a Idade Clássica.

Por isso, a primeira fase dos crimes passionais não teve por si aplicação na lei com essa terminologia, mas repercutiu de forma semelhante nas questões do adultério. Na segunda fase, criaram-se, junto ao direito penal clássico, a lei e a jurisprudência do termo crime passional que, querendo ou não, inicialmente foi uma forma de atenuar a conduta criminal do homem contra a mulher.

Tal surgimento baseou-se no poder disciplinar, no poder da sexualidade, no conhecimento da psicologia e da psiquiatria, na forma de Estado e na forma de punição, enfim em todo um aparato que fez surgir uma justificativa verdadeira para os crimes passionais, mesmo na total inconsciência do autor, obviamente do homem. Todos os mecanismos juntos influenciaram o surgimento da conduta jurídica para os crimes passionais.

Com base nisso, demonstraremos o fundamento que acarretou no aparecimento da nomenclatura crime passional. A seguir, *como* e *quando* o crime passional surgiu, para, assim, mostrar sua evolução até o surgimento de um novo paradigma: uma censura maior daquilo que chamamos de poder psicológico do homem.

2.2.1 FUNDAMENTO DO CRIME PASSIONAL: ESTADO, PODER, SEXUALIDADE, PSIQUIATRIA, PSICOLOGIA E DISCIPLINA.

O surgimento da Revolução Francesa, conjugado ao pensamento iluminista, trouxe uma nova compreensão para os crimes passionais. Sua denominação surge exatamente nessa época. A Revolução Francesa mudou a formação do Estado, as condutas puníveis e até as próprias ciências: psiquiatria, medicina, psicologia foram influenciadas pelo pensamento burguês da Revolução.

O indivíduo passou ser compreendido como um ser livre, e o Estado a ser formado através de um pacto social entre os indivíduos e o poder então instituído. As cláusulas do pacto foram determinadas pela natureza do ato que eram iguais em todas as partes. Cada um punha em comum sua pessoa e toda a sua autoridade de livre vontade e

recebia em conjunto cada membro como parte indivisível do todo¹¹⁹. Se o homem era livre para seus atos, o crime devia basear-se na razão desses atos.

O criminoso era designado como inimigo de todos, saía do pacto, desqualificava-se como cidadão e surgia como selvagem de natureza; aparecia na busca pelo motivo como o celerado, o monstro, o louco, o doente, o anormal¹²⁰. Ou seja, a patologização do crime operou-se a partir de uma nova economia do poder; o primeiro “monstro moral” que apareceu foi o criminoso político e o homem da floresta¹²¹, que são déspotas que fazem valer o seu interesse próprio.

A racionalidade do crime tornou-se o centro da punição e houve a necessidade de medir, internamente, os efeitos do poder punitivo. O crime era conhecer o fato e o criminoso, deslocando da vingança do soberano à defesa da sociedade¹¹⁹. A mecânica do poder punitivo implicava uma afirmação explícita de racionalidade. Todo crime era punível a partir do momento em que não se havia demonstrado a demência do sujeito. As razões de cometer o ato e a razão do sujeito tornavam o sujeito punível, e os sistemas de razões deviam, em princípio, ser superpostos na punição¹²⁰.

Consequentemente houve uma suavização das penas, uma decodificação mais nítida da lei, uma diminuição do arbitrário, um consenso de poder de punir, apoiados na

¹¹⁹ Rousseau, Jean-Jacques, *Do contrato Social*, Tradução: Rolando Roque da Silva, Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, EbooksBrasil, p. 25. Ou seja, cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de a conservar tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. (Beccaria, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Tradução: Rolando Roque da Silva, Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. EbooksBrasil, p. 25-35).

¹²⁰ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p.113-122.

¹²¹ A monstrosidade do povo e a monstrosidade do rei se uniram no século XIX com duas grandes monstrosidades: sexual e antropofágica, servindo de base para outras perturbações. Incesto: crime dos reis, crime do poder excessivo, crime de Édipo e da sua família. E a inteligibilidade da neurose. A nova economia do poder de punir começou a esboçar no século XVIII, e uma figura em que se combinam fundamentalmente esses dois grandes temas, do incesto dos reis e do canibalismo dos famintos. São esses dois temas, formados no fim do século XVIII no novo regime da economia das punições e no contexto particular da Revolução Francesa, com as duas grandes formas do fora-da-lei, segundo o pensamento burguês e a política burguesa. (Foucault, Michel, *Os anormais* (cit.), p. 126-130).

responsabilidade moral e destinados àquele cidadão livre. A lei, apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento¹²².

Por isso, o crime era visto como uma ação de vantagem própria, a eficácia da pena era uma desvantagem para o condenado, logo a pena era uma “dor” determinada por cada crime (cada castigo), servindo de exemplo maior para que outros não a cometessem¹²³. O julgamento devia ser simples, seguir instrumentos comuns em que se construía critérios gerais de qualquer verdade para todos, sem tortura ou rituais. Todas as infrações também tinham que ser qualificadas, classificadas e reunidas em espécies que não deixassem escapar nenhuma ilegalidade¹²⁴.

No entendimento de Foucault¹²⁵, esse novo paradigma somente conseguiu ser eficaz em sua punição, seguindo os “sinais-obstáculos”, isto é, valores criados ao castigo para cada crime a fim de que tornasse definitivamente sem atração o cometimento de um delito. Para funcionar, havia certas condições: o castigo devia ser pouco arbitrário quanto possível. O crime era formado pela sociedade, mas a punição devia ser semelhante ao espírito do crime. O castigo devia diminuir o desejo de cometimento do crime, aumentando compreensão da pena como um mal. O castigo devia ter uma modulação temporal, para fins de economia da pena.

Outras condições impunham que o castigo tivesse como alvo a culpa e, principalmente, todos os culpados possíveis. O castigado servia como exemplo de lição, de discurso, de sinal decifrável, de encenação e de exposição à moralidade pública. Por fim, o castigo dado ao crime só podia aparecer como uma desgraça, e o autor como um inimigo a quem se re-ensinava a vida social, realizando um discurso impedindo o desejo do crime

¹²² Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 113-22.

¹²³ Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas (Beccaria, Cesare, *Dos Delitos e das penas* (cit.), p. 85- 89, 123).

¹²⁴ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 110-123.

¹²⁵ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 125-32.

pelo receio calculado do castigo. O discurso se tornava o veículo da lei: princípio constante da recodificação universal.

Nesse esquema de punição, surgiu um novo tipo de poder: o controle do corpo dado pela disciplina. A “disciplina” não como instituição nem como um aparelho, mas um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comportava todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação e de alvos. Esse poder, como já descrito, como as diversas relações de forças inseparáveis de um certo domínio, que, ao mesmo tempo, exerciam no seu conteúdo e também a si mesmas se constituíam.

Tal controle servia para trabalhar o corpo detalhadamente, mantê-lo ao nível da mecânica, com movimentos, gestos, atitudes, rapidez. Consequentemente o objeto do controle servia para a economia, para a eficácia dos movimentos e sua organização interna. A única cerimônia que realmente importava era a do exercício, numa coerção ininterrupta, dada pela disciplina¹²⁶.

A disciplina visava à formação de uma relação mecanicista de um indivíduo mais obediente, útil, submisso, exercitado e dócil. Ela dissociava o poder do corpo, fazia dele uma aptidão, uma capacidade que procurava aumentar. A disciplina estabelecia no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada. E era através de alguns mecanismos¹²⁷ que esse controle acontecia.

A distribuição dos indivíduos no espaço foi o primeiro mecanismo da disciplina. O espaço tinha que ser especificado em um local heterogêneo a todos os outros, fechado e protegido em si mesmo. Cada indivíduo no seu lugar e, em cada lugar, um indivíduo. O espaço disciplinar tendia a se dividir em tantas parcelas quantos corpos ou elementos havia a repartir. A localização de cada indivíduo era funcional, havia um espaço deixado geralmente livre e pronto para vários usos. Importava distribuir os indivíduos num espaço

¹²⁶ A formação de uma sociedade disciplinar nesse movimento que vai das disciplinas fechadas, espécie de “quarentena” social, até o mecanismo indefinidamente generalizável do “panoptismo”. Não que a modalidade disciplinar do poder tenha substituído todas as outras; mas porque ela se infiltrou no meio das outras, desqualificando-as às vezes, mas servindo-lhes de intermediária, ligando-as entre si, prolongando-as, e principalmente permitindo conduzir os efeitos de poder até os elementos mais tênues e mais longínquos. Ela assegura uma distribuição infinitesimal das relações de poder. Numa sociedade em que os elementos principais não são mais a comunidade e a vida pública, mas os indivíduos privados por um lado, e o Estado por outro, as relações só podem ser reguladas numa forma exatamente inversa ao espetáculo. (Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 237-9).

¹²⁷ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 165-94.

onde se pudessem isolá-los e localizá-los, mas também articular essa distribuição sob um aparelho de produção que tinha suas exigências próprias.

Na disciplina, os espaços ainda eram intercambiáveis, pois cada um se definia pelo lugar que ocupava na série e pela distância que o separava dos outros. A unidade era a posição na *fila*: o lugar que alguém ocupava numa classificação, o ponto em que se cruzavam uma linha e uma coluna, o intervalo numa série de intervalos que se podia percorrer sucessivamente. Ela individualizava os corpos por uma localização que não os implantava, mas que os distribuía e os fazia circular numa rede de relações.

Outro mecanismo da disciplina era o controle da atividade. O horário, a elaboração temporal do ato, o corpo-gesto e o corpo-objeto correlatados com maior eficiência econômica, a utilização mecânica e exaustiva do corpo, isso tudo era controle.

A disciplina produzia, assim, quatro tipos de individualidade: era celular (pelo jogo da repartição espacial), orgânica (pela codificação das atividades), genética (pela acumulação do tempo), combinatória (pela composição das forças). Por consequência, utilizava quatro técnicas: construía quadros, prescrevia manobras, impunha exercícios; enfim, para realizar a combinação das forças, organizava “táticas” numa arte de punir¹²⁸.

A arte de punir, de maneira geral, punha em funcionamento a relação dos comportamentos singulares a um conjunto de regras a seguir. Ela diferenciava os indivíduos, media em termos quantitativos e hierarquizava o indivíduo, valorizava a ação a ser realizada. Em regra, a arte de punir normatizava, opondo a uma penalidade judiciária que tinha a função essencial de tomar por referência um corpo de leis e de textos que era preciso memorizar: especificar atos em categorias gerais, fazer funcionar a oposição binária do permitido e do proibido, realizar a partilha da condenação¹²⁹.

A disciplina, como forma de poder, regulamentou, desde da Revolução até o presente¹³⁰, a psiquiatria¹³¹, a penitenciária, a casa de correção, o estabelecimento de

¹²⁸ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 215-8.

¹²⁹ Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p. 215-8.

¹³⁰ Além disso, a disciplina ainda tem certas peculiaridades. A primeira é tornar o exercício do poder o menos custoso possível. A segunda é fazer com que os efeitos desse poder social sejam levados a seu máximo de intensidade e estendidos tão longe quanto possível. A terceira é ligar esse crescimento “econômico” do poder e o rendimento dos aparelhos no interior dos quais se exerce (sejam os aparelhos pedagógicos, militares, industriais, médicos) (Foucault, Michel, *Vigiar e punir* (cit.), p.215 e ss.).

¹³¹ A psiquiatria fez funcionar toda uma parte da higiene pública como medicina e fez o saber, a prevenção e a eventual cura da doença mental funcionarem como precaução social, absolutamente necessária para se evitar um certo número de perigos fundamentais decorrentes da existência mesma da loucura. A força da psiquiatria que acontece no século XIX, mas também no século XX, precisamente quando higiene pública e

educação vigiada, os hospitais, a sexualidade. De um modo geral, todas as instâncias de controle individual funcional num duplo modo: o da divisão binária e da marcação (louco não louco, perigoso-inofensivo, normal-anormal) e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial. Todos os mecanismos de poder que são dispostos em torno do anormal, para marcá-lo como para modificá-lo, compõem essas duas formas de que longinquamente derivam.

Enquanto a sexualidade se desenvolveu das instituições familiares (na direção espiritual, na pedagógica) para a questão do comportamento estranho, perigoso, irredutível dentro da família¹³², a anormalidade aparece em três tipos centrais: o "monstro humano", o "indivíduo a ser corrigido" e o "onanista". O primeiro formou-se da lei jurídica e natural, domínio jurídico-biológico. O segundo vem do poder da disciplina daquela pessoa incorrigível. O terceiro aparece nas novas relações da entre a sexualidade e a organização familiar¹³³.

A nova relação da sexualidade¹³⁴ considera a família como a transportadora da lei e da dimensão do jurídico para o dispositivo de sexualidade. A família transporta a economia do prazer e a intensidade das sensações para o regime da aliança, permitindo a compreensão de que a mesma tenha se tornado lugar obrigatório de afetos, de sentimentos, de amor. Os pais, os cônjuges, tornam-se os principais agentes de um dispositivo de sexualidade que se apoia no próprio dispositivo familiar e em médicos, pedagogos e psiquiatras.

Consequentemente aparece, na relação de poder da sexualidade, um desvio do regime de aliança: a mulher nervosa, a esposa frígida, a mãe indiferente ou assediada por obsessões homicidas, o marido impotente, sádico, perverso, a moça histérica ou neurastênica, a criança precoce, o jovem homossexual. Nasce uma demanda incessante da família para resolver tais interferências infelizes entre sexualidade e a aliança, sempre de

cura da doença estiveram ajustadas, permitindo, assim, constituir a loucura como doença e percebê-la como perigo. Em outras palavras, a psiquiatria, a partir do momento em que começa a funcionar como saber e poder no interior do domínio geral da higiene pública da proteção do corpo social, sempre procurou encontrar o segredo dos crimes que podem habitar toda loucura, ou então o núcleo de loucura que deve habitar todos os indivíduos que podem ser perigosos para a sociedade. (Foucault, Michel. *Os anormais* (cit.), p. 142-51).

¹³² Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 101.

¹³³ Foucault, Michel. *Os anormais* (cit.), p. 69-75.

¹³⁴ Foucault, Michel. *Os anormais* (cit.), p. 73-5.

forma não imposta, pedindo arbitragem e cuidados de seus familiares, a fim de que os médicos tornassem os pacientes integráveis no sistema da família¹³⁵.

As novas estratégias¹³⁶ de poder no século XIX, ligadas ainda ao pensamento cristão, são a sexualização da criança, a histerização (presença de uma patologia intrínseca) da mulher e dos perversos, a regulação das populações, estratégias que passam todas por uma família que precisa ser encarada como fator capital de sexualização¹³⁷. A pedagogia tem como objetivo a sexualidade da criança; a medicina, com a fisiologia sexual própria das mulheres; a demografia, com o objetivo da regulação espontânea ou planejada dos nascimentos, sendo seu domínio sucessivamente "pecado de juventude", "doenças dos nervos" e "fraudes contra a procriação"¹³⁸.

Didaticamente, percebemos que o poder deve ser entendido, v.g., nas forças da pedagogia inseparáveis do domínio do pecado da juventude; ao mesmo tempo, essas forças exercem (modificam) o domínio do pecado da juventude, e as mesmas forças (pedagogias) acabam modificando a própria pedagogia. Esse primeiro poder tem como estratégia a sexualidade das crianças. Essa estratégia, por influenciar o primeiro poder (pecado da juventude), transforma-se em próprio poder (poder da sexualidade da juventude). Ao mesmo tempo, o poder da sexualidade da juventude vai para uma ação estatal, virando, assim, mais uma forma de poder.

Todos os poderes são realizados de forma de comunicação entre os indivíduos da sociedade e são, portanto, da mesma forma do descrito acima, com suas estratégias, virando, criando, modificando-se em mais poder. Ou seja, os diversos poderes que formam

¹³⁵ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 104-6.

¹³⁶ Entre as mudanças da sexualidade do século XVIII para o século XIX: separou a medicina do sexo da medicina geral do corpo; isolou um "instinto" sexual, suscetível, mesmo sem alteração orgânica, de apresentar anomalias constitutivas, desvios adquiridos, enfermidades ou processos patológicos. Houve também a organização da gestão estatal dos casamentos, nascimentos e sobrevivências; o sexo e sua fecundidade devem ser administrados. A medicina das perversões e os programas de eugenia foram, na tecnologia do sexo, as duas grandes inovações da segunda metade do século XIX. O conjunto perversão-hereditariedade-degenerescência constituiu o núcleo sólido das novas tecnologias do sexo. E não se imagine que se tratava apenas de uma teoria médica cientificamente insuficiente e abusivamente moralizadora. Sua superfície de dispersão foi ampla, e profunda a sua implantação. A posição singular da psicanálise não seria bem compreendida se desconhecêssemos a ruptura que operou relativamente ao grande sistema da degenerescência: ela retomou o projeto de uma tecnologia médica própria do instinto sexual, mas procurou liberá-la de suas correlações com a hereditariedade e, portanto, com todos os racismos e os eugenismos. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 111-2).

¹³⁷ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 107-8.

¹³⁸ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 109-10.

um com outro e criam mais poderes formam uma cadeia ou um sistema de poder, como já exemplificado.

O que se mostra é que o poder disciplinar, regulando de forma binária em um Estado que se constrói dentro de um contrato social e pune através da razão. A psiquiatria, a sexualidade e a psicologia, que também são formas de poder, influenciam e são influenciadas, no surgimento da denominação do crime passionais. Não é que esses poderes sejam os únicos que influenciaram os passionais, mas sim que, de uma maneira geral, todo esse mecanismo possibilitou uma nova compreensão desse crime.

A psiquiatria, separando os indivíduos em normais e anormais (monstro humano, incorrigível e onanista), e a sexualidade, com a estratégia da sexualidade das crianças, das mulheres, dos perigosos e da regulação do poder, um e outro “agem e recebem” o poder dos mesmos em total influência com o pensamento burguês e cristão. Tudo isso interliga formas de poder e, portanto, constrói a verdade.

Entretanto, *como e quando* se formaram os crimes passionais? É o que passamos a demonstrar.

2.2.2 O SURGIMENTO DO CRIME PASSIONAL.

Enquanto fato e expressão cultural¹³⁹, o crime passionais, na segunda fase, se define na construção utilizada ainda hoje. Todo um novo entendimento sobre o homem surgiu no exato momento dessas mudanças sociais, construído na busca pelos insensatos, pelos que agem sem consciência, pelos que agem fora do pacto social.

Um aglomerado de novas construções sobre a verdade modifica leis, cria jurisprudência, fundamenta doutrinas. O uso do poder gerando mais poder. É na

¹³⁹ Não só o crime passionais, mas observamos as questões relacionadas à psiquiatria: v.g., a obsessão antes do século XIX era ser assediado pelo demônio; no início do Século XIX, ela integrou em subtipos das perturbações mentais denominada de *manie sans delire* (Pinel) e *monomanie raisonnante* (Esquirol). No fim do século XIX, a obsessão virou nosologia específica, sendo que na França componente afetiva e na Alemanha componente intelectual. No século XX ela virou um sintoma como a neurose obsessiva. (Correia, Diogo Telles. As raízes do sintoma e da perturbação mental. Lisboa: Lidel – Edições Técnicas, 2015, p. 32-42). Nesse mesmo sentido, observamos que até o fim do século XVII, ninguém se interrogou verdadeiramente sobre a natureza do criminoso. A economia do poder era tal que essa questão não devia ser levantada, ou antes, só a encontramos levantada de uma forma muito marginal, que assinalo a vocês de passagem. (Foucault, Michel, *Os anormais*, p. 94-5). Para mais informações da história da psiquiatria e de sua expressão cultural: Pichot, Pierre, *Um século de Psiquiatria e A psiquiatria em Portugal*, Traduzido por Ana Maria Coelho de Sousa, Paris/FR: Editons Roger. Lisboa/PT: Roche Farmacêutica Química: 1983-1984.

Assembleia Nacional Francesa, ocorrida em 23 de maio de 1791¹⁴⁰, que se pode marcar o início da terminologia de crime passional, isto é, o homicídio justificado por um sentimento (paixão, amor inconsciente, aquele sentimento amplo que, por causa dele e só dele, o portador comete homicídio). Logo após, decisões começaram a surgir, doutrinas do Direito Penal clássico¹⁴¹ a se fundamentar, e o crime passional a ser produzido dialeticamente como uma verdade.

Nas discussões desse novo Direito Penal francês, o crime já era visto como ato racional que necessitava realizar a sua medida correta para punição, visto como defesa da sociedade na procura de suas razões do ato criminoso e do sujeito e, por isso, debatido no plano existencial em uma dupla construção¹⁴²: ou é calculado e reflexivo, ou é produzido por impulso de súbita paixão violenta. Segundo essa discussão, o passional é involuntário, não comum, sem nenhuma maldade, sem perigosidade, sem monstruosidade, interligado a algo honroso, obrigando a ser mais atenuante a pena.

Com a discussão desse ordenamento, surgiu, um ano depois, a primeira decisão de crimes passionais, totalmente fundamentada no cometimento de um homicídio devido a uma paixão irresistível em flagrante delito de infidelidade. Homicídio este realizado por Jesepeh Gras na viúva Lefèvre no dia 20 de setembro de 1791 através de 22 golpes de faca, ao chegar na casa da falecida e vê-la acompanhada de outro homem¹⁴³.

Um caso não muito diferente da atualidade, como também uma defesa não distante das realizadas no presente. Ou seja, toda a defesa ali foi construída na procura da verdade, da razão que cada vez mais se aprofunda para justificar o ato criminoso do homem e desconstituir a honra da mulher. O grande debate entre crime e alienação veio à análise no julgamento, e a consciência pública tentava traçar o limite entre a condição

¹⁴⁰ M.L.Pelletier de Sant-Fargean, “Archives parlementaires”, De 1787 a 1860, Recueil complet des De bats legislatifs e politiques des chambres francaises, Sobre la direction de M.J. Mavidal, M.E Laurent, Première Série (1787 à 1799) Tome XXVI, Du 12 mai au 5 Juik 1791, Pgs. 772. Traduzido por: Frederic Fabian Ribette.

¹⁴¹ Na escola clássica, Carrara classificou em paixões cegas e paixões racionais; na verdade, tentou abordar este problema em critério quantitativo. Havia as paixões cegas (o amor, a honra, o medo) que retiravam a razão da consciência e as paixões racionadas (a ambição, o ódio, a vingança) que faziam existir ainda uma consciência. Para mais informações: Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal* Tomo I. Traduzido por Octavio Beeche e Iberio Gallegos, São José – Costa Rica, 1889, p. 172 e ss.

¹⁴² M.L.Pelletier de Sant-Fargean, “Archives parlementaires” (cit.), p. 321-2.

¹⁴³ “Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat” (cit.), p. 76-107.

psicológica e a responsabilidade criminal¹⁴⁴. O crime devia ser punido, nessa nova construção, pela sua intenção de cometimento, não pela materialidade do crime¹⁴⁵, assim delimitado pela nova forma de punição provinda da Revolução Francesa e descrita na fundamentação do primeiro caso passional.

Na defesa do julgamento, a intenção do crime tendeu a ser demonstrada como vil (anuncia uma alma de lama, como o roubo), ou atroz (anuncia uma alma profunda gangrenada de crueldade), ou como alma viva (apaixonada). Esta última caracterização, diferente das outras, não tinha maldade, premeditação, e quem o cometia, geralmente, nunca cometeria crime atroz ou vulgar¹⁴⁶. Claramente, o crime passional era um crime de alma viva, daquele apaixonado e com razão.

A loucura monstruosa, entranhada ao ser, encontrava-se junto aos insensatos, enquanto os passionais encontravam-se junto a outro tipo de loucura, aquela sem maldade e aquela ligada à honra¹⁴⁷. Tal loucura benevolente fundamentou-se como a perda apenas instantaneamente pelo efeito de uma dor, surpresa ou causa similar. Isso reconhecido, seria injustiça condená-los por causa de uma surpresa ou causa similar, do mesmo modo que as punições sendo infligidas somente para o exemplo, a cada vez que o exemplo era nulo, a punição era uma crueldade, uma vingança¹⁴⁸.

O amor interligado aos passionais, a essa loucura benevolente, passou a se separar da moral, a partir dessa nova forma de poder. A paixão começou a ser analisada através da natureza humana, em que suas figuras não eram mais formas de validade moral¹⁴⁹. Eram parte de um todo do homem, aquilo que no primeiro caso passional¹⁵⁰ descreve como um ato próprio do homem que alcança a todos independentemente da sua formação social, fazendo parte do seu ser, parte de ser homem¹⁵¹.

¹⁴⁴ Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica*, Editora Perspectiva S.A. São Paulo/BR, 1978, p. 495.

¹⁴⁵ “Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat” (cit.), p. 95.

¹⁴⁶ “Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat” (cit.), p. 90.

¹⁴⁷ Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica* (cit.), p. 493-4.

¹⁴⁸ “Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat” (cit.), p. 96-97.

¹⁴⁹ Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica* (cit.), p. 495-8.

¹⁵⁰ No julgamento de Joseph, observar que, entre as distinções dos crimes, aquele cometido por amor está implicado a todos os homens, mesmo aqueles com uma educação sã, ao facto a perguntar no julgamento para os jurados: qual seria o seria o homem bastante temerário para ousar acreditar que nunca, e na explosão de uma grande paixão, não cometerá os últimos? (“Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat” (cit.), p. 91 e ss.

¹⁵¹ Com essa nova construção da primeira jurisprudência, o crime de homicídio que na época era condenado com a morte, neste caso, atenuaram e concederam prisão perpétua. Ou seja, o julgamento de morte foi

Assim sendo, o modo era entendido como “a verdade psicológica do homem”¹⁵². Toda a construção do poder da sexualidade, do poder disciplinar, da forma do Estado, da forma de punição era ligada ao poder psicológico do homem¹⁵³, descrevendo certas condutas do homem como condutas de sua própria natureza.

Começava, então, um lento trabalho que atualmente atingiu uma das contradições maiores da vida moral: tudo aquilo que vem a ser formulado como verdade do homem passa por ser irresponsabilidade, pela inocência da loucura. Esta região da loucura representa um papel preciso: exaltar um valor que a sociedade reconhece, sem permitir-lhe ter livre curso. Prescreve-se o casamento, mas a sociedade é obrigada a fechar os olhos à infidelidade do homem. A loucura será desculpada se manifestar, nessa época, ciúmes, obstinação, fidelidade, ainda que por vingança¹⁵⁴.

Surge uma nova divisão de loucura: de um lado, uma loucura abandonada à sua perversão; do outro, uma loucura projetada na direção de um heroísmo que forma a imagem invertida, mas complementar dos valores burgueses. É esta que compõe os crimes passionais e, aos poucos, adquire direito de cidadania na razão ou, antes, nas intermitências da razão; ela tinha a responsabilidade atenuada, ao mesmo tempo em que o crime se

infirmado. Gras foi condenado à reclusão para vida toda. Preso à *Bicêtre*, ficou mais um exemplo da justiça divina. Não precisou subir no cadafalso. (“Plaidoyer pour Joseph Gras, Accusé D’Assassinat” (cit.), p. 107.

¹⁵² Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica* (cit.), p. 496.

¹⁵³ Quando se fala na construção do homem, para Bourdieu, em primeiro lugar, o trabalho de transformação dos corpos, ao mesmo tempo sexualmente diferenciado e sexualmente diferenciador, que se realiza em parte através dos efeitos de sugestão mimética, em parte através de injunções explícitas, e em parte, enfim, através de toda a construção simbólica da visão do corpo biológico (e em particular do ato sexual, concebido como ato de dominação, de posse), produz hábitos automaticamente diferenciados e diferenciadores. O homem aqui obedece a certas regras do poder simbólico como a “virilidade”. Nada mais é do que a virtude do homem, a sua honra, aquilo que se espera dele. Quando as manifestações da virilidade se situam na lógica da proeza, da exploração, do que traz honra. A honra que se inscreve no homem como disposições naturais, podendo ser visíveis como na postura, nas atitudes, na maneira de pensar, que se torna ethos, uma crença, governa o homem de honra, independentemente de qualquer pressão externa. Entretanto, encontra uma cilada para o privilégio masculino: a necessidade de todo homem dever de afirmar na sua virilidade. A virilidade, entendida como capacidade reprodutiva, sexual e social, mas também como aptidão ao combate e ao exercício da violência (sobretudo em caso de vingança); é, acima de tudo, uma carga. O homem “verdadeiramente homem” é aquele que se sente obrigado a estar à altura da possibilidade que lhe é oferecida de fazer crescer sua honra buscando a glória e a distinção na esfera pública. Como a honra, a virilidade tem que ser validada pelos outros homens, em sua verdade de violência real ou potencial, e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de “verdadeiros homens”. (Bourdieu, Pierre, *A dominação masculina* (cit.), p. 17-67).

¹⁵⁴ Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica* (cit.), p. 497.

tornava mais humano e menos punível. Ela era explicável, porque se revelava invadida por opções morais nas quais as pessoas se reconheciam¹⁵⁵.

Ao nos perguntarmos sobre a possibilidade da inconsciência dos atos passionais, achamos nossa resposta. Melhor dizendo, o poder “psicologia do homem” construiu, com base no discurso, toda a verdade que ainda hoje influencia o âmbito jurídico. As forças irresistíveis da psicologia do homem, através do discurso, alteraram o próprio conhecimento psicológico do homem, afastando a questão moral do ato passional, v. g., e criando aquilo que podemos dizer a verdade do próprio homem.

Isso, mesmo com infinitos fatores externos, não modifica a essência dessa verdade. A paixão do homem, possibilitando ação penalmente relevante, faz parte do homem, merecendo uma atenuação da conduta, acompanhando a falta de maldade, a falta de razão realmente deplorável, a uma “loucura honrosa”, que é medida através do poder punitivo. Afinal, o crime é conhecer o fato e o criminoso, considerando essas mecânicas inteligíveis dos interesses subjetivos ao ato e à racionalidade do sujeito que o cometeu.

Ao mesmo tempo, nada de monstruosidade havia nessas condutas, não existia aquele monstro animal, nem aquele indivíduo incorrigível e nem o onanista. A psiquiatria tomou conta do outro ramo da loucura e, mesmo havendo alguns estudos sobre os passionais, ela não se desenvolveu na classificação da loucura honrosa que dominou a terminologia dos crimes passionais.

O poder da sexualidade com seus objetivos na sexualização da criança, na histerização da mulher e dos perversos, na regulação das populações, passam todas as estratégias para uma família que precisa ser encarada como fator capital, que tem como função ser transportadora da lei e das dimensões do jurídico para o dispositivo da sexualidade, interligando de inúmeras formas a ciência dos casos passionais na relação da família e também na própria diferença de gênero influenciada desde a idade clássica e constituindo sua verdade ao fato de sempre desigualar inferiorizando a mulher perante o homem.

A família transportava a economia do prazer e a intensidade das sensações para o regime da aliança, lugar de afeto, de sentimento, de amor. Os pais, os cônjuges tornam-se os principais agentes de um dispositivo de sexualidade que se apoiava sobre o próprio

¹⁵⁵ Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica* (cit.), p. 499.

dispositivo familiar e em médicos, pedagogos, psiquiatras, ajudando a formação da própria verdade que é construída no âmbito jurídico sobre os passionais. Todos esses poderes, ligados ao poder disciplinar que regula e é regulado, organiza tudo de forma binominal: anormal-normal, perigoso-inofensivo, louco, não-louco e, com o poder psicológico do homem, loucura honrosa, loucura monstruosa.

O crime passional, então, sendo influenciado por todos esses poderes, criou, na segunda fase, uma terminologia em que o homem poderia ter a sua conduta atenuada ao matar a sua mulher, pelo fato de a conduta ter uma razão construída pela formação do Estado e poder. Essa razão, entre várias, liga-se a um sentimento que serve de motivo para o agir inconsciente, para uma ação penalmente relevante e construída na verdade do poder psicológico do homem, como também busca essa razão na necessidade de determinar a resposta de tudo pelo poder disciplinar, influenciado pelo poder psiquiátrico na sua produção da verdade sobre o louco e sobre o poder da sexualidade na sua diferença de gênero.

Entretanto, todos esses poderes, juntos com o próprio crime passional, foram modificados e modificaram seus entendimentos ao longo tempo. Em seu início, o crime passional era uma atenuante somente para o homem (e resolvido na primeira vez em um caso de adultério); com o passar da história, o fundamento para casos passionais continuou igual, mas certas mudanças em sua compreensão aconteceram, e é isso que será demonstrado.

2.3 A CONSTRUÇÃO DA SEGUNDA FASE E O NOVO SURGIMENTO DA FUNDAMENTAÇÃO DO CRIME PASSIONAL, A TERCEIRA FASE.

Das várias ciências que surgem até a questão meramente normativa, o crime passional é influenciado e modificado em seu próprio entendimento. Entretanto, uma nova compreensão sobre os passionais somente se constrói (e ainda está em construção) na segunda metade quase final do século XX¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Nesse caso, observamos que há dois grandes paradigmas de validação que tem dividido a psiquiatria e a psicologia. O primeiro é o modelo médico. A validação, segundo este modelo, inclui por exemplo, os estudos da história natural das perturbações (que demonstrem uma consistência em termos de história natural do nosso diagnóstico proposto), os estudos de agregação familiar (que demonstrem uma maior agregação no nosso diagnóstico proposto) e a busca da causalidade. A busca de causalidade nas perturbações psiquiátricas

Daí poder dizer, no entendimento de Curado Neves¹⁵⁷, que não é, ou pelo menos não é só, a intensidade da emoção associada, mas a sua compatibilidade com o “código de valores individuais” que dita a sua passagem à ação. Ou pode-se dizer que o efeito das emoções, na responsabilidade penal, relaciona-se não com a intensidade da emoção, mas com o seu conteúdo. O relevante é saber se as emoções expressam juízos de valor adequados ou não¹⁵⁸.

Ou seja, a terceira fase não analisa a emoção em si, se ela pode ser determinada como sentimento que torna um impulso emocional; ela verifica, essencialmente, se há um juízo adequado socialmente aceito e se tal juízo é desvalorado penalmente em tipificação penal. Melhor descrevendo, o mesmo entendimento sobre sentimento de amor, ódio, ciúmes e o mesmo bem jurídico violado, pode acarretar conduta penal diferente¹⁵⁹.

foi o aspecto que mais fundamentou algumas tentativas classificatórias do fim do século XIX. No rescaldo do insucesso desta tentativa, voltou a ser a clínica, a descrição do curso das doenças, que mais orientou o esforço nosológico. Com Freud, a classificação das perturbações com base numa putativa causalidade (desta feita com base teórica) voltou a guiar a psiquiatria e orientou mesmo as primeiras edições do DSM. Paralelamente foi-se desenvolvendo o modelo psicológico (muito ligado à psicomетria) em que os processos de validação seguem um paradigma diferente. Segundo este, as variáveis psicológicas/psiquiátricas são variáveis latentes (que não podem ser medidas/observadas diretamente, mas que têm de ser avaliadas através de outras latentes, passando por um conjunto de processos baseados em métodos estatísticos complexos (exemplos paradigmáticos são a procura da validade de constructo [técnica de identificação da estrutura psicométrica como, por exemplo, através de análise fatorial] e da validade de critério [que comporá um método de medicação com outro métodos considerados *goldstandard* para os mesmos conceitos ou conceitos aproximados]). A semiologia (termo de origem grega que significa estudo dos sinais) psicopatológica é a forma de aceder aos sintomas e sinais psiquiátricos. Muito fez pensar médicos e filósofos, sobretudo ao longo do último século. Uma das mais profundas tentativas de aceder as manifestações psicopatológicas básicas foi a fenomenologia de Jaspers. Este método era baseado na empatia e tentava tornar inteligíveis e classificáveis as manifestações psicopatológicas. (Correia, Diogo Telles, *As raízes do sintoma e da perturbação mental*, Lisboa: Lidel – Edições Técnicas, 2015, p. 4-8).

¹⁵⁷ Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 663.

¹⁵⁸ Gonzáles Lagier, Daniel, *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Editorial: Marcial Pons, Ediciones Judicicas y Sociales, 2009, p. 148 e ss.

¹⁵⁹ Os tribunais suíços têm seguido uma tendência ético-objetiva na apreciação da culpabilidade da emoção. Não será desculpável, por exemplo, o que mata por prazer sexual. M. Schubarth cita um caso para documentar que tipo de princípios éticos deve ser respeitado e considerado que o essencial é o grau de humilhação que o agente tem de suportar: o cunhado da autora, usando há vários anos de grande violência, obrigava-a muitas vezes a ter relações sexuais com ele várias vezes ao dia. Pouco antes do crime, chamou-lhe puta. Já não seria desculpável o caso do autor que, encolerizado e decepcionado por sua ex-noiva o ter deixado para ir encontrar o seu novo namorado, tentar matar o rival. Neste caso, a emoção não será desculpável, pois o autor violou a liberdade da mulher: “eu já tinha declarado nada querer com ele”. Igualmente não era desculpável a emoção violenta quando o autor teve responsabilidade na situação que a criou: é o caso do ladrão que é apanhado em flagrante delito e que vendo-se encurralado, mata. No entanto, a emoção violenta desculpável é conciliável com a premeditação. O essencial é que a emoção violenta exista no momento em que o agente é levado a agir, não sendo necessário que tal estado emotivo exista também na altura em que o criminoso pensou no ato homicida ou decidiu cometê-lo (Ferreira, Amadeu. *Homicídio privilegiado: reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do código penal de 1982*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 45-8).

Se o ódio devido a um fim de relacionamento for causa de homicídio na relação de família, é bem provável, sempre dependendo do caso concreto, que, com a valoração dos fatos, o homicídio seja qualificado. Se o ódio por anos de uma certa dominação masculina sobre a mulher acarrete em um impulso súbito que cause homicídio, é possível que o homicídio seja compreensível, e a conduta seja de homicídio privilegiado.

A prevalência de um mesmo sentimento para um certo ato pode causar a mesma resposta a diversas pessoas (homicídio, v.g.), mesmo sendo impossível determinar a relação sentimento-ação, a sua valoração no meio social e sua descrição no tipo penal é que determinam a sua punição. Não só a sua punição, mas a sua própria compreensão na medida do que se quer punir. Ou seja, a emoção violenta que se relaciona no art. 132.º, b), na sua criação legislativa, v.g., será tudo aquilo que, em uma política-criminal, o legislador pré-determinou e qualificou neste tipo para punir¹⁶⁰.

Antes da análise mais profunda de tal entendimento, precisamos verificar a formação desta terceira fase. Do Direito Penal clássico de ideário iluminista, indo para a criminologia, psicologia, psiquiatria, vários são os fundamentos dos passionais até o presente. Entre tantas criminologias, a primeira, a positivista, também vista no viés médico, muito tentou encontrar a justificativa para o crime, seja idealista, seja bioantropológico, seja penal-sociológico, mas, para cada construção, percebemos que sempre dependeu do meio social para sua formação. Ou seja, com todas essas formas de poderes, principalmente o poder psicológico do homem e o poder disciplinar, tudo começa a ser justificado e catalogado, e é claro que os referentes aos passionais não seriam diferentes.

Lombroso¹⁶¹ buscou “encontrar” a resposta do crime através de uma construção bioantropológica. Há o criminoso nato, o louco, o profissional, o primário e o por paixão.

¹⁶⁰ Na verdade, isso é aquilo que já viemos construindo e fundamentaremos melhor no próximo capítulo na ideia da compreensão funcional da norma. Entretanto, indo de encontro desta compreensão podemos descrever que o legislador não usa nas leis palavras e expressões que tenham porventura um sentido linguístico-gramatical comum, e sim usa para prescrever uma intenção jurídica através destas palavras e expressão, onde não é pré-determinada requisitando uma interação jurídica no caso concreto para se determinar. Para mais informações: Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal” (cit.), Neves, A. Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I* (cit.).

¹⁶¹ Lombroso, Cesare, *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Tradução Torino: Fratelli Bocca, 1890, 555p., p. 456. Para mais informações: Lombroso, Cesare, *L'umoo delinquente: in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Torino: Fratelli Bocca, 1924.

Este último é a única categoria de crime que constitui uma espécie separada e forma o contraste mais completo para o criminoso que nasceu por linhas harmônicas do corpo, a beleza da alma, o excesso de sensibilidade e afetividade, bem como o motivo do crime, sempre nobre e poderoso, como o amor ou a política; ao mesmo tempo, aparece com um aspecto com epilepsia, um excesso, uma impulsividade, podendo causar amnésia. Nisto, observamos aquela separação feita já no primeiro caso de passionais pós-revolução: a da loucura honrosa e a loucura monstruosa.

Outro criminologista positivista, Ferri¹⁶², fundamentou os passionais na análise qualitativa da paixão, sua qualidade em relação às leis e às necessidades permanentes da vida social e da vida humana. Há, em sua construção, a paixão social e a antissocial; esta tende a desagregar as condições normais da vida humana, individual e coletiva, acompanhada ou não de um verdadeiro desequilíbrio patológico e conduz ao excesso de delito, no caso, nos crimes passionais. A paixão social contribui para o desenvolvimento e a consolidação da vida social e do progresso humano.

A paixão engloba os sentimentos, e o amor não é a única paixão que qualifica o delito passional, tanto na linguagem jurídica, como na linguagem comum, mas as paixões mais ligadas à etiologia do crime são o amor, a honra, a fé religiosa ou a política. Essas, normalmente, exercem uma função útil na sociedade e só aberram em determinadas condições mesológicas ou antropológicas. O amor pode ser sexual (sensual), elevando toda a eflorescência de sentimentos, de emoções e de ideias que representam os aspectos nobres e maternos, embora encerrando, evidentemente, uma série de paixões, substancialmente diversas daquelas que trabalham no terreno vibrante e palpitante do amor sexual.

Todos os delitos determinados pelo amor sexual pertencem à segunda categoria, ao egoísmo social. O amor materno pode reclamar uma forma de sanção moral e legal; o cometimento de um crime (não de iminência de perigo) por uma mãe seria sempre um crime altruísta. Por isso, essa construção penal-sociológica entendeu que o delito passional deve ser julgado de acordo com os seguintes critérios fundamentais: a qualidade dos motivos e a personalidade do autor.

¹⁶² Ferri, Enrico, *O Delicto Passional na Civilização Contemporânea*. Tradução Roberto Lyra. 1934, p. 59-62. Outro criminólogo positivista seria Garófalo que descreve o delinquente passional como uma formação superficial do caráter, formado por preconceitos, por preceitos incorretos de honra, pela presença de altruísmo. Para mais informações: Garófalo, Rafael, *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*, Lisboa: Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira. 1916, p. 89 e ss e 471 e ss.

Entretanto, a teoria de Ferri só descreve o que justamente estamos fundamentando: o poder da sexualidade na construção do crime passional como um dos requisitos que o fundamentam. Afinal, qualquer ação podia ser justificável para se atingir o pressuposto, a valoração da fidelidade, a monogamia, o desprezo ao sexo. Ou seja, a questão que nasceu no discurso da idade clássica é reutilizada em um mecanismo novo de poder pelo cristianismo – a pastoral – e ainda se encontra presente nessa nova construção.

Outrossim, a resposta emocional proposta sustentava o projeto social como se fosse uma espécie de solução de compromisso no plano real. A ação homicida realizada representa o fracasso amoroso, a vergonha insustentável de aceitar em uma sociedade em que a família se torna o centro de tudo. Assim, tal fundamento liga-se à imputabilidade/inimputabilidade ao ponto de a responsabilidade e a perigosidade atribuírem a crimes que oscilam entre os frágeis limites da normalidade, da perversão e da loucura, devido às normas sociais que regiam a conduta familiar e amorosa dentro de padrões rigidamente definidos, típicos de sujeitos normais, mas com transtornos passageiros¹⁶³.

Quando começamos a falar sobre o poder da sexualidade do século XIX, a verdade sobre o sexo inscreve-se em dois registros de saber¹⁶⁴: uma biológica da reprodução desenvolvida continuamente segundo uma normatividade científica geral e uma medicina do sexo obediente a regras de origens inteiramente diversas. A primeira desempenhou o papel de garantia longínqua e bem fictícia de aparato global, disfarçando questões morais, econômicas ou políticas. O discurso sobre o sexo era transpassado por ignorâncias imemoráveis e por ofuscações na recusa de ver e ouvir¹⁶⁵.

A confissão pastoral ainda é a matriz geral que rege a produção do discurso verdadeiro sobre o sexo, mas de forma diferente no século XIX. Com o protestantismo do século XVII e a mudança médica do século XIX, utilizou-se a confissão disseminada em

¹⁶³ Arreguy, Marília Etienne, *Os crimes no triângulo amoroso. Violenta Emoção e Paixão na Interface da Psicanálise com o Direito Penal*, Curitiba: Juruá, 2011, p. 186 e ss.

¹⁶⁴ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 54-5.

¹⁶⁵ Além da construção da verdade sobre o sexo que aqui viemos construindo, ela pode ser produzida através da arte erótica, a verdade é extraída do próprio prazer, encarado como prática e recolhido como experiência; não é por referência a uma lei absoluta do permitido e do proibido, nem a um critério de utilidade, que o prazer é levado em consideração, mas, ao contrário, em relação a si mesmo: ele deve ser conhecido como prazer e, portanto, segundo sua intensidade, sua qualidade específica, sua duração, suas reverberações no corpo e na alma. Melhor ainda: este saber deve recair, proporcionalmente, na própria prática sexual, para trabalhá-la como se fora de dentro e ampliar seus efeitos. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 57-8).

todas as relações: familiar, escolar, psiquiátrica, jurídica. Através da maneira de uma codificação clínica (combinação da confissão com sinais e sintomas) de uma causalidade geral e difusa (o dever de dizer tudo e o poder de interrogar sobre tudo), de uma latência intrínseca à sexualidade (a verdade do funcionamento do sexo é obscuro), de um método de interpretação e de uma medicalização dos efeitos da confissão¹⁶⁶.

A personagem investida no poder da sexualidade, em primeiro lugar, é a mulher: “ociosa” nos limites do mundo, sempre figurando valorativamente e nos limites da família, com obrigações conjugais e parentais. O adolescente foi investido no seu desperdício em prazeres secretos, e a criança na relação com o onanismo, ao fato de que não era o filho do povo a quem se deveriam ensinar as disciplinas do corpo, mas, sim, à burguesia, desde o fim do século XVIII até o fim do século XIX. Entretanto, com o tempo, o mecanismo de sexualidade foi direcionado e penetrou em três etapas sucessivas¹⁶⁷.

Primeiro, em torno dos problemas da natalidade, em seguida, quando a organização da família se transformou em um instrumento de controle político e de regulação econômica em torno de 1830: a "moralização das classes". O terceiro é o controle judiciário e médico das perversões, no fim do século XIX, em nome de uma proteção geral da sociedade e da raça, disposto da sexualidade agora voltada *para e pela* classe privilegiada¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Os autores que começam a discursar nesses termos, são, entre alguns, Campe, Sazmann, depois Kaan, Krafft-Ebing, Tardieu, Molle e Havelock Ellis. A sociedade nessa época começa a manter o registro infinito de seus prazeres, estabeleceram o horário, instauraram a classificação desses prazeres; descreveram tantas deficiências cotidianas quanto as estranhezas ou as exasperações. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 62-7, 113).

¹⁶⁷ Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 113-25.

¹⁶⁸ O caso da burguesia, no decorrer do século XVIII, converteu o sangue azul dos nobres em um organismo são e uma sexualidade sadia. Para que o proletariado fosse dotado de um corpo e de uma sexualidade, para que sua saúde, seu sexo e sua reprodução constituíssem problema, foram necessários conflitos (especialmente com respeito ao espaço urbano: coabitação, proximidade, contaminação, epidemias, como a cólera de 1832 ou, ainda, a prostituição e as doenças venéreas); foram necessárias urgências de natureza econômica (desenvolvimento da indústria pesada, com a necessidade de uma mão-de-obra estável e competente, obrigação de controlar o fluxo de população e de obter regulações demográficas); foi necessária, enfim, a instauração de toda tecnologia de controle que permitia manter sob vigilância esse corpo e essa sexualidade que finalmente se reconhecia neles (a escola, a política habitacional, a higiene pública, as instituições de assistência e previdência, a medicalização geral das populações, em suma, todo um aparelho administrativo e técnico permitiu, sem perigo, importar o dispositivo de sexualidade para a classe explorada; ele já não corria o risco de desempenhar um papel de afirmação de classe em face da burguesia; continuava instrumento de sua hegemonia). (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 113-25).

Com o surgimento da psicanálise¹⁶⁹ nessa época, o poder da sexualidade construiu a psicanálise como outro poder, influenciando a construção do termo crime passionai¹⁷⁰. O poder psiquiátrico, por sua vez, constituiu-se, a partir do século XIX, em três novas referências: administrativa, familiar e política-ótica¹⁷¹. A referência administrativa tem como fim retirar a aparência de uma ordem coerciva sobre o doente; a familiar recorta sobre um fundo de sentimento, de afeto e de relações obrigatórias, uma relação múltipla entre o poder da sexualidade e o poder psiquiátrico; a política-ótica isola a loucura sobre um fundo de estabilidade e de imobilidade social.

Também, nessa época, surgiu, na teoria psiquiátrica, um grande esforço para reunificar a loucura e para mostrar que não há loucura parcial, e que a doença mental sempre se produz num indivíduo que é profunda e globalmente louco. Ao mesmo tempo, uma segunda mudança acontecia: a reunificação da loucura através de sintomas, mesmo os mais particulares e regionais, sendo um jogo de ato voluntário e involuntário. Ou seja, o eixo de verificação da perturbação mental passa para modos específicos da espontaneidade do comportando¹⁷². Consequentemente, de um lado, houve a abertura da psiquiatria sintomatizar, fazendo valer como sintoma da doença; do outro lado, a forma como a conduta foi construída, gerando um registro da doença mental.

Em relação a isso e aos crimes passionais, percebemos um maior distanciamento com a psiquiatria. Se a primeira separação se deu entre uma loucura honrosa e monstruosa,

¹⁶⁹ A história do dispositivo de sexualidade, assim como se desenvolveu a partir da época clássica, pode valer como arqueologia, da psicanálise, desempenhando vários papéis simultâneos nesse dispositivo: é mecanismo de fixação da sexualidade sobre o sistema de aliança; coloca-se em posição adversa em relação à teoria da degenerescência; funciona como elemento diferenciador na tecnologia geral do sexo. Em torno dela, a grande exigência da confissão que se formara há tanto tempo, assume novo sentido, o de uma injunção para eliminar o recalque. A tarefa da verdade vincula-se, agora, ao questionamento da interdição. Ora, isso abria a possibilidade de um deslocamento tático considerável: reinterpretar todo o dispositivo de sexualidade em termos de repressão generalizada; vincular tal repressão a mecanismos gerais de dominação e de exploração; ligar entre si os processos que permitem liberar-se de ambas. Assim se formou, entre as duas guerras mundiais e em torno de "Reich, a crítica histórico-política da repressão sexual. (Foucault, Michel, *História da Sexualidade I* (cit.), p. 122-3).

¹⁷⁰ Arreguy, Marília Etienne, *Os crimes no triangulo amoroso* (cit.).

¹⁷¹ Foucault, Michel, *Os anormais* (cit.), p. 196 -206.

¹⁷² Em suma, uma doença mental é uma disfunção mental prejudicial. O modo como a sociedade categoriza esta forma de doença revela dois factos. Primeiro, tais categorias evidenciam os juízos de valor através dos quais a sociedade considera uma dada condição como negativa ou prejudicial. Segundo, pressupõem como facto estabelecido que tal condição se deve a uma falha no funcionamento normal, natural, da mente; este pressuposto pode estar ou não correto, mas revela em ambos os casos a forma como a sociedade concebe o funcionamento natural (naturalmente programado) da mente humana. (Jerome C. Wakefield, "Para uma definição de doença mental: valores e factos", Tradução de Pedro Urbano, in *Psicologia e justiça*, Coimbra/PT: Almedina, 2008, p. 110-2).

formada pelo poder psiquiátrico do homem, agora o que diferencia os dois é a questão de um estar alocado como um sintoma ou um sinal para a comprovação de doença ou de ser os passionais uma perturbação, mas precisando de todo um conjunto de sintomas para referendar uma perturbação mental.

No primeiro caso, o requisito da emoção, do sentimento que gera um impulso incontrolável, é apenas um sintoma (ou sinal)¹⁷³ dentre outros transtornos mentais. No segundo caso, historicamente o crime passional foi construído como conjunto das patologias passionais delirantes, como psicose passional, compreendida como uma potencialidade passional ou potencial psicótico, como também um quadro nosológico, como a erotomania, o delírio, a paranoia de ciúmes, as psicoses passionais e a “perversão narcísica”¹⁷⁴, sofrendo influência da psicanálise.

A análise dos passionais ainda continua a mesma: analisar, explicar com base na razão e catalogar o sentimento relacionado com os passionais, aplicar o poder disciplinar. Entretanto, começa a criar uma pequena diferença. Em vez de ser explicável a conduta passional da parte do homem por seu poder psicológico, começa a qualificar a conduta penalmente relevante¹⁷⁵, mesmo ainda na busca pela verdade dos crimes passionais.

¹⁷³ Como observado na nota 2, entre sintomas, podemos citar alguns da relação de humor, afeto, emoção (Observamos que são todos sintomas e não perturbações, como também são apenas alguns sintomas). Da relação do humor: o humor é o estado de ânimo fundamental que caracteriza cada indivíduo e que tendem a ser independente dos acontecimentos e contexto, v.g., deprimido (frequentemente em estado de tristeza). Da relação do afeto: denominam-se de afeto os sentimentos que surgem no contexto da interação, seja com pessoas, objetos ou animais. Enquanto o humor vem de dentro, é algo com que se anda, o afeto vem de fora é algo se tem (em relação a algo): há o afeto superficial (diminuição da intensidade), afeto profundo (intensidade do afeto), restrição afetiva. Quando o afeto é o contrário do que determinada situação normalmente desperta, sem que haja qualquer compreensibilidade. No embotamento afetivo há uma perda completa da capacidade em vivenciar afetos. Emoção: as emoções correspondem a um sentimento que surge na interação com pessoas, temos as fobias. Assim, são indissociáveis da ansiedade, e frequentemente confundidas com elas, mas enquanto esta é um estado de apreensão em relação a algo que se imagina ou receia que aconteça sem que haja algo de concreto ou que o justifique na emoção a ansiedade, surge da interação com algo em concreto, contudo a ansiedade tem sido considerada uma emoção por excelência. Perante afetos intensos com um grande componente neurovegetativo, motor e cognitivo, é mais adequado falar de emoções tal como a raiva em relação ao ódio ou paixão em relação ao amor, sendo este um sentido mais severo e tranquilizador. (Valente, José, “Fundamentos de psicopatologia” (cit.), p. 28-30, 33-7).

¹⁷⁴ Para uma análise destas perturbações: Clérambault, Gaetan Gatian de, “Os delírios passionais: erotomania, reivindicações e ciúmes”, 1921 *Revista Latino Americana de Psicopatologia Fundamental*, v. II, n. 1, março, PUC-SP/UNICAMP, 1999, p. 146-155; Lagache, Daniel, *Passions et psychoses passionnelles*. 1936 In *Oeuvres* v. 1. Paris: PUF, 1977; Aulagnier, Piera, *La scène ‘entendu’ et sa mise-em-scène dans la paranoia*. In *Violence de l’interprétation*. Paris: PUF, 1975; Aulagnier, Piera, *Les destins du plaisir: alienation – amour – passion*, Paris: PUF 1979.

¹⁷⁵ Nesse sentido, observar Luiza Nagib Eluf, *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Ponte Visgueiro a Pimenta Neves*, 3.^a edição, Editora Saraiva, 2007; Dourado, Luiz Angelo, “Psicologia Criminal – O crime passional e suas relações com o narcisismo”, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano V, nº 17 – Abril-Junho, 1967.

Indo de encontro ao pensamento de atenuação dos passionais, contribuindo para todo um novo pensamento, Rabinowicz¹⁷⁶ defende que não é o amor afetivo que faz cometer os crimes passionais. Ele parte da premissa de que o amor sexual é aquele que sai do instinto sexual, que se liga à necessidade de evacuação do aparelho genital¹⁷⁷. É desta raiz que brota o que se costuma chamar de amor sexual e que se torna crime passional.

Existe o amor platônico, o amor afetivo, amor sexual e, com eles, o ciúme que nasce dos sentidos e não do amor. É pelo ciúme que os sentidos determinam o amor, seja platônico, afetivo ou sexual. O ciúme liga-se ao sentido de posse no amor sexual; no momento em que há privação dessa posse, há o curto-circuito do ciúme. Os crimes passionais são casos geralmente premeditados, havendo graus desses.

Passo a passo, a busca pela verdade é construída para agravar a conduta do passional na relação em que o homem é visto como dominador e, com a valoração dos fatos, atenuar nos casos da mulher passional. No plano social, a luta pela igualdade de gênero aumenta¹⁷⁸, e a percepção daquilo que é normal na mulher e normal no homem começa a ser reavaliado. O lugar do homem e da mulher torna-se semelhante¹⁷⁹, e os discursos sobre a verdade da sexualidade alteram-se. Entretanto, como em toda regra da forma de poder, há o enfrentamento com outras forças contrárias que, como já descrito, desfazem-se e contradizem-se; nesse caso, seria a verdade construída pelo poder da

¹⁷⁶ Rabinowicz, Léon, *O crime Passional*, Tradução de Fernando Miranda, Arménio Amado Editor: Coimbra, 1951, p. 39, 53, 64-5, 84.

¹⁷⁷ Observamos que este texto foi construído na primeira metade do século XX, mas ainda se constrói uma ideia de instinto no homem, ou seja, um poder psicológico do homem, em que a sua irracionalidade e tratada como fazendo parte do mesmo.

¹⁷⁸ Dentre as transformações culturais com reflexos em sede de neocriminalização, avultam as que se prendem com os movimentos feministas e que impuseram a tendência generalizada no sentido do alargamento do crime de violação, de forma a abranger designadamente a violação no interior do casamento. A década de setenta assistiu, com efeito, a proliferação duma extensa bibliografia sobre a violência das mulheres. As alterações registradas na figura da violação não deixam alias de exprimir as profundas transformações operadas a nível das concepções em matéria de práticas sexuais e levaram a considerar a liberdade e autenticidade da expressão sexual como o único valor digno e carecido de tutela jurídico-criminal. Com reflexos a isso, onde expressões como crimes sexuais ou crimes contra a autodeterminação sexual substituíram as formulas tradicionais de crimes contra os bons costumes, contra a honestidade ou equivalentes. (Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.), p. 438-9).

¹⁷⁹ A violência de certas reações emocionais contra a entrada das mulheres em tal ou qual profissão é compreensível se virmos que as próprias posições sociais são sexuadas, e sexualizantes, e que, ao defender seus cargos contra a feminização, é sua ideia mais profunda de si mesmos como homens que os homens estão pretendendo proteger, sobretudo no caso de categorias sociais como os trabalhadores manuais, ou de profissões como as das forças armadas, que devem boa parte, senão a totalidade de seu valor, até mesmo a seus próprios olhos, à sua imagem de virilidade. (Bourdieu, Pierre, *A dominação masculina* (cit.), p. 114-5).

sexualidade com a verdade da monogamia, da formação da família, da proibição do adultério da mulher¹⁸⁰.

É claro que, por sua vez, o Código Penal de Portugal altera-se com as mudanças sociais de cada época. Na influência do ideário do iluminismo, o código de 1852¹⁸¹ e de 1886¹⁸² entrou em vigor a condenação ao exílio da comarca por seis meses, caso o homem cometesse homicídio ao encontrar sua mulher em adultério (art. 372.º). Há de se pensar que existia uma construção semelhante à da primeira fase dos passionais, porém o art. 39.º, n.º 4 e o art. 370.º do código penal de 1886 possibilitavam a atenuação da conduta com emoção violenta¹⁸³, mesmo com revogação do art. 372.º pelo Decreto-Lei n.º 262/75. Sendo assim, há influência iluminista na segunda fase do crime passional nesse código.

Com o Código Penal de 1982, surgiu o homicídio privilegiado: a atenuação da conduta passional ainda é possível tanto para o homem quanto para a mulher, prescrevendo a punição de um a cinco anos para quem for levado a matar outrem, dominado por compreensível emoção violenta ou por compaixão, desespero ou outro motivo de relevante valor social ou moral, diminuindo sensivelmente a culpa. A Lei n.º 48/95 trouxe alteração no homicídio privilegiado, mas sem excluir a possibilidade dos crimes passionais como atenuante.

Somente com a Lei n.º 57/2007, devido à influência de todos esses poderes aqui descritos, revelou em grau crescente de qualificação ao problema criminal dos maus tratos. O legislador, então, passou a entender que a família deixou de ser incólume ao agravamento no caso de homicídio praticado no seio da relação conjugal. E, nessas mudanças históricas e com o surgimento da Lei n.º 57/2007, começa a consolidar a terceira fase do crime passional: a verificação se há um juízo de valor socialmente condenável, mesmo com a falta da consciência na conduta, e se há seu desvalor penalmente relacionado no tipo penal¹⁸⁴.

¹⁸⁰ O adultério pode dar origem à “*turbatio sanguinis*” quando cometido pela mulher. O que significa a mistura de sangue entre os mesmos parentes, mesmos consanguíneos. O adultério da origem também a desagregação da família, que o Estado tem todo o interesse em conservar, pois constitui a base das sociedades modernas. (Gala, Antônio Augusto de, *Crimes Passionais*, 1934, p. 94 e ss).

¹⁸¹ Secco, Antonio Luiz de Souza Henriques, *Código Penal Portuguez anotado*, 6ª. Ed, 1881.

¹⁸² Código Penal Português, 7ª ed, Coimbra 1919, p. 111.

¹⁸³ Nesse sentido, observar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-06-1980, processo n.º 035906.

¹⁸⁴ Nesse sentido, observar Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-03-2010, processo n.º 1374/07.8PBCBR.C2.S1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-05-2010, processo n.º 517/08.9JACBR.C1.S1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-06-2011, processo n.º

2.4 A BUSCA FINAL PELA TERMINOLOGIA DOS CRIMES PASSIONAIS.

Diante de tudo o que vimos, como descrevermos, formularmos e catalogarmos o crime passional? A primeira coisa que temos que entender é que o crime passional se dividiu de forma compreensiva em três fases. Nenhuma delas seguiu uma linha reta de aplicação, às vezes até poderiam existir as duas fases sendo aplicadas para o crime passional, uma parte voltada para conduta mais censurável e as outras mais atenuantes.

Para essas três fases existirem, precisou existir um discurso da verdade, precisaram existir formas de poderes que, com base no discurso, produziram e produzem, modificaram e modificam a verdade sobre seus próprios poderes. Melhor descrevendo, existiram e existem poderes que são forças inseparáveis de um domínio, em que as forças definem o domínio e as próprias forças se organizam.

O poder da medicina, por exemplo, entre suas diversas áreas e seus diversos poderes (“subpoderes”), relaciona-se a certo domínio, e o seu discurso, ao mesmo tempo, determina seu conteúdo como verdade e se auto-organiza. Nisso, podemos dizer que a neurociência ao mesmo tempo em que descreve, salienta, analisa e, em regra, discursa sobre sua própria área, determina essa área e organiza como produto de verdade, aceito e comprovado socialmente.

Na relação com os crimes passionais, devemos deixar claro que, para todas as suas terminologias, vários poderes se relacionaram e formaram a verdade sobre um domínio. Não é que exista uma verdade única, mas, nos crimes passionais, a verdade *foi e é* construída por poderes que se modificaram ao longo do tempo.

Na primeira fase em si, não existiu o termo crime passional, mas vários fatores sociais repercutiram no código penal da época de forma semelhante a uma atenuação da conduta dos passionais e, ao mesmo tempo, esses poderes repercutiram nas outras duas. Na segunda fase, surgiram outras formas de poder e, pela primeira vez, o termo crime passional também se deu por aquele poder psicológico do homem em sua forma inconsciente. Na terceira fase, ainda em construção na nossa sociedade, as mudanças

88/09.9PJSNT.L1.S1; e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-11-2011, processo n.º 508/10.0JAFUN.S1.

históricas influenciaram para, finalmente, a conduta geralmente ser atenuada ou agravada em certos pontos, isto é, cada fase influenciou a próxima.

No discurso na Idade Clássica, mesmo que a separação de gênero já acontecia anteriormente, foi somente com a base do discurso da idade clássica que ela se intensificou com a regulamentação dos prazeres. Já se notava que era “natural” produzir a superioridade do homem e a inferioridade da mulher, assim como a preocupação com o casamento e com a reprodução. O homossexualismo não era errado, mas existiam algumas restrições, o louco nem de perto era aquela pessoa que estava fora da sua razão.

Com o avanço para o século I d.C., os discursos mudaram e aquelas verdades que víamos no cristianismo foram produzidas antes mesmo de o cristianismo produzi-las. Ao chegar no século IV d.C., o cristianismo concretizou-se socialmente e, em um novo método, começou a produzir a verdade com base no seu discurso.

A pastoral foi a “ferramenta” utilizada pelos cristãos para produzir a verdade. O sexo tornou-se mal visto, o homossexualismo também, e as antigas relações de poder da sexualidade foram reutilizadas no discurso, principalmente a partir da contra-reforma e do Concílio de Latrão. O avanço da história trouxe a inquisição, a soberania, a burguesia, e essas intensificaram o dogma religioso e ainda mais a diferença de gênero.

Do século IV a.C até o surgimento da Revolução Francesa, houve a caracterização da primeira fase dos crimes passionais, que foram a absolvição do homem no caso de sua mulher cometer adultério, e nenhuma terminologia igual da nossa época para os casos passionais. Entretanto, por que razão chamamos de primeira fase? Ora, justamente porque, como já descrito, (1) toda a verdade da primeira fase repercutiu na segunda; (2) o primeiro caso de crime passional, que foi pós-Revolução Francesa, veio de um crime de adultério; (3) certas verdades ainda produzidas na primeira fase ainda repercutem na terceira: a monogamia, a inferioridade da mulher, a importância da família, por exemplo.

A revolução Francesa trouxe novos poderes, novas formas de Estado, e nova forma de verdade sobre o crime passional. A formação do Estado pelo pacto social, a pena como ato consciente e contra a sociedade, o poder disciplinar, o poder psiquiátrico que voltava à sua construção nos atos inconscientes monstruosos, anormais, enfim, aqueles que não são reconhecidos como atos de pessoas normais socialmente constituídas.

O poder da sexualidade tinha novas estratégias e, principalmente, o surgimento do poder psicológico do homem, que surgiu no primeiro júri de homicídio criminal e na

Assembleia Parlamentar, no fim do século XVIII e início do século XIX, fez surgir o que hoje determinamos crime passional. A inconsciência do ato foi justamente construída dentro de um conceito que certas atitudes, ações e pensamentos que fazem parte do homem independente de sua criação social. Com isso, certas condutas do homem que hoje são valoradas negativamente, na época, eram atenuadas.

Da Revolução Francesa até o presente, os poderes se modificaram e foram modificados, foram criados novos poderes e novas verdades que são conscientemente aceitas pelas sociedades. O poder psiquiátrico, influenciado pelo poder disciplinar, pelo poder da sexualidade, pela forma do Estado e por outras infinitas formas de poderes, especificou várias classificações para as perturbações mentais. Foram estudados os sintomas que, juntos, formam perturbações específicas distantes da normalidade social. Também, com o aperfeiçoamento do poder psiquiátrico surgiu a necessidade do internamento e da separação dos membros da sociedade. Antes da Revolução Francesa não havia uma ideia de internamento compulsivo, só em caso extremamente grave.

O poder da sexualidade também se modificou e com o surgimento do pensamento de Freud, a relação familiar tornou-se importante; a proibição do adultério e do homossexualismo continuou como verdade a ser aceita. O poder disciplinar influenciando e sendo influenciado organizou/ organiza e classificou/classifica todo o conteúdo desses poderes e, com isso, buscou-se/ busca-se a verdade única do crime passional.

As justificativas, no começo, desde o Direito Penal clássico, tenta achar um motivo para a atenuação da conduta do homem. Entretanto, com as mudanças sociais, começaram a surgir estudos tentando entender a ação do homem de forma mais censurável. Do conceito de sintomas na psiquiatria até a perturbação em si, os poderes tentaram encontrar uma verdade absoluta.

As mudanças sociais que começaram a surgir no último século modificaram as construções da verdade sobre a diferença de gênero, seja por influência do poder da sexualidade, da psiquiatria, da disciplina, da psicologia ou de qualquer outro poder. Com isso, também elas modificaram o entendimento do crime passional em certa parte. Afinal, o crime passional também *era e é* feito pela mulher, só que a conduta mais censurável se relaciona com aquela que surgiu desde a Revolução Francesa, a do poder psicológico do homem.

Determinadas condutas passionais mais censuráveis não se relacionam com aquela loucura honrosa, nem com uma inimputabilidade, nem com a imputabilidade diminuída pelo menos. Por que razão foi retirado esse entendimento? Será que os passionais deixaram de realizar suas ações inconscientemente? A resposta é não.

Em primeiro lugar, seguindo o entendimento construído, os crimes passionais produzem sua verdade sendo um poder e influenciado por um ou mais poderes. A construção da inconsciência nesses atos é uma construção social do discurso da verdade. Não é que não existam casos de crimes passionais inconscientes, premeditados ou não, ato reflexo de uma emoção violenta ou não. O que existe é a produção da verdade na base da relação social de cada época, sem excluir a possibilidade de uma verdade única.

Entretanto, com a construção social do presente, não estamos aceitando certas ações passionais como casos de inimputabilidade os atos inconscientes e, tentando resguardar os interesses sociais, modificamos nossas leis. Ou seja, por meio de uma política criminal, criminalizamos certas condutas que não são aceitas como condutas de pessoas anormais, mesmo que haja nelas uma inconsciência. Na verdade, como uma metodologia, a própria classificação da emoção deve ser e é denominada pelo tipo penal que ela é valorada. A emoção dos passionais que pode ser valorada no tipo que se encontra no art. 132.º, letra b, por exemplo, é tudo aquilo e só aquilo que é mais censurado no tipo penal e que antes foi requisitado e denominado socialmente como conduta criminosa e pela política-criminal verificada e tipificada em normas penais.

Por isso, começaremos a descrever, no próximo capítulo, que a própria questão da inimputabilidade encontra seu limite, seja por imputabilidade diminuída, seja pela própria inimputabilidade mesmo, no tipo penal específico. Ou seja, as condutas socialmente desvaliosas, do ponto de vista do Direito, recebem um tipo penal específico, mesmo havendo diminuição da capacidade de autodeterminar, podendo ora agravar, ora se qualificar, ora apenas censurar. Nisso, o crime passional serve de exemplo para comprovar a seguir no âmbito do Direito: o legislador, ao pensar na criação do tipo penal, além de fundamentar em certa proteção de bem jurídico e de censurabilidade de certas condutas, também modifica o círculo de possibilidades de aplicação da inimputabilidade.

3 A INFLUÊNCIA DA PARTE ESPECIAL NA PARTE GERAL: O TIPO PENAL, A VALORAÇÃO DE CONDUTAS CRIMINOSAS E AS IMPLICAÇÕES NAS POSSIBILIDADES DE INIMPUTABILIDADE.

Se compreendemos a terminologia dos crimes passionais como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída ao ser humano, mas construída dentro da experiência de interação que a caracteriza, é possível explicar o nosso entendimento sobre a possibilidade de ela ser ou não considerada uma conduta inimputável. Essa possibilidade é auxiliada por uma regra: o tipo penal retira – com a entrada em vigor da sua norma – a possibilidade de as condutas valoradas ao tipo penal serem questões de inimputabilidade. Entretanto, de que forma há a confirmação de tal influência da parte especial na parte geral?

Para responder a esta pergunta, já entendemos que a inimputabilidade tem como requisitos a presunção de uma anomalia psíquica que, no momento da prática do fato, torne incapaz o acusado de avaliar a sua ilicitude ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Por sua vez, a inimputabilidade compreensiva é a presença de uma anomalia psíquica que destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos deste podem por ventura ser explicados, mas não podem ser compreendidos como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade.

Compreendemos que a formação de uma conduta criminosa é construída *na* relação social, mas não só isso; entendemos também que ela se forma e se define como criminosa *pela* relação social. O que é dizer que a criminalidade é um status atribuído a determinados indivíduos, mediante a uma patologia social do criminoso, seja através do discurso de poder que Foucault tão claramente nos explica, seja também por outra ciência que define o ser humano e sua conduta pelas relações sociais.

No mesmo modo, não são só as condutas criminosas formadas socialmente, mas também, *v.g.*, as anomalias individuais descritas pela psiquiatria e a loucura honrosa, pela psicologia do homem. Esses poderes relacionam-se ou enfrentam-se no discurso da verdade, ou seja, a definição entre atos criminosos e não criminosos, normais e anormais,

monstruosos e não monstruosos, encontra no seu labéu, no estigma, no rótulo¹⁸⁵ ou na verdade que se constrói socialmente.

O que é dizer, por um lado, que são os próprios grupos sociais que criam a delinquência ao instituírem regras cuja violação se transmuda em delinquência, ao aplicarem essas regras a grupos ou a características de pessoas e os rotularem¹⁸⁶. Por outro lado, na nossa fundamentação, o homem é uma invenção social¹⁸⁷, cujas datas teóricas o explicam, e seria possível as condutas (passionais ou não) modificarem-se de criminosas para outra classificação, se esses poderes viessem a desaparecer.

Do comportamento criminoso para o mecanismo de controle social, a norma penal pode ser entendida como instrumento para intenções políticas criminais em compreensão funcional¹⁸⁸ da norma. Logo, a norma penal é a expressão dos fins políticos criminais no modo da validade jurídica¹⁸⁹.

¹⁸⁵ A criminalidade tem uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um bem negativo, distribuída desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (Baratta, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do direito Penal, Coleção Pensamento Criminológico Rio de Janeiro, 3 ed, Editora Revan Ltda, 2002, p. 161). Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

¹⁸⁶ Baratta, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* (cit.); Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.).

¹⁸⁷ Foucault, Michel, *As palavras e as coisas. Uma arqueologia das ciências humanas*, Tradução de Salma Tannus Muchail, 8.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 536.

¹⁸⁸ Como também pode ser compreendida pelo objeto da norma, o ilícito, em fundamentação de matriz ontológica (Costa, José de Faria, *O perigo em Direito Penal*. (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas), Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 89 e ss).

¹⁸⁹ De outro fundamento, percebemos que o Direito Penal, a criminologia e a política-criminal se movem e atuam no mesmo plano ou segmento. O Direito Penal é ligado à proteção de valores considerados essenciais em determinado viver comunitário histórico-socialmente enquadrado. O que é dizer: o Direito Penal é o último meio de proteção da comunidade regulado por outras regiões do Direito como sejam o Direito Civil, Administrativo, Internacional. Neste sentido, o Direito Penal terá sempre de apresentar conexões com outras regiões do Direito, pois constitui o último passo do percurso normativo (ele é antes de tudo Direito Público de pórtico constitucional). Direito Penal constitutivo no modo-de-ser social, porquanto o seu fundamento se identifica com o próprio fundamento do processo de humanização. O Direito Penal é, em si e por si, materialmente constitucional do qual o texto da lei fundamental venha limitar o âmbito penalmente relevante e ainda circunscrever as margens de punibilidade. O Direito Penal e o Direito Constitucional são ordens jurídicas fundantes porque tocam ou intrometem-se diretamente com direitos, liberdades e garantias de perceber que a lei fundamental se cruza com determinações normativas de límpida expressão penal. A criminologia, por sua vez, é um conjunto orgânico de conhecimento experimentalmente determinados sobre o crime, a conduta social negativamente relevante e ainda sobre o controle de tal comportamento. A norma penal cristaliza uma determinada situação e sedimenta a resposta repressiva considerada mais adequada à inevitabilidade do fenômeno. Depois de ter sublinhado as correlações estatísticas, de se terem determinado as tendências, entrega-se esse patrimônio de conhecimento ao Direito Penal. A criminologia, observando a realidade, fornece dados empíricos lidos e valorados por um horizonte político-legislativo, não sufragando as

É nesse funcionalismo da norma¹⁹⁰ que se retiram as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal que devem ser determinados e cunhados a partir de proposições e da função políticas criminais. Esta função assinala tais categorias e conceitos, como também define a caracterização política criminal como os limites da punibilidade. Consiste em servir de padrão crítico do direito constituído e constituindo dos seus limites e da sua legitimação¹⁹¹.

Nesse sentido, analisaremos a política criminal em plano social junto à formação da conduta criminosa e tentaremos demonstrar que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui-se, desse modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização. Consequentemente, a questão metodológica interpretativa adquire particular ressonância: quanto a saber até onde o pensamento do problema se relaciona ao pensamento do sistema, sempre observando uma solução justa do caso concreto e adequado ao sistema jurídico-penal¹⁹².

Por isso, em primeiro lugar, tentaremos analisar os fins da expressão “política criminal” nas condutas passionais, observando os tipos penais dos crimes contra a vida. Logo após, fundamentar-nos-emos do Direito Penal para a explicação mais clara da

escolhas políticas-criminais as quais, por último, se traduzem em normas penais que, ao serem aplicadas, vão permitir observar nova realidade da criminologia que produz novos dados, novas tendências valoradas pelo novo horizonte político-legislativo que informará ou confirmará a escolha legislativa anterior e que, desse modo, levará à manutenção da norma positiva ou a uma sua posterior alteração. A norma do Direito Penal é tradução normativa de uma decisão político-legislativa. Através da norma penal o que se pretende é proteger um determinado bem jurídico. A política-criminal deverá ser entendida em uma situação oficial, como a soma de princípios cuja consideração se deve adequar qualquer ato de atividade legislante. (Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 59-70).

¹⁹⁰ Funcionalismo, que é criticado por Castanheira Neves, porque a legitimação da intervenção penal parece estar se afastando da necessária fundamentação axiológica e se aproximando, cada vez mais, de argumentos utilitaristas. Apresenta o político como protagonista absoluto e as leis como meros instrumentos disponíveis à realização da sua intencionalidade. No entanto, a possibilidade de tipificação de condutas com o propósito de satisfazer interesses ou finalidades política criminais, enquanto poder que é, precisa de limites rígidos ao seu exercício. (Neves, Castanheira. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 15-6-34). Daí ele também retira que o princípio da legalidade ou deixou de ser constitutivo de atual direito criminal ou mantém-se dele constitutivo, mas com sentido diferente e requer outra fundamentação. Como também observas outras críticas ao princípio da legalidade, seja no fundamento político, dogmático-jurídico e axiológico-normativo. Para mais informações: Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal” (cit.), p. 63 e ss.

¹⁹¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 33-4.

¹⁹² Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 33-4.

política criminal, em que repararemos aquilo que liga a criminologia dos passionais à sua repercussão no Direito Penal.

Em terceiro lugar, verificaremos *como* determinar o tipo da inimputabilidade, isto é, como realmente a verdade terminológica dos passionais, aplicada a uma política criminal vazada em certos tipos penais, determina o círculo de possibilidades da inimputabilidade nesses mesmos casos. Em seguida, trabalharemos a nossa construção dentro da possibilidade de determinação da inimputabilidade compreensiva com seu dogma penal.

Disso tudo, tentaremos demonstrar mais profundamente que a necessidade de tipificar uma conduta é diretamente ligada a classificá-la como um ato censurável socialmente e, para isso, aceitar o ato como ato de pessoa racional, mesmo em certos pontos de irracionalidade. Tentaremos, também, descrever que há uma dupla verificação de inimputabilidade ao tipo penal no Código Penal, quando ela está no seu mecanismo de produção da norma e quando se aplica a norma penal nos casos concretos pelo judiciário.

3.1 TIPOS PENAIIS: HOMICÍDIO SIMPLES, PRIVILEGIADO E QUALIFICADO.

Antes de observar como o tipo determina a aplicação da inimputabilidade, precisamos entender com quais tipos penais trabalharemos e qual a sua composição. Em primeiro lugar, o crime passionais é aquele homicídio gerado repentinamente na sequência de um impulso emocional súbito (ou não) que está dentro de um conflito amoroso (relação conjugal).

Dessa terminologia e com a valoração dos fatos praticados, somente podemos encontrar os delitos passionais nos casos dos artigos 131.º, 132.º, e 133.º, homicídio simples, qualificado e privilegiado, respectivamente. Melhor descrevendo, pode ser que certos atos passionais causem uma compreensiva emoção violenta, dentro da relação conjugal e, assim, seja atenuada a conduta, como também pode acontecer que esses atos criminais não sejam possíveis de atenuação, mas, sim, de até uma maior censurabilidade da conduta, devendo aplicar o artigo 132.º.

O bem jurídico protegido é a vida de outra pessoa já nascida. A partir do art. 131.º, o crime contra a vida pode ser qualificado (art. 132.º), privilegiado (arts. 133.º, 134.º, 136.º), especializado nas formas de ataque ao bem jurídico (arts. 135.º, 138.º, 139.º),

ou especializado no tipo subjetivo de ilícito e no tipo de culpa congruente (art. 137.º). Entretanto, tudo se passa nas condutas passionais do homicídio simples, qualificado e privilegiado que preenchem todas as formas dos crimes passionais.

Assim sendo, o ato cometido, v.g., pode não ser valorado nos elementos do tipo privilegiado (emoção violenta compreensível, compaixão, desespero ou motivos de valor social e moral) nem de especial censurabilidade ou de perversidade de exemplos-padrões do artigo 132.º, mas ele pode ser considerado homicídio simples, mesmo que encontre diminuída fortemente a sua capacidade de determinação.

O que pode acontecer é relacionar esta diminuição de capacidade com as atenuações especiais na medida da pena descritas no artigo 70.º e seguintes, relacionando-a, assim, com qualquer dos três tipos penais¹⁹³ aqui descritos¹⁹⁴. Nesses casos de medida da pena, as valorações do fato podem não atender a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo do crime, deponham a favor do agente ou contra ele.

Em relação ao artigo 133.º, o privilégio do homicídio é determinado pelo preceito de menor culpa¹⁹⁵ que constitui o denominador comum às quatro circunstâncias privilegiadas: a emoção violenta compreensível, a compaixão, o desespero e os motivos de valor social e moral. Ou seja, as quatro situações privilegiadas somente se aplicam se diminuïrem sensivelmente a culpa. Entretanto, o que temos que entender é se este

¹⁹³ Para mais fundamento entre homicídio qualificado e a aplicação da atenuação na medida da pena: Monteiro, Elisabete Amarelo, *Crime de homicídio qualificado e imputabilidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 178p; Monteiro, Cristina Líbano, “Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Fevereiro de 1992”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 1º, Jan-Mar, 1996, p. 113-26.

¹⁹⁴ Entretanto, devemos deixar claro que não pode acontecer de considerar uma indiferença submeter um caso ao art. 133.º ou antes ao instituto da atenuação especial da pena do homicídio do art. 131.º. Questão é saber se sempre que o juiz considere verificados os pressupostos de que depende o privilegiamento, deve renunciar a uma atenuação especial da pena. O princípio geral de proibição da dupla valoração de que o disposto no art. 71.º-2 e no art. 72.º-3 constituem apenas manifestações, proïbe que o mesmo substrato considerado para integração do art. 133.º seja de novo valorado para efeito de atenuação especial da pena. Mas parece evidente que, para além dos elementos descritos no art. 133.º, podem nos casos convergir outros e diferentes elementos relevantes para uma atenuação especial. Nada impede, nesses casos, que determinada a medida da pena face ao art. 133.º seja depois especialmente atenuada face às regras especiais de determinação da pena contidas nos art. 72.º e 73.º. (Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 133.º. Homicídio Privilegiado, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I. Artigos 131º a 201º. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 81-94).

¹⁹⁵ Se, como ficou exposto, o homicídio se torna privilegiado por força de circunstâncias que atuam ao nível da culpa, então é perfeitamente possível que um coparticipante deva ser punido por homicídio privilegiado, outro por homicídio simples ou qualificado (art. 29.º). (Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 133.º. Homicídio Privilegiado”, *CCCP* (cit.), p. 81-94).

privilégio, dado ao artigo 133.º, parte de uma condição de diminuição da imputabilidade¹⁹⁶, da consciência da ilicitude ou de uma exigibilidade diminuída.

O tipo objetivo do ilícito do artigo 133.º, em primeiro lugar, é matar outra pessoa, seguindo o pressuposto no artigo 131.º, homicídio simples. O dolo na conduta tem que referir ao tipo objetivo: querer matar outra pessoa. Os privilégios não se relacionam com o dolo, não o representam, mas sim com a culpa que é diminuída, na construção majoritária, pela exigibilidade diminuída.

Apesar de existirem construções fundamentando uma imputabilidade diminuída, a doutrina dominante, principalmente depois da reforma de 1995, fundamenta a construção de que a culpa diminuída é pela menor exigibilidade¹⁹⁷. Entretanto, é necessário compreender o que seria este termo. A exigibilidade diminuída (e a inexigibilidade) pode ser compreendida de diversas formas, relacionando-a com uma compreensão dos elementos e da matéria da culpa e até com interpretação do CP.

Entre as suas terminologias para o caso da diminuição da culpa do artigo 133.º, a inexigibilidade, em primeiro lugar, pode ser compreendida como uma prolongação das causas de exclusão da ilicitude, legítima defesa e estado de necessidade. A exclusão tem como regra uma situação externa que representa perigo para bens juridicamente protegidos, a intenção do agente de salvar esses bens, mas a intenção não pode ser censurada penalmente (arts. 33.º e 35.º). Isso é uma regra de desculpa que intervém para levar em consideração situações excepcionais que podem ser obstáculos ao cumprimento da lei¹⁹⁸.

Na redução da exigibilidade, o critério é um pouco diferente. O artigo 133.º reduz a culpa em uma menor exigibilidade do comportamento conforme a lei. Essa redução é assentada em uma conjugação particular de circunstâncias externas e na valoração positiva da motivação do autor. A lei refere-se apenas às diferentes motivações desculpantes,

¹⁹⁶ Sousa e Brito, José de, “Um caso de homicídio privilegiado (Parecer)”, *Direito Penal II. Programa, Bibliografia e Textos de Apoio*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1984, p. 31-70; Ferreira, Amadeu, *Homicídio Privilegiado* (cit.).

¹⁹⁷ Neves, João Curado, “O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, n. 2, 2001, p. 192 ss; Quintela de Brito, Teresa, “Homicídio privilegiado: algumas notas”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 901-930; Palma, Fernanda, *O princípio da Desculpa no Direito Penal* (cit.), p. 234 e ss.; Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 692 e ss.; Monteiro, Cristina Líbano, “Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio”(cit.), p. 113-126.

¹⁹⁸ Ou seja, a exclusão da culpa, bem entendido, subsidiaria em relação à exclusão da ilicitude que resultaria de o ato de defesa não ser excessivo ou o perigo ter sido defendido dentro das condições enunciadas nas letras do artigo 34.º. (Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 649 e ss).

estando a sua base objetiva expressa, nomeadamente, na exigência de que se verifique uma diminuição sensível da culpa¹⁹⁹. Ou seja, a compreensão dos elementos do artigo 133.º é que forma as próprias medidas para redução da culpa do agente, conforme descrito na lei.

A exigibilidade, pelo entendimento de Figueiredo Dias²⁰⁰, compreende-se como um comportamento adequado ao direito, sendo causa de exclusão de culpa. Haverá inexigibilidade se, entre uma censura externa-objetiva e a personalidade do agente, houver uma desconformidade, na medida em que a pressão exterior à pessoa impeça a realização de um comportamento adequado ao direito. Logo, a exigibilidade diminuída ficará ao reconhecimento de que, naquela situação (endógena e exógena), também o agente normalmente fiel ao direito (conformado com a ordem jurídico-penal) teria sido sensível ao conflito espiritual que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão, no sentido de lhe ter sido estorvado o normal cumprimento das suas intenções.

Entre os elementos desse tipo, a compreensível²⁰¹ emoção violenta é um forte estado de afeto emocional provocado por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e a qual também o homem normalmente fiel ao direito não deixaria de ser sensível. Trata-se, na verdade, de um entendimento objetivo que verifica a gravidade ou o peso da emoção que estorva o cumprimento das intenções normais do agente e determinada por fato que lhe é imputável²⁰².

A compreensão pode ser relacionada só com a emoção violenta ou não, sendo, assim, uma exigência para todos os elementos. Claro agora é que a compreensão se relaciona ao (s) elemento (s) do tipo emocional e não relaciona com o homicídio, em que implica saber a razão da existência da emoção com base do homem fiel ao direito. Se for possível ser censurado por causa da emoção, a compreensibilidade não é válida.

Entretanto, a compreensibilidade também pode ser entendida como grau entre a simples compreensibilidade e a desculpabilidade²⁰³, ou como poder estabelecer um juízo

¹⁹⁹ Neves, João Curado, “O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça” (cit.), p. 175-217.

²⁰⁰ Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), pp 610-613; Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 133º. Homicídio Privilegiado”, *CCCCP* (cit.), p. 89.

²⁰¹ Para outro entendimento: Palma, Fernanda, *O princípio da Desculpa no Direito Penal* (cit.), p. 235 e ss.

²⁰² Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 133º. Homicídio Privilegiado”, *CCCCP* (cit.), p. 91-4.

²⁰³ Trata-se aqui de compreensão e de desculpa da emoção e não do fato. A identificação entre violência compreensível e culpa diminuída surge ainda mais nítida quando se constata que este autor inclui na compreensibilidade a averiguação sobre se e em que medida o agente teve culpa da sua própria emoção e a compreensão dos motivos. Compreensão esta que, porém, dissocia de uma valoração positiva desses motivos,

de culpa diminuída face às capacidades do agente para não praticar o fato ilícito²⁰⁴. Também compreensibilidade como razão da sua existência, sua origem, numa verificação de plausibilidade e não do valor ético ou jurídico de tais motivos²⁰⁵, ou como perspectiva de um observador objetivo, correspondente ao tipo social do agente²⁰⁶.

No elemento do tipo desespero, muitas vezes confundida com a emoção violenta, estará em causa a situação de falta de esperança na obtenção de um resultado ou de uma finalidade, mas está sobretudo em causa a angústia, a depressão ou a revolta. Elas se arrastam com o tempo e acabam por levar a acreditar que não há outra saída senão o cometimento do crime que, ligado à forte pressão psicológica exercida sobre o agente e aos obrigatórios termos: “humilhação prolongada” a “tirania doméstica”²⁰⁷.

O que é claro, no momento do fato, é que o desespero tem que diminuir a culpa e sem estar presente obrigatoriamente a situação psíquica de desespero. Ou seja, o artigo 133.º considera relevante o quadro da vida em que o agente se encontrava quando cometeu o homicídio e não apenas exige que a ação seja com base no desespero, mesmo que esta situação se verifique²⁰⁸.

Na compaixão, o ponto que se acentua é determinado por um propósito solidário de aliviar ou poupar a vítima do sofrimento insuportável que ela se encontra. Para a sensível diminuição da culpa não basta a avaliação objetiva da compaixão, é necessário que a compaixão domine o agente, levando-o a vencer as barreiras éticas inerentes à proibição de homicídio²⁰⁹.

em termos sociais ou morais. (Sousa e Brito, José de, “Um caso de homicídio privilegiado (Parecer)” (cit.), p.21-70).

²⁰⁴ Ferreira, Amadeu, *Homicídio privilegiado* (cit.), p. 146.

²⁰⁵ Quintela, de Brito, Teresa, “Homicídio privilegiado: algumas notas” (cit.), p. 901-30.

²⁰⁶ Quintela, de Brito, Teresa, “Homicídio privilegiado: algumas notas” (cit.), p. 901-30.

²⁰⁷ Ferreira, Amadeu, *Homicídio privilegiado* (cit.), p. 68 e ss.; Monteiro, Cristina Líbano, “Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio”(cit.), p. 113-126. Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 203 e ss.

²⁰⁸ O desespero só pode tornar menos exigível um comportamento conforme o direito, em função da não reprovabilidade ou, mesmo, da relevância humana, ética ou social dos motivos que orientam o agente e da correspondência de tais motivos a um quadro de vida tão grave que ponha causa a própria dignidade humana do autor. (Quintela, de Brito, Teresa, “Homicídio privilegiado: algumas notas” (cit.), p. 901-30).

²⁰⁹ Só a pressão intolerável que a situação em que assenta a compaixão exercer sobre o agente, pode justificar uma tão grande atenuação da pena. Aqui estamos já no domínio da culpa que é sensivelmente diminuída de forma autónoma e não como mero reflexo da menor ilicitude. Portanto, também aqui, é sensível diminuição da culpa do agente o fundamento do privilegio. Distingue-se das situações que em termos objetivos, independentemente das concepções do agente. (Ferreira, Amadeu, *Homicídio privilegiado* (cit.), p. 146-8). Quintela, de Brito, Teresa, “Homicídio privilegiado: algumas notas” (cit.), p. 901-30.

O motivo de relevante valor social e moral²¹⁰ costuma incluir o duelo contra a honra, o caso de adultério, o tiranicídio, o homicídio de um delinquente perigoso ou o homicídio da filha pelo pai (em caso de uso de drogas ou sua prostituição). Todos os motivos da manutenção da família, da monogamia, da honra do homem relacionando esta norma como mais um dispositivo do poder.

Na questão de homicídio qualificado²¹¹, o legislador português separou sua qualificação em duas partes. A segunda parte exemplifica a primeira sem delimitar a possibilidade de outros casos de qualificação. A primeira parte tem uma cláusula geral, especial censurabilidade ou perversidade, e a segunda indica circunstâncias ou elementos ao fato ou ao autor que exemplificam sua qualificação, através da técnica chamada exemplos-padrões.

Semelhante ao homicídio privilegiado, o homicídio qualificado relaciona-se com o tipo de culpa, mesmo que certos elementos das letras do artigo 132.º-2 não contenham uma atitude desvaliosa do agente. Não é a segunda parte deste artigo o determinante da agravação, antes ela é mediada sempre por outro mais acentuado o desvalor da atitude: a especial censurabilidade ou perversidade do agente, isto é, o especial tipo de culpa do homicídio agravado²¹².

É preciso deixar claro que, para aplicar o artigo 132.º, a censurabilidade e a perversidade têm que estar esclarecidas. Ou seja, a aplicação da segunda parte não só por si comprova a conduta qualificada. Entretanto, com a comprovação da primeira parte, até torna possível uma analogia com a segunda parte (o padrasto, no caso da relação como pai, v.g.)²¹³.

O artigo 132.º-2 atribui estatuto de exemplo-padrão que se divide em doze formas exemplificativas. A primeira, a letra a, aponta como circunstância de o agente ser

²¹⁰ Neste caso, observar as decisões do STJ: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-06-1987, processo n.º 039009; e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-01-1998, processo n.º 97P1255.

²¹¹ A contribuição de cada um dos agentes para o fato tem de ser valorada autonomamente, enquanto fundamentadora ou não de uma especial censurabilidade ou perversidade do agente respectivo. Caso concorram os elementos constitucionais de mais de um exemplo-padrão, ambos com relevo para a qualificação da atitude do agente como especialmente censurável ou perversa, um tal concurso só poderá ter efeito se deve tê-lo na determinação da medida da pena. (Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 133º. Homicídio Privilegiado”, *CCCP* (cit.), p. 81-94).

²¹² Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132º. Homicídio Qualificado”. *In Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, 2 ed, Tomo I, Artigos 131º a 201º. Coimbra: Coimbra Editora. 2012, p. 47-80.

²¹³ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

descendente ou ascendente, adotado ou adotante da vítima, mas pode ser afastado em caso de existirem motivos para atenuar: dominado pelo desespero exemplificado no homicídio privilegiado. O artigo 132.º-2, letra b, atribui a morte sobre cônjuge, ex-cônjuge, esposa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga a dos cônjuges ainda que sem coabitação ou contra progenitor de descendente comum em 1º grau.

Assim, o homicídio cometido no domínio familiar conhece a possibilidade de qualificação tanto no contexto das relações filiais, já previstas na letra a, como agora também das relações conjugais por via desta letra b, introduzida pela revisão de 2007 do CP. O efeito qualificador conferido às circunstâncias da vítima ser cônjuge do agente ou de com ele manter relação análoga, independentemente da natureza heterossexual ou homossexual da relação, decorre de uma exigência intensificada de respeito pela vida do outro com quem se resolveu constituir família ou formar uma comunhão de vida. A morte do cônjuge ou do companheiro comporta, em regra, uma quebra radical da solidariedade que é, em princípio, devida pelo agente à vítima²¹⁴.

O artigo 132.º-2, letra c, trata de praticar o fato contra pessoa particularmente indefesa em relação à idade, deficiência (física e ou psíquica), doença ou gravidez. A estrutura valorativa deste exemplo-padrão liga-se, de forma clara, à situação de desamparo da vítima em razão acima referida, independentemente do caráter insidioso ou não do meio utilizado para matar²¹⁵.

O artigo 132.º-2, letra d, traduz-se no agente empregar tortura ou ato de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima. Isto é, o agente se servir de uma forma de atuação causadora da morte em que o sofrimento físico ou psíquico infligido, pelo ato de matar ou pelos atos que o antecedem, ultrapasse sensivelmente, pela intensidade ou duração, a medida necessária para causar a morte, com a precisão, em todo o caso, de que o ato de crueldade tem de ter lugar para aumentar o sofrimento da vítima: meio/fim²¹⁶.

O exemplo-padrão constante da letra e, diferentemente do que sucede com os anteriores, é estruturado com apelo a elementos estritamente subjetivos, relacionados com a especial motivação do agente. A avidez significa a satisfação de um desejo ilimitado de

²¹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

²¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

²¹⁶ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

lucro (em último termo, econômico) à custa de uma desconsideração brutal da vida de outrem pelo prazer de matar²¹⁷.

O artigo 132.º-2, letra h, constitui praticar fato juntamente com pelo menos mais de duas pessoas ou utilizar meios particularmente perigosos ou que se traduza na prática de crime comum²¹⁸. Os termos da letra i relevam para a qualificação a circunstância do agente utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso. Ao estabelecer como exemplo-padrão a ação com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou de ter persistido na intenção de matar por mais de 24 horas.

A letra j estabelece o agir com premeditação, entendendo-se pela frieza de ânimo, pela reflexão sobre os meios empregados ou pelo protelamento da intenção de matar por mais de 24 horas. Confere com isso efeito qualificador à tradicionalmente chamada circunstância da premeditação, mas cujo conceito é agora omitido. Por fim, o artigo 132.º-2, letra l, corresponde à eventual agravação contra a autoridade pública e entidades análogas e o art. 132.º-2, letra m, corresponde à eventual agravação de autoridade pública²¹⁹.

O que o aplicador tem que fazer é tão só – como sempre sucede em matéria de dolo – partir da situação tal como ela foi representada pelo agente. E, a partir dela, questionar se a situação, tal como foi representada, corresponde a um exemplo-padrão ou a uma situação substancialmente análoga; em caso afirmativo, se ela é susceptível de revelar uma especial censurabilidade ou perversidade do agente²²⁰.

Mesmo exemplificando os tipos penais que se relacionam com os casos passionais, ainda é preciso aprofundar nossa construção metodológica. Os tipos penais específicos tratados aqui com seus elementos são fundamentais, na verdade, para aquilo que o princípio da legalidade impõe na interpretação jurídica²²¹: o texto legal é carente de

²¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132.º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

²¹⁸ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132.º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

²¹⁹ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132.º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

²²⁰ Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132.º. Homicídio Qualificado”, *CCCP*, (cit.), p. 47-80.

²²¹ No entendimento de Castanheira Neves, a interpretação jurídica-penal, ligado ao princípio da legalidade obviamente, possui certas condições (diferente da compreensão funcional da norma): A primeira condição é que a incriminação concretamente imputada haverá de ter fundamento numa pressuposta norma criminal positiva. Entendendo-se, evidentemente, por essa norma criminal positiva o conjunto de todos os pressupostos legais, especiais e gerais, da incriminação punitiva. Uma segunda condição, essa já dogmática em sentido estrito. Há aqui a reelaboração dogmático-jurisprudencial com base na análise doutrinal, e apoiada na experimentação oferecida pela prática, dos tipos de incriminação que os compreenda na unidade normativo-hermenêutico. Ou seja, a segunda condição tem uma estrutura de uma variação real, intencional

interpretação, oferecendo as palavras que o compõem, segundo o seu sentido comum e literal, quadro de significações dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação²²².

Se está distante desta interpretação permitida, o aplicador encontra-se inserido já em uma analogia proibida, sendo que tal quadro é limite da interpretação admissível em direito penal. A interpretação tem que ser teleologicamente comandada à luz do fim almejado pela norma; e por outro que ela seja funcionalmente justificada adequada à função que o conceito assume no sistema²²³. Por isso, agora passaremos a analisar os requisitos necessários para a correta vigência material da lei penal e de seu fim: a política-criminal e o bem jurídico que se protege nestes tipos penais.

3.2 COMPREENSÃO FUNCIONAL DA NORMA: BEM JURÍDICO E POLÍTICA CRIMINAL.

conexão de elementos constitutivos como possibilidades especificantes. Ao mesmo tempo, segunda etapa centrada num particular relevo a consideração do bem jurídico tutelado, onde também não só se devem determinar todos os elementos típicos na perspectiva intencional desse núcleo, como também determinar os elementos típicos assim determinados. Elementos esses cumprirão menos uma função de conceitual (representativamente descritiva) do que categorial (transcendentalmente funcional), sendo que será estável a intencionalidade normativa objetivada no tipo, mas já não serão fixos os modos e os limites de realização dos elementos típicos. Tal reelaboração dogmática determina institucionalmente (dogmático-institucionalmente) e estabiliza em modelos normativo-rationais de sistemática compreensão e realização típica da norma penal. Eliminada assim a mediação judicativo-decisória concreta e a sua constitutiva determinação *a posteriori*, mas veem-se esta submetidas a um novo controle, o dogmático-institucionais. Só que poderá estar-se perante um resultado interpretativo que o tipo não possa ser invocado nos termos dogmáticos referidos, mas há um critério dogmático complementar que permita ainda controlar esses casos suscitados pela intencionalidade típica: a terceira condição designada adequação sistemática. A ideia básica da terceira condição é igualmente a de admitir a relativa autonomia interpretativo-concretizadora do julgador, mas excluindo-lhe simultaneamente a possibilidade de posições arbitrárias através de uma particular vinculação ao sistema. Assim a possibilidade de dar a expressão de uma característica do delito uma significação que divirja do seu anterior uso jurídico-criminal, será limitada pela exigência de que o resultado só possa adequar sistematicamente e pela exigência de que a fundamentação não possa pôr em causa o sistema no caso de vir a ser utilizada para a solução de outros problemas de interpretação. Condição essa que se especifica na continuidade sistemática ser a não obrigação do interprete em manter nesta continuidade, embora deva partir das significações típicas usuais, podendo antes imputar novas significações às características do tipo, se tanto for justificado por um diferente contexto significativo, levando em conta a repercussão dessa nova decisão para o sistema. Especifica também em toda a valoração não compatível com o sistema ser arbitrária, na igualdade de tratamento ou valoração para casos análogos e no caráter decisivo de a interpretação generalizável deverá ser adequada a dar solução ao problema do que ele tem de essencial. Ao que se acrescenta uma quarta condição, a garantia que o controle jurisprudencial de unidade do direito a que é chamado Supremo Tribunal de Justiça, numa material unidade do direito que, sem impedir as particularidades exigências da concretização jurisprudencial, se constitua com o objetivo de submeter essa concretização a critérios prévios de enquadramento e controle (Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal” (cit.), p. 157-164).

²²² Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 188-190.

²²³ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 188-190.

Já sabemos que a política criminal se fundamenta nos próprios conceitos do sistema e que ela é a expressão daquilo que se encontra vigente no Direito Penal. Nos casos passionais, os tipos penais do homicídio simples, privilegiado e qualificados são a tipificação destas condutas. Ao passo que há uma censura maior em certos casos passionais, por causa da preocupação do Estado na relação conjugal, e como também pode haver uma censura menor como na questão das condutas privilegiadas.

A política criminal empregada para defesa deste bem jurídico protegido não é livre a escolha do legislador, ela deve seguir certos requisitos. Neste contexto, a norma deve ser compreendida do problematismo próprio de cada situação da vida que há de se partir para determinação da totalidade normativa²²⁴.

Por isso, a política criminal tem, em regra, plena autonomia das outras ciências criminais; é trans-sistemática relativa ao Direito Penal, intra-sistemática relativa à concepção do Estado e imanente ao sistema jurídico-constitucional. Portanto, as ciências criminais devem ser fundamentadas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou positivados pela Constituição Democrática do Estado²²⁵.

A política criminal exige do Direito Penal que somente ele intervenha quando houver lesões insuportáveis das condições comunitárias, essências de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem²²⁶. Essas lesões se encontram dentro da defesa do bem jurídico, definido como a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou na integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso²²⁷.

Não só isso, mas, se há a intenção de tornar a noção de bem jurídico²²⁸ político-criminalmente útil, ele deve ser intra-sistemático ao sistema social e jurídico-

²²⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, Separata de: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1. 1983, p. 8-11.

²²⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro” (cit.), p. 8-11.

²²⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro” (cit.), p. 11.

²²⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 114.

²²⁸ Bem jurídico também pode ter vários outros entendimentos, mas, para Faria Costa, bem jurídico pode ser compreendido como pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal. (Costa, José Francisco de Faria, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica* (ou o retorno a limpidez do essencial), Seminário Internacional de Direito Penal, Universidade Lusfada, 2000, p. 18). E a relação Constituição e Direito Penal pode ser resumida na

constitucional²²⁹ e transcendente ao sistema jurídico-penal²³⁰. A existência do bem jurídico, logo, necessita de um valor jurídico-constitucional reconhecido em nome do sistema social.

A ordem jurídico-constitucional relaciona-se com a ordem jurídico-penal de forma de analogia material no termo de correspondência entre sentido e fins da norma. A correspondência constitui a ordem jurídico-constitucional como quadro de referência e, simultaneamente, como critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado²³¹.

Bens jurídicos e políticas criminais são ligados ao princípio da dignidade penal e da necessidade (carência) da tutela criminal²³². Ou seja, o conceito material de crime vem

seguinte forma: A lei constitucional vincula o legislador a um universo normativo, ao qual têm que ficar submetidas as infrações resultantes do exercício ilícito dos direitos de liberdade de expressão e de informação, qual seja: o universo formado pelos princípios gerais de Direito Criminal. A ordem constitucional forma-se e fundamenta-se em pluralidade de normas com valores muitos diferentes. Mesmo elegendo os valores mais fortes ou mais densos (o chamado núcleo duro da normatividade constitucional), não determina essa eleição, inapelavelmente, uma imposição de criminalização para o legislador ordinário, enquanto medida protetora daqueles mesmos valores. O que vale dizer que, se virmos as coisas de outro ângulo, não há coincidência entre os valores protegidos pela ordem constitucional e os que o Direito Penal protege. Há, por conseguinte, aqui, curvas de diferença que ressaltam da indiferença que também existe. Assim, o Direito Penal não tem que ficar adstrito ou acorrentado, de um modo positivo, à ordem de valores jurídico-constitucionalmente protegido, ainda que esta deva ser encarada como uma orientação importante (essencial), mas já não exclusiva para o legislador penal. Isso tem repercussões em dois patamares: o da justificação e o da sistematização. Por um lado, se o Direito Penal não sancionar um determinado comportamento que viole um certo bem jurídico-constitucionalmente protegido, essa omissão nada tem de inconstitucional, o que equivale a rejeitar, como regra, os imperativos constitucionais de criminalização. Por outro lado, são pensáveis, ainda que a título excepcional, situações de tutela penal de bens jurídicos outros que não os constitucionalmente protegidos. Mesmo no caso de o ordenamento penal vir a proteger bens jurídicos, também eles merecedores de dignidade constitucional, o certo é que aquela proteção jurídico-penal faz-se através de uma autônoma ponderação, cujo limite de autonomia só tem que se encontrar na não violação material de outros valores ou princípios constitucionais integrados na unidade da ordem jurídica global. (Costa, José de Faria, *Direito Penal Especial*. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial, Coimbra: Coimbra Editora. 2007, p. 33-4).

²²⁹ O legislador constitucional pode apontar expressa necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Se inexistirem tais injunções constitucionais expressas da exigência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais, não se pode deduzir, sem mais, a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam, porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena. (Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 129-30).

²³⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal, Sobre os fundamentos da doutrina penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 45-6.

²³¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal* (cit.), p. 45-6.

²³² Percebemos, então, dois princípios da legitimidade de intervenção penal: princípio da dignidade penal que realiza a valoração e o princípio da carência de tutela penal que realiza a utilidade e a eficácia. Entretanto, tais categorias não são pacíficas. Por um lado, há aqueles que defendem autonomia entre o juízo de dignidade e de carência de tutela penal; por outro lado, há os que indiciam uma mais intensa relação entre estes dois juízos. Uns autores unem a dignidade do bem à danosidade social da conduta na mesma categoria; outros

resultar da função atribuída ao direito dotado de dignidade penal (de bens jurídico-penais); ou, o que é dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena. Bens jurídicos nos quais afinal se concretiza e se limita a noção sociológica fluida da danosidade ou da ofensividade sociais supra aludida²³³.

Em primeiro lugar, a dignidade penal pode ser classificada na expressão de intolerabilidade social dentro de valores ético-sociais de uma conduta na perspectiva da sua criminalização e punibilidade. Mas não só isso, a dignidade penal e a necessidade da tutela criminal funcionam e organizam a punibilidade estatal em certos planos²³⁴ categoriais.

No plano trans-sistemático, a dignidade penal assegura eficácia à norma constitucional, porque só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal. No plano axiológico-teológico, o juízo de dignidade penal valora a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial (e gravosa) danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos. No plano jurídico-sistemático, a dignidade penal torna-se o meio de separação entre o ilícito penal e outros ilícitos jurídicos, distinguindo e atualizando qualitativamente estes àqueles ilícitos.

No plano sociológico, em seu último termo, o juízo de dignidade penal implica um liminar qualificado de danosidade ou de perturbação (e abalo) social²³⁵ de uma conduta. Ao mesmo passo, pode ser definido como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de uma criminalização e punibilidade.

ligam a necessidade e a danosidade social, aprofundando-as na necessidade de tutela penal e o merecimento da pena, identificando-as com casos de elevada danosidade social. (Andrade, Manuel da Costa, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 2, abr.-Jun, 1992, p. 173-205).

²³³ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 114.

²³⁴ Andrade, Manuel da Costa, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” (cit.), p. 173-205.

²³⁵ O problema da danosidade social deve ser reconduzido a uma ideia de dignidade de tutela, uma vez que diz respeito ao referido grau de intolerabilidade social, tendo por referentes, por um lado, o grau de importância dos valores em causa, os efeitos de determinado comportamento no âmbito social em relação a esses mesmos valores. Embora, para sua determinação, seja imprescindível uma análise empírica sobre os efeitos das condutas, a determinação da danosidade social tem que se reportar constantemente aos valores considerados essenciais para uma comunidade e o juízo final que se faz é um juízo de dignidade de tutela, não da sua necessidade – é um juízo sobre a perturbação grave dos bens considerados essenciais para o desenvolvimento da vida do homem em comunidade. (Cunha, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da, *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1995, p. 195 e ss).

Daí as diversas expressões da dignidade penal: perturbação gravosa da ordenação social da comunidade, sensível perturbação da paz jurídica, conteúdo do ilícito suficientemente massivo do comportamento socialmente perturbado, desvalor efetivamente gravoso, lesão do bem jurídico especialmente gravosa²³⁶. Seja qual for a terminologia da dignidade penal, o que é certo é que a questão da intolerabilidade social da pessoa ou do coletivo sobre certa conduta é aquilo que liga a criação da norma com o fato censurável e, na sua própria denominação, como conduta racional e punível.

Afinal, quando uma conduta é considerada penalmente censurada, este fato é uma conduta fundamentada para um tipo de indivíduo socialmente aceito como capaz de cumprir as regras sociais, de respeitar o pacto social. Ou, no entendimento de Figueiredo Dias²³⁷, o direito fica legitimado a fazer exigências a certos valores da personalidade supostos pela ordem jurídico-penal. O que quer dizer, já brevemente, que a censura dada ao tipo não só descreve uma conduta, mas descreve e define como conduta normal ao direito que não pode ser questão de inimizabilidade.

Por sua vez, a necessidade (carência) de tutela criminal, no plano trans-sistemático²³⁸, empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal da expressão ao princípio de *subsidiariedade* e *última ratio* do Direito Penal. Sendo este princípio parte daquele, é necessário ainda recorrer da necessidade de tutela criminal a violação de que um bem jurídico-penal acarrete na impossibilidade da livre realização da personalidade de cada um na comunidade²³⁹.

²³⁶ Andrade, Manuel da Costa, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” (cit.), p. 173-205.

²³⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal* (cit.), p. 155 e ss.

²³⁸ No plano normológico, a carência de tutela penal pode ser descrita como norma de sanção, enquanto a dignidade penal pode ser denominada norma de valoração. No plano semântico, é possível distinguir estas duas regras em uma construção axiológica e funcional. (Andrade, Manuel da Costa, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” (cit.), p. 173-205).

²³⁹ Esta conclusão conduz, por um lado, a uma correta solução da questão da legitimação do direito de punir estatal: esta provém muito simplesmente da exigência – já claramente inscrita no paradigma do contrato social – de que o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdade que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade. Por outro lado, a regra do Estado de Direito Democrático, segundo a qual, o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros ou da comunidade enquanto tal. Ainda, por outro lado, o caráter pluralista e secularizado (laico) do Estado de Direito contemporâneo, que o vincula a que só utilize os seus meios punitivos próprios para tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentais. É só isto – mas também tudo isto – que quer significar o art. 18.º-2 da CRP ao dispor que as restrições de direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. E que quer significar o CP português, na versão de 1995, quando no seu art. 40.º estatui, em total consonância com o referido normativo constitucional, que a

Essa regra deriva sempre do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo. O Direito Penal é o meio mais oneroso para o cidadão e, por isso, ele só pode intervir nos casos em que os outros meios da política social sejam insuficientes e inadequados para resolver certos casos. Conseqüentemente, tal carência torna a tutela penal adequada e necessária à prevenção da danosidade social e torna a punição desproporcionada de lesões sociais. Ou seja, há uma dupla valorização: um juízo de necessidade, por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal e um juízo de idoneidade do Direito Penal para assegurar a tutela e para fazer a margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos²⁴⁰. Quando a proporcionalidade, em sentido amplo, não é respeitada, há um sério risco de violação do princípio da proibição de excesso e da subsidiariedade²⁴¹.

Todas essas regras representam aquilo que torna sucessível criminalizar. Conduta esta censurável, sucessivamente, pois implica em uma dada representação da realidade social da conduta a criminalizar/descriminalizar, das suas manifestações típicas, do enquadramento ambiental e interativo, do grau de danosidade social, bem como de um juízo prognóstico sobre as possibilidades e alternativas de controle social²⁴².

Ao mesmo tempo, as regras e as condutas condizem em uma proposição político-criminal²⁴³ fundamental: a eficácia da criminalidade, dentro de cotas socialmente suportáveis, deve ser de mínima intervenção só para assegurar as condições essenciais de funcionamento da sociedade. A esta proposição se dá o nome de princípio da não-intervenção moderada²⁴⁴.

Em consequência, a dignidade penal e a necessidade de tutela penal tornam inaceitável a tutela penal de mera violação moral, social ou ideológica (princípio da imanência social)²⁴⁵ e de violações de meras ordenações que, assim, não agregam uma

aplicação de penas e de medidas de segurança visa à proteção de bens jurídicos. (Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.), p. 407-8).
Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 57 e 123).

²⁴⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 57.

²⁴¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 58.

²⁴² Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 128-30.

²⁴³ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 128-30.

²⁴⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 131.

²⁴⁵ No estado delineado pela constituição de 1948 – um estado pluralista, laico e inspirado em valores de tolerância no qual todo o poder estadual emana do povo soberano que reconhece no homem o valor da dignidade e um conjunto de direitos invioláveis – num estado desta natureza, dizíamos, o direito penal não pode perseguir fins transcendentais ou éticos; não pode degradar o homem à condição de mero objeto de

autêntica lesão do bem jurídico. Do mesmo modo, elas tornam inaceitável a postulação penal sem valores ou interesses que não contam com o apoio generalizado da comunidade.

Se parte do descrito da política criminal e do bem jurídico forem desta forma reconhecidos como válidos, aquilo que se busca na ordem social, seja pela danosidade da lesão cometida, seja pela perturbação gravosa da ordenação social da comunidade, seja pela sensível perturbação da paz jurídica, seja pelo desvalor efetivamente gravoso de uma conduta e seja, principalmente, pela lesão insuportável das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem, é o que liga à denominação de uma conduta como criminosa.

Melhor dizendo, a conduta que socialmente não é aceita como um fato apto para o meio social, além de ser censurável e possível de serem puníveis através de uma política criminal e dos requisitos da proteção do bem jurídico, já recebe a denominação de uma conduta racional e não “anormal” no meio social. O que quer dizer que, com a criação do tipo penal, devido ao princípio da legalidade criminal²⁴⁶, o fato valorado a esse tipo concretiza aquilo que já se considerava anteriormente como uma conduta normal e censurável socialmente. Com base nisso, tentaremos provar que o tipo delimita as possibilidades de inimizabilidade ao fato de já serem classificadas e tipificadas como condutas criminosas.

3.3 CONDOTA CRIMINOSA, TIPO PENAL E AQUILO QUE SE DENOMINA COMO PUNÍVEL: A PRIMEIRA VERIFICAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE ATRAVÉS DE UMA CONDOTA FORMADA COMO CONDOTA CRIMINOSA.

Com a tipificação de certa conduta valorada, percebemos que o fato socialmente censurável se liga a uma política criminal e à criação da norma penal com base da proteção do bem jurídico, desvalorando um resultado e até a forma que se obtém tal resultado. A conduta criminosa, antes de ser tipificada (requisito do princípio da legalidade), passa por

tratamento pelas suas presumíveis tendências antissociais, nem pode fazer assentar o crime em meras atitudes interiores ou na vontade pura e simples – de qualquer maneira manifestada – de desobedecer às leis. O único modelo de direito penal compatível com a constituição italiana é, portanto, aquele em que o direito penal é instrumento de proteção de bens jurídicos; e o único modelo de crime é aquele cujo centro se situa na ofensa a um bem jurídico. (Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 132).

²⁴⁶ Para definição do princípio da legalidade: Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 177 e ss. Para crítica desta construção: Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal” (cit.).

aquilo que pode ser descrito, em suas diversas formas, como um fato que causa lesão ou perturbação (abalo) social, invocando uma política criminal e uma possível tipificação, conforme já descrito.

Ao considerar um fato como criminoso, gerando, assim, atenção para um possível abalo a um bem jurídico, ou melhor, uma atenção ao sistema de punição do Estado, a conduta não apenas requer uma ação do Estado, mas também é denominada como uma conduta criminosa (racional) para possível punição penal. Entretanto, não se pode esquecer que a realidade do crime não deriva exclusivamente de certos comportamentos, ela tem de ser completada também pela referência aos processos sociais de seleção do crime²⁴⁷.

Seleção essa que se envolve dentro das forças de pessoas em grupos destinados a manipular o conteúdo e a direção da própria lei. Como também seleção que é modificada dentro da pressão maior ou menor da pessoa sobre a condução do processo formal de controle, podendo ligar sobremaneira ao estatuto econômico-social do interessado, e até a resistência da pessoa ao enfrentamento ao processo²⁴⁸. Ao mesmo tempo que tal seleção se envolve na criação e aplicação da lei, o poder sobre a verdade toma corpo nos aparelhos estatais e se transforma em mais dispositivos de poderes dentro de suas próprias estratégias de legitimação.

À tais fatores que implicam a formação do tipo penal, a norma é compreendida como uma conduta criminosa de pessoa racional e punível na medida em que se quer censurá-la com o tipo em um quadro de possibilidade limitado de compreensão e de legítima interpretação. O que é dizer, dentro disso, que o criminoso e o seu crime recebem um status da conduta a definir como criminosa a partir de sua censura social e da sua tipificação própria. No mesmo modo, as ciências (poderes) voltadas ao comportamento humano definem a conduta humana em anormal, louca, monstruosa, seja pela ação, seja pelo comportamento do homem.

²⁴⁷ Os mecanismos de seleção: pode se dizer que toda a criminologia atual, na esteira da criminologia crítica, concorda em atribuir relevo decisivo aos mecanismos de relação. Com este conceito designam-se os operadores genéricos que imprimem sentido ao exercício da discricionariedade relativa às instâncias formais de controle e permitem explicar as regularidades da presença desproporcionada de membros dos retratos mais desfavorecidos nas estatísticas oficiais da delinquência, ou – como outros autores preferem – entre clientes das instâncias formais de controle. Como mecanismo mais frequentemente mencionado, avultam os poderes relativos aos sujeitos potenciais do processo, à forma de controle e aos estereótipos. (Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.), p. 386-90).

²⁴⁸ Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.), p. 386-90.

Por isso, descrevemos que o tipo penal retira certa possibilidade da inimputabilidade, dado que há uma produção da verdade ou uma etiquetagem de uma conduta criminosa, antes de ser punível em um tipo penal específico, apesar de ela ainda poder ser um caso de menor racionalidade da conduta realizada.

Em primeiro lugar, a verdade do homem é uma construção social de cada época específica. Assim sendo, uma conduta demonstra uma anormalidade pela construção do poder psiquiátrico e de outros poderes que a formaram e, de igual forma, uma conduta demonstra um ato criminoso pela construção do poder penal e também por outros poderes que a formaram, não em uma verdade inerente ao homem, mas pelas diversas formas de poderes que formam a verdade do homem e de suas condutas.

Percebemos, então, a catalogação das condutas nos diversos poderes possíveis²⁴⁹: psiquiátrico²⁵⁰, psicológico, psicanalítico, ligando em diversas formas de poderes que se enfrentam ou que se relacionam na formação da verdade humana. Uma conduta pode ser punível e, ao mesmo tempo, ser construída como uma conduta anormal, louca, inconsciente, como também relacionar-se com outras ciências (poderes) no fortalecimento da verdade do que é uma conduta criminosa.

Nesses casos, os tipos penais fomentam a conduta criminosa e, ao mesmo tempo, relacionando-a ou não com condutas etiquetadas em outros poderes. Ou seja, há condutas

²⁴⁹ Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.), p.386-90.

²⁵⁰ Analisando o viés psiquiátrico, é possível descrever que a afirmação de que os agentes passionais têm a capacidade de motivação suprimida é precipitada. Supõe-se que, para um homem que decidiu matar a mulher sem olhar a consequência, a condenação jurídica do fato e a cominação penal serão fatores de pequena ou nenhuma monta. Mas esta consideração é inexata. Em primeiro lugar, porque o universo dos afetados pela síndrome de Rasch não se esgota nos indivíduos que efetivamente mataram a parceira amorosa. A disposição para o fato homicida é o culminar de uma evolução no estado psíquico do agente, não o surgimento súbito da perturbação mental. Podemos ficar com a ideia contrária porque os relatos que encontramos na literatura forense desembocam invariavelmente na ação homicida. Não podia ser de outra maneira, porque a justiça só se interessa pelos crimes passionais, e os peritos só são chamados em caso de prática do crime. Na penumbra ficam todos os casos em que a síndrome de Rasch não levou às suas últimas consequências. O paciente pode não chegar a tentar contra a vida da contraparte na relação porque disso foi impossibilitado, por ter sido dissuadido, por ter tido um vislumbre de razão ou, mais comumente por certo, por ter cedido ao apelo normativo das normas que poderia ter violado. Os potenciais autores não são todos empurrados num movimento irreversível para o crime. Quando muito sê-lo ainda aqueles que efetivamente o praticaram. Provavelmente raros serão. Quase todos os especialistas das ciências da mente que se pronunciaram no sentido, e os estados passionais poderem conduzir a inimputabilidade, fizeram-no sob reserva de só alguns autores passionais se encontrarem efetivamente incapazes de culpa. As partidas de todos devem ser consideradas normativamente acessíveis. Não tem assim cabimento qualquer dúvida sobre a necessidade de continuar a dirigir a todos os indivíduos que padeçam ou possam vir a padecer da síndrome de Rasch a exigência de respeito pelos chamados jurídicos passíveis de violação. Dúvida só pode haver quanto à possibilidade de retirar significado social ao fato, pronunciando-o como expressão tão só de doença (Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 601-3).

puníveis que se ligam à construção de condutas com imputabilidade diminuída ou com inimputabilidade. O que é dizer, na verdade, que a anomalia psíquica e a capacidade de o agente avaliar a ilicitude do fato e de se determinar por essa avaliação remete ao juiz a questão de saber se a pessoa age de acordo com a sua vontade e consciência (naquele paradigma normativo), não distante das classificações das ciências que a auxiliam na sua verificação.

De forma a tentar clarificar o que constitui isso é que, antes da vigência da norma, há a construção e definição de uma conduta como racional e socialmente censurável que, ao mesmo tempo, é assim dominada como conduta criminosa, tornando-se lesiva socialmente e requerendo uma ação estatal, retirando nessa metodologia, e através da formulação da lei, a impossibilidade de o fato penalizado ser uma conduta inconsciente na medida das possibilidades de punição, dado pela letra da lei e intencionalmente pré-definida pelo o que o legislador quer punir.

Na medida em que a política criminal demonstra a importância de criminalizar certa conduta e tipificar-se em normas penais, a conduta não passa só a ser punível, mas também a ser de conduta normal na relação social, mas censurável. Entretanto, outros casos de possíveis relações de inimputabilidade não são excluídos, *v. g.*, a esquizofrenia e a doença mental.

Dois pontos ainda são de suma importância a serem explicados: a ação humana e a pessoa. Enquanto a primeira é o fundamento da punição, denominada de conduta criminosa, a segunda é o ponto de análise da inimputabilidade e das outras ciências, denominando as pessoas em condutas anormais, monstruosas, loucas, inconscientes. Como, então, podemos descrever que o tipo penal ligado a uma conduta censurável pode entrar em vigor e delimitar as possibilidades de inimputabilidade, sendo que esta última é uma análise da pessoa em sua construção com o mundo e não em uma ação?

Como já é óbvio, o sistema de punição em seu tipo penal (em outros casos também) não só desvaloriza a ação, como visto nos homicídios qualificados, privilegiados, mas desvaloriza também a pessoa em sua construção com o mundo. Do mesmo modo, a psiquiatria, a psicologia, a psicopatologia, por mais que “etiquetem” uma perturbação na pessoa em si, as questões de ação do ser (de sua conduta), dos seus sinais, dos seus sintomas demonstram sempre uma ligação de ação-pessoa, de conduta-personalidade, daquilo que o ser de uma pessoa transmite para a sociedade.

As perturbações mentais são, de maneira geral, categorias que evidenciam os juízos de valor dos quais a sociedade considera uma dada condição como negativa ou prejudicial. Tal condição estabelece uma “falha” no funcionamento normal, natural, relevando a forma como a sociedade concebe o funcionamento natural (naturalmente programado) da mente humana²⁵¹. Logo, sempre relacionando tal perturbação a concepção social, mesmo que nestes casos tenham acontecidos uma abertura da psiquiatria em sintomatizar as doenças e também um registo de todas as doenças mentais.

Também podemos descrever que o que pode auxiliar a classificar tais condutas como criminosas ou em outra categoria é o estereótipo. Eles são um sistema de representações que orienta as pessoas na interação cotidiana, mantendo grande compreensão do ser não só na integração da lei como também na coesão dos próprios peritos. Os estereótipos ligam-se a certo número de sinais exteriores: a cor da pele, a origem étnica, o corte do cabelo ou da barba, toda uma série de outras atitudes simbólicas próprias de um delinquente, de um louco, de um drogado, de um ébrio, de um homossexual de uma prostituta²⁵².

Outro meio que podemos descrever é que tudo é definido socialmente na relação de poder e verdade (nesse caso, conferir o capítulo dois) indiferentemente da ação e da pessoa que a realiza. A verdade do ser humano se forma na construção social da época. Sua formulação se dá pelo discurso em diferentes dispositivos do poder e das épocas. A ação é justificada por uma verdade do ser humano, tudo é catalogado e socialmente aceito, *v.g.*, a conduta inconsciente nos crimes passionais pelo poder psicológico do homem. A verdade do homem não é inerente a ele, e sim criada nele.

Seja qual for o fundamento dado para as construções do ser humano, deixamos claro que elas são socialmente construídas e definidas como condutas criminosas, doentes, anormais, loucas, ou seja, uma infinita classificação produzida nos nossos estudos pelos

²⁵¹ Wakefield, Jerome C., “Para uma definição de doença mental: valores e factos”, Tradução de Pedro Urbano, *In Psicologia e Justiça*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 99-121.

²⁵² A coerência intrínseca dos estereótipos ajuda a explicar que as formas de resposta – de controle e de tratamento recrutem preferencialmente os seus clientes entre os que exigem os respectivos estigmas. Com ajuda a explicar o carácter reprodutivo de todos os processos formais de resposta à desconformidade. Com efeito, o recurso ao estereótipo não vale apenas como homenagem à realidade. Este recurso desencadeia também um feito de *feed-back* sobre a realidade, racionalizando e potenciando as razões que geram os estereótipos e as diferenças de oportunidade que eles exprimem. Deste modo, o estereótipo surge simultaneamente como mecanismo de seleção e de reprodução, funcionando como estabilizador entre as sociedades e os seus criminosos. (Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena* (cit.), p. 386-90).

poderes. Assim, em um entendimento inseparável do ser humano do seu “o que é” com o seu “o que faz”, semelhante ao entendimento de Figueiredo Dias, a dizer ele que a personalidade, o ser, não pode se separar de sua ação, de forma que a pessoa e seu fato são uma e a mesma coisa, a expressão de uma vida em que o eu e o mundo são pertences do mesmo existir. Só que aqui a personalidade fundamenta o fato, personalidade esta que deve respeitar o dever-ser imposto pelo direito penal.

Nisso encontram-se os crimes passionais, porque, ao mesmo tempo em que eles são condutas criminosas relacionadas a alguns tipos penais, são condutas etiquetadas em outros poderes. Sua verdade aconteceu naquelas três fases estudadas junto ao poder da psiquiatria, da psicologia, da psicanálise, da sexualidade, da criminologia, disciplinar. Por tudo isso, a conduta passional é vista como uma conduta criminosa tanto mais censurável quanto menos censurável. Hoje vista pelo âmbito social da defesa da mulher, o fato condenável é mais censurável, mesmo quando se liga à relação da inconsciência no poder psicológico do homem, havendo enfrentamento de poderes.

Por exemplo, no poder psiquiátrico²⁵³, condutas passionais podem ser patologias passionais delirantes, como psicose passional, podem ser potencialidade passional ou potencial psicótico, como também podem ser um quadro nosológico, como a erotomania, o delírio, a paranoia de ciúmes, as psicoses passionais e a perversão narcísica. No código penal, os artigos 131.º, 132.º e 133.º fundamentam os passionais. Assim sendo, a compreensiva emoção violenta nas condutas passionais (não só nelas), *v.g.*, pode ser normativamente compreendida como verificação de uma análise interna (imputabilidade diminuída) ou externa (exigibilidade) do ser humano na questão do seu privilégio.

Entretanto, a censura da conduta tipificada retira qualquer oportunidade de as condutas ligadas pelos elementos do tipo considerados inimputáveis, visto que o tipo penal

²⁵³ Podemos descrever os dados disponíveis em matéria de psicodinâmica das relações intragrupais e, especialmente, de relações intrafamiliares, conduzem a uma diferente interpretação, sobretudo depois dos trabalhos do psiquiatra americano Holmes, e de aplicação generalizada da sua descoberta da influência residual acumulada dos efeitos das tensões (stress) no equilíbrio psíquico e emocional das pessoas, e da verificação de que a eliminação daqueles efeitos é especialmente demorada (tanto que o mencionado Holmes, por exemplo, considera ser muito perigosa a acumulação de fatores de tensão, cujos valores, segundo a sua escala, ultrapassem 200 pontos durante o período de um ano). Trata-se, assim, de situações em que o psiquismo do agente se encontra sujeito a um esforço constante e exagerado no sentido da contenção das frustrações contínuas a que é submetido e, por isso mesmo, com a susceptibilidade de momentos e situações imprevisíveis, entrar em descompensação, conduzir à prática compulsiva e frequentemente repetitiva de atos de violência contra a pessoa que é olhada como causa de tais tensões. (Monteiro, Cristina Líbano, “Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio” (cit.), p. 116-7).

pune e denomina aquilo que se relaciona como conduta racional. No mesmo modo, o artigo 132.º, com a Lei n.º 57/2007, revelou preocupações políticas criminais com os maus-tratos na relação conjugal. Entrou em vigor, então, a lei para censurar certas condutas passionais, até a conduta relacionada com a inconsciência, colocando a possível verdade de uma imputabilidade diminuída (ou inimputabilidade)²⁵⁴ na questão de uma maior censura penal dentro da etiquetagem de uma conduta criminosa.

Maior censurabilidade que, através do art. 132.º-2, letra b, relacionou com a morte sobre cônjuge, ex-cônjuge, esposa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação. Ou seja, quando há uma especial censurabilidade ou perversidade do agente e é na relação conjugal ou análoga, a questão da inconsciência na realização do respectivo homicídio passional torna irrelevante, ao fato de ser uma conduta punível.

Naquelas três fases estudadas dos passionais, também poderemos verificar isso. Ou seja, na Assembleia Nacional francesa que ocorreu 1791 e, depois, naquele primeiro caso com a terminologia crimes passionais (Defesa de Joseph Gras), o homicídio justificado por um sentimento (paixão, amor inconsciente, aquele sentimento amplo que, por causa dele e só dele, o portador comete homicídio) foi analisado e visto com um menor

²⁵⁴ Para Curado Neves, mesmo que só alguns autores passionais se encontrem ao agir motivadamente acessível, estes poucos devem ser isentados de culpa, por se encontrarem individualmente privados da possibilidade de tomar as exigências legais em consideração. Um argumento destes, diga-se desde já, estaria enfermo de um defeito de formulação. De acordo com o ponto de vista aqui defendido, a inacessibilidade normativa, a incapacidade de motivação, a impossibilidade de agir de outra maneira, como se lhe queira chamar, não é uma qualidade existente no agente, mas o resultado de um juízo normativo. Este juízo bem entendido tem que assentar em determinada constituição psíquica do agente pré-definida, não sendo deixada a descrição do julgado, ao contrário do que alguns críticos poucos atentos ao conceito funcional de culpa pensam ser defendido. É normativo no sentido de que o legislador decide a que qualidades psíquicas é associado o atributo de inimputabilidade. No âmbito da investigação aqui levada a cabo, conclui-se que a incapacidade de avaliar a ilicitude do seu fato ou decidir-se em conformidade com essa avaliação é plástica de referir a incapacidade de assunção de comportamento socialmente responsável. É aqui que deve ser encontrada a resposta à questão da capacidade de culpa do agente passional. Por outro lado, não se pode esquecer que um Direito Penal virado para realização de objetivos essenciais da sociedade não encara as cominações penais de um ponto de vista retrospectivo, mas prospectivo. Se a punição só pode ter lugar caso tal seja indispensável, o princípio orientador da sua aplicação deve residir no efeito que se espera da punição e, neste sentido, deve ser entendido o conjunto do mecanismo da culpa. Em suma: determinada categoria de comportamentos não pode ser considerada não culposa se esta caracterização puser seriamente em causa a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo respectivo tipo de ilícito. É, precisamente, o que acontece com os homicídios passionais. A sua prática é condicionada não só pelas circunstâncias e pela contribuição psíquica do agente, mas também pelo ambiente social, nomeadamente pela forma como a sociedade reage à prática deste género de crime. Este aspecto tem sido salientado por vários autores que se debruçaram sobre os crimes passionais. (Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 115 e ss).

censurável possível, devido à construção social da época e não porque era inerente ao homem.

Nas discussões desse novo Direito Penal francês, o crime já era visto como conduta racional (normal), só que debatido no plano existencial: ou é calculado e reflexivo, ou é produzido por impulso de súbita paixão violenta. Com sua etiquetagem de conduta com racionalidade, ou seja, conduta criminosa, mesmo havendo uma diminuição na vontade, ela retirou a possibilidade de inimputabilidade para, assim, censurar penalmente certa conduta.

No entendimento de alguns autores, como Curado Neves, a intensidade da emoção associada relaciona sua compatibilidade ao Código. Na verdade, verifica-se se aquela conduta com a emoção associada foi etiquetada como uma conduta criminosa e não se a emoção expressa um juízo ético de adequação ao Direito Penal. Por isso, descrevemos que a emoção na terceira fase nos passionais não é em si analisada, porque o que acontece é que esta emoção é ligada à definição de uma conduta criminosa, ou seja, de uma conduta racional e censurável na necessidade de uma política criminal.

Isso foi demonstrado nos casos passionais e na sua relação com os homicídios, mas há de se perceber também em outros tipos penais; o artigo 171.º é um deles: o abuso sexual de criança que é a prática de ato sexual com alguém igual ou menor de 14 anos. Na psiquiatria, tal conduta é denominada dentro do transtorno pedofílico.

Enquanto o primeiro defende o bem jurídico da autodeterminação sexual, face às condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem mesmo sem coação prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual²⁵⁵, o segundo, de uma forma genérica, refere-se às condutas sexuais que se desviam do que é geralmente aceito por determinada sociedade num dado momento histórico-cultural²⁵⁶.

A pedofilia é uma anomalia psíquica e, ao mesmo tempo, uma atividade proibida. A psiquiatria e o Direito Penal acabam se diferenciando em alguns outros termos de

²⁵⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, “Art. 171.º. Abuso sexual de crianças”, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 836.

²⁵⁶ Perturbações parafilicas, Catrina Pereira / Marta Goncalves / Carlos Braz Saraiva, “Perturbações parafilicas”, *In Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa: LIDEL, 2014, p. 444-9.

definição. O DSM-V²⁵⁷ especifica a duração de, pelo menos, seis meses de fantasias sexuais recorrentes e altamente excitantes, impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo crianças pré-pubescentes (em geral, 13 anos ou menos)²⁵⁸. A lei define a relação sexual com menores ou igual a 14 anos, sem os seis meses de fantasia claramente. Ou seja, o estado mental do transtorno pedofílico pode ser causa da inimputabilidade, mas essas condutas são socialmente lesivas e prevenidas por via penal.

Assim sendo, o poder psiquiátrico, possível de outros poderes interligarem-se a ele, transformou a pedofilia em um ato anormal. Entretanto, o poder penal, junto com outros poderes, transformou o abuso sexual de criança (pedofilia) em um ato criminoso. O que se trata aqui é a produção da verdade dada para catalogar este ato como anormal e criminoso, apesar de tais construções serem um pouco diferentes na definição de suas condutas.

O que fica claro é que o tipo penal do abuso sexual de criança determina aquilo que o legislador quer punir. Logo, ele retira da classificação da pedofilia (dada pela psiquiatria de transtorno pedofílico), aquilo que se pré-determina na criação da norma penal. De maneira geral, no tipo penal há o estreitamento de possibilidade da inimputabilidade do agente. Tudo aquilo que se pune, torna-se ato de pessoa socialmente aceita como “normal”²⁵⁹.

Do mesmo modo, também, podemos descrever os casos de infanticídio e sua ligação com o estado puerperal. O artigo 136.º é um fundamento de privilégio do

²⁵⁷ *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, DSM-V, 5ª ed., 2014.

²⁵⁸ Perturbações parafilicas, Catrina Pereira / Marta Goncalves / Carlos Braz Saraiva, “Perturbações parafilicas” (cit.), p. 444-9.

²⁵⁹ Em um pensamento parecido, Curado Neves descreve o distúrbio mental na atração sexual por seres humanos impúberes. Nesta medida, não é possível separar os seus fatos pedófilos do respectivo significado social. Caso se pretenda evitar que sejam praticados atos pedófilos, e demonstrar que a ordem jurídica não tolera que tais fatos sejam praticados, terão que ser punidos aqueles que os praticam, e estes serão, em princípio, aqueles que para tal têm inclinação. Os que a sentem terão, de uma forma ou outra, que zelar por que não seja satisfeita. Colocar-se-á finalmente a questão: os atos pedófilos nunca serem considerados produtos de inimputabilidade? Em certas circunstâncias, alguns atos pedófilos são praticados por pessoas de idade que sofrem de alguma forma de demência. Neste caso, é possível separar o fato do seu significado, pois só a demência, com a desorganização da estrutura mental que provoca, compreende o fato cabalmente. Mas também é possível encontrar casos em que a perturbação mental pedofílica dá origem a um desenvolvimento neurótico que produza o mesmo efeito destrutivo sobre a personalidade. O agente pode encontrar-se num conflito interno entre o impulso para a satisfação do desejo sexual anômalo e os seus próprios princípios; o conflito pode colocar o paciente num estado em que se não encontra capaz de orientar a sua vida e comportar-se de acordo com o seu papel e as suas responsabilidades sociais. Nestes casos, será possível dizer que a sua conduta não constitui um exemplo de uma conduta juridicamente censurada, pois foi a doença que se exprimiu no seu fato (Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais* (cit.), p. 598-601).

homicídio, em que o bem jurídico primordial é atacado devido a um estado perturbador da mãe. Ele pode ser verificado através de doutrinas que falam em uma menor exigibilidade²⁶⁰ ou até na questão no privilegiamento através de ilícito-típico. Ligado o privilégio sempre temporariamente para durante ou logo após o parto.

Na lei, o estado de perturbação²⁶¹ pode ser condicionado tanto endogenamente (por força de uma tendência ou mesmo de uma crise depressiva da mulher, por exemplo), como exogenamente (pelo particular peso que para mãe assume uma situação de necessidade que a atinge). Na área psiquiátrica, o estado puerpério pode ser denominado como um Transtorno Psicótico Breve no DSM-V (no CID-10, os quadros puerperais são diagnósticos de exclusão)²⁶². Só que, na mesma forma, o privilégio, mesmo relacionado com essas perturbações, torna a conduta um ato criminoso e impossível de ser inimputável.

Portanto, o que podemos concluir é que as condutas criminosas não são inerentes ao homem, elas precisam de uma constatação para, assim, denominá-las e depois puni-las. O que tratamos aqui foi demonstrar que, nas diversas formas de poder que influenciam e são influenciadas, há a produção da verdade das condutas criminosas, puníveis não só por ser um ato lesivo à sociedade, mas porque também se interligam com diversas outras formas de poder que criam a verdade em uma eterna luta de auxílio e afastamento de forças.

Todo poder, então, forma a verdade do homem e cataloga as diversas condutas humanas, seja na psiquiatria, psicologia, psicanálise, na sexualidade, seja no Direito Penal. Nisso, retiramos que a verdade é modificada e temporária, mesmo existindo nela a possibilidade de uma verdade inerente ao homem.

Com todos estes poderes agindo em si e nos outros, a conduta criminosa surge no interesse social em punir certa conduta que, ao mesmo tempo, é denominada como conduta

²⁶⁰ Dias, Jorge de Figueiredo Dias/ Brandão, Nuno, “Art. 136.º. Infanticídio”, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 168-74.

²⁶¹ Na será de excluir que a prévia reflexão ou preparação da morte possa constituir elementos indiciadores de que a mãe não foi dominada por um transtorno relacionado ao parto. Mas não se deve ignorar que frequentemente a morte é precedida por sentimentos de negação ou rejeição da gravidez, por vezes acompanhados pela ocultação da gestação e, mais tarde, do parto, conduzindo a uma predisposição para uma futura ação homicida. Se essa repulsa for atualizada ou potencializada pelo parto, como também não raro sucede, levando a mãe a matar o recém-nascido, não parece então fazer razão para negar a ampliação do preceito. (Dias, Jorge de Figueiredo Dias/ Brandão, Nuno, “Art. 136º. Infanticídio”. *In CCCP* (cit.), p. 168-74).

²⁶² *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, DSM-V, 5ª ed., 2014, p. 94 e ss.

criminosa. Só que tais condutas também podem ser classificadas como atos anormais, monstruosos, doentes, dentro da relação de poder.

Por isso uma conduta criminosa, como o abuso sexual de criança, pode ser considerada, em certa parte, um ato anormal denominado de pedofilia, dentro do poder psiquiátrico. Da mesma forma, é fundamentado nos casos passionais aqui estudados. Eles foram muitas vezes modificados na sua verdade devido à ligação ou ao enfrentamento da produção de sua verdade.

Na questão da inimputabilidade, desse mesmo modo, construiu-se uma norma de exclusão de culpa que, apesar de ser um conteúdo normativo, é auxiliada por outros poderes, como o da psiquiatria e da psicologia. Muitos atos possíveis de inimputabilidade (ou de imputabilidade diminuída), encontram-se catalogados em outros poderes e são condenáveis dentro do Direito Penal.

Isto se deve ao fato de a necessidade de tutela penal, construída pela produção da verdade do ser e do seu ato em seu âmbito social, transforma o tipo penal específico, criado por um fim específico, não só em um fim necessário para proteção do bem jurídico, mas também denomina aquele ato que se pune como normal e censurável. Com a tipificação da conduta, ela torna-se punível, e sua ligação com inconsciência, mesmo assim existindo, torna-se irrelevante na medida em que quer puni-la.

Há uma verdade prévia que o legislativo usa para criar um tipo penal e censurar certas condutas que podem ser de inimputabilidade, mas que acabam sendo censuradas com base nas condutas criminosas. Isso responde, assim, à nossa pergunta principal da tese em relação à inimputabilidade do Código Penal.

Somente serão condutas passionais inimputáveis se o legislador não quiser punir tipificando condutas denominadas e requisitadas pelas sociedades como conduta criminosa; E também, de forma inseparável, somente serão inimputáveis se haver a verificação de tais condutas fora do limite de compreensão do tipo e da sua punição e se fundamentando no exposto do artigo 20.º e seguintes do Código Penal. Em consequência disso, descrevemos que há na punição de uma conduta uma dupla avaliação de inimputabilidade: quando se forma a conduta como criminosa, relacionando-a a um tipo penal e quando se verifica no judiciário em casos penais, quando solicitado.

Ponto chave, intencionalmente, é que, se todas as condutas são classificadas como verdadeiras através do poder em seus dispositivos, nada mais justo que demonstrar que o

dispositivo definido com norma penal; além de condenar uma conduta, transforma-a como uma verdade que deve ser penalmente censurada.

A inimizabilidade, por isso, necessita de uma classificação própria do direito penal para não ficar sempre a enfrentar o seu entendimento de conduta criminosa com outras condutas etiquetadas. Nisso, analisamos agora a criação própria da ciência criminal sobre a inimizabilidade: a construção de Figueiredo Dias.

3.4. PARADIGMA COMPREENSIVO DA INIMIZABILIDADE E A METODOLOGIA PROPOSTA.

Para saciar todas as dúvidas aqui suscitadas, temos que descrever uma última problemática: no caso de inimizabilidade compreensiva, as condutas passionais podem ser consideradas atos de inimizabilidade? Para responder a esta pergunta, temos que relembrar alguns conceitos.

Na nossa análise do tipo penal, descrevemos que o ato criminoso, criado na construção da verdade e relacionado a um tipo, retira certa possibilidade de aplicação de inimizabilidade no limite daquilo que é ali censurado, retirando assim a questão de ser uma anomalia psíquica e/ou da questão de avaliar ou determinar. Porém, na questão da inimizabilidade compreensiva, a análise é totalmente diferente.

Os requisitos da inimizabilidade compreensiva acusam a presença de uma anomalia psíquica que destrua as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que seus atos podem porventura ser explicados, mas não podem ser compreendidos como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade. Como, então, seria possível, dentro da construção que se tentou demonstrar, o tipo penal influenciar a inimizabilidade?

A primeira regra que temos que lembrar é o conceito de personalidade. Nesse sentido, personalidade é o puro efeito da sua liberdade essencial, abarcando também a multidão de ligações, de condicionamentos e de limitações pela qual aquela se afirma. Não só isso; a personalidade é também o fazer, o comportamento através do qual o ser-livre se realiza no mundo e que, por isso, ele considera seu e fundamenta-o.

Assim, a personalidade total, com todos os extratos que lhe pertencem, é o puro efeito da liberdade; por outro lado ela fundamenta o seu fato. Isto é, através da liberdade, a

pessoa e o seu fato são uma e a mesma coisa, a expressão de uma vida em que o eu e o mundo são pertences do mesmo existir.

A segunda regra é que na inimputabilidade existe a presença de uma anomalia psíquica que destrói as conexões reais e objetivas do sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos não podem ser compreendidos como fatos de uma personalidade. Em todo caso, vale que só a anomalia modifica a personalidade e torna o ser livre incompreensível.

Melhor dito: só a anomalia psíquica – a enfermidade mental em sentido amplo – destrói a conexão objetiva do sentido da atuação do agente e, portanto, a possibilidade de compreender a sua personalidade manifestada no fato. Dessa forma, a teoria da imputabilidade possui um sentido próprio, não sendo uma subespécie não autônoma de uma indiferença do agente se motivar de acordo com a norma.

A terceira regra é lembrar que a culpa é a própria autoria ou a participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser. Tal modo-de-ser é exigência, e de maneira limitada, nos específicos bens e nos valores protegidos pela comunidade através de normas jurídicas; de qualquer forma, os bens e os valores participam da própria essência do dever-ser ético-existencial e, nessa medida, valem objetivamente para o homem no seu concreto existir.

A culpa jurídica é só uma particular perspectiva da culpa ético-existencial e ela trata da violação pelo homem do dever de conformar o seu existir de forma que, na sua atuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos. Logo, a culpa jurídico-penal é materialmente ter que responder pela personalidade que fundamenta um fato ilícito-típico. Sem dúvida, sua censurabilidade acaba ligando a um dever de responder às exigências éticas que faz o direito à personalidade do agente, como faz a moral e qualquer outro ordenamento normativo.

Com tudo isso, retiramos que a norma penal no seu dever-ser, na sua exigência ética que faz o direito à personalidade do agente, exige um dever-ser no modo-de-ser da pessoa que possibilite a máxima realização do livre-arbítrio sem infringir as normais penais, podendo assim o direito legitimar a exigência mínima da personalidade do homem. Mas, com a nossa construção, a norma penal é um dever-ser no modo-de-ser de uma

pessoa, é uma exigência mínima da personalidade do homem e também transforma os fatos pré-definidos e determinado pela letra da lei em fatos de uma personalidade compreensiva.

A norma penal não pode exigir um modo-de-ser ou um mínimo da personalidade sem tal fato desta norma não ser de uma personalidade compreensiva. Ou seja, o dever-ser dado pela norma não só exige no modo-de-ser de uma pessoa, mas também o dever-ser compreende a sua exigência, dentro daquilo que o legislador pré-determinou na formação da norma, a fatos de uma personalidade compreensiva, em busca de uma política criminal apta que se verifica a cada caso concreto.

Podemos, assim, citar o abuso sexual de menores, o estado puerperal, os atos inconscientes dos passionais que, na construção de Figueiredo Dias, acaba sendo denominado como um dever-ser de uma personalidade compreensível, ao fato de que tudo que se pune deriva não mais de outras ciências e na relação direta de condutas com imputabilidade diminuída ou inimputabilidade. Afinal, a inimputabilidade é a presença de uma anomalia que proíbe a compreensão do fato de uma personalidade, e a norma penal é um dever-ser de uma personalidade, ou melhor, de um modo-de-ser de uma pessoa.

De maneira sucinta, podemos responder à pergunta aqui suscitada no início: os casos de crimes passionais somente são considerados casos de inimputabilidade, quando, na teoria de Figueiredo Dias, não houver a criação de uma norma que transcreva um dever-ser de um modo-de-ser de uma pessoa e quando não houver presente uma anomalia psíquica que destrua as conexões reais e objetivas do sentido da atuação do agente, de tal modo que as condutas típicas-ilícitas não podem ser compreendidas como fatos de uma personalidade.

Logo, há também nesta construção uma dupla análise de casos de inimputabilidade: quando torna necessário criar certa norma em um dever-ser, por aquela lesão insuportável das condições comunitárias e quando é verificada nos casos concretos pelo judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo propôs responder a uma questão que sempre foi estudada tanto do Direito quanto em outras áreas de estudos: em que casos os agentes passionais podem ser considerados inimputáveis? Para isso, partimos em três separações nítidas de capítulos.

A primeira analisou a inimputabilidade: o que é, como ela está do Código Penal, como se relaciona com a culpa, com o livre arbítrio, com a vontade de ação, quais críticas sobre ela encontram-se na definição do Código Penal e qual definição de inimputabilidade penal deveria ser empregada neste trabalho. Para responder a tudo isso, descrevemos a culpa pela não formação da personalidade, segundo Eduardo Correia, e a sua construção da inimputabilidade penal, vigente no Código Penal.

Não só exemplificamos tal doutrina, como também a criticamos com o fundamento principal de que a capacidade de avaliar a ilicitude do fato e a capacidade de determinar a sua vontade de acordo com um conhecimento específico são apenas dois componentes não autônomos da total capacidade do agente para se motivar de acordo com a norma. Ou seja, seguindo a linha de raciocínio de Figueiredo Dias, criticamos a construção da inimputabilidade vigente no Código e nos apoiamos na construção de inimputabilidade deste autor: o paradigma compreensivo da inimputabilidade.

No segundo capítulo, tentamos realizar uma análise dos diferentes crimes passionais. Não em si defini-los ou buscarmos uma verdade inerente ao ser humano e à conduta passional. Na verdade, tentamos sair de uma compreensão do “o que é” para “por que é” dos passionais. De forma mais clara, tentamos buscar uma explicação de o porquê os crimes passionais se formam de uma maneira específica, por que existem infinitas denominações em diversas áreas e por que não conseguimos dizer qual das ciências estão realmente corretas sobre a conduta passional.

Por isso, realizamos uma análise daquilo que forma a conduta do homem e sua definição. Nessa verificação, partimos de um pressuposto central: a verdade do ser humano, de suas condutas, tudo é formado socialmente. Entretanto, não é qualquer tipo de formação social, não podíamos apresentar alguns fatos histórico-sociais e descrevê-los que tal construção apoiada aqui é verdadeira. Precisávamos realizar a verificação aprofundada que comprovasse a construção social dos passionais e que não anulasse aquilo que as diversas ciências vêm construindo sobre o tema.

Afinal, longe de tentar desconstruir qualquer ciência que explica o crime passional, mas perto de descrever que, apesar de as diversas ciências explicarem tal conduta, o que liga todas essas áreas sem, assim, negá-las é o que se encontra nos seus primórdios fundamentais: a formação da verdade sobre homem é uma construção pelo discurso através do poder. Assim sendo, as diversas ciências, as leis, as normas, os discursos são todos dispositivos de poderes que constroem aquilo que torna verdade sobre o ser humano.

O poder se forma das diversas forças inseparáveis de domínio que, ao mesmo tempo, transformam a verdade através do discurso dentro do próprio domínio e também organizam estas forças inseparáveis. No caso dos passionais, as diversas explicações se deram pelos diversos poderes relacionados com esta conduta.

Com essa linha de raciocínio, descrevemos as condutas passionais em três fases: antes da Revolução Francesa, na Revolução Francesa e, dela, até o presente. Tal separação tentou demonstrar os diversos poderes que se relacionaram na história e fundamentaram a verdade sobre as condutas passionais e, no final do segundo capítulo, demonstrar que a conduta passional é construção de sua verdade pelos poderes que assim o relacionaram com o tempo.

O último capítulo tentou demonstrar como é possível verificar a inimputabilidade dos passionais, seguindo as duas conclusões dos capítulos anteriores. Demonstramos que o tipo penal criado para certas condutas acaba delimitando as possibilidades da inimputabilidade.

Se todas as condutas são classificadas como verdadeiras através do poder em seus dispositivos, nada mais justo que demonstrar que o dispositivo definido com norma penal, além de condenar uma conduta, transforma-a em uma verdade que deve ser penalmente censurada. Ou melhor, na formação da norma, classificamos certa conduta como lesiva à sociedade e, assim, uma conduta criminosa.

Entretanto, como todo poder, antes de virar um dispositivo da verdade, precisa passar por toda uma verificação e, no caso penal, ser tipificado. Entre a conduta lesiva até sua tipificação, mostramos que há vários fatores para criação da norma penal: a questão do conceito material de crime, o fundamento da política criminal, os problemas na seleção do crime, a obrigação do princípio da legalidade, os procedimentos institucionais do legislativo.

Assim, com certa conduta, já antes denominada como criminosa e agora tipificada, relacionado ao texto legal demonstramos outro problema: a linguagem do texto para sua aplicação. Ora, de nada fundamentava o nosso pensamento, se não verificássemos todas as ligações de uma conduta criminosa ao tipo penal: a definição, criação, tipificação e punição da conduta criminosa. Nisso, demonstramos e apoiamos que o julgador aplica a lei dentro do limite legítimo de interpretação da norma, já em uma pré-compreensão existente, sendo a norma formada por preposições dos fins política criminal.

Com base em tudo isso, o crime passional é a explicação perfeita para esta metodologia de restrição à inimizabilidade. Quer dizer, as diversas condutas denominadas passionais, ao longo da história, relacionaram aquilo que poderiam ser questões de inimizabilidade, mas, por questão de “etiquetar” tal conduta como criminosa, não se aplica uma verificação da exclusão de culpa. O que é dizer o seguinte: os crimes passionais, mesmo existindo ciências que descrevem tal conduta como perturbações mentais, não são aplicados na questão da inimizabilidade. Não é porque os requisitos da inimizabilidade são outros daqueles descritos das outras ciências, mas porque os passionais foram, assim, definidos em uma verdade em que se classificou como conduta criminosa. Por isso, há os seus fatos valorados em tipos específicos do homicídio.

Em modo semelhante, podemos descrever o estado puerperal e o abuso sexual de crianças. O primeiro relaciona-se com o infanticídio, em que se verifica que tal estado enfrenta uma mesma classificação nos manuais de psiquiatria, mas aquilo que se pune e se classifica no infanticídio retira a possibilidade de classificá-los como perturbações psiquiátricas. Ou seja, quando se pensa e se criminaliza certa conduta a um tipo penal, retira-se a possibilidade de inimizabilidade na medida em que se quer punir a conduta censurável penalmente.

O segundo, o abuso sexual de criança, forma-se de maneira semelhante. Tal conduta não relaciona em si um estado interno do ser humano, mas, ao mesmo tempo, tal conduta é analisada dentro da psiquiatria, da psicologia e, em regra, das ciências dos seres humanos. Os elementos da punição do crime de abuso sexual de criança diferem em certos pontos com critérios da mesma conduta catalogada em outras áreas que auxiliam na questão da inimizabilidade. Disso se retira a possibilidade de ser uma perturbação mental e, logo, da inimizabilidade.

Tudo isso demonstra que a questão da inimputabilidade é verificada em dois momentos: o primeiro é no mecanismo de produção da norma, desde formação e dominação da conduta criminosa até sua tipificação. O segundo é quando se aplica a norma penal nos casos concretos pelo judiciário, sendo que o primeiro determina aquilo que não é questão de inimputabilidade e, o segundo, se existem, distante da concepção do tipo penal, outros casos possíveis de inimputabilidade.

Com esta construção, conseguimos responder à nossa questão em relação à inimputabilidade descrita no Código Penal: somente serão as condutas passionais caso de inimputabilidade, se o legislador não quis punir tipificando condutas denominadas e requisitadas pelas sociedades como conduta criminosa. Fora deste caso, há a verificação de condutas de inimputabilidade, se extrapolam o limite de compreensão do tipo e da sua punição e se também seguem as regras expostas no artigo 20.º do Código Penal.

Entretanto, a resposta dada, apesar de ser escolha legislativa pela construção daquilo que é a verdade de condutas criminosas, não retira que certas condutas estão ainda ligadas à questão da inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. Para que não houvesse divergências, analisamos aquilo que construímos dentro daquilo que é próprio da ciência penal e não se enfrenta na forma vista com outros poderes (ciências).

Estamos fundamentando o pensamento na inimputabilidade compreensiva. Se a culpa é, por sua vez, o responder à personalidade por um fato ilícito-típico, a imputabilidade acaba sendo a compreensão da personalidade na sua estrutura total pelo fato ilícito-típico censurado e não a compreensão do fato do autor.

Nesse caso, o Direito fica legitimado a fazer exigências a certos valores da personalidade pela ordem jurídico-penal. Como também a norma torna um dever-ser de um modo-de-ser de uma pessoa, sendo, assim, uma exigência mínima à personalidade do agente. Disso, os casos de inimputabilidade aqui podem acontecer quando não houver a criação de uma norma que transcreva um dever-ser de um modo-de-ser de uma pessoa. E, obrigatoriamente, quando não houver presente uma anomalia psíquica que destrua as conexões reais e objetivas do sentido da atuação do agente.

Portanto, a inimputabilidade dos crimes passionais do tipo penal que determinam de certa forma os quadros de inimputabilidade, deduzimos que as condutas que são puníveis com pena ou com medida de segurança acabam derivando daquilo que antes se forma socialmente e são analisadas sob as vistas de diversos poderes na construção da sua

verdade. Nos casos passionais, as condutas estão sendo em si condutas criminosas, mas não quer dizer que elas não sejam classificadas como condutas irracionais e que possam ser analisadas na inimputabilidade e, caso demonstrem perigosidade, sofrerem medida de segurança. Basta a modificação da construção da verdade sobre tal punição de conduta penal. Afinal, tudo é uma questão da construção social da verdade em cada época.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

"Actas da comissão revisora do projecto de código penal" in *Boletim do Ministério da Justiça*, 127, junho de 1963.

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, vols. I e II, Lisboa: ed. AAFDL, s.d.

Almeida, Carlota Pizarro de, "A inimputabilidade por anomalia psíquica: questões jurídicas de ordem substantiva e processual", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 43, N. 2, 2002, p. 1005-1018.

Almeida, Carlota Pizarro de, "Anotação ao acórdão do STJ de 7 de Julho de 1999", in Maria Fernanda Palma e o. (org.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3ª. Ed., Coimbra: Almedina, 2003.

Almeida, Carlota Pizarro de, *Modelos de Inimputabilidade*. Da Teoria à Prática, Coimbra: Almedina, 2000.

Ambos, Kai, "A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal: sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias", trad. Pedro Caeiro, Susana Aires de Sousa, *Panóptica*, ano 3, n.º 18, Março-Junho, 2010.

Ambos, Kai, "Da «Teoria do Delito» de Beling ao conceito de delito no direito penal internacional", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 3, 2006-

Andrade, Manuel da Costa, "Sobre a reforma do código penal português: Dos crimes contra as pessoas em geral, e das gravações e fotográficas ilícitas, em particular", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez, 1993.

Andrade, Manuel da Costa, "A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 2, abr.-Jun., 1992.

Anitua, Gabriel Ignacio, *Histórias dos pensamentos criminológico*, Coleção Pensamento Criminológico do Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Antunes, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e facto de Inimputável em razão da anomalia*, Dissertação de doutoramento em Ciências jurídico-criminais pela faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Antunes, Maria João, *O internamento de imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis: os artigos 103.º, 104.º e 105.º do código penal de 1982*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Antunes, Maria João, “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 3, 2003.

Areias, Maria Margarida Moreno, *Estudo sobre os delinquentes passionais*, Faculdade de Direito, 1951.

Armando Sena, *Cérebro, Saúde Mental e Sociedade*, Lidel, 2016.

Arreguy, Marilia Etienne, *Os crimes no triangulo amoroso. Violenta Emoção e Paixão na Interface da Psicanálise com o Direito Penal*, Curitiba: Juruá, 2011.

Aulagnier, Piera, *La scène ‘entendu’ et sa mise-em-scène dans la paranoia. In Violence de l’interprétation*. Paris: PUF, 1975.

Aulagnier, Piera, *Les destins du plaisir: alienation – amour – passion*, Paris: PUF 1979.

Azevedo, André Mauro Lacerda, “Direito Penal e emoção: a influência da personalidade na formação da culpa jurídico penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A 21. Vol. 101, 2013.

Azevedo, Sarah Fernandes Lino de, “Sexualidade e política à época de Augusto: considerações acerca da Lei Julia sobre adultério”, in Campos, Carlos E. C: Candido, Maria Regina (org.). *Cesar Augustus: entre práticas e representações*, Vitoria/Rio de Janeiro: DLL-UFES/UERJ-NEA, 2014.

Baptista, Carla Viviane Bertoch, “Homicídio Passional – Uma discussão entre crime privilegiado e qualificado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116, ano 23, São Paulo: Ed., RT, 2015.

Baratta, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do direito Penal, Coleção Pensamento Criminológico Rio de Janeiro, 3 ed., Editora Revan Ltda, 2002.

Beccaria, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Tradução: Rolando Roque da Silva, Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. EbooksBrasil.

Beleza, José dos Santos, “Imputabilidade Penal Noções Jurídicas Sumárias”, *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano v, nº 1 a 5, Coimbra, 1950.

Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal – Parte Geral*, 1.º vol., 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 1985.

Beling, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal: la doutrina del delito-tipo*. Análisis de Carlos M. de Elía. Librería EL FORO, 11 ed. 1930, Traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires/AR, 2002.

Bettioli, Giuseppe, *Diritto penale: parte generale*, 12ª ed., riveduta e integrata, Padova: CEDAM, 1986.

Boto, Joana Vaz Sousa Donas, *A (in)imputabilidade e a (in)exigibilidade no contexto dos crimes passionais*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Direito Penal, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Cristina Líbano Monteiro.

Bourdieu, Pierre, *A dominação masculina*, 2.ª Ed Tradução: Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Tomo I, Traduzido por Octavio Beeche e Iberio Gallegos, São José – Costa Rica, 1889.

Carrilho, Fernanda, *A Lei das XII Tabuas*, Coimbra: Almedina. 2008.

Catrina Pereira, Marta Goncalves, Carlos Braz Saraiva, “Perturbações parafílicas”, In *Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa: LIDEL, 2014.

Clérambault, Gaetan Gatian de, “Os delírios passionais: erotomania, reivindicações e ciúmes”, 1921 *Revista Latino Americana de Psicopatologia Fundamental*, v. II, n. 1, março, PUC-SP/UNICAMP, 1999.

Cordeiro J. C. Dias, *Psiquiatria forense: a pessoa como sujeito ético em medicina e em direito*, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

Correia, Diogo Telles, *As raízes do sintoma e da perturbação mental*, Lisboa: Lidel – Edições Técnicas, 2015.

Correia, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal I*, Coimbra: Almedina, 2016 (reimpressão da edição original do I [1963] volume).

Correia, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal I, II*, Coimbra: Almedina, 2016 (reimpressão da edição original dos I [1963] e II [1965] volumes).

Correia, Eduardo, “A doutrina da culpa na formação da personalidade”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, A. 1, nº 1/2, Coimbra, 1945.

Correia, Eduardo, *As Grandes Linhas da Reforma Penal*, Centro de Estudos Judiciários, 1993.

Correia, Eduardo, “Projecto do código penal: parte geral: 1ª revisão Ministerial”. *Ministério da Justiça*, Sep. De Boletim do Ministério da Justiça, nº 157, 1966.

Costa, José Francisco de Faria, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica* (ou o retorno a limpidez do essencial), Seminário Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, 2000.

Costa, Joana, “A relevância Jurídico-Penal das Perturbações da personalidade no contexto da inimputabilidade”, *Julgar*, nº 15, 2011.

Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4ª ed., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2015.

Costa, José de Faria, *Direito Penal Especial*. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial, Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

Costa, José de Faria, *O perigo em Direito Penal*. (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas), Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

Costa, José Gonçalves da, “A parte geral no projeto de reforma do código penal português”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez, 1993.

Cunha, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da, *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1995.

Damásio, Antônio, *O erro de Descartes – Emoção, razão e cérebro humano*, 23.ª ed., Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.

Dias, Jorge de Figueiredo, “Art. 171.º. Abuso sexual de crianças”. *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Dias, Jorge de Figueiredo Dias/ Brandão, Nuno, “Art. 136.º. Infanticídio”. *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Dias, Jorge de Figueiredo, “A reforma do Direito Penal Português: Princípios e orientações fundamentais”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 48, 1972.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina do Crime. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3º ed., Coimbra/PT: Coimbra Editora, 1995.

Dias, Jorge de Figueiredo, “O código penal português de 1982 e a sua reforma”, *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez., 1993.

Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 6º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Dias, Jorge de Figueiredo, “Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português”, in *Jornada de Direito Criminal Revisão do Código Penal*, Centro de estudos jurídicos, Lisboa, 1996.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Dias, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, Separata de: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1. 1983.

Dias, Jorge de Figueiredo / Andrade, Manuel da Costa., *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 132º. Homicídio Qualificado”, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Dias, Jorge de Figueiredo / Brandão, Nuno, “Art. 133º. Homicídio Privilegiado”, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Dourado, Luiz Angelo, “Psicologia Criminal – O crime passional e suas relações com o narcisismo”, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano V, nº 17 – Abril-Junho, 1967.

Engels, Friedrich, *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, Tradução João Pedro Gomes, 2 ed. Lisboa: Avante!, 2002.

Fernandes, Diana Isabel Mota, *Entre Themis e Asclépio Um estudo da inimputabilidade jurídico-penal português*, Coimbra, 2012 (Orig. tese de mestrado em sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2012).

Ferreira, Amadeu, *Homicídio privilegiado: reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do código penal de 1982*, Coimbra: Almedina, 2000.

Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4ª ed., Lisboa, Verbo, 2010.

Ferri, Enrico, *O Delicto Passional na Civilização Contemporânea*. Tradução Roberto Lyra. 1934.

Fonseca, A.C., *Psicologia e justiça*. Coimbra: Almedina, 2008.

Foucault, Michel, *Resumo dos Cursos de Collège de France*, Tradução Andréa Daher, 1970-1982.

Foucault, Michel, “Sexualidade e poder”, in *Ética, sexualidade, política*, 1 ed, Tradução Inês Austran Dourado Barbosa. Ditos e Escritos, v. 5, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Foucault, Michel, *As palavras e as coisas, Uma arqueologia das ciências humanas*, Tradução de Salma Tannus Muchail, 8.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Foucault, Michel, *História da Loucura na Idade Clássica*, Editora Perspectiva S.A. São Paulo/BR, 1978.

Foucault, Michel, *História da Sexualidade I. A vontade de saber*, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 13.ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

Foucault, Michel, *História da Sexualidade II. O uso dos prazeres*, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 8 ed., Rio de Janeiro, Edições Graal, 1998.

Foucault, Michel, *História da sexualidade III. O cuidado de si*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 8 ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

Foucault, Michel, *Microfísica do Poder*, Organização, Introdução e revisão Técnica de Roberto Machado.

Foucault, Michel, *Os anormais. Curso no Collège de France (1974-1975)*. Edição estabelecida sob a direção de François Wald e Alessandro Fontana, do Valério Marchetti e Antonella Salomoni, Tradução de Eduardo Brandão, Martins Fontes: São Paulo 2001.

Foucault, Michel, *Vigiar e punir*, 27.ª ed., Editora Vozes, 1987.

Frank, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Reimpresión, Editorial B de f: Montevideo, 2002.

Freudenthal, Berthold, *Culpabilidad y repoche en el derecho penal*, Editorial B de f: Montevideo, 2003.

Gala, António Augusto de Oliveira, *Crimes passionais* [texto dactilografado] [S.l.: s.n.], 1934.

Garófalo, Rafael, *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*, Lisboa: Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira. 1916.

Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2.^a edición, Editorial B de f: Montevideo, 2002.

Gonçalves, Manuel Lopes Maia, “A última revisão no projeto de código penal”, *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. 3, Coimbra, 1984.

Gonçalves, R.A. & Machado, C. (Eds.) *Psicologia Forense*, Coimbra: Quarteto Editora, 2005.

González Lagier, Daniel, *Emociones, responsabilidade y Derecho*. Editorial: Marcial Pons, Ediciones Judicicas y Sociales, 2009.

Hobbes, Thomas, *Leviatã*, Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Isasca, Frederico, “O Projecto do Novo Código Penal: Fevereiro de 1991: Uma Primeira Leitura Adjectiva”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A. 3, Fasc. 1, Jan.-Mar. 1993.

Jaspers, Karl, *Psicopatologia geral*, São Paulo, SP: Atheneu, 1979.

Jerome C. Wakefield, “Para uma definição de doença mental: valores e factos”, Tradução de Pedro Urbano, in *Psicologia e justiça*, Coimbra/PT: Almedina, 2008.

Lagache, Daniel, *Passions et psychoses passionnelles*. 1936 In Oeuvres v. 1. Paris: PUF, 1977.

Liszt, Franz von, *Tratado de Direito Penal alemão*, vol. I, tradução: José Hygino Duarte Pereira, Brasília/BR: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

Lombroso, Cesare, *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Tradução Torino: Fratelli Bocca, 1890.

Lombroso, Cesare, *L'umoo delinquente: in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Torino: Fratelli Bocca, 1924.

Lourenço, Cristina Sílvia Alves, *A determinação da inimputabilidade por anomalia psíquica com base em perícia médico-legal: a apreciação vinculatória dos laudos psiquiátricos*. Coimbra: [s.n.], 2005 (Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

Lucas, Rui Freire / Saraiva, Carlos Braz, “Perturbações de personalidade”, *In* Psiquiatria fundamental coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa: LIDEL, 2014.

Luiza Nagib Eluf, *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Ponte Visgueiro a Pimenta Neves*, 3.^a edição, Editora Saraiva, 2007.

M.L.Pelletier de Sant-Fargean, “Archives parlementaires”, De 1787 a 1860, *Recueil complet des De bats legislatifs e politiques des chambres francaises*, Sobre la direction de M.J. Mavidal, M.E Laurent. Première Série (1787 à 1799) Tome XXVI. Du 12 mai au 5 Juik 1791, pgs. 772. Traduzido por: Frederic Fabian Ribette.

Mália, Carlos Filipe Cândido, *Os Estados Passionais nos Homicídios*, Dissertação Apresentada para a Obtenção do Grau de Mestre em Direito no Curso de Mestrado em Ciência Jurídico Forenses conferido pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011.

Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, DSM-V, 5^a ed., 2014.

Manuelina, Livro V, título XV. Filipinas, Título V, Título XXXVIII, Afonsina, Livro V, título XVIII.

Mendes, Eva / Temótio, José / Cabral, Ana Sofia, “Aspetos médico-legais em Psiquiatria” *in* *Psiquiatra fundamental*, Saraiva, Carlos Braz E Joaquim (Autor) Joaquim Cerejeira (Autor) Edição em Português, Lidel: Edições Técnicas, Ltda, 2016.

Mezger, Edmund, “A culpa no moderno Direito Penal”, Coimbra: [s.n.], 1957. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 32, Coimbra, 1956.

Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, trad. José Arturo Rodriguez Muños Madrid, t. 1, Revista de Derecho Privado, 1935.

Mezger, Edmundo, *Derecho penal: libro de estudio*, Tradução de Conrado A. Finzi, Tomo I, Buenos Aires: El Foro, 2001.

Monteiro, Cristina Líbano, “O código penal de 1982: subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra. 1992.

Monteiro, Cristina Líbano, *Perigosidade de Inimputáveis e «in dubio pro reo»*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

Monteiro, Cristina Líbano, “Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Fevereiro de 1992”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 1º, Jan-Mar, 1996.

Monteiro, Elisabete Amarelo, *Crime de homicídio qualificado e imputabilidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora. 2012.

Neves, Castanheira. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

Neves, A. Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Neves, A. Castanheira, “O princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – *Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984.

Neves, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2008 (Orig. tese de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006).

Neves, João Curado, “O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, n. 2, 2001.

Palma, Fernanda, *O princípio da Desculpa no Direito Penal*, Coimbra/PT: Almedina, 2005.

Palma, Maria Fernanda, “Desenvolvimento da Pessoa e Imputabilidade no Código Penal Português”, in Maria Fernanda Palma e o. (org.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3ª ed., Coimbra Almedina, 2004.

Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral*, Lisboa, A.A.F.D.L., 1994.

Pichot, Pierre, *Um século de Psiquiatria e A psiquiatria em Portugal*, Traduzido por Ana Maria Coelho de Sousa. Paris/FR: Editons Roger. Lisboa/PT: Roche Farmacêutica Química: 1983-1984.

“Plaidoyer four Joseph Gras, Accuse D’Assassinat”, Traduzido por: Frederic Fabian Ribette in *N.F. Bellart. Procureur-Général a La Cour Royale de Paris. Mémoires et Plaidoyers. Tome Premier. Paris, J.-L.-J. Briere, Libraire-Éditeur, Due Saint-André-Des-Arcs*, n 68, Février 1827.

Polónio, Pedro, *Personalidade e doença*, Separata de “O Médico”, 1991.

Quintela de Brito, Teresa, “Homicídio privilegiado: algumas notas”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Rabinowicz, Léon, *O crime Passional*, Tradução de Fernando Miranda, Arménio Amado Editor: Coimbra, 1951.

Rocha, Manuel António Lopes, “A revisão do código penal português: sentido e extensão das alterações da parte geral no anteprojecto da comissão revisora”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 3, fasc. 2-4, Abr.-Dez. 1993.

Rocha, Manuel António Lopes, “O Novo Código Penal Português: Algumas Questões de Política Criminal”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* n.º 322, 1983.

Rousseau, Jean-Jacques, *Do contrato Social*, Tradução: Rolando Roque da Silva, Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, EbooksBrasil.

Santos, José Beleza dos, “A prevenção Especial – Os delinquentes habituais e os multi-ocasionais” in *Valor e Limites*, Lisboa, 1959.

Santos, José Beleza dos, “Imputabilidade penal: noções jurídicas sumárias”, *Separata Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano V, n.ºs 1 a 3, 1950.

Saraiva, Carlos Braz / Pilodo Flavio / Bastos, Hugo, “História da Psiquiatria”, In *Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa : LIDEL, 2014.

Secco, Antonio Luiz de Souza Henriques, *Código Penal Portuguez anotado*, 6.^a Ed, 1881.

Silveira, José dos Santos, *Da imputabilidade penal no direito português*, Coimbra Editora, 1960.

Sorenger, James / Kramer Heinrich, *Malleus malaficarum*. O martelo das Feiticeiras, 24ed, Rio de Janeiro Editora: ABDR, 2014.

Sousa e Brito, José de, “Um caso de homicídio privilegiado (Parecer)”, *Direito Penal II. Programa, Bibliografia e Textos de Apoio*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1984.

Strongman, Kenneth T., *A psicologia da emoção*, Uma perspectiva sobre as Teorias da Emoção, 2 ed, Lisboa/PT: Climepsi Editores, 2004.

Suzana J. de Oliveira Carmo, “Crimes passionais: onde termina a paixão e começa a violência (?)”, *Direitonet*, 2008.

Valente, José, “Fundamentos de psicopatologia”, *In Psiquiatria fundamental* coord. Carlos Braz Saraiva, Joaquim Cerejeira. Lisboa: LIDEL, 2014.

Wakefield, Jerome C., “Para uma definição de doença mental: valores e factos”, Tradução de Pedro Urbano. *In Psicologia e Justiça*, Coimbra: Almedina, 2008.

Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal – una introduccion a la doctrina de la acción finalista*, tradução Jose Cerezo Mir, Montevideo: Editorial B de f, 2001.

Welzel, Hans, *Derecho Penal: Parte General*, Traducción de Carlos Fontán Balestra con la colaboración del sr. Eduardo Friker, Buenos Aires/AR: Roque Depalma Editor, 1956.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-06-1980, processo n.º 035906.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-06-1987, processo n.º 039009.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-01-1998, processo n.º 97P1255.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-03-2010, processo n.º 1374/07.8PBCBR.C2.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-05-2010, processo n.º 517/08.9JACBR.C1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-06-2011, processo n.º 88/09.9PJSNT.L1.S1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-11-2011, processo n.º 508/10.0JAFUN.S1.