



O papel das emoções para a dosimetria da pena no direito penal oitocentista

Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes*

João dos Santos Gomes Neto*

Resumo:

A pesquisa baseou-se em fontes normativa e doutrinária do humanitarismo jurídico, para suceder a recolha de dados, se atentando às transformações legais da moldura dosimétrica penal e sua influência para o início da positivação das emoções, com a finalidade de responder qual era o critério aderido pelo Direito, à época remontada, para interpretar o papel das emoções na responsabilização penal do agente. A investigação também imergiu no conflito doutrinário aceso pelos dois critérios antagônicos da época: (i) escola clássica, cujas emoções possuíam função de destaque na formação da culpa, atuando como causa atenuante, ou até mesmo dirimente, da pena, e (ii) perigoso movimento do positivismo criminológico, do qual, preocupado apenas com a defesa social, sustentava um discurso segregacionista que rebaixava o conceito de emoção à condição patológica do acusado e insinuava a necessidade de maior repressão do Estado para fins de prevenção. Em síntese, podemos afirmar que o reconhecimento das emoções no quadro dosimétrico penal acompanhou a fase de transição da latitude judicial até chegar no arbítrio ponderado/razoável. Desde então, a doutrina ficou encarregada de interpreta-las. Acontece que, apesar de toda interpretação racional sobre as emoções e seu respectivo papel na dosimetria penal repousar no conteúdo proveniente do escólio clássico, os ideais segregacionistas do positivismo criminológico, que reduziam a leitura das emoções a meros indicadores patológicos, serviu de referência mor para a doutrina brasileira que se formava no início do século XX.

* Bacharel em Direito pela PUC/PR (*campus* Londrina); especialista em direito penal e criminologia pela UNINTER; mestranda em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Endereço postal: rua alagoas, 792, 14º andar, centro, Londrina/PR, 86010520. Email: isabeau.lobo@gmail.com

* Bacharel em Direito pela PUC/PR (*campus* Londrina); mestrando em ciência jurídico-criminal pela Universidade de Lisboa (Portugal). Endereço postal: rua alagoas, 792, 14º andar, centro, Londrina/PR, 86010520. Email: joaoneto@lobomunizgomes.com.br



Palavras-chave:

Período oitocentista; papel das emoções; dosimetria da pena; culpa; defesa social.

The role of emotions for the dosimetry of penalty in 19th century criminal law

Abstract:

The research was based on normative and doctrinal sources of legal humanitarianism, to succeed the data collection, paying attention to the legal transformations of the criminal punishment framework and its influence for emotions in normative perspective, in order to answer what was the criterion adhered by Law, at the time reassembled, to interpret the role of emotions in the criminal dosimetry. The investigation also immersed itself in the doctrinal conflict lit by two antagonistic currents of the time: (i) classical school, whose emotions had a prominent role in the formation of guilt, acting as a mitigating cause or even exculpatory and the (ii) dangerous movement of criminological positivism, which, concerned only with social defense, supported a segregationist discourse that reduced the concept of emotion to a pathological condition of the accused and insinuated the need for greater repression by the State, by arguing prevention purposes. In sum, we can say that the recognition of emotions in the criminal liability framework followed the transition phase of judicial latitude until reaching the reasonable discretion. Since then, the doctrine has been in charge of interpreting them. It turns out that, despite all rational interpretation of emotions and their respective role in criminal dosimetry based on content from the classic chain, the segregationist ideals of criminological positivism, which reduced the reading of emotions to mere pathological indicators, served as a major reference for the Brazilian doctrine that was formed at the beginning of the 20th century.

Keywords:

19th century period; role of emotions; criminal dosimetry; guilt; social defense.





1. INTRODUÇÃO

Com significativa contribuição do humanitarismo jurídico para a elevação do patamar das discussões a seu respeito, as emoções representam um ponto de divergência à formação da responsabilidade penal ao longo da história. Os embates nasceram com a positivação dos vetores da dosimetria, objeto de investigação dedicado ao primeiro capítulo.

Entre os vetores dosimétricos dos códigos penais analisados, a presença costumaz da “injusta provocação”, em maior frequência do que as próprias variedades de emoção, aponta para uma relação de subserviência destas à valoração ético-social do fato causal. Esta posição de destaque do fato ensejador aparece com mais clareza na leitura sobre os critérios jurídico-racionais adoptados à época para o julgamento de alguns tipos penais específicos (*i.e.* infanticídio por “causa honoris” e homicídio por violenta emoção), objeto de análise do segundo capítulo.

Nos demais capítulos, analisou-se a divergência doutrinária da época, predominante entre o segregacionismo da criminologia positivista e o agente moral destacado pela racionalidade reformadora, obtemperando a influência das duas correntes antípodas para o estudo das emoções na perspectiva da formação da culpa e da manutenção da defesa social.

Por fim, a investigação ponderou a influência da criminologia positivista na construção doutrinária brasileira do séc. XX para a interpretação da violenta emoção e também acerca da contribuição dos argumentos herdados daquela escola para a redação do artigo 28, inciso I, do atual código penal brasileiro, que veta a análise da emoção enquanto causa de inimputabilidade penal.

2. POSITIVAÇÃO DA DOSIMETRIA PENAL

Insatisfeito com as inconveniências do sistema arbitrário de penas até então vigente, o legislador francês instituiu a onipotência da lei ao seu primeiro código penal, de 1791, por meio de uma divisão tripartida das penas que prescindia da análise vetorial de cada caso (HOLSTEIN, 1858, p. 22)¹. Com efeito, aquilo que era para representar um sistema de pena

¹ Em: correccionais (*i.e.* prisão e multa), degradantes (*i.e.* morte e infamante) e de deportação para Madagascar ou Guiana (CHARLES, 1976, p. 82).



infalível, como resposta ao arbítrio judicial supostamente piedoso, acabou por se transformar em um sistema incerto, carente de segurança jurídica e dependente do sentimento dos jurados pelo acusado². Este resultado inesperado levou o legislador francês a transigir com a jurisprudência para a elaboração do código penal de 1810, admitindo certa latitude judicial, através da estipulação de penas mínima e máxima, conforme o reconhecimento de circunstâncias atenuantes e/ou agravantes em cada caso (PINTO, 1861, p. 164; JORDÃO, 1853, p. 64). Assim, as atenuantes foram redigidas genericamente, possibilitando o “arbitrium judicis” ao reconhecimento de circunstâncias específicas que resultassem na aplicação de uma pena mínima, ou até inferior a estabelecida pelo legislador, desde que o ilícito não correspondesse a um dano superior a vinte e cinco francos (JORDÃO, 1853, pp. 64-65)³⁻⁴.

A preocupação da época - e não necessariamente restrita ao sistema legal francês, mas de outros países que também passaram a adotar o sistema de atenuantes e agravantes da pena - não consistia apenas no desenvolvimento de algum critério interpretativo para o reconhecimento dessas circunstâncias, mas, sobretudo, acerca da proporção de sua incidência⁵. Para sanar esta suposta inconveniência, com a reforma do código penal francês, promulgada em 28 de abril de 1832, o grau de atenuação da pena passou a ser correspondente ao valor abstrato da lesão (PRINS, 1899, pp. 277-278).

² O absolutismo penal instituído pelo legislador da época nutriu, muita vez, o sentimento de compaixão nos jurados franceses pelo acusado, sobretudo quando presente alguma circunstância específica que reduzisse a necessidade de intervenção do Estado. Nestes casos, os jurados acabavam declarando ausência de provas como forma de evitar a severidade do sistema (HOLSTEIN, 1858, p. 23; PINTO, 1861, p. 164).

³ Art. 463, código penal francês de 1810: “Dans les cas où le Code prononce le maximum d'une peine afflictive, s'il existe des circonstances atténuantes, la cour appliquera le minimum de la peine, ou même la peine inférieure. Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police.”

⁴ Por trás das mudanças legislativas da época, existia o embate entre a onipotência da lei, com a presença de penas absolutas, e o arbítrio judicial, marcado por forte influência doutrinária e da ética cristã, que, em consonância, defendiam a aplicação de penas correspondentes à culpabilidade do cidadão condenado. A divergência resultou no “naufrágio das penas fixas” e no surgimento da possibilidade do julgador se afastar da pena ordinária, aplicando uma reprimenda atenuada ou agravada, a depender das circunstâncias de cada caso (ALVES, 2013, pp. 30-32).

⁵ Exemplo disso, Marquez de Holstein chegou a sugerir que a inconveniência legislativa seria resolvida através da distinção dos graus de aplicação das atenuantes em: “pena mínima, para a condenação proferida com a presença apenas de circunstâncias atenuantes; pena ordinária, em situações que se igualassem o número de circunstâncias atenuantes e agravantes reconhecidas; e pena máxima, quando diante de somente circunstâncias agravantes” (HOLSTEIN, 1858, pp. 46-47).



Entretanto, se por um lado o legislador passou a atribuir maior rigor ao grau de incidência das atenuantes, em contrapartida ele revogou tanto o dever de motivação dos jurados para o reconhecimento das causas, como a condição objetiva do resultado material (*i.e.* valor máximo de vinte e cinco francos). A partir de então, bastava apenas uma declaração vaga e indeterminada dos jurados quanto ao número de circunstâncias atenuantes reconhecidas (PINTO, 1861, pp. 164-165)⁶.

A ausência de circunstâncias atenuantes específicas no código penal francês e a renúncia ao dever de motivação receberam severas críticas por parte da doutrina daquele tempo,⁷ que então sugeria a introdução de um rol de circunstâncias atenuantes ao código, com a intenção de proporcionar aos jurados um sistema de atenuação misto, dentro de um “arbítrio judicial razoável” (PRINS, 1899, pp. 279-280; JORDÃO, 1853, p. 65; PINTO, 1861, pp. 165-166). Legisladores de outros países pegaram esta fragilidade do código penal francês como exemplo para estabelecerem um sistema misto de circunstâncias atenuantes aos seus ordenamentos (JORDÃO, 1853, p. 65)⁸.

Com a introdução do sistema misto, alguns ordenamentos criminais, a exemplo dos códigos brasileiro (1830) e português (1852), passaram a enumerar apenas o fato causal como circunstância atenuante específica, sem fazer referência à emoção em si, como era o caso da redação incipiente do código criminal brasileiro que previa a atenuação às condutas motivadas por “ofensas morais, influência de ameaças e provocação”. Apenas ao código seguinte, de 1890, fora introduzida a figura do “constrangimento psíquico vencível” como circunstância emocional atenuante.

⁶ Fragmento contido no projeto de reforma do código penal francês, lei promulgada em 28 de abril de 1832, dava conta de que bastava uma declaração objetiva dos jurados acerca do quesito: “S’il pense que des circonstances atténuantes existent en faveur de l’accusé, il dira: ‘Oui, il y a des circonstances atténuantes en faveur de l’accusé’”.

⁷ Prins apontava o prejuízo para se chegar a um “julgamento justo”, diante da inobservância dos jurados à natureza das circunstâncias atenuantes genéricas que reconheciam (1899, p. 277).

⁸ Por exemplo, o legislador espanhol estipulou, ao código penal de 1822, uma cláusula geral (art. 102) que comportava a discricionariedade, com a ressalva de uma “arbitrariedade prudente ao julgador”, além de enumerar as circunstâncias atenuantes específicas em seis categorias (art. 107). Também em Portugal, nos códigos de 1852 e 1886 prevaleciam dez circunstâncias atenuantes específicas e uma redação genérica ao art. 20, 11 (CORREIA, 1993, p. 346). No Brasil, tanto o código penal de 1830 como o de 1890 enumeravam ao todo dez circunstâncias atenuantes (art. 18) e deixavam uma circunstância geral, ao artigo 19, que poderia influir como atenuante ou agravante, a depender da análise sobre a “sensibilidade do ofendido”.



O legislador português adotou recurso parecido; apenas os fatos subjacentes às reações anímicas, em uma primeira oportunidade, foram enumerados⁹. Somente no código de 1886 passou a constar diretamente as causas atenuantes endógenas (*i.e.* “constrangimento psíquico, súbito arrebatamento por justa causa, medo vencível, excesso de legítima defesa”) e, como causa justificante, o “medo insuperável de um mal igual ou inferior, iminente ou em começo de execução” (art. 34, 2º)¹⁰.

Apenas o legislador espanhol agiu diferente: logo no primeiro código penal, enumerou as circunstâncias endógenas, além dos fatos subjacentes à resposta anímica, a exemplo de: “amor, amizade, gratidão, leveza ou o arrebatamento de uma paixão”.

2.1 INJUSTA PROVOCAÇÃO

Da análise histórica legislativa, verifica-se que a injusta provocação (a si ou a terceiro) e outros requisitos, como a natureza iminente da resposta,¹¹ serviam como indicadores para o reconhecimento de causas atenuantes por forte emoção (SOUSA, 1830, p.15; CHAVEAU, HÉLIE, 1908, pp. 536-537). A leitura era condicionada de tal maneira que as emoções só eram vistas enquanto mera “resposta adequada à uma causa justa e grave” (“simplex iracundiae calor non excusat, nisi iusta causa praecedat”)¹².

A preocupação do Direito oitocentista com a reprovação do fato causal limitava os indicadores atenuantes à resposta social esperada para cada situação, a despeito do conceito de emoção enquanto forma de expressão dos valores individuais. Exceção feita ao código penal espanhol de 1850, que diferenciava injusta provocação de injusta ofensa, sugerindo que esta, por tocar em pontos mais delicados, referentes à crença de mundo do indivíduo ofendido, oportunizaria respostas com certa frieza calculista, a se desenvolver em maior espaço de tempo (*i.e.* ao longo de dias), enquanto aquela (injusta provocação), por excitar apenas a cólera,

⁹ Provocação, violência ou ameaça.

¹⁰ Desde que concorressem alguns outros requisitos (art. 35), a exemplo de: “Realidade do mal; Impossibilidade de recorrer à força pública; Impossibilidade de legítima defesa; Falta de outro meio menos prejudicial do que o facto praticado; Probabilidade da eficácia do meio empregado”.

¹¹ “En que el arrebato que nos conduce acaloradamente à delinquir” (PACHECO, 1881, p. 198).

¹² “Para a lei canônica, interessava mais a injusta provocação em si, necessitando uma ‘causa justa e grave’ para o reconhecimento da violenta emoção, principalmente quando diante de adultério; algo que, para a lei canônica, justificaria a violenta emoção” (CORREIA, 1953, p. 250).



deveria estar sempre acompanhada de alguma resposta iminente para o seu reconhecimento (PACHECO, 1881, p. 198).

Os julgamentos de alguns tipos específicos naquele época melhor expõem esta relação, das emoções atenuantes (ou até mesmo dirimentes) como reflexo dos juízos de valores sociais da época sobre a injusta provocação.

2.1.1 INFANTICÍDIO POR “CAUSA HONORIS”

A exemplo do sistema de penas absolutas adotado pelo código penal francês de 1791, conforme manifestado algures, a cega severidade da pena absoluta cominada ao infanticídio também resultou na impunidade, em decorrência do sentimento de compaixão que sentiam os jurados (BALESTRINI, 1888, p.13; COSTA, 1989, p. 140). Através do esforço dos reformadores, floresceu na ciência jurídica criminal da época um sentimento de compaixão pela mãe infanticida, que serviu como fundamento para a normatização privilegiada do infanticídio (COSTA, 1989, pp. 124-125). Filangieri (1984, p. 57), por exemplo, contestava a expiação da culpa de uma jovem mãe através do enforcamento, sustentando que o pudor de uma jovem (em boa parte primíparas) formava a obrigação de esconder da sociedade o fruto de sua fecundidade, portanto esta falta de opção não poderia imputar pena capital, pois seria “altrettanto tirannico l’esigere da una donzella l’accusa dé suoi trasporti, che di comandare ad un uomo di uccidersi colle proprie mani” (FILANGERI, 1984, p. 57).

Com efeito, a emoção era caracterizada pela vergonha de se conceber o fruto que decorresse de relação íntima ilegítima (*i.e.* fruto da desonra). Portanto, o privilégio do tipo penal estaria condicionado à ilegitimidade da gestação¹³.

Isso porque, a “causa honoris” estava presente na maioria dos casos de infanticídio. Os abusos sexuais que levavam à gravidez indesejada repetiam-se de tal maneira que a literatura passou a dar uma nova explicação criminológica ao infanticídio, passando a considera-lo uma “consequência da exploração sexual da camada inferior da sociedade pela superior” (GWINNER, RADBRUCH, 2019, p. 205), considerando que os abusos sexuais eram

¹³ Balestrini defendia que o privilégio deveria ser determinado apenas pela necessidade moral da mãe em esconder a prole. A “honoris causa”, segundo o autor, era o fator de classificação entre: infanticídio privilegiado e morte qualificada de recém nascido (1888, pp. 19-20).



constantemente praticados por membros da nobreza e de uma parcela da burguesia com maior ascensão social contra as jovens que pertenciam à classe social inferior, predominantemente marcada por artesãs, camponesas e mercadores (FILANGERI, 1984, p. 57; BALESTRINI, 1888, p. 19)¹⁴.

Neste contexto, Beccaria (1998, p. 135) criticava a severidade das penas atribuídas ao infanticídio, defendendo a necessidade de prevenção por meio de leis eficazes na proteção da honra enfraquecida da mãe solteira que pertencia à uma casta social da qual não se admitia o parto de prole bastarda. A crítica do autor invocava a inexigibilidade de conduta diversa da jovem mãe, diante da situação vexatória (BECCARIA, 1998, p. 135).

Bentham (1829, p. 139), sempre em defesa do utilitarismo penal, dirigia uma ideia contra a corrente majoritária da época, da qual a prática de infanticídio não poderia ser considerada um crime comum, com a atribuição de penas severas, pois o ilícito se caracterizava por uma conduta insuscetível de amedrontar as prováveis vítimas-recém nascidas;¹⁵ entretanto, segundo o autor, deveria haver uma espécie de pena infamante, que fornecesse pistas a respeito do caráter de seus autores, servindo não somente como estigma para a sociedade, mas também como maneira de reprimir o medo e a vergonha. Para o filósofo inglês, a conduta do infanticídio se caracterizava por um tormento bárbaro vivenciado pela mãe infeliz, cuja resposta dada, através da morte do próprio rebento, demonstrava a sensibilidade excessiva de uma mulher perdida em desespero, em que o único mal acometido era consigo, com medo do opróbrio, em ordem a revelar o “devastador combate no coração de uma mãe, entre a ternura e a vergonha” (BENTHAM, 1829, p. 140)¹⁶.

A construção doutrinária da época estava alinhada à leitura normativa. Por exemplo, a legislação pré-unitária italiana (*i.e.* Código das duas Sicílias), de 1819, previa que, quando perpetrado em desfavor de filho contraído à luz de matrimônio legítimo, os agentes incorrer-se-iam em homicídio qualificado pela morte de recém nascido, com previsão de pena capital

¹⁴ Enquanto os abastados atulhavam-se dos prazeres que encontravam na exploração sexual das jovens mulheres do Terceiro Estado, noções sobre o conflito de classes sugeriam que estas resistissem, em virtude da honradez, sem cair nas tentações da classe social opressora. O conflito de classes levou ao mote: “ai da jovem que faltar com honradez!” (RADBRUCH, GWINNER, 2019, p. 206).

¹⁵ Salvo se não houvesse o consentimento dos pais para a prática de infanticídio, pois então o medo passaria a ser sentido pelos adultos.

¹⁶ Tradução livre: “combat déchirant dans le coeur d'une mère entre la tendresse et la honte”.



(art. 352, nº 3); entretanto, se realizado com a finalidade de ocultar prole ilegítima, aplicar-se-ia uma circunstância atenuante da responsabilidade penal, por honradez (art. 387).

A revogação do artigo que estabelecia o infanticídio qualificado pela morte da prole contraída durante “matrimônio legítimo” se deu através do “Codice Zanardelli” (marco da unificação legislativa do Estado italiano), de 1889, que passou a dedicar ao infanticídio apenas uma condição privilegiante, a depender da “causa honoris”, afastando a visão tradicional sobre uma suposta qualificadora ao tipo legal quando não presente o elemento moral (COSTA, 1989, p.138).

Em Portugal, o valor da desonra estava integrado à figura do privilégio nos crimes de infanticídio desde o código penal de 1852, elaborado a partir do projecto de Jordão (1864), como uma causa especial de atenuação do homicídio dirigida à mãe solteira que, “tida no público como honesta, para ocultar a sua deshonra, dentro das quarenta e oito horas do parto”, ceifasse a vida do seu filho – “salvo os casos de gravidez notória e de reincidência” (JORDÃO, 1864, p. 69). Já ao projecto de código penal intentado pela Rainha D. Maria I, Freire (1844) equiparava os autores do infanticídio aos homicidas aleivosos, com previsão de pena capital; entretanto, também estabelecia uma comutação para pena perpétua à mãe que, “não por malignidade do coração, nem por outra paixão vil e baixa, mas com o fim de encobrir a natural fragilidade, e de salvar a fama e a reputação” (FREIRE, 1844, p. 77). O projecto ainda cominava uma medida repressiva em face do preconceito em relação à gravidez de mulher solteira, atribuindo pena de prisão por 60 dias àquele que se recusasse a recebe-la em sua casa - ou negasse auxílio no parto -, quando ela estivesse em busca de abrigo para dar à luz (§ 33). Incurrer-se-iam na mesma pena os parentes que a ofendessem ou a maltratassem em virtude da gravidez (FREIRE, 1844, p. 77). O privilégio estipulado aos crimes de infanticídio por motivo de honra perdurou no código penal português até a reforma realizada em 1995, pelo decreto lei nº 48, que revogou a “causa honoris” como circunstância idônea.

De todo modo, verifica-se que a doutrina da época não atribuía uma causa psicopatológica, do estado puerperal, ou subjetiva, do ponto de vista da violenta emoção em si, como especificidades do infanticídio. Somente em 1922, e pelo sistema jurídico anglo-saxão, o legislador bretão introduziu o estado puerperal como circunstância atenuante, redigindo ao código penal que a “mulher que matasse o seu filho recém nascido quando, ao tempo da acção



ou da omissão, não se achasse ainda completamente recuperada do efeito de ter dado à luz, seria punida por ‘manslaughter’, e não por ‘murder’” (COSTA, 1989, p. 142).

No Brasil, o infanticídio para ocultar a desonra estava previsto no código penal de 1830, com o privilégio de uma pena de prisão e trabalho de um a três anos (art. 198), e no código penal de 1890, em que a pena de seis a vinte e quatro anos – que era a prevista para o infanticídio simples – reduziria para três a nove anos, “se perpetrado pela mãe para ocultar a desonra própria” (art. 298, parágrafo único). Com o advento do código penal vigente (1940), a cláusula do privilégio fora revogada e o infanticídio passou a ser associado à figura do estado puerperal (art. 123, “caput”), mas o legislador introduziu um tipo penal específico análogo à “causa honoris”, em que a “exposição ou abandono de recém-nascido, para ocultar desonra própria”, implica em pena de seis meses a dois anos (art. 134) e a detenção passa a ser de dois a seis anos, se resulta em morte (§2º).

A contribuição iluminista ao desenvolvimento do privilégio da “causa honoris” reforça a ideia da época, que analisava as emoções através da valoração do fato causal: se a circunstância concreta representasse uma justificativa convalidada pela estrutura ético-social da época, as emoções – no caso do infanticídio privilegiado: a vergonha e o temor – eram reconhecidas pelo Direito como circunstâncias atenuantes, do contrário, como por exemplo, se diante de uma “gravidez notória ou de uma caso reincidente”, não receberiam o mesmo tratamento, ainda que fluíssem de gravidez indesejada ou que fossem despertadas pelo estado puerperal.

2.1.2 HOMICÍDIO POR VIOLENTA EMOÇÃO

O tema da motivação por violenta emoção em crimes de homicídio está historicamente relacionado com a visão conservadora sobre as situações de flagrante adultério da mulher. Prova desta relação, ainda no Digesto, a “Lex Iulia de adulteriis coercendis” regulava o direito de vingança privada em desfavor da mulher que tivesse alguma relação extraconjugal, sob o fundamento de que o adultério perturbaria a paz pública e a família. Nestas circunstâncias, justificar-se-ia o homicídio perpetrado em desfavor da mulher e do concubinato, pelo progenitor da mulher, desde que este não residisse com seus ascendentes; a justificativa não se estendia



ao marido traído, pois o legislador da época entendia que a piedade paterna seria favorável à criação dos filhos (D'ORS, 1975, pp. 687-688; CORSANEGO, 1936, p. 23; ORIA, 2001, p. 128)¹⁷.

Apesar de perturbada, a visão perdurou e se tornou alvo de acirrado embate pelos reformadores. Parte da doutrina da época, a exemplo de Vouglans, defendia que o flagrante adultério, responsável por despoletar o sentimento da cólera e da dor ao marido traído, deveria ser considerado uma violência maligna a ponto de ensejar na impunidade do marido que respondesse com o homicídio da esposa e/ou do amásio (1781, p. 13).

Enquanto outra corrente, a que se inseria o escólio de Chaveau e Hélie, posterior às lições de Vouglans, argumentava que a vontade se corrompia apenas em parte pelo primeiro impulso da violenta emoção, portanto não equipar-se-ia à uma situação eximente da responsabilidade penal, mas, no máximo, em causa de atenuação da pena: “paixões violentas entorpecem o juízo, mas não o destroem; levam a mente à erupções extremas, mas não a enganam nem por alucinações nem por quimeras” (1908, p. 535¹⁸; HOLSTEIN, 1858, p. 15; CORREIA, 1993, p. 279)¹⁹.

Com base nesta construção doutrinária, o código penal francês de 1866, ao artigo 324, estabelecia que o feminicídio estaria justificado nos casos de flagrante adultério na residência da família.

No Brasil, durante o período das Ordenações, também admitia-se a realização de vingança privada nos casos de adultério, eximindo de pena o homem que matasse a esposa e/ou o amante (PIERANGELLI, 1980, p. 39). Somente com o advento do primeiro Código Penal, em 1830, é que este regramento deixou de imperar no sistema jurídico brasileiro.

Em Portugal, Freire discordava da violenta emoção motivada pelo adultério da mulher como causa de justificação (1966, pp. 194-195), propondo ao projecto de código intentado pela Rainha, ao Título XI, § 20, que, “achando o marido sua mulher em adultério, nem por isso a

¹⁷ Digesto 48, 5, 20, 21, 22, 23.

¹⁸ Tradução livre: “les passions violentes abrutissent le jugement, mais ne le détruisent pas; elles emportent l'esprit à desolutions extrêmes, mais elles ne le trompent ni par des hallucinations, ni par des chimères.”

¹⁹ Apesar da diferente análise sobre a resposta jurídica aos casos motivados pela violenta emoção, não havia divergência quanto ao método de valoração, isto é, o pensamento da época estava voltado para um juízo ético-social acerca da provocação: “Le devoir du législateur est de remonter à la source de cet emportement, et de discerner la nature des faits qui l'ont excité” (CHAVEAU, HÉLIE, 1908, p. 537).



poderiam matar ou ao adúltero; e muito menos seu pai: e fazendo-o, perderiam todos os seus bens para o herdeiro do morto, e serviriam nas galés por cinco anos”. (1844, p. 22). Caso a matasse em ocasião tardia, ainda que provasse o adultério, deveria ser punido com a pena ordinária do delito (§21).

Doravante, Jordão também mantinha o entendimento, ao artigo 189, de que “o adultério, se, surpreendidos n’ele os adúlteros, qualquer d’elles ou ambos mortos pelo cônjuge ofendido em acto continuo, ou durante a impressão imediata, excluída toda a ideia de premeditação”, corresponderia em circunstância atenuante especial da reprimenda penal, e não em justificativa (1864, p. 69).

Verifica-se na análise dos dois tipos penais específicos que o papel das emoções na dosimetria da pena, durante o período oitocentista, costumava ser atribuído pela valoração da injusta provocação. Tanto os crimes de infanticídio “causa honoris”, como a forma privilegiada (ou até mesmo justificada) promovida pelo adultério às práticas de feminicídio, confirmam a importância que era concebida, durante aquele período, à honra ofendida, para a caracterização das emoções atenuantes ou eximentes da responsabilidade penal. Com efeito, o juízo atributivo durante a análise das emoções não operava diretamente sobre o “animus” do agente, conquanto apenas sobre a reprovação do fato subjacente, como forma de prevenir condutas indecorosas para a época - a exemplo do filho contraído em relação ilegítima e da situação de adultério da mulher -, menosprezando os valores representados pela fruição das emoções em situações causais não necessariamente previsíveis ou sequer reprováveis aos olhos do legislador daquele tempo.

3. RESPONSABILIDADE MORAL V. DEFESA SOCIAL

Com o passar do tempo, a doutrina começou a utilizar-se dos termos “loucura parcial” e “total” para, respectivamente, atribuir o papel das emoções enquanto atenuante ou eximente da responsabilidade penal. A literatura da época classificava esta primeira como condição vivenciada por um grande número de pessoas, “especialmente pessoas melancólicas”, cuja



enfermidade se manifestava “por excessivos medos e mágoas, conquanto estas pessoas não estariam totalmente privadas do uso da razão” (MAUDSLEY, 1880, p. 85)²⁰.

A partir desta caracterização, a “loucura parcial” não poderia ser considerada uma justificativa legítima para a prática de delito, pois, se eximida de responsabilidade pelo “excessivo medo ou mágoa”, a defesa social estaria prejudicada, já que muitos indivíduos costumavam agir sob a influência destas emoções. Entretanto, não seria fácil assinalar a “linha invisível” que separava a “loucura total” da “parcial”; ou, em outras palavras, a ponderar o que a doutrina considerava “uma espécie de desumanidade pelas imperfeições da natureza humana”, sem, contudo, estimular a livre indulgência, porque senão estaria contribuindo para o fracasso da defesa social (MAUDSLEY, 1880, pp. 85-86).

Referida dicotomia pode ser identificada nos argumentos defendidos pelas duas escolas antípodas que se formavam naquele período: a escola clássica, encabeçada por Beccaria e Carrara, orientada pela humanização do direito, defendia a responsabilização proporcional à culpa do agente, e a escola criminológica positivista, liderada por Ferri, Lombroso e Garófalo, defensora de uma leitura fisiopsicológica do agente, que arvorava ideais segregacionistas a favor de uma suposta defesa social.

3.1 POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO: ASCENÇÃO DA DEFESA SOCIAL

Na tentativa inválida de compreender o crime através de estudos sobre as características físicas e psicológicas do autor, os positivistas criminológicos passaram a classificar os indivíduos (e não as condutas) em cinco grupos. Em um destes grupos, distinguiram os “criminosos passionais”²¹ (FERRI, 2001, p. 30; LOMBROSO, 1896, pp. 204 e ss.).

Para a distinção dos “criminosos passionais”, Lombroso, que sustentava a existência da violência de alguma paixão como substrato de qualquer crime (1896, p. 204), apresentou um extenso rol, com vinte e oito características físicas e psicológicas que os diferenciavam dos

²⁰ Tradução livre: “(...) la folie est partielle quant au degré; c’est la condition d’un très-grand nombre de gens, spécialement des personnes mélancoliques, dont l’infirmité se manifeste en général par des craintes et des griefs excessifs et qui cepedant ne sont pas totalment dépourvus de l’usage de la raison.”

²¹ Os demais grupos: “criminoso nato, criminoso louco, criminoso por hábito adquirido e criminoso acidental”.



demais grupos. Basicamente, a diferença para os “criminosos habituais” consistia no fato de que, para este grupo, o impulso da paixão não seria repentino, tampouco isolado, mas fermentado há muito tempo, e associado, ou quase sempre, ao pensamento reflexivo, enquanto os “criminosos passionais” eram definidos pela afetividade excessiva que se movia pelos impulsos das paixões de uma alienação momentânea (1896, pp. 208 e 214).

Entre as características psicológicas listadas pelo autor, o “estado selvagem” era considerado a circunstância responsável por tornar o “criminoso passional” propenso à vingança e à multiplicação dos crimes passionais, pois a “afetividade excessiva” do agente que se deixasse levar pelo estado selvagem não suportaria qualquer provocação (LOMBROSO, 1896, p. 227).

No contexto do estado selvagem movido pela afetividade excessiva, Garófalo sugeriu que a cólera representasse somente o exagero do carácter individual, portanto não determinaria a prática de um delito, salvo se o agente possuísse predisposição para praticá-lo (1916, p. 149). Para o autor, o estado colérico seria mera perturbação mental caracterizada pelo modo de reação patológica do cérebro do agente em face dos estímulos exógenos (1916, p. 147).

Ao analisar os crimes movidos pelas emoções como mera demonstração do egoísmo e da ausência de piedade dos agentes, Garófalo hasteava o lema da defesa social, sustentando que a lógica da proporcionalidade inversa, cuja reprimenda variava inversamente à força do impulso, acabava por contrariar o sentimento social de segurança (1916, p. 379). Por esta razão, segundo o autor, o agente movido por cólera não poderia ser retribuído com o sentimento de piedade, já que sua “reação excessiva” o afastaria das características que resumiriam um “homem normal” (1916, p. 148).

Outros juristas da época não vinculados ao positivismo criminológico também invocavam o lema da defesa social para contestar o reconhecimento das emoções como causa dirimente ou até atenuante da responsabilidade penal. Prins, por exemplo, insinuava que a justificativa dos ilícitos em razão do “quadro psíquico defeituoso” do infrator não poderia ser admitida pelo Direito, pois, insistia o autor, os criminosos mais perigosos seriam precisamente aqueles que teriam menos resistência à prática delituosa; logo, seria necessário promover o



inverso: “coloca-los mais tempo do que os outros na prisão, como forma de prevenir os danos à sociedade” (1899, p. 279)²².

O pensamento de Ferri não era diferente. Para ele, a própria arte teria glorificado demasiadamente os “espíritos desequilibrados e presunçosos que vivem sozinhos na glorificação do seu eu”. Assim, defendia a necessidade de, em algum momento, a luz do protagonismo se voltar para a multidão dos honestos, como forma de conduzir a arte à inspiração da ciência antropológica e da psiquiatria, em defesa social, contra “degenerados, loucos e criminosos” (FERRI, 2001, p. 215).

A diferença em relação aos demais positivistas criminológicos consiste no fato de Ferri ter nutrido certa simpatia aos contrastes entre o “crime atroz e a paixão fatal”, chegando a reconhecer que esta última poderia, muitas vezes, ser desculpada, na medida em que seria “sublime a tempestuosa febre psicológica” que conduzira ao delito “uma criatura humana” ou que destruíra “uma moralidade sólida e assaz aproximada da média” (2001, p. 40). Ou seja, enquanto Garófalo reprovava veementemente a reação anímica, atribuindo características de anormalidade ao agente movido pelo estímulo de alguma paixão, Ferri admitia a normalidade física e psicológica àquele que cometesse algum crime impelido pelo amor. Neste ponto apenas, a escola divergia.

3.2 LUCIDEZ DA ESCOLA CLÁSSICA: O AGENTE MORAL

Ponto de coerência que ofuscava a toleima dos positivistas, a escola clássica, voltada para o estudo do crime (e não do autor), atribuía à classificação dos crimes passionais a característica de “irrecusável efeito da violência exercida sobre a vontade do agente” (CARRARA, 2000, p. 172).

A respeito da incidência penal nos crimes movidos pela paixão, Beccaria, que interpretava a “sensibilidade humana como causa motora do crime” (1998, p. 73), atribuía à pena um efeito dissuasor que variava de acordo com a sua capacidade de impressionar os sentidos e de se fixar no espírito humano, para a contenção da força das paixões a longo prazo.

²² Em Portugal, Jordão chegou a defender que o homem virtuoso deveria conter o “ataque das paixões”: “O mais bello campo de batalha foi sempre o coração humano, e os mais bellos trophéus, porque são puros e pacíficos, são os do homem que triumpho do ataque das paixões” (1864, p. 51).



Segundo o autor, desta forma a eloquência e a verdade transformar-se-iam em freios impotentes para o avanço das paixões (1998, pp. 119-120 e 122-123).

O pensamento do Marquês não representava uma ideia de intervenção imponderada para a harmonização das paixões, antes o contrário: apesar de defender certa finalidade utilitarista da pena, sugerindo que a impressão durável poderia conter os sentidos humanos, o autor alertava para a degradação dos seus efeitos como resultado da banalização das formas cruéis de sua imposição, afirmando que as paixões deixariam de ser arrefecidas, se habituadas aos suplícios e à multiplicação da crueldade²³.

A “arte de desenvolver os sentimentos do próprio coração”, a ponto de não mais levarem a prática de ilícitos, “se aprenderia com o aperfeiçoamento da educação” (BECCARIA, 1998, pp. 122 e 160). Uma forma de educar os “cruéis homens escravos determinados pelas paixões” seria através da substituição de leis incertas por uma legislação precisa (BECCARIA, 1998, p. 156).

Em defesa do princípio da legalidade, os pensadores da escola clássica ressaltaram também a importância da classificação dos crimes. Neste contexto, Carrara sugeria a distinção dos crimes movidos pela “alienação mental”, em que vigorava uma causa de inimputabilidade, dos que fossem oriundos da “alienação moral”, ou “sem delírio”, que, independentemente da perspectiva de mundo do agente, de sua consideração moral ou social, não diminuiria sua responsabilidade, porquanto a alienação moral não infligiria no poder da sua inteligência, tampouco em sua liberdade de escolha (2000, p. 144).

Quando diante de uma alienação mental parcial não eficaz, isto é, que não excluía toda capacidade de autodeterminação do agente, incidir-se-ia uma causa atenuante da imputabilidade, em razão de humanidade, como também em virtude da suspeição da influência das forças intelectuais sobre a determinação criminal diante do quadro de enfermidade (CARRARA, 2000, p. 145).

²³ O limite que o legislador deveria fixar para o rigor das penas parece consistir no sentimento de compaixão, na medida em que esta começa a prevalecer sobre qualquer outro na alma dos espectadores de um suplício, mais feito para eles do que para o culpado (BECCARIA, 1998, p. 120).



O critério para o reconhecimento da alienação mental, portanto, estabelecia a necessidade do arrebatamento ocorrer concomitantemente à prática do ilícito, para que a responsabilidade do agente pudesse ser excluída em razão do “furor passageiro”²⁴.

Quanto a força das paixões, Carrara defendia a necessidade de uma diminuição objetiva das penas previstas aos crimes passionais, argumentando que a violência exercida sobre a vontade do agente, ainda que em virtude de uma potência endógena, produziria, de forma viciosa, o irrecusável efeito de diminuir a responsabilidade moral do delito em seu elemento constitutivo, ao mitigar a espontaneidade do agente²⁵.

Os argumentos de Carrara seguem na contramão da hipótese sustentada por Garófalo, a de agravar a pena dos crimes passionais em nome da defesa social, indicando que, não obstante o critério dosimétrico se deduzir de um “dever ser”, a situação colérica não corresponderia a um dever jurídico-criminal e que, portanto, a conotação moral concebida não teria valor para a dosimetria da pena (CARRARA, 2000, p. 145).

A grande contribuição da escola clássica ao assunto, reconhecida por Carrara como tanto, consiste na forma distinta de aferição das emoções introduzida pelos clássicos, que passaram a centrar o foco da análise atributiva na direção do agente moral. Enquanto, conforme abordado algures, até o surgimento do escólio clássico prevalecia um juízo moral somente sobre o fato subjacente (*i.e.* injusta provocação), induzindo que as emoções não resultariam por si em uma causa de degradação da vontade e portanto não seriam, se analisadas isoladamente,²⁶ relevantes para a atenuação da responsabilidade, com o advento da escola

²⁴ A partir deste critério, a doutrina clássica passou a distinguir os casos de alienação mental para fins de inimizabilidade, da alienação que incidiria em interdição civil. Para a primeira situação, bastaria um “furor pasajero” concomitante à conduta ilícita, enquanto, para a segunda, a permanência constante do estado de loucura passaria a ser imprescindível (CARRARA, 2000, pp. 144-145).

²⁵ “La violencia ejercida sobre la voluntad del agente, aun por una potencia puramente interna, produce, aunque sea viciosa, el irrecusable efecto de disminuir la fuerza moral del delito en su elemento constitutivo, disminuyendo la ‘espontaneidad’ de la determinación. A la disminución subjetiva de esta fuerza corresponde una disminución objetiva. En tal concepto, por una deducción lógica de los principios que regulan la constitución y la medida del delito, el criminalista encuentra en el delito cometido á consecuencia de esta impulsión violenta, una menor gravedad social y una menor gravedad moral. Así, pues, debe en buena usticia atribuirle un grado menor” (2000, p. 172).

²⁶ Neste ponto, Beccaria ressaltava a força das paixões para a formação da “vontade pecadora”, mas argumentava se tratar de uma classificação legal impossível de se realizar, na medida em que não seria possível estipular uma pena que fosse proporcional ao grau de vontade despendido em cada tipo penal. As palavras do Marquês soam mais didáticas: “a gravidade do pecado depende da imperscrutável malícia do coração. Esta malícia por seres finitos não pode conhecer-se sem revelação. Como é que então a partir dela se achará uma norma para punir os delitos?” (BECCARIA, 1998, p. 76).



clássica, esta barreira fora superada, através dos argumentos favoráveis à relevância das emoções para o reconhecimento do *animus* e para a formação do critério empregado para a dosimetria da pena (CARRARA, 2000, p. 177).

Como consequência desta contribuição, passou a ser necessária a distinção das emoções cegas das que ainda possibilitavam alguma fresta para o raciocínio. Da primeira, se deduziria uma circunstância atenuante, enquanto a respeito das emoções calculistas, por preservarem a faculdade de escolha, restaria completa a obrigação do agente em recordar as condutas proibidas e de refletir sobre as consequências dos seus atos; neste caso, então, não incidiria sequer uma causa atenuante.

O critério para a distinção das emoções elaborado pela escola clássica consistia em considerar o fato causal para a definição da emoção cega ou calculista derivada: “las pasiones excitadas por el aspecto de un bien, son siempre pasiones que razonán – Las que excita el aspecto de un mal son pasiones ciegas” (CARRARA, 2000, p. 177).

A partir desta dedução, as paixões cegas, que seriam as únicas a influírem na atenuação da responsabilidade penal, se resumiriam ao sentimento colérico ou de temor vivenciado pelo agente. Aquela (cólera) ocorreria em virtude de algum mal sofrido, enquanto para este (temor) bastaria a condição de perigo (exposição do agente) (CARRARA, 2000, pp. 177-178).

Desta forma, os pensadores da escola clássica estipularam três regras para o critério dosimétrico dessas duas emoções, que variaria de acordo com o grau i) de justiça da causa que promoveu a cólera ou o temor; ii) de gravidade do mal sofrido ou temido; e iii) do intervalo entre a excitação e a ação (CARRARA, 2000, p. 179).

Nota-se que o critério aderido pela escola clássica remetia novamente à uma leitura sobre a “injusta provocação” como causa suficiente para o sentimento de temor ou cólera vivenciado pelo agente. A única distinção era semântica: a injusta provocação passou a ser nomeada “justo ressentimento” ou, nos casos em que o injusto causal era exercido em desfavor de alguma pessoa próxima do agente (e não diretamente a ele), de “justa dor” (CARRARA, 2000, p. 179).

Naturalmente, a relação antípoda entre as duas escolas viria a ser consagrada também na finalidade das penas, porquanto o reconhecimento do agente moral pelos reformadores



limitava o juízo sancionador penal à proporcionalidade de autodeterminação do agente. Por sua vez, ao considerar características anatômicas e algumas anomalias fisiopsicológicas, o positivismo criminológico defendia um sistema penal segregacionista (do autor e não do fato), equiparando o infrator de crimes passionais à figura de um “degenerado perigoso”, em que os fins de prevenção defenestravam qualquer tentativa de conceber destaque à dignidade da pessoa humana.

4. A INFLUÊNCIA POSITIVISTA NA DOUTRINA BRASILEIRA DO SEC. XX

Com muito apreço pelos estudos do positivismo criminológico sobre o “delinquente passional”, Roberto Lyra, que, ao lado de Nelson Hungria e outros juristas da época, integrava o “Conselho Brasileiro de Hygiene Social (CBHS)”,²⁷ sugeria que os “criminosos passionais” consultassem um médico para o diagnóstico da sua loucura²⁸, porquanto para o autor se tratava de uma espécie de “criminosos brutos e ineptos” (LYRA, 1937, p. 13), e a paixão por si não impeliria ao crime, mas somente quando acompanhada da “tendência” ou da “capacidade pré-existente” no indivíduo para delinquir (LYRA, 1937, p. 33).

Movido pela intenção de “organizar a legítima defesa contra a classe privilegiada de malucos ‘à la minute’” (LYRA, 1937, p. 14), o autor apontava à necessidade de desclassificação dos privilégios românticos, porquanto não haveria “amor no sentido social, quando se mata” (1937, pp. 10-11).

Por sua vez, Néelson Hungria admitia uma análise mista, que se orientava por uma visão aristotélica das emoções como fruto da educação, mas não abdicava dos argumentos positivistas sobre a disposição congênita; situação que o levava a hastear, junto com Lyra, a bandeira das emoções atávicas, sugerindo que, aliada a uma educação deficitária sob o prisma ético-social,

²⁷ Impelida pela forte preocupação social que surgiu a partir de 1910, a edição do *Conselho Brasileiro de Hygiene Social* (CBHS), com o empenho de Roberto Lyra, Nelson Hungria, Carlos Sussekind de Mendonça, Caetano Pinto de Miranda Montenegro e Lourenço de Mattos Borges, trouxe para a ordem do dia o debate sobre a periculosidade de algumas emoções vividas e a sua relação com a prática de determinados ilícitos, a exemplo da raiva e do ciúme, para então prosseguir uma *campanha moral* de intolerância aos crimes passionais (BESSE, 1989, p. 182).

²⁸ Insinuando até a criação de eventual dispositivo legal que deliberasse sobre a realização de exames mentais para a validação civil do matrimônio, sustentando que, *toda tragédia resulta de uma imprevidência da lei. Se Otelo tivesse sido submetido a exame pré-nupcial, os médicos constatariam a sua epilepsia e Desdemona iria esquecer o episódio numa viagem cheia de emoções e de imprevistos, de outros amores, talvez* (LYRA, 1937, p. 31).



formavam um indivíduo “desfalcado de resistência psíquica, apto a ceder mais facilmente aos estímulos para a conduta anti-social” (HUNGRIA, 1955, p. 369).

Ao avaliar as características da emoção em si, Lyra acabaria por ser ainda mais segregacionista, defendendo que a variação do amor se daria em razão da “condição econômica, raça, idade, saúde e das mais sutis nuances psicológicas e imponderáveis características fisiológicas de cada um” (1937, pp. 16-17).

Com base na leitura ambivalente das emoções, Hungria até reconhecia sua influência para a formação da responsabilidade moral, entretanto não a admitia como causa dirimente, por uma questão pragmática, na medida em que, “do ponto de vista político-criminal, se fundamenta(ria) e legítima(ria) a responsabilidade dos que delinquem em estado de ‘raptus emocional’” (HUNGRIA, 1955, p. 373). A respeito do dualismo, entre a formação da responsabilidade moral e a garantia da defesa social, o autor levantava um áspero questionamento em prol desta última:

Por que haveríamos de repudiar um critério que corresponde ao interesse de ordem e disciplina da vida social e, em substituição, expedir, em nome de uma ciência eivada de ficções e devaneios, um preventivo salvo-conduto aos que matam por emoção, as mais das vezes quando a vítima se encontra à sua mercê ou incapaz de reação defensiva? (HUNGRIA, 1955, p. 374)

E concluía com a afirmação de que o privilégio da impunidade aos crimes motivados pela emoção correspondia em um “sentimentalismo piegas e de um cientismo improvisado” que privilegiava os “hiperemotivos”, como se estes “constituíssem uma espécie de gentio dispensada de se ajustar ao ritmo da vida em sociedade” (HUNGRIA, 1955, p. 376).

Em relação ao Conselho (CBHS), que Lyra e Hungria integravam ao lado de outros, a contribuição mais significativa obtida por meio dos pensamentos apresentados foi a revogação da escrita que isentava de pena aquele que praticasse o crime movido por impulsos estênicos, incluindo a redação ao artigo 24 do código penal brasileiro de 1940, que ainda vige ao artigo 28, inciso I (BITTENCOURT, 1978, p. 130),²⁹ considerada por Hungria um dos mais nítidos contrastes em relação ao código de 1890 (1955, p. 366).

Não obstante a presença do artigo que afasta a hipótese excludente desde a primeira redação do código penal brasileiro de 1940, sua formulação ainda teve em vista a menor

²⁹ Não excluem a imputabilidade penal: I – a emoção ou a paixão.



reprovação penal dos crimes impelidos pela violenta emoção injustamente provocada, com assente em aspectos subjetivo - em virtude do furor e a redução da oportunidade para conduta diversa do agente - e político, na medida em que a vítima, com sua conduta provocadora, concorreria para a situação de risco (HUNGRIA, 1955, p. 375).

Desde então, a violenta emoção incide apenas como causa atenuante em uma das três fases da dosimetria penal, prevista no artigo 65, inciso III, “c”, do código penal, ou opera como privilégio em tipos penais específicos, a exemplo da redação concebida ao artigo 121, §1º, deste mesmo ordenamento, mas encontra-se expressamente vetada sua operação dirimente, pelo artigo 28, inciso I, como resultado dos argumentos de Lyra e Hungria - além dos outros juristas que formavam o Conselho (CBHS) -, que, influenciados pelas revelações positivistas sobre a periculosidade atávica do “sujeito degenerado”, relegavam a inferência das emoções para a formação da culpa a mero objeto de estudo de uma “ciência eivada de ficção e devaneio” (HUNGRIA, 1955, p. 374).

5. CONCLUSÃO

Historicamente, a discussão sobre a influência das emoções para a responsabilização penal é considerada um terreno propício para a discussão entre dois opostos: culpa e defesa social. Da enumeração de situações fáticas causais ao rol de circunstâncias atenuantes, extrai-se que os primeiros códigos deixaram transparecer a preocupação da época com o sentimento de reprovação e necessidade de prevenção aos motivos supostamente imorais (*i.e.* injusta provocação). Somente a partir das contribuições do pensamento clássico que a análise da emoção passou a receber maior destaque para a aferição da culpa, enquanto a análise causal passou a figurar pelo seu potencial probatório.

Por sua vez, o pensamento positivista criminológico, que não reconhecia a dignidade e autonomia do agente, buscava associar suas emoções à uma condição patológica, para então insinuar a necessidade de maior prevenção em situações das quais se verificasse a sua existência, como forma de privar a sociedade dos “degenerados”. Este pensamento vil chegou a refletir na construção doutrinária brasileira da primeira metade do século XX, inclusive com fortes contribuições dos estudos psicopatológicos para a elaboração do código penal brasileiro de 1940 (ainda vigente).



Portanto, esta evolução histórica sugere a concretização de uma nova etapa jurídica para o tempo moderno: concentrar os esforços da doutrina no reconhecimento do papel de destaque das emoções para a formação da culpa, a se aproximar de uma valoração que reconheça a autonomia do indivíduo com o despoletar das emoções em situações causais que não necessariamente se subsumiriam ao valor ético-social préestipulado pelo legislador.

REFERÊNCIAS

ALVES, Silvia. **Lei e arbitrium judicis no antigo regime**, in: *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 85, nº 1 (pp. 5-76), 2013.

BALESTRINI, Raffaello. **Aborto, infanticídio: esposizione d'infante**. Torino: Ed. Fratelli Bocca, 1888.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **Ouvres de J. Bentham. Principes du Code Pénal**. Bruxelas: Ed. Louis Hauman et Compagnie, 1829.

BESSE, Susan K. **Crimes passionais: a campanha contra os assassinatos de mulheres no Brasil: 1910-1940**, in: *Revista Brasileira de História*, V. 9, nº. 18, São Paulo (pp. 181-197), 1989.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina**. 2ª ed. São Paulo: EUD, 1978.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal**. Parte geral. T. I. San José: Ed. Jurídica Continental, 2000.

CHARLES, Raymond. **Historie du droit pénal**. 4ª ed. Vendôme: Presses Universitaires, 1976.

CHAUVEAU, Adolphe; HÉLIE, Faustin. **Théorie du code pénal**. 6ª ed., T. I. Paris: Marchal & Godde, 1908.

CORREIA, Eduardo. **Apontamento sobre as penas e sua graduação no direito criminal português**. Coimbra, 1953.

_____. **Direito Criminal, com a colaboração de Figueiredo Dias**, Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CORSANEGO, Camillo. **La repressione romana dell'adulterio**. Roma: Custodia Libreria Pontificii Instituti Utriusque Iuris, 1936.





COSTA, Nuno Gonçalves da. **Infanticídio Privilegiado: contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal**. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1989.

D'ORS, Álvaro; et al. **El Digesto de Justiniano**. T.III. Pamplona: Ed. Aranzadi. 1975.

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura**. 3ª ed. Porto Alegre: Ed. Ricardo Lenz, 2001.

FILANGERI, Gaetano. **La scienza della legislazione (1780-1789)**, T. I, Roma: Instituto Poligrafico e Zecca Dello Stato, 1984.

FREIRE, Paschoal José de Melo. **Instituições de Direito Criminal Português**, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 155 (pp. 45-202), 1966.

_____. **Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas**. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.

GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal**. 3ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1916.

GWINNER, Heinrich; RADBRUCH, Gustav. **Historia de la Criminalidad: Ensayo de una criminología crítica**. Santiago: Ed. Olejnik, 2019.

HOLSTEIN, Marquez de Souza. **Se o systema das circunstâncias attenuantes e aggravantes é conveniente ou prejudicial à ordem pública**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. V. I, T. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1955.

JORDÃO, Levy Maria. **Código penal portuguez**, T. I: Relatório, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864.

_____. **Comentário ao código penal portuguez**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1853.

LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente**. V. II. 5ª ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1896.

LYRA, Roberto. **Polícia e justiça para o amor: criminalidade artística e passional**. Rio de Janeiro: Ed. S. A. A Noite, 1937.

MAUDSLEY, Henry. **Le crime et la folie**. 4ª ed. Paris: Librairie Germer Baillière, 1880.

ORIA, Patricia Panero. **Ius Occidendi et ius accusandi en la lex iulia de adulteris coercendis**. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 2001.



PACHECO, Don Joaquin Francisco. **El código penal concordado y comentado**. 5ª ed., T. I. Madrid: Imprensa y fundicion da Manuel Tello, 1881.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 1. ed. Bauru: Edipro, 1980.

PINTO, Basilio Alberto de Sousa. **Lições de direito criminal portuguez**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861.

PRINS, Adolphe. **Science Pénale et Droit Positif**. Bruxelles: Ed. Bruylant, 1899.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira. **Classe dos crimes por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual**. 3ª ed. Typografia Lacerdina, 1830.

VOUNGLANS, Muyart de. **Les loix criminelles de France**. T.II, 1781.