

# O DESESPERO EM DIREITO PENAL

*(tentativa de pré-compreensão de um conceito letal)*

*\*Jaime Freire*

*E se a arma não disparar? Tem de disparar. E se não disparar? Serias capaz de esborrachar este adorado crânio com uma pedra? Existe uma tal criatura dentro de ti, da qual nada sabes? Será possível? (...) Havia alturas em que ficava a ver o rapaz dormir e começava a soluçar descontroladamente, mas não era por causa da morte. Não sabia ao certo porque seria, mas achava que era por causa da beleza e da bondade.*

*Cormac McCarthy, A Estrada*

---

\* Advogado

## §1

A Doutrina, partindo de uma *frase* expressa no tipo incriminatório<sup>1</sup>, e tendo noção da sua construção normativa e definição, é dizer, do que o texto da lei reflecte e traduz na ordem prática, considera o desespero como causa de homicídio privilegiado.

Resulta da classificação que o agente do crime tem de estar desesperado, de se encontrar num beco sem saída, mas esta condição substantiva, e labiríntica, não basta para o privilégio suceder, o desespero tem além disso de diminuir sensivelmente a culpa do autor<sup>2</sup>, como consta do *signo* (e do ícone), e esta indiciação só se almeja conhecendo os motivos significantes, que têm de ser, como tais (no ordenamento jurídico ocidental), *bons*, não vis, ou vãos<sup>3</sup>.

Apenas relacionando a emoção que resulta deste estado com as *razões* e os eventos (circunstâncias privilegiantes) que a precederam, o antes<sup>4</sup> e o depois do antes até à verificação da prática do acto de libertação, esta dependência, é possível entender e enquadrar o fenómeno, necessitando então a compreensibilidade<sup>5</sup> do acontecer do desespero no mundo da *ciência* das causas. Trata-se da compreensão do incompreensível que quer ser demonstrado.

<sup>1</sup> Art. 133.º do Código Penal (*Homicídio privilegiado*)

<sup>2</sup> Frederico de Lacerda da Costa Pinto, em *Homicídio privilegiado (art. 133.º do Código Penal): tipo de culpa, âmbito de aplicação e in dubio pro reo* (anotação ao Ac. RE de 4-02-97), RPCC 8, n.º 2, 1998, p. 289, entende, ao invés, que as cláusulas de emoção violenta, desespero ou compaixão “são, em si mesmas, referências materiais a um estado de menor culpa do agente, pelo que a parte final do preceito (culpa sensivelmente diminuída) não se lhes aplica”

<sup>3</sup> Como ilustra João Curado Neves, *As Emoções no Sistema Exculpatório do Código Penal Português* (em *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2013, p. 177), “[não] deverá ser privilegiado o desespero daquele que perdeu tudo o que tinha ao jogo e procura agora, por meios menos lícitos, recuperar o que o infortúnio lhe levou”

<sup>4</sup> Wilfried Rasch, *Die psychologisch-psychiatrische von Affektdelikten*, fala na “necessidade de tomar em conta a pré-história da emoção [que considera como um mosaico composto por vários elementos]”, citado em Amadeu Ferreira, *Homicídio Privilegiado (Reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982)*, 2.ª Reimpressão, Almedina, 1998, p. 99

<sup>5</sup> Limitando-se porém à compreensibilidade da emoção violenta, Figueiredo Dias escreve que o requisito representa uma “exigência adicional relativamente ao puro critério de menor exigibilidade subjacente a todo o preceito. Sem deverem ser omitidas as dificuldades desta concepção [postas em evidência por Teresa Serra e Fernanda Palma e, relativamente ao direito suíço, Stratenwerth] deve considerar-se que a compreensibilidade assume ainda um qualquer cunho *objectivo* – assim também a jurisprudência suíça suprema, cf. Trechsel art. 113 9 – de participação do julgador nas conexões *objectivas* de sentido que moveram o agente. [Adiante conclui que, diversamente, não se torna necessário que estados de compaixão e de desespero – que liga à angústia, à depressão ou à revolta – devam ter-se também como compreensíveis” {Dias, Jorge de Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal (anotação ao art. 133.º)*, tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 50 a 52}. T. Serra considera que “nem a compaixão

É sobre as referências que derivam da narração representativa dos factos praticados sob o domínio da condição emocional de desordem em análise que se intenta alcançar a sua significação. O *éthos*.

Em si mesma, sem correspondência com o injusto (a factualidade) exterior, a emoção do desespero não *disfarça* ou transfigura o homicida, apesar da *verdade* do semblante deste.

De todo modo, só os psicopatas criminosos (*serial killers* e outros predadores sádicos, insensíveis ou indiferentes aos sentimentos dos outros), senhores da «agressão maligna», *demoníaca*, matam a sangue-frio ou por prazer<sup>6</sup>.

A diminuição sensível da culpa pelos reflexos da emoção determinante conta com as características da personalidade transfronteiriça do agente concreto, tomado especificamente. O desesperado é um desviante que se encontra sujeito a uma menor exigibilidade quanto a um comportamento diverso e conforme ao Direito, está sob um jugo que afecta ou perturba a sua vontade e o seu poder de resolução, o *livre exercício*, donde a redução da censura e a mitigação, por assim dizer, da ilicitude criminal.

O desespero modifica a inteligência reflexiva para o *mal*, pondo o agente, com a acção antijurídica, a querer e a causar o resultado morte, as funestas consequências. É como se o autor fosse um escravo da força da emoção oriunda deste conceito subjectivo e por aí se transformasse, fulminado, numa irresistível personagem criminosa sob influência, possessa<sup>7</sup> e configurante.

---

nem o desespero [ao contrário da emoção violenta] estão sujeitos à cláusula da compreensibilidade [apesar de constituírem estados emocionais que, para privilegiarem o homicídio, têm de diminuir sensivelmente a culpa do agente] [o estado de desespero relaciona-o com casos de humilhação prolongada e suicídios alargados e situações em que podem coexistir compaixão e desespero] {Serra, Teresa – *Homicídios em série, Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, AAFDL, 1998, pp. 137 a 139}. João Curado Neves, *O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, RPCC 11, n.º 2, 2001, p. 180, refere que “«Compreensível» é um conceito relativo. Compreende-se um acto, ou um sentimento, por determinadas razões. (...) A compreensão implica um juízo sobre os factos compreendidos. [e, para ilustrar isto, alude a exemplos citados por Sousa e Brito, como este, de Bockelmann:] Aquele que por excitação mata o infractor às regras da caça fá-lo *porque* é um caçador apaixonado”

<sup>6</sup> Quanto a esta matéria, cf., por outros, Barra da Costa, *Perfis Psicocriminais. Do Estripador de Lisboa ao Profiler*, Pactor, 2013, pp. 74 a 106, e, em contraponto, Robert I. Simon, *Homens Maus Fazem o que Homens Bons Sonham. Um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano* {Simon, Robert I. – *Bad Men Do What Good Men Dream: A Forensic Psychiatrist Illuminates the Darker Side of Human Behavior*, Artmed, 2009}

<sup>7</sup> José de Sousa e Brito, *Teoria Aristotélica das Emoções e Acção Moral* (em *Emoções e Crime*, *op. cit.*, nota 3, p. 18), refere que “na tragédia grega, especialmente em Eurípedes [nas peças teatrais Hipólito e Medeia], a paixão é representada como uma espécie de loucura, a que não se pode resistir”. Sobre o antiquíssimo assunto (intervenções psíquicas de *daimones* e Erinias, “que andam [e sugam o sangue] na escuridão”, e acções realizadas num estado de *atê*), cf. E. R. Dodds, *Os Gregos e o Irracional* {Dodds, E. R. – *The Greeks and the Irrational*, Gradiva, 1988}. Acerca do mito/lenda do deus Dioniso, actualizando de forma original *As Bacantes* e os *mistérios báquicos*, v. o *thriller* de Donna Tartt, *A História Secreta* {Tartt, Donna – *The Secret History*, Dom Quixote, 2005}. A questão liberdade/determinismo vs. culpabilidade (responsabilidade) encontra-se hoje debaixo de um novo fogo –

Se o meio utilizado pelo agente emocionado for insidioso ou cruel, se malgrado os modos de matar qualificantes (essencialmente amorais) se mantiverem os fundamentos de privilégio e benefício na exegese dogmática do tipo e na sua ilustração judicial (no dogma da culpa a inclusão é possível), sucede um oximoro? E como se *faz* verificando-se a *maravilha*?

A execução em estado de desespero, mesmo supondo (na ordem da praxis humana) a não censurabilidade, a não reprovabilidade, dos motivos (nem fúteis nem torpes) ou dos fins<sup>8</sup>, compreende a utilização sub-reptícia de veneno num ou noutro caso? Ou prevalece sobre a *brandura* a maquinação do crime, a aleivosia? Como se resolve afinal, havendo simultaneidade de factores diversos, o concurso aparente de normas?<sup>9</sup> De factores *diversos* (desespero e veneno ministrado a ocultas)<sup>10</sup> e não apenas diferentes. *Differens et diversum differunt*.

---

especificamente sobre o tema, e descendo à *terra*, cf. a conferência de Winfried Hassemer, *Neurociencias y culpabilidade en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá a partir do manuscrito alemão *Neurowissenschaften und Schuld im Strafrecht*

<sup>8</sup> Para Maia Gonçalves, “Este artigo [133.º] pode abranger qualquer caso de homicídio, desde que o agente o tenha levado a cabo com sensível diminuição da culpa devido a relevante motivo de valor social ou moral. Pode, assim, abranger, por exemplo, o duelo, na medida em que neste pode haver um motivo dessa natureza [como a desafronta da honra, mencionada por Eduardo Correia nas Actas da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial, 1979]” {Gonçalves, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português, Anotado*, Almedina, 1983, p. 171 *in fine*}

<sup>9</sup> “A jurisprudência suíça (*BGer* 81 IV 155), que admite concurso entre o homicídio privilegiado (art. 113.º do Código Penal Suíço) e o assassinio (art. 112.º), fazendo prevalecer o último, por o primeiro só ser privilegiado relativamente ao homicídio simples (art. 111.º), é considerada por Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, I, 1978, p. 31 «singular, contrária à lógica» e «sem objecto», assim, seguindo na mesma pegada, José de Sousa e Brito, *Um caso de homicídio privilegiado (Parecer)*, Colectânea de textos da parte especial do Direito Penal, AAFDL, 2008 (originalmente publicado em Direito Penal II, programa, bibliografia e textos de apoio, AAFDL, 1984), p. 11. Cristina Libano Monteiro, *Qualificação e privilegiamento do tipo legal do homicídio* (Anotação ao Ac. do STJ de 5-02-92), RPCC 6, n.º 1, 1996, p. 125, explana, abstraindo da possibilidade de concurso de circunstâncias: “É num mesmo e único juízo que o julgador se dará conta de que a culpa do arguido não se coaduna com o âmbito de protecção da norma do art. 132.º; nesse juízo unitário [e concreto] que porventura concluirá não ser a conduta daquele sequer enquadrável no art. 131.º, remetendo o caso – por via de simples hermenêutica dos textos legais e num único acto subsuntivo [subsunção dos factos ao tipo legal] – para a esfera do art. 133.º (homicídio privilegiado)”. Para Frederico de Lacerda da Costa Pinto, nota 2, p. 293-294, “não há entre as normas descritas [arts. 131.º, 132.º e 133.º] um concurso aparente [uma verdadeira relação de concurso aparente], pois os pressupostos relativos à culpa de cada uma delas impedem que os preceitos estejam simultaneamente preenchidos. (...) o que se verifica é, afinal e apenas, uma «aparência de concurso aparente»”. E. Correia, *Direito Criminal*, II, p. 311-312, anota que “parece impossível comparar, v. g., o valor da reincidência com o da provocação (...), sendo assim parece serem de aplicar as regras gerais ao concurso de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, isto é, deve fixar-se, *sucessivamente*, o valor das agravantes [convocando a doutrina de Cavaleiro de Ferreira seguida pelo Assento do STJ de 6-02-45] e das atenuantes modificativas” {Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, II, com a colaboração de Figueiredo Dias, reimpr., Almedina, 2007}

<sup>10</sup> F. Dias, nota 5, p. 54, refere que “não faltam autores [na doutrina alemã] (...) a defenderem uma consideração diferenciada, segundo a qual certos elementos qualificadores excluiriam de per si o privilegiamento (v. g., o ser dominado pelo prazer de matar), enquanto outros seriam compatíveis com este (v. g., o acto de crueldade, o motivo fútil, a premeditação): assim, [Geilen e Maiwald]”. Curado Neves, nota 5, pp. 185 e 187, especulando sobre a compaixão, escreve que “um homicídio por compaixão pode resultar de uma opinião ponderada e maturada [decisão racional], e ser executado com frieza de ânimo, sem que deixe por isso de merecer o privilegiamento do art. 133.º [o

O discurso da Ciência do Direito Penal (onde se inclui a variada pragmática da Jurisprudência), apesar de ter o dom da transfiguração, tende a ser apodíctico na desocultação da *fantasia*.

## §2

A questão é matar outra pessoa por desespero (a compaixão remete para a variante homicídio *misericioso*<sup>11</sup>), subjugado por esse estado de afecto obscuro<sup>12</sup>. E intenso, *aceso*.

Não se trata da desesperança que conduz ao suicídio, à morte redentora, tão-pouco da situação dos seres decadentes que idolatram a finitude e o nada como musas de um drama inútil. Desse *pathos*. O desencantamento anuncia a falsificação do simbólico, donde as travessias do deserto, o auto-desterro do sujeito desidealizado, as ficções nómadas, o acaso.

Cuida-se de um desespero homicida, de uma angústia (ou dor) capaz de matar intencionalmente e perfeitamente outro, da manifestação desta insígnia no mundo dos sentidos.

Não contemplando, disse-se já atrás, ou quis-se dizer por *linhas tortas*, o acto hediondo, a bestialidade, os modos traiçoeiros (v. g. a emboscada) ou vingativos dos espíritos frios, as maldosas representações (imaginárias?) das personalidades psicopáticas e criminogêneas, *encenação* que perverteria o sentido do enunciado da norma, a forma semântica do *Tatbestand*. A actualização do perverso exclui o funcionamento da atenuante<sup>13</sup>.

---

mesmo vale, em última análise, para o desespero]. (...) De outra forma não seria possível privilegiar a conduta do agente que toma a decisão reflectida de matar o tirano doméstico – como, aliás, tem sido frequentemente decidido pelo STJ”

<sup>11</sup> Sobre o “homicídio por piedade ou misericórdia”, veja-se o texto de Augusto Lopes Cardoso, *Alguns aspectos jurídicos da eutanásia*, BMJ, 401, 1990, pp. 5-32, Maia Gonçalves, nota 8, p. 171, A. Ferreira, nota 4, pp. 64-68 e José de Faria Costa, *O Fim da Vida e o Direito Penal (Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 758-807). Acerca do controverso tema, cfr. ainda as reflexões de R. Dworkin, *Domínio da Vida*, pp. 251-344 {Dworkin, Ronald – *Life's Dominion*, Martins Fontes, 2003} e G. Agamben, *O Poder Soberano e a Vida Nua*, pp. 131-137, em torno de um ensaio negro de Karl Binding {Agamben, Giorgio – *Homo Sacer*, Editorial Presença, 1998}

<sup>12</sup> Carlota Pizarro de Almeida, *Acumulação e Catástrofe* (em *Emoções e Crime – op. cit.*, nota 3, p. 208), sublinha que “À semelhança do processo kafkiano, o desespero [desencadeador insidioso da passagem ao ato de matar] desenvolve-se de forma oculta até ao último momento”

<sup>13</sup> A. Ferreira, nota 4, p. 48, expondo o modelo da emoção violenta contido no art. 113.º do Código Penal suíço de 1937, e dando conta que “a jurisprudência tem considerado que a emoção não é desculpável se concorrerem circunstâncias qualificativas reveladoras de especial perversidade ou perigosidade do autor”, anota: “Graven (...) refere um caso de homicídio passional típico em que o uxoricida corta a mulher aos bocados, com extrema crueldade, depois de a ter morto com uma pancada na cabeça [vd. tb., em apoio, p. 130 III]. No mesmo sentido

A loucura pertence a esfera diversa (ao *submundo* da inimizabilidade em razão de anomalia psíquica) e não é passível de conversão. Nem por divagação, ou astúcia. O agente que participa desta espécie de desrealização é incapaz de fazer distinções entre o negro caos e o *phantasma* do cosmos, e ignora os efeitos. Seja ou não criminalmente perigoso, um malfeitor repente e persistente, com *tendência*, ou simplesmente acidental.

Afastadas estão identicamente as causas de justificação penal dos factos (p. ex., a legítima defesa e o estado de necessidade defensivo), é dizer, a negação da ilicitude, apenas se aceitando formas de privilegiamento susceptíveis de influírem na determinação e aplicação da pena pelo julgador, propondo uma *benesse* marginal sem medida de clemência, sem dispensa.

Há crime e castigo e sofrimento. Gáudio no sistema punitivo, que sitia o condicionalismo como se na verdade desejasse, e perseguisse (até pela manutenção da sua *terrível* identidade), a justa expiação pelo delito de sangue.

No homicídio privilegiado, o *homo* (Mau) *symbolicus* não tem legitimidade (santuário) para fazer justiça por si mesmo, pese embora a condição sacrificial das vítimas, essa impressão.

### §3

Prefere-se algum aventureirismo a uma total ausência de espanto. A bem dizer, não se segue a fidelidade do costume. A teleologia usada é sobretudo feita de proposições sustentadas por um discurso pré-analítico.

O absurdo não privilegia o tipo, embora o seu referente não raro se confunda com a demonstração do desespero existencial. No entanto, matar por absurdo, e esta exteriorização poder incluir-se na tipicidade objectiva da norma, só na contada do impossível. Mas a adequação do *modus* a outras figuras e significações de errância que se reconhecem na natureza das coisas nada teria de satírico. Continuava-se solenemente na efigie (ou no *logos*) do irracional (*razão artificial*).

A decifração do absurdo no tipo, mesmo sem o *arcaísmo* ou a semiótica das citações e com a inclusão de uma clemente disnarração, seria uma cruz para a Doutrina. Formar-se-ia com a

---

Rehberg considera que a emoção desculpável [*excusable*] quase não é imaginável se a atitude do autor é perversa, muito censurável”. T. Beleza, em redor de outra questão, observa que “será estranho que se utilize tortura para aumentar o sofrimento da vítima sem perversidade” {Beleza, Teresa Pizarro – *Maus tratos conjugais: o art. 153.º 3 do Código Penal*, AAFDL, 1989, p. 62}

necessária complexificação técnica um monstro artificioso e difuso que não se sabe como se comportaria na perversidade do funcionalismo civilizado, como estaria para o assassino *alienígena*<sup>14</sup> e como no abastardamento do sistema (da linguagem-sistema) o distinguiria do *desperado*. Simétricos, apesar da diferença, nenhum deles preservaria o poder (a liberdade) de reflectir com serenidade e ambos teriam a inteligência obscurecida no momento do crime<sup>15</sup>.

Na nova modalidade muitos sábios e sumidades veriam logo antípodas, derivações lúdicas de uma linguagem privada, quiçá barbárie gótica ou ilustração (efabulação) do novelesco. Avatares, de um *outsider*. Dragões. O inverso, pois, com os seus argumentos e inferências de refutação. Nas *velhas escolas*<sup>16</sup>, mudar as crenças nos símbolos e na liturgia dos tipos tradicionais (e filologicamente ideais) não é fácil. Disciplinados, metódicos, *germânicos*, só acreditam na verdade e nas transcendências (cripto-fundamentações) da Dogmática jurídica e seus decanos. São estas coisas (inteligentes) do espírito que procuram interpretar, e o sentido possível de outras palavras derivadas do saber antigo, fugindo a sete pés dos caminhos ínvios, destas pobres demandas.

No entanto, fora dos claustros medievais, das suas *ciladas* engenhosas<sup>17</sup>, da sua escuridão (sem ofensa à divindade), o absurdo, o reflexo do absurdo na paixão (ou na

<sup>14</sup> “Pois, quando aparece um criminoso irreductível às categorias conceptuais do direito penal tradicional, quando aparece um Moosbrugger [personagem de *O Homem sem Qualidades*, de Robert Musil], a sociedade dividida não tem rigorosamente nada para lhe dizer, salvo cortar-lhe a cabeça a qualquer preço”, J. Ramon Capella, *Sobre a extinção do Direito e a supressão dos juristas*, p. 95 {Ramon Capella, Juan – *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Centelha, 1977}. Sobre esta ideia, e a título ilustrativo, v. a história do negociante de cavalos de Brandeburgo Michael Kohlhaas, o anti-herói (*anjo vingador*) do poeta romântico Heinrich von Kleist. T. Serra, nota 5, p. 144, lembra o caso limite do filósofo estruturalista Louis Althusser, que matou a mulher, questionando com o exemplo real o critério do homem médio (fórmula vazia) como critério ou padrão normativo. No dizer de Curado Neves, nota 5, p. 180, “A invocação da figura do homem médio é, naturalmente, uma fórmula pobre de conteúdo, que só pode ser usada como síntese de um modo de entender a problemática da culpa”

<sup>15</sup> “Joga aqui a oposição tópica entre paixão e razão, tendo-se em vista a «acção apaixonada» (*Affekthandlung*), isto é, na definição de Binder, adoptada por Stratenwerth, «a passagem repentina, directa, a actos de impulsos primitivos, instintivos, com forte carga afectiva, sem que tivesse podido interferir a elaboração do pensamento e da vontade», J. de Sousa e Brito, nota 9, p. 19 [não olvidando “que é frequente os actos de desespero (...) serem o fruto de prolongada reflexão”, *idem*, p. 22]

<sup>16</sup> Vd. E. Garin, in *O Renascimento, história de uma revolução cultural*, pp. 75 a 96, dado que é no sentido desta obra que se evoca o sintagma {Garin, Eugenio – *La Cultura del Rinascimento*, Telos, 1983}

<sup>17</sup> “Disse Hegel que tornar o Direito, por causa da sua formulação, apenas acessível àqueles que sobre ele eruditamente se debruçam, constitui injustiça igual àquela que o tirano Dionísio cometeu quando mandou postar as tábuas da lei tão alto que nenhum cidadão as pudesse ler”, K. Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 139 {Engisch, Karl – *Einführung in das Juristische Denken*, trad. J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008}. E P. Calamandrei, remando para o mesmo lado: “Não esqueçamos que Sólon, no dizer de Aristóteles, redigiu as suas leis propositadamente obscuras, a fim de darem lugar a muitas controvérsias, permitindo dessa forma ao Estado o meio de aumentar, pelo julgamento, a sua autoridade sobre os cidadãos” {Calamandrei, Piero – *Elogio dei Giudici Scritto da un Avvocato. Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*, trad. Ary dos Santos, Clássica Editora, 1994}. Enquanto H.L.A. Hart, *O Conceito de Direito*, p. 274, anota (isto para nos quedarmos pelos Antigos): “Em Roma, segundo a tradição, as XII Tábuas foram colocadas na praça do mercado [no *Forum*] em tabuletas de bronze, em resposta às exigências dos Plebeus de publicação de um texto da lei dotado de autoridade”

inocência<sup>18</sup>), esta *razão* de matar, é imaginável (objecto de representação, e de explicação)<sup>19</sup>, até mesmo para os mais petrificados juscientistas ou os simples epígonos. Não se veja nenhum sentido lírico nisto, um *alibi*. As fronteiras das causas e dos estados, na desviância criminal, são infindas, e por vezes de difícil distinção, mas não incluem o estupor do assombro.

E como seria a definição jurisprudencial do Direito, a justificação da decisão judicial concreta, com a chegada ao Douto Tribunal do facto histórico reflectindo este novo e *estranho* elemento do ilícito e da violência? Da epopeia da reconstrução da realidade por meio de provas e indícios não pertence aqui falar. Nem dos sortilégios da aparência, do fenomenal. A incerteza da apreciação do *peccatum* no plano da prática judiciária, com ou sem a ortodoxa subsunção lógico-silogística, com ou sem raciocínio inferencial ou fórmulas lógicas, mora na nebulosidade superficial do quotidiano, neste constante sentimento (*Gefühl*).

Coisa que todavia não se confunde ou identifica com a comum opinião (banalidade) dos profanos, mensageiros da sociedade alienada. Não, o Pêndulo do judiciário é esotérico, ama e obedece às máscaras e à sua vontade de realização. Às máscaras de papéis *cibernéticas*, habituadas aos dédalos da abstracção e aos oráculos. E crentes na santidade da Lei, ou do seu ponto de vista sobre ela<sup>20</sup>.

O *transparente* pragmatismo (a prudência, o conselho, a *correctio fraterna*) da Jurisdição é um vislumbre da teologização das sentenças e dos arrestos. Eis o hieróglifo, o *epitáfio*.

---

{Hart, Herbert L. A. – *The Concept of Law*, trad. A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007} (Nas palavras de Sebastião Cruz, *Direito Romano*, p. 178, “a ciência do Direito, *iurisprudentia*, a princípio [na época arcaica – 753-242 a.C.], constituía um privilégio dos sacerdotes-pontífices, e estes eram só patrícios”)

<sup>18</sup> Sartre, na introdução ao romance *O Estrangeiro*, p. 6, escreve: “como se deveria interpretar aquela personagem [Meursault] que, um dia depois da morte de sua mãe (...), matava um árabe «por causa do Sol»? (...) Havia quem dissesse: (...) «é um inocente». Mesmo assim era necessário interpretar o sentido dessa inocência” {Sartre, Jean-Paul – *Explication de L'Étranger* [in *L'Étranger*, de Albert Camus], Edição Livros do Brasil, s/d}

<sup>19</sup> Maria Fernanda Palma, *Modelos de Relevância das Emoções em Direito Penal* (em *Emoções e Crime – op. cit.*, nota 3, p. 121), vendo como concebível uma contraposição entre um Direito Penal romântico (das emoções) e um Direito Penal clássico ou anti-romântico, revela: “Na ética romântica, a ordem tradicional antinatural é a primeira responsável pelo crime. O crime irrompe, na verdade, motivado pela paixão e pelo desencontro entre a ordem social e a ordem natural”

<sup>20</sup> Consulte-se, a este respeito, A. Ferreira, nota 4, p. 13-14 (e especialmente págs. 119 a 146): “A jurisprudência, em particular do Supremo Tribunal de Justiça, mantém (...) uma interpretação do art. 133.º na linha do art. 370.º do anterior [velho] Código Penal [de 1852/86] e da doutrina sobre ele elaborada, o que significa, na prática, ignorar [a] ruptura [da tradição legislativa efectuada pelo Código Penal de 1982] e não aplicar o art. 133.º”. Sobre a questão (*gigantomaquia* entre a Doutrina e a Jurisprudência em torno do art. 133.º), cf. também os referidos textos de Sousa e Brito, nota 9, Libano Monteiro, nota 9, Costa Pinto, nota 2, e Curado Neves, nota 5



O «convidado de pedra»<sup>21</sup> não existe, embora o rosto (o *ar*) do Juiz se encontre separado de si mesmo na cerimónia litúrgica e não aconteça aí o mistério da metamorfose que Barthes *divinizou*<sup>22</sup>.

«Este jogo da ausência na presença exprime-se, ao nível do *kolossós*, pelo [ou através do] vazio dos olhos»<sup>23</sup>.

O desespero transmuta o homicídio doloso privilegiado em *assassinato* super simbólico. A figura, que não se reduz a retratos ou ideias, deve entender-se considerando as finalidades que serve, como seja a defesa do bem fundamental e supremo vida humana à luz do trágico do desespero<sup>24</sup>. Espectro *visível* (e compreensível pelo *outro*) que contudo não lhe encobre o nome nefando. Apenas esbate os infiéis ao Direito (à «realidade de normas»<sup>25</sup>) manchados pelo sacrilégio. Que nem por isso abandonam a condição de entes teromórficos (feras).

O delicado tema que aqui nos ocupa favorece a diferença de construções técnicas e científicas<sup>26</sup>. Por vezes trata-se da *grande variedade do mesmo*, ou até de *juízos de gosto* que dividem, ou de hábeis e alexandrinhas combinações. Da «imagem enigmática de um direito que já não é praticado mas apenas estudado»<sup>27</sup>. Não vem mal ao mundo por isso. São Sísifos, traçando com tempo e vagar (e *graça*) complexos planos de evasão.

De todo modo, como Baudrillard<sup>28</sup> percebeu, só os simulacros fascinam, seduzem, e *são*. Por detrás das coisas (da epifania do duplicado) não há, não se esconde, nada<sup>29</sup>. Por isso é «que é perigoso desmascarar as imagens»<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Expressão de David Lascano, recolhida em José Igreja Matos, *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual*, Coimbra Editora, 2010, p. 59

<sup>22</sup> «Nesta foto de verdade, o ser que eu amo, que amei, não está separado de si mesmo: finalmente, ele coincide. [A máscara desapareceu]. E, mistério, essa coincidência é como uma metamorfose. (...) O ar é a sombra luminosa que acompanha o corpo [o rosto]; se a foto não consegue mostrar esse ar, então o corpo vai sem sombra», R. Barthes, *A Câmara Clara*, p. 119-120 {Barthes, Roland – *La Chambre Claire (Note sur la photographie)*, Edições 70, 2010}

<sup>23</sup> Jean-Pierre Vernant, *Figuras, Ídolos, Máscaras*, Teorema, p. 21

<sup>24</sup> «A lei foi feita para os homens e não para os anjos (...)», Levy Maria Jordão *apud* M.L.O.M. Correia e Vale, *A circunstância atenuante da provocação*, BFDUC, Suplemento XII, 1960, p. 188

<sup>25</sup> G. Jakobs, *Sobre a Teoria da Pena*, p. 24 {Jakobs, Günther – *Zur Strafrecht*, trad. port. a partir da versão em espanhol de Manuel Cancio Meliá, Editora Manole, 2003}

<sup>26</sup> Para uma visão sintética (e algo didáctica) das diferenças e semelhanças entre as várias posições da doutrina dominante de então, v. Teresa Quintela de Brito, *Homicídio privilegiado: algumas notas (Liber Discipulorum)*, nota 11, pp. 901-930

<sup>27</sup> G. Agamben, *Estado de Excepção*, p. 98, acerca do ensaio de W. Benjamin sobre Kafka {Agamben, Giorgio – *Stato di Eccezione*, Edições 70, 2010}

<sup>28</sup> J. Baudrillard, *Simulacros e Simulação*, p. 11-12 {Baudrillard, Jean – *Simulacres et Simulation*, Relógio d'Água, 1991}

<sup>29</sup> Sartre, *assassinando* a existência do passado através do *historiador* Antoine Roquentin (outro personagem-narrador do desespero e do absurdo) em *A Náusea*, p. 122, *alumia*: «Agora compreendia: as coisas são inteiramente o que parecem – e por trás delas... não há nada» {Sartre, Jean-Paul – *La Nausée*, Publicações Europa-América, 1976}

---

Proscrita está a trivialização dos jogadores de palavras, essa grande animação/*rebelião* paralela que endeusa o linear, pois toda a edificação criminal é teleológica e não selvagem.

Embora haja casos de fronteira, filhos da desconstrução e da assimbologia do real, e do nosso *cérebro reptiliano*<sup>30</sup> (de que sabemos muito pouco), que por vezes são indistinguíveis da *magia*.

E então chegam de fora, do exterior e do silêncio, de passagem, outros *theourgos*...

Novembro de 2014

---

<sup>30</sup> Sobre o complexo reptiliano (a componente reptiliana da natureza humana) *estar no velho cérebro* (a que correspondem os comportamentos agressivos, hierárquicos, ritualistas e sexuais – domínios do complexo R), e os répteis serem os nossos antecessores/antepassados pré-hominídeos, juntamente com os mamíferos (“descendemos simultaneamente dos répteis e dos mamíferos”), cfr. C. Sagan, *Os Dragões do Éden*, págs. 70, 87, 156, 159, 163 e 165 {Sagan, Carl – *The Dragons of Eden*, Gradiva, 1985}. Para uma abordagem ontológica da relação entre o animal e o humano (antropomorfização do animal e animalização do homem – “O animal é o Indescobrível que o homem mantém e traz à luz enquanto tal”), cfr. G. Agamben, *O Aberto. O homem e o animal* {Agamben, Giorgio, *L’Aperto. L’uomo e l’animale*, Edições 70, 2011}