

A tese da passionalidade e os Códigos Penais de 1890 e 1940.

Andrea Borelli PUC/SP

A acusada, chamada somente de A., entrou na sala do tribunal, escoltada por alguns guardas. Este era o seu terceiro julgamento. No primeiro, fora absolvida e, no segundo, condenada. Mais uma vez, enfrentava o tribunal como causadora da morte de Artur Malheiros que, segundo a moça, era o seu sedutor. Sua acusação alcançou o público pela publicação do livro *No plenário do crime* de Alberto Garcia, em 1912¹.

Em 1932, o promotor público do Rio de Janeiro, Roberto Lyra, lançou o livro *O Amor e a Responsabilidade criminal*², no qual apresentava sua acusação a um jovem indiciado por atentar contra a vida de Elisa Isabel Soares, de quem chegou a ser noivo.

Estas acusações, mesmo separadas por quase vinte anos, apresentam várias semelhanças e uma das mais significativas era a discussão sobre o parágrafo 27, inciso 4º do Código Penal de 1890, cuja redação foi preservada em essência pela Consolidação das Leis Penais de 1932.

O primeiro Código Penal republicano foi editado em 11 de outubro de 1890. Seu principal redator foi o doutor Batista Pereira cujo trabalho foi alvo de muitas críticas, pois, além da orientação clássica, aceitava postulados da escola positiva. Apesar de ser considerado mal sistematizado, entre outros problemas, o código republicano foi um avanço para a época, pois aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário de caráter correccional³. As dificuldades de redação levaram ao surgimento de várias leis que pretendiam "remendar" os erros de redação apresentados. Diante do grande volume de leis que surgiram, foi necessário sistematizá-las e tal tarefa coube ao desembargador Vicente Piragibe. Desse esforço surgiu, em 14 de dezembro de 1932, a Consolidação das Leis Penais, que vigorou até 1940.

Diante desta situação legal, a atitude inicial dos dois promotores, citados anteriormente, foi a de tratar do enquadramento legal do crime, ou seja, quais artigos do Código Penal podiam ser usados pela defesa para atenuar a pena dos réus. Garcia trabalhou com afinco para impedir que o inciso 4 do artigo 27 fosse aplicado no caso de A. Da mesma forma procedeu Lyra.

O presente inciso tratava de completa privação dos sentidos e da inteligência e foi uma das brechas mais usadas para a aplicação da tese da passionalidade. A análise do dispositivo permite perceber a orientação clássica do Código Penal de 1890.

¹ GARCIA, Alberto. *No Plenário do Crime*, s.n.t., 1912.

² LYRA, Roberto. *Amor e Responsabilidade Criminal*. São Paulo, Saraiva, 1932.

³ CAULFIELD, Sueann. *Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2000.

A escola clássica é marcada pela noção de livre-arbítrio, ou seja, a existência de uma vontade inteligente e livre. Dessa noção, uma outra foi derivada: a idéia de que só é possível punir os atos que derivam de uma ação consciente e desejada.⁴

Com base nesta premissa, era possível compreender a inclusão do parágrafo aqui indicado no Código Penal. O legislador Batista Pereira pretendia garantir a plena realização da noção de livre-arbítrio. Esta questão foi percebida por vários dos seus críticos.

O texto do artigo era inspirado no código penal da Baviera e, como indicado por Nelson Hungria, considerava livre de culpa aquele que agiu inconscientemente, quer dizer, aquele que sustenta que seu ato nasceu de um momento de completa perturbação de sentidos e da inteligência. Esta assertiva revelava uma postura filosófica que se aproximava das noções do individualismo, que consagrava a idéia de liberdade irrestrita dos seres humanos e suas posturas individuais. Portanto, o homem irracional, isto é, aquele que agia de forma irracional, era bastante incomum e indesejado. Na verdade, os atos inconscientes retiravam do ser humano seu livre arbítrio e sua capacidade de julgar, não importando as razões que geraram esta privação. Tratava-se, portanto, de uma questão de intensidade da paixão e da privação que ela gerou.

Durante os anos que seguiram a publicação do Código de 1890, Batista Pereira recebeu inúmeras críticas pela redação excessivamente ampla que havia dado ao artigo 27. Em vários momentos, ele defendeu que a privação completa dos sentidos e da inteligência tornava o réu irresponsável juridicamente.

É importante salientar sua insistência em declarar que era necessária a completa perturbação dos sentidos e da inteligência, quer dizer o réu devia estar totalmente inconsciente dos seus atos, pois as perturbações de menor grau deveriam receber imputação penal. O que significava dizer que o réu devia provar seu estado de completa alienação da realidade, quando do acontecimento do crime.

Ao receber a incumbência de reunir as leis que complementavam o Código Penal de 1890, o desembargador Vicente Piragibe optou, também inspirado na escola clássica, pela manutenção do artigo 27, inciso quarto, reafirmando a noção de que a privação dos sentidos e da inteligência extinguindo a punibilidade do agente, uma vez que não agia como o senhor dos seus atos.

A utilização deste artigo nos chamados "crimes de paixão"⁵ foi uma constante. Os advogados aproveitavam a idéia da violenta emoção e completa perturbação dos sentidos para descrever o estado mental do criminoso passional nos momentos que antecediam e sucediam o crime. A ação, segundo os advogados de defesa, era fruto deste estado e, portanto, o réu tinha sua defesa garantida neste artigo.

⁴ NORONHA, Magalhães. *Direito penal: volume 1*. São Paulo, Editora Saraiva, 1992.

⁵ BORELLI, Andrea. *Matei por amor: representações do masculino e do feminino nos crimes passionais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

Ao prestar depoimento, A. descreveu sua percepção do crime que cometera da seguinte maneira:

*"..Dai a paixão, ou, se quiserem a loucura que me levou a delinquir, a matar meu sedutor, em estado de completa perturbação dos sentidos...Si em tal estado agi, não tenho responsabilidade, nem imputabilidade: não tenho responsabilidade, porque esta implica o conceito de um nexó entre o crime e a pena: não tenho imputabilidade, porque esta decorre necessariamente de uma relação ideológica de causalidade entre agente e o crime. Ora, esse nexó ou essa relação falham no caso que me diz respeito. Portanto, a minha absolvição se impõe."*⁶

As declarações do assassino de Elisa não diferem muito, na essência, do depoimento de A:

*"... Elisa declarou que amava o depoente, mas, devido ao respeito que tinha à sua família, não podia casar-se com o declarante; que ao ouvir essa afirmação dos lábios da noiva, o depoente, que tinha grande paixão, perdeu a cabeça, o controle sobre si próprio e, como louco, sacou de uma pistola, com o que estava armado, e que reconhece como sendo aqui é mostrada, e fez vários disparos contra Elisa, não podendo precisar um número desses disparos..."*⁷

A noção de dor, paixão, loucura⁸ eram partes da construção doutrinária, mas eram observadas como resultado da ação que teria levado ao réu ao crime. Desta forma, seu ato era esvaziado por uma ação agressiva anterior, como a sedução ou a traição.

Deve-se observar que dois depoimentos, distintos, apresentavam um formato semelhante. Em ambos os casos, os réus recorreram a imagens como: "paixão", "loucura" ou "perder a cabeça". Estes elementos indicavam uma tentativa de aproximação com a noção central defendida pelo artigo 27, isto é completa perturbação dos sentidos e da inteligência. A defesa procurava reforçar esse elemento apresentando a profunda dor que envolveu réu no momento do crime, ressaltando sua ação irrefletida e infeliz, caso tivessem sucesso nesta empreitada, era bem provável que conseguissem a simpatia do júri.

Vários advogados apontavam que esta prática liberou inúmeros assassinos, por um erro de interpretação doutrinária e pela redação excessivamente ampla dada ao dispositivo. A discussão existente na jurisprudência do período girava em torno da possibilidade do assassino passional ser enquadrado nas benesses desse artigo. Tendo isso em vista, os promotores públicos trabalhavam no sentido de "destruir" a idéia de privação dos sentidos e de mostrar os assassinos como indivíduos "frios", "brutos" e "ferozes assassinos".

O passo inicial dos promotores Alberto Garcia e Roberto Lyra foi apontar que o assassino premeditou o crime. Esta ação tinha um duplo sentido: em um primeiro momento, afastava o réu do

⁶ GARCIA, Alberto. *No Plenário do Crime*, s.n.t, 1912, p 9.

⁷ LYRA, Roberto. *Amor e Responsabilidade Criminal*. São Paulo, Saraiva, 1932, p.22.

⁸ BORELLI, Andrea. "Paixão e Criminalidade" IN. *Direito USF*. Bragança Paulista, n 2 , volume 16, jul/dez1999, p.29 - 38.

tipo passional idealizado por Ferri⁹, pois, ao descrever este tipo de criminoso, ele afirmava como característica básica do passional a violência impensada como reação a um ato iminente. Contudo, se o assassino premeditou o crime, teve tempo suficiente para recuperar-se de sua perturbação, isto reduzia sua ação a um crime por motivo fútil.

Com este objetivo, vários elementos da caracterização do crime passional que podiam indicar perturbação dos sentidos eram explorados pelos juristas. Alberto Garcia procura descaracterizar A., dizendo que ela premeditara o crime, pois pedira a seu cúmplice E. que comprasse uma grande faca, alguns dias antes, e a usou para matar Artur Malheiros. O mesmo caminho seguiu Roberto Lyra.

A compra da arma, nos dois casos, indicaria premeditação e seria incoerente com a noção de privação completa dos sentidos e da inteligência. Contudo, este aspecto não era consenso entre os advogados. Em artigo para a *Revista Forense* de 1926, o advogado Lustosa combateu esta noção, afirmando que a premeditação e a privação de sentidos e inteligência não são excludentes. Provavelmente, este elemento era aceitável pela característica do crime, que envolvia uma alarmante ruptura com o padrão de comportamento vigente e, doutrinariamente, e tinha a presença de uma paixão tida como social.

O ato do suicídio¹⁰ era outro elemento crucial, pois, para os juristas, era indispensável como forma de demonstrar o arrependimento do réu e a sua situação mental.

A. não tinha tentado suicídio, apesar de confessar seu crime e esta questão foi utilizada como forma de descaracterizar sua pretensa ação passional. A promotoria desejava, dessa forma, transformar o crime da moça em um ato de vingança e não em um crime por amor.

O assassino de Elisa tentou atirar contra a própria cabeça, mas não foi bem sucedido. Lyra considerava seu ato uma simulação, o que, novamente, indicaria o perfeito domínio das faculdades mentais, mais uma vez, em tom irônico, procurou desqualificar o réu.

As críticas doutrinárias continuaram multiplicando-se ao longo dos anos, com grandes discussões acerca da situação dos passionais diante do projeto de Virgílio de Sá Pereira e do projeto Alcântara Machado, que, submetido ao trabalho da comissão revisora formada de Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz e Roberto Lyra, deu origem ao código penal de 40¹¹.

Este grupo de revisores era formado por grandes críticos da noção de privação dos sentidos e da inteligência, portanto, não causa espanto que esta tenha sido excluída do novo código.

Deve-se notar que as discussões giravam sempre sobre questões doutrinárias. O que provocava a reação destes advogados era a adesão a uma ou outra escola criminal ou a uma outra forma de

⁹ DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na Belle Epoque*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

¹⁰ HARRIS, Ruth. *Assassinato e Loucura: Medicina, leis e sociedades no fim de Siécle*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

¹¹ Vários destes juristas participaram do Conselho Brasileiro de Higiene Social. Um dos objetivos do grupo era combater a utilização indevida da tese da passionalidade. VER: BESSE, Susan K. "Crimes Passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940. In: *Revista Brasileira de História: A Mulher e o Espaço Público*. São Paulo: Marco Zero - Anpuh, v.9, n. 18, 1989. p.191 - 97.

encarar o crime. Não havia para eles especificidade relevante nos crimes passionais no que tange às relações homem-mulher, existia, no máximo, uma questão doutrinária mal resolvida.

As questões relativas à violência contra mulher ficavam obscurecidas em vários momentos da argumentação ou eram utilizadas como elementos de apoio à doutrina que se pretendia defender. Por esse motivo, os homens e mulheres que surgiam pelos olhos destes advogados, eram seres ideais em relações ideais. O crime demonstrava o momento de ruptura desses ideais e, esta ruptura era utilizada para dar vida à doutrina abraçada.

O ato criminoso era apropriado pelo discurso jurídico¹² e reelaborado, com ênfase em alguns elementos e descaso por outros. Isto acontecia como parte dos mecanismos de defesa/acusação e das possíveis interpretações doutrinárias para o mesmo ato. Portanto, sendo o direito um discurso gendrado¹³, não causa estranhamento que diversas correntes doutrinárias apontassem soluções diferentes para a questão da violência contra mulher, mas com encaminhamentos direcionados às ao mesmo fim: a liberação do homem violento e a coerção do comportamento feminino considerado inadequado. Por este motivo, é possível afirmar que as hierarquias constituídas pela perspectiva de gênero eram fundamentais para garantir inteligibilidade ao dado de que, mesmo por vias diferentes, a dominação masculina fosse salvaguardada.¹⁴ As discussões, em torno deste assunto, trouxeram à baila as questões relativas à interpretação dada pelas escolas penais à questão da paixão. De forma geral, a paixão era tida como força propulsora da ação criminosa.

A escola clássica e seu maior representante, Francisco Carrara, classificavam as paixões em cegas e racionantes, de acordo com seu grau de intensidade e efeito sobre o livre arbítrio do homem comum.

A paixão cega atingia tamanho domínio sobre o indivíduo, que este perdia completamente o controle sobre seus atos e, portanto, não poderia responder perante a lei pelo crime que cometesse. Por outro lado, as paixões racionantes atingiam o raciocínio e a inteligência, mas, por seu efeito menos intenso, não causavam a irresponsabilidade penal.

O surgimento da escola positiva trouxe uma nova concepção de direito e de paixão. Enrico Ferri, maior vulto desta escola, substituiu a noção de livre-arbítrio e responsabilidade moral da escola clássica pela idéia de responsabilidade social. Para a doutrina analisada neste trabalho, existia uma diferença entre emoção e paixão. A paixão era um estado emocional de larga duração e

¹² BOURDIER, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, cap. XIII, NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

¹³ LIPSTZ BEM, Sandra. *Lenses of Gender*. Boston: Yale University Press, 1993

¹⁴ SAFFIOTI, Heleieth. "Rearticulando gênero e classe social" IN COSTA, Albertina de Oliveira e BRUSCHINI, Cristina.(org). *Uma Questão de Gênero*. Rio de Janeiro, Rosa dos Ventos/Fundação Carlos Chagas,1992, SAFFIOTI, Heleieth. *No caminho de um novo paradigma*. São Paulo Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998, mimeo., SAFFIOTI, Heleieth. O estatuto teórico da violência de gênero." IN TAVARES DOS SANTOS, José Vivente. *Violência em tempo de Globalização*. São Paulo, Hucitec,1999. SAFFIOTI, Heleieth. "Violência doméstica ou a lógica do galinheiro". IN KUPTAS, Márcia. *Violência em debate*. São Paulo: Moderna, 1997. SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero e Patriarcado*. Disponível na internet: <http://www.mur.com.br>.

desenvolvimento que provocava mudanças efetivas no estado psíquico do indivíduo, não podendo ser confundida com a emoção. Por emoção, os juristas entendiam um estado agudo e crítico que atingia o indivíduo exposto a um sério choque afetivo.

Ferri considerava essencial perceber que a função básica do direito era preservar a vida em comunidade e, diante desta premissa fundamental, ele classificava as paixões de acordo com a qualidade dos motivos envolvidos em seu surgimento.

A paixão social era marcada por motivo justo e moral, considerado fundamental para manutenção da vida em sociedade; já as paixões anti-sociais tinham um efeito destrutivo sobre a sociedade e não deveriam ser protegidas pela complacência judicial.

Diante desta noção, fazia-se necessário observar o móvel do ato antes de julgá-lo e, ao fazê-lo, era necessário que a pena, para ser justa, levasse em conta qualidade da paixão e as características individuais do delinqüente¹⁵. A questão da paixão também foi discutida com afincos pelos criminalistas brasileiros, várias posturas foram identificadas por Evaristo de Moraes, no livro *A criminalidade passional* de 1933¹⁶.

Esta discussão ganhava contornos importantes, pois, durante estes anos, a comunidade jurídica discutia a possibilidade de um novo Código Penal.

O professor Lima Drummond, filiado à escola neoclássica, admitia o domínio das paixões exacerbadas sobre o homem médio, mas não aceitava a noção de impor debilidade aos criminosos passionais. Considerava que o homem, por seu livre arbítrio, deveria resistir às paixões, mas concedia força dirimente às que tivessem origem virtuosa. Esmeraldino Bandeira acreditava ser necessário, além da existência da paixão social, um passado correto e honesto. Mesmo assim, as paixões não poderiam absolver o ato criminoso, somente, atenuar a pena do réu. Evaristo de Moraes discordava de Bandeira exatamente neste ponto, pois, considerava que indivíduos honestos e motivados por paixão social não representam perigo para a sociedade e, por este motivo, não deviam ser encarcerados.

Para Afrânio Peixoto, Roberto Lyra e outros, a tese da passionalidade deveria ser completamente repelida, uma vez que servia de proteção a vários “crimes bárbaros”.¹⁷

Conhecer essa discussão nos meios jurídicos é de fundamental importância, já que o Código Penal de 40 consagrou a vitória da corrente que defendia que a paixão não excluía a imputabilidade penal.

Contudo, em várias passagens, a paixão funcionava como atenuante para a diminuição da pena.

O projeto do desembargador Virgílio de Sá Pereira apresentava a questão do criminoso passional, em seu artigo 188:

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹⁶ MORAES, Evaristo. *Criminalidade passional: O homicídio e o suicídio por amor em face da psicologia criminal da penalística*. São Paulo: Saraiva, sd,

¹⁷ BESSE, Susan K. “Crimes Passionais: a campanha contra os assassinos de mulheres no Brasil; 1910-1940”. In: *Revista Brasileira de História: A Mulher e o Espaço Público*. São Paulo: Marco Zero - Anpuh, v.9, n. 18, 1989. p.191 – 97.

“Artigo 188 — Aquele que sob o domínio de violenta emoção, que as circunstâncias tornem excusável, matar alguém, será punido com prisão por 3 a 6 anos, podendo juiz convertê-la em detenção ao mesmo tempo, se o artigo 70 for aplicável.”¹⁸

Segundo Hungria, o artigo apresentava o mérito de considerar a paixão uma atenuante do crime. Para que isto acontecesse, era necessário que o crime tivesse um "motivo justo", indicando filiação com a escola positiva. O comentarista considerava essencial destacar que o motivo devia ser considerado sob o prisma ético e político e não somente sob o prisma psicológico, ou seja, a causa do crime devia ser vista como aceitável pela sociedade como um todo. Este aspecto reforçava a noção de que o direito deveria defender a moral e a organização social tida como desejável pelo homem médio.

Jorge Severino considerava o determinado no projeto Virgílio de Sá um erro doutrinário por permitir que os jurados decidissem sobre a redução da pena. Contudo, considerava o dispositivo mais adequado que o encontrado no projeto do desembargador Alcântara Machado.

O projeto de Alcântara Machado, base do Código Penal de 40, considerava que a paixão não poderia ser apresentada, nem como atenuante de pena, tampouco como excludente da culpa.

A postura do desembargador indicava uma posição doutrinária contrária a qualquer tipo de consideração sobre a capacidade da paixão que atingia as faculdades de julgamento do homem ou sua vontade. Desta forma, o crime era considerado um ato completamente racional e, portanto, passível de punição.

Para Jorge Severino, esta postura indicava a fuga da discussão da questão da paixão e dos crimes que nasciam dela. Para o advogado, era necessário que a lei garantisse meios para a discussão dos crimes de forma individualizada, pois, segundo ele, no direito penal o mais justo era o julgamento da situação concreta do indivíduo.

A comissão revisora do projeto Alcântara Machado modificou o teor do texto no que diz respeito aos crimes de paixão, aproximando-se muito mais do disposto no projeto Virgílio de Sá.

No texto definitivo do Código Penal de 40, a paixão foi considerada uma atenuante da pena, ou seja, dependendo da análise do juiz, o criminoso poderia obter a redução da pena. O juiz deveria considerar a qualidade da paixão que levou ao crime para reduzir a pena e sua decisão deveria refletir a posição da sociedade quanto ao crime cometido.

Este elemento, segundo os juristas, reduziria os crimes dos chamados pseudopassionais, pois a impunidade que o Código Penal anterior garantia tinha sido excluída. Dessa forma, diante da ameaça da prisão, o crime seria evitado¹⁹.

¹⁸ Projeto Virgílio de Sá, snt.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1994.

Os juristas do período, diante desta nova situação, passam a considerar a defesa da honra e da família como paixões sociais. Nesse sentido, o homem que declarasse matar por este motivo deveria ser eximido da culpa.

Esta matriz doutrinária permitia evidenciar a maleabilidade do discurso jurídico diante das questões de gênero²⁰. A definição de paixão social, que era uma figura jurídica aceita teoricamente, adaptava-se a ação material do homem violento. O significado da "paixão social" como defesa da honra e da família, remetia a estruturação da sociedade por vários feixes de relação e, neste caso, o gênero era o mais significativo²¹.

Pode-se afirmar, que o discurso jurídico apoiava-se na constituição gendrada das noções de honra e família dentro do universo de relações sociais. Portanto, ao determinar a defesa destes elementos como motivo justo para a ação violenta, estava garantida a defesa de uma noção que pressupunha a subordinação feminina ao controle masculino em relações marcadas por hierarquias.

²⁰ LIPSTZ BEM, Sandra. *Lenses of Gender*. Boston: Yale University Press, 1993.

²¹ SAFFIOTI, Heleieth. *No caminho de um novo paradigma*. São Paulo Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998, mimeo.