

A EMOÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

WANDERLEY ANDRADE

Professor de Prática Forense da PUC-MG

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Conceito — 3. Gênese — 4. Posição no Código de 1940: 4.1 Como resultante de política criminal; 4.2 Como decorrência da teoria da *actio libera in causa*; 4.3 A possibilidade de controle — 5. Conclusões — Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Toda atividade humana se encontra impregnada da emotividade que cada criatura põe, instintivamente, em suas ações.

A racionalidade recebe, permanentemente, a influência da quantidade e qualidade do fluxo emocional sempre presente às manifestações humanas. Não há ação que não seja ditada por um conjunto de fenômenos biopsíquicos, dentre os quais se encontra a emoção, e, por consequência, tem ela lugar de destaque na valoração jurídica dos atos humanos. Em todos os momentos, faz-se notar, colorindo, com os mais variados matizes, as manifestações do homem, em sua interação social. Seja conduzindo-o aos mais acentuados desatinos, seja influenciando-o em suas demonstrações de brandura, de mansidão, a emoção nunca se desprende da criatura humana. Jamais haverá qualquer gesto que possa ser considerado pura e simples obra da razão, sem um conteúdo mínimo de emoção. O homem sem emoção, diz Jorge Severiano, nunca existiu, mas, se tal fosse possível, deveria receber a denominação de "homem estátua".

No Direito Penal, mais que nos outros ramos da ciência jurídica, a emoção deve ser considerada. Na maior parte das vezes, é ela a causadora dos atos anti-sociais, que a lei entende criminosos, punindo-os com uma grave sanção.

Na gênese dos atos criminosos — principalmente de determinados tipos — encontraremos, invariavelmente, a emoção, sob uma de suas variadas modalidades.

Com a vigência do Código Penal de 1890, a emoção assumiu papel dos mais salientes no Direito Penal pátrio, elevada que foi — quando geradora de completa perturbação de sentidos e de inteligência — à condição de circunstância causadora da inimputabilidade.

Posição das mais criticadas, pelas absolvições no Júri, que muitos consideram inteiramente divorciados do direito, o dispositivo que a re-

presentava no ordenamento jurídico penal — o art. 27 — foi alvo de sistemático combate. Acusa-se o Júri de excessiva benevolência ao interpretá-lo, culminando em decisões absolutórias geralmente tidas como “escandalosas”.

A reação traduzida pela filosofia que informou o Código Penal de 1940, correspondeu a um novo posicionamento do problema no direito penal brasileiro. Expressamente, de modo inequívoco, o seu art. 24 passou a estabelecer que a emoção e a paixão não excluem a responsabilidade penal.

Apenas a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado receberam do legislador a condição de fatos geradores de inimputabilidade. Quanto à embriaguez, para que ela se enquadre no rol das dirimentes, é indispensável que, além de completa, tenha sido resultante de força maior ou caso fortuito.

Colocada na posição de simples circunstância atenuante da pena, e, ainda assim, quando se reconhecer ter ela atingido seu paroxismo — violenta — como conseqüência de uma provocação injusta, a emoção perdeu terreno no campo do direito penal, em relação à legislação anterior.

À guisa de justificativa para essa radical mudança de orientação, invocam-se razões de **política criminal**, que estariam a recomendar tratamento mais severo aos criminosos emocionais e passionais. A par de tais considerações, busca-se, ainda, com **fundamentos científicos**, segundo os quais a emoção, em sua fase embrionária, seria **susceptível** de ser contida, de maneira eficiente, por um mecanismo de auto-controle conseqüente do predomínio da razão sobre o instinto. Ainda quando incidindo em campo mais propício ao seu desenvolvimento — o temperamento mais exaltado — a emoção obedeceria a uma gradação, sendo, por isso mesmo, dominável, controlável, passível de ser contida sua propagação, quando em fase incoativa, evitando-se, desse modo, o desvario dos que por ela fossem atingidos.

E quem assim não procedesse, permitindo que esse estado afetivo assumisse proporções de verdadeira tempestade psíquica, como a denomina Ferri, responderia por essa atitude. Tornar-se-ia responsável criminalmente por seus atos, mesmo os praticados quando já se achasse inteiramente subjugado, escravizado, por essa força incontida que é a emoção.

Também a teoria da *actio libera in causa*, tão debatida, foi invocada para justificar a orientação da lei, no enfoque do problema. Embora no momento do crime o agente não possuísse, em razão da perturbação mental decorrente da emoção, toda sua capacidade intelectual e volitiva, seria, nada obstante, responsabilizado, por ter tido oportunidade de, pelo auto-domínio, impedir a programação desse sentimento. Teria, desse modo, agido com liberdade na causa da emoção, pois poderia, em dado momento, reduzi-la, senão elidi-la, ou permitir que ela dele se apossasse.

Tais aspectos não conseguiram, entretanto, reunir em torno de si uma unanimidade de opiniões, razão pela qual a sua abordagem se justifica, como contribuição, ainda que inexpressiva, ao exame do problema.

Nestas condições, pesquisaremos os fundamentos invocados como justificativa à medida, numa tentativa de, enfocando as divergências, detectar e examinar seus aspectos mais destacados, a ver se correspondem às razões trazidas para justificá-la.

2. Conceito

A orientação do Código de 1940, ao colocar a emoção **unicamente** como causa de diminuição de pena, pode encontrar explicação em três aspectos: razões de política criminal, aplicação da teoria da *actio libera in causa* e apoio científico da tese de que a emoção, sendo controlável em fase incoativa, é evitável ou dominável.

Inicialmente, é de se examinar o conceito de emoção, bem como sua influência na capacidade intelectual e volitiva.

Seria a emoção capaz de elidir o raciocínio e o auto-domínio da criatura humana considerada normal?

Para tanto, traremos à colação as opiniões de algumas autoridades, em Direito e Medicina, que cuidaram do problema.

Ao conceituar a emoção, Fragoso (1962) a ela se refere como “um estado afetivo que produz momentânea e violenta perturbação da personalidade do indivíduo. Afeta o equilíbrio psíquico, ou seja, o processo ideativo, acarretando alterações somáticas, com fenômenos neuro-vegetativos (respiratórios, vasomotores, secretores, etc.) e motores (expressões e mímica)”.

Bento de Faria (1958), por sua vez, a considera como “expressiva de uma situação de **abalo moral** ou de **vivo afeto**”, esclarecendo que essa “exaltação de sentimentos não pode ser classificada como enfermidade mental dês que no paroxismo, mesmo da situação mais delirante, o homem não perde a percepção do bem e do mal”.

Como se nota, o renomado jurista, embora admitindo que a emoção possa conduzir à “situação mais delirante”, entende, de forma que nos parece um tanto incoerente, não poder ela prejudicar ao intelecto, de modo a impedir o entendimento do caráter criminoso do ato praticado.

Embora não se refira à alteração da capacidade de auto-determinação — que é o outro aspecto que conduz à irresponsabilidade penal — Bento de Faria se utiliza da expressão citada de maneira inconveniente, pois quem delira não gosa, durante o estado delirante, do perfeito domínio de seu intelecto.

O saudoso Hungria (1958) considera a emoção como “um estado de ânimo ou de consciência caracterizada por uma viva-excitação dos sentimentos. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações das funções da vida orgânica”.

Admitindo, pois, como origem da emoção tanto as alterações somáticas quanto as atividades orgânicas, o renomado jurista entende, porém, “que a emoção (ou a paixão explosiva), quando atinge o seu auge reduz quase totalmente a *vis electiva* em face dos motivos e a possibilidade de autogoverno”, operando-se, então, a “desintegração da personalidade psíquica”.

Ainda que situando a emoção dentro dos limites da Psicologia Normal, Hungria (1958) não lhe nega a possibilidade de conduzir o homem a um tal descontrole e desgoverno, com força de lhe retirar totalmente, ou, pelo menos, de perturbar, acentuadamente, a capacidade de raciocinar.

Ao referir-se às emoções, que define como “fenômenos afetivos indefinidos, estáveis ou transitórios, e referidos, não ao mundo exterior, mas ao próprio organismo”, Almeida Júnior com respeito ao assunto, assim se manifesta:

“O capítulo da afetividade é, dentre todos os da Psicologia humana, o mais árduo e o menos disciplinado. Ocupa-se de fenômenos que, por sua fluidez e matização dificilmente se subordinam à sistemática. Um dicionário de Psicologia atribui ao termo ‘sentimento’ seis acepções.”

Não esconde, o eminente legista, as dificuldades que o campo moveido da afetividade oferece aos estudiosos, que, no exame das emoções, devem pesquisar e analisar, quantitativa e qualitativamente, o estímulo exterior, a tonalidade e as reações que, no seu entender, são os elementos básicos da emoção.

“No indivíduo intensamente emocionado, esclarece Almeida Júnior (1956), a articulação vocal se dificulta, as idéias e palavras fogem; tanto que aos encolerizados sobrevêm sem cessar as mesmas expressões, as mesmas frases, o pensamento como que se torna atáxico; donde a impossibilidade em que ficam, de entrar em explicações. Em suma, o homem profundamente tocado pela emoção (nota Pierre Janet) **não é bem ele próprio, está abaixo de si mesmo**” (grifos nossos).

Belford Roxo (1938), por seu turno, quando busca conceituar a emoção, esclarece que ela “representa uma variedade de sensação, que tem como predicado, ser mais duradoura e intensa do que ela, depende da affectividade do indivíduo. Na emoção há um abalo violento de systema nervoso, o qual interessa sua vida afectiva. Actua em maior ou menor grau, de acordo com a capacidade sensorial, de que o ser disponha”.

O Prof. Langeluddeke (1972), Titular da cadeira de Psiquiatria da Faculdade de Hamburgo, examinando o problema da perturbação da consciência durante uma emoção violenta, assim se manifesta:

“El problema tiene que ser examinado caso por caso. Quizá ayuden algo las reflexiones siguientes. La consciencia humana es en su naturaleza algo distinto de la dos animales. Con toda certeza está ligada a la función del tronco-encéfalo (Stammhirn), que suele alterarse especialmente en las commociones cerebrales, pero tiene también componentes, si nos podemos expresar así, que proceden del resto del cerebro (Groshirn). Así, la capacidad de autodomínio, la autoconciencia, ha de considerarse como el resultado de una acción conjunta de todas as las partes cerebrales. Si esta actuación conjunta de todas las partes celebrales. Si esta actuación conjunta se altera por la pasión, también se altera la consciencia y ya no podemos “percibir y apercebir en la forma usual en nosotros” (46-Tassig, ob. cit.), no tenemos la posibilidad de conducirnos como lo haríamos en circunstancias normales. Podemos muy bien hablar de un transtorno de la mente en tales casos, quando se trata de pasiones muy intensas, incluso respecto de personas normales.”

Embora sem oferecer uma sintética conceituação da emoção, Di Tulio (1966) descreve o fenômeno com propriedade, principalmente no que diz respeito à sua intensidade:

“Siempre a propósito de la influencia de las perturbaciones afectivas y, especialmente, de los estados emotivos e pasionales, en la genesis de la criminalidad, es oportuno recordar que, cuando alcanzan mas alto grado de

intensidad, pueden provocar fenómenos de alteraciones y de disgregaciones psíquicas, que se desarrollan también bajo la forma de desórdenes ideativos, más o menos graves, capaces de favorecer las suas diversas formas de interpretación errónea sub-delirantes y delirantes, quem frecuentemente, adquieren una gran importancia en la genesis de muchas actividades criminales.”

Pelas opiniões aqui referidas, verifica-se que, embora haja acordo no sentido de se situar a emoção no campo da afetividade, discrepantes são as conclusões quanto à sua intensidade, isto é, quanto à possibilidade de afetar, ou não, a capacidade de raciocínio, durante sua curta fase de duração, quando for ela acentuada.

3. Gênese

Ao examinar a motivação que leva o indivíduo à prática de atos considerados criminosos, Mira y Lopez (1947) divide-a em dois aspectos: endógena e exógena.

Explicando o aspecto endógeno, que se baseia principalmente no equipamento congênito de cada indivíduo, esclarece o acreditado autor:

“O indivíduo ao nascer contém em si todas as tendências delituosas, visto que procura satisfazer suas necessidades vitais sem ter em conta absolutamente o prejuízo que isso possa ocasionar ao meio que o rodeia. Somente a lenta e penosa ação coercitiva da educação o irá ensinando que sua conduta resultará sempre de um compromisso, de uma transação, entre a satisfação de **suas** necessidades e a dos **demais**.”

E, mais adiante:

“Esta aprendizagem depende, como é natural, de vários fatores: o meio em que se realiza, a técnica de ensinamento, a capacidade discriminativa do indivíduo, a força ou interesse de seus instintos, etc., para não citar senão alguns.”

Finalmente, conclui:

“Pois bem, em todo indivíduo no qual tal aprendizagem foi insuficiente, por qualquer das causas que depois analizaremos, está destinado à delinquências; neste caso, o delito terá lugar fatalmente quando a energia da tendência à ação transborde os limites compatíveis com sua satisfação ou descarga **social**; então, como um rio que transbordou, o indivíduo entrará no campo da ação **anti-social**, isto é, da ação delituosa e, uma vez nele, será difícil voltar ao seu leito.”

As tendências instintivas de reação, segundo o Mestre de Barcelona, são motivadas pela necessidade de conservar a vida individual ou de conservar a vida em espécie.

No primeiro caso, visa aumentar o domínio dos bens (tendência de posse ou aquisição) ou de repelir as influências prejudiciais (tendências defensiva ou destruidora) e no último, busca conseguir o objeto sexual desejado ou desprendendo-se ou destruindo o que se opõe à finalidade anterior.

Assim, os delitos de violência e de sangue, ligar-se-iam à necessidade de conservar a vida individual, repelindo as influências que por ele fossem consideradas prejudiciais.

A cólera e o medo seriam as forças que impeliriam os indivíduos aos delitos de violência e de sangue, quando entre o **sentimento** e a **ação** não se interpusesse o processo de **sublimação**, capaz de neutralizar — ou, pelo menos, amenizar — a exploração instintiva.

Nestas condições, assevera Mira y Lopez (1947), “deve-se buscar a origem de todos os delitos na natureza profundamente anti-social (egoísta) das tendências congênicas do homem, em virtude das quais todos nós delinquiríamos, se não fosse porque a educação e as sanções penais nos criam um freio, interno a primeira e externo às segundas, para dominar aquelas”.

Assim, as emoções incontroladas nada mais seriam que o fruto do desequilíbrio entre os mecanismos instintivos e os de inibição, com a prevalência daqueles sobre eles. Em tais situações, parece-nos, não teria o agente forças suficientes para conter sua impulsividade, quando um estímulo externo a fizesse aflorar. A explosão emocional daí resultante, seria, certamente, relacionada com a intensidade do estímulo que a provocasse, isto é, quanto mais forte o estímulo, tanto mais violenta a emoção desencadeada.

Simonin (1962), Professor da Universidade de Estrasburgo, refere-se à emoção como “el shock emocional, unico y violento, llamado también trauma psíquico, es asimilable a un traumatismo porque las reacciones que desencadena son comparables a la de los síndromes de irritación de Reilly, o de adaptación de Selye. Estan considerados como shocks emocionales, un disgusto súbito y violento, un pavor intenso, una gran alegría repentina, un altercado accidentado, etc.”.

E, a seguir, na mesma linha de raciocínio de Mira y Lopez, isto é, admitindo que a eclosão das emoções tem grande contingente de causas endógenas, assevera:

“El traumatismo moral es asimilado a una violencia si engendra manifestaciones nerviosas funcionales, fisiopáticas o psicopáticas, con o sin participación de una predisposición individual. Al lado de su acción neuropsíquica, la emoción-shock puede tener afectos circulatorios, endocrinos y hasta orgánicos (icteria emotiva).”

Depois de definir a emoção como um fenômeno psíquico decorrente de um estímulo externo, Di Tulio (1966) explica as suas causas:

“Tratando ahora de explicar tales fenómenos, basándonos en las más recientes ideas de fisiología e de fisiopatología del sistema nervioso, puede pensarse que estan ligadas, ante todo, a un proceso de profunda disociación entre cerebro basal y cortical, esto es, de total liberación de los centros nerviosos basales respecto a los corticales en los que se encuentran, notoriamente, las fuerzas inhibitorias y los fenómenos de la autoconciencia y de la libre determinación volitiva. Tales procesos de profunda disociación entre cerebro cortical y subcortical podrían explicar el mecanismo de desarrollo de estos graves fenómenos de furia sanguinaria, de inaudita violencia, de descarga ciclónica, de explosión vulcánica, que se encuentran en las formas de graves delitos contra las personas, por cuyo efecto van mucho más allá de toda intención y de todo valor utilitario.”

Partindo do pressuposto de que a capacidade de auto-domínio é uma resultante da ação conjunta de todas as partes cerebrais, que devem funcionar

harmonicamente, Langeluddeke (1972) — esclarece as causas das emoções, que tanto perturbam a afetividade;

“De esta relativa harmonia de nuestra vida afectiva se destacan ahora los movimientos mas fuertes que denominamos “emociones”, Éstas pueden, bien llegar de una vez completamente, a su mayor intensidad, como la ira y la cólera, bien ir creciendo gradualmente, como la amargura la pesadumbre, la angustia o la alegría. Se trata en todas ellas de una complicada conformación, que de acuerdo con su naturaleza contienen como elementos esenciales sentimientos de agrados o de disgustos, pero en los cuales también han tomado parte factores de estimulación y de depresión, de tensión de distensión. Desde el punto de vista forense, tiene una especial importancia el componente estimulante. Todas estas emociones no surgen nunca por si mismas, siempre van unidas a un determinado contenido, una percepción, una representación, una experiencia.”

Arrematando, enfatiza Langeluddeke, que “las pasiones e las emociones vacias de contenido son una abstracción”, assertiva que a vivência social se encarregou de comprovar.

Numa evidente demonstração de que a gênese da emoção, bem como o processo de seu desenvolvimento não é assunto que tenha recebido dos estudiosos uma opinião unânime, encontremos inúmeras teorias que procuram explicar os fenômenos emocionais através das mais diversas formas.

Em seu Manual, Belford Roxo (1938), após esclarecer que a emoção “consiste essencialmente num movimento dos neurôneos sensitivos centrais, provocado por uma excitação que no momento vem da periferia, ou se forma ou é relembrada no próprio centro sensorial”, enumera as teorias mais conhecidas que, como ele próprio informa, “se agrupam em duas grandes syntheses: a dos que pensam que os phenomenos somáticos precedem os psychicos e a dos que pensam que estes antecedem aquellos. A primeira concepção é a de James e Lange, a segunda é a de Baldwin: Na primeira, se diz que o agente chora, e, por isso, fica triste, e, na segunda, se afirma que há à tristeza e, depois, se chora”.

Como se observa, frontalmente divergentes, em seus fundamentos básicos, são as orientações que buscam explicar a etiologia desse fenômeno.

Sintetizando os fundamentos das principais teorias, Belford Roxo (1938) a elas assim se refere:

“A **theoria sentimental**, de que é partidário Dugald-Steward, diz que tudo deriva do sofrimento moral e pouco esmuaça.

A **intellectual**, de Herbart, diz que as idéas acarretam sugestões, que vão trazer o abalo essencial da emoção.

A **theoria visceral**, de Lange e James, diz que as perturbações vasomotoras, respiratórias, somáticas, em uma palavra, são percebidas e acarretam a emoção. É o caso do indivíduo que se sente triste, por isso que está chorando.

A **theoria instintiva**, de Stanley, dá grande importância à reação motora que se exterioriza como atos automáticos de violência, como na cólera, a qual vai provocar a emoção. Neste caso, o indivíduo reage e sente depois de ter reagido.

A **theoria dinamica**, de Janet, explica-a como uma depressão da tensão psychologica, que acarreta uma derivação provocada pela insuficiência da adaptação, e dos esforços a removê-la. Dá-se, por conseguinte, um esco-

mento de energia que se traduz por uma reação intempestiva e que testemunha a insuficiência do **poder phrenador cerebral.**”

Ao final, manifesta-se Belford Roxo quanto ao problema, preferindo dar adesão ao grupo das teorias que tem por base o entendimento de que os fenômenos psíquicos procedem aos somáticos, concordando, pois, com o pensamento de Baldwin.

O estudo da afetividade, apesar de sua complexidade — ou, talvez, por decorrência dela — já há muito vem sendo objeto de pesquisa, conhecendo-se, segundo o citado Belford Roxo, inúmeros testes que tentam detectá-la e aferi-la.

Dentre eles, destaca o mencionado autor, o seguinte:

1. Teste de Mira y Lopez — Prova dos doadores de sangue, onde se simula a necessidade de uma doação urgente, podendo o doador optar pela escolha do beneficiário, e, em razão de sua opção, avalia-se sua afetividade.

2. Teste de Freemman, em que se analisam as modificações do registro psico-galvânico.

3. Teste de Helga End, em que se examinam o registro de variações pleitmográficas durante a emoção que se provoca.

4. Teste de Woodworth, que consta de uma série de perguntas referentes a situações afetivas, seguidas da avaliação da qualidade das respostas.

5. Teste de Neymann e Kohistedt, que consiste em 50 perguntas, cujas respostas são usadas para verificação da introversão e extroversão, apreciando-se o estado afetivo.

6. Teste de Rohrschach, que representa um psicodiagnóstico. É feito através de 10 lâminas (umas com duas tintas e outra de cores) que contêm diversas manchas, cuja forma se trata de interpretar e em que se aprecia o tom afetivo.

7. Teste de May e Hars, em que são apreciadas as opiniões sociais a respeito da atividade do indivíduo.

O assunto, tão controvertido como se demonstrou, é de capital importância, não apenas no campo da Psiquiatria e Psicologia Gerais, como no Direito Penal.

Leonídio Ribeiro (1942), embora admitindo a possibilidade da perda da consciência em razão de uma violenta emoção, ressalta a dificuldade da aferição de sua intensidade, principalmente *a posteriori*:

“Certamente, a emoção pode acarretar a perda ou a diminuição da consciência, mas a prova disso é, em muitos casos, quase impossível. Os indícios pesquisáveis nos agentes, sobretudo para o lado da memória, assim como o depoimento de testemunhas ocasionais, são enganadores.”

Face, pois, às divergências doutrinárias, quer no campo jurídico, quer no setor da Medicina ou na órbita da Psicologia, especialmente no que diz respeito à etiologia do fenômeno emotivo, bem como às dificuldades de sua constatação e avaliação de intensidade, intranquã, pelo menos, será qualquer posição que se adota em relação ao problema.

4. Posição no Código de 1940

Desde a vigência do Código Penal de 1940, nosso terceiro ordenamento jurídico de Direito Penal substantivo, a emoção, antes admitida como causa

de imputabilidade, desde que levasse o agente, durante a prática do ato típico, à completa perturbação de sentidos e inteligência (art. 27, do CP de 1890), foi situada em posição bem menos expressiva.

Deixou, face ao art. 24 do Código de 1940, de ser considerada causa capaz de elidir a responsabilidade, para se transformar em mera circunstância atenuante da pena.

Quando violenta e motivadora de reação, logo em seguida a injusta aprovação da vítima, tendo o agente agido sob o seu domínio, pode a emoção permitir uma redução de um sexto a um terço da pena, tanto no homicídio como na tentativa de homicídio ou lesões corporais (art. 121, § 1.º e 129, § 4.º).

Quando, entretanto, não tão intensa, mas, apesar disso, tenha influenciado no ânimo do agente, sendo provocada por ato injusto da vítima, representará ela uma possibilidade de diminuição da pena (art. 48, IV, "c").

Esta mudança de orientação recebeu, de alguns juristas, principalmente de Hungria e Narcélio de Queiroz, colaboradores na feitura do novo ordenamento jurídico-penal, considerações que apresentam como fundamentos da medida:

- a. razões de política criminal
- b. aplicação da teoria da *actio libera in causa*
- c. comprovação científica da possibilidade de contenção da emoção, na sua fase incoativa.

Apreciaremos, a seguir, tais fundamentos, a verificar sua procedência.

4.1 Como resultante de política criminal

Como justificativa para a adoção da nova orientação, que informou o posicionamento da emoção no direito penal brasileiro, impedindo que ela funcionasse como causa excludente de imputabilidade e reduzindo-a a simples atenuante, invocam-se, dentre outras, razões de política criminal.

Segundo Manzini (1948), política criminal "es el estudio de las posibilidades y de las oportunidades legislativas presentes, para promover la formación de normas penales adecuadas al fin.

La misma indaga si el derecho vigente puede considerarse suficiente e idóneo en relación al interés preventivo e represivo de la delincuencia, teniendo en cuenta las exigencias presentes de la sociedad y del espíritu del Estado al cual aquél derecho se refiere.

Su función es, por consiguiente, vitalísima para el derecho penal, porque si éste prescindiese de la realidad que se puede alcanzar, esto es, de la posibilidad política, se convertiría en un catálogo de utopías o de antiguallas".

E, quanto à possibilidade de sua aplicação no Direito Penal, completa:

"Sobre el derecho penal vigente la misma ejercita una investigación crítica acerca de la conformidad de las normas a los principios fundamentales del Estado, la adecuación e idoneidad de las penas, los defectos y las faltas de certeza sustanciales de las normas, las tendencias de la jurisprudencia y de la ciencia, los medios con los cuales el Estado provee a actuar el derecho, y, mediante la elaboración de las observaciones así recogidas, indica cuales sean las reformas que deban introducirse en la ley, y cuales los medios que deban utilizarse en la lucha contra delincuencia, dentro de los límites de la posibilidad política."

O Direito é, simultaneamente, **processo e produto de cultura**, pois é através dele, da elaboração de normas sociais obrigatórias de conduta, que obtemos um comportamento social que possibilite não só a sobrevivência humana como o seu desenvolvimento intelectual e moral.

Mas, como o Direito deve estar em consonância com os conceitos dominantes no grupo social que representa, deverá sintetizar, conseqüentemente, o grande aperfeiçoamento cultural desse mesmo grupo.

O Direito deve conter as normas que forem consideradas úteis e oportunas, para o aperfeiçoamento moral e material do grupo social a que se destina, evitando-se, entretanto, uma oposição aos conceitos sócio-político-culturais predominantes à época de sua vigência.

A evolução cultural da Humanidade recomenda que, periodicamente, sejam as normas jurídicas readaptadas às situações surgidas, aos progressos científicos e às novas concepções da vida. No que concerne ao Direito Penal é a política criminal que traça as diretrizes a serem seguidas nessas alterações, observadas, evidentemente, as técnicas recomendadas e tendo em vista a conveniência social de tais transformações.

“Os fatores culturais, diz Flóscolo da Nóbrega (1968), as descobertas e as invenções científicas, as realizações da técnica, o progresso industrial, as mutações na área política, são as grandes forças de criação e transformação das instituições jurídicas. A sua importância cresce à medida que o homem se vai libertando da natureza e integrando-se cada vez mais no meio artificial criado pela cultura, de modo que toda ação de um desencadeia reações no outro. As necessidades vitais criam a cultura, que, uma vez criada, adquire vida autônoma e passa a reagir sobre a vida, fazendo surgir novas necessidades, novas valorações, novas atitudes e padrões de existência.”

Ao excluir do Código a possibilidade da admissão de uma excludente de pena, em razão da privação de sentido e de inteligência, onde se incluiria a emoção violenta, capaz de alterar o psiquismo do agente, no momento da prática do fato, nosso direito objetivo vigente fê-lo, indisfarçadamente, por razões de política criminal.

A posição adotada, que o Ministro Francisco Campos denomina, em sua “Exposição de Motivos”, de “cautelosa” foi ditada, sem dúvida, pela reação às decisões do Júri, que, em vários casos, conferiu absolvições que foram taxadas por muitos de abusivas.

Acionando, pois, as razões de política criminal, que Bandeira de Melo (1970) define como “a determinação e o estudo dos meios ou remédios adotáveis pelo Estado para prevenir eficazmente o maior número possível de crimes”, o Código de 1940 restringiu a imputabilidade aos doentes e deficientes mentais que, em razão dessas anomalias, se vissem privados da capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de se determinarem de acordo com esse entendimento.

Não foram poucas as críticas ao Júri, pela adoção de uma decisão absolutória, em casos de crimes passionais ou emocionais, sob a égide da inimputabilidade, decorrentes desses estados.

Correa de Araújo (1932), Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, depois de afirmar que “As sentenças disparatadas com que o Júri constantemente absolve criminosos responsáveis, em detrimento da

defesa social e da segurança coletiva, tem sido uma calamidade”, acaba por concluir:

“Basta salientar as questões que se prendem às causas dirimentes da imputabilidade criminal, previstas no art. 27, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 7.º do Código Penal, graves problemas, cuja integral solução a lei deixou à falida competência do Juiz popular, para se verificar que se impõe uma **reforma radical, em que se subtraia à competência do Júri leigo, o conhecimento e decisão** de casos que reclamam conhecimentos, não só de princípios jurídicos, mas, também, de Medicina Legal e **Psiquiatria Forense**. E não são poucos os abusos que d’ahi têm defluído” (grifos nossos).

Como se nota, o eminente magistrado **não se opunha à tese de se incluir, ou não, a emoção no rol das causas de** inimputabilidade, mas, pura e simplesmente, se manifestava no sentido de considerar o Júri, pela sua deficiente composição, como inabilitado para decidir assunto de tamanha complexidade. Sua investida era **contra o Tribunal Popular e não contra a orientação que o Código de 1890 representava**.

Hungria (1958), ao afirmar que, “declarando-se responsáveis os criminosos emocionais ou passionais, cria-se, com a ameaça da pena, um motivo antitético que, transfundido na consciência individual, se alia às forças inibitórias ou repressivas da agitação fisiopsíquica”, demonstra, iniludivelmente, ter sido a política criminal, adotada pelo Código de 1940 — informada pela severidade que o regime ditatorial recém-instalado adotara no Direito Penal — a grande inspiradora da nova orientação.

Por sua vez, entende Basileu Garcia (1959) que “A paixão sempre foi explorada durante a vigência do antigo Código Penal, como escapatória de delinquentes. Criminosos temíveis logravam eximir-se a merecidas sanções, inculcando-se perturbados nas suas faculdades psíquicas por uma obsessão passional”. Chega a citar Cogliolo, segundo o qual incluir a paixão entre as causas de exclusão de pena seria o mesmo que proclamar a bancarrota do mecanismo repressivo, porque sem paixão não existe crime.

No mesmo diapasão, Noronha (1971), de forma incisiva, entende que “a posição do Código é antes ditada por motivos de política criminal. Foi sob a impressão deixada pela famigerada perturbação de sentidos e de inteligência que nosso legislador se orientou”.

Corroborando esse ponto de vista, encontraremos, em inúmeros autores, a referência de que o vigente art. 24 do Código de 1940 inspirou-se no Código de Mussolini, que, no seu art. 90, prescrevia: “Os estados emotivos ou passionais não excluem nem diminuem a imputabilidade.”

Embora não tão rigoroso quanto o ordenamento jurídico-penal fascista, o nosso, que também representava uma forma totalitária de governo, teve por paradigma a legislação italiana.

A civilização, com a superpopulação e o crescimento — geralmente desordenado — dos grandes centros, muito contribuíram para o aumento da criminalidade. Vários governos passaram a adotar uma política criminal mais severa, numa tentativa de diminuir os índices sempre crescentes de criminalidade.

Disso nos dá notícia Lopez-Rey (1971), ao afirmar “que, de modo geral, a criminologia e a justiça criminal contemporâneas ‘falharam em atender as necessidades criminológicas de nosso tempo’, acabando por reconhecer que, presentemente, ‘em muitos casos, os governos estão fazendo esforços sinceros

para reduzir o crime embora, quase invariavelmente, de acordo com inadequadas concepções penais e criminológicas. Estas, grosseiramente falando, se movem entre dois extremos, um constituído pelo aumento no rigor das já severas penalidades e o outro pelo tratamento dispensado aos delinquentes através dos chamados métodos progressivos, que, em certos casos, já podem ser interpretados como política criminal permissiva ou exculpatória”.

Aliás, ao adotar o princípio do livre convencimento do Juiz, deu-lhe o Código ampla liberdade de aceitá-la ou não, de modo que as eventuais dificuldades na obtenção de certeza por qualquer meio de prova não devem ter o condão de estabelecer, aprioristicamente, uma presunção legal definitiva, seja em que sentido for.

Ressalte-se, na oportunidade, que as afirmações feitas, por vários autores, com respeito às “absoluções escandalosas”, carecem de comprovação estatística, que deve ser o supedâneo de uma bem orientada política criminal, para uma tomada de posição. A ojeriza, revelada por vários de nossos juristas contra o Júri, pode, perfeitamente, explicar a posição por eles assumida em relação ao problema de ser a emoção apreciada pelo Tribunal Popular. Isto, inevitavelmente, afastaria a grande razão invocada para a adoção da nova política.

Se, com a nova posição **aumentaram ou diminuiram** proporcionalmente os crimes **cometidos em estado passional ou emocional**, comprovando, sob esse ângulo, o acerto ou desacerto da medida, **inexistem elementos que o demonstrem**.

Dessa forma, dando ao ato criminoso, de quem age sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o caráter de mera atenuante, o Código impediu, expressamente, que se desse a essa situação, maior relevância jurídica. Nada obstante, é ela, no campo da psicologia, assunto da mais alta relevância, pois é inegável que a emoção — no seu aspecto de agressividade — é traço marcante da personalidade humana, capaz de elevar ou degradar o homem, conforme o estímulo que a desencadeia.

Essa medida, embora aplicada a um povo que, por tradição, possui um temperamento transbordante de emotividade, pode ser considerada aceitável, em razão do entendimento — mais ou menos generalizado — de que a severidade das leis conduz a uma intimidação mais eficaz.

4.2 Como decorrência da teoria da *actio libera in causa*

Ao comentar a radical modificação introduzida em nosso direito penal positivo pelo Código Penal de 1940, no que diz respeito à emoção e à paixão, Hungria (1938) admite que “a emoção (ou a paixão explosiva), quando atinge o seu auge, reduz quase totalmente a *vis electiva* em face dos motivos e a possibilidade de autogoverno”.

“É fora de dúvida, porém, prossegue o eminente jurista, que na sua fase incoativa, o *processus* da emoção (ou da paixão violenta) pode ser interrompido. Nessa fase, ainda é possível a interferência da **autocrítica**, e o indivíduo pode conservar-se “dentro de si” ou como diz James, deixar de exprimir a emoção, contando até dez ou modulando um assobio. Antes do momento agudo da **descarga** ou *raptus* emocional, há um decisivo instante em que ainda se pode obedecer ao influxo da atividade psíquica frenadora...”.

Finalmente, conclui Hungria:

“No momento inicial da emoção, portanto, não se eclipsa o relativo poder de seleção entre os motivos que solicitam a vontade, isto é, não desaparece a condição de responsabilidade penal. Se o indivíduo se deixa **empolgar** pela emoção ou paixão violenta e vai até o crime, este se apresenta como uma *actio libera in causa*”.

Invoca, pois, o celebrado comentarista, para justificar a posição do Código de 1940, no que respeita à emoção e à paixão, a conhecida teoria da *actio libera in causa*, surgida inicialmente na Alemanha e que, depois de adotada na Itália, foi transplantada para nosso Direito Penal.

É sabido que esse ramo do Direito exige, para que uma ação seja punível, que o agente, no momento de praticá-la, se encontre em situação de imputabilidade, isto é, com a plena capacidade intelectual e volitiva.

A teoria das chamadas *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*, entretanto, abre uma exceção a essa regra, permitindo que o agente seja punido, ainda que em estado de imputabilidade por ocasião da prática do fato, quando tenha chegado a essa situação voluntariamente.

“A experiência mostra, porém, explica Bettiol (1970), que, com freqüência, a realização de um fato pode ser referida a um sujeito que agiu em estado de incapacidade de entender ou de querer, quando o indivíduo se haja colocado voluntariamente nesse estado de incapacidade. Aquele que se embriaga ou cheira uma substância estupefaciente, **quer**, indubitavelmente, colocar-se em estado de incapacidade; por isso, se nesse estado comete um crime, não se pode dizer que, em princípio, ele não possa ser chamado a responder por esse crime. Toda a tradição dos moralistas é no sentido de admitir que o bêbado deve responder, não só pela embriaguez, mas também por qualquer acto ilícito que pratique no estado de embriaguez.

Na verdade, se o facto não pode dizer-se livremente perpetrado, no momento de sua realização, é, no entanto, sempre verdade que ele está ligado a um acto livre e portanto livre *in causa*, visto que estava no poder do sujeito colocar-se ou não em estado de incapacidade. A responsabilidade pelo fato cometido quando não era livre, depende sempre daquele nexos causal que liga o facto a um anterior estado de liberdade, do qual o sujeito activo saiu livremente.”

Assim, teoricamente, é possível admitir-se, como o esclarece Marques (1965), “uma ação positiva ou uma conduta omissiva, e também uma ação ou omissão culposas, ou ação ou omissão dolosas. Culposa ou dolosa, omissiva ou comissiva, a ação inicial deve subjetivamente ligar-se ao evento ou à conduta delituosa praticada posteriormente”.

No direito italiano, entretanto, conforme prescreve o art. 87 de seu Código Penal, tal não é possível. Esse dispositivo limitou os casos em que tem aplicação a teoria mencionada aos em que o resultado tenha sido querido pelo agente.

A respeito, manifesta-se, ainda, Bettiol:

“Se, sob o aspecto teórico, tudo isto é indubitavelmente verdadeiro, não se deve, porém, esquecer que o Código quis limitar a responsabilidade pelas *actiones liberae in causa* aos casos em que o evento tenha sido casualmente querido pelo sujeito ativo. Deve tratar-se de um crime doloso. O agente deve,

por conseguinte, ter-se colocado em estado de incapacidade 'com o fim de cometer o crime ou de preparar uma escusa para ele'. Não basta, portanto, uma previsão incerta da possibilidade de incapacidade para responder pelo mesmo crime querido na causa, mas é necessário que o evento tenha sido previsto e querido; é preciso que a incapacidade seja preordenada com o fim de cometer um crime."

Entretanto, ao adotar a teoria e transplantá-la para o nosso direito positivo, o legislador de 1940 ampliou-a extraordinariamente, para aplicá-la aos casos de embriaguez.

Em sua Exposição de Motivos, esclarece o Min. Francisco Campos: "Ao resolver o problema da **embriaguez** (pelo álcool ou substância de efeitos análogos) do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda sua plenitude a teoria da *actio libera in causa sive ad libertatem relatae*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência **preordenada**, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência."

Contra essa ampliação, colocam-se vários autores, dentre os quais Noronha (1971), que, a propósito, assim se expressa:

"A citada teoria tem plena aplicação na **embriaguez preordenada**, pois fora disto, é negar a realidade que o indivíduo ao se embriagar, não quer cometer crime algum, não tem intenção de praticar qualquer delito e, só em determinadas circunstâncias, poderá ter culpa (*stricto sensu*) relativamente ao crime que venha a cometer. Ao revés, a doutrina *das actiones liberae in causa* exige que a pessoa, livre no momento antecedente, tenha dolo ou culpa em relação ao crime que praticará.

Não se pode, em nome dessa teoria, responsabilizar alguém pelo só fato de poder **genericamente** delinquir, pois é preciso acentuar que, quando, na citada teoria, se fala em dolo ou culpa em relação ao crime que se segue, é sempre **certo e determinado** delito."

Concluindo seu entendimento, Noronha argumenta que o legislador "criou um caso de imputabilidade *ex-vi legis*. Trata-se de ficção jurídica. Consagrou-se a responsabilidade objetiva, rejeitada pelas leis, repudiada pela doutrina e várias vezes impugnada pela Comissão Revisora".

Refutando, mais uma vez, argumento de Hungria de que, no caso da embriaguez, o agente responderá por dolo ou culpa devido à atitude de **residual vontade** existente quando naquele estado Noronha (1971) arremata:

"Se assim é, não sabemos porque invocar-se a teoria da *actio libera in causa*. Se o ébrio pode agir com dolo ou culpa, **a esse título será responsabilizado**, sem ser necessário qualquer incursão nos domínios da citada teoria."

"Basileu Garcia (1959) considera verdadeiramente *draconiano* o sistema adotado pelo Código de 1940.

"Não percebemos, diz o acatado autor, o nexo de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente. O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo — admita-se — supõe que vai embriagar-se. Entretanto, embriaga-se totalmente e pratica lesões corporais num amigo. Parece-nos um exagero dizer que ele procedeu como dolo mediante aplicação do princípio regulador das *actiones liberae in causa*.

O que há na hipótese é, pura e simplesmente, um caso de responsabilidade objetiva — responsabilidade excepcionalmente sem culpabilidade, ou, pelo menos, sem aquele grau de culpabilidade tido como relevante no sistema jurídico — responsabilidade objetiva que os autores do Código de 1940 não querem, de forma alguma, confessar ter acolhido.”

Note-se, por oportuno, que Noronha, Fragoso, Garcia, Galdino Siqueira, Bento de Faria, Jorge Severiano, Vicente Sabino, Vergara, Bruno e outros, nem sequer cogitam da aplicação da teoria da *actio libera in causa* à emoção ou paixão.

Todos os autores mencionados vinculam dita teoria ao problema da embriaguez, a exemplo da própria “Exposição de Motivos”, sem estabelecer qualquer liame entre as manifestações de afetividade e a discutida teoria.

Bruno (1967) chega a manifestar-se, expressamente, repudiando essa possibilidade:

“Com muito menos razão, ainda do que em relação à embriaguez voluntária ou culposa, se aplicaria à emoção o princípio da *actio libera in causa*. Ninguém procura, voluntária ou culposamente, entrar em estado emocional. Não é possível equiparar esse estado de inimputabilidade provocada dolosa ou imprudentemente pelo sujeito para a prática de um crime ou prevenido ou devendo prever a prática de um crime.”

A única referência por nós encontrada à teoria da *actio libera in causa* fora da embriaguez, além de Hungria e Narcélio de Queiroz, foi de Bandeira de Melo (1962), com respeito à **paixão**, quando classifica em dois grupos as principais ações livres na causa. São eles:

1. As infrações penais cometidas em estado de embriaguez pró-ordenada, eventualmente dolosa ou culposa;
2. As infrações penais cometidas em um transporte de paixão que o agente **alimentou e incrementou, dolosa ou culposamente**, em si mesmo.”

Entretanto, nada esclarece o eminente professor com respeito a essa dolosa ou culposa forma de alimentar e incrementar paixão em si mesmo.

Um dos autores que mais aprofundaram no estudo das *actiones liberae in causa* foi inquestionavelmente Narcélio de Queiroz (1936), colaborador na feitura do Código de 1940, que entende:

“Se o delito resultou de um estado emocional que podia ter sido evitado e só foi possível pela falta de disciplina do agente, da ausência de *self-control* não pode haver dúvida de que o ato por ele praticado possa ser, de **certa maneira**, considerado como voluntário na sua causa. E a punição dos crimes assim praticados, num estado de perturbação emocional, deve encontrar a sua justificação, não na chamada responsabilidade objetiva, ou legal, mas na teoria da *actio libera in causa*”.

Abordando especificamente o assunto, em artigo em que se nota o interesse do autor no estudo da emoção, Hungria (1951) volta a se manifestar, apoiando a posição adotada pelo Código, com base na teoria mencionada:

“Salvo nos casos de reação instintiva e imediata, ou reflexa, a um inopinado estímulo físico, precede sempre à emoção, ainda que breve, um **estado de consciência** permeável ao jogo dos estímulos e contra-estímulos.

Sendo assim, se o indivíduo não se cofbe *ab initio*, permitindo que a emoção passe de brasa a incêndio, para atingir seu clímax de agitação psicomotora e descarregar na reação criminosa, não é despropósito que sua responsabilidade seja referida no momento em que podia ter impedido o *crescendo* do estado emocional. Seu crime é uma *actio libera in causa*. Sua responsabilidade é idêntica e até mais evidente que a do indivíduo que comete crime em voluntário estado de embriaguez. Desde que deixou de atalhar a empolgadura da emoção, quando podia fazê-lo, voluntariamente, se entregou ao desvario, não só prevendo como querendo, ou aprovando *ex ante* a reação anti-social que em tal estado veio a praticar."

Após referir-se à contribuição que a Psicologia oferece para a solução do assunto, refuta, com remarcado ressentimento, as críticas apresentadas por outros juristas, com respeito à teoria da *actio libera in causa*, como justificativa da exclusão da emoção do rol das circunstâncias geradoras de isenção de pena e arremata:

"Não faltam, é certo, ao nosso Código, azedos censores que, assumindo o ar de suficiência dos que julgam possuir a chave de todos os mistérios e segredos, impugnam o raciocínio com que nós, juristas, construímos a teoria das *actiones liberae in causa sed ad libertatem relatae* e a aplicamos ao delinqüente por emoção; mas, desde que se reflita sobre a extrema e inextricável complexidade do psiquismo, que é ainda quase incógnita, é bem de ver que orça pela charlatanice a crítica desses boateiros de ciência elaborada sobre probabilidades e presunções. Ainda que fosse artificialismo, a teoria da *actio libera in causa* nos casos dos delinqüentes por ímpeto emotivo, qual a segurança que nos dão aos psicólogos especialistas a respeito do que inculcam? Se eles gravitam em torno de uma hipotética recrudescência emotiva em razão de descargas de tiroidina ou golfadas de adrenalina, por que nos seria vedado, a nós, juristas, formular as nossas teorias, ainda que sobre base empírica? 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 da vezes quando a vítima se encontra à sua mercê ou incapaz de reação defensiva?"

Ousamos, entretanto, discordar dos ilustres e cultos co-autores do Código de 1940, quando pretendem justificar a solução dada por aquele ordenamento ao problema da emoção, com a aplicação da teoria da *actio libera in causa*.

Se razões de política criminal são suficientes para justificar a medida — e isto é aceitável — desnecessário seria que outras razões ou motivos fossem invocados com a mesma finalidade. É verdade que nada impede que co-existam fundamentos de ordem social e jurídica, capazes de justificar determinadas medidas de caráter legislativo. Entretanto, ainda que aceitando a primeira delas, não se está obrigado, automaticamente, a acatar passivamente a última.

Para se enquadrar uma ação criminosa, praticada sob o influxo da emoção, como crime doloso, dentro da teoria da *actio libera in causa*, seríamos forçados a admitir que o agente, propositadamente, tivesse se

emocionado para a prática do crime, ou, então, que ele, mesmo em estado de perturbação emocional, tivesse uma vontade residual, pela qual devesse responder.

Na primeira hipótese — emoção provocada com a finalidade de delinquir — o fato nos parece impraticável, mesmo porque, segundo a teoria predominante sobre o *processus* da emoção, entende-se que ela tem seu início num estímulo externo.

No que concerne à última hipótese — existência de uma vontade residual durante o *raptus* emocional — não poderíamos negar-lhe, pelo menos, certa tibieza, e, nestas condições, sua capacidade intelectual e volitiva estaria seriamente comprometida, impedindo uma opção serena.

No caso de culpa *strictu sensu*, seríamos compelidos a baseá-la na previsibilidade do resultado futuro, que é o seu supedâneo. E, exigir-se que um indivíduo, diante de um estímulo externo intenso, realize uma opção entre se deixar emocionar ou não, parece-nos uma irrealizável utopia.

Em ambos os casos, há que se considerar que, se a grande maioria das criaturas humanas possui uma capacidade de autocontrole bastante acentuada, um número razoavelmente reduzido dela não dispõe. Impossível se nos afigura, a esta altura dos conhecimentos científicos, negar-se a força representada pela constituição da estrutura psicológica defeituosa. Não a ponto de ser considerada patológica, mas, também, sem as qualidades presentes na maioria das criaturas normais. Ainda dentro do critério da normalidade, situam-se — por deficiências culturais e congênicas — os portadores de temperamentos mais exaltados, os super-emotivos denominados “temperamentais” e que o vulgo conhece como “estopim curto”. Estes, como é sabido, pelas deficiências que, entretanto, não chegam às raias da anormalidade, recebem, com maior intensidade, as ondas emocionais que o seu psiquismo irradia, quando submetidos a um estímulo mais eficaz.

Além das diferenças, qualitativas e quantitativas, dos estímulos, há que se considerar, ainda, que, o mesmo estímulo, atuando sobre indivíduos de temperamentos diversos, não produz, evidentemente, a mesma resposta. Isto, para não se falar das eventuais alterações do humor, a que toda criatura humana está sujeita.

Por essas razões, acreditamos que a aplicação da teoria da *actio libera in causa*, no que se refere à emoção, carece de mais sólidos fundamentos, não podendo, por isso mesmo, ser reconhecida como justificativa para a orientação que informou o enfoque do problema no nosso vigente Código Penal.

4.3 A possibilidade de controle

Um dos aspectos da mais alta relevância no equacionamento jurídico das situações criadas na vida real pela emoção que, no dizer de Mancini, representa a mais alta e a mais intensa voltagem da vida sentimental, é, sem dúvida, a possibilidade de seu controle, por uma superposição dos motivos inibidores.

Inúmeras vezes — e este é um dos casos — a dogmática jurídica, para estabelecer suas normas de direito positivo, tem que se socorrer de outras ciências, a fim de se orientar no delineamento de suas regras. Como ciência

que regula as relações humanas, não pode o Direito ignorar as circunstâncias que, pela sua influência no comportamento humano, venham a alterá-lo ou afastá-lo do balizamento que a norma jurídica procura estabelecer.

Se é verdade que a função da norma jurídica, através de um processo de intimidação geral e particular, é impedir que o homem se afaste daquela atuação considerada conveniente, menos verdade não dever ser que dito ordenamento não pode impor padrões de conduta fora do alcance dos que os devem observar.

A emoção, que estuga o passo do herói, na sua caminhada em direção à glória, também está presente nos atos dantescos que levam o celerado ao patíbulo. Inspirando os atos de desprendimento ou incentivando as demonstrações de egoísmo, esse sentimento é parte integrante do próprio "eu", inarredável na composição da personalidade e imprescindível na apreciação do caráter.

De tanto importância na vida humana é a emoção, que, sem ela, o poeta não teria inspiração, o soldado careceria de coragem, o sofredor não teria a fortaleza de espírito, que lhe alimentasse a esperança, o feliz não teria alegria de viver. Enfim, o homem não seria mais que um animal apático, viscoso e repelente, sem vibrações que lhe sacudissem o espírito e o conduzissem ao aperfeiçoamento, sem nenhuma razão mais séria para viver...

O Direito Penal busca o aperfeiçoamento moral e material da humanidade, através do estabelecimento de normas obrigatórias de conduta, que possam levar o homem a sua meta. Seu atuar condiciona-se, conseqüentemente, à possibilidade de cumprimento de suas regras, pois, se estas se distanciarem da realidade da vida, transformar-se-ão em imposições tirânicas, irrealis, inobserváveis e de utilidade duvidosa.

Como materialização do ideal de Justiça, a norma jurídica, através de sua imperatividade, deve construir para impedir as situações que possam comprometer a marcha de evolução da Humanidade. Não pode, de modo algum ignorar o Homem, com suas limitações e deficiências, de vez que a ele se destina. O Homem deve ser sempre a medida de todas as coisas.

Com a vigência do Código Penal de 1940, a emoção — que, até então, encontrava guarida na lei como excludente de responsabilidade, quando gerasse completa "privação de sentidos e de inteligência — transmutou-se em simples circunstância atenuante, face à expressa disposição do art. 24.

Na sistemática do direito anterior — onde não existiam as medidas de segurança — os réus absolvidos, por terem sido enquadrados na situação prevista no art. 27, eram, conforme possibilitava o art. 29, entregues à família ou internados em hospital para tratamento, sem tempo determinado.

Contra essa orientação, que deixava os considerados inimputáveis entregues à sua própria sorte, sem qualquer controle judiciário que procurasse resguardar a sociedade dos elementos considerados perniciosos, levantaram-se juristas, psiquiatras e psicólogos, que, *una voce*, exigiam a alteração da norma positiva que assim o permitia.

Com a reforma de 1940, nova orientação se instalou, não só na conceituação das causas de inimputabilidade, como no posicionamento de circunstâncias influentes na valoração ato típico, como, v.g., a emoção e a paixão.

Numa interpretação que, mesmo não sendo autêntica e sem possuir a força que a caracteriza, mas com a autoridade que a sua condição de

colaborador do novo ordenamento lhe concede e sua reconhecida cultura jurídica lhe empresta, Hungria (1958) fixa, inicialmente, a radical posição do Código em face da emoção:

“Por mais que acarrete a obnubilação da inteligência, ou por mais que subverta o juízo de comparação entre os estímulos e contra estímulos ou restrinja a faculdade de autogoverno, traduzindo uma verdadeira explosão afetiva, com rompimento dos liames entre a conduta e o psiquismo superior, e exprimindo-se nessa reatividade ou descarga psicomotora incontrolável, a emoção, em face do Código vigente, deixa intacta, por presunção *juris et de jure* a capacidade de direito penal. Não há contornar o preceito legal: em caso algum, pode a emoção, considerada em si mesma e com exclusão de outras causas, operar como dirimente. Desde que se não ligue a doença ou profunda deficiência mental, de que seja precisamente um sintoma, a emoção não exclui, nos casos praticados sob seu influxo, ou domínio, um agente responsável ou punível.”

Como se nota, peremptória e definitiva é a posição do Código na fixação dos limites de influência das circunstâncias capazes de gerar a inimputabilidade, dentre as quais não se inclui a emoção.

E, após se referir às incertezas e incongruências com que as divergentes teorias **intelectualista** e **periférica** procuram explicar a psicogênese da emoção, assim justifica a determinação do Código de reduzir a emoção à condição de atenuante:

“Vê-se por aí que muito pouco pode fornecer, para o estudo da emoção, a ciência de exploração do psiquismo. Em que pese a ingênua credulidade de certos juristas, que se metem a *dilettanti* da psicologia rotulada de “experimental”, não pode esta apresentar uma explicação cabal sobre a psicogênese da emoção. Continuamos, nós, juristas, pelo menos os que temos a cabeça sobre os ombros e ambos os pés firmemente sobre o globo terráqueo, a lidar tão-somente com os dados da experiência empírica. E é esta, sem contraste de qualquer ilação positiva no campo científico, que nos atesta o que particularmente nos interessa sob o ponto de vista jurídico-penal, isto é, que existe no fenômeno da emoção um estado subjetivo especial que, se no seu auge é impulsividade quase automática, **permite, entretanto, na sua fase incoativa, a interferência dos motivos da consciência**, ou dos freios inibitórios; o exercício do poder lógico no sentido de resistência à emotividade, o predomínio da inteligência experiente, a atuação normalizadora da faculdade de crítica e seleção dos motivos” (grifos nossos).

Estabelece, pois, o eminente jurista, como pressuposto da orientação do Código, a **possibilidade do agente conter a emoção que o atinge, quando esta ainda se encontra em fase inicial**, incoativa, evitando, dest’arte, venha ela a eclodir numa instintiva e sangrenta demonstração de animalidade.

E, por não reprimí-la, por permitir que sua força se avolume até obnubilar-lhe a consciência e subjugar-lhe a vontade, o homem se omite, assumindo com tal atitude, o risco de praticar desatinos, pelos quais, então, deve responder.

Com respeito ao fato de só se enquadrarem nas causas geradoras da inimputabilidade, as deficiências e as doenças mentais, vários são os estudiosos de psiquiatria e psicologia que não apóiam esta limitação.

Ingenieros (...), após referir-se àquelas que considera as duas grandes causas para que se adotasse a irresponsabilidade dos alienados — a Revolução Francesa e os trabalhos de Pinel — opina:

“Pero la extensión de la irresponsabilidad no podía limitarse a la locura. **Otros estados ponem el hombre em situación de no ser idéntico a si mismo**, haciendo actuar en disconformidad con las naturales tendencias de su caracter: la ebriedad, el hipnotismo, el **acceso de ira** o de dolor, etc” (grifos nossos).

Da mesma forma pensa Lageluddeke, ao considerar que “En casos ciertamente muy raros, tanto tratándose de psicópatas **como de personas normales, deberemos aceptar la inimputabilidad**. En tales casos han que tomarse en consideración el estado real interno e externo, la naturaleza del hecho (adecuación a la personalidad), la conducta después del hecho, el recuerdo (lagunas ou amnesia plena), los eventuales síntomas somáticos, que por lo de más son diferentes en las distintas personas.”

Ao comentar o art. 90 do Código italiano, que serviu de modelo ao nosso, Franchini (1966), Professor de Medicina Legal da Universidade de Gênova, dele discorda e assim se expressa.

“La realtà psicobiologica dimonstra il contrario: la capacità di intendere o di volere può essere fortemente compromessa in queste particolari circostanze e soprattutto negli stati passionali non é facile distinguire componente addirittura deliranti.

Non é neppure lecito confondere gli stati emotivi e passionali con una generica esaltazioni psichica.

Il fatto è che l'art. 90 del nostro Codice penale tende espressamente a proteggere la società dagli individui più pericolosi, che facilmente si abbandonano a passioni insane o, per motivo ingiustificati, all'ira o ad altre emozioni violente produttrici di delitti.

Si tratta de una ragioni di politica criminale, che non spetta a noi discutere in questa sede, **ma che contrasta con le nozioni scientifiche**. Non resta dunque che consigliare vivamente i periti di tener conto di quegli stati che solo apparentemente sono emotive e passionali ma che in realtà assumono un significato psicopatologico ben definito, sulla base soprattutto di una ideazioni morbosa.

Il discutibile disposto dell'art. 90 del **nostro Codice penale, per cui gli stati emotivi e passionali non escludono e non diminuiscono la imputabilità, porta facilmente ad interpretazioni discordanti per cui finisce conl'entrare dalla finestra quanto é tenuto fuori dallar porta.**”

Para que se possa examinar a possibilidade de controle do acesso emocional, considerando-se vontade — que Schneider (1968) afirma consistir “na possibilidade de decidir entre duas ou mais tendências distintas”, como dotada de forças suficientes para conter o desabrochar violento da agressividade instintiva, é indispensável que se atente para dois aspectos distintos: a **força do temperamento** de quem recebeu o estímulo provocador da emoção e a **intensidade desses mesmo estímulo**.

A agressividade latente que existe na criatura humana, a exemplo do que ocorre com outras qualidades positivas ou negativas, **não é encontrada sempre em quantidades iguais**. Varia em razão do temperamento de cada qual, influenciado pelo resíduo cultural que a interação humana lhe proporcionou.

Alves Bessa (1958) acentua que “a agressividade — sem objetivo — é um dado normal da personalidade, um natural anseio de afirmação do ego, de projeção no meio, de atuação social. Tem um sentido positivo e não apenas destrutivo, como pensam muitos. É uma forma de tonicidade vital, de “combatividade”, feliz expressão esta que Nava propõe para essa agressividade inadjetivada.

Assim, pois, ela não fica somente no plano orgânico, mas penetra no psiquismo compartilha do mundo humano, cultural e axiológico. Condiciona favoravelmente ou não a conduta do homem, sem fazê-la contudo necessitada. Impulsiona a criatura a atos reprováveis, como também, impregna suas ações mais nobres e sociáveis”.

E, com respeito ao **grau de agressividade** de que é dotado cada indivíduo, completa:

“Todos somos portadores de agressividade. Mas nem todos no mesmo grau. Podemos admitir que existirão os menos e mais agressivos, de tal modo que, extremado-se, alguns indivíduos sairão dessa “média” ou normalidade (esta não se opõe necessariamente a patológico) por deficiência ou por excesso de agressividade, isto é, uma atuação que poderá resultar, omissiva ou ativamente, em prejuízo da produtividade individual ou da utilidade e convivência sociais. A esse estado é que damos o nome de proclividade dissocial (aproveitando de Mira, 1948, 285 e Arrojo, 1945, 336 e outros, o primeiro termo).

O adjetivo que ajuntamos à expressão quer significar que a pessoa é ou está fora de sociabilidade mediana, habitual, comum. Pode resultar, assim, uma conduta negativa, omissiva (associal) ou atuante, comissiva, prejudicial (anti-social). Mas não significa obrigatoriamente antijurídica, delinqüencial.”

Finalmente, apresenta o eminente Professor suas conclusões, dentre as quais consideramos oportuno destacar as seguintes:

“1. A personalidade do autor está fundamentalmente relacionada ao delito, o que o torna um problema humano e impõe seja ela considerada em primeiro plano, sem descuidar dos aspectos jurídicos sociais do crime.

2. Para o estudo da personalidade, sobressaem os métodos psicológicos, que devem ser incluídos em todos os exames para apuração ou avaliação de responsabilidade.”

A **agressividade** é uma resultante do **temperamento**, e, no momento em que se examina a possibilidade de controle da emoção, é absolutamente indispensável se proceda a um relacionamento entre esses dois elementos. Na explosão emocional — quando a agressividade se revela em toda sua potencialidade — não se pode ajuizar da proporcionalidade da repulsa ao estímulo externo, sem se levar em conta não só a **intensidade** deste como o tipo de temperamento de quem reage.

Quanto maior for o estímulo, maior será a reação e quanto mais impulsivo for o temperamento, tanto mais intensa será a resposta, por decorrência da maior agressividade que o temperamento apresentar. A ira, desencadeada em consequência de um estímulo externo, representado, por exemplo, por uma injúria, uma agressão ou uma insólita provocação, será evidentemente, mais intensa, que uma gerada por uma provocação de menor porte.

Reconhecendo esses aspectos referentes ao temperamento, Leonídio Ribeiro (1942) ensina:

“Entre as causas que, mais freqüentemente, desencadeiam explosões emotivas suscetíveis de levar ao crime, estão o ciúme e a cólera. Pouco adianta indagar, em tais casos, se a explosão emotiva obedece a motivos justificáveis, ou se mantém qualquer relação com as características da personalidade. Mais importante é indagar da existência de uma debilidade mental, diz-se debilidade de inteligência, de um **temperamento sanguíneo ou irritável**, ou da ocorrência de manifestações ligadas ao álcool.”

O temperamento talvez seja o fator mais importante na avaliação da intensidade da reação, tanto assim que Cesar da Silveira (1955), recomenda que “na averiguação da emoção violenta deve o julgador atender, primacialmente, **às condições individuais do temperamento. Para determinado indivíduo, a emoção violenta pode sobrepujar a sua potência volitiva**, As contra-tensões intra-psíquicas, a par e passo que, para outro poderá, dado às circunstâncias, subpujá-lo”.

Alves Garcia, após esforço histórico referente aos estudos realizados sobre os temperamentos humanos desde Hipócrates (sanguíneo, melancólico, colérico e fleugmático), passa a analisar a tipologia de Kretschmer, que considera, “senão a mais completa até hoje aparecida, pelo menos a que tem despertado o maior interesse prático, sobretudo em psiquiatria”.

Refere-se Alves Garcia (1945), ao tipos centrais da biotipologia de Kretschmer (Pícnicos, Leptossômicos e Atléticos) a que correspondem, na faixa da normalidade, os temperamentos ciclotímicos, esquizotímicos e viscosos.

E, com respeito à subdivisão desses temperamentos e seus traços característicos, esclarece:

“SUBDIVISÃO DOS TEMPERAMENTOS, SEGUNDO KRETSCHMER

CICLOTÍMICOS:

1. **Hipomaníacos:** alegres, volúveis.
2. **Sintônicos:** realistas, práticos, bonacheirões.
3. **Depressivos:** pesadões, ternos, moles e tristonhos.

ESQUIZOTÍMICOS:

1. **Hiperestésicos:** homens delicados, interiorizados, abstratos, irritáveis, nervosos, idealistas.
2. **Intermediários:** frios, enérgicos, sistemáticos, coerentes, calmos, aristocráticos.
3. **Anestésicos:** frios, friamente nervosos, excêntricos, esquisitões, preguiçosos, afetivamente embotados, insensíveis.

VISCOSOS:

1. **Fleugmáticos:** afetivamente indolentes, insensíveis e rígidos, com tendência ao mandonismo inflexível.

2. **Explosivos:** os mesmos característicos, mas com explosões devidas à tensão interna; destemidos, dados à brutalidade, com turvação de consciência durante a refreta. Acentuação destes traços à medida que o indivíduo avança para os tipos fronteiros e patológicos”.

Através das características predominantes nos temperamentos normais referidos, pode-se, sem dificuldade, concluir que o mesmo estímulo, em face dos temperamentos divergentes, receberá uma reação que oscilará de um extremo a outro.

Como esclarece ainda Alves Garcia (1945), os “tipos epileptóides caem facilmente na criminalidade impulsiva, aliando ao destemor a brutalidade, ou seja, a valentia, e no auge da refrega têm turvação de consciência” e, por isso mesmo “do ponto de vista penal, são os mais temíveis, os menos intimidáveis e os menos regeneráveis”.

Ora, as emoções são de fundamental importância no estudo das causas criminosas, pois são elas as responsáveis por uma grande parcela de ilícitos penais.

Reconhecendo a importância das emoções agudas (ira, espanto, medo) na gênese dos fenômenos criminais, o Prof. Di Tulio (1966), da Universidade de Roma, assim se expressa:

“Siempre a propósito de la influencia de las perturbaciones afectivas y, especialmente, de los estados emotivos e pasionales, en la genesis de la criminalidad, es oportuno recordar que cuando alcanzan mas alto grado de intensidad, pueden provocar fenómenos de alteraciones y de disgregaciones psíquicas, que se desarrollan también bajo la forma de desordenes ideativos, mas o menos graves, capaces de favorecer las mas diversas formas de interpretación errónea de la realidad e hasta procesos delirantes, semidelirantes, sub-delirantes y delirantes, que, frecuentemente, adquieren una gran importancia en la genesis de muchas actividades criminales.”

E, no que concerne à invasão da esfera da racionalidade, pelas forças perturbadoras da emoção violenta, ocasionando transtornos altamente significativos, esclarece, ainda, o Prof. Di Tulio (1966):

“Debe, de todos modos, reconocerse que todos estes fenómenos, se verifican especialmente, cuando el individuo está bajo la influencia de estados emotivos, que, por sua naturaleza e su gravedad, dan lugar a estados de tensión emotiva, más intensa, más prolongada, constituyendo como cuerpos extraños que perturban toda la dinámica del psiquismo individual, mediante un proceso de transformación progresiva de los procesos neopsíquicos ideativos imaginativos, lógicos e críticos; de ahí lá irrupción de convencimientos erróneos, ilógicos, contrarios al buen sentido y a los mismos intereses individuales; o, mediante un proceso de disgregación, mas o menos violento, de los procesos de disgregación, mas o menos violento, de los procesos neopsíquicos volitivos; de ahí el desarrollo de acciones de tipo automático e impulsivo.”

A reação humana, embora fundamentalmente diversa da produzida pelos reflexos condicionados detectados nos experimentos da Pavlov, tem, igualmente, uma parte que se origina no próprio eu, e, embora seja apenas parte de um todo, às vezes se sobrepõe aos demais.

A essa circunstância refere-se Afrânio Peixoto (1953) ao explicar:

“O indivíduo, que não pode ser dividido, é, entretanto, múltiplo ou complexo. Tem, nas profundezas de si mesmo, uma parte poderosa, senão onipotente, contínua e resistente, e recalcada, não importa, mas irreduzível: é o domínio do ES de Freud, o SOI ou ÇA dos franceses, do ID dos autores ingleses, americanos e brasileiros. **Sub-eu**, traduzimos nós. Aí estão nesse baixo-fundo, nesse reservatório, porão ou adega do inconsciente, todas as tendências da espécie, com que nascemos, larvas impuras dos instintos originais, tradicionalmente maus, a que se junta o material recalcado da vida, apresentada, *in situ*, pela censura da consciência que monta guarda, como carcereiro, a esta prisão do inconsciente.”

E, completando seu pensamento, esclarece, em seguida, o que entende por **Sub-eu**, **Eu** e **Super-eu**:

“**Sub-eu** — animal, inconsciente, recalcado, sob a censura, prisão de nossa impura instintividade.

Eu — humano, consciente, entre os dois, que exercem antagônicas ações, na consciência, imperativos da razão ética que combatem os disfarçados determinantes do obscuro instinto, por isso imperantes, tantas vezes.

Super-eu — sociável, ético ou moral, que adapta o **sub-eu** ignorando ou o **Eu** clarividente, à consciência social: o **Super-eu** alargou, desenvolveu a primitiva concepção da censura freudiana.”

Ora, a liberação do **sub-eu**, originada por um estímulo externo de grande intensidade, pode, como se vê, resultar na superposição do instinto aos valores éticos, produzindo verdadeira “loucura moral”.

E, como diz Garofalo (1888), “le fou moral capable de commetre un crime, n'est pas autre chose pour nous que le criminal instinctif”.

Também Pacheco e Silva (1942), o eminente Professor da Universidade de São Paulo, admite que a emoção, em determinados casos, foge ao controle da vontade.

Assim explica ele o fenômeno emocional:

“A emoção está hoje perfeitamente demonstrado, após numerosos estudos experimentais, é um fenômeno-biológico que acarreta, conforme a constituição do indivíduo, distúrbios glandulares, sobretudo uma superatividade secretória das cápsulas supra-renais. Por outro lado, o estímulo artificial dos esplânicos provocaria, além do lançamento da adrenalina no sangue, considerável liberação de açúcar, tão grande que chega a determinar, não raro, o aparecimento da glicose na urina.

O traço característico de todas essas reações orgânicas, seria, segundo Canon, o fato de se processarem eles de modo reflexo, **escapando inteiramente à ação da vontade**.

Isso tudo demonstra a importância que está reservada, no futuro, não só aos psiquiatras convidados a apreciar o estado emocional de um indivíduo num dado momento, como ainda aos médicos legistas encarregados de examinar os delinquentes logo em seguida ao crime.”

Em consonância com esse entendimento, Alves Garcia (1945) esclarece, com sua inegável autoridade, que “Também a psicologia experimental está agora em condições de demonstrar o que os filósofos antigos apenas

suspeitavam; é que a emoção libera no organismo descargas hormonais e metabólicas e influxos nervosos que podem **subverter, parcial ou totalmente, a consciência e a autodeterminação**. Tornaram-se clássicas as investigações de Cannon sobre a hiperadrenalinemia e a hiperglicemia, com glicosúria, dos paraxismos emotivos e dos períodos estáticos da paixão. Do papel da tireóide, di-lo a ocorrência do basedowismo nos grandes e intensos estados passionais, e inversamente a influência do mal de Basedow sobre a afetividade e o comportamento. Um endocrinologista famoso denominou por isso a tireóide a glândula da emotividade.”

Tão difícil se apresenta o controle da emotividade que, até as testemunhas — e isto é perceptível a quem tenha vivência forense — não conseguem reprimir suas manifestações de emoção quando convidadas a relatar fatos que outros viveram e elas apenas presenciaram. Ainda que tentem dissimular-la, esta não passará despercebida mesmo a um pouco atento observador.

Comentando esses aspectos, Altavila (1973), a eles assim se refere:

“No solamente la emoción que se oculta se revela, por los movimientos automáticos de la inhibición no logra suprimir, sino tambien porque a menudo un movimiento que se logra dominar, es sustituido por otro que lo descubre.

En efecto, tenemos movimientos reflexos que revelan un estado emocional y movimientos reflejos que hacen presente la disimulación de aquél.”

Justamente por que a emoção, incidindo sobre outras faculdades psíquicas da testemunha, como a percepção, atenção e a própria evocação, reavivam a emoção por ela vivida na ocasião em que presenciou os fatos que deve reproduzir, seu relato deve ser avaliado com certa reserva, que será tanto maior quanto mais emocionada se mostrar a testemunha.

“Na avaliação psicológica dos testemunhos, diz Fiore (1914), **é loucura esperar um resultado concretamente exato e científico, desde que se desprezem os estados de ânimo humano, que têm um reflexo notável em absoluto, no valor dos testemunhos.**

Ora, se um fato passado, muitas vezes há um grande espaço de tempo, as testemunhas, por emoções vividas no momento do fato criminoso ainda que ressentem de equilíbrio emocional, que dizer-se, então, da violenta emoção, provocada por um estímulo extraordinariamente forte e durável, sobre um temperamento mais exaltado, no momento seguinte à recepção desse estímulo?

Por outro lado, uma evocação de um fato vivido, pode provocar, no momento em que foi evocado, uma emoção muito maior que a provocada no instante em que foi vivido, o que demonstra, de modo claro, que a **influência do ânimo, do estado de espírito do agente, não é pequena no momento em que recebe o estímulo.**

“La moderna psicología, diz Manzini citando James (1948), y, antes que ella, el buen sentido enseñam que “lo mismo que en los instintos así en las emociones, la simple memoria y la simple representación del objeto provocador pueden bastar para dar vida a la excitación. Se puede, pensando en un objeto pasado, experimentar una ira mayor que aquella sufrida en el momento en que se recibió la ofensa.”

Aspecto que não pode ser olvidado, e, ao reverso, merece destacada referência, é a circunstância do estímulo que provocou o primeiro impacto no agente, gerando uma imediata resposta — não interromper sua atividade.

No caso, v.g., de uma **provocação moral** seguida de uma **agressão física**, o estímulo, além de **prosseguir em sua ação** ainda **aumenta sua intensidade**. Não será fácil ao agente, como sugere o Mestre Hungria, sopitar sua emoção, dosimetrando sua reação instintiva.

Nessas ocasiões, em que o agente recebe um forte estímulo externo, progressivo e contínuo, dá-se aquilo que Altavila chama de **curto circuito**, isto é, tanto mais possível quanto mais intenso e durável o estímulo sobre um temperamento exaltado, impulsivo:

“Para nosotros, en cambio la acción “en corto circuito” es aquella que por la rapidez de la ejucción deja fuera del círculo de las ondas nerviosas todo contraestímulo, y por lo mismo comprende, tanot los actos reactivos de carácter complejo, como los impulsos que arrastran a obrar de modo inmediato.”

Assinale-se, na oportunidade, que a própria lei não obriga — e nem sequer recomenda — a fuga, a atitude de covardia, diante de uma insólita e inesperada agressão. Muito ao contrário, dá plena cobertura ao agente, através do instituto da legítima defesa.

Nada obstante, no direito penal vigente no Brasil, situa-se a emoção — quando violenta e provocada por ato injusto — da vítima, logo em seguida a este — como simples atenuante.

Se o agente age sob o seu domínio e pratica um fato típico, logo em seguida à injusta provocação da vítima, essa circunstância lhe valerá a possibilidade de uma diminuição de pena, da ordem de um sexto a um terço, nos casos de homicídio, tentado ou consumado, bem como nas lesões corporais.

Mas, se a emoção não for tão intensa que mantenha o agente sob seu domínio, apenas influenciando no seu atuar, merecerá ele apenas uma pequena minoração da pena.

Considerando-se que, conforme esclarece o eminente Prof. Pataro (1976), “É fora de dúvida que uma emoção intensa possa perturbar o poder de inibição de qualquer um, por mais ponderado que seja” sendo este, ainda segundo o mesmo autor “o pensamento dos estudiosos do assunto”, a posição do Código, fazendo **tabula rasa** dos conhecimentos científicos — ainda que a pretexto de interpretar o interesse social — parece-nos, *data venia*, um tanto forçada e fora da realidade.

5. Conclusões

As razões invocadas como justificativas da orientação seguida pelo Código Penal de 1940, no que tange ao posicionamento da emoção, como simples causa de diminuição de pena, apresentamos as seguintes observações:

5.1 Como **resultante de uma política criminal**, visando uma diminuição da incidência nos crimes de ímpeto, através da **prevenção geral e individual pela intimidação**, acreditamos ser **aceitável**, muito embora a comprovação da idoneidade desse contra-estímulo seja duvidosa. Inexistem condições para se concluir **se os elementos que não delinquem** — e que se constituem na grande maioria — **não o fazem em razão da intimidação** representada pela pena ou **por serem dotados de temperamentos menos exaltados**, mais dóceis, que não praticam esse tipo de delito porque conseguem se controlar diante dos fatores estimulantes, ainda que intensos.

5.2 Tendo por supedâneo jurídico a *actio libera in causa*, consideramos tal posição como **incabível** pois acreditamos que, em muitos casos, **pelas condições de temperamento, não seja possível a certas pessoas o controle da emoção**, e, conseqüentemente, **não tem elas oportunidade de optar entre se deixar emocionar ou evitar de fazê-lo.**

Falar-se em dolo, no caso de se admitir a opção, parece-nos pouco razoável, e, em **culpa**, não se compreenderia como, em razão de um ato culposo, se considerasse alguém punível a título de dolo.

5.3 No tocante à idoneidade da emoção para produzir um estado de inimputabilidade, por inibição do intelecto e da volição, acreditamos que a grande maioria dos autores, sejam juristas, psicólogos ou psiquiatras, inclina-se pela afirmativa.

Com respeito, entretanto, à possibilidade de se atalhar uma violenta emoção no seu desabrochar, o aspecto envolve vários fatores a considerar. Entretanto, é irrefutável que o assunto é, pelo menos, **controvertido.**

O estabelecimento de uma regra generalizadora, que impeça sejam consideradas as individualidades dos agentes incriminados, por fatos em que um estado emocional intenso se verifique, parece-nos **inadequado** às normas que informam o Direito Penal.

Nestas condições, entendemos que a lei não deveria ser tão severa, criando uma presunção *juris et de jure*, para retirar a emoção violenta do rol das causas de exclusão de imputabilidade.

Não se nega aos autores da lei o direito — que, muitas vezes se transforma em dever — de construir teorias que justifiquem determinadas orientações, dirigidas no sentido de melhor atender ao interesse coletivo.

Mas, por outro lado, não se pode ignorar que a lei, como consubstanciação do ideal de Justiça, jamais poderá, simultaneamente, reconhecer a falibilidade humana, e, concomitantemente, exigir do homem uma conduta que suas forças não lhe permitem.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA JÚNIOR, A. *Lições de Medicina Legal*, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1956, 3.^a edição.
- ALTAVILLA, Enrico. *Sicologia Judicial*, Buenos Aires, Depalma Editora, Trad. de Simón Carrejo e Jorge Guerrero, *La dinamica del delito*, Buenos Aires, Depalma Editora, 1973.
- ALVES BESSA, Halley. *Personalidade e Crime*, Belo Horizonte, 1958, Monografia para o concurso de Livre-Docência da Cadeira de Medicina Legal da Faculdade de Direito da U.F.M.G.
- ALVES GARCIA, José. *Psicopatologia Forense*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1945.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Da responsabilidade e da isenção de pena*, Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1962, 2.^a edição, *O Criminoso, o Crime e a Penal*, Belo Horizonte, Prisma Editora Cultural, 1970.
- BELFORD ROXO, Henrique de Brito, *Manual de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1938, 3.^a edição.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, Coimbra, Editora Coimbra, 1970.

- BRUNO, Anibal. *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1967, 3.ª edição.
- CESAR DA SILVEIRA, A. *Tratado da Responsabilidade Criminal*, S. Paulo, Editora Saraiva, 1955.
- CORREA DE ARAÚJO, J. A. *Os novos horizontes da Justiça*, Rio de Janeiro, Livraria Jacynto Editora, 1932.
- DI TULLIO, Benigno. *Princípios de Criminologia Clínica y Psiquiatria Forense*, Colección Jurídica Aguilar, 1966, Trad. de Domingo Teruel Carralero da 3.ª edição italiana.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro comentado*, Rio de Janeiro, Distribuidora Record Editora, 1958.
- FIORE, Umberto. *Manual de Psicologia Judiciária*, Lisboa, 1914, Versão de E. de Carvalho.
- FLÓSCOLO DA NÓBREGA, J. *Introdução ao Direito*, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1968, 4.ª edição.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, São Paulo, José Bushatski editor, 1962, 2.ª edição.
- FRANCHINI, Aldo. *Medicina Legal e in Materia Penale*, Padova, 1966, 5.ª edizione.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1959, 4.ª edição.
- HUNGRIA, Nelson. *Emoção e Crime*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1951; *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, 4.ª edição; *Direito Penal e Criminologia*, Belo Horizonte, 1959, Revista de Identificação e Ciências Conexas.
- INGENIEROS, José. *Simulación de la locura*.
- LANGELUDDEKE, Albrecht. *Psiquiatria Forense*, Madrid, Espasa Calpe S.A., 1972, Trad. de Luiz Beneytez Merino.
- LEONÍDIO RIBEIRO, *O Novo Código Penal e a Medicina Legal*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho Editora, 1942.
- LOPEZ-REY, Manuel. *Algumas considerações analíticas sobre Criminologia e Justiça Criminal*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, Revista de Direito Penal, 1971, Trad de J. Sérgio Fragoso do original *Some Analytical considerations on Criminology and Criminal Justice*.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1960, Trad. de Alexandre Augusto Correia.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar Editores, 1948, Trad. de Santiago Sentís Melendo.
- MIRA Y LOPES, Emílio. *Manual de Psicologia Jurídica*, Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1947, Trad. de Elson Arruda.
- NARCÉLIO DE QUEIROZ. *Teoria da Actio Libera in Causa*, Rio de Janeiro, 1936.
- NORONHA, E. de Magalhães. *Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1971, 7.ª edição.
- PACHECO E SILVA, A. C. *O Problema da Responsabilidade em face da Psiquiatria*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1942.
- PATARO, Oswaldo. *Medicina Legal e Prática Forense*, São Paulo, Saraiva, 1976.
- PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*, S. Paulo, Saraiva, 1953, 4.ª edição.
- SEVERIANO, Jorge. *Código Penal dos Estados Unidos do Brazil*, São Paulo, Saraiva, 1945, 7.ª edição.
- SCHNEIDER, Kurt. *Psicopatologia Clínica*, São Paulo, Editora Mestre Jon, 1968.
- SIMONIN, Camile. *Medicina Legal Judiciária*, Barcelona, Editorial Jims, 1962, 1.ª edição, Trad. de G. L. Sanchez Maldonado.