

SOMBRAS DA IMPUTABILIDADE: AS FRONTEIRAS, O VENTO E A PROCURA DO SENTIDO

Daniela de Freitas Marques*

SUMÁRIO: 1. O “Pássaro Pintado” 2. A peleja entre a Medicina e o Direito: as fronteiras do “normal” e do “patológico” 3. A emoção e a paixão: *o que o vento leva* 4. A embriaguez: a “procura tem sempre mais sentido que a renúncia” 5. Conclusão 6. Referências Bibliográficas

PALAVRAS-CHAVE: imputabilidade; escola antropológica; *medicalização* da pena de morte; *determinismo neurogenético*; emoção; paixão; embriaguez.

RESUMO

Aborda a imputabilidade como uma espécie de rótulo atribuído aqueles que, à semelhança do “pássaro pintado”, responderão pela prática da conduta criminosa. Nesse particular, as fronteiras entre o saber jurídico e o saber médico não estão restritas ao século XIX. Ao contrário, na primazia da biologia, no “determinismo neurogenético” e na pena de morte “medicalizada”, a velha cantilena revestida de nova roupagem sempre traz a possibilidade de repetição. Igualmente, a literatura e o sistema jurídico-penal permitem a convergência das diatribes em relação à criminalidade passional e à embriaguez voluntária e culposa.

ABSTRACT

It approaches the imputability as specie of label attributed to those that, like the “painted bird”, will respond for the practice one its criminal behavior. In this particular case, the borders between legal knowing and medicine knowing are not restricted to century XIX. Equally, literature

* Professora Adjunta de Direito Processual Penal da Faculdade Direito da UFMG. Mestra em Direito Penal/UFMG. Doutora em Direito Penal/UFMG. Juíza-Auditora da Polícia Militar de Minas Gerais.

and the legal-criminal system allow the convergence of diatribes related to passion crime and the voluntary and guilty drunkenness.

1."Um dia, (Lekh) caçou um corvo grande; pintou as suas asas com tinta vermelha, o peito com verde e a cauda com azul. Quando um bando de corvos apareceu sobre nossa cabana, Lekh soltou o pássaro pintado. Logo que este se juntou ao bando, a batalha começou. Foi atacado por todos os lados. Penas negras, vermelhas, verdes e azuis começaram a cair aos nossos pés. Os pássaros voavam enfurecidos nos céus, e repentinamente o corvo pintado caiu ao solo arado. Ainda estava vivo, abria o bico e fazia uma tentativa inútil para mover as asas. Seus olhos tinham sido arrancados, e o sangue quente corria por suas penas pintadas. Fez ainda uma tentativa para levantar vôo da terra pegajosa, mas já não tinha forças para isso."¹

À semelhança do *pássaro pintado*, destruído pela sua *não conformidade*,²

a paleta de cores atribuída à pessoa humana, tornando-a *delinqüente, louca ou menor*, sintetiza-se no conceito de imputabilidade.

A imputabilidade é a *capacidade* em Direito Penal ou, ao menos, "a capacidade de culpa, constituindo, a rigor, *pressuposto* e não elemento

1 O texto é de Jerzy Kosinski no livro *O Pássaro Pintado*. Cf. SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 330.

2 "As maiorias usualmente classificam as pessoas ou grupos como 'divergentes' a fim de colocá-los à parte, como seres inferiores, e para justificar seu controle social, sua opressão, perseguição ou até destruição completa.

É bom lembrar que os papéis são artefatos sociais. A divergência no papel, por isso, só tem sentido no contexto de leis e costumes sociais específicos. O delinqüente é divergente porque desobedece à lei; o homossexual porque quase todos são heterossexuais; o ateu porque a maioria acredita, ou diz acreditar, em Deus. Embora o afastamento com relação a uma norma estatística de comportamento seja um critério importante de divergência social, não é o único. Uma pessoa pode ser considerada divergente apenas porque sua conduta difere de uma norma socialmente aceita, mas também porque difere de um ideal moralmente aceito. Assim, embora um casamento feliz seja provavelmente exceção e não regra, a pessoa solteira ou infeliz no casamento é muitas vezes considerada psicologicamente anormal e socialmente divergente. Há tempos atrás, quando a masturbação era indiscutivelmente tão freqüente quanto hoje, os psiquiatras consideravam essa prática como um sintoma e causa de insanidade.

Portanto, a divergência social é um termo que abrange uma vasta categoria. Que tipos de divergência social são consideradas como doenças mentais? A resposta é que são aqueles que provocam uma conduta pessoal que não está de acordo com regras de saúde mental psiquiatricamente definidas e impostas. Se a recusa de narcóticos é uma regra de saúde mental, a ingestão de narcóticos será um sinal de doença mental; se a conduta calma é uma regra de saúde mental, a depressão e a excitação serão sinais de doença mental, e assim por diante.

Por mais evidente que isso possa parecer, em grande parte não são avaliadas suas conseqüências para nossa compreensão da doença mental e da Psiquiatria Institucional. O fato é que, cada vez que os psiquiatras criam uma nova regra de saúde mental, criam uma nova classe de indivíduos mentalmente doentes - assim, cada vez que os legisladores promulgam uma nova lei restritiva, criam uma nova categoria de delinqüentes." Cf. SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 26/7.

da culpabilidade”.³ Giuseppe Maggiore⁴ ilustra que ninguém poderá ser culpável, se não for imputável, ou seja, se não possuir um mínimo de condições psíquicas e físicas em virtude das quais lhe possa ser atribuída a prática da conduta criminosa. De forma mais sucinta, Roberto Lyra, diz que “imputável é o homem normalmente desenvolvido e mentalmente são.”⁵

A responsabilidade penal, por sua vez, deriva da imputabilidade. Dito de outra forma, o fundamento da imputabilidade é o *critério biopsicológico normativo*, enquanto a responsabilidade é a síntese das valorações provenientes da imputabilidade.⁶

A imputabilidade⁷ é o limite entre a visão jurídica e a visão médica acerca da conduta humana e do contexto social em que ela se manifesta, refletindo sistemas de valores diametralmente opostos mas, ao mesmo tempo, singularmente semelhantes.

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A nova Parte Geral*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.197.

“A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento.”

4 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1951. p.479.

5 LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 19—. *passim*.

O Código Penal brasileiro não conceitua a imputabilidade penal, ao contrário, ela é apresentada em termos negativos, conforme o disposto no artigo 26, *in verbis*: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” Por sua vez, o artigo 27 dispõe que “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

O Código Penal espanhol, de 1995, em relação à idade penal dispõe em seu artigo 19: “*Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*.”

Cuando um menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”

O artigo 20 do Código Penal espanhol padece de algumas falhas técnicas, como é o caso da previsão de isenção de responsabilidade criminal para aquele que atue em legítima defesa, em estado de necessidade, por medo insuperável, no cumprimento de um dever ou no exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo. Assim, dispõe o artigo 20, *in verbis*: “*Están exentos de responsabilidad criminal*:

1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. (...)”

6 Cf. LEIRIA, Antônio Fabrício. *Fundamentos da Responsabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.170.

7 O enfoque da imputabilidade em relação à idade, estabelecido de forma absoluta no Código Penal brasileiro, não é o objetivo do presente artigo. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, estando sujeitos às

A visão jurídica e a visão médica são semelhantes no que diz respeito à *indesejabilidade* atribuída aos “delinqüentes”, aos “loucos” ou aos “loucos delinqüentes”, à *não compreensão da conduta* por eles praticada ou da conduta de vida por eles experimentada e, finalmente, à *especial repugnância despertada por certos atos ou condutas* por eles praticados.

Por certo, a *indesejabilidade* faz-se presente, v.g, nas situações como aquelas relativas à origem, à religião, às doenças, ou seja, a diferença é o sinete da perseguição religiosa, jurídica ou médica.

Neste particular, a perseguição aos judeus é um dos pecados capitais da dita cristandade. Em 1215, em Roma, “Por ordem do Concílio de Latrão, os judeus não podiam ter emprego público nem criados cristãos. Não podiam cobrar taxas altas de juros para empréstimo de dinheiro, e os cruzados foram liberados de todos os pagamentos. Foram indicados severos castigos para os convertidos que fossem negligentes em sua nova fé (...) Foi decretado que todos os judeus deviam ter uma roupa especial ou uma faixa especial para distingui-los de outros homens.”⁸ Alguns séculos mais tarde, em 1543, “Martinho Lutero publica seu panfleto anti-semita, *Dos judeus e Suas Mentiras*. Acusa os judeus de envenenarem fontes e assassinar crianças cristãs, e pede que os príncipes destruam as sinagogas judaicas e confiscem as propriedades dos judeus. Num de seus últimos sermões, denuncia os médicos judeus por ‘conhecimento da arte de envenenar’ seus pacientes e conclui com a advertência: ‘Finalmente, como concidadão, digo que, se os judeus se recusarem à conversão, não devemos suportá-los ou admiti-los por mais

normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Na verdade, assiste razão a Heleno Cláudio Fragoso, ao dizer que os menores de 18 anos não estão sujeitos ao Direito Penal e, portanto, não são autores de crimes.

No entanto, a fronteira entre o discurso jurídico e o discurso médico é igualmente fraca. “Observamos uma fronteira tênue entre a fala de advogados e psiquiatras, como observa Foucault, na medida em que nos meandros das práticas discursivas destes grupos ‘formou-se a noção de indivíduo perigoso, permitindo estabelecer uma rede de causalidade na escala de uma biografia inteira e, por conseguinte, estabelecendo um veredicto de punição e correção’. (...) Pelo uso de adjetivos imputados aos menores como, por exemplo, ‘pequenos delinqüentes, desajustados, pequenos monstros’, observamos como o discurso constrói a imagem do infrator como elemento de alta periculosidade. O restante da sociedade aparece impotente diante de tal situação. Temos a verticalização da prática discursiva exigindo uma postura dos órgãos competentes, isto é, de se criar estabelecimentos de reeducação para interná-los.”

Cf. RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os Filhos do Mundo*. A face oculta da menoridade (1964-1979). São Paulo: IBCCRIM, 2001. p.149/150.

⁸ SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 332.

tempo.”⁹ Em 1650, em Württemberg, o clero, em sinal de protesto pela concessão de alguns privilégios a médicos judeus, diz “seria melhor morrer com Cristo do que ser curado por um judeu auxiliado pelo Demônio.”¹⁰ O transcurso dos séculos não afasta a indesejabilidade dos judeus, em 1841, ilustra “Dom Guéranger: ‘O espetáculo de todo um povo colocado sob maldição por ter crucificado o Filho de Deus dá o que pensar aos cristãos (...) Este imenso castigo por um crime infinito deve continuar até o fim do mundo.’”¹¹

Em 1925, Adolf Hitler publica *Mein Kampf*, na qual associa aos judeus aspectos físicos repulsivos, acrescentando que “tudo isso dificilmente seria atraente, mas se tornava positivamente repulsivo quando se descobria, além de sua sujeira física, as manchas morais desse ‘povo eleito’ (...)”¹² Em 1933, Louis Thomas McFadden afirmava não existir perseguição real aos judeus na Alemanha, ao contrário, a perseguição seria unicamente aos “*judeus comunistas*”.¹³ Na própria Alemanha, Victor Klemperer, registrava em seus diários, no dia 31 de março de 1933, sexta-feira à noite: “Cada dia mais desolado. Amanhã começa o boicote. Cartazes amarelos, homens da guarda. Coação para pagar dois meses de salário aos funcionários cristãos, demitir os judeus. Nenhuma resposta à carta consternadora dos judeus, dirigida ao presidente do Reich e ao governo. Assassina-se friamente ou ‘lentamente’. Não se fará ‘mal algum’ - apenas deixa-se morrer de fome. Se não maltrato meus gatos, apenas deixo de dar-lhes de comer, estarei então maltratando os animais? Ninguém tem coragem de tomar a dianteira. O grêmio estudantil de Dresden fez hoje uma declaração: Unidos por trás... e relacionar-se com judeus é contra a honra dos estudantes alemães. Fica proibida a entrada de judeus na Casa dos Estudantes. Quanto dinheiro judeu foi para essa casa, há tão poucos anos!

Em Munique, professores universitários judeus já foram impedidos de pôr o pé na universidade.

⁹ SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 334/5.

¹⁰ SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 338.

¹¹ SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 345.

¹² SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 355.

¹³ SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 356.

A proclamação e apelo do comitê para o boicote determina: 'religião é indiferente', só a raça importa. No caso dos donos de lojas, se o homem é judeu e a mulher cristã, ou vice-versa, a loja é considerada judia."¹⁴

Nos anos subseqüentes, na Alemanha, são elaboradas várias leis legitimadoras do ódio e da perseguição impostos aos judeus, como as *Leis de Nuremberg*.

Anos mais tarde, em 1961, George Lincoln Rockwell, comandante do Partido Nazista Americano, disse: "A resposta espantosa ao enigma judaico é que os judeus são loucos. Como raça, os judeus são paranóides. Esse povo doente precisa ser detido antes de carregar o mundo com ele." Em 1965, Rockwell desenvolveu sua tese da seguinte maneira: "[Os judeus] constituem um povo único, que se distingue do resto da Família Branca de Pessoas. As massas judaicas sofrem de sintomas de paranóia: delírios de grandeza, delírios de perseguição. Os judeus acreditam que são o 'povo escolhido' de Deus, e eternamente se queixam de 'perseguição' '..."¹⁵

Como se vê, a gradativa perseguição aos "não escolhidos" inicia-se por um *discurso religioso ou pseudo-religioso*, no qual há a associação das pessoas a cultos demoníacos ou mesmo à figura do próprio demônio. Posteriormente, a identificação associa-se aos estigmas morais ou aos estigmas físicos, tornando os "não escolhidos" repulsivos moral e fisicamente.¹⁶ Por fim, mas não por último, a repulsa moral e física pode encontrar a justificativa no *discurso pseudo-científico da "loucura"*.

14 KLEMPERER, Victor. *Os Diários de Victor Klemperer*. Testemunho clandestino de um judeu na Alemanha Nazista. Trad. Irene Aron. São Paulo: Companhia de Letras, 1999. p.18/9.

15 SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 361.

16 O estereótipo das manchas morais ou da fealdade física faz-se presente, por exemplo, na *relação colonizador/colonizado*, como bem se vê na lição de Zaffaroni:

"A feiúra e a maldade sempre andam juntas. Os valores negativos ou desvalores estético e ético tendem a coincidir. Na França, a ordenação de Lorena (art.13 do Título 10º) dispunha que os Juízes deveriam dar preferência, na tortura, às pessoas 'robustas e de condição vil'. Nas raras ocasiões em que o mau se associa ao belo, acaba-se descobrindo que, na realidade, se trata de uma beleza falsa ou aparente, algo diabólica, assim como a de Dorian, cuja maldade se escondia no retrato, seu verdadeiro rosto, no sótão (na casa do sonho de Jung, em sua autobiografia, o sótão ocultava o inconsciente coletivo).

Isto nos permite explicar algumas das "intenções geniais" artísticas, que impressionavam os positivistas: os artistas alimentavam os valores estéticos e seus opostos (os desvalores). O estereótipo criminal se alimenta de preconceitos e valores de toda ordem, mas especialmente de valores estéticos vinculados a classe e etnia, ou seja, valores *etnocentristas*.

Basta percorrer o 'Atlas' de Lombroso para se perceber a enorme feiúra das fisionomias das pessoas. Suas descrições físicas são de 'gente feia': homens com prognatismo acentuado, orelhudos, olhos pequenos e fundos, excessivamente

Também a *não compreensão da conduta praticada ou da conduta de vida experimentada* constitui outro pretexto para a perseguição, como é o caso de certas práticas sexuais¹⁷ e da orientação sexual. O homossexualismo visto ora como crime, ora como forma de perversão é exemplo dos mais notórios.¹⁸ Em 1895, Oscar Wilde, acusado da prática de crimes de natureza sexual, foi condenado a 2 (dois) anos de prisão com trabalhos forçados. No *De Profundis*, a longa carta endereçada a Lord Alfred Douglas, em profunda e decantada melancolia, Oscar Wilde tece considerações a respeito da vida na prisão: “A vida na prisão, com suas privações e limitações contínuas nos torna rebeldes. Pois o mais terrível não é que ela consiga partir nossos corações - os corações foram feitos para serem partidos - mas que os transforme em pedra. Às vezes sentimos que só com muito descaramento e insolência conseguiremos suportar mais um dia. E todo aquele que vive em estado de rebelião não pode receber a graça - para usar um termo que tanto agrada à Igreja, e com razão, atrevo-me a dizê-lo - pois na arte, tanto quanto na vida, o espírito de revolta fecha os canais da alma e impede a entrada dos ares celestiais.”¹⁹ Por outro lado, em 1952, nos Estados Unidos, o Congresso “promulga a Lei McCarran que, entre outras coisas, diz que ‘os estrangeiros que tenham: a) personalidade psicopática não devem ser admitidos nos Estados Unidos’. A partir de então, os imigrantes homossexuais são imediatamente classificados como ‘personalidades

próximos ou distantes do nariz, assimetrias faciais grosseiras, microcefalia, testa estreita, mulheres estrábicas, barbadas etc.

Creio que ninguém duvida de que todas essas pessoas eram ‘naturalmente suspeitas’ para a polícia da época lombrosiana e, por isso mesmo, não parece possível que pudessem andar à vontade pelas ruas de qualquer cidade europeia, particularmente à noite.

Mas, por que são ‘feias’? De onde saem os valores estéticos do estereótipo criminal lombrosiano?

Não é preciso muita perspicácia para se dar conta de que tanto o valor como o desvalor estéticos são um produto de etnocentrismo: o *indo é o europeu*; o *feio é o colonizado*. Índios e negros são ‘feios’. Se exercem atração erótica, esta é diabólica, maligna: a Malinche ‘seduz’ Cortés, a ponto de ele envenenar sua mulher espanhola, quando esta tem a infeliz idéia de vir ao México (também na ‘visão dos vencidos’ essa relação é maligna, porque a Malinche - que não é ‘forçada’, mas sim se entrega ao conquistador - é uma traidora de sua nação).” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Tenda dos Milagres*” ou *A Denúncia do “Apartheid” Criminológico*. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva. Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p.450/1.

17 A *masturbação* é o exemplo clássico da clínica psiquiátrica.

18 Leonídio Ribeiro, em 1957, escrevia a respeito do homossexualismo: “As práticas de homossexualismo não podiam continuar a ser consideradas, ao acaso, como pecado, vício ou crime, desde que se demonstrou tratar-se, em grande número de casos, de indivíduos doentes ou anormais, que não deviam ser castigados, porque careciam, antes de tudo, de tratamento e assistência médico-social.

A medicina havia libertado os loucos das prisões. Uma vez mais, iria salvar da humilhação esses pobres indivíduos, muitos deles vítimas de taras e anomalias pelas quais não deviam nem podiam ser punidos, pela sociedade.” Cf. RIBEIRO, Leonídio. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. p.65.

19 WILDE, Oscar. *A alma do Homem sob o socialismo & Escritos do Cárcere*. Porto Alegre: L0!PM, 1996. p.115.

psicopáticas', e, se entraram no país depois da promulgação da lei, são deportados."²⁰

Por fim, a *especial repugnância despertada por certos atos ou condutas praticados*,²¹ como são os casos dos crimes reveladores de uma especial insensibilidade ou impiedade em relação às vítimas, os quais atendem mais profundamente à explicação do "louco delinqüente". Neste particular, não seria incorreto dizer que "os alienistas foram chamados pelos tribunais para desvendar o 'enigma' que certos crimes lhes apresentavam. Para Castel, essa primeira 'saída' dos alienistas resultou '...na sua imposição como peça indispensável ao funcionamento do aparelho judiciário.' (CASTEL, 1978:169)."²²

Ora, em uma sociedade laicizada, racionalizada e desencantada, a velha argumentação em torno da existência do mal é substituída pela argumentação científica. A ciência prefere à religião.²³ Isto porque, "os crimes que clamam pelas considerações médicas parecem possuir uma outra estrutura, pois dizem respeito, primordialmente, à subversão escandalosa de valores tão básicos que se pretende estejam enraizados na própria 'natureza humana' - amor filial, amor materno ou piedade frente à dor e ao sofrimento humano. Desta maneira, não é surpreendente que tais subversões, tão radicais e escandalosas, coloquem em questão a própria "humanidade" de parricidas, infanticidas, assassinos cruéis, sendo mais bem interpretadas no contexto das selvagerias da natureza, mais afeitas, portanto, à abordagem das ciências biológicas ou naturais."²⁴

Apenas para exemplificar, cite-se o caso brasileiro de *Febrônio Índio do Brasil*, primeiro interno no Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro. "Este jovem mulato foi preso em 1927, acusado de ter matado jovens

20 SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.p. 360.

21 Sérgio Carrara destaca, ao final do século XIX, o crescente interesse pelos crimes, devido ao aumento significativo do número de crimes nas grandes metrópoles. Na Inglaterra vitoriana, apenas para citar um exemplo, *Jack, o estripador*, zombava da polícia britânica. Cf. CARRARA, Sérgio. *Crime e Loucura - o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. p.62.

22 Apud CARRARA, Sérgio. *Crime e Loucura - o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. p.62.

23 "Se outrora eram os xamãs e curandeiros os responsáveis pelo extermínio de todos os sofrimentos, hoje são os biólogos moleculares e os geneticistas; e a imortalidade não é mais assunto para sacerdotes, e sim para pesquisadores." Cf. ENZENSBERGER, H. M. *Golpistas no laboratório. A ressurreição triunfal da crença no progresso nas ciências*. Folha de São Paulo. Domingo, 9 de setembro de 2001. *Mais!* p.24.

24 CARRARA, Sérgio. *Crime e Loucura - o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. p.71.

rapazes nos arrabaldes do Rio de Janeiro, após atraí-los com pequenos presentes e mirabolantes profecias, publicadas num livro chamado *As Revelações do Príncipe do Fogo*, tatuar os seus corpos com hieróglifos místicos e seduzi-los sexualmente. Os advogados de Febrônio argumentaram, com o apoio de diversos laudos psiquiátricos, que ele era um “louco moral” e, portanto, não responsável por seus atos. Como resultado, Febrônio foi internado no recém-construído Manicômio Judiciário sob uma ‘medida de segurança’ que, apesar de muitos apelos, nunca foi revogada.”²⁵

Assim, a imputabilidade, ao menos desde o final do século XIX, delimita as fronteiras entre a reflexão jurídica e a reflexão médica. Aquele que tem *capacidade de culpa*, ao cometer o crime, está circunscrito ao campo jurídico de atuação; aquele que é *louco, doente mental* está circunscrito ao campo médico de atuação e, o menos feliz dos destinos, à semelhança do suplício de Tântalo,²⁶ incumbe ao *louco criminoso* sujeito a conciliação entre o campo jurídico e o campo médico de atuação. As esferas jurídica e médica de reflexão e atuação, inicialmente, complementares, vão, no final do século XIX, se esfacelando,²⁷ como o comprova o exemplo trazido à colação,

“Em 1902, uma estranha peça médico-policial, *L’Enquête* (A investigação), atraiu ao teatro Antoine os parisienses ávidos de sensações fortes, antes de alcançar o mesmo sucesso em

25 A citação é da apresentação de Peter Fry ao livro de Sérgio Carrara. Cf. CARRARA, Sérgio. *Crime e Loucura - o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. p.16.

26 “Tântalo, de pé dentro de uma lagoa, com o queixo ao nível de água, sentia, no entanto, uma sede devoradora, e não encontrava meios de saciá-la, pois, quando abaixava a cabeça, a água fugia, deixando o terreno sob os seus pés inteiramente seco. Frondosas árvores carregadas de frutos, peras, romãs, maçãs e apetitosos figos abaixavam seus galhos, mas, quando ele tentava agarrá-los, o vento empurrava os galhos para fora de seu alcance.” Cf. BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia*. Histórias de Deuses e Heróis. 11.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p.321.

27 “A ênfase da reflexão sobre o crime no período considerado recai no reconhecimento de que crimes, revoluções ou rebeliões seriam consequência ou manifestação de uma desigualdade natural existente entre os homens. Ao consagrar porém a igualdade jurídica e a liberdade individual, a ordem liberal se mostrava incapaz de administrar tais diferenças concretas. Cumpria então reformar códigos e leis para assentar as bases jurídico-políticas de uma ampla reforma institucional que fornecesse ao Estado e às suas organizações os instrumentos necessários para uma intervenção social mais incisiva e eficaz. Para que tal intervenção fosse possível e conseguisse atingir os indivíduos aos quais se destinava, a idéia de liberdade individual deveria ser também repensada e seus reflexos legais reformulados. No entanto, essa questão política ligava-se ainda a uma complicada e ampla questão filosófica, uma vez que o respeito à soberania individual e a proteção às liberdades eram ao mesmo tempo reconhecimento do “livre-arbítrio” humano, atributo que tornava os homens universalmente iguais e responsáveis por suas ações. Assim, através das discussões em torno do crime, tratava-se não somente de atacar a ordem política e jurídica liberal mas também de consolidar um nova concepção do homem e de sua relação com a sociedade, amplamente ancorada em formulações positivistas e científicas.” Cf. CARRARA, Sérgio. *Crime e Loucura - o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. p.65/66.

toda a Europa. Um crime, um magistrado incapaz e um médico superlúcido eram o centro do suspense. Mas o mais extraordinário é que sob o pseudônimo de Georges Henriot, seu autor, escondia-se um dos maiores médicos da época, o professor titular Georges Henri Roger, futuro decano da Faculdade de Medicina.

De repente tudo se esclarece. A investigação é rigorosa, não mais segundo os métodos tradicionais de investigação policial, mas seguindo o fio de Ariadne das teorias lombrosianas. O presidente do tribunal de comércio foi assassinado. Ele não foi despojado nem de suas jóias nem de seu dinheiro. Com uma intempestiva presteza, o juiz de instrução conclui tratar-se de um crime passional e inculpa o suposto amante da mulher do presidente. Felizmente, a medicina está alerta. Ela nos ensina que as coisas não são tão simples quanto supõem os magistrados. Encarnada pelo médico - legista Beaulieu, ela se esforça em desenredar o mistério, invertendo a ordem das coisas.

Beaulieu investiga minuciosamente a personalidade do juiz de instrução. Trata-se de um neurastênico irritável, impulsivo, que sofre de abatimento e prostração. Seu espírito é atravessado por longas seqüências de devaneios e sua memória dá sinais de fraqueza. Em duas palavras, trata-se de um epilético, ou melhor, de um criminoso nato. Para coroar tudo, fora visto em companhia da vítima alguns momentos antes do assassinato. Não havia mais dúvida, o assassino era ele! E fora num momento de amnésia que cometera o crime!

Eis um gênero de peripécia que um juiz de instrução dificilmente poderia suportar. Quando o infeliz fica sabendo que só lhe resta inculpar a si mesmo, prefere entregar-se à justiça de Deus e cai de repente, fulminado por uma crise cardíaca.”²⁸

28 DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.115.

2. A peleja entre médicos e juristas no sistema penal tem início na primeira metade do século XIX.

Na França, são conhecidos os casos *Léger, Papavoine e Cornier*. “Léger, jovem misantropo de 29 anos, decidira um dia deixar a sua casa para viver como eremita num bosque. Uma manhã, estupra uma menina de dez anos, mutila seus órgãos genitais, arranca seu coração e o devora. Papavoine, ex-funcionário da Marinha, encontra uma mulher e seus dois filhos no Bois de Boulogne. Fingindo querer abraçá-los, enfia uma faca em seus peitos. Henriette Cornier, doméstica de 27 anos, enche de carícias a filhinha de uma vizinha e a leva até sua casa com a autorização da mãe. Lá, ela a deita na cama, serra seu pescoço e joga a cabeça pela janela.”²⁹

Georget, discípulo de Esquirol, criou a expressão “*monomania instintiva*”, na qual apenas a vontade é lesada enquanto a inteligência permanece incólume. “As pessoas tinham dificuldade em admitir uma tese segundo a qual a própria atrocidade de um crime pleiteava em favor de seu autor. Contra essa doutrina tão injuriosa para a moral como alarmante para a sociedade, formou-se uma coalizão heteróclita. A opinião pública, a imprensa, os magistrados e os médicos formaram linhas de combate. De início, o próprio Esquirol foi contra seu discípulo. Mas, depois, aliou-se às suas idéias, jogando na balança todo o peso de sua autoridade.”³⁰

O apogeu da influência médica no sistema jurídico-penal dá-se, justamente, por meio da *Escola Antropológica Italiana*, na qual se destaca o pensamento de *Cesare Lombroso*,³¹ de *Garofalo*³² e de *Enrico Ferri*.³³

29 DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.124.

30 DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.124.

31 Cesare “LOMBROSO, buscando a explicação científica do crime, havia asseverado que o delito é um fenômeno de *atavismo* orgânico e psíquico. A esta conclusão chegou após um estudo antropológico e análise confrontativa entre o homem selvagem e o homem delinqüente, encontrando em um e em outro idênticos caracteres somáticos e psíquicos. O criminoso típico seria uma cópia, uma reprodução nas sociedades modernas, do homem primitivo, aparecido, pelo fenômeno do atavismo, no seio social civilizado, com muitos dos seus caracteres somáticos e os mesmos instintos bárbaros, a mesma ferocidade, a mesma falta de sensibilidade moral. Ainda mais. Pensa LOMBROSO que ‘o atavismo do criminoso, quando lhe falta absolutamente todo traço de pudor e de piedade, pode ir além do selvagem, remontando até aos próprios brutos.’ (...) O próprio LOMBROSO modificou posteriormente esta sua doutrina assaz exclusivista, fundindo e combinando, para a explicação da criminalidade, o atavismo com a epilepsia, admitindo ainda, em muitos casos, a parada do desenvolvimento e a degeneração. Afirma a identidade da loucura moral com a delinqüência inata, e conclui que o crime resulta sempre de uma natureza epiléptica ou

Por influência da Escola Antropológica, a tênue fronteira entre o crime e a loucura é praticamente rompida.

O delinqüente é visto como um *anormal*, acorrentado ao seu destino hereditário, psíquico ou social, semelhante às víboras, aos cães raivosos ou aos animais peçonhentos. E, em razão dessa semelhança, deveria ser eliminado.

Desta forma, a pena de morte é cientificamente justificada por critérios de eficiência e de necessidade. “Enquanto a justificação da pena de morte repousava sobre o dogma da exemplaridade, a sociedade podia mostrar-se malthusiana com a cabeça dos outros. Uma única execução bastava para assustar os criminosos em potencial tranquilizando a boa gente. Quando se trata, visando a eficácia, de exterminar a espécie dos criminosos natos, a Justiça transforma-se numa hidra.”³⁴

epileptóide; e a constituição epileptóide forma o fundo comum de todas as formas de delinqüência”. Cf. MONIZ SODRÉ, Antônio. *As Três Escolas Penais*. Clássica, Antropológica e Crítica (Estudo Comparativo). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977. p.109/110.

32 GAROFALO “se propuso construir ‘la noción sociológica del delito natural’, idea muy diversa, como observó, de la definición jurídica del delito. Preguntándose, ante todo, si existe un cierto número de hechos que la conciencia popular haya considerado en todo tiempo y en todo lugar como delitos y considerado cómo, por ejemplo, el homicidio por maldad brutal escapa a esta norma, se debe concluir que el análisis de las acciones humanas no demuestra nada. Abandonado este camino y teniendo en cuenta que en el delito existe siempre una lesión de los sentimientos que constituyen el sentido moral, se aplica al análisis de estos sentimientos. Y la nueva investigación le permite establecer que, por encima de las fluctuaciones de los sentimientos particulares, existe con permanencia una especie de patrimonio orgánico e instintivo, creado en la raza por una evolución hereditaria, patrimonio que no es otra cosa que el sentido ético fundamental del hombre civilizado, cuya existencia está integrada por los instintos altruístas de la benevolencia y de la justicia, a los que corresponden los sentimientos de piedad y de probidad. El delito natural será, pues, la lesión del sentido moral en su esencia, ‘de aquella parte que consiste en los sentimientos altruístas de piedad y probidad, de modo que la ofensa hiera no ya la parte superior y más elevada de dichos sentimientos, sino la más común, la que es considerada como patrimonio moral indispensable de cualquier individuo en la comunidad social.’ Y los elementos de inmoralidad que el delito natural contiene serán, en consecuencia, la crueldad y la improbidad.” COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la Historia de la Filosofía*. México: Union Tipografía Editorial Hispano-Americana, 1953. p. 207/8.

33 Enrico FERRI entendia que o *Direito Penal* deveria ser transformado em um ramo da *Sociologia* e, neste particular, deveria estar fundamentado em três disciplinas preliminares: a *psicologia*, a *antropologia* e a *estatística*, como bem lembra Fausto Costa.

Assim, para Ferri não haveria a *liberdade moral* ou o *livre arbítrio* e, em consequência, a responsabilidade criminal seria a decorrência lógica da vida em sociedade. Dito de outra forma, o homem é responsável somente por viver em sociedade. “Ferri admite que la intensidad y la índole de la responsabilidad pueden variar en función de las ‘diversas circunstancias del agente, del acto realizado y de la sociedad que reacciona.’ Y así construye una nueva teoría de las ‘formas’ y de los ‘grados’ de la sanción. Cuatro son las formas de aplicarla, según los casos y teniendo presente la clasificación de los delincuentes: medios preventivos, equivalentes en el campo médico-biológico a las medidas higiénicas; medios reparadores y medios represivos, correspondientes a las disciplinas terapéuticas, y medios eliminatorios, que se equiparan a las operaciones quirúrgicas.”

34 DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.185.

Não é equívocado afirmar que as seguintes conseqüências decorrem da *medicalização*³⁵ da pena de morte: a “cientificidade” do extermínio dos indesejáveis, a intervenção médica nos corpos dos indesejáveis e o destino dado aos seus corpos.

A “cientificidade” do extermínio dos indesejáveis, a fria racionalidade da morte imposta fez-se presente não somente nas práticas penais, mas, sobretudo, na política autoritária dos governos do século XX e do início do século XXI.

Por sua vez, a intervenção médica nos corpos dos prisioneiros e dos sentenciados e o destino dado aos seus corpos após a morte é relevante não só pelo momento histórico em que ocorreram mas, sobretudo, pela probabilidade de repetição. O “Prof. Benedikt é obrigado a confessar a angústia que o oprime a cada vez que visita um condenado à morte depois que um deles tentou estrangulá-lo. Ora, para explicar seu gesto, o miserável havia simplesmente confessado a sua angústia, pois não sabia o que aconteceria com ele por ocasião da ressurreição se seu corpo estivesse enterrado na Hungria e sua cabeça exposta em Viena.”³⁶

Longe de ser pitoresca, a narrativa do Professor Benedikt é trágica, não pela sua angústia em relação a possibilidade de uma nova agressão, mas em razão do infeliz que o agrediu. A angústia de não se saber respeitado nem em vida, nem em morte acompanha todas aquelas pessoas que apresentam uma especial vulnerabilidade.

A vulnerabilidade do não respeito a dignidade da pessoa humana torna-se cada vez mais presente na atualidade, em razão da vivência do primado do *saber biológico*.³⁷

Ao menos na vivência da cultura cristã, o peso das culpas e a carga da miséria humanas, eram debitadas à vontade divina, a qual guiava os passos, orientava as escolhas, determinava os destinos.

35 A expressão é de Pierre Darmon. Cf. DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.185.

36 DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.164/5.

37 “Durante quase todo o sec. XX a física foi considerada a mais poderosa das ciências. No final deste mesmo século a biologia assume esse caráter.” Cf. VICTORINO, Valério Igor P. A revolução da biotecnologia - questões de sociabilidade. *Tempo Social*; R. Sociol. USP, 12, nov. 2000. p.129.

Posteriormente, a laicização e o desencanto dos seres humanos fez com que eles se tornassem, como preço da liberdade, responsáveis por si mesmos. As dimensões das escolhas morais torna a todos artífices de seus próprios destinos, responsáveis por sua trajetória pessoal.

Em certa medida, de forma até mesmo distorcida, o primado do *saber biológico* pode funcionar como critério apaziguador das consciências:³⁸ nem a vontade divina manifestando-se diretamente ou por meio de seus representantes, nem a responsabilidade indesejável de uma infinidade de escolhas, ao contrário, a ciência, em especial a *biologia*, será incumbida de dirimir todas as angústias e as dúvidas do comportamento humano.

A advertência tem maior ressonância na discussão em torno do *genoma humano* e do papel da genética na determinação da conduta humana, “o que tem sido chamado por Rose de ‘determinismo neurogenético’. O determinismo neurogenético proclama ser capaz de explicar tudo pela genética, da violência urbana à orientação sexual. Por exemplo, em 1994 a revista *Time* (15/8/1994) publicou uma reportagem de capa intitulada ‘Infidelity - It may be in our genes’. Independente da argumentação falha do artigo, que não vamos nos dar ao trabalho de discutir, a tentativa de responsabilizar o genoma pelo comportamento formalmente ‘reprovável’ de algumas pessoas é bastante sintomática de uma propensão da nossa sociedade a assumir paradigmas deterministas para abdicar de responsabilidade social. Não surpreendentemente, no ano passado a revista brasileira *VIP-Exame* (julho de 1997) publicou uma reportagem de capa no mesmo teor: ‘Porque você trai - Não se sinta um canalha. A ciência diz que a culpa é do DNA.’ A questão de livre arbítrio *versus* determinismo é tão velha quanto a humanidade. Com as reformas Luterana e Calvinista firmou-se a teoria determinista da predestinação, que estabeleceu os alicerces culturais de países protestantes como os Estados Unidos e grande parte da Europa e que, conseqüentemente, têm influência em todo o pensamento ocidental. Este determinismo tem contrapartidas igualmente fortes no hinduísmo (conceito do *Karma*) e no

38 “Se outrora eram os xamãs e curandeiros os responsáveis pelo extermínio de todos os sofrimentos, hoje são os biólogos moleculares e os geneticistas; e a imortalidade não é mais assunto para sacerdotes, e sim para pesquisadores.” Cf. ENZENSBERGER, H. M. Golpistas no laboratório. A ressurreição triunfal da crença no progresso nas ciências. Folha de São Paulo. Domingo, 9 de setembro de 2001. *Mais!* p.24

islamismo [a própria palavra islame vem do árabe ‘resignação’ (à vontade de Deus)]. Embora de certo modo assustador, pela impossibilidade de escape, este determinismo é por outro lado conveniente, pois o peso da responsabilidade criada pelo livre arbítrio talvez seja mais apavorante ainda. De qualquer maneira, com a diminuição da importância social da religião nas últimas décadas, quem vai determinar nosso destino? Nada mais tentador que resignar-nos aos desígnios do nosso genoma. Assim, tenta-se explicar que uma pessoa é homossexual porque tem genes de homossexualidade; embriaga-se porque tem genes do alcoolismo; comete crimes porque tem genes ‘criminosos’, etc.”³⁹

Ora, tal “*determinismo neurogenético*” estabelece novas fronteiras entre o *normal* e o *patológico* e, por conseguinte, estabelece novas fronteiras para o discurso jurídico-penal.

3. O Código Penal brasileiro dispõe no artigo 28, I que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal.⁴⁰ A expressa alusão à emoção e à paixão pode ser considerada uma reação ao Código Penal brasileiro de 1890, o qual no artigo 27 prescrevia que não poderiam ser considerados delinqüentes aqueles que se encontravam “*em estado de completa privação dos sentidos e da inteligência no ato de cometer o crime*”. A disposição do Código Penal de 1890 deu ensejo a inúmeras e injustificáveis absolvições pelo Tribunal do Júri e, portanto, historicamente justifica-se a disposição a respeito da não exclusão da imputabilidade penal em razão da emoção ou da paixão daquele que comete o crime.

Aliás, Nelson Hungria bem lembrava que “não há negar que haja no fundo de cada um de nós um *pequeno diabo*, um malévolo *djin*, um criminoso *in potentia* (que nada tem a ver com o desacreditado ‘criminoso nato’ da doutrina lombrosiana), e o mais rigorosamente típico *homo medius* não está isento, tais sejam os motivos e as circunstâncias, de vir a cometer um crime. O crime não é privilégio dos anormais. Isso de vincular

39 PENA, Sérgio Danilo J. AZEVEDO, Eliane S. O Projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços Técnicos e Dilemas Éticos. *Iniciação à Bioética*, Brasília, p.139/156, 1998. p. 148/9.

40 “Embora a emoção não exclua a imputabilidade, pode funcionar como causa de redução de pena, no homicídio e nas lesões corporais. Efetivamente, se esses dois crimes tiverem sido cometidos sob o domínio da violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz fica autorizado a diminuir a pena de um sexto a um terço. Também pode ser uma circunstância atenuante, se o crime foi cometido sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.” Cf. VARGAS, José Cirilo. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.367.

o crime, de modo genérico, à anormalidade psíquica é ritornelo monótono de uma pseudo-ciência criminológica, orientada por um vaidoso e excessivo psiquiatrismo, que ainda não conseguiu, que eu saiba, avançar além de ‘palpites’, de conjecturas, de ‘saques a descoberto’, e do qual alguém já disse, com tãda razão, que é um quadro pintado pela fantasia com as tintas do arco-íris.”⁴¹

Aníbal Bruno bem lembra a distinção entre *emoção* e *paixão*:⁴² “A emoção e a paixão são fôrças que condicionam o comportamento individual-social do homem – a emoção, que é um movimento súbito da alma, de carga efetiva, e a paixão, que é a sua forma contínua e duradoura. Da sua intensidade depende a influência que possam ter sôbre a normalidade do entendimento e o processo da volição. Mas a verdade é que umas se limitam a atribuir ao comportamento do homem um matiz sentimental, mais ou menos exaltado, mas sempre capaz de permitir uma justa apreciação dos fatos e o livre jôgo dos motivos na ação, e outras afetam profundamente todo o processo do psiquismo, escurecendo o entendimento e impedindo a livre determinação da vontade.”⁴³

No estudo da emoção e da paixão, os chamados *crimes passionais* têm posição de relevo.

41 HUNGRIA, Nelson. Emoção e crime. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 571, p5/6, janeiro de 1951.

42 “Es difícil indicar com claridad y exactitud la diferencia entre emoción y pasión. No existe diferencia en cuanto a su naturaleza, porque la emoción es la fuente de que nace la pasión; tampoco hay diferencia de grado, porque si hay emociones tranquilas y pasiones violentas, también ocurre lo contrario. Queda una tercera diferencia: la duración. Por lo general, se dice que la pasión es un estado duradero; la emoción, la forma aguda; la pasión, crónica. Violencia y duración son los caracteres que, de ordinario, se asignan á la pasión; pero todavía se puede precisar mejor su naturaleza esencial. *La pasión es, en el orden afectivo, lo que la idea fija en el orden intelectual*. Esta definición ‘equivalente afectivo de la idea fija’, requiere una explicación.

El estado afectivo normal es la sucesión de placeres, penas y deseos que en su forma moderada, forman la marcha prosaica de la vida ordinaria.

En un momento dado, algunas circunstancias determinan una sacudida: es la emoción. Una tendencia aniquila todas las demás, confisca momentáneamente en su provecho la actividad entera, como un equivalente de la atención en el campo intelectual.

De ordinario, esta reducción de los movimientos en una dirección única, no es duradera; pero cuando en vez de desaparecer, la emoción se fija ó se repite continuamente, siempre la misma, salvo las ligeras modificaciones del paso del estado agudo al crónico, entonces tenemos la pasión, que es la emoción permanente.

La pasión se origina de dos modos distintos: fulminantemente ó por cristalización; por un acto brusco ó mediante acciones lentas. Este doble origen denota un predominio, bien de la vida afectiva, bien de la vida intelectual. Cuando la pasión nace fulminantemente, deriva de un modo directo de la misma emoción; en outro caso, el papel de iniciadores corresponde á los estados intelectuales.” Cf. MELLUSI, Vincenzo. *Del amor al delito*. Delinquentes por erotomania psico-sexual. Madrid: Centro Editorial de Góngora. p.20/1.

43 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2º. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p.159/160.

44 Há algumas décadas, os crimes passionais ou emocionais não são mais atribuídos ao amor ou a sentimentos mais elevados, mas o registro histórico é imprescindível porque a repetição é a consequência do esquecimento.

Impropriamente conhecidos como “*crimes de amor*”,⁴⁴ como destacava com repúdio e com veemência Léon Rabinowicz,⁴⁵ os crimes passionais são antes crimes motivados pela sensualidade, pelo egoísmo,

“2 de abril de 1933. O júri foi solenemente instalado, no Forum da Capital da República, sob a presidência do magnânimo juiz MAGARINOS TORRES, tendo ao seu lado o ardoroso promotor ROBERTO LIRA. Senta-se no banco dos réus, cabisbaixo e acabrunhado, o Amor, cujo advogado outro não é senão o Cícero brasileiro, o demostênico EVARISTO DE MORAIS. O escrivão é o simpático Áureo Cordeiro. Literalmente repleto está o Tribunal de curiosos e aficionados da instituição inglesa. O Conselho de Sentença foi bem escolhido e prestou juramento de consciência. O juiz, que é o mesmo que pronunciará o réu, entre *consideranda* de alto cunho jurídico, filosófico e ético, qualifica e interroga o acusado. Este, menor de 20 anos, tudo responde emocionado e narra o seu crime. Matara a mulher que causava ciúme à sua querida, porque seu pai a espancara, apertando-lhe o pescoço, desvairado de cólera. A vítima era uma pobre viúva de um amigo e vizinha, à qual seu progenitor protegia e amparava, mas que sua mãe supunha uma rival, que lhe transformava o lar e a vida num inferno insuportável. Findo o interrogatório, que emocionou a grande assistência, o juiz-presidente, glória da magistratura pátria, deu a palavra ao promotor ROBERTO LIRA. O representante do Ministério Público, talento de escol, cultura ocêânica, leu um tremendo libelo, no qual se articulava uma série de circunstâncias agravantes, entre as quais a traição e a superioridade em forças. Iniciando a acusação, não negou os precedentes ilibados nem a comoção do réu, mas, afirmando sua imputabilidade, advertiu os jurados contra o sentimentalismo prejudicial à ordem e à civilização, porque julgar somente com o sentimento não é julgar: *é igualar-se ao criminoso*; invocando TOCQUEVILLE, disse o conceituado membro do Ministério Público que o objetivo supremo da Justiça é substituir a idéia da violência pela do direito, competindo aos juízes dispensar a vingança particular. A oração magistral de ROBERTO LIRA foi tãda ela estribada em autores de renome, demonstrando uma cultura profunda no combate à tese passionalista. Trouxe ao debate o que há de melhor em filosofia, psicanálise, direito, medicina e literatura, no propósito de esclarecer a consciência dos jurados e provar a responsabilidade penal dos passionais, contrariando as lições de IMPALLOMENI, FERRI E MELLUSI, corifeus do passionalismo sem punição, e passando em revista os ensinamentos da Escola Clássica, sobre o livre-arbítrio, para repelir o exagêro romântico e sentimental a que se apegaria a defesa, exclamando: ‘Não há paixão que não se cure com o tempo e com o espaço - garantiu BUNGE, que lida muito com os passionais. Não há homem, sobretudo o jovem, que não seja capaz de amar uma segunda vez. *Querelles d’amants, renouvellement d’amour*. O poeta conta, em lindo soneto, a dificuldade de certa moça em dizer qual o seu primeiro amor, porque começou logo por três ... e isso há 40 anos!’

Arrebatado de eloquência, o festejado autor de ‘O Amor e a Responsabilidade Criminal’ e de ‘Polícia e Justiça para o Amor’ conclama os jurados para não verem entre os passionais heróis nem bandidos mas apenas criminosos, fazendo a individualização do Amor com ALFREDO GIANITRAPANI: ‘O amor é a elaboração psicológica do instinto sexual a concentração do desejo numa determinada pessoa’. E depois, distinguindo no amor uma parte considerável, que pertence à utilização dos nobres e belos sentimentos que elevam a humanidade, declarou-se abertamente contrário ao destino dado ao amor - o banco dos réus: ‘Para mim, o amor jamais desceu a êsse pelourinho. Quando, em nome dêle, alguém se desmanda até o crime, o amor foi preterido pelo ódio. Este, sim, está à vontade no banco dos réus. A responsabilidade penal decorre do estado do agente no momento exato do crime. Quando crispa a mão para o impêto do arremêso, ou o sucesso da pontaria, impele-o, não o amor, mas o ódio, e a êsse as leis não dão guarida. MELUSSI diz que o amor está bem perto do ódio e o ódio bem perto do amor. É a ambivalência exemplificada pelo Prof. BLEULER: ‘amo a rosa pela sua beleza; odeio a rosa pelos seus espinhos’.

Apoiado em LÉON RABINOWICZ, professor de Direito da Universidade de Genebra e autor do ‘Le Crime Passionel’, e em outros afamados tratadistas, o eminente ROBERTO LIRA perora em linguagem escorreita e límpida, repetindo o conselho de AFRÂNIO PEIXOTO:

‘Urge prender e condenar êsse amor. O verdadeiro amor, honesto, doméstico, sem fatura de dinheiro e de tempo, nem pródigo, nem ocioso, o santo amor de cada dia, não pode ser criminoso. Celerado é o amor vadio, dos parasitas sociais, que, não tendo o que fazer ou pensar, apenas cuidam de abastecer de espasmos a sua medula lombar; celerado é o dessas máquinas de prazer, manequins de estofos e de jóias, que não trabalham, nem amam, mas vendem o corpo e a alma, por tafularias e vaidades. Aos crimes dêsse Amor dobradas penas, para que se eduque na regra de bem viver.’

A impressão deixada no espírito do júri era sensível.

Quando o notável advogado de defesa principiou sua oração, imensa era a curiosidade geral. Torna-se difícil reproduzir de memória as palavras eruditas e comoventes do tribuno ímpar. Começou dizendo que a peroração do ilustre órgão do Ministério Público não se aplicava ao caso em julgamento, porque o amor filial não se confunde com o amor

pela vaidade frustrada daquele que julgava possuir o corpo e o espírito da pessoa vitimada.⁴⁶

A legitimação da conduta lesiva à integridade física ou à própria vida da vítima é feita pela narrativa do amor. O delinqüente legitima a sua conduta, pois para ele “no meio de tudo isso, fora disso, através disso, apesar disso tudo – há o amor.”⁴⁷

sexual, sendo impossível indicar com precisão a diferença entre emoção e paixão, como já notara RIBOT (‘Psychologie des Sentiments’). Há paixões violentas, que desencadeiam verdadeiras tempestades psicológicas de intensa e profunda duração; paixões *cegas* e *raciocinantes*. As paixões cegas, no pensar de CARRARA, dominam a vontade e conturbam a razão, subtraindo à inteligência grande soma do seu poder de reflexão. As outras excitam a inteligência e dão ao homem a plenitude do livre-arbítrio. Ensina ALIMENA que tôdas as paixões são a princípio *raciocinantes*, passando a *cegas*. FERRI, o famoso sociólogo do crime, falando em amor, classificou as paixões em *sociais* e *anti-sociais* e apresentou Otelo, de SHAKESPEARE, como o tipo clássico do criminoso por paixão. ‘Para êsses indivíduos tôda penalidade é evidentemente inútil, do ponto de vista de contra-impulso psicológico, pois as próprias condições da crise psíquica, sob as quais delinqüem, fazem inócua a influência intimidante da ameaça de pena’. Os passionais são delinquentes por impulso ético irresistível, sentenciou PUGLIA.

Disse ainda o grande advogado que a metamorfose do mamor em ciúme acarreta uma espécie de *neurose individual*, reduzindo a escombros os sonhos de felicidade. Não há almas de bronze. Nem ‘todos os indivíduos têm a mesma capacidade de reflexão e resistência contra as dores inevitáveis. MAGARINOS TÔRRES já havia ponderado que a *paixão intoxica como veneno sutil* e os paroxismos do ciúme ou do *despeito desintegram a alma humana*. BONNANO também entende que a paixão, em condições especiais, pode ser causa de inimputabilidade.

Citou, finalmente, todos os autores que se preocuparam com o crime passionai, cometido por gente honesta, quase sempre, e incapaz de reincidência, mostrando que a paixão e o ciúme chegam a tal paroxismo que não permite, às vezes, distinguir nelas o delírio da loucura, como notou um médico francês, MAURICE BOIGEY.

Vamos interromper, amigos, o espetáculo visionário que nos prende a atenção, antes que a fadiga nos condene. Bastará que vos afiance que o réu Amor foi punido brandamente, a três anos de cadeia solução reputada humana e justa pelo promotor e pelo defensor.” Cf. LIMA CORREIA, M.R. *Passionalismo Delinqüente*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 148, p.489/490, jul/ago de 1953.

45 “Chamfort escreveu algures que, se o homem e a mulher se amam, pertencem um ao outro por direito divino. Stendhal repete esse perigoso aforismo, escrevendo: ‘Uma mulher pertence de direito ao homem que a ama e que ela adora mais do que a vida’. E qual de nós se não recorda de Julien Sorel, esse admirável criminoso passionai? Stendhal admira os que matam por ciúme, e no seu livro *Promenades dans Rome*, extasia-se em face de um bairro, onde se comete o maior número de crimes: ‘É um mau bairro, diz-se, soberbo para os meus olhos; há ali energia, isto é, a qualidade que mais falta ao século XIX’. A criminalidade é, para os românticos, energia. É uma paixão deixa de ser interessante quando não é, necessariamente, coroada por um crime. ‘Para uma grande, uma frenética paixão, uma paixão forte e ardente, é preciso o crime’. É Eugénio Sue quem o diz. Os românticos nobilitam o crime, conferem-lhe um prestígio extraordinário.

Dumas filho não hesita em aconselhar aos maridos enganados: ‘Mata-a!’. E um marido da *Diane de Lys*, declara francamente: ‘Para que hei-de bater-me consigo, se tenho o direito de o matar?’ A. Dumas filho, decididamente, leu muito por alto o Código Penal.

O teatro romântico assumiu, incontestavelmente, uma pesada responsabilidade, ao apresentar em cena essas mulheres que matam por amor, poetizando-as e glorificando-as. Porque nos havemos de admirar, se, depois, lhes chamam ‘criminosas sublimes’ (Legouvé), ‘anjos do assassinato’ (Lemaître), de que as copiem na vida? ‘Só uma literatura no mundo: a romântica, escreveu Brunetièrre, honrou, exaltou, poetizou, glorificou, divinizou o adultério.’ E também o crime passionai.

A responsabilidade é enorme e as suas conseqüências inqualificáveis. A influência do romantismo foi por tal forma intensa, que penetrou até nos cérebros dos legisladores e dos sábios. Os primeiros fizeram leis demasiadamente indulgentes, os segundos tentaram justificá-las. E até aqueles que forjaram os princípios da criminologia e do direito penal moderno, se deixaram cair no laço do sentimentalismo romântico. Ao escrever estas palavras, pensamos no nosso grande e saudoso mestre Henrique Ferri, que nos deixou a mais brilhante defesa do crime passionai. Por mais penoso que isso nos seja, vemo-nos obrigados a combater essas opiniões perigosas e a demonstrar a sua absoluta falta de fundamentos.

Na verdade, o amor, como todas as emoções humanas, assume a forma daquele que ama ou que pensa amar.⁴⁸ Por essa razão, deve ser claro, luminoso, feliz e, a respeito dele, pode-se dizer juntamente com Pablo Neruda, que “é urgente inventar alegria, multiplicar os beijos, as searas, é urgente descobrir rosas e rios e manhãs claras.”

Logo, no desmedido afã de possuir e na insensatez e na vaidade de não aceitação da perda, estão todos os motivos da criminalidade passional feminina ou masculina.

Na criminalidade passional feminina, como bem destaca Ruth Harris,⁴⁹ a indulgência dos juízes e dos médicos, no final do século XIX, era uma constante, não só pela identificação da mulher à personagens romanescas, mas sobretudo pela “*incapacidade*” que lhe era atribuída.

A indulgência para com o crime passional deve, finalmente, terminar, e ser substituída por uma repressão severa. ‘*Mercy but murders, pardoning those that kil*’, disse, com toda a razão, Shakespeare. Sim, a clemência é criminosa quando perdoa aos assassinos. É preciso que a sociedade compreenda isto e que os juízes e magistrados o apliquem na vida.” Cf. RABINOWICZ, Léon. *O crime passional*. Trad. Fernando de Miranda. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1961. p.13/14.

46 No mais das vezes, a aceitação da impermanência das pessoas e dos sentimentos é a mais dura lição a ser aprendida. Afinal, “partir é morrer um pouco”, como dizia o poema de Edmond D’Haraucourt:

“Partir, c’est mourir un peu./ C’est mourir à ce qu’on aime:/ On laisse un peu de soi-même/ En toute heure et dans tout lieu./ C’est toujours les deuil d’un voeu./ Le dernier vers d’un poème;/ Partir, c’est mourir un peu./ C’est mourir à ce qu’on aime./ Et l’on part, et c’est un peu./ Et jusqu’à l’adieu suprême/ C’est son âme que l’on sème./ Que l’on sème en chaque adieu:/ Partir, c’est mourir un peu...” (Edmond D’Haraucourt)

47 BRAGA, Rubem. *Ai de ti, Copacabana*. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 1996.p.53.

O monólogo de Otelo tão incoerente, tão sofrido e, ao mesmo tempo, tão destruidor representa a síntese do pensamento de todos os delinquentes passionais:

“É a causa, é a causa, minha alma!...Permiti que não a nomeie perante vós, castas estrelas!...É a causa!... Mesmo assim, não quero derramar-lhe o sangue, nem manchar essa pele mais alva do que a neve e tão macia quanto o alabastro dos monumentos. Deve morrer, entretanto, para que não traia mais homens. Apaguemos a luz e depois (Apontando Desdêmona) apaguemos esta outra luz! Se te apago, ministro flamejante, posso ressuscitar tua claridade primitiva, caso fique arrependido; mas, se apagar tua luz, modelo perfeito da hábil natureza, não sei onde está o fogo de Prometeu que possa acender novamente tua luz! Quando tiver colhido esta rosa, não mais poderei dar-lhe a seiva vital! Vai murchar necessariamente. Quero sentir-lhe o perfume no galho. (Beijando Desdêmona.) Oh! Hálito balsâmico, que quase persuade a justiça a quebrar a espada! Ainda um! Mais um! Permanece assim quando estiveres morta e te matarei e, depois, eu te amarei! Mais um e este é o último! Beijo tão doce, jamais foi tão fatal! Preciso chorar, mas são lágrimas cruéis. Esta dor é celestial, fere a quem ama... Está acordando.” Cf. SHAKESPEARE, William. *Otelo, O Mourro de Veneza*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1981. p.429.

Fedra, filha de Minos, na perspectiva feminina, destrói Hipólito, filho de Teseu, com quem era casada, por não ter conseguido se fazer amar. Assim, conta Bulfinch: “Fedra viu em Hipólito, filho de Teseu, um jovem dotado de todas as qualidades e virtudes do pai, e de idade correspondendo à sua própria. Amou-o, mas ele a repeliu e o amor transformou-se em ódio. Fedra lançou mão do apaixonado marido, para torná-lo ciumento do filho e Teseu invocou contra ele a vingança de Netuno. Quando Hipólito, certo dia, dirigia seu carro junto à praia, um monstro marinho surgiu das águas e espantou os cavalos, que dispararam, despedaçando o carro. Hipólito morreu, mas, com a ajuda de Esculápio, Diana ressuscitou e afastou-o do iludido pai da traiçoeira madrastra, deixando-o na Itália, sob a proteção da ninfa Egéria.” Cf. BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia*. Histórias de Deuses e Heróis. 11.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p.189.

48 A expressão é de Aníbal Machado.

49 HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura*. Medicina, leis e sociedade no *fin de siècle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

Portanto, “no espectro da criminalidade feminina, a *criminelle passionelle* era colocada no extremo oposto da prostituta. Enquanto a primeira se distinguiu por suas intenções honradas - o desejo de se casar e ter filhos legítimos - , a prostituta se caracterizava como ‘a criminosa nata’, congenitamente predisposta a uma existência indigna.

A *criminelle passionelle* era absolvida porque seus motivos pareciam reforçar um quadro da mulher que não era socialmente perigosa nem moralmente transgressora. Apesar de sua disposição ‘masculina’ para pegar nas armas, ela tranqüilamente apresentava as características do seu sexo com a autodefesa dramática e os sintomas de desequilíbrio psicofisiológico, aspectos da *criminelle passionelle* que levavam qualquer comentarista a enfatizar as características inconseqüentes da violência feminina.”⁵⁰

Por sua vez, a criminalidade passional masculina, no final do século XIX, era, não raro, à semelhança dos duelos, legitimada pela defesa da honra. “Em 1872, por exemplo, um homem chamado Duborg foi absolvido depois de assassinar a mulher adúltera. Quando o jornal *Le Soir* sugeriu que talvez o castigo da mulher tivesse sido muito severo, o dramaturgo Alexandre Dumas *fiis* reagiu com um artigo hipócrita e famoso intitulado *Tue-la*, que exigia fidelidade feminina sob pena de morte.”⁵¹

No mais, a célebre defesa de Ferri, no julgamento de *Carlos Cienfuegos*, assassino da condessa Hamilton, sintetiza, de forma admirável, as idéias que então imperavam e justificavam o crime passional: “quem comete um crime por vingança ou por cobiça, cedendo a uma paixão racionadora, deve ser condenado; quem delinque por amor ou

50 HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura*. Medicina, leis e sociedade no *fin de siècle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.p.258.

A respeito da criminalidade passional feminina, Magalhães Drummond, de maneira reveladora, disse: “Em cada um desses casos ha uma mulher affligida, tyrannisada, martyrisada por um homem, reagindo, procurando desafogar-se dessa afflicção, escapar-se a essas brutalidades, alliviar-se desse martyrio. Em cada um desses casos apparece uma mulher que, longamente escravizada a um bruto e por elle ou expoliada na sua virgindade, ou insultada nos seus melindres de esposa ou na sua affectividade de mãe, ou na dignidade de sêr humano, se reergue não querendo mais, não podendo mais supportar a ignominia.

Ha em cada um desses casos o arranque ascensional de uma alma levantando-se da degradação. Ha em todos elles anseio insopitavel provocado por uma oppressão injusta e tornada intoleravel. Uma nobre ansia incoercivel de necessaria libertação refere e estúa e explode em cada um delles. Esses casos revelam, - não qualquer perversidade nas mulheres que assim se desafogam e se redimem, - mas a maldade de uns tantos homens que, como nun néo-sadismo, gosam com escarvizar mulheres para serem dellas algozes.” Cf. MAGALHÃES DRUMMOND. *Feminismo e criminalidade - porque as mulheres matam*. *Estudos de Psychologia, Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1931. p.60.

51 HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura*. Medicina, leis e sociedade no *fin de siècle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.p.258.

por medo, deve ser absolvido, porque a paixão é cega e impede o uso da razão. (...)

O amor é uma paixão que não pode viver separada da violência. Por amor se persegue, por amor se calunia, por amor se mata e por amor se morre. Porquê?

É esta a explicação que desejo dar-vos, visto que Carlos Cienfuegos se encontrou nessas condições, em consequência do seu amor desgraçado por aquela infeliz mulher, da qual, mais adiante, falarei, com aquele respeito que é devido aos mortos. (...)

Que espécie de mulher é essa Hamilton?

É aquela a que os romancistas e comediógrafos chamam a mulher fatal, isto é, a mulher que incendeia quem dela se aproxime. E como incendeia?

Talvez como Beatriz a Dante, pela beleza seráfica do rosto, pela virgindade, pela limpidez moral de sua alma honesta? Não, incendeia por meio daquilo a que Emílio Zola chamava o *odore di femmina*, o frémito sensual, que faz com que, logo que essa senhora chega a Roma, apareça com ela um certo Armando alambicado, a quem sucedeu um oficial ex-atleta e outros e outros mais... (...)⁵²

Ao contrário do final do século XIX, nos últimos 25 anos,⁵³ a aceitação do crime passionnal pela sociedade não se dá mais por aquele sentimento do *fin de siècle*, mas os episódios esporádicos da obsessão amorosa continuarão a existir. Certamente, não é um vaticínio, antes a constatação de toda a desdita humana.

52 FERRI, Henrique. *Discursos de Defesa* (Defesas Penais). 6.ed. Coimbra: Arménio Amado. p.9/95.

53 Ao menos, no Brasil, o movimento feminista, nos últimos anos da década de 70, após um ato público na Igreja de São José, em Belo Horizonte, adotou a frase, verdadeiro instrumento catalisador da necessária mudança de mentalidades: "*Quem ama não mata*".

Desde então, como *regra geral*, houve uma sutil mudança no pedido apresentado ao Tribunal do Júri. Na alegação da legítima defesa da honra, eventualmente, o delinqüente passionnal era absolvido; hoje, por outro lado, na alegação de *violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima* há, tão somente, a aplicação de uma causa de diminuição da pena.

De mais a mais, enquanto o pedido da legítima defesa da honra carecia de um respaldo jurídico, o pedido da violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima está previsto no artigo 121, § 1º, do Código Penal brasileiro.

Intrinsecamente, no entanto, a argumentação da defesa é a mesma, ou seja, a trilogia do *desespero amoroso/ da vítima causadora da própria ruína/ da não repetição da conduta do delinqüente passionnal*. Apenas a forma de apresentação e o estilo da argumentação, menos emocional e supostamente mais técnico, foram modificados.

4. No final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, enquanto a criminalidade passional era tratada com certa indulgência, o mesmo não podia ser dito em relação às bebidas, as quais eram freqüentemente associadas às classes operárias.⁵⁴

A resposta tanto dos médicos quanto dos juristas variava em conformidade com as peculiaridades de cada caso concreto. “Havia casos específicos em que os juristas recomendavam clemência para os que bebiam sem saber o que estavam fazendo (quando caíam em armadilhas, por exemplo, para ficarem bêbados) e maior severidade para os que bebiam para ter coragem de cometer um crime. Mas entre estes dois pólos ficava um grande número de réus que bebiam conscientemente mas sem malícia, e em cada um desses casos o julgamento dependia de uma avaliação do indivíduo. Embora esta situação promovesse a flexibilidade, também acentuava o conflito irreconciliável entre a condenação moralista da embriaguez e a avaliação determinista do comportamento irresponsável causado pelo álcool. Como disse um legista confuso - reiterando o argumento legal mas qualificando-o com a experiência médica -, o alcoolismo é um ‘estado repreensível e voluntário e jamais pode constituir uma desculpa permitida por lei ou pela moral... mas, por outro lado, um ser moral não pode reagir aos atos de uma máquina.’”

⁵⁴ No Brasil, conquanto fôsse incipiente a classe operária, atribuía-se o alcoolismo às classes menos favorecidas.

A música popular reflete bem tal concepção, como é o caso do baião “Marvada Pinga (Moda da Pinga)”, de Ochelsis Laureano: “Com a marvada da pinga/ É que eu me atrapaio/Eu entro na venda/ E já dou meu taio/ Pego no copo/ E dali num saio/ Ali mesmo eu bebo/ Ali mesmo eu caio/ Só prá carregá/ É que dou trabaio, ôi lá!/ Venho da cidade/ E já venho cantando/ Trago um garrafão/ Que venho chupando/ Venho prós caminho/ Venho tropicando/ Chifrando os barranco/ Venho cambetiando/ E no lugar que eu caio/ Já fico roncando, ôi lá!/ O marido me disse/ Ele me falô/ Largue de bebê/ Peço por favô/ Prosa de hôme/ Nunca dê valô/ Bebo com sol quente/ Prá esfriar o calô/ E bebo de noite/ É prá fazê suadô, ôi lá!/ Cada vez que eu caio/ Caio deferente/ Meaçô prá trás/ E caio prá frente/ Caio devagá/ Caio de repente/ Vou de corropio/ Vou deretamente/ Mas sendo de pinga/ Eu caio contente, ôi lá/ Pego o garrafão e já balanceio/ Que é prá mode vê/ Se está mesmo cheio/ Num bebo de vez/ Porque acho feio/ No primeiro gorpe/ Chego inté no meio/ No segundo trago/ É que disvaseio, ôi lá!/ Eu bebo da pinga/ Porque gosto dela/ Eu bebo da branca/ Bebo da amarela/ Bebo nos copo/ Bebo na tigela/ Bebo temperada/ Com cravo e canela/ Seja quarquer tempo/ Vai pinga na goela! ôi lá!/ (É marvada pinga!)/ Eu fui numa festa/ No rio Tietê/ Eu lá fui chegando/ No amanhecê/ Já me déro pinga/ Prá mim bebê/ Já me déro pinga/ Prá mim bebê/ Tava sem fervê!/ Eu bebi demais/ E fiquei mamada/ Eu cai no chão/ E fiquei deitada/ Ai, eu fui prá casa/ De braço dado/ Ai! de braço dado/ É com dois sordado! Ai! muito obrigado!”

A personagem da moda da pinga, de uma forma tragicômica, permite, por sua própria linguagem, repleta de solecismos, a associação da bebida à malandragem e, principalmente, à pobreza. Neste particular, a linguagem funciona como um critério acentuado de *exclusão social*, como, aliás, em certa medida, ocorre na própria linguagem jurídica.

Obviamente, a embriaguez referida no Código Penal brasileiro não é unicamente aquela decorrente da ingestão de bebidas alcoólicas. No entanto, atendendo aos próprios limites deste artigo, apenas a ingestão de bebidas alcoólicas será examinada, em especial, a ingestão voluntária ou culposa.

A posição dos alienistas com relação ao álcool nos julgamentos se complicava por uma série de desacordos intraprofissionais. Iniciando como um debate sobre a ‘responsabilidade parcial’ que confundia as relações entre médicos e juristas desde a década de 1820 (...) A discussão da ‘suposta irresponsabilidade dos alcoólatras’ na *Société médico-psychologique* em 1879 e 1880 eclodiu quando Eugène Dally, médico e antropologista, e um dos poucos que se diziam ideólogos darwinianos na França, expressou sua indignação quanto à natureza da intervenção médica nos casos de violência causada pela embriaguez.

Seu principal alvo era o que ele considerava como a tendência de seus colegas em acrescentar o alcoolismo a outros delírios e obsessões variados ‘isolados’ que levavam a conclusões de responsabilidade parcial e encorajavam os jurados a atenuarem as sentenças. Para ele, as penas mais leves para o alcoolismo eram prova de que os psiquiatras estavam caindo num sentimentalismo perigoso (...)⁵⁵

A dificuldade entre o tratamento e a punição e, a conseqüente opção pela punição, refletiu-se nos resquícios de *responsabilidade objetiva*⁵⁶ da própria embriaguez presente nos modernos Códigos Penais e, modernamente, devido ao incremento do risco, na descrição como conduta proibida do crime de *embriaguez ao volante*.⁵⁷

Na verdade, pune-se o *excesso, o desmedido abuso do álcool e/ou de substâncias de efeitos análogos* ingeridos pelo agente de forma voluntária ou culposa e, sobretudo, pune-se a embriaguez preordenada⁵⁸

55 HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura*. Medicina, leis e sociedade no *fin de siècle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.p.277/278.

56 “Para não fugir às exigências do princípio da culpabilidade, o que fez o nosso Código, seguindo o italiano, foi recorrer a uma ficção para construir a figura do crime praticado em estado de embriaguez não fortuita. Estamos, em verdade, no domínio do *como se* (als ob). A ordem jurídica, no Código, para um fim de política criminal, resolve tratar o ébrio voluntário ou culposo como se ele fôsse imputável.” Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p.154.

57 O tipo-de-ilícito está previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997), *in verbis*:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (...)”

58 “Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

l) em estado de embriaguez preordenada.”

para o cometimento do crime.⁵⁹ Neste particular, o sistema jurídico penal fundamentado na escolha moral das condutas adota uma postura diametralmente oposta aos preceitos fisicalistas⁶⁰ atuais.

Com efeito, na sociedade atual, as conseqüências queridas e não queridas da conduta são debitadas ao aparato exterior e alheio à “*imaginação ética*”⁶¹

da pessoa humana. A felicidade ou, ao menos a perspectiva dela, reside numa visão reificada do próprio corpo e do corpo dos demais. A linguagem bem o atesta, como no exemplo de Teixeira Coelho,⁶² a seguir transcrito: “as pessoas não estão mais, uma certa manhã, com boa fisionomia, ou bem dispostas, ou com o rosto descontraído, agradável de ver-se: elas nem têm mais rosto ou fisionomia; estão com um bom visual - o mesmo visual da comunicação visual de uma loja ou do aeroporto,

59 “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - (...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos

§ 1.º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2.º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

60 “(...) quando reificamos um termo como “depressão” e nivelamos todo sofrimento no patamar das disfunções neuroquímicas, fazemos do corpo a causa e a justificação do que sentimos, perdendo de vista a questão da responsabilidade por nossas escolhas morais.

Entre outros, um dos segredos do sucesso dessa tática argumentativa é o de esconder que a própria opção em satisfazer-se com a explicação neurofisiológica é, por si, uma decisão moral. Na maioria das vezes, engolir a pílula significa desistir de pensar que tudo poderia ser diferente se a vida fosse outra. Quando no dia-a-dia definhamos espiritualmente por inveja, ganância, competição, sede de poder ou, enfim, pela tolice das crenças amorosas e sexuais que nos tornaram moscas apáticas em viscosas teias de aranhas, talvez seja melhor acreditar na eficácia do comprimido do que no esforço para mudar. É verdade, pode-se dizer, que os casos das depressões, das ansiedades, das fobias, das insônias e problemas do gênero, embora absolutamente generalizados nas cidades, não chegam a constituir um problema político. São ocorrências da vida privada que não concernem o bem comum. De fato, o uso de drogas psicotrópicas visto medicamente não é um problema político. Mas quando vinte ou trinta por cento da população passa a consumir psicotrópicos para poder trabalhar, dormir ou aproveitar o tempo de lazer, e outra parte significativa faz uso sistemático de excitantes químicos como modo de regular o prazer físico ou psíquico, a fronteira entre o hábito individual e a expressão política do hábito tende a esfumçar-se. Nessa escala, o tratamento via drogas legais ou ilegais do sofrimento ou da inapetência para viver e agir socialmente tornou-se um item obrigatório das condutas políticas de uma sociedade de massas voltada para o consumo.” Cf. COSTA, Jurandir Freire. *Não mais, não ainda: a palavra na democracia e na psicanálise*. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo/ Comissão de Direitos Humanos. 28/09/98.

61 Cf. COSTA, Jurandir Freire. *Não mais, não ainda: a palavra na democracia e na psicanálise*. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo/ Comissão de Direitos Humanos. 28/09/98. Disponível na internet: <http://www.direitoshumanos.usp.br>

62 TEIXEIRA COELHO. *Palavra, democracia e poesia: um paradoxo*. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo/ Comissão de Direitos Humanos. 28/09/98. Disponível na internet: <http://www.direitoshumanos.usp.br>

o mesmo visual da fachada de uma loja ou de uma vitrina dessa loja. De modo análogo, a adolescente não se veste bem para ir a uma festa ou à boate, ela se *produz*: *Ela se produziu bem hoje, Ela está produzidíssima*. Significado inevitável: ela se transformou num bom produto hoje, isto é, deverá vender-se bem, alcançar um bom preço, já que a finalidade do produto é vender-se bem. A figura oculta (nem tanto) é clara: a da mercadoria.”

Contrariamente, no sistema jurídico-penal, no tocante à embriaguez voluntária e à embriaguez culposa, há uma dupla abstração. Não só em razão da dificuldade real de se ver o verdadeiro ébrio sentado no banco dos réus,⁶³ mas, principalmente, em razão da singela certeza de que o juízo de censura advindo da embriaguez voluntária ou da embriaguez culposa assenta-se numa *ficção*.

Assim, o agente, futuro delinqüente sem o saber, embriaga-se porque *quis* ou, não querendo embriagar-se, *de forma descuidada*, embriaga-se. Nesse estado, comete um crime, o qual deve ser imputado a ele pelo fato de existir uma espécie de “*vontade residual*” presente no cometimento do crime.

Portanto, o agente, ficticiamente, na vontade residual que lhe é atribuída, é portador de uma *dimensão ética* no sentido de responsabilidade por suas próprias escolhas; mas, no momento de realização da conduta, na apuração do crime e na aplicação da pena, é, mais uma vez, *reificado*.

Na tênue linha da previsão ou da previsibilidade, o agente tem o seu destino forjado. Dito de outra forma, automaticamente, se a embriaguez não fôr acidental e houver a perpetração de um injusto penal, como o Código Penal brasileiro expressamente prevê a punição, o agente será punida sem maiores delongas.

Nessa perspectiva, o texto de Warat⁶⁴ aplica-se à perfeição, pois as *diatribes* de amor são as diatribes à disciplina da embriaguez voluntária e da embriaguez culposa no sistema jurídico-penal,

“Há pouco assisti em Buenos Aires a estréia mundial de *Diatribes de amor contra um homem sentado*. (...) Sobre o palco os sentimentos

63 O raciocínio deve ser atribuído a Giulio Battaglini.

64 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. O direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p.174/5.

de amor-ódio de uma mulher que descobriu em seu príncipe encantado os agravos de seus desejos.

Na noite em que se dispunha a celebrar as bodas de prata com seu príncipe prometido, decide pôr em evidência uma relação defraudada por grandes e pequenas infidelidades, por mentiras incidentais e enganos que lenta e silenciosamente foram-se acumulando num tempo sem amor. Durante hora e meia, uma mulher descarrega sua diatribe de amor contra um homem sentado que estava lendo um jornal de ontem, preocupado com as notícias atrasadas. Frente a ele, a presença de uma fêmea que desfaz, entre reflexões e reprovações, o tecido interno de uma vida consagrada a um homem que parecia convocante.

Nessa diatribe a mulher consegue transformar a história de suas complacências em um descobrimento. Este (des)cobrimento permite-lhe tornar inteligíveis os imobilismos, os pontos de fuga que se estabelecem nas mentes que se perdem, substituindo o outro pelo que ele representa de repressivo.

Desta maneira, a personagem de Garcia Marques dá conta das faltas que escondem sua tristeza, aprende a sentir-se só e parte para repor seu corpo no mundo. Assume-se politicamente como mulher decretando, com raiva, o fim de um mundo que a criou como sombras de machos predestinados. A morte do excesso simbólico. A procura, descarregada de riscos, de um gostoso sentimento de *'mais-ainda'*. Pressente que no além pode estar o amor. Talvez não o encontre. Mas a procura ficou como único caminho que faz sentido. Ela compreendeu que *a procura tem sempre mais sentido que a renúncia*. É a única fórmula que tem um mortal para colocar o corpo no mundo.

No palco, uma mulher esmagada por sua condição de sombra. Na platéia, eu, sentindo todo o peso de um destino que não pode realizar-se mais do que uma sombra. Espaço sem luz própria, obscurecido pela interposição de um corpo opaco. A sombra do corpo: a parte do corpo que não recebe luz direta, a obscuridade dos desejos. Os desejos em sombra, os desejos que provocam disfarces, simulacros, aparências, nada mais."

5. Conclusão

1. A imputabilidade é a zona limítrofe entre a visão jurídica e a visão médica da conduta humana proibida.

2. A influência médica no sistema jurídico-penal atinge o seu apogeu por meio das idéias da Escola Antropológica Italiana, na qual o delinqüente é visto como um “*anormal*”, acorrentado ao seu destino hereditário ou social.

3. O primado do *saber biológico* pode acarretar a repetição, em novas roupagens, das idéias do final do século XIX, principalmente, em razão do “*determinismo neurogenético*” e da tendência à perpetuação da pena de morte “*medicalizada*”.

4. Em relação à emoção e à paixão, a argumentação da defesa intrinsecamente é a mesma, apenas a forma de apresentação e o estilo da argumentação, menos emocional e supostamente mais técnico, foram modificados.

5. A embriaguez voluntária e a embriaguez culposa são assuntos relegados à *sombra* do sistema jurídico-penal e, por conseguinte, deveriam afastar a responsabilidade penal pela visão reificada da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAGA, Rubem. *Ai de ti, Copacabana*. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 1996.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia*. Histórias de Deuses e Heróis. 11.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- CARRARA, Sérgio. *Crime e Loucura - o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.
- COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la Historia de la Filosofia*. México: Union Tipografia Editorial Hispano-Americana, 1953.
- COSTA, Jurandir Freire. *Não mais, não ainda: a palavra na democracia e na psicanálise*. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da

- Universidade de São Paulo/ Comissão de Direitos Humanos. 28/09/98. Disponível na internet : <http://www.direitoshumanos.usp.br>
- DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- ENZENSBERGER, H. M. Golpistas no laboratório. A ressurreição triunfal da crença no progresso nas ciências. Folha de São Paulo. Domingo, 9 de setembro de 2001. *Mais!* p.24
- FERRI, Henrique. *Discursos de Defesa* (Defesas Penais). 6.ed. Coimbra: Arménio Amado.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova Parte Geral. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura*. Medicina, leis e sociedade no *fin de siècle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- HUNGRIA, Nelson. Emoção e crime. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 571, p5/6, janeiro de 1951.
- KLEMPERER, Victor. *Os Diários de Victor Klemperer*. Testemunho clandestino de um judeu na Alemanha Nazista. Trad. Irene Aron. São Paulo: Companhia de Letras, 1999.
- LIMA CORREIA, M.R. Passionalismo Delinqüente. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 148, p.489/490, jul/ago de 1953.
- LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 19—.
- MAGALHÃES DRUMMOND. Feminismo e criminalidade - porque as mulheres matam. *Estudos de Psychologia, Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1931.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1951.
- MELLUSI, Vincenzo. *Del amor al delito*. Delinquentes por erotomania psico-sexual. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- MONIZ SODRÉ, Antônio. *As Três Escolas Penais*. Clássica, Antropológica e Crítica (Estudo Comparativo). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977.

- PENA, Sérgio Danilo J. AZEVEDO, Eliane S. O Projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços Técnicos e Dilemas Éticos. *Iniciação à Bioética*, Brasília, p.139/156, 1998.
- RABINOWICZ, Léon. *O crime passionnal*. Trad. Fernando de Miranda. 2ªed. Coimbra: Arménio Amado, 1961.
- RIBEIRO, Leonídio. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.
- RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os Filhos do Mundo*. A face oculta da menoridade (1964-1979). São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- SHAKESPEARE, William. *Otelo, O Mouro de Veneza*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1981.
- SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.
- TEIXEIRA COELHO. *Palavra, democracia e poesia: um paradoxo*. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo/ Comissão de Direitos Humanos. 28/09/98. Disponível na internet : <http://www.direitoshumanos.usp.br>
- VARGAS, José Cirilo. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VICTORINO, Valério Igor P. A revolução da biotecnologia - questões de sociabilidade. *Tempo Social*; R. Sociol. USP, 12, nov. 2000.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. O direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- WILDE, Oscar. *A alma do Homem sob o socialismo & Escritos do Cárcere*. Porto Alegre: L0!PM, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tenda dos Milagres" ou A Denúncia do "Apartheid" Criminológico. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva. Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.