

TOBIAS BARRETTO

OBRAS COMPLETAS

V
DIREITO

MENORES E LOUCOS



1926 — EDIÇÃO DO
ESTADO DE SERGIPE

3.004

TOBIAS BARRETT

OBRAS COMPLETAS

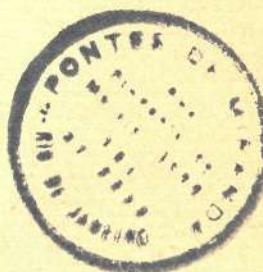
V

DIREITO

MENORES E LOUCOS

E

FUNDAMENTO DO DIREITO DE PUNIR



1926 □ □ □ EDIÇÃO DO
ESTADO DE SERGIPE

B 869.8

B 273

OCT

V. 5

DIR

Ex. 2

P.M.



Ex



Esta obra foi composta e impressa
nas officinas da Empreza Graphica
Editora de Paulo, Pongetti & C., á
Avenida Mem de Sá, 67 e 78 — Rio
de Janeiro.



RAZÕES DESTA EDIÇÃO

I — Decreto n.º 803, de 20 de Abril de 1923, do Governo do Estado de Sergipe.

II — Trecho da mensagem do Dr. Graccho Cardoso, Presidente do Estado, á Assembléa Legislativa de Sergipe, em 7 de Setembro de 1923.

I

DECRETO N.º 803

DE 20 DE ABRIL DE 1923

*Manda fazer a edição completa das obras
de Tobias Barreto*

O Presidente do Estado, considerando a acção preponderante que coube a Tobias Barreto na renovação do pensamento brasileiro, no ultimo quartel do seculo passado;

Considerando assim o valor inestimável da sua obra, quer seja encarada do ponto de vista philosophico e jurídico, quer vislumbrada unicamente pelo aspecto litterario, critico, poetic, oratorio e polemístico;

Considerando que se acham completamente exgostados os trabalhos do grande sergipano, e outros existem inéditos, os quaes, pelo seu alto apreço, merecem divulgados;

Considerando que a publicação systematizada de todos elles contribuirá para um conhecimento mais exacto da personalidade do eminent patrício e para o aferimento preciso da transformação que a sua influencia irradiadora operou no direito e nas letras nacionaes;

Considerando que é dever dos povos zelar pela memoria dos que glorificaram a Patria, e que aos Governos cumpre, nesse presuposto, contribuir para o estímulo moral das gerações futuras;

Considerando que não pôde haver melhor e maior monumento para uma agigantada figura intellectual do que a divulgação das suas idéas generosas, altas concepções do espirito e arrojadas creações do genio,

DECRETA:

Art. 1.º — O Governo fará, por conta do Estado, editar as obras completas de Tobias Barretto, comissionando, para o trabalho de colligir inéditos e preparar o material a imprimir, pessoa de reconhecida capacidade.

Art. 2.º — De accôrdo com o art. 3.º das disposições geraes da lei n.º 836, de 14 de Novembro de 1922, o Governo abrirá oportunamente os creditos necessarios.

Palacio do Governo do Estado de Sergipe, Aracajú,
20 de Abril de 1923, 35.º da Republica.

MAURICIO GRACCHO CARDOSO.

Hunald Santaflor Cardoso.

Do “Diario Official” do Estado de Sergipe, de 21 de Abril de 1923.

○ ○
○

II

Edição das obras de Tobias Barretto

“A administração não pôde ser indiferente, á memoria dos que glorificaram a Patria. Zelar-lhes pela permanente e viva lembrança das ideias grandiosas ou dos feitos varonis é dever mesmo precípua dos governos, como um estimulo moral ás gerações futuras.

Com esse elevado intuito foi que ordenei a edição completa, por conta do Estado, dos trabalhos de Tobias Barretto.

Estou que essa resolução merecerá o vosso aplauso. Ninguem pelo talento, pela cultura, pela combatividade, fóra de Sergipe, levou aos pincaros mais altos do pensamento, a tradição intelectual do Estado.

A sua formidável produção poetica, critica, oratoria e polemistica — apesar do papel renovador que exerceu nas letras nacionaes no ultimo quartel do seculo XIX — permanecia já hoje, entretanto, de poucos conhecida, por se acharem completamente esgotadas algumas das suas melhores obras, e outras se conservarem até agora inéditas.

No presuposto de contribuir assim para um conhecimento mais exacto da personalidade do eminentíssimo e para o aferimento de sua influencia irradiadora no direito, na philosophia e na litteratura brasileira, foi que commisionei o dr. Manoel dos Passos Oliveira Telles, discípulo e amigo que foi do grande mestre para colligir inéditos e preparar o material a imprimir da futura edição.”

Da mensagem do Presidente Graccho Cardoso, em 1923.



TOBIAS BARRETTO

(AOS 41 ANNOS)



ADVERTENCIA (I)

O auctor da presente monographia, poeta e critico habilitissimo, apresenta-se-nos agora como jurista emerito. O Dr. Tobias Barreto de Menezes, em vinte e douos annos de vida de imprensa, tem atravessado tres phazes completamente distintas. Fundou, de 1862 a 1870, no Recife, a celebrada escola *hugoana* em poesia. De 1870 a 1880, periodo em que residiu na pequena cidade da Escada, em Pernambuco, longe de ficar inactivo, vimo-lo lançar as bases de outro movimento intellectual, o *germanismo*, como substituição á nossa inverteada imitação franceza. De 1880 em diante, applicando-se mais particularmente ao estudo da jurisprudencia, entrou para a Faculdade do Recife, e abrio assim a terceira phaze de sua vida mental: a de professor e jurisconsulto.

Se os *Dias e Noites* atestam brilhantemente seu talento de poeta; se os *Ensaios de Philosophia e Critica* e os *Estudos Alemães* dão testemunho eloquente de sua habilidade de critico, o presente opusculo sobre *Menores e Loucos em Direito Criminal*, falla bem alto em favor da sua erudição e atilado senso philosophico em materia havida por arida, qual é a jurisprudencia.

O illustre professor do Recife é o primeiro a applicar a intuição do *monismo* häckeliano ao estudo do direito no Brazil. Espírito investigador, o Dr. Tobias Barreto evita a rota por todos batida e gosta de ser o portador de doutrinas e theorias novas.

(I) — Acompanhava a primeira edição, de H. Laemmert & C. Rio, 1884.

X

O trabalho sobre *Menores e Loucos*, que ora damos á luz, é de caracter theorico e é apto a despertar a attenção e merecer a leitura dos moços estudantes de nossas Faculdades juridicas, e, em geral, de todos os que se applicam ás investigações e analyses do direito criminal.

Publicando-o, confiamos ter prestado um serviço ás letras brazileiras.

O publico o decidirá.

Rio de Janeiro, Março de 1884.

OS EDITORES



ADVERTENCIA (II)

E' esta a segunda edição do notavel ensaio — *Menores e Loucos em Direito Criminal* — do Dr. Tobias Barreto de Menezes, muito illustrado lente de nossa faculdade juridica.

A presente edição distingue-se da primeira, apparecida ha cerca de dous ou tres annos, em conter o dobro da materia alli abrangida, além de diversas modificações no texto primitivo.

E' assim que o § 4º do Art. 10 do Codigo Criminal, não discutido da outra vez, é agora submettido á vasta e demorada analyse. Comprehende-se bem facilmente, sem que seja preciso encarecel-a, a importancia pratica e doutrinaria do assumpto ahi esplanado.

E' assim ainda que o presente livro encerra um *appendice*, reproduzindo aquella inoividavel brochura sobre o *Fundamento do Direito de Punir*, apparecida pela prima vez ha mais de seis annos, e que foi, os competentes o sabem, o primeiro brado para a reforma da nossa antiga intuição juridica, pondo-a de accôrdo com a philosophia contemporanea no que ella tem de mais elevado.

Cremos ser o bastante para justificar a nova edição dos *Menores e Loucos*.

Temos agora completa a analyse do Art. 10 do Codigo Criminal em todos os seus paragraphos, e temos em todo o

(II) — Acompanhava a segunda edição, de Recife, Typographia Central, 1886.

XII

correr do livro em palavras da nitidez de brunido metal as paginas mais bellas que já uma vez foram escriptas no Brazil sobre o conceito do direito e da pena.

Basta.

Recife, 30 de Agosto de 1886.

O EDICTOR

MENORES E LOUCOS

EM DIREITO CRIMINAL

(Estudo sobre o art. 10 do Código Criminal do Império)



COMO INTRODUÇÃO

A CONCEPÇÃO da sociologia, e especialmente a concepção do direito, ainda hoje correntes entre nós, são um pedaço de metaphysica, um resto de mythologia.

Ainda hoje em nossas Faculdades juristicas propõem-se questões como esta:

“Conforma-se com os principios da sciencia social a doutrina dos *direitos naturaes e originarios* do homem ?”

Uma these assim envolve uma questão preliminar, que deve ser elucidada antes de qualquer solução ulterior, e é a seguinte: a sciencia social já tem principios, já tem verdades assentadas, que determinem a conformação ou não conformação dos direitos naturaes e originarios do homem, com essas mesmas verdades e principios estabelecidos ?

Dou-me pressa em respondel-a. A sciencia social, como conjunto de idéas adquiridas e systematisadas sobre os phenomenos sociaes e suas leis, ainda se acha, por assim dizer, em estado embryonario. Na classificação das sciencias ella occupa o ultimo lugar da série ascendente; mas isto, bem ao envez do que podéra parecer, indica justamente que essa sciencia, até hoje pelo menos, não é mais do que um *pium desiderium* do espirito scientifico.

Porquanto, se todas as sciencias, antes de tudo, devem ter um methodo, e este é o methodo de observação e inducção, é innegavel que a sociologia não satisfaz ainda a semelhante exigencia, isto é, os seus phenomenos ainda não se prestaram a uma observação regular, e muito menos tem sido possivel, do pouco que se ha observado, induzir leis e chegar ao conhecimento das causas reaes, que geram os factos, cuja somma constitue a sociedade.

Verdade é que a sociedade, na qualidade de um organismo de ordem superior, na qualidade, não de uma antithese, mas de uma continuaçāo da natureza, deve ter a sua mecanica; mas essa mecanica, para dizer tudo em uma só palavra, ainda não encontrou o seu Kepler.

E' um facto que a sociedade se desenvolve; porém as leis desse desenvolvimento não estão descobertas, o que importa dizer que a sciencia social existe ainda apenas como uma aspiração, e, em tāes condições, não tem, não pôde ter principios seus, principios proprios, com os quaes possam conformar-se os direitos, quaesquer direitos do homem.

Em outros termos, a sociologia não se acha no caso de bitolar pelos seus dados, pelo enunciado dos seus problemas, os conceitos de outra qualquer sciencia.

Não se diga que a sciencia social é um genero, que abrange em si diversas especies, algumas das quaes já têm attingido um grāo de desenvolvimento capaz de conferir-lhes o poder de adaptar aos seus os velhos conceitos scientificos; e não se diga, porque o mesmo exemplo da economia politica, que se considera muito adiantada, em vez de infirmar, antes confirma o meu asserto.

Com todos os seus progressos, reaes ou presumidos, a economia politica ainda discute sobre as suas idéas fundamentaes.

As noçōes de *valor*, *capital*, *trabalho* mesmo, não se acham definitivamente assentadas.

O grande phenomeno do movimento economico, ou do desenvolvimento da riqueza, não achou nem se quer ainda uma formula, que o represente.

A ligereira desse movimento, que ao contrario do que se dá no mundo physico, onde a ligereira é igual á $\frac{\text{força}}{\text{massa}}$ é igual á $\frac{\text{massa}}{\text{força}}$, constitue ainda uma questão ardente: esta força, que serve de denominador da fracção, é o capital ou o trabalho?

E' *lis sub judice!*...

Quando fallo de sciencia social, só tenho em vista uma tal, que se basēa nos dados communs a todas as sciencias de observação.

Quanto, porém, a uma velha sciencia da sociedade, a esse pedaço, repito, de metaphysica e mythologia, que não pôde

hoje fazer as delicias de espiritos sérios, eu a considero fóra do circulo das minhas meditações.

O celebre David Hume disse uma vez: "Quando entrardes em uma bibliotheca e pegardes de qualquer livro, perguntai primeiro: este livro trata de numeros ?

Se a isto vos responderem negativamente, então queimai o livro, porque não pôde conter senão rabulices e sophisticarias".

E' o caso com a decrepita metaphysica social.

Entretanto, e pondo termo á questão preliminar, o que ahi fica dito a respeito da sociologia embryonaria, da sociologia em via de formação, não envolve a idéa de que a segunda parte da these seja incompativel com a primeira.

Pelo contrario.

Dados os principios da sciencia social, como ella existe, como ella se acha, é conformavel com esses principios a doutrina dos direitos naturaes e originarios do homem ?

Quando mesmo taes principios não sejam mais do que hypotheses, conforma-se com estas hypotheses a referida doutrina ?

Eis o ponto elucidavel.

A theoria dos direitos naturaes e originarios pertence a uma época já um pouco distante de nós.

A concepção de um direito superior e anterior á sociedade, é uma extravagancia da razão humana, que não pôde mais justificar-se.

O homem é um ser *historico*, o que vale dizer, que elle é um ser que se *desenvolve*.

A idéa de um direito natural e originario do homem envolve a de um direito universal e permanente, a de um direito, quero dizer, que não está sujeito a relatividades, nem no espaço, nem no tempo.

Um direito universal é um direito, que existe para todos os povos; um direito permanente é um direito immovel, isto é, um direito que não se desenvolve; mas de acordo com as noções correntes da propria sociologia, que se fórmá, tudo está subordinado á lei do desenvolvimento, da qual não escapa o direito mesmo.

E' concludente, portanto, que a theoria dos direitos naturaes não se harmonisa com a sciencia social.

XVIII

“Um direito universal, diz R. von Ihering (*Der Zweck im Recht*), um direito de todos os povos, está no mesmo pé que uma receita universal, uma receita para todos os doentes”.

A ethnologia nos mostra que as diferenciações que produzem as raças, trazem differengas nos costumes, nas leis, nas instituições dessas mesmas raças, e a historia confirma essa asserção.

A universalidade do direito é simplesmente uma *phrase*.

Mas objectar se me-ha: — existem certos direitos, que se têm feito valer em todos os tempos e em todos os lugares, até onde pôde chegar a observação directa e indirecta: não serão elles originarios, não são elles naturaes?

Não hesito, mesmo assim, em responder negativamente.

A expressão *direito natural* valeu por muito tempo, e ainda hoje vale como antithetica da expressão *direito positivo*. Admittir um direito natural é admittir que a *positividade* não é o caracteristico de todo o direito.

Mas eu penso com George Meyer (*Das Studium des oeffentlichen Rechts in Deutschland*) que, se ha uma verdade, digna de ser geralmente aceita e reconhecida, é a da *positividade* de todo o qualquer direito.

Desde que na idéa do direito entrou a idéa da lucta, desde que o direito nos apparece, não mais como um presente do céo, porém, como um resultado de combate, como uma conquista, cahio por terra a intuição de um direito natural.

Bem como as artes, bem como as sciencias, o direito é um producto da cultura humana; fóra desta, em qualquer grao que ella seja, nenhum direito, nenhuma disciplina das forças sociaes.

Os chamados direitos naturaes e originarios, como o direito á vida, á liberdade e poucos outros, nunca existiram fóra da sociedade; foi esta quem os instituiu e consagrou.

Parece absurdo, eu sei, exprimir-me assim; mas não é tal.

O direito que foi mui bem definido pelo illustre R. von Ihering como um complexo de condições existenciaes da sociedade, asseguradas por um poder publico, o direito, repito, nasceu no dia em que nasceu a mesma sociedade.

E' uma velha illusão esta que ainda leva muitos espiritos a abandonarem os ensinos da experienzia, os testemunhos da

historia, e continuarem a sonhar com direitos preexistentes aos primeiros ensaios de organização social.

Uma das melhores provas de que a concepção de um tal direito é simplesmente o resultado do espirito de uma época, nós achamol-a na consideração seguinte: o direito natural dos tempos modernos é inteiramente diverso do *jus naturale* dos romanos; quem nos pôde garantir que para o futuro o conceito de um direito natural não será tão diferente do hodierno, quanto este é diverso do romano?

Fallemos ainda mais franco: o direito natural moderno com o seu *ápriorismo*, com suas pretenções de filho unico da razão humana, é uma criação da Hollanda no seculo XVII.

Mas é digno de nota: o celebre Grotius, que abrio caminho a esse preconceito scientifico, além de outros escriptos, consagrou tambem o seu *Mare liberum* á exposição da nova idéa.

Entretanto essa mesma obra, cheia de appellos á razão, tem por *sub-titulo* as seguintes palavras, que dão a medida do grande conceito: *Sive de jure, quod Batavis competit ad indiana commercia...*

Bom direito natural !

Resumamos e concluamos.

Qualquer que seja o estado da sciencia social, ou os seus principios sejam realmente taes, ou sómente presupostos de uma sciencia que se levanta, a verdade é que a doutrina dos direitos naturaes e originarios não se conforma com aquelles principios.

E digo mais: a theoria de semelhantes direitos não é sómente inharmonisavel com os referidos presupostos, mas até sucede que a sua permanencia é um obstaculo ao desenvolvimento da sociologia.

Platão disse: não ha sciencia do que passa; a moderna theoria da evolução inverteu a proposição e redarguiu ousada: só ha sciencia do que passa, porque a historia só se occupa do que passa, e todas as sciencias caminham para tornar-se preponderantemente historicas.

Não me é estranho que a these academica tem um modo, já consagrado, de ser resolvida: porém, eu tenho tambem de respeitar as minhas proprias convicções.

Não ha direitos naturaes e originarios.

O que nós hoje chamamos direito é uma transformação da *força*, que limitou-se e continua a limitar-se no interesse da sociedade. A idéa de direitos originarios arrasta, como associado logico, a de direitos derivados. São cathegorias, que já não têm importancia scientifica.

Os direitos, como taes, quer como condições de existencia, quer como condições evolucionaes da vida social, são da mesma natureza, e são-no justamente, porque sahem da mesma fonte; esta fonte é a sociedade.

E seja-me permitido repetir agora o que já tive occasião de exprimir de outra vez:

Em nome da religião, disse o sublime gnosta, auctor do quarto evangelho: no principio era a palavra (*in principio erat verbum*); em nome da poesia, disse Gœthe: no principio era o acto (*im Amfang war die That*); em nome das sciencias naturaes, disse Carus Sterne: no principio era o carbono (*im Amfang war der Kohlenstoff*); em nome da philosophia, em nome da intuição monistica do mundo, quero eu dizer: no principio era a *força*, e a *força* estava junto ao homem, e o homem era a *força*.

Desta *força* conservada e desenvolvida, é que tudo tem-se produzido, inclusive o proprio direito, que em ultima analyse não é um producto *natural*, mas um producto *cultural*, uma obra do homem mesmo.



MENORES E LOUCOS

I

E' BEM sabido o methodo adoptado pelo nosso legislador criminal. Definida e classificada a idéa geral do delicto, expostas as exigencias conceituaes do delinquente e as suas diversas cathegorias, o Codigo passa a mencionar todos aquelles que, ou por motivos de ordem politica, ou por lhes faltar a base psychologica do crime, não são por elle considerados criminosos. A este duplo processo de *inclusão* e *exclusão* é consagrado o primeiro capitulo, composto de 13 artigos, que na sua apparente simplicidade, debaixo do espartilho de um laconismo exagerado, escondem materia sufficiente para largos e longos tratados, sem fallar do muito que elles se prestam a erros e disparates na practica forense.

Isto, porém, não constitue o meu assumpto. Que o Codigo está muito aquem do que deve ser, na época actual, a legislação penal de qualquer paiz, que toma parte no banquete da cultura moderna, ainda mesmo sendo, como somos, dos que ficaram para a *segunda mesa*; que o Codigo, em uma palavra, é lacunoso e incompleto, para que mais repetil-o e accentual-o? O que importa, sobretudo, se não é de certo permanecer na crença, pueril de

que o Código Criminal brasileiro foi recebido directamente das mãos da *nympha Egeria*, já não é tambem tratar sómente de sublinhar-lhe os innumeros defeitos, que começam a ser visiveis até aos olhos dos que pouco vêem.

Perdida como se acha, ao menos para mim, a esperança de uma reforma das nossas leis penas, no sentido de dar-se-lhes uma feição mais accommodada ao estado da sciencia hodierna, o que convém fazer, porque é tambem o que resta, é tirar dos defeitos mesmos o melhor partido possível, estudando-os e suprindo-os por meio das fontes regulares do direito.

Entre estas fontes figuram os processos logicos, em cujo numero se acha a *analogia*. O velho prejuizo, que já tive occasião de combater (1), pelo qual se considera a analogia incabivel na applicação das leis criminaes, ainda tem infelizmente entre nós a cabeça levantada. Mas eu sinto-me com forças para esmagal-o, tão fraca se me afigura a base, em que elle se apoia. A analogia, segundo Feuerbach, que aliás fôra ao principio um adversario decidido da sua applicação na esphera do direito criminal, não se distingue do proprio espirito da lei, ou melhor, segundo me parece, pois entendo que o attributo deve sempre ser mais claro que o sujeito, o chamado *espirito da lei*, pondo de parte o elemento gnomico e mythologico inherente a todas as phrases creadas para deslumbrar os tólos, se reduz a um simples alargamento, por extensão analogica, dos principios juridicos, em apparencia fixos e inexpansiveis.

E' um erro affirmar, como em geral se affirma, que o direito criminal só admitte interpretação restrictiva.

(1) Vide a *dissertação* sobre o mandato em materia criminal; Recife, 1882.

Não é facil descobrir a razão deste preceito. Os que repetem-no a todo proposito com o mesmo grão de confiança, com que se enuncia uma verdade mathematica, não tem entretanto outro meio de justifical-o, senão repetir que assim é, porque (este *porque* faz mal aos nervos)... *benigna amplianda, odiosa restringenda!* E d'est'arte uma *velha paremia*, um *anexim decripto*, uma d'essas ligeiras inducções, precocemente elevadas á categoria de normas de conducta, serve, entre nós, de fundamento indiscutivel da doutrina criminalistica, em um dos seus pontos mais importantes... Isto só se explica pela completa falta, que temos, de uma theoria scientifica das fontes do direito; lacuna esta, para cujo preenchimento ainda esforçar-me-hei por prestar a minha contribuição, que será tanto mais util, quanto é certo que não terei a ousadia de escrever uma *Ilias post Homerum*. A nossa litteratura juridica, se de tal podemos fallar, nada possue neste sentido.

Costuma-se allegar, como razão peremptoria, que a interpretação ampliativa no direito criminal teria por consequencia pôr em perigo a liberdade do cidadão, entregue á mercé do capricho individual dos julgadores. Mas é o caso de dizer com Rossirt que a liberdade deve ser protegida por outro modo, que não o simples respeito da letra da lei; porquanto, onde a independencia e integridade dos juizes, a honra do soberano e da nação não são garantias sufficientes de justiça, a lei é um instrumento na mão dos mais sabidos. A santidade do direito e de sua justa distribuição não pôde ser posta em perigo por esta ou aquella doutrina dos juristas. (2).

Ainda baseio-me, sobre este ponto, na opinião de Puchta, para quem a sciencia tambem é uma fonte juri-

(2) *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, pag.32.

dica. (3) Com efeito não comprehendo que valor poderia ter o estudo do direito, se os que a elle se consagram, fossem obrigados, como os *doutores da lei* da escola do rabino Schammai, a ser somente exegétas, a não sahir do texto, a executar simplesmente um trabalho de *midrasch*, como dizem os judeus, isto é, de escrupulosa interpretação litteral. Assim viríamos a ter, não uma *sciencia do direito*, mas uma *sciencia da lei*, que podia dar o pão, porém, ao certo, não dava honra a ninguem. Assentar-lhe-hia em cheio o *leider auch* com que Goethe humilhou a *theologia*; e cada um de nós poderia, com mais razão do que Fausto, zombar do seu doutorismo — *heisse Doctor gar!...*

Estas considerações, que parecem afastadas da matéria, de que pretendo tratar, estão entretanto em intima relação com ella. Na analyse, que me propuz fazer, do art. 10 do nosso Código, tenho de abrir lucta franca e decidida com o *litteralismo* esteril e anachronico. Eu disse — *anachronico*, — e quasi que sinto-mé tentado a riscar a palavra. Porquanto o *litteralismo* jurídico-penal, como nós o temos, ou, pelo menos, se nos insinúa, é cousa que nunca teve seu tempo. Entre os romanos mesmos, com todos os seus apurados conceitos de... *juris rigor*, *subtilitas*, *severitas*, *stricta ratio*, *subtilis ratio*, e no proprio terreno criminal, a letra tinha pouca importancia, o espirito era tudo. Não era só em matéria civil, que elles estabeleciam distinção entre... *sententia legis* e *verba*, *sententia* e *scriptura* (Callistrato); entre *verborum figura* e *mens* (Javoleno); entre *verba* e *sententia edicti* (Ulpiano); entre *contextus verborum scripturæ* e *mens* (Modestino); entre *verba legis* e *sententia* (Antonino), etc. Tambem na esphera criminal prevaleciam estas anti-

(3) *Vorlesungen*, § 1-4.

theses. A par de muitos outros, ha um lugar nos textos, que eleva isto acima de qualquer duvida. A lei 131 § 1.^º do Dig de *verborum significatione* (50, 16) diz: — *pœna non irrogatur, nisi quæ quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est.* Qual era então esse *quo alio jure* specialiter huic delicto imposita est. Qual era então esse *quo alio jure*, que se punha ao lado da lei, para suprila? Tudo que *vicem legis optinet*, e dest'arte vale como fonte de direito, por isso tambem tudo aquillo que se forma por meio da interpretação dos juristas, cujo ponto de apoio, é a analogia.

Accresce uma circunstancia, que precisa ser bem ponderada. O principio do *æquum et bonum*, a *æquitas* dos romanos, que a nossa *equidade* está mui longe de traduzir, era mais racional do que sentimental; não era, como entre nós, um synonimo de compaixão, que só trata adoçar o rigor da lei, mas um modo de interpretar, filho das novas em lucta com as velhas intuições, que estendia muitas vezes esse mesmo rigor aos casos não expressos. (4) Porque razão não seguimos tão proficuo exemplo?

Com todo acerto diz Rossirt que, para descobrir-se o direito adaptado a um caso particular, quando nos faltam a lei e o costume, ha dous caminhos a tomar: o caminho *formal*, que é o dos principios com as suas consequencias, o dos processos logicos em geral, e o caminho *material*, que é seguir aquillo que corresponde *in concreto* aos interesses mais salientes e mais dignos de salvaguardar-se.

(4) Moritz Voigt — *Das jus naturale der Romer* — I, pag. 24 e seguintes. Para tornar bem comprehensivel este ponto, eu me permitto construir uma hypothese. Supponhamos que os romanos tivessem uma disposição igual á do art. 16, § 2º do nosso Código, que considera aggravante a circunstância de commetter-se o crime com *veneno, incendio ou inundação*. Dado um homicídio, por exemplo, em que o meio empregado não fosse nenhum dos tres mencionados, mas outro qualquer, ainda que diferente, todavia de igual terribilidade

E' só assim comprehendida que a sciencia do direito criminal me parece capaz de merecer alguma attenção.

Voltemos ao nosso assumpto.

O art. 10 doCodigo encerra a questão, que elle tambem resolve a seu modo, da imputação criminal. Geralmente a psychologia, de que se servem os legisladores penas para delimitar o conceito do criminoso, é uma *psychologia de pobre*; e o nosso não faz excepção. Tres ou quatro noções, tradicionaes, que se recebem sem exame, como velha moeda, cujo peso e legitimidade ninguem se dá ao trabalho de verificar, a isto se reduz toda a despeza philosophica do nosso Codigo. Não sei se é um bem, ou um mal; nem eu pretendo elogial-o, ou censural-o, por tão pouco. Mas julgo cabivel repetir aqui as palavras do celebre folhetinista austriaco, Daniel Spitzer: "nós vivemos em uma época de muita desconfiança: coloca-se contra a luz a nota de banco, antes de aceital-a, e introduz-se o *galactometro* no leite, antes de bebel-o; estuda-se com todo cuidado uma *Madonna* de Holbein, que até hontem passou por verdadeira, e chega-se a duvidar que S. Pedro tivesse estado em Roma; os velhos deuses mesmos devem de novo sujeitar-se a exame, e ai! delles, se têm de responder a um examinador inexorável, como David Strauss. Ensinou-se-nos, em tudo, a perguntar: *porque?* e não passa cousa alguma, que não

e revelador do mesmo grão de malvadeza, ao passo que entre nós o facto seria julgado um homicídio simples, os romanos, ao contrario, levados pelo *æquum et bonum*, applicar-lhe-hiam aquella circunstancia. Nada de mais razoavel. Morrer por força de uma materia explosiva, de um preparado *nitroglycerico* ou *dynamitico*, não é de certo morrer *envenenado*, nem *incendiado*; nem *inundado*; mas nem por isso deixa de ser uma morte horrivel, e o seu executor um dos homicidas qualificados pelo art. 192. Felizmente não é facil que tenhamos de apreciar um caso desta ordem. Os *analogophobos* litteralistas, os escrupulosos *sacerdotis juris*, não diriam a *missa*, por não encontrarem na *folhinha* o nome do defuncto.

tenha força para justificar-se diante desse — *quem vem lá?* — proferido pela sciencia."

E' certo que tão longe não vão os meus escrupulos; mas nem por isso deixo de obedecer á tendencia da época: desconfio tambem de muitas estrellas, que são talvez fogos fatuos, e ponho em duvida a decantada sabedoria do nosso velho legislador criminal.

A tres ou quatro noções tradicionaes, disse eu, que se reduzia toda a despeza philosophica doCodigo; e é facil verifical-o. Além da *vontade*, que apparece como presupposto indispensavel do crime nas expressões — *acção ou omissão voluntaria* do art. 2.^º § 1.^º, e no final do § 2.^º, que caracterisa a tentativa; além da *má fé*, exigida pelo art. 3.^º, e que ahi se dá como uma alliance binaria de *conhecimento do mal e intenção de o praticar*; além do *discernimento*, emfim, de que trata o art. 13, o Codigo não conhece outros elementos, outros factores psychologicos que devam funcionar na genetica do delicto. O *momento* da liberdade, como se vê, foi posto de lado. Só indirecta e negativamente, é que elle apparece na disposição do § 3.^º do art. 10. Sob o ponto de vista philosophico, haveria nesta falta um merito subido, se tivessemos razão de crer que o legislador procedeu com toda a consciencia do grande passo que dava em deixar de parte, como prejudicado e sem valor apreciavel, o conceito da liberdade.

Mas é certo que isto não lhe veio ao cerebro, nem se quer em sonho; e quando lhe viesse, quando fosse mesmo um resultado de reflexão, tambem não ha duvida que, sob o ponto de vista juridico, a qualidade se converteria em defeito.

Realmente, neste terreno, no terreno empirico do direito, pouco importa que o homem seja livre, ou deixe de sê-lo, segundo fabúlam, de um lado, os metaphysicos

do *espirito*, e, de outro lado, os metaphysicos da *materia*. Para firmar a doutrina da imputação, o direito aceita a liberdade como um postulado da ordem social; e isto lhe é bastante. A theoria da imputação, ou *psychologia criminal*, como a denominam os juristas allemaes, apoia-se no facto empirico, indiscutivel, de que o homem normal, chegando a uma certa idade, legalmente estabelecida, tem adquirido a madureza e capacidade precisas, para conhecer o valor juridico de seus actos, e determinar se livremente a practical-os. São portanto condições fundamentaes de uma acção criminosa imputavel as unicas seguintes: 1.^o o conhecimento da illegalidade da acção querida (*libertas judicii*); 2.^o o poder o agente, por si mesmo, deliberar-se a practical-a, quer commissiva, quer omissivamente (*libertas consilii*). E' o que resulta do proprio conceito da imputação.

“Imputar, diz Zacharice, é julgar alguem auctor de um certo facto, isto é, julgal-o causa de um certo effeito, segundo as leis da liberdade.” (5).

Estas leis podem ser para o philosopho as mesmas leis da natureza, — e eu não estou longe de crê-lo — mas formam para o jurista e para o legislador um domínio particular.

Já se vê que o Codigo não peccaria por excesso de clareza, se tivesse manejado com mais sciencia estas primeiras verdades do direito penal. O *conhecimento do mal*, de que falla o art. 3º, satisfaz á exigencia da *libertas judicii*; mas o mesmo não succede com a *intenção de o praticar*, que não corresponde exactamente á condição da *libertas consilii*. Como phenomeno intellectual, como synonimo de designio, projecto ou intuito, a in-

(5) *Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts*, § 31.

tenção não presupõe necessariamente a liberdade de escolha entre caminhos diferentes. Como forma da vontade, como desejo ou proposito deliberado de obrar, também não exclui a possibilidade da falta de livre arbitrio. Sobre este ponto, a lacuna do Código é incontestável.

Não é isto, porém, o que mais temos a lastimar. O que me causa maior impressão de estranheza é vêr que o referido artigo tem aberto e continua a abrir caminho a muita interpretação grotesca. Os tribunaes, com os seus julgados, e o governo, com os seus *avisos*, têm mostrado mais de uma vez que as altas posições não livram sempre da tolice, da ignorancia chata e irremediavel; tal é a força dos dislates occasionados pelo modo de comprehendêr aquella disposição do Código.

Elle diz: — “Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar.”

Aqui levanta-se uma primeira questão, que aliás nunca foi suscitada, e é a seguinte: — a *criminalidade* só chega, até onde chega a *má fé*? Uma e outra são idéas, que se cobrem, que se ajustam em todos os pontos, como douz circulos, que têm igual diametro? Sim, ou não. No caso negativo, o principio do Código é falso, ou pelo menos incompleto; no caso affirmativo, é o Código mesmo quem se incumbe de refutar a sua proposição, uma vez que, na parte especial, trata de crimes, nos quaes a *má fé* não acompanha todos os momentos da delinquencia. O momento, por exemplo, do grave incommodo de saúde ou de inhabilitação de serviço por mais de trinta dias, que forma o conteúdo do art. 205, não supõe, senão excepcional e rarissimamente, o conhecimento do mal e intenção de o praticar; não obstante, ha um agravamento de criminalidade, que provoca e justifica o agravamento da pena.

Não ficamos ahi. Costuma-se dizer, e é hoje ponto assentado, que o art. 3º não envolve questão de facto, mas de direito, e que a doutrina nelle exarada se acha reproduzida nos arts. 10 e 13. Não ha, no genero, maior contrasenso. No art. 10 estão, por exemplo, compreendidos os loucos, como livres de imputação criminal; a apreciação da loucura, em qualquer de suas formas e symptomas differentes, envolverá porventura o que se costuma chamar uma *questão de direito?* Pergunto só para rir-me, visto que não ha quem hesite seriamente em contestal-o. Se, porém, me objectam que, não obstante o art. 3º encerrar mera doutrina, são todavia as disposições do art. 10 que contêm applicações positivas, resta sempre a demonstrar, por que processo *magico*, — pois *logico* não existe, — uma questão de direito naquelle, sendo *reproduzida* neste artigo, se converte de repente em uma questão de facto.

Além disto, importa ainda notar uma outra inexactidão da theoria corrente. Se o art. 10 reproduz, como se diz, a doutrina do art. 3º que exige, como condições de imputabilidade, o conhecimento do mal e a intenção de o praticar, é difficult de comprehendender a applicação deste principio á hypothese do § 3º daquelle mesmo artigo. Por quanto os “violentados por força ou por medo irresistiveis” têm conhecimento do mal que praticam máo grado seu, — isto mesmo está contido no proprio conceito da violencia. Não existe, pois, em taes casos a presuposição de completa ausencia de *má fé*, segundo o Codigo definio-a; e é um erro, por conseguinte, affirmar cathegoricamente sem reserva e distincção alguma, que o principio do art. 3º se acha especificado nas hypotheses do art. 10.



II

JÁ uma vez o direito: — a disciplina das forças sociaes, o principio da *selecção* legal na lucta pela existencia. De acordo com a philosophia monistica e com os dados da sciencia moderna, posso ainda definil-o: o processo de *adaptação* das acções humanas á ordem publica, ao bem-estar da communhão politica, ao desenvolvimento geral da sociedade.

E' estudada a luz destas idéas, que a pena tem um sentido. A imputação criminal consiste justamente na possibilidade de obrar conforme o direito, isto é, na possibilidade de *adaptar* livremente os nossos actos ás exigencias da ordem social, cuja expressão é a lei. Eu considero o crime uma das mais claras manifestações do principio naturalistico da *hereditariedade*, e como tal, quando mesmo elle fosse o que os sentimentalistas liberalisantes pretendem que seja, quero dizer, um phenomeno morbido, um resultado de doença, nada prohibia que, tambem neste dominio, como em todos os outros da natureza, a *adaptação* procurasse eliminar as irregularidades da *herança*. Se por força da selecção natural ou artistica, até as aves mudam a côr das plumas, e as flôres a côr das petalas, porque razão, em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direcção da sua indole? Em quanto, pois, os defensores da *pathologia cri-*

minal, em cujas obras a sociedade inteira apparece como uma immensa *casa de orates*, em quanto esses illustres — *savantissimi doctores, medicinæ professores*, — como diria Moliére, não descobrirem o meio *nosocratico* sufficiente para oppôr barreira ao delicto, a pena será sempre uma necessidade. Mais tarde ver-se-ha nella, em nome de Darwin e de Haeckel, alguma cousa de semelhante á *selecção espartana*, ou uma especie de *selecção juridica*, pela qual os membros corruptos vão sendo postos á parte do organismo social *communum*.

Disto, felizmente, quero dizer, da necessidade da pena, estão ainda convencidos todos os legisladores. A pequena dose de verdade, que ha nas pretenções dos pathologos do crime, não chega para desmanchar a impressão do que elles têm de exagerado e erroneo. Os actos do homem não comportam de certo a imputabilidade absoluta que resulta do caracter intelligivel da liberdade, segundo a doutrina kantesca, tão justamente qualificada por Schopenhauer de *desazado pedantismo moral*. Mas o direito não exige, nem precisa exigir tanto. Basta-lhe sómente a imputabilidade relativa, a unica possivel nos limites da fraqueza humana. Dentro destes limites, e ainda dando-se conta de todos os factores latentes, que determinam uma boa parte das acções do homem, resta sempre um largo terreno, em que elle é responsavel por ellas.

A idéa do *criminoso* envolve a idéa de um espirito que se acha no exercicio regular das suas funcções, e tem, portanto, atravessado os quatro seguintes momentos da evolução individual: — 1.^º a consciencia de si mesmo; — 2.^º a consciencia do mundo externo; — 3.^º a consciencia do dever; 4.^º a consciencia do direito. O estado de irresponsabilidade por causa de uma passageira ou duradoura perturbação do espirito, na maioria dos casos, é um estado

de perda das duas primeiras formas da consciencia ou da normalidade mental. Não assim, porém, quanto á carencia de imputação das pessoas de tenra idade, e em geral de todas aquellas que não attingiram um desenvolvimento sufficiente; neste caso, o que não existe, ou pelo menos o que se questiona, se existe ou não, é a consciencia do dever, e algumas vezes tambem a consciencia do direito.

O nossoCodigo, no art. 10, não fez mais do que reconhecer uma velha verdade, consagrada pela historia em todos os periodos culturales do direito penal. Commeteu, entretanto, além de outros, que serão apontados, um erro de methodo: — foi reunir em uma só cathegoria diversas classes de sujeitos irresponsaveis, que não se deixam reduzir a um denominador commun, isto é, a ausencia do que eu chamei *normalidade mental*. Em outros termos, o Código confundio a *imputatio juri* ou *imputabilitas*, cuja falta caracterisa os menores e os mente-captos, com a *imputatio facti*, que não se faz valer para com os mencionados nos §§ 3º e 4º do citado artigo.

Mas vamos ao ponto central da nossa analyse. Diz o Código: "Tambem não se julgarão criminosos: § 1º os menores de quatorze annos; § 2º os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime; § 3º os que commetterem crimes violentados por força ou por medo irresistiveis; § 4º os que commetterem crimes casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licto, feito com a tenção ordinaria."

Eis ahi um modelo de simplicidade, que é pena não seja tambem um modelo de perfeição. Apreciemol-o detalhadamente.

Os legisladores de quasi todos os paizes têm sempre estabelecido uma época certa, depois da qual, e só depois della, é que pode ter lugar a responsabilidade criminal.

O nosso Código seguiu o exemplo da maioria dos povos cultos, e fixou tambem a menoridade de quatorze annos, como razão peremptoria de escusa por qualquer acto delituoso. Em termos technicos, o Código estabeleceu tambem, em favor de taes menores, a *presumptio juris et de jure* da sua immaturidade moral. É, porém, para lastimar que, aproveitando-se da doutrina do art. 66 e seguintes do *Code Pénal*, o nosso legislador tivesse, no art. 13, consagrado a singular theoria do *discernimento*, que pôde abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um spectaculo doloroso.

A disposição do nosso Código encontra, como já disse, disposições similares nos Códigos de outras nações. Isto, porém, não obsta que seja ainda hoje questão aberta entre os criminalistas a vantagem ou desvantagem da fixação legal de uma época além da qual é que o homem começa a ser criminalmente responsável por suas ações. Entre os que estão pelo lado desvantajoso, é digno de nota o que diz Friedreich: — “As individualidades *psychicas* são em geral muito mais variadas do que as individualidades *somaticas*, e não deixam-se prender a uma norma determinada. Quem quer que pretenda julgar da maturidade do entendimento, da força do livre arbitrio, segundo o numero dos annos de idade, illudir-se-ha constantemente... A experiência diaria nos ensina que o desenvolvimento psychico aparece em um individuo mais cedo, em outro mais tarde. Pelo que a determinação de uma idade igual para todos os individuos, quando é tão desigual o desenvolvimento de cada um, não pôde oferecer uma segura medida da culpabilidade e de grão da pena merecida.” (6)

(6) *System der gerichtlichen Psychologie*, pag. 256 e 257.

Consideradas *in abstracto*, estas razões são de peso; mas *in concreto*, com relação a este ou aquelle paiz, diminuem muito de importancia. Por quanto os males, que sem duvida resultam de taxar-se, por meio da lei, uma especie de maioridade em materia criminal, são altamente sobre-pujados pelos que resultariam do facto de entregar-se ao criterio de espiritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da *má fé pueril*.

Em todo caso, antes correr o risco de ver passar impune, por força da lei, quando commetta algum crime, o *gymnasiasta* de treze annos, que já fez os seus versinhos e sustenta o seu *namorico*, do que se expôr ao perigo de ver juizes estupidos e malvados condemnarem uma creança de dez annos, que tenha porventura *feito uma arte*, segundo a phrase de familia, e isso tão sómente para dar pasto a uma vingança.

Eu sei que mais de um caso grave passa despercebido, sob a protecção do § 1º do art. 10, assim como é certo que não poucos maiores de quatorze annos são privados dessa protecção, quando elles se acham realmente em condições de merecel-a. Mas o remedio, em tal conjunctura, seria peior que a doença. Para obviar aos sacrificios da justiça e da verdade, inherentes a tudo que é geral, como são todas as regras sociaes, inclusive a lei, eu não duvidaria admittir, neste terreno, a opinião de Kitka.

Elle propõe que, se um Eštado compõe-se de muitas provincias, diferentes entre si, pelo grão de desenvolvimento e de cultura espiritual, seja tomado como base na determinação da idade legal da *imputabilitas*, o ponto mais alto, isto é, aquelle que possa convir aos individuos de todas as provincias, porque não ha então o perigo de punir-se, como criminoso, quem aliás não tenha, mesmo

depois de passada a menoridade da lei, attingido o discernimento preciso para firmar a imputação. (7)

Se existe um paiz, ao qual melhor se accommode a realisação de semelhante idéa, é justamente o Brazil. As influencias mesologicas, climatericas e sociaes, variam com as grandes distancias, que separam, por exemplo, os sertões do littoral; e diversos tambem devem ser os resultados que tales influencias possam produzir no desenvolvimento psychico dos individuos. E' razoavel, por tanto, notar noCodigo este defeito: a taxação legal da menoridade de quatorze annos para tornar irresponsavel a todo e qualquer que, no territorio brazileiro, commetta um acto qualificado criminoso. (8) E isto só por effeito de uma reminiscencia do direito civil, ou melhor do direito romano. Digo reminiscencia do direito romano, porque das fontes provaveis de inspiração do nosso legislador criminal, nenhuma outra lhe poderia aconselhar uma tal disposição. O *Code Pénal*, é singular e digno de reparo, o *Code Pénal* mesmo, que lhe prestou bons serviços, não foi ouvido nesta parte. O art. 66 desse Código eleva a idade, aquem da qual não existe imputação, a dezesseis annos. Disposição esta muito mais salutar, e cuja importancia é apenas attenuada pela subtil distincção estabelecida entre o menor que obrou *sans discernement* e o que obrou *avec discernement*. Mas não seria ao certo o nosso legislador, quem pudesse, por esse lado, justificar-se de haver abandonado o *Code Pénal*. Porquanto o conceito do *discernimento*, de difficillima apreciação, elle o aceitou, ainda que lhe conferindo, com muita infelicidade, um outro valor juridico. A idéa, porém, de poder o menor, que praticou um facto delictuoso, ser entregue

(7) *Archiv des Criminalrechts I* Stk. pag. 122.

(8) O Brazil tem 8,337,218 kilometros quadrados; menos que toda a Europa sómente: — 1,631,182.

á sua familia, como se lê no referido art. 66 do *Code*, o nosso legislador não quiz admittir; e creio que ninguem louval-o-ha por isso.

Como quer que seja, o certo é que, pelo direito criminal francez, um rapaz de quinze annos, que já conhece todos os encantos da vida parisiense, que já entra, com todo o conhecimento de causa, na gruta mystica e perfumosa, em que habita alguma *deusa*, que até já sabe a fonte onde Diana se banha, e vai espreital-a núa, não obstante o perigo de ser devorado pelos cães, caso commetta um homicidio, *s'il est décidè qu'il a agi sans discernement*, será absolvido; podendo apenas ser, *selon les circonstances, remis á ses parens ou conduit dans une maison de correction...* Ao passo que isto alli sucede, entre nós, pelo contrario, um pobre matutinho da mesma idade, cujo maior grão de educação consiste em estender a mão e pedir a *benção* a todos os mais velhos, principalmente ao vigario da freguezia e ao coronel dono das terras, onde seu pai cultiva a *mandioca*, se porventura perpétra um crime de igual natureza, se por exemplo mata com a *faquinha de tirar espinhos* o moço rico da *casa grande*, que elle encontrou beijando sua irmã solteira, obre ou não com discernimento, será julgado como criminoso!



III

E' verdade que alguns Codigos de outros paizes posteriores ao nossoCodigo, taxaram a idade legal abaixo mesmo de quatorze annos. Tambem é certo que com o nosso estão de accordo os Codigos da Saxonia, Brunswick, Hamburgo e Zurich. Mas é preciso attender para o estado cultural desses lugares, em relação ao Brazil. A Italia mesma, em cuja ultima codificação penal aquella idade principia aos nove annos, é talvez, *cæteris paribus*, menos censuravel do que este vasto paiz sem gente. Pelo menos me parece que um Estado, no qual se obriga a aprender, e onde homens como Casati, Coppino, de Sanctis, têm sido ministros da instrucção publica, para promoverem a sua diffusão, tem mais direito de exigir de um maior de nove annos uma certa consciencia do dever, que o faça recuar da pratica do crime, do que o Brazil, com o seu pessimo systema de ensino, pode exigir-a de qualquer maior de quatorze.

Ainda é verdade que o *Strafgesetzbuch* do Imperio Allemão, presentemente a obra mais perfeita no genero de codificações penaes, o que se explica, não só pela propria riqueza da sciencia allemã, como tambem pelo muito que elle utilizou-se dos Codigos precedentes, ainda é verdade que esseCodigo, no seu artigo ou paragrapho 55, consagra a immunidade criminal da puericia, até os

doze annos sómente. Mas isto, com maioria de razão, não pôde enfraquecer a critica merecida pelo nosso legislador. Basta olhar para os dous paizes, que se acham separados por uma enorme distancia geographica, e todavia insignificante, em face da distancia intellectual.

Além disto, o *Strafgesetzbuch* colloca-se muito adiante do nosso Código, dispondo que, quando o accusado tiver mais de doze, porém menos de dezoito annos, será relevado, se ao commetter o acto, de que se trata, não possuia o conhecimento preciso da sua criminalidade. Como se vê, uma tal disposição estende a possibilidade da falta de discernimento além do marco fixado pela nossa lei penal. "Com este reconhecimento, diz Krafft-Ebing, actual professor de Psychiatria na Universidade de Strasburgo, com este reconhecimento de um grão intermedio de imputabilidade entre a que falta ao menino e a completa do homem feito, a legislação dá conta de um importante facto anthropologico." (9) O nosso Código, entretanto, não conhece este facto, e se nelle apparece alguma cousa de piedoso para os delinquentes, que estão entre os quatorze e os dezesete annos, esta compaixão não exclue a possibilidade de ser, por exemplo, um rapaz de quinze janeiros condenado á prisão perpetua.

Eu já disse que, no presente assumpto, o nosso legislador acostára-se a uma reminiscencia do direito romano. Isto é exacto; mas deve ser admittido *cum grano salis*. — Porquanto, se esse direito tivesse sido a fonte, não precisava exclusiva, bastava preponderante, do Código brasileiro, em tal materia, é mui provável que as disposições respectivas fossem mais largas e fecundas.

Entre os romanos, a puericia (*infantia*) chegava até os sete annos. Primitivamente e nos tempos dos juristas,

(9) *Grundzüge der Criminalpsychologie*, pag. 12.

de cujos escriptos foram compiladas as Pandectas, considerava-se menino a todo e qualquer individuo, em quanto elle não podia fallar com uma certa ligação de idéas. O imperador Arcadio acabou com esta incerteza do velho direito, e determinou então que a *infantia* ficasse nos limites daquella idade; determinação que foi mantida pelos imperadores succedentes. No ponto de vista criminal os *infantes* tinham a seu favor a presuposição de lhes faltar o *intellectus rei*, e como taes não podiam ser punidos. (L. 12 D. *ad legem Corneliam de siccariis et veneficis*, 48, 8; L. 23 D. *de furtis*, 47, 2; L. 5 § 2 D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2). Quanto, porém, aos *impuberes*, áquelles que estavam entre os sete e os quatorze, se eram homens, ou entre os sete e os doze annos, se eram mulheres, o direito romano dividia-os em duas cathegorias: — a dos *infantiæ proximi* e a dos *pubertati proximi*. Aquelles podiam ser julgados, conforme os casos, sómente *culpæ*, não *doli capaces*; estes, ao contrario, no que tocava á imputação e á pena infligivel ás suas acções criminosas, eram medidos mais pela bitola juridica dos adultos do que pela das crianças.

Esta diferença entre as duas cathegorias foi marcada por Averanius nos seguintes termos: “*infantiæ proximus a proximo pubertati distinguitur non tam aetate, quam ingenio, calliditate, malitia...*” E' facil, pois, comprehender que, se o legislador patrio houvesse haurido com mais cuidado nas fontes romanas, outros teriam sido os seus preceitos a respeito dos menores, pelo menos no que pertence ao vago *discernimento*, de que trata o art. 13, e que é possivel, na falta de restricção legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco annos!...

O que o Codigo aproveitou, foi sómente o velho computo da idade exigida para começo da verdadeira *imputatio juris*. Puro espirito de sequacidade, sem re-

flexão e sem criterio. E' só para sentir que o direito romano nos tenha sido transmittido, já de todo desfolhado daquella grande parte ceremonial, que lhe dava uma feição esthetica, e que fez Celso descobrir-lhe alguma cousa de artistico: — *jus est ars boni et aequi*. Porquanto, a não ser isso, teríamos hoje, na scena juridica, muito espetáculo bello a apreciar.

O presente assumpto, por exemplo, é provavel que ainda hoje fosse illustrado por mais de um quadro interessantissimo. Eu me explico. Na primeira época evolucional do *jus civile*, que faço, de accordo com o professor Guido Padelleti, estender-se até o 7º seculo da fundação da cidade, a linguagem do direito era grave e sizuda, como o proprio espirito do povo que a fallava. As idéas tambem têm, á semelhança dos homens, o seu primitivo estado de *nudez*. Ellas alli appareciam inteiramente despidas de qualquer roupagem convencional. Nada de *coquetterie rhetorica*, nada daquillo que Pott chama *dissimulação*, e que é um dos momentos do desenvolvimento das linguas, no qual ellas escondem, por meio de euphonias e euphemismos, a rudeza do pensamento. Em taes condições nasceram e viveram por muito tempo as palavras *pubes* e *impuber*. Ellas que hoje se apresentam com um certo ar de fidalguia, e, como é proprio de todos os fidalgos, um pouco esquecidas da sua origem, eram ao principio expressões metonymicas de um *signal* pela *cousa significada*; exprimiam com toda a lhaneza a núa realidade de um facto, sujeito á observação.

Dest'arte a simples historia natural das duas palavras seria bastante para deixar-nos entrever, através dos seculos, uma importante forma processual dos *jus civile*, que aliás actualmente iria de encontro a todos os costumes e convenções sociaes. Mas aqui a *semasiologia* ou *theoria*

da significação é auxiliada pela propria historia do direito.

Realmente sabemos que entre as duas escolas adversas de Proculeianos e Cassianos ou Sabinianos houve tambem disputa sobre o modo de julgar da madureza de espirito dos individuos. Os Cassianos exigiam, para determinar-se a maioridade, os signaes da madureza corporea, e achavam por isso imprescindivel a observação ocular. Os outros, porém, entendiam que bastava attingir a uma certa idade, fixada pela lei. Justiniano deu ganho de causa a estes ultimos pela Const. 3 do Codigo. — *Quando tutores...* (5,60), (10) nos seguintes termos: "Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes, jubarimus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo *pubescere* judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagatione corporis inhonesta cessante." Daqui resulta, é verdade, que já no tempo de Justiniano a *inspecção* da puberdade estava limitada ao sexo masculino; mas nada autorisa a crêr que nunca as moças romanas tivessem passado por um tal exame. O que se deve admittir, como mais provavel, é que muito antes de cessar a observação da puberdade dos homens, cahio em desuso a da puberdade feminina. Em todo o caso, é aos juristas da escola de Labeo que se deve, ao menos em grande parte, semelhante alteração.

Não posso deixar de abrir aqui um pouco de espaço á rhetorica, e bradar de punhos cerrados, na attitude da raiva: malditos Proculeianos, que déstes occasião a estarmos hoje privados das mais deslumbrantes scenas!... Já houve quem dissesse que, se o nariz de Cleopatra fôra um pouco menor, o mundo actual seria completamente

(10) Ulpiano — fragm. tit. IX, paragrapho ultimo.

diverso. Da mesma fórmula, se Justiniano tivesse tido uma dóse maior de voluptuosidade, é bem provavel que ainda presentemente se nos offerecessem, na esphera da vida juridica, os mais soberbos *quadros vivos*. Por que não? Se em muitos dominios do direito, continuamos a nutrirnos dos ossos cahidos da mesa imperial de Bysancio, não vejo razão plausivel, pela qual não obedecessemos á lei do despota, que por ventura ainda hoje mandasse sujeitar á exame á puberdade mulheril.

Eu sei que, nesta hypothese, seria infallivel e renhida uma grave questão preliminar: saber quem tinha mais competencia para a *inspecção*, se os medicos, ou os juristas. Havia de ser sem duvida um dos mais bellos combates, uma das mais bonitas formas da *lucta pela existencia*. Mas afinal era possivel uma conciliação, partindo-se exactamente ao meio, distribuindo-se com toda a justiça os papeis dos pretendentes: aos medicos, os filhos de Adão; aos juristas, as filhas de Eva.

Abandonemos, porém, esta ordem de considerações, mesmo porque se referem a uma materia, que a imitação dos *carmina Saliorum*, dos quaes disse Quintiliano que eram... *vix sacerdotibus suis satis intellecta*, não está ao alcance de todos; — só os raros *iniciados*, os poucos que distoam da pureza e seriedade do meio social em que vivemos, é que podem bem comprehendel-a. A sociedade hodierna já não aguenta a expressão de certas verdades; e a prova é que se alguém, por exemplo, querendo significar que uma bella menina principia a *desplumar-se* de anjo e *encarnar-se* de mulher, disser poeticamente que ella: "começa a esconder os pequenos seios tumidos, como se costumam encapotar os pomos maturescentes, para as aves não beliscarem" mais de um ouvido casto descobrirá talvez nesta phrase uma *licença*, que não deve ser repetida em um salão de gente fina. Porém, se em vez do poeta

ligeiro, fôr o grave jurisconsulto, quem diga, em prosa juridica, que a menina já é *pubere*, não causará estranheza a ninguem.

Entretanto, é certo que as palavras *pubere* e *impu-*
bere, com os seus dous proximos derivados, segundo a
significação primitiva, e medidas pelo padrão da mora-
lidade moderna, são altamente indecentes. Não ha nisto
uma ridicula incoherencia? Mas é o effeito do *incon-*
ciente nas linguas, e nos espiritos tambem. Passemos
adiante.

Suscita-se ainda, a proposito de menores, uma questão
importante: por que razão o Código, determinando a
idade, em que começa a imputação criminal, não esta-
beleceu diferença entre o homem e a mulher? Que mo-
tivos de ordem moral ou política o levaram a igualar os
dous sexos, sob o ponto de vista juridico-penal, quando
elles são tão desiguas na esphera do direito civil? E' o
que trato de elucidar.



IV

QUANDO se considera que as leis encurtam o diametro do circulo de actividade juridica das mulheres, em relação á sua pessoa e á sua propriedade, que expressamente assinalam-nas como fracas e incapazes de consultar os seus proprios interesses, e dest'arte, ou as mantém sob uma tutella permanente, ou instituem para ellas, em virtude mesmo do dogma da sua fraqueza, certos beneficios ou isempções de direito; em summa, quando se attende para a distincção sexual, tão claramente accentuada nas relações juridico-civis, é natural presuppor que se tem reconhecido uma diferença fundada na organisação physica e psychica dos mesmos sexos. Mas isto posto, é tambem o cumulo da inconsequencia e da injustiça não reconhecer igual diferença no dominio juridico-penal, quando se trata de imputação e de crime.

O nosso Codigo foi fiel ás tradições recebidas. A censura que se lhe deve fazer por isso, é verdade que não se restringe á elle sómente, estende-se á todos os Codigos modernos, que são animados do mesmo espirito, que são réos da mesma injustiça, e para os quaes não foi, ao certo, que Schiller escreveu os graciosos versos:

Ehret die Frauen; sie flechten und weben
Himmlische Rosen ins irdische Leben.

Porém o facto de achar-se o Codigo brazileiro em tão boa companhia, no que diz respeito á posição da mulher no direito criminal, não diminue o valor da critica, que elle provoca. Se o *mal de muitos*, como diz o proverbio, *consôlo é*, o mesmo não se dá com o *erro de muitos*, que não se transforma em verdade. Pelo contrario, é certo que as grandezas *extensivas* proporcionam-se com as *intensivas* em uma razão directa; quanto maior é, pois, a extensão que toma o erro, tanto mais fatal é a intensidade da sua influencia.

Não pretendo aqui entoar um hymno de louvor á bella metade do genero humano. Posto que em assumpto de poesia, em materia de preitos devidos aos encantos femininos, ainda não tenha motivos para julgar-me uma especie de *tenor emerito*, comtudo não me esqueço que nem sempre é tempo de cantar; e eu quero poupar a garganta. Não venho tambem aqui suscitar antigas disputas, por exemplo, a velha questão patristica, que ainda no seculo XVII occupou mais de uma cabeça pensante, a questão de saber se a mulher tambem era feita á *imagem e semelhança* de Deus. Não preciso disto. Para desenvolver as minhas ponderações juridicas, basta-me, como postulado, que a mulher seja feita á *imagem e semelhança* da Venus de Canova. Não sou muito exigente.

Fazendo minhas as palavras de Papiniano, que infelizmente podem ser repetidas por qualquer jurista da actualidade, eu direi: "*In multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum quam masculorum*". Ou seja por effeito de uma incapacidade do espirito moderno de reagir contra os prejuizos dos velhos tempos, ou por força de convicções assentadas a respeito da inferioridade feminina, para o que aliás não se descobrio até hoje uma razão superior á que foi dada por Ulpiano, isto é, *quia major dignitas est in sexu virili*, razão que não faz

honra ao senso logico do jurisconsulto romano, seja qual fôr o motivo, a verdade é que o nosso paiz,bem como todos os outros, quer cultos, quer semi-cultos, ainda conservam quasi no mesmo pé, em que a deixou a civilisação antiga, a desigualdade civil e politica da mulher em relação ao homem.

Não é aqui o lugar proprio de levantar novos protestos contra esta anomalia, que se ha culminado no absurdo de negar-se a mulher até o *direito de instruir-se*, e na qual, por conseguinte, a sociedade moderna, em sua maioria, está muito atrás da igreja medieval. A igreja, pelo menos, procedeu com alguma coherencia. Não admitindo que a mulher fosse além do circulo da familia, atendeu tambem que todas não podiam gozar dos beneficios do casamento, e para obviar a um tal inconveniente, instituiu o chamado *noivado de Christo*, creou a *clausura*, como um refugio e uma consolação. A sociedade hodierna, porém, que por um lado zomba dos conventos, e por outro lado insiste em restringir o papel feminino aos unicos mistéres da vida familiar, pois que todas, ainda hoje, não recebem do destino a graça de serem esposas, e além disto se lhes contesta a *capacidade de estudar*, a sociedade hodierna acha-se em frente de uma terrivel questão. Como resolvê-la? Provavelmente instituindo uma nova especie de *noivado mystico* e fazendo do prostibulo o subrogado do convento. Não é assim?

A mulher que na opinião de todos os cavalheiros de um baile, ou de todos os convivas de um banquete, inclusive legisladores e juristas, pois esta inclusão não vai de encontro ao principio das *incompatibilidades*, a mulher, que na opinião de todos estes, quando os sons de uma linda walsa convidam a dançar, ou o sabor dos licôres desafia a *musa do brinde*, é a princeza dos salões e a estrella que mais brilha nas grandes solemnidades, volta a

ser no dia seguinte, na opinião dos mesmos *peritos*, uma criança permanente, que não pôde ter completa autonomia, que não deve ser abandonada a si mesma!... Que quer dizer isto? Como se explica e justifica esta falta de coerencia e sisudez?

A sociedade é um sujeito, para o qual ha muito que se procura um attributo. Ella não é, nem será jámais o que Jesus queria que fosse: — *a organisação do amor*. Ainda não é tambem, nem ha de ser tão cédo o que Lorenz Stein e Hartmann pretendem que ella seja: — *a organisação do trabalho*. Diante, porém, de semelhantes factos, creio ter descoberto o verdadeiro predicado: — a sociedade é simplesmente *a organisação da hypocrisia*.

Mas deixemos isto. Repito que não é aqui o lugar proprio de protestar de novo contra a anomalia da desigualdade civil e politica da mulher em relação ao homem. Aceitando-a como um facto, ainda que barbaro e merecedor de todas as increpações, limito-me a perguntar: se a mulher é naturalmente fraca, se ella tem, como diz o rifão, *compridos cabellos e curtas idéas*, se ella se caracterisa por uma natural leviandade e falta de criterio; por que razão todas estas considerações não se estendem até os dominios do direito criminal?

Se a *fragilidade do sexo* é invocada como argumento decisivo, quando se trata de justificar todos os actos de *tyrannia* que a lei permite o homem exercer sobre a mulher, qual o motivo porque essa mesma *fragilidade* não se faz valer, nem no que toca a imputabilidade, nem mesmo no que pertence á gradação penal? Não comprehendo.

O legislador brasileiro não tinha o dever de se mostrar mais adiantado que os outros, em ser o primeiro a dar o exemplo de largueza de vistas, atribuindo um valor juridico especial ao sexo feminino. Mas esta obser-

vação não quer dizer que o julgue desculpável pela falta *commum*. A inconsequencia e a injustiça permanecem as mesmas. Verdade é que o *Código*, em algumas de suas disposições, dá testemunho de uma certa galanteria, que o legislador quis fazer ao bello sexo. Assim, por exemplo, conferiu-lhe o privilegio de não andar com *calceta* ao pé, art. 45, e outorgou-lhe até o direito de não ser enforcada em *estado de gravidez*, art. 43; sendo apenas para lamentar que o legislador se tivesse esquecido de que, em tal *hypothese*, a execução sobrecarregava-se de uma extrema crueldade: — a de deixar um filho sem mãe e de matar uma mãe, que deixa um filho.

Porém estas concessões, quando mesmo eu as tomasse ao sério, não chegariam para preencher a lacuna que deploro.

O sexo feminino deve formar, por si só, uma circunstancia ponderavel na apreciação do crime. A má fé criminosa presupõe a consciencia da lei; mas esta consciencia nunca se encontra nas mulheres no mesmo grao em que se encontra nos homens. Já tem sido mesmo por vezes indicado como um traço caracteristico da mulher o mostrar ella pouco interesse pelos negócios publicos; ao que accresce que, por sua educação, pela exclusão de toda e qualquer ingerencia na política, ella tem sido prohibida de chegar a um determinado conhecimento do direito. Que admira, pois, perguntava Hippel, um fanatico *emancipacionista* alemão do começo do seculo, que admira, se em tais condições as mulheres seguem a lei, como as freiras cantam o *psalterio*, e se debaixo das mais sérias prescrições do Estado elles descobrem sempre uma *folia* do ridículo, interpretando a seu modo aquillo em que aliás se exige cega obediencia? E bem antes delle, Schaumann já tinha dito com um tal ou qual sarcasmo: “Conforme o rigoroso proverbio masculino — *mulier taceat in ecclesia*,

— a mulher não deve de modo algum interessar-se pelos negócios da vida civil, e todavia as suas acções publicas devem ser julgadas segundo as leis civis!” (11) E’ o despropósito multiplicado pela iniquidade.

Não dissimulo, nem preciso dissimular que a mulher, a despeito mesmo da sua inerte função honorifica de *rainha de baile*, ou de rainha constitucional á la Thiers, que reina sómente, mas não governa, tambem é sujeita a accessos de *atavismo*, que transformam todas as suas graças em outras tantas garras de ferocidade. *Corruptio optimi pessimum*. Ha uma cousa peior do que ver o homem converter-se em féra, é ver o anjo converter-se em diabo. O feio moral feminino é sempre mais desagradavel do que o feio moral masculino. Do mesmo modo que a fealdade physica da mulher, denotando um certo desrespeito a regra natural da preponderancia de combinações carbonicas, que produz a gordura, a rigidez das carnes, e o arredondado das formas femininas, nos causa impressão mais agra, do que costuma causar-nos igual phenomeno observado no homem, assim tambem a fealdade da alma. E até ás vezes succede que a fereza masculina, a expressão da sede de sangue, da ancia de matar, chega mesmo a attingir, como nos leões, nos tigres e pantheras, uma especie de altura esthetica. Não assim, porém, na mulher, em quem esse phenomeno é sempre horrivel e baixamente repugnante.

Tudo isto é verdade, mas tudo isto nada prova contra a doutrina que professo. Nem eu reclamo para o bello sexo o privilegio da impunidade. O que me parece reprovavel, é que as leis não sejam dominadas de um pensamento homogeneo no modo de julgar o desenvolvimento e a formação do caracter feminino. Com effeito, é uma

(11) *Ideen zu einer Criminalpsychologie*, 1772, — pag. 97

verdade trivialissima que a mulher affecta-se mais facilmente do que o seu cruel companheiro de peregrinação terrestre, que a gamma dos seus sentimentos, o teclado das suas emoções, tem muitas *oitavas* acima do teclado *communum* das emoções do homem. Mas sendo assim, por que principio este facto não é bem ponderado na balança da justiça? E' o que eu quizera vêr esclarecido de um modo satisfactorio.

A estranheza que produz essa inconsequencia, é tanto mais justa, quanto é certo que nas fontes do direito romano encontra-se, neste sentido, alguma cousa, de que podera orgulhar-se muito legislador dos nossos tempos. Assim lê-se na L. 6 D. *ad legem Julianam peculatus* (48, 13). "Sacrilegii pœnam debet Proconsul pro qualitate personæ, proque rei condicione, et temporis et ætatis et sexus vel severius, vel clementius statuere." Os imperadores Arcadio e Honorio, pela const. 5 do Cod. *ad legem Julianam magestatis* (9,8) determinaram que os filhos dos criminosos de alta traição nada recebessem da herança paterna; para as filhas, porém, se reservasse uma parte: "mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus." Como se vê, os Cesares romanos procederam com mais justiça; não trataram *igualmente* a seres *desiguaes*. O que, porém, mais deve admirar, é que até o tão desacreditado direito canonico encerra idéas mais razoaveis a tal respeito. Nelle se lê, a proposito do homicidio, entre outras cousas, o seguinte: "pleniū nosti, quod in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti, sed ætas, scientia, sexus, atque conditio delinquentibus sunt attendenda. (12).

(12) Cap. 6. (Decretal V. 12) *de homicidio.*

Oppor-se-me-ha talvez que o Código brasileiro não se mostrou de todo indiferente a esta ordem de considerações, pois que desprezou a *taxa civil* de doze annos, marcada para a puberdade feminina, e na fixação da menoridade irresponsável comprehendeu indistinctamente ambos os sexos. Sempre foi um passo adiante, porém de nenhum alcance. Não basta que a imputação da mulher comece na mesma época, em que comece a do homem; é mistér espaçar um pouco mais o seu ponto de partida. Subscrevo, neste sentido, a opinião de Spengenberg, Besserer, e outros criminalistas notaveis. O celebre Carmignani chegou mesmo a exigir que, em questões penas, o sexo feminino, por si só, equivalesse sempre á menoridade. (13) E o grande sabio italiano não era um galanteador.

(13) *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. 2º, pag. 172.



V

INSISTO no meu argumento: a medida legal da capacidade feminina deve ser uma só. O direito civil e o direito criminal não são, por assim dizer, duas faces do mesmo espelho, uma de augmentar, outra de diminuir, de modo que a mulher se veja, por esta, com cara de criança, por aquella, com cara de homem. Ainda estão vivas as bellas palavras de Olympia de Gourges, que eu me permitto inverter e repetir: em quanto a mulher não tiver, como o homem, o direito de subir á tribuna, ella não deve ter igualmente com elle, nas mesmas proporções que elle, o direito de subir ao cadasfalso.

Nem pareça que estou querendo dar os primeiros lineamentos de uma codificação penal para a *Ilha dos amores*. Pode ser que o leitor me julgue um tanto romântico. As naturezas poeticas, que aliás não se caracterisam sómente pelo talento de versificar, têm alguma cousa de semelhante aos meninos de ama: assim como estes fazem de todos os objectos de comida, levando-os á boca, da mesma forma ellas fazem de todos os assumptos assumpto de poesia, levando-os ao coração. Mas devo confessar, para prevenir qualquer engano a tal respeito, que não me entreguei ao presente trabalho, de lyra na mão, ou com a fronte cingida de *hera*. O terreno, em que piso, não exige que eu me descalce; não é o terreno sagrado dos

sonhos e aspirações ideaes, porém o sáfaro e commum das realidades positivas.

E tão pouco se entenda que, fallando de uma só medida legal da capacidade feminina, eu reclame para a mulher aquillo que tambem não existe para o homem, isto é, que a idade da imputação criminal coincida com a maioridade civil. Não é isso. Talvez que a logica, mais despreocupada e menos relativa que a justiça, possa chegar até ahi; porém não vou com ella. Segundo a energica expressão de Georg Brandes, o illustre dinamarquez, a quem já tive mais de uma vez a honra de citar em publico, se a logica penetrasse no fundo de todos os erros e prejuizos, de que se nutre a sociedade, faria o mesmo serviço, que pudéra fazer um touro bravo, entrando em um armazem de vidros. Os carreiros que se incumbissem de apanhar os cacos de cem mil verdades convencionaes. Não quero applicar ao nosso codigo toda a extensão de semelhante medida.

Mas acho que é difficil contestar seriamente a justezza destas considerações. A theoria da imputação criminal assenta em dados psychologicos. Nós não temos ainda, no dominio scientifico, um conjunto de estudos e observações sobre o mundo interno feminino, ao qual se poderia dar o nome de *gyneco-psychologia* ou sciencia da alma da mulher em geral; e muito menos um outro sistema de igual natureza, posto que de ambito mais restricto, que tambem poderia ter o seu nome technico e designar-se como *partheno-psychologia* ou sciencia da alma das moças. Mas o pouco, muito pouco mesmo, que nos é dado conhecer das riquezas e maravilhas desse paiz encantado, inexploravel, que se chama a vida espiritual, a *subjectividade* feminina, autorisa-nos a induzir que alli as flôres abrem cantando, as aves brilham como estrellas, e as estrellas deixam-se colher como flôres. O que no homem

é passageiro e ocasional, o predominio da paixão, na mulher é permanente, constitue a sua propria essencia. A roupa de festa das grandes emoções, dos sentimentos ele-vados, ella não espera os momentos solemnes e dramaticos para vestil-a; veste-a diariamente. O homem, quando ama, ainda tem tempo de trabalhar, ou de dar o seu passeio, ou de fumar o seu cigarro; não assim, porém, a mulher, que, nesse estado, não tem tempo de pensar em outra cousa senão no seu amor.

Já se vê que para individualidades psychicas tão distinctas, nem o grão de imputabilidade pôde ser o mesmo, nem a mesma pode ser a tarifa da pena. A tal respeito existe até uma contradicção chocante entre o homem como filho, ou como esposo, ou como pai, sem fallar do homem como namorado, que não tem voto nesta materia, e o homem como legislador.

Com effeito, é para admirar: se uma mulher no intuito de salvar seu filho, que ella vê prestes a ser devorado por um carnívoro, expõe-se loucamente aos dentes da fera, ninguem ha que não renda preito á herocidade do amor materno, dessa paixão indefinivel, que já poude uma vez arrancar da bocca de uma ingleza, ao lér o conto biblico do sacrificio de Isach, estas palavras sublimes: *Deus não era capaz de dar tal ordem a uma mãe.* — Se entretanto a mesma mulher atira-se contra um homem, que ella vê maltratar a seu filho, e furiosa chega a matal-o, já não se olha para uma heroina, porém para uma criminosa!... Mas ainda: — se a moça que abando-nando-se ao seu querido, arrastada pela omnipotencia do amor, é vítima de uma infidelidade, de repente enlouquece ou morre de paixão, todo o mundo concorda que a infeliz succumbio a força do amor. Se, porém, ella tem a coragem de suicidar-se, ou de embeber o punhal no peito do infiel, a attitude do publico já é outra: no pri-

meiro caso, diminue a compaixão; no segundo, desapparece a *omnipotencia do deus*, o unico deus que nos ficou da antiga mythologia, e a pobre moça é julgada como qualquer delinquente vulgar!... Entre nós, pelo menos verificada a hypothese, a minha bella criminosa teria ao muito em seu favor uma circumstancia attenuante, pois o *Codigo* está bem longe de dar entrada á generosa idéa *del omicidio scusato per giusto dolore*, segundo a doutrina do professor Feroci.

E por quem afinal é o bello sexo julgado? pergunto eu com o velho Schaumann. Por juizes, que podem mergulhar no golphão insondavel da *Psyché* feminina, que sabem por si mesmos quão terno, quão fraco e mobil é o coração das mulheres? Não de certo; ellas não são julgadas por seus pares, mas por homens, que muitas vezes não podem collocar-se no ponto de vista psychologico, do qual somente é que o delicto em questão lhes apareceria, como elle realmente é. Uma vez que não se consente que mulheres só tenham por juizes outras mulheres, ao menos dever-se-hia, quando fossem accusadas, ouvir a respeito delas o parecer e o conselho das pessoas do seu sexo. Ha cousa mais razoavel?

Voltando ao nosso codigo; elle ainda se mostra, neste ponto, de uma incoherencia palpavel. Porquanto, ao passo que emparelha a maioridade criminal da mulher com a do homem, estabelece por outro lado que a menor de dezesete annos é um ente fragilissimo, e tão fragil, que não pôde, rôla inocente, resistir ao assalto dos gaviões. Tal é o sentido do art. 219 e alguns outros. Mas a pergunta vem naturalmente: se a mulher, até os dezesete annos, é tão balda de reflexão, tem tão pouco desenvolvida a consciencia do dever, que se acha completamente desarmada diante dos *afagos e promessas* de um seductor, por que razão este presupposto psychologico não

se faz valer do mesmo modo, quando a menor em condições identicas commette algum delicto? Nem se diga que esta exigencia logica foi satisfeita pelo reconhecimento da menoridade como attenuante capaz, por si só, de baixar a pena *ao grão* da cumplicidade. Isto não basta; pois se isto não torna impossivel, como eu já disse, o facto revoltante de um joven de quinze annos ser condenado á prisão perpetua, tambem não impossibilita o quadro ainda mais hediondo de uma menina da mesma idade ir acabar de entumescer os seios, de engrossar os labios e de abrir de todo a rosa da adolescencia, na solidão de um carcere, donde não mais sahirá.

Passo agora a tratar da segunda parte do artigo.



VI

DEPOIS dos menores, o Código exclue da esphera da criminalidade *os loucos de todo genero, salvo se tiverem lucidos intervallos*, e nelles commetterem o crime. Como se vê, esta disposição envolve uma regra geral, modificada por uma excepção. A regra é justa e humana; a excepção, porém, é que não se impõe ao espirito com o mesmo grão de justiça e humanidade.

Mas a mesma expressão synthetica — *loucos de todo genero*, comquanto simples e clara, larga e fecunda em sua simplicidade, não é todavia bastante comprehensiva para abranger a totalidade não só dos que padecem de qualquer desarranjo no mecanismo da consciencia, como tambem dos que deixaram de attingir, por algum vicio organico, o desenvolvimento normal das funcções, ditas espirituaes, sendo uns e outros isemptos de imputação juridica. Por mais que se estenda o conceito da *loucura*, por mais que se diminua e simplifique a sua comprehensão, a ponto mesmo de reduzil-o a uma quantidade negativa, á méra ausencia do seu contrario, como fez Regnault, para quem *la folie n'est que l'absence de la raison*,—definição legitimamente franceza, que aliás tem tanto valor e é tão cheia de senso, como dizer, porventura, que a velhice não é mais do que a ausencia da mocidade, ou que a razão não é mais do que a ausencia

da loucura; — em uma palavra, por maiores esforços que se faça para conferir ao Código a honra de ter dito *pouco* e subentendido *muíto*, não é possível inscrever no círculo da disposição do § 2º do art. 10 todos os casos de perturbação de espírito, ou de anomalia mental, todos os affectos, desvarios e *psychoses* que devem juridicamente excluir a responsabilidade criminal.

Aqui eu sei que se me atalha com dous argumentos, já um pouco idosos, de que se costuma lançar mão, para arredar ou pelo menos attenuar as censuras que o nosso legislador merece. Um é filho da consideração do tempo, em que o Código foi feito, e o outro se firma na especie de apophthegma, creado não sei por quem, segundo o qual a lei não deve nem pode ser *casuistica*. Este segundo ponto, ainda que tenha por si a autorisada opinião de todos os que inconscientemente o enunciam, não deixa por isso de envolver um grosso erro. A verdade está justamente na asserção contraria. Para proval-o, basta lembrar que o mais completo sistema de direito, que conhecemos, é tambem aquelle em que o caracter *casuístico* se mostra em mais alta escala. Refiro-me ao direito romano, que sem esse carácter, sem a riqueza dos detalhes e a variedade das hypotheses, não teria já mais levado tão longe o seu vigor e a sua influencia.

Quanto, porém, á consideração do tempo, isto é, quanto á parte que deve ser feita ao estado de cultura do paiz, que era bem pouco lisongeiro na época da confecção do Código, importa fazer uma observação.

Reconheço que a critica tambem tem o seu sistema de attenuantes; mas uma cousa é criticar uma lei, e outra cousa criticar uma obra scientifica ou litteraria. Aqui permite-se attender ás diversas circumstancias, inclusive o tempo e o ambiente social, que podem tornar desculpaveis os erros e fraquezas dos escriptores. Ali, porém,

o negocio é differente. Quando se trata de lei ou de direito, o criterio do seu valor não é o da verdade, mas o criterio da conformidade ou não conformidade ao fim que a lei se propoz. O direito é um regulador, não do pensamento, porém das acções; não se lhe deve portanto applicar a medida theorica do *verdadeiro*, mas a medida practica do *conveniente*.

Esta distincção é de alguma importancia. Dizer de um simples producto intellectual, na sciencia ou nas letras, que elle é bom em relação ao seu tempo, tem um sentido razoavel, uma vez que por esse modo não só se exprime uma certa piedade para com o auctor, mas tambem se dá a entender que de então para cá houve progresso, sem que aliás a obra em questão oponha o minimo embaraço á marcha das idéas. Em todo caso, a expressão envolve um elogio. Outro tanto, porém, não acontece no dominio do direito. Uma lei, *que é boa para o seu tempo*, é uma lei *que já passou seu tempo*, que não está mais em condições de satisfazer ás exigencias da sociedade, e que por conseguinte deve ser *melhorada*. Reflectida ou irreflectidamente expresso, esse juizo encerra sempre uma censura.

E' o que sucede com o nosso Codigo. Não estou muito de accôrdo que elle tenha sido bom para o tempo mesmo da sua promulgação; mas dado que assim fosse, isto não é uma razão peremptoria contra quem quer que hoje lhe note imperfeições e despropósitos. Se é perdoavel a um escriptor brazileiro de 1830, mesmo porque actualmente ninguem mais o lê, o acanhado das suas idéas, a estreiteza do seu horizonte, outro tanto não pôde dar-se com o legislador daquella época. Postergada e esquecida a producção litteraria, não é muito que se procure salvar do naufragio, ao menos o nome do auctor, *desculpando a sua ignorancia*. Mas como esquecer a lei,

fechar os olhos a todos os seus defeitos, e attender sómente para o meio social e o estado de cultura dos homens, que a fizeram, se a lei é hoje tão viva, como nos primeiros dias da sua execução, se a desculpa fundada no tempo, em que ella foi feita, não nos livra dos maos resultados das suas lacunas? Lmito-me a perguntar, e não me demoro em saber qual seja a resposta, pois que nenhuma pode ser dada, merecedora de attenção.

Eu disse que o Codigo, tornando irresponsaveis os *loucos de todo genero*, com quanto usasse de uma expressão concisamente larga, todavia não dava entrada á totalidade dos phenomenos, que é de suppôr quizesse incluir dentro dessa cathegoria. O conceito da loucura é realmente um conceito generico, divisivel em especies, que são como fracções, de que elle é o denominador commun. Mas tambem, por sua vez, a loucura assume uma feição especifica, em relação ao conceito superior da incapacidade psychologica de delinuir livremente, conceito, cujo valor excede a somma de todos os loucos e menores de quatorze annos.

E' hoje verdade assentada que as condições de um acto livre são varias e complicadas, bem como que podem facilmente aparecer perturbações dos mais altos processos espirituas, por meio de factores organicos, internos e externos. O caracter e a altura individual do livre arbitrio são productos da organização cerebral originaria e das influencias exteriores, antagonicas ou synergicas, que affectaram essa organização. A pesquisa do efecto produzido por taes influencias sobre a liberdade do individuo é um problema difficillimo, que pertence ao vasto dominio da *anthropologia judiciaria*.

As condições da possibilidade de obrar livremente podem pois ser alteradas ou extintas, além do que diz respeito á idade infantil, de que já tratámos, pelos se-

quintes factos: 1.º as paralysações do desenvolvimento e as degenerações, que aparecem no cerebro, antes de chegar a sua plenitude morphologica (*idiotia, sandice com impulsos perversos, desvario moral innato*); 2.º os estados morbidos, que depois de attingido o desenvolvimento normal vêm alterar os processos psychicos (*perturbações do espírito, doenças mentais*); 3.º os desarranjos passageiros da actividade psychica, em virtude de uma offensa, tambem passageira, das funcções cerebraes (*somnambulismo, delírios febris, intoxicação alcoolica, psychoses transitórias*).

Esta classificação, que me é fornecida por Krafft-Ebing, e que me parece aceitável, até onde chegam os dados da psychiatria vigente, está bem longe, entretanto, de poder reduzir-se á idéa geral da *loucura*.



VII

E' questão ainda indecisa, se os Codigos penas, quando tratam dos casos que excluem a criminalidade, na parte relativa ás doenças mentaes e perturbações do espirito, devem estabelecer um principio geral que se estenda a todas as hypotheses ou antes mencionar e enumerar todas as psychoses e estados anormaes, que destroem a base da imputabilidade.

São diversas entre si as vistos dos escriptores. Klose foi um dos primeiros a opinar que, enquanto a terminologia scientifica das alienações permanecesse incerta e vacillante, a questão unica proponivel ao perito, ao medico forense, devia ser, — se o individuo accusado é capaz de imputação. (14) Mittermaier, porém, declarou-se contra a articulação de uma these ou principio geral, exigindo nos Codigos uma designação das doenças, que supprimem, segundo o seu proprio modo de exprimir, a *libertas iudicii aut intellectus* e a *libertas consilii aut propositi*. (15) Ao contrario, Toel é de parecer que o legislador assente a doutrina da imputação sobre o principio da liberdade, e declare, em termos geraes, não serem responsaveis todos os individuos que perderam para sempre, ou que não

(14) *Medicinische Zeitung* — 1833, Nr. 1.

(15) *Disquisitio de alienationibus mentis quatenus ad jus criminale spectant*. Heidelberg, 1825.

tinham na época do acto questionado, a faculdade de determinar-se livremente, sem entrar na especificação das molestias que annullam essa faculdade. (16) Grollmanns pretende que se empreguem expressões genericas de formas morbidas, sob as quaes possam ser subsumidas, independente de quaesquer detalhes, as formas particulares da enfermidade psychica. (17) E como estes, muitos outros auctores, cada um a seu modo, tem discutido e procurado resolver a questão.

Mas não cessou ainda a controversia. Os auctores citados pertencem a uma época, já um pouco afastada, de pesquisa e fermentação ou, como diria Stirling, de *symosis juridica*; e todavia, importa notar os progressos innegaveis, de então para cá realizados na cultura do direito, bem como nos estudos psychiatricos, ainda não chegam para dar ao ponto controvertido uma solução completa. Felizmente a questão não é daquellas, que reclamam soluções de tal natureza sob pena de perturbarem a marcha da sciencia respectiva.

Não ha duvida que, se todas as affecções morbidas, exclusivas da imputabilidade, tivessem uma rubrica legal, havia mais garantias contra a injusta condenação de alienados, tidos em conta de espiritos normaes, e não menos injusta absolvição de verdadeiros facinoras, tomados por insensatos. Mas isso será possivel? Talvez que não; e esta impossibilidade, que se levanta em terreno commun aos juristas e aos medicos, provém menos do lado do direito do que do lado da medicina. A proposição pôde causar uma certa estranheza, porém, não deixa de ser veridica. Na falta de outras provas, bastaria lembrar o seguinte facto: ainda hoje os alienistas e psychiatras não

(16) Henke's *Zeitschrift* — Heft, pag. 352.

(17) *Neues Archiv des Criminalrechts* — 9 Bd. pag. 207.

estão de accordo sobre o modo exacto de denominar as molestias mentaes, determinar o seu conceito e sujeitá-las a uma classificação. Cada auctor apresenta a sua maneira de vêr, que pôde ser mais ou menos aceitável, mas não é definitiva. No emprego mesmo das palavras já domina a maior diversidade. Assim por exemplo, os franceses usam das expressões *vesanie*, *déraison*, *absence de la raison*, *maladie de l'esprit*, *aliénation mentale*, *folie*, — para designar o que nós ordinariamente exprimimos por *loucura*, e os italianos por *pazzia*. Não menos rico é o vocabulario dos inglezes, para significar a mesma cousa: — *mental derangement*, *mental alienation*, *mental disorder*, *insanity*, *lunacy*, *madness*, *craziness* ou *crazedness*, *frenzy*, *hallucination*. E igualmente variada é entre os alemães a synonimia da doidice: — *Wahnsinn*, *Verrücktheit*, *Geistesverwirrung*, *Geisteszerrüttung*, *Geisteskrankheit*, *Verfinsternung der Psyche*, *Narrheit*, *Unsinnigkeit*, *Gemüthskrankheit*, *Irrsein*, *Irrsinnigkeit*, *Seelenstorung*, *Psychische Deflexe*, etc., etc. A lingua latina mesma não é isempta desta abundancia de palavras, que, todas postas ao serviço de uma só idéa, em vez de facilitar, antes difficultam a sua comprehensão. Nella se encontram, graças aos philosophos, aos juristas e sobretudo aos medicos latinisantes, os termos — *insania*, *vesania*, *dementia*, *paranoia*, *ecphronia*, *desipientia*, *insipientia*, etc. — como expressões genericas dos casos de *amentalidade*.

No meio, porém, de semelhante incerteza, a sciencia tem feito bem pouco para esclarecer e delimitar o conceito, que ha mister de ser delimitado e esclarecido. A exuberancia de termos, que fazem o cortejo de uma idéa, encerra alguma cousa de parecido com o guarda-roupa de um *dandy*. Assim como este, dentre seus vinte *fracs*, tem sempre um que mais lhe assenta, ou dentre as suas cincocentas gravatas, sempre uma, que melhor lhe fica, da

mesma forma sucede com o pensamento. A riqueza dos synonimos não o inhibe de achar uma expressão, que mais lhe convenha. Mas isto mesmo é o que não se dá na questão, que nos occupa. A ser sincera, a sciencia deve confessar que ainda não chegou a indicar o termo mais appropriado ao conceito da alienação do espirito, e a formular uma definição, que se adapte a todo o definido. Já em 1818, apreciando este facto, dizia Nasse: "A tentativa de curar os loucos pode ser, á vista da sua audacia, comparada com a torre de Babel, até porque, em ambas as emprezas, dá-se completa confusão da lingua." (18) E porventura estaremos hoje fora do alcance de tão justa critica? Tenho minhas duvidas. O que ha presentemente de superior a definição de Chiarugi, para quem a loucura era um *delirio diuturno con offesa primitiva dell'organo cerebrale e senza febre*, ou á de Combe, que dizia: — *mental derangement is a disordered state of the functions of the brain* — ou á de Metzger, que considerava a insensatez (*Wahnsinn*) aquelle estado morbido do corpo, em que a alma humana não é capaz de applicar suas forças a receber, guardar, construir e comparar os conceitos, e no qual se acha destruida a harmonia dessas mesmas forças? Respondam os entendidos.

Entretanto ninguem dirá que isto provenha de falta de cultivo da indebitamente chamada *medicina legal*. O numero dos psychiatras é legião, e os trabalhos respectivos constituem uma rica litteratura, já impossivel de apreciar em sua totalidade.

Um escriptor hollandez dos nossos dias, F. Hartsen, disse que a psychiatria, do mesmo modo que a chimica, na opinião de Wurtz, podia chamar-se uma sciencia fran-

(18) *Zeitschrift fur psychische Aerzte* 1 Heft. pag. 17.

ceza, era criação do grande Pinel. (19) Não ha mister de refutar aqui nem um, nem outro disparate, que aliás é, não direi desculpável, mas explicável pela natureza do publico a quem ambos os autores se dirigiam. Quem faz um livro, quer ter leitores, e em França corre perigo de passar desapercebido aquelle que não rende preito, por qual modo, ao *chauvinismo* nacional, ainda escrevendo as cousas mais bellas deste mundo. Com Wurtz entenderam-se logo alguns escriptores allemães, inclusive E. von Hartmann, e puxaram-lhe magistralmente as orelhas. Quanto ao tal senhor Hartsen, não tenho competencia para tomar-lhe contas; porém, creio poder affirmar que se elle soubesse, bastava, quem foi Schaumann, se soubesse que, bem antes que a lingua franceza, já não digo a lingua commum, mas a propria technologia medical, possuisse a palavra — *psychiatrie*, — já existiam na Allemanha livros, jornaes e revistas de caracter expressamente psychiatrico, não teria tido a coragem de avançar aquella proposição. No dominio de taes estudos, onde sem duvida a França tem representado um importante papel, pode ella hoje ao muito disputar com a Inglaterra o terceiro lugar, por que o primeiro pertence á Allemanha, e o segundo á Italia.

Como é facil, pois, de comprehendér, os progressos da psychiatria, cultivada por tantos espiritos superiores, principalmente na parte que designamos por *psychologia criminal*, são incontestaveis.

Os autores modernos fizeram justiça a Valenzi com a sua classificação de mais de 100, e a Plouquet com a sua de mais de 170 especies e subespecies de doudice, desprezando, como inutil, todo um montão de velhas phrases sem sentido. O conceito mesmo da sciencia, posto que

(19) *Principes de psychologie.* — Preface III.

livre de muito atavio superfluo, tornou-se com tudo mais complexo, podera dizer, mais fecundo. Mas já chegou-se a ponto de que o legislador possa receber do medico, em assumpto de alienação mental, os dictames da justiça e da verdade? E' a questão, e ninguem, ao sério, hesitará em dar uma resposta negativa.

Nesta conjunctura, é evidente que os Códigos penais devem limitar-se a uma determinação geral, e não entrar nas especificações da loucura. O nosso, por este lado, ainda que não fosse o primeiro a proceder assim, andou muito bem, e é digno de louvor. Porém, infelizmente, o mérito que, nesse ponto, se lhe deve reconhecer, desce quasi até zero, diante de uma outra consideração. E' que elle não elevou-se a um princípio supremo, a um princípio tal, que abranja todos os casos possíveis de irresponsabilidade por desarranjo na economia psychica. Os *loucos de todo o genero*, a somma de todos elles, é sempre inferior ao total dos que são irresponsáveis em consequencia desse desarranjo, e dahi podem resultar, como de facto têm resultado, não poucas injustiças no exercicio da penalidade.

O legislador brasileiro, importa sempre lembrar, regulou-se mais de uma vez pelas doutrinas do *Code Pénal*, mostrando com tudo uma certa vontade de corrígilo e melhorá-lo a seu modo. Foi, porém, pela mór parte, infeliz nestes melhoramentos. Sem querer agora fazer-lhe carga da singularidade, pela qual, depois de abandonar a divisão trichotomica do *Code* em *crimes, delictos e contravenções*, o nosso legislador não pôde deixar de pagar tambem o seu tributo ao velho séstro das *trichotomias*, com a sua classificação de crimes *publicos, particulares e policiaes* — classificação que, aliás, quanto ás duas primeiras partes, vem quasi reduzir-se a nada, em virtude da outra divisão dos crimes em *afiançaveis e in-*

afiançaveis, — sem fazer carga disto, limito-me a dizer que a disposição do nosso Código, relativa aos loucos, é ainda uma prova da infelicidade alludida.

O Código francez, em seu art. 64, determina que não ha crime nem delicto, quando o accusado, *etait en démence au moment de l'action*. A palavra *démence* não é certamente das mais bem escolhidas. A prova é que, ao passo que todos os commentadores, fazendo do legislador alguma cousa de semelhante a um máo pintor *animalista*, sob cujos quadros se deve escrever, por exemplo: — *isto é um cysne*, para obviar o perigo de crer-se talvez que é *um gato*; — ao passo que os commentadores, repito, insistem em demonstrar que aquella expressão foi empregada de uma maneira geral, para indicar uma alienação de espirito de qualquer natureza que seja, — os alienistas francezes não estão de accordo em reconhecer a extensão que os juristas conferem áquella idéa. Assim um delles, e talvez o mais notavel, Esquirol, abalou a doutrina dos commentadores, estabelecendo uma nova concepção da *démence*, que segundo elle, . . . est une affection cérébrale ordinairement sans fièvre et chronique, caracterisée par l'affaiblissement de la sensibilité, de l'intelligence et de la volonté. Mas isto á parte, resta incontestavel que o Código francez ficou adiante do nosso, pela simples declaração — *au moment de l'action*, — que pôde dar entrada a um grande numero de casos, aliás impossiveis de comprehender-se no circulo da *loucura*, como o nosso legislador concebeu-a, ainda susceptivel de *intervallos lucidos*, — o que envolve uma idéa falsa, ou pelo menos muito dubitavel.

Não quero por este modo entoar um hymno ao artigo 64 do *Code Pénal*, á semelhança do que lhe consagrou o Dr. Pereira, *ancien interne de Bicêtre et de la Salpêtrière*, qualificando-o de uma *disposition généreuse, dictée*

par un haut sens philosophique. (20) Concebo na especie cousa mais generosa e muito mais philosophica. Porém creio que o nosso Código não devêra afastar-se do seu modelo, senão para tomar um melhor caminho; e foi o que não se deu.

Mais bem avisado andou, levando-se mesmo em conta a diferença do tempo, o Código italiano, cujo art. 59 repe a idéa do *Code Pénal*, mas amplificando-a, nos seguintes termos: — “Non é imputabile di reato colui che, nel momento in cui commise il fatto, era in stato di follia o per qualunque causa non aveva la coscienza di delinquere; ovvero vi fu costretto da una forza alla quale non poté resistere.” Vê-se que onde o modelo foi abandonado, é porque se lhe deu mais largas proporções.

Fallei no Dr. Pereira, com quem não quiz formar um dueto de elogio ao art. 64 do *Code Pénal*. Mas importa declarar que esse illustre medico não pertencia á classe dos elogiastas insensatos, em cujo numero se acha, por exemplo, um Sr. Lanfranc de Panthou, *procureur de la république á Nantes*, que não posso resistir á tentação de, ao menos de passagem, aqui apreciar. Este pequeno auctor de uns minimos *Etudes de législation comparée*, obra escripta com todo o estro patriotico de um francez de lei, e a qual mandava a sinceridade que se juntasse como sub-título: — *Pour la plus grande édification des chauvinistes*, não se contentou com os louvores do costume, porém quiz mostrar que, ainda comparado com o que possa hoje haver de melhor no genero, o art. 64 do *Code* é de uma superioridade incontestavel. Naturalmente a comparação devia cahir sobre o Código penal da Allemanha. Convém inteirar o leitor do que este

(20) *Annales d'Hygiène publique*. Avril 1845, pag. 399. Citado por Wilbrand — *Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie*, pag. 167.

Código encerra, no ponto em questão, para tornar bem comprehensivel o desproposito do Sr. Lanfranc.

O art. 51 do *Strafgesetzbuch* do imperio germanico diz: (21) "Não existe crime, quando o agente, ao tempo do commettimento da acção, se achava em um estado de inconsciencia ou de morbida desordem da actividade espiritual, que exclua o seu livre arbitrio."

O illustre *procureur de la république*, citando este artigo, que elle erradamente colloca sob o numero 54, não aceita a opinião dos que o acham superior ao seu correspondente no *Code Pénal* e mais nos Códigos da Belgica e de Genebra, dos quaes o primeiro reproduz, no emprego da palavra — *démence*, — o exemplar francez, e o segundo usa da expressão *aliénation mentale*. Essa opinião lhe parece um erro; quer proval-o e diz: — "Primeiramente, os termos de demencia e de alienação mental correspondem a uma idéa bem definida e comprehendem evidentemente todos os individuos que não têm consciencia de seus actos. O estado que então se produz, recebe um nome juridico; e eu não vejo a censura que a lei possa merecer por tê-lo empregado." (22) Sim, senhor; isto é o que se chama ser bom patriota! O jesuitismo exige dos crentes *il sacrificio dell'intelletto*; o patriotismo francez exige cousa mais grave, é o sacrificio do pejo. Nem posso comprehendender que este Sr. Lanfranc deixe de ser o primeiro a sentir o disparatado da sua lembrança. Mas não ha remedio. Quando se trata da Alemanha, todo o bom francez é soldado, que deve servir á patria, e na falta

(21) Textual. — *Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thaeter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Stoerung der Geistesthaetigkeit befand, durch welchen seine freie Willens bestimmung augeschlossen war.*

(22) *Etudes de législation comparée*, 1878, pag. 236.

de cartuchos, encher logo a *patrona*, até de asneiras. Eis ahi uma dellas.

Com efeito, todo o mundo está de accordo, inclusive francezes mesmos, que a disposição do Código da Alemanha é muito mais ampla; que as expressões *Bewusstlosigkeit* e *krankhafte Storung der Geistesthatigkeit* tem área maior que a *démence* franceza. Mas Lanfranc não esteve por isso. Dando como provado o que, quando muito constitue a questão, isto é, que a palavra *demencia* corresponda a uma idéa bem definida e comprehenda todos os individuos que não tem consciencia dos seus actos, elle conclue, sem mais forma de processo, que o art. 64 do *Code* é superior ao 51 do *Strafgesetzbuch*; isto simplesmente porque a França é a França e a Alemanha é a Alemanha. Ponto. Para que melhor razão, se esta é de tanto peso?...

Mas Lanfranc tem muito *espirito* para não ver o que logo vem de encontro á sua asserção. Assim, e como quem previne o ataque, elle pergunta:

“Será verdade que as leis, de que nós fallámos (franceza, belga e genebrense) tenham deixado fóra de suas prescripções a este respeito uma quantidade de estados intellectuaes, mais ou menos accidentaes, como o *somnambulismo*, a *embriaguez absoluta*, a *epilepsia*, que não são alienação mental, mas que perturbam a tal ponto as faculdades do homem, que elle cessa de poder incorrer em qualquer responsabilidade?” A pergunta é séria, e eu agradeço a Lanfranc ter-me poupado o trabalho de levantar a questão. Mas como responde elle? A resposta — sim — essa é digna de riso. Dificilmente crê-se que uma cabeça normal possa contentar-se com semelhante *quia*. Elle diz: “Não é verdade (que as leis referidas tenham despercebido os estados anomalous indicados), *porque* essas leis tiveram o cuidado de assimilar á alienação mental.”

nação mental os casos, em que o *agente* é *constrangido por uma força, á que elle não poude resistir*. Ora, é preciso não desconhecer o alcance destas expressões, que correspondem perfeitamente, segundo a nossa opinião, a idéa desenvolvida no fim do texto alemão citado."

Segundo a sua opinião, — vá que seja. Mas isto não salva o erro. O alcance que o grande *procureur de la république* pede que não se desconheça, é justamente o que todos desconhecem, salvo convenção em contrario. Na idéa de *inconsciencia* ou de *morbida perturbação da actividade espiritual* entram necessariamente as idéas menos extensas de *somnambulismo*, *epilepsia*, etc. Mas no conceito da *força, a que o agente não poude resistir*, ninguém dirá seriamente que elas entrem com o mesmo grau de justeza e evidencia. Que o somnambulo não tem consciencia dos seus actos, durante o accesso do mal, que o somnambulo é um doente, e de uma doença que perturba as faculdades do espirito, nenhuma duvida. Que elle, porém, praticando um crime, cêda ao impulso de uma força irresistivel, é o que não se diz, nem se concebe, sem alterar o valor das idéas. No somnambulo o que ha de *irresistivel* é o facto mesmo do *somnambulismo*.

Por mais que elle se esforce em contrario, não pode resistir ao accommertimento da *nevrose* ou *psychose*, ou como melhor nome tenha em medicina, isto é, não pôde deixar de *somnambular*. Imaginemos uma somnambula, a figura de Amina, por exemplo, na bella opera de Bellini, uma linda moça honesta e recatada, que no rigor do seu recato preferisse morrer a que lhe vissem entrar sosinha, e a deshoras, no aposento de um homem. Até onde chega, não obstante todas as precauções, o facto repetido della erguer-se dormindo a uma certa hora da noute, tomar a roupa, abrir a porta da alcova, travar de uma vela, accendê-la e seguir o caminho da sua morbida peregrinação, até

ahi concedo de barato que se falle de uma força, a que ella não podia resistir. Mas se nessa occasião acontece que vá parar na camara de um homem, no aposento de um hospede, isto é, que pratique um acto, contra o qual, no estado de saúde, ella insurgir-se-hia com toda a sinceridade de um coração inocente, aplicar a este caso a idéa da *força irresistivel* é uma cousa que não tem senso. Elevado um facto de tal natureza á cathegoria de um crime, — o que escusa a bella somnambula, é o seu estado de inconsciencia ou alteração morbosa da sua actividade espiritual. A allegação de força irresistivel só pôde vir como um *pis aller*, na falta de uma disposição mais clara e determinada.

Já se vê que o argumento de Lanfranc deixou o *Code* indefeso. Mas elle ainda affirma que tanto o art. 61 do Código francez é superior ao seu paralelo do Código allemão, que este teve necessidade de estabelecer um outro artigo (o art. 52) relativo aos que commettem crime, violentados physica ou moralmente! Só um Lanfranc é capaz de semelhante disparate. O merito do Código allemão está mesmo em ter separado, como factos mui distinctos, os casos de falta de *libertas judicii*, como diria Mittermaier, dos de falta de *libertas consilii*, em ter edictado para aquelles uma disposição tão larga, que comprehende regularmente *sommambulos*, *ebrios*, *epilepticos*, etc., postos em conflicto com as leis penaes, sem precisar lançar mão do *expediente* da força irresistivel. Entretanto, o senhor de Panthou entende ser preferivel o artigo do *Code*, onde tudo se acha confundido, e aquillo que não couber no circulo da *démence*, que é limitado, encaixa-se a todo custo no circulo da *force à laquelle il n'a pu resister*, que é mais limitado ainda! Estes criticos francezes!...

Mas importa confessar: Se no ponto que nos occupa, o *Code Pénal* é visivelmente inferior ao Código allemão, não ha dúvida que o nosso é, por sua vez, inferior ao *Code Pénal*.



VIII

ENTRE os dous extremos: ou enumerar todas as molestias mentaes, que tornam o doente criminalmente irresponsavel, ou estabelecer um principio geral, que comprehenda a totalidade dellas, a escolha não deve ser duvidosa, ao menos no estado actual da sciencia psychiatrica; o ultimo é preferivel. O nossoCodigo, já eu o disse, posto que seguindo alheios vestigios, andou bem neste ponto. Mas o seu principio não tem a extensão desejada; e a não ser que se pretenda, á força de martello, fazer entrar pelos póros do § 2.º do art. 10 uma porção de casos, que elle não comporta, ou recorrer a um expediente igual ao de Lanfranc, para embutil-los no § 3.º, — é justo reconhecer que o Codigo é defeituoso e precisa de uma reforma.

Importa, porém, não confundir esta minha opinião com a que, porventura, visasse collocar o legislador criminal na contingencia de estar sempre á escuta dos oráculos da medicina, nas questões de imputabilidade, para ir, de accôrdo com elles, alterando as disposições legaes. E ha medicos, com effeito, que não se acham á muita distancia de uma tal pretenção. Mas eu estou bem longe de dar-lhes razão e jurar em tudo pelas suas palavras.

As relações da medicina com a sciencia do direito já tem sido por vezes objecto de disputa. Kant mesmo não

dedignou-se de estudar o assumpto, e bem que a sua opinião não seja totalmente aceitável, nem por isso é menos merecedora de menção e respeito. O grande philosopho pensava que a questão de saber, se um accusado, na occasião de commetter o facto criminoso, estava na posse de sua razão natural, é toda psychologica, e a *medicina forensis*, que se julga autorisada a resolvê-la, é um entremettimento na seára alheia, — *Einmischung in fremdes Geschäft.* (23).

A este modo de ver, um pouco desanimador, pelo peso da auctoridade, que o enunciára, foi Metzger o primeiro a oppôr embaraços. Começando por admirar-se de que um espirito da altura de Kant, não podendo negar que nos desvarios febris ha um estado morbido corporeo, da exclusiva competencia do medico, deixasse de concluir dahi alguma cousa de analogo nos delirios sem febre, isto é, nos casos de loucura, elle disse: "Nos loucos ha sempre doença physica; por isso pertence ao medico decidir sobre o estado delles, e a questão não é tanto da alcada da psychologia, como Kant se afigura. Os philosophos se acham divididos em muitas escolas; não se sabe de que seita deve ser aquelle a quem os juizes tenham de consultar. E' assás dubitavel que um parecer construido á *priori*, segundo principios transcendentaes, possa satisfazer ás exigencias da justiça. Ao contrario disto, o medico é o unico verdadeiro philosopho natural e psychologo empirico..." (24).

Acceito as razões de Metzger, que foram ainda reforçadas por Hoffbauer. Mas sinto-me obrigado a dizer que infelizmente nesta acção *finium regundorum* entre as duas sciencias ainda não se deu a ultima decisão. A idéa

(23) *Antropologie* — § 41.

(24) *Gericht. medic. Abhandlungen.* 1803. pag. 74.

de Kant era sem duvida uma extravagancia; mas a d: Metzger envolvia porventura uma verdade reconhecida e aceita pela classe medical inteira? Não de certo. E a prova é que de então para cá, nem todos os medicos têm sabido conter-se, á tal respeito, dentro dos justos limites, acontecendo mesmo que, se por um lado, estes querem ultrapassar as raias da sua competencia, aquelles, por outro lado, não duvidam negar a si proprios o direito que os juristas e philosophos mesmos lhes concedem. Foi assim que, depois de amortecida, julgada até como anti-gualha na Allemanha, a questão surgiu vigorosissima na França, em 1826. Um novo ataque foi dirigido contra a autoridade dos medicos, e desta vez tanto mais sério, quanto era certo que partia de um delles. Esse desabusado foi Coste.

A passagem em que elle fere de frente a pretenção dos seus collegas, merece ser citada: "Si la loi veut, diz elle, que les médecins soient consultés sur la folie, c'est, sans doute, par respect pour l'usage; et rien ne serait plus gratuit que la présomption de la capacité spéciale des médecins en pareille matière. De bonne foi, il n'est aucun homme d'un jugement sain, qui n'y soit aussi compétent que M. Pinel ou M. Esquirol, et qui n'ait encore sur eux l'avantage d'être étranger à toute prévention scientifique. Par malheur, les médecins ont pris ou sérieux cette politesse des tribunaux, et dans l'examen des questions qui leur sont soumises, ils substituent trop souvent aux lumières naturelles de la raison les ignorances ambitieuses de l'école." Não se pôde ser mais decisivo. Coste encontrou um defensor ardente no advogado Régnault, que chamou as palavras citadas: — un passage plein de force et de vérité.

Em sua obra — *Du degré de compétence des médecins dans les questions judiciaires relatives aux aliénas*

tions mentales (1828), Regnault permittio-se carregar as tintas do quadro, e fê-lo sem duvida com alguma graça. Mas logo depois (1832) apareceu Foderé a sustentar o velho thema, que o advogado tinha combatido. E' mesmo de presumir que elle quizesse alludir a Régnault, quando escreveu as seguintes palavras: — “il ne suffit pas non plus d'avoir exposé les actes extérieurs, par lesquels le public juge qu'un homme est tombé dans un état d'aliénation; ces actes, on peut les simuler, et les médecins même peuvent y être trompés, à plus forte raison les avocats, quoique quelques-uns d'entre eux, des moins modestes sans doute, prétendent que leur savoir suffit pour résoudre de semblables questions.”

Entretanto, a verdade historica é que a medicina não foi desalojada do seu terreno, e como quer que se opine a respeito, ninguem hoje mais se lembra de contestar aos medicos a exclusiva jurisdicção scientifica em materia de alienação mental.

Infelizmente, porém, as leis penas, bem como as civis, ainda não estão, em geral, em completo accordo com este modo de ver. O nosso Código, entre outros, parece que não respira muita consideração para com os medicos, na esphera das diagnoses mentaes. Talvez ainda por influencia da legislação franceza, que no *Code Napoleon*, arts. 492, 496 e mais alguns, encarrega os juizes de decidir sobre o estado dos mentecaptos; porém o certo é que o nosso legislador não se mostrou muito acima do ponto de vista velho, que julgava a apreciação dos phenomenos da loucura objecto de simples bom senso. De outro modo não se comprehende a concepção do art. 12, em virtude do qual... “os loucos que tiverem commetido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, conforme ao juiz parecer mais conveniente”, e não, como devia ser, conforme os medicos

decidirem. De maneira que, se por exemplo, e o caso talvez não seja méra hypothese, depois de um exame medical, o resultado da *pericia* fôr que o examinado é um Agnoletti, ou um *Verzeni*, apparentemente placido, porém trazendo no intimo a mais feroz das loucuras, *o gosto de estrangular mulheres*, podendo dizer, como o celebre louco italiano: — *il piacere che provavo nello stringere il collo delle donne era piú intenso che non provi ora colla masturbazione*, (25) se este fôr o resultado da *pericia*, e os medicos entenderem que o terrivel epileptico deve ir para o hospital, com todo o cuidado e segurança, mas o juiz, em sua alta ignorancia, entender o contrario, lá vai a fera entregue á sua familia, correndo-se o risco de vê-lo, no dia seguinte, atirar-se sobre a primeira mulher, que lhe passe pela porta. “Conforme ao juiz parecer mais conveniente” diz o Codigo; porém o juiz pôde ser Pierrot ou Arlequim; logo é... “conforme parecer mais conveniente a Arlequim ou a Pierrot.”

E' um ponto este bem digno de attenção. Por minha parte, não duvidaria, em relação ao Brazil, exprimir o mesmo voto que ha cincoenta annos fizera B. Serres, a respeito do seu paiz, julgando necessario... “qu'il y ait en France comme dans le nord de l'Europe des médecins chargés d'une manière spéciale de faire seuls des rapports, sur lesquels la justice doit baser ses décisions.” Nem ha nada de mais simples: — assim como temos *medicos do exercito*, *medicos da armada*, *medicos da policia*, podéramos tambem ter *medicos da justiça*; mas estes unidos entre si pelo principio da *collegialidade*, e formando uma magistratura, que os romanos, á semelhança do *collegium prætorum* e do *collegium quæstorum*, teriam designado por *collegium medicorum*. Um grupo de sabios officialmente

(25) Lombroso — *Verzeni e Agnoletti*, pag. 12.

encarregados de julgar das questões da sua sciencia, levantadas no terreno do direito, cujos *veredicta*, porém, seriam outras tantas sentenças, apenas com appello para um corpo superior da mesma natureza, as Faculdades de medicina, por exemplo.

A idéa pôde ser irrealisavel; mas não dir-se-ha que seja producto de um preconceito de classe; ella não se filia em nenhum dos idолос *baconianos*. (26) E ninguem contestará que a sua realisação traria grandes proventos.

(26) Para evitar escrupulos cacophatonicos, é bom pronunciar: — *bêcanianos*.



IX

A minha opinião está assentada: — aos medicos e só aos medicos, é que compete apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psycho-physica dos criminosos. Elles não devem limitar-se a *attestar* esse estado, mas antes devem *julga-lo* magistratica e auctoritariamente. Isto, porém, não quer dizer que eu subscreva, como razoaveis, todas as suas doutrinas em materia de psychologia criminal. Nellas existe uma grande parte de exageração, que é preciso combater e arredar.

Não ha muito veio-me ás mãos a celebre obra — *L'Uomo delinquente*, — do grande psychiatra e professor italiano Cesare Lombroso. E' uma obra que pertence ao pequeno numero dos livros revolucionarios, aos quaes todo o leitor consciente pôde applicar as palavras de Ezequiel, fallando daquelle volume que Deus lhe déra para devorar: — *Et comedí illud; et factum est in ore meo sicut mel dulce.* Eu tambem a devorei. A celebridade do livro e o renome do seu auctor, unidos á circumstancia de ocupar-me de assumpto que tem pontos de contacto com as doutrinas ali expendidas, tornam explicavel a avidez, com que tratei de apoderar-me das idéas de Lombroso. Mas bem quizera que a impressão de doçura, produzida pela sciencia do profundo observador, não tivesse sido perturbada por um pouco de amargo, que deixaram-me os exageros do especialista infatigavel.

Com efeito, qualquer que seja a admiração que se sinta diante dos thesouros de saber accumulados na obra mencionada, não se pôde reprimir uma pequena censura, que essa mesma riqueza de sciencia occasiona e provoca. Não sou suspeito neste meu juizo. O livro de Lombroso, seja-me lícito dize-lo, é *italianamente escripto e germanicamente pensado*. (27)

Por minha parte já se vê, que nisto vai um grande merecimento. Mas tambem, por outro lado, importa reconhecer que o auctor alargou de mais as suas vistas e é excessivo nas suas apreciações. Tudo tem seus limites. O conhecimento exacto do criminoso não se compõe sómente de dados *psychologicos*, fornecidos pela observação interna, directa ou indirecta; mas é igualmente certo que não se compõe só de dados *craniométricos*, *dynamométricos*, *ophthalmoscópicos* e todos os mais epithetos sesquipedaes, de que sóe usar a technologia medical.

Ninguem, mais do que eu, está sempre disposto a reformar, a abandonar mesmo, como imprestaveis, as opiniões mais queridas, quando recahe sobre ellas qualquer suspeita de erro. Porém quero vêr razões que me convençam. Não sou tão exigente como David Hume, que aconselhava, como já disse, se mettesse no fogo todo o qualquer livro que não tratasse de factos observados ou de numeros, porque, fóra disto, só podia encarar, — no seu parecer, — sophistica e rabulice. Ainda creio na lógiça, operando sobre dados empiricos e podendo fazê-los

(27) O illustre professor, além de mostrar-se muitissimo familiarisado com a sciencia germanica, é um daqueles para quem a lingua allemã é, como era para Littré, *un object d'étude et de jouissance*; e tem mesmo escripto e publicado obras em allemão. Isto na Italia, que possue uma lingua culta e homens de reputação universal, que sabem manejal-a, não era para causar estranheza?... Pois não causa. Os italianos acham muito natural o *altemanismo* de Lombroso. São menos exigentes do que nós...

decuplamente render. Mas não admitto de bom grado que, em nome desta ou daquellea sciencia, levantem-se hypotheses, se não de todo gratuitas, ao menos, actualmente, impossiveis de verificar, e, como taes, incapazes de nutrir um espirito pouco affeito a se deixar illudir por phrases retumbantes.

O *Homem delinquente* de Lombroso, — apresso-me em declara-lo, não está de perfeito acordo com a idéa sustentada pelos pathologos do crime. Para elle o delicto e a loucura são phenomenos semelhantes, porém não são identicos. Como a doença, o delicto tem a sua *ethiologia*, tem mesmo a sua *therapia*, mas não é uma doença. Da mesma forma que as affecções morbosas propriamente ditas se explicam, ás mais das vezes, pela lei biologica da hereditariedade, assim tambem os crimes são para elle quasi sempre rebentos de *atavismo*, sem que, comtudo, uma cousa se confunda com a outra. Por este lado, não ha duvida que o nosso auctor está muito acima da maioria dos que têm tratado de tal materia, inclusive o dispatrickado Maudsley, a quem Lombroso podéra chamar com mais razão do que Tyndall chamou a Buchner — *one of the weaker brethren*.

Mas isto é quasi tudo que se lhe pôde dar para louvor. Na sciencia do grande italiano, como ella se manifesta no livro que temos presente, ha um pouco de arte, podéra dizer, de artificio, que aliás não é feito para impressionar agradavelmente.

Concordo com F. A. Lange que... “a arte é livre, até mesmo no dominio dos conceitos” mas, se, como pensa o illustre historiador do materialismo, devemos deixar em paz os philosophos, na presuposição de que elles nos edificam, em vez de incommodar-nos com querélas dogmáticas, a paz que se deve aos sabios, ainda que sejam da robustez de um Lombroso, não é menos condicional,

não está menos subordinada ao presuposto de não nos darem elles a tragar hypotheses e conjecturas, que nada resolvem, que nada esclarecem.

E não convém que o leitor fique talvez em duvida sobre um ponto que julgo capital. Não faço mysterio da minha fé philosophica: — eu sou materialista, no bom sentido da palavra. Não me insurjo nem mesmo contra a tentativa de fazer-se da chamada *sciencia da alma* um comportimento da *meteórologia*. “O homem é o que elle come” — disse o auctor de *Kraft und Stoff* —; e não hesito em glosar: — o homem é todo feito á imagem e semelhança, não de Deus, porém da natureza, isto é, do céo que elle contempla, do ar que respira, da terra em que pisa, do leito em que dorme, e até das flores que colhe, se não até dos labios que beija. Isto não é poesia, como de tal costuma-se acoimar tudo aquillo que não sabe ao pão quotidiano das idéas e palavras corriqueiras; — isto não é poesia, é pura realidade.

O grão de embriaguez produzida por um primeiro beijo póde ser capaz de transtornar a vocação de um homem e decidir da sua sorte ulterior. Se um dia não fôssem os encantos da bella filha dos Lagides, aquella mulher perigosa, que sabia todos os segredos da seducção, e que na idade de 14 annos já namorava com o filho de Pompeu, — não ter-se-hia dado em Tarsus a derrota do *imperator*, e com ella completa mudança, como já disse anteriormente, na feição do mundo romano. Sem a beleza, por exemplo, de Eugenia de Gusman, sem aquellas, como refere um escriptor do tempo,... ses jambes et ses cuisses dessinées dans un pantalon gris collant, qui modellait et mettait en relief leurs formes délicieuses, — com que ella apareceu em uma caçada a Napoleão III, talvez que hoje a face da Europa fosse outra. Seja porém como fôr, o certo é que a alma humana, quer

individual, quer socialmente considerada, é o producto de mil circumstancias, de mil factores differentes, em cujo numero entra a propria atmosphera com a sua quota de calor e electricidade.

Mas estas concessões, aliás tão largas, não dão para que eu admitta como verdades evidentes todas as vistas theoreticas de Lombroso. O livro se distingue por um luxo de detalhes, que vai além de toda medida, e que não raro, em vez de esclarecer, obscurece as questões. Assim como existe, perante a logica, um argumento vicioso, que consiste em *provar de mais* tambem existe, perante a sciencia, alguma cousa de analogo e igualmente condemnavel: — é esse processo que se delicia em *observar de mais*, em accumular observações, apparentemente proficuas, mas no fundo estereis, incapazes de generalisação, irreduceiveis a uma lei. Em ultima analyse, admira-se o talento, a perspicacia, a paciencia do auctor, mas o proveito que se aufere, não compensa o trabalho da fatigante leitura de um livro de 465 paginas de texto, com mais de 300 de apendices, tabellas e pericias.

Além disto, importa reconhecer que a ideia capital de Lombroso não é de todo isempta de um certo sabor de paradoxia. Reduzindo o crime ás proporções de um facto natural, incorrigivel, inevitavel, tão natural e incorrigivel como a doença, elle parece julgar inutil a função da justiça publica. E uma das mais vivas provas desta inutilidade é o phenomeno constante da *reincidencia*.

Não acho razoavel semelhante opinião. A reincidencia no crime é realmente um facto desesperador para o jurista de velho estylo, para o jurista theologo, que por ventura ainda crê nos effeitos salutares e purificadores da pena, mas não prova cousa alguma contra o direito penal organizado, como uma necessidade da vida social.

A reincidencia não pertence exclusivamente ao domínio da criminalidade; é uma das formas da pertinacia no vicio, no erro em geral, que é característica da natureza humana. Que raros, que raríssimos são os homens, que possam gabar-se de terem commettido este ou aquele vicio, uma só vez na vida, é uma verdade de vulgar alcance. Os chamados ensinos da experiência, da qual já se disse que tem uma escola, onde as lições custam caro, são uma especie de *repetitions écrites*, que foram expostas aos nossos avós, e hão de sê-lo aos nossos netos, com o mesmo grão de inefficacia.

Se pois os recidivos no crime só servem para dar testemunho da inutilidade das leis penas, os recidivos no vicio atestam igualmente a insufficiencia da lei moral, donde quer que ella provenha, e não deixam de arrastar as mesmas consequencias praticas, que Lombroso põe somente á conta dos primeiros.

Nem se diga que a analogia desapparece diante da consideração da pena, cuja imposição é mais real n'um caso do que no outro. Completo engano. Os individuos que por actos de imprudencia conquistam molestias, não desconhecem que elles são a causa do seu proprio mal, e todavia continuam á marchar pelo caminho uma vez trilhado. O ladrão, por exemplo, que depois de tres ou quatro condenações, ainda vai commetter um furto, é de certo um phenomeno explicavel; mas, sê-lo ha menos o moço libidinoso, que á despeito de todos os seus achaques syphiliticos, successiva e cumulativamente alquaridos, ainda ousa transpôr a porta do lupanar?

O homicida recidivo e incorrigível, que falla com orgulho dos seus dez ou doze assassinatos, é a desesperação do penalista; mas tambem não vemos todos os dias mais de um homem ajuizado mencionar, com certo ar de triumpho, as suas vinte blenorhéas, ou os seus

trinta cancros venereos, que lhe estragaram a saúde, que o envelheceram precocemente, sem mostrar-se aliás arrependido, nem corrigido pela experiencia? Prova isto entretanto alguma cousa contra a moral e a hygiene? Certamente nada. Tão pouco pôde a reincidencia dos criminosos servir de prova contra os systemas de penalidade juridica.

Lombroso propõe a substituição da cadeia pelo *manicomio criminale*. Dou de barato. Porém os seus principios, os seus dados positivos, destendidos pela logica, levam á consequencia de ser talvez preciso metter-se no hospital a humanidade inteira, se não é que o illustre auctor nos tenha proposto sómente uma questão de palavras, e entre *cadeia* e *hospital de criminosos* não se estabeleça distincção notavel. Mas isto está em desaccôrdo com as suas pretenções de fundador de uma nova escola, que de dia em dia, segundo elle crê, augmenta de discípulos e sectarios, posto que tal crença possa entrar na classe das illusões communs á todos os reformadores: — com meia duzia de proselytos já se dão por chefes de uma *ecclesia*, que vai tornar-se unica e universal.

Nada melhor do que o livro de Lombroso me faz comprehender uma justa observação de Moritz Lazarus em sua *Volkerpsychologie*. Apreciando o phenomeno da invasão reciproca de dominios intellectuaes limitrophes, elle explica pela mesma lei o facto estranho de individus investidos de uma profissão determinada emprehenderem excursões insensatas em alheias e superiores espheras, — excursões cujos resultados se dão á conhecer como planos grandiosos de melhoramento, messianicamente annunciados. E' assim que vê-se medicos quererem de repente reformar a philosophia, juristas endireitar a igreja, e todo mundo enfim melhorar a todo mundo. A frequencia de

taes phenomenos o philosopho considera caracteristica para o espirito de uma epocha. (28)

A obra do sabio italiano ressente-se deste defeito. Nella se nota que o psychiatra quer destronar o jurista, a psychiatria quer tornar dispensavel o direito penal. O auctor, — é certo, — não o declara expressamente; mas isto lê-se entre as linhas. Nem se concebe que *L'uomo delinquente* visasse outro fim, se não modificar completamente as idéas tradicionaes sobre o crime e o criminoso, derogar de todo a intuição corrente do instituto da pena. No caso contrario, a obra seria até destituida de senso.

Entretanto, e á despeito de serios esforços, o auctor não attingio o seu alvo. Na especie de *devassa* que abrio contra todos os systemas de pratica penal, chamando á depôr um grande numero de testemunhas competentes e incompetentes, Lombroso acaba por ter razão sómente contra os criminalistas metaphysicos, que ainda fallam e crêem na *imputabilidade absoluta*. Por exemplo, contra Carrara e outros dogmaticos, seus argumentos são peremptorios. (29) Mas estes partidarios da imputabilidade absoluta já estão fóra de questão; a lucta das opiniões

(28) *Volkerpsychologie* — III — pag. 66 e 67 (nota).

(29) Aproveito esta occasião para exprimir francamente o meu juizo á respeito do celebre discípulo de Carmignani, auctor do *Programma del corso di diritto criminale*. Não pertenço ao grupo dos seus admiradores, parte dos quaes, ao certo, nunca se deu ao trabalho de reflectir sobre as suas doutrinas. Um espirito que tem a coragem de consagrar os seus primeiros volumes da sua obra exclusivamente ao que ha de menos contestavel e menos fecundo em direito criminal, isto é, á theoria do crime, um tal espirito apareceu fóra de tempo, devia ter surgido em epocha de poder ser frade e escrever uma *Summa totius theologiae*. E' uma esteril abundancia, que já difficilmente se tolera nos dias hodiernos, em que até a *telegraphia*, como pensa August Lehmann, nos ordena e ensina á ser concisos. Os moços academicos não se illudam: — Carrara é um penalista metaphysico da peior especie.

só é possível dentro dos limites da imputabilidade relativa, e ahi, sómente ahi, a cousa toma um outro aspecto. Se é certo que o delicto, como facto natural, está sujeito a outras leis que não as leis da liberdade, isto não quer dizer que o direito deve deixar de interpôr-se como meio de corrigir a natureza. O que ha de mais natural e como que fatalmente determinado do que o curso dos rios ? E todavia pode-se desvial-o. Tambem o direito, maximé o direito penal, é uma arte de mudar o rumo das indoles e o curso dos caracteres, que a educação não pôde amoldar ; não no sentido da velha theoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas para o ceu, mas no sentido da moderna selecção *darwinica*, no sentido de adaptar o homem á sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que á final é o alvo de toda politica humana.

Eu vejo na sciencia do crime alguma cousa de attinente ao ramo das sciencias inductivas, que Haeckel designa pelo nome de *dysteleologia*; ella será no futuro uma das formas da *dysteleologia social*. Mas esta filiação no grupo das sciencias naturaes não tirará ao direito penal a sua posição autonoma, não apagará jámais o caracter juridico da pena.

Não cabe aqui uma critica detalhada da obra de Lombroso, cuja menção, incidentemente feita, servio-me apenas para atestar o hyperbolismo scientifico dos medicos, quando invadem alheios dominios. Nem eu teria competencia para exercer uma tal critica. Entretanto, não posso fugir ao desejo de accentuar ainda um ponto interessante, que por si só deixa o leitor inteirado do espirito de todo o livro. E' o que bem se podéra chamar a parte *graphologica* do crime, é o capitulo relativo ao modo de escrever dos criminosos.

Sem contestar o fundo de verdade que ha nas apre-
ciações do sabio italiano, não é possivel, comtudo, acceder
a todos os seus propositos. O máo caracter da letra de
um Cartouche ou de um Vidocq pôde servir para jun-
tar-se, como complemento, ás muitas outras provas do
máo caracter do homem; mas considerado em si mesmo,
isolado de outros factos, como indicio de qualquer qual-
idade psychica é mui difficil crer que signifique alguma
cousa, digna de attenção. E Lombroso mesmo não quiz
dissimular esta difficuldade. Infelizmente, porém, as suas
observações em contrario não são de natureza a desfazer
os nossos escrupulos.

Por minha parte, entretanto, devo confessar que não
sou dos mais escrupulosos. Acredito que na linguagem,
fallada ou escripta, sobretudo na linguagem fallada, no
bom ou no máo accento, existe alguma cousa de peculiar
ás individualidades. Nem estou longe de opinar com
Bernhard Schmitz que defeitos de pronuncia podem tor-
nar-se defeitos de caracter (30). Um homem, por exem-
plo, que tem a bocca cheia de lingua, parece-me inadmis-
sivel que tenha uma cabeça cheia de idéas, e no que toca
em particular ao sexo amavel, sempre causou-me uma
certa desconfiança o *rothacismo* feminino.

Não é de todo sem razão que Balzac, em um dos
seus romances, descrevendo a bella Montsauf, chega a
dizer que o modo della exprimir o — *i* — lembra o
canto das aves; que ella cochichava o — *ch* — como uma
caricia, e... la manière dont elle attaquait les — *t* —
accusait le despotisme du cœur. Em tudo isto pôde haver
exagero de romancista, mas tambem em tudo isto ha uma
bôa dóse de justa observação. De todos os caminhos que

(30) *Encyclopádie des philologischen Studiums. Dritter Theil*, pag. 14.

nos conduzem a sondar o intimo de uma alma feminina, por mais paradoxal que a cousa pareça, a prosodia é talvez o mais seguro.

E não menos que a maneira de fallar tem, no bello sexo, um valor psychologico a maneira de escrever. Se, como ainda hoje se repete, o estylo é o homem, com igualdade de razão se pôde affirmar que a *calligraphia* é a *mulher*. Invertendo o celebre dito de um antigo grego, é a ella que bem se pôde dizer: — *escreve para que eu te veja*. Quem tivesse a felicidade de reunir autographos femininos em numero crescido, como Lombroso reunio 407 de criminosos diversos,—principalmente autographos pertencentes á litteratura erotico-epistolar, estaria no caso de confirmar a minha asserção. A mulher a quem falta o senso artistico para o bello traçado de uma letra, é dubitável que o revele em outra qualquer cousa, e com a falta de senso artistico, em o sentido elevado da palavra, emparelha-se quasi sempre a falta de senso moral. Pelo contrario, a mulher que bem calligrápha, pratica só por isso, vis-à-vis do homem, um acto de independencia e soberania, que dá do seu espirito vantajoso testemunho.

Eis ahi o que me parece poder-se conceder; mas deste ponto, que aliás ainda é conjectural, a qualquer inducção scientifica da indole dos individuos por esta ou aquella imperfeição da sua escripta, vai uma distancia immensa.

Deixemos, porém, semelhante assumpto e voltemos ao principal.



X

O Codigo trata, em terceiro lugar, dos que commettem crimes, *violentados por força ou por medo irresistíveis*, e que, como taes, tambem não são criminosos. E' a sancção legal de um principio geralmente aceito e reconhecido. A idéa de uma força, ou de um medo irresistíveis, isto é, de um medo ou de uma força, que sobrepujam a vontade, exclue a idéa de acção voluntaria e intencionalmente praticada; exclue, portanto, a mesma idéa do crime. Isto é, quasi uma tolice, por excesso de verdade. Mas isto não é tudo.

A nossa lei penal não estabeleceu distincção, ao menos de um modo claro, entre a coacção physica e a coacção psychica. Esta falta que se nota no artigo 4 do Codigo, quando falla dos que constrangem alguem a commetter crimes, eu já disse algúres que não me parecia de alta monta, concordando até em da-la como suprida pela disposição do § 3º do artigo 10, posto que me inclinasse a crer que ahi mesmo o Codigo teve mais em mira o constrangimento psychico, pela summa raridade da coacção mecanica. (31) Permaneço na mesma opinião. O § 3º do art. 10 é attinente á questão da *vis absoluta*, á questão da violencia, *maximé*, porém, da violencia moral. O medo é realmente um estado psychologico, em que

(31) *Estudos Allemães*, pag. 199; Recife, 1882.

muitas vezes se pôde commetter acções de carácter criminoso, que aliás não se reputam crimes, pela ausencia de uma livre determinação da vontade. Mas nem todos os estados psychologicos, que por um lado se resentem dessa mesma ausencia, e que por outro lado não se deixam classificar entre os casos de falta de *imputatio juris*, podem entrar na cathegoria do medo. Acima deste sentimento está, por exemplo, o sentimento da obediencia, pela qual um filho se vê arrastado a cumprir uma ordem criminosa de seu pai, ou em geral um subordinado a de seu superior.

Nestas e iguaes circunstancias, tão pouco existe o medo, isto é, a apprehensão de um perigo imminente, do qual se pretende fugir pelo cumprimento da ordem, que não raras vezes o executor tem certeza de que a execução importa o seu proprio anniquilamento. A vida militar é cheia de exemplos de tal natureza.

Dir-se-ha que o mesmo não succede na vida commun. Mas é inexacto. A hypothese de filhos, ou de escravos, que máo grado seu, e sómente levados pela força da obediencia á auctoridade paterna, ou heril, vão atrás da morte certa na perpetração de um crime *ordenado*, será de todo gratuita?

Julgo difficil affirma-lo. Seja, porém, como fôr, indubitavel é que no quadro dos delictos commettidos por effeito de um medo irresistivel não cabem todas as acções, de feição criminosa, em que aliás o sujeito não obrou livremente por ter sido impellido pelo movel de um sentimento estranho e invencivel; acções que, portanto, deveriam ser, ainda que iniquamente, sempre punidas, se a idéa da força irresistivel, de que falla o Codigo, não abrangesse muito mais que a força physica.

Um individuo, por exemplo, que é obrigado a ser cumplice de um ladrão, por não resistir ao arrocho da corda que se lhe passa na cabeça, com o fim de faze-lo

declarar, onde se acha o thesouro escondido, é victima de uma violencia mecanica, e por isso fóra de qualquer imputabilidade. Mas tambem aquelle que, ao entrar des-cuidosamente no leito conjugal, se ahi depára com a viva prova da infidelidade de sua mulher, assassina *de impeto* os dous culpados, é victima de uma especie de violencia moral. O sentimento da honra offendida, em certas condições, é tambem uma *força irresistivel*, que exclue a criminalidade.

Aqui poder-me-hiam objectar que o ultimo exemplo não seria um caso de excusa criminal; que uma vez o facto sucedido, ter-se-hia simplesmente um crime justificavel. Mas isto é um erro. Releva não confundir cousas distinctas. O marido infeliz, que entre nós se vê naquella situação, tem realmente quasi por certo que o tribunal do jury justifica o seu delicto, e em geral os advogados mesmos, não hesitam em fazer logo do facto questionado uma premissa menor do § 2º do artigo 14; porém não deixa de ser uma irregularidade, ainda que muito honrosa para o senso geral da dignidade da familia.

Em face do Codigo, se a justa indignação não pôde ser em caso algum invocada como força irresistivel, o homem que pratica o crime da nossa hypothese, só tem em seu favor a circumstancia attenuante do art. 18 § 4º. A idéa da legitima defesa de um direito já violado, já impossivel de salvar, muito aceitavel pelo bom resultado pratico, nada mais é em theoria do que um disparate. E se acontece que o criminoso em questão esteja para com o adulterio nas condições presupostas pelo § 7º do artigo 16, a consequencia juridica será que esse homem, todo coberto de razão, deve entretanto ser punido com a pena de galés perpetuas! E' horrivel, mas é verdade. A pratica pôde constantemente desmentir a theoria, mas a theoria só pôde ser essa, que é a unica verdadeira, desde

que não se permitta dar ao § 3º do artigo 10 mais larga comprehensão.

Eu bem sei quanto a idéa de *força irresistivel*, applicada ao mundo moral, escandaliza certos espiritos, pelas muitas exquisitices dos penalistas *humanitarios*, ou *penalisti romanzieri*, como Lombroso os qualifica. E' difficult, com effeito, admittir que toda e qualquer paixão seja uma força capaz de subjugar a liberdade, essa pouca mesma que existe no estado actual da cultura humana, pois que tambem a chamada liberdade psychica é *uma cousa que se faz*, uma qualidáde que se adquire por via de desenvolvimento. Mas o direito criminal não precisa, nem quer ir tão longe. O direito é a disciplina das forças sociaes. Uma força irresistivel, no sentido do penalismo romantico, é uma força *indisciplinavel*. Ora, as forças sociaes, de que o direito é a disciplina, são justamente os homens com as suas paixões, que determinam os seus actos; porquanto é tão impossivel que elles obrem sómente em virtude de motivos idéaes, sem um grão qualquer de paixão, quão impossivel é, por exemplo, que uma locomotiva se *determine* a andar, só pelo impulso de uma bonita prelecção sobre a dynamica.

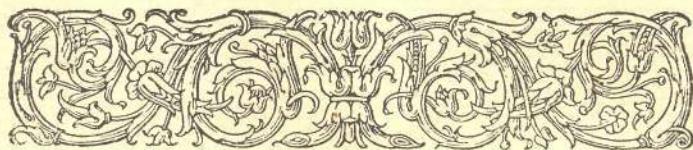
Se pois todas as paixões estivessem no caso de potenciar-se em outras tantas *forças irresistiveis*, o direito seria um dos mais estupidos artefactos humanos (*ars boni et æqui*), incapaz de attingir o fim para que fôra concebido. Mas a observação dá testemunho de mais de uma força social definitivamente disciplinada, importando por isso mesmo uma victoria do direito. Ha paixões irresistiveis, sim, — é impossivel nega-lo; porém estas são em mui pequeno numero, e surgem tão excepcionalmente, que não autorisam a formação de uma theoria da *irresistibilidade*, applicada a este ou aquelle movel de acções criminosas.

E' debalde que um espirito, como Ceresa agrilhoado de remorsos, chega a bradar :

Perché mi desti un'anima
Che in un fatal conflitto,
Vinta da *forza indomita*
Precipita al delitto ?

A *forza indomita* que arrebata o criminoso, é da mesma natureza da que arrebata o amante: — um sonho do cacere, ou uma illusão do theatro. Quem é que já uma vez não sentio-se com animo de resistir ás tentações do demonio da paixão, diante de uns olhos depositarios de todas as influencias estellares, — e só para cumprir o dever, essa obra da mão do homem, por elle mesmo idolatrada? Dá-se a isto o nome de heroismo, e eu não contesto que seja até uma tolice; mas é sempre um facto que attesta a existencia de um poder humano, autonomo e independente, capaz de traçar limites ao despotismo das paixões.

Os crimes commettidos por força ou por medo irresistiveis têm muitas vezes pontos de contacto com os indicados no § 1.º do art. 14. O conceito de uns é differente do conceito de outros; porquanto, ao passo que naquelles desapparece a liberdade, nestes, ao contrario, presupõe-se que o individuo obrou livremente, e por isso é que não fica fóra da *imputatio facti*. Entretanto, se é assim tão evidente a diferença conceitual, — no terreno da practica, na apreciação dos factos, surgem difficuldades de não pequena importancia. E de tanto maior importancia, quanto é certo que os casos do art. 10, ao juiz formador da culpa incumbe aprecial-os; não assim os do art. 14, cujo conhecimento pertence ao jury.



XI

PASSAMOS agora á tratar da materia contida no § 4º.

E' ainda um dos motivos de irresponsabilidade criminal, por não ser possivel a *imputatio facti*. O Código diz que tambem não são criminosos... "os que commetterem crimes casualmente, na pratica de um acto licito, feito com a tençao ordinaria."

E' uma proposição esta evidente por si mesma, quasi identica e tautologica. Em outro livro que não fosse um corpo de leis, equivaleria á dizer que... "não são criminosos os que não são criminosos," — o que seria ao certo supinamente estolido. Mas a lei tem sobretudo necessidade de clareza, e não raro se faz preciso, para evitar o sacrificio da justiça, repetir com todo o serio que $A = A$.

Das quatro cathegorias estabelecidas no art. 10, duas referem-se, como já disse no principio, á falta de *imputatio juris*, as duas outras porém á falta de *imputatio facti*. A expressão juridica *imputatio facti*, traduzida em linguagem philosophica, significa a relação causal, o nexo de causalidade entre o sujeito agente e o resultado da sua accção.

Mas este nexo causal da vontade humana com os effeitos que ella produz, tem um caracter especifico e distincto das causas e effeitos naturaes.

E' certo que a vontade, considerada do ponto de vista da natureza, é simplesmente o *agens*, que põe em movimento as forças corporeas. Se intencional ou não, é indiferente para o nexo causal, pois que não ha mudança alguma no encadeamento dos factos, quer se trate, por exemplo, de um homicidio praticado por um individuo normal, quer se trate do mesmo acto praticado por um sandeu; ou se ponha em lugar da vontade consciente uma inconsciente, ou *vice-versa*. Ainda é certo que a *culpa* e o *dolo* podem invadir a esphera do nexo causal, porém não determinam a existencia delle, como diz von Buri, para quem a vontade capaz de imputação nada mais tem que ver com esse nexo, se não que della depende a questão de saber, se um homem deve ser juridicamente responsabilisado por elle (32).

Mas isto mesmo que o criminalista allemão parece considerar de tão pouca monta, é justamente o que faz da vontade uma causa *sui generis*, e da relação que ha entre ella e certos factos objectivos, offensivos do direito, o presupposto juridico de toda imputação criminal.

Se o agente é com effeito imputavel, se o phenomeno lhe é attribuivel, releva então indagar a estructura intima do acto voluntario, averiguar e saber, se vontade e facto se cobrem, se ajustam em todos os pontos, ou se este vae além daquella. Do acontecido remonta-se á direcção da vontade do agente, e dahi se determina a sua relação com o facto e seus resultados. Pode-se attribuir ao sujeito, como producto intencional ou mesmo negligencioso do seu livre querer, uma violação do direito, ou não lhe cabe em geral imputação alguma? A ultima hypothese, que é a do *casus*, forma a antithese de toda e

(32) *Ueber Causalitaet* — pag. 2.

qualquer determinação criminosa, ou esta se apresente como *dolus*, ou como *culpa*.

Como no *dolus* a vontade cobre o facto, ao passo que na *culpa* fica sempre atras d'elle, razão pela qual repousa no primeiro a maior, por que completa responsabilidade, as acções puníveis dividem-se logicamente em acções *dolosas*, isto é, aquellas que só podem ser commettidas com *dolo*, e em acções *culposas*, isto é, as que tambem podem sê-lo com *culpa*. As primeiras constituem a grande maioria dos crimes; para punir porém o procedimento culposo, é bastante ás mais das vezes a indemnisação jurídico-privada.

Os dois conceitos de *dolo* e *culpa* ainda aqui precisam de uma explanação. Entende-se por *dolus* a vontade que se dirige á uma offensa do direito, conhecida como tal. Para que se possa admittir um *dolo*, deve pois existir além da vontade dirigida áquella violação, a consciencia da *injuridicidade*, da injustiça do acto, isto é, o offensor deve ter sabido, — primeiro, — que o resultado que elle tinha em mira, violava o direito de outrem; segundo, — que a sua acção ou omissão havia de produzir esse resultado. Dest'arte, para que um effeito de tal natureza se apresente como produzido, não por *dolo*, mas por *culpa*, é mister que se dê a falta de conhecimento presuposto em ambas as relações, ou em qualquer dellas. E' ahi justamente que consiste a diferença entre um e outro conceito.

Vê-se pois que o *dolo* compõe-se de dois momentos, de dois estados intellectuaes positivos; a *culpa* suppõe porém um estado negativo, um estado de erro, ou de ignorancia, isto é, a existencia de uma ideia falsa, em vez da verdadeira, ou a ausencia de qualquer ideia. Mas importa observar que a falta do primeiro presuposto só raras vezes pode ter como consequencia desnaturar o *dolo*

e reduzi-lo ao grão de culpa. E' a questão do *error juris criminalis*, que aliás não tem muito alcance. Da mesma forma a ausencia de ambos os momentos não imprime sempre no facto a nota de culposo; pelo contrario apaga, em mais de um caso, todo e qualquer vestigio de imputação criminal.

E' a hypothese do § 4º do artigo 10 do Código, a qual involve uma negação categorica dos elementos do dolo em todas as suas especies, chegando até além dos proprios limites da culpa, que o legislador não deixou subsistir, se não sob a forma da velha *culpa aquilia*, na disposição do art. 11 concernente á obrigação civil de indemnizar o offendido.

No § 4º se acha estabelecida uma exigencia triplice: — 1º que o crime seja commettido *casualmente*; 2º que tenha sido no exercicio ou pratica de qualquer acto *licito*; 3º finalmente que o acto fosse feito com a *tenção ordinaria*.

Não indago, nem aqui me cabe indagar, se a ideia do *acaso* é uma forma van do pensamento, ou se tem um conteúdo real. Pensadores de primeira grandeza não estão de acordo com a opinião *commum*, que faz derivar o conceito do *acaso* da ignorancia das causas, de modo que a casualidade é uma simples apparencia, e casuaes se chamam somente aquelles phenomenos, cuja causa se ignora.

Carlos Ernesto Baer define o *acaso*: — "um acontecimento que coincide com outro, sem achar-se preso á elle por nenhum nexo causal." A definição é exacta, e sé-lo-hia ainda mais, se a ideia da *coincidencia* se appliquesse á successão dos factos com o mesmo grão de clareza, com que se applica á sua simultaneidade. Mas o certo é que, se realmente pôde haver factos que appareçam ao mesmo tempo que outros, ou que succedam á

outros, sem dar-se entre elles nenhum nexo de causalidade, esses factos, em relação á sua successão ou á sua coincidencia, são casuaes, isto é, sem causa, *ursachlos*, como os chamou Lazarus Geiger.

E é innegavel que taes phenomenos existem nos proprios dominios da natureza. Entretanto concedo por hypothese que nenhum phemoneno natural, nenhuma relaçao entre os phenomenos possa haver, sem uma lei que os determine, sem uma causa que os produza. Esta asserçao, — que aliás considero tão *aprioristica* e improvavel, como a velha these religiosa da vontade de Deus, presidindo até á queda das folhas das arvores e dos cabellos da cabeça,—não poderia comtudo ser transportada do terreno das sciencias naturaes para o dominio do direito, para outro qualquer dominio da ordem social.

Eu me explico. Dado mesmo de barato que o *acaso* não tenha entrada em parte alguma da natureza, onde sómente vigora o principio de causalidade, não fica elle *ipso facto* excluido da esphera dos phenomenos moraes, cuja causa unica apreciavel é a vontade humana. Em outros termos, se *casual* é aquillo que não tem *causa*, e com tal caracter não se concebe phenomeno algum da natureza, pois que esta é um systhema de causas e effeitos, o mesmo não acontece nos dominios da vontade, onde todo e qualquer facto, que não traz o cunho de voluntario, é um facto *casual*, um facto *sem causa*, justamente por ser um facto *sem vontade*. Se é inadmissivel um effeito natural, sem causa natural, é igualmente inadmissivel um facto humano sem causa humana; mas esta causa é a vontade; logo todo e qualquer phenomeno involuntario, apreciado do ponto de vista não das leis naturaes, porém das leis sociaes, *respectivé* das leis penaes, é um phenomeno que não tem *causa*, um phenomeno *casual*.

E este mesmo é o sentido da disposição do Código no § 4º do art. 10. O *casualmente* que elle emprega, não tem outra significação se não a de *involuntariamente*. Mas esta casualidade ou involuntariedade está sujeita á condições, cujo preenchimento é indispensável para subtrahi-la de todo ao imperio do direito. A qualidade de involuntario, atribuida á um facto que se dá dentro do circulo da actividade humana, significa apenas que a vontade do sujeito agente não teve em mira, não quiz produzir um tal resultado. Porém isto não basta. Entre os resultados necessários de qualquer acto, com os quaes o agente tem o dever de contar, e os resultados meramente possíveis, que são sempre tangentes á peripheria da mais vasta, da mais comprehensiva previdencia do homem, existem os verosimeis, os mais ou menos provaveis, que conforme a sua maior approximação de um dos dous extremos, ou entram nos limites da imputabilidade, ou desapparecem na sombra da completa falta de imputação.

Convém entretanto ponderar que os resultados necessários não são todos de uma necessidade fatal, inevitável. Não ha duvida que um individuo, que por ventura atira outrem da janella de uma torre elevadissima sobre um lagêdo de marmore, ou do pinaculo de uma montanha sobre um abysmo que lhe fica ao pé, tem por certa a morte da sua victimá; certeza esta, que não é simplesmente subjectiva, mas baseada na infallibilidade de uma lei da natureza.

Não assim porém aquelle que dispara contra alguém uma arma de fogo, no intuito mesmo de mata-lo. As causas perturbadoras da ação e direcção do projectil são aqui em maior numero, do que no facto da primeira *hypothese*. Verificando-se a morte, é um resultado necessário, com que o homicida devia contar, á vista dos meios empregados para attingir tal fim; porém não é uma

necessidade da mesma força que a daquelle outra. E a prova é que aqui são communs, como não alli, os casos de aberração, ou seja a *aberratio delicti a persona in personam*, ou a *aberratio ictus*, o desvio do golpe, com ou sem prejuizo de terceiro.

Mas devo ainda observar que nem sempre os resultados regulares de uma acção, inclusive aquelles mesmos que em relação á outros mais accidentaes podem chamar-se absolutamente necessarios, impõem ao sujeito a obrigação de presupô-los como certos e infalliveis; pelo contrario poder-lhe-ha ser favoravel em mais de uma occasião a *ignorantia facti*, não se lhe imputando como *dolo*, porém como *culpa*, e até mesmo dando-se como um successo sem valor juridico, o efecto da acção praticada.

Para illustrar o assumpto, figuremos o seguinte caso. Um homem inculto, de má educação religiosa, que crê com todo serio na efficacia dos *bentinhos*, das rezas e amuletos, diz ao seu visinho e compadre, igualmente rude e supersticioso, que elle traz sempre no pescôço um *breve*, uma *oração de S. Marcos*, ou cousa semelhante, contra a qual não ha bacamarte, que não minta fogo. E querendo demonstrar a sua asserção, que aliás o visinho não contesta, e provar ainda uma vez a força miraculosa do sacro objecto, herança de seus avós, pede ao outro pobre de espirito que lhe atire com a sua arma. Este não hesita. Cheio de confiança, prepara o instrumento mortífero; e se alguma tristeza o invade, é sómente a da convicção de que a sua velha *lazarina legitima de Braga*, que nunca lhe fez vergonha, vae agora pela primeira vez envergonha-lo. Mas como se trata de cousas de Deus, não ha muito o que admirar. Manda o compadre pôr-se em uma distancia respeitosa; assesta a espingarda, aperta a mola, o tiro echôa, e o tôlo tomba por terra perfeitamente morto.

Eis aqui um daquelles effeitos, de caracter criminoso, necessariamente ligados á uma causa determinada, o qual entretanto não é imputavel ao agente, ao menos no gráo em que sê-lo-hia, dadas outras condições. O nexo de causalidade natural existe completo entre a acção de um e a morte de outro; mas o da causalidade voluntaria foi logo em principio interrompido pela crença do proprio agente, de todo opposta ao resultado obtido. Conforme as circumstancias, conforme os presupostos psychologicos e sociaes de um facto de tal ordem, poder-se-hia até qualifica-lo de *casual*.

Nem eu estou longe de opinar assim. Um individuo, com effeito, que não recebeu outra cultura se não a do *Padre nosso* e do *Bemdicto*; um individuo, em cujo espirito nunca penetrou a minima duvida sobre o milagre, sobre a immediata intervenção de poderes celestes nos negocios humanos, e que faz parte de uma sociedade, onde o *corpo diplomatico de Deus*, a classe dos bonzos, dos estellionatarios sagrados, vive mesmo á custa dessas crenças grosseiras e pueris, alimentando constantemente, *cum animo lucrandi*, a illusoria esperança de um vantajoso accidente futuro, e isto com o apoio e autorisação das proprias leis; — um tal individuo não poderia, não deveria ser responsabilisado, em gráo nenhum, por actos commettidos com toda bôa fé, sob o impulso de motivos bebedos na fonte commun da credulidade popular.

E' possivel que se me objecte: — o homicida da nossa hypothese, por maior que seja a sua ingenuidade e a pureza das suas intenções, *versatur in re illicita*. O acto de pôr em prova os milagres divinos, atirando em uma pessoa, que se crê invulneravel, não é um *acto licito* no sentido do Codigo. Mas a objecção não tem muito valor. O acto figurado, estando de accordo com um modo geral de sentir, não se oppõe as regras ordinarias da vida.

Considerado em si mesmo, no movel que o determina, é até um acto de edificação, é uma função religiosa, e como tal não pôde involver nem se quer a causalidade indirecta ou a simples culpa de um resultado criminoso.

Bem sei que na pratica a applicação destes principios offenderia o sentimento da justiça, no estado de maior desenvolvimento em que elle se acha entre pessoas mais cultas. Mas este antagonismo da justiça com a logica e com a verdade dos factos não diminue a exactidão da these que deixei estabelecida.

Voltemos ao ponto principal.

Eu disse que entre os resultados necessarios de uma accão e os simplesmente possiveis, existem os verosimeis, os mais ou menos provaveis, que de ordinario estão inscriptos no circulo das nossas previsões. Isto porém deve ser entendido *cum grano salis*. A verosimilhança de que fallo, é mais uma regra do que uma excepção, não só em relação ao primeiro, como ao segundo grupo de effeitos. Em geral o homem vive menos de certezas do que de crenças. A vida seria impossivel, se todos os actos que a constituem, devessem ser ponderados em suas consequencias, proximas e remotas, com a mesma exactidão com que se tiram os corollarios de um theorema. O verosimil, o provavel, é pois a moeda empregada nas despezas quotidianas da nossa intelligencia. Mas a verosimilhança é um conceito que muda de côr, segundo o modo de considera-lo. Já a propria significação grammatical da palavra é vacillante, porque designa não só aquillo que nos *apparece* como verdade, mas tambem o que no caso se nos afigura como unico verdadeiro. Dest'arte ella indica que a verdade subjectiva, o que nos apparece como tal, muitas vezes differe da verdade objectiva. Não obstante, aquillo que temos por verdadeiro, o é de facto para nós, quero dizer *subjectivamente*, e determina a nossa con-

vicção, dado mesmo que seja *objectivamente* falso, e não tenhamos por tanto da verdade se não uma *apparencia*. Admittindo-se pois que haja uma *esphera* de conhecimentos, onde a intuição da verdade só pôde ser *subjectiva*, é concludente que nessa *esphera* nós temos de julgar o *verosimil* igual ao *necessario*.

Ora, é isto o que se dá com as nossas previsões, com o nosso conhecimento das cousas futuras. Succede o mesmo que com a vista historica das cousas passadas. Aqui, como alli, não ha certeza absoluta e *objectiva*, mas sómente relativa ao sujeito. O que n'um e n'outro ponto de vista apparece ao homem como *verdadeiro*, nisso é que elle crê, isso é que fórmá a sua *convicção*, a sua certeza, e deste modo tambem a norma do seu proceder. Para elle não existe nenhuma outra; e somos por tanto obrigados á dizer daquillo que elle considerou como consequencia *verosimil* de seus actos, ter sido por elle *previsto* e *esperado*, supondo-lhe mesmo a consciencia de que fosse possível o contrario.

A' não ser assim, não poderíamos jamais fallar de *previsão* e *esperança*, pois que a possibilidade *objectiva* do contrario nunca é excluída pela certeza *subjectiva*, excepto quando se trata do puro causalismo da natureza, e nós devemos presupôr que o sujeito, como ser *intelligente*, tenha disso consciencia. Se alguém, por exemplo, faz saltar aos ares uma casa, onde ha habitantes, deve dizer á si mesmo que elle previu a morte dessas pessoas, ainda quando tenha pensado na possibilidade de salvarem-se por meio de uma viagem aérea, ainda mesmo que haja procurado tranquillizar a sua consciencia com esta phantastica idéia.

Em uma palavra: *verosimilhança* é necessidade *subjectiva*, e quando se falla da necessidade de *acontecimento*

mentos futuros, não é outra se não esta mesma necessidade e certeza para o sujeito pensante.

Um atirador que apontando a sua arma contra um alvo de papel, vê, por detraz deste, um homem em pé, deve ter por certo, que ha de attingi-lo; mas é sempre possivel que não o attinja, mesmo sem errar o alvo. O homem pode abaixar-se no momento do tiro, ou ser protegido por alguma cousa, que lhe forra o corpo. Onde estará então o limite entre verosimilhança e certeza? No maior grão daquella? Mas uma diferença de grão não pôde formar um limite. Não podemos pois admittir nem se quer grãos de verosimilhança. Assim, no exemplo figurado, ou o atirador *crê* que ha de attingir o homem, e então este facto é para elle verosimil, isto é, subjectivamente certo; ou não *crê*, — o que aliás só é concebivel, dadas certas circumstancias particulares, — e então o facto se lhe mostra inverosimil, isto é, subjectivamente impossivel. (33)

Não ha diferença conceitual entre o facto de alguém atirar em outrem, no directo intuito de mata-lo, e o facto de atirar em um alvo, posto que na linha do projectil se ache um homem, que facilmente pôde ser alcançado. E' ainda inegavel que em ambos os casos, se o homem é ferido ou morto, este resultado deve remontar á vontade do atirador.

No primeiro caso elle deixou-se determinar pela percepção de uma pessoa, que estava diante de si; no segundo não se deixou dissuadir, por esta mesma per-

(33) Só diante destas ideias é que se concebe um plural e uma lucta de certezas. "Estou certo que hei de vencer" — diz ou pensa um duellante; — "estou certo que has de ser vencido" diz o outro. A' ambos o resultado não apparece se não como verosimil.

cepção, do acto de atirar, e este *não se deixar dissuadir* foi incontestavelmente um acto de seu proprio querer.

Não é preciso aqui fazer psychologia e procurar descobrir, se a vontade tem realmente as suas raizes na faculdade de desejar. Por quanto, dado mesmo que assim seja, não se altera por isso o valor dos factos. Descenda ou não desse tronco, o certo é que a vontade pôde, por um lado, repelir o *dezejado* e ainda por outro lado consentir naquillo que *não se deseja*. Não se concebe *consentimento* sem voluntariedade.

Certamente ninguem pretenderá de todo e qualquer individuo, que se tenha embriagado, que elle *quis* embriagar-se; mas se foi advertido, e podia prevêr o resultado da sua intemperança, é o caso de se lhe dizer: — *vous l'avez voulu, George Dandin!...*

O que porém constitue o lado mais serio da questão, é saber, se esta vontade corresponde ao que, em direito criminal, se designa por *dolus*.

Não ha duvida que ahí se trata de uma especie de *querer indirecto*, — expressão e conceito que parecem involver alguma cousa de contradictorio. Mas nem por isso se apagam ou tornam-se menos visiveis os signaes da criminalidade. Com razão observou Boemer que um *querer* de tal natureza repousa no fundo da *culpa*, e que esta não poderia ser punivel, se não estivesse em qualquer relação, mesmo indirecta, com a vontade. E essa relação apparece bem ao vivo, quando o agente, praticando a acção, teve consciencia da possibilidade de um effeito *injuridico*, por que então pode-se affirmar que elle viu, por assim dizer, ao lado do alvo querido, ainda que licito, o resultado malefico, e insistindo na pratica do acto, consentiu nesse mesmo resultado.

Ahi já se nota um certo laivo de *má fé eventual*, pois que quem obra com a consciencia da *possibilidade*

de um effeito pernicioso, submette-se ás consequencias do seu acto, se succeder que o *possivel* se converta em *real*.

Não obstante, casos desta ordem, é mais commum incorporarem-se á categoria da *culpa*; elles formam mesmo o caracteristico daquelle especie, que Feuerbach designou por *culpa aus Fahrlaessigkeit*, isto é, por *negligencia*. Mas reflectindo-se bem, — onde está a diferença entre esta, de um lado, e de outro lado aquella direcção da vontade, que se denomina *dolus indirectus* e *dolus eventualis*? Não é sempre facil indica-la.

Puettmann, um criminalista allemão do seculo passado, fez do *presentimento*, da *previsão* do resultado malefico, um factor do *dolo* em casos dessa natureza. Tratando especialmente do homicidio, elle diz: — “Quisquis aliquid facit, unde alterius mortem aut *necessario*, aut *probabiliter* saltem, secuturam esse scit, ille non potest non in ejusdem mortem *consentire*, ideoque homicidio *doloso* sese alligat.” E muito depois, Almendingen, que aliás não admittia o conceito do *dolus indirectus* de Nettelbladt e Puettmann, por uma louvavel contradicção, exprimiu-se deste modo: — “Quem sabe que se expõe ao perigo de realisar uma illegalidade objectiva, quem ao menos sabe que não está certo do contrario, não tem sómente *culpa*, mas *dolo*.” — (34)

Tudo isto conduz á reforçar a ideia de que não ha diferença apreciavel entre necessidade e verosimilhança. A distincão de resultados *necessarios* e resultados *verosimeis* é mais philosophica do que juridica. Repetindo o exemplo já figurado: — de dois homicidas, um dos quaes precipitou a sua victimá do alto de uma torre sobre um lagôedo de marmore, e o outro deu cabo da sua por meio de uma bala, o segundo não é menos criminoso que o pri-

(34) *Bibliothek des peinlichen Rechts*, Th. I, pag. 10.

meiro, ainda que o resultado por elle visado e conseguido não fôsse tão necessario como o deste.

Admitta-se mesmo no segundo delinquente, ao commetter o delicto, um estado de duvida e desconfiança da certeza do seu tiro, ou da promptidão do fusil, — não diminue por isso a *dolosidade* do acto. O que elle *quiz*, foi realizado, não obstante qualquer vacillação do seu espirito sobre o effeito *querido*; e somente o que se realisa de injuridico e illegal, ajustando-se com o que se *quiz*, é que constitue o crime.



XII

DEMOREMO-NOS um pouco mais sobre este assumpto.

Como já vimos, o Codigo sujeitou á tres condições a hypothese de irresponsabilidade criminal, estabelecida no § 4º, de modo que faltando qualquer dellas, a imputação se faz valer. Até ahi nenhuma duvida, nem motivo algum para censura.

Mas tambem ahi não está tudo. Que não sejam tidos como criminosos os que commettem crimes *casualmente*, quando uma tal casualidade não vem complicada de uma certa dóse de cooperação moral, ainda que esta se reduza á consciencia de não ser licto o acto praticado, ou a falta de attenção exigida para a pratica de taes actos; — que esses individuos não sejam criminosos, é de todo comprehensivel e acceitavel. O que porém não se pôde comprehendere nem acceitar com igual facilidade, é que, uma vez falhando qualquer das condições do *casus*, tenha-se logo pela frente a figura do crime, com todos os seus momentos essenciaes, como elle se acha concebido no § 1.º do art. 2.

E' isto entretanto o que se nota no Codigo. O legislador codificante não foi além do ponto de vista do velho direito romano, segundo o qual o conceito do *dolus* abrangia toda a esphera criminal; só a morte *dolosa*, por exemplo, era objecto de um *judicium publicum*, como *crimen*; a *culposa* pertencia a accão privada, conforme a

Lex Aquilia. Assim pois qualquer delicto não intencional era considerado, do ponto de vista do antigo direito criminal romano, como uma *casualidade*. As fontes o attestam: *D. de pœnis. L. 11 § 2* (48,19).

Delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu. — L. 9. *de incendio* (47,9). Qui œdes acervumque frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est *negligentia...* etc. etc.

Não foi outra a intenção do nosso legislador. Durante quarenta annos, desde a data do Código até a reforma judiciaria de 20 de Setembro de 1871, os crimes culposos propriamente ditos, isto é, aquelles que se davam de modo casual, mas de uma *casualidade*, que um pouco mais de reflexão teria podido evitar, ou passavam de todo impunes, ou recebiam a pena modificada pela circunstancia attenuante do § 1.º do art. 18.

Dois extremos, igualmente erroneos, cujos maus efeitos se fizeram sentir em mais de uma condenação exagerada, ou de uma absolvição injusta. Não havia meio termo. O conceito da *culpa* e sua gradação não tinha entrado no Código. A ideia do *dolo*, que se acha explanaada no art. 3, era a base de toda a criminalidade. O legislador, é certo, não foi sempre fiel á este princípio. Na parte especial, e no que toca a diferenciação morphologica dos crimes, elle supoz factos, que não eram nem são possiveis, sem que ao *dolo* se associe, como ingrediente moral do delicto, um outro elemento, uma outra forma da vontade criminosa.

Mas ahi mesmo o legislador dá á conhecer que não teve ideia da culpa simples. Trata-se sempre de uma combinação de elementos dolosos e culposos, designada em termos da escola por *culpa dolo determinata*.

O erro porém provinha de não ter-se logo compreendido todo o alcance do § 4.º do art. 10. Com efeito, achando-se ahi estabelecido que não são criminosos os que commetterem crimes *casualmente*, na practica de um acto *licito*, feito com a tenção *ordinaria*, e sabendo-se, por outro lado, que a *casualidade*, no circulo da actividade humana, é uma antithese da *voluntariedade*, bastava então um pequeno esforço intellectual, para chegar-se á convicção de que os factos *casuaes*, em que aliás não se verificassem as duas ultimas exigencias do § 4º, não deixavam por isso de ser *involuntarios*, e como taes não poderiam, em *hypothese* alguma, ser medidos pela bitóla legal do art. 2, onde a *voluntariedade* da acção ou omisão é elemento genetico do conceito legal do delicto.

A condição de ser *licito* o acto em questão, e a de ser feito com *tenção ordinaria*, não são inherentes, mas sómente adherentes ao conceito jurídico do *acaso*. A *casualidade* é sempre a mesma; o que porém se faz preciso, é que ella venha acompanhada daquellas duas condições, para que se apague de todo a responsabilidade criminal.

Dest'arte concebe-se a possibilidade de um facto casual, inteiramente casual, no exercicio de um acto *illicito*, ou, quando *licito*, praticado com tal ou qual precipitação. Dado por tanto um phenomeno dessa ordem, não é justo que se lhe confira o mesmo valor jurídico atribuido aos que tem como causa unica, ou ao menos preponderante, a livre vontade humana (35).

(35) Os leitores *adiantados* não riam-se da minha *livre vontade*. A ideia que formo da liberdade, permite-me tratar de vontade *livre*, sem cahir na pecha de *espiritualista atrasado*. Com licença dos escriptores da *revista de philosophia scientifica*, publicada na Italia, eu ouso fallar, mesmo em nome de Darwin e Haeckel, da vontade livre como uma conquista, como um resultado de evolução humana e social.

O Codigo commettera o erro de não admittir entre o *dolus* e o *casus* nenhum termo medio; para elle o casual devia sempre ser caracterisado pelas duas mencionadas circumstancias. O que não se accommodava á este molde, era um crime de feição *commum*. Se alguma gradação se estabelecia, era sómente quanto ao *dolus*, que o legislador dividiu, como se deprehende do § 1º do art. 18, em *pleno* e *menos pleno* conhecimento do mal, em *directa* e *indirecta* intenção de o praticar. A *culpa* estreme de qualquer laivo de má fé, tinha ficado fóra de questão.

E convém notar que, neste ponto, o proprio direito romano andou mais acertado que o nosso Codigo. Por quanto, se é certo que, no tempo da republica, as acções culposas não eram ameaçadas com penas criminaes, como nos ensina Rein (36), — não é menos exacto que posteriormente o conceito da culpa tomou mais largas proporções. Geib já fez o estudo do respectivo desenvolvimento, e mostrou que a *culpa criminal* successivamente sahira, por um lado, da *culpa civil*, e por outro lado, do *casus*, como antithese do *dolus* (37).

O nosso legislador, que era sem duvida pouco familiarizado com o *corpus juris*, não soube tirar desta fonte a vantagem que ella offerecia. Collocou-se ingenuamente na primeira phase evolutiva do direito criminal romano, e só admittio a culpa como factor jurídico de indemnisação civil.

Entretanto os juristas romanos já tinham não só concebido a possibilidade dos crimes puramente culposos, como até estabelecido graus na mesma *culpa*. Não fallo da distincção de *lata*, *levis* e *levissima*, que incumbe ao civilista conhecer e apreciar; fallo porém daquella *culpa*-

(36) *Criminalrecht der Roemer*, pag. 164.

(37) *Lehrbuch des Strafrechts*, II, § 94.

bilidade, que dava lugar á pena, e que os textos qualificam de *luxuria, lascivia* e outros equivalentes.

Assim lê-se na L. 11 D. *de incendio...* (47,9). *Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.*

Na L. 4 § 1. D. *ad legem Corneliam de siccariis* (48,8) lê-se tambem: — *Cum quidam per lasciviam causam mortis præbuisset, comprobatum est... quod eum in quinquennium relegasset.* — E igualmente na L. 6 § 7. D. *de re militari* (49,16)... *per vinum aut lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiæ mutatio irroganda.*

Da mesma forma, na L. 50, § 4. D. *de furtis* (47,2): —... *sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus...*

Este ultimo texto, sobretudo, é bastante significativo. Nelle figura-se a hypothese de um individuo que mostra ao rebanho um panno vermelho, para afugenta-lo e fazê-lo cahir em mão dos ladrões; se pratica de má fé (*si dolo malo fecit*), incorre na acção de furto; se porém não teve o intuito de furtar (*non furti faciendi causa*), não deve todavia passar impune tão malefico brinquedo.

Nada mais claro com relação ao nosso assumpto. Ahi vê-se o verdadeiro valor jurídico da *culpa* em materia criminal, como elle é modernamente comprehendido e apreciado.

Nem o mais leve resquicio de *dólo*, mas mesmo assim a necessidade de não ficar sem punição o facto irregular, que foi causa de um effeito pernicioso.

As fontes romanas, posto que apresentem muitas hypotheses de delictos culposos, como as que acabam de ser mencionadas, não permitem com tudo haurir-se uma theoria completa da essencia e dos limites da *culpa* vis-á-vis do *casus* e do *dolus*. Que ao lado deste, ella representa uma especie inferior de responsabilidade penal, é o unico

principio acceitavel, na opinião de Bekker, á que a sciencia deve restringir-se (38).

Mas esse unico principio, — é preciso convir, — bem pouco ou nada esclarece. Se não é possivel definir logicamente o conceito da *culpa*, visto que ao *genero proximo* da responsabilidade criminal não é facil ajuntar uma *diferença especifica* bem accentuada, pela qual as acções *culposas* claramente se distingam das *dolosas*, — não é isto uma razão peremptoria para abandonar, como inexequivel, toda e qualquer tentativa de esclarecimento do referido conceito.

Os penalistas em geral não estão de acordo com o parecer de Bekker, e a maioria delles não se tem mesmo designado de procurar construir uma verdadeira ideia da *culpa*.

A maior extensão que os romanos poderam dar á essa ideia, é a que se encontra na L. 213. § 2 D. de *verborum significatione* (50,16): — *Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt;* — e na L. 233. *pr. eodem*: — *Latæ culpæ finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.* Duas paremias jurídicas, quasi identicas entre si, uma de Ulpiano, e outra de Paulo.

Não ha porém mister de gastar tempo em demonstrar, quão pouco satisfactorias são, como taes, ambas essas definições, aliás reductiveis á uma só. Os românticas mesmos não as consideram completas (39). O que nelas se faz preponderar, é o momento *intellectual* do erro ou da ignorancia (*non intelligere*); o momento *voluntario* passou desapercebido, posto que a *nimia negligentia*, de que falla Ulpiano, seja realmente um defeito

(38) *Theorie des Strafrechts*, pag. 460.

(39) F. Mommsen. — *Beitraege zum Obligationenrecht*, III, pag. 347.

da vontade; mas afinal ficou reduzida á um simples *juizo falso*, ou *erroneo*, pela propria explicação do jurista: *id est, non intelligere, quod omnes intelligunt*.

Entretanto a theoria da *culpa* continua á ser aprofundada. Diz Koestlin que á despeito de toda divergencia nos detalhes, já se tem formado uma especie de *communis opinio*, em relação á muitos pontos; assim, por exemplo, está assentado que a *culpa* repousa sobre uma lacuna da vontade, consiste em um *não fazer*, encerra uma violação da *obligatio ad diligentiam*, e é divisivel em duas formas: — *consciente e inconsciente* (40).

Segundo Richard John, para que uma acção se declare *culposa*, ella não deve sómente encerrar uma attitude reprehensivel da vontade, isto é, o *querer do perigo*, — mas tambem conter um *resultado damnoso*. Este resultado, junto com o *perigo querido*, constitue a acção culposa em sua totalidade (41).

E Schaper assim se exprime: "Onde quer que appareça a *culpa*, trata-se de regras da experienzia, que podiam fazer prever o acontecimento dado, o resultado total da acção, — regras que aliás o accusado não observou ou não applicou, posto que as conhecesse ou devesse conhecê-las, quer em virtude da perspicacia presumivel em qualquer homem de senso, quer por effeito de conhecimentos á adquirir pelo ensino, exercicio e observação, dentro de um determinado emprego, occupação ou industria." (42)

Todos os criminalistas allemaes se ocupam desta materia e revolvem-na mais ou menos de accordo com os mencionados. Tambem os italianos discutem-na seria-

(40) *System des Strafrechts*, § 71.

(41) *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, pag. 72.

(42) *Holtzendorff's Handbuch*, II, pag. 180.

mente. Para Pessina, por exemplo, que entretanto se apoia em autores tedescos, a *culpa* tem duas notas características: — uma é a da falta de *querer*, que apparece limpíssima na falta de previsão das consequências do proprio acto; a outra porém consiste em que o homem *culpado*, se não previu os eventos possíveis á derivar de um facto seu *voluntario*, podia com tudo prevê-los. (43).

Como se vê, a psychologia de Pessina não é das mais exactas. A relação estabelecida entre a falta de *vontade* e a falta de *previsão*, é desconhecida dos psychologos. Além disto, elle cae em contradição, partindo do presupposto da *falta de querer* do sujeito da culpa, e fallando depois da possibilidade de prever os resultados de um *facto voluntario*. Mas mesmo assim o fundo da doutrina é verdadeiro.

Na opinião de von Buri a estructura da vontade, no dominio da *culpa*, é a mesma que no dominio do *dolus*; só ha a notar que a vontade do *culpado* não se dirige ao resultado criminoso, porém á um outro alvo... A consciencia de que, pondo de lado o necessário exame das relações dos factos e das cousas, pode-se causar um efecto delictuoso, aliás evitável, — forma o momento penal da *culpa* (44).

Conformo-me com esta opinião. Se os factos *casuaes*, como eu disse á cima, são-no justamente, por não haver nexo algum entre elles e a vontade, os factos *culposos* se caracterisam por qualquer relação, mais ou menos mediata, que se possa estabelecer da vontade para com elles.

Fallo de relação *mediata*, porque a *immediata* já entende com o *dolo*. Não ha *culpa*, não ha *culpado*, sem o

(43) *Elementi di diritto penale*, I, pag. 178.

(44) *Ueber Causalitaet*, pag. 28 e 29.

querer de alguma cousa. Mas a culpa não está mesmo nessa *alguma cousa*, que se quer, ou que se quiz; o acontecimento é que fá-la surgir, posto que elle não seja efecto da vontade. Entre o *acontecido* e o *querido* há sempre desproporção. O que acontece é *mais* do que aquillo que se quer. A questão dos crimes *culposos* não está em determinar-se o valor desse *plus* de facto *acontecido*, mas em achar o valor e extensão do objecto *querido*.

Assim um individuo que, disparando a sua arma contra A, além de offendere a este, offende também a B, que elle não suppunha, nem tinha razão de suppor que podesse ser attingido, acha se diante de um acontecimento maior que a sua vontade, nas mesmas condições do caçador que, no acto de matar um animal selvagem, mata ou fére igualmente alguém que elle não via, que não tinha motivos, nem sequer de conjecturar que alli estivesse.

Em ambos os casos o *acontecido* é mais do que o *querido*.

O caçador não queria ir além do seu alvo; não o queria também o homicida A, que só visava ferir a B. A diferença entre os dois resulta sómente da diversidade dos objectos de accão. O que um delles pretendia, era uma cousa licita: — caçar; não assim porém a pretenção directa do outro, que já em si mesma, abstrahindo de qualquer resultado accessorio e estranho ao resultado querido, era um acto criminoso. D'ahi a razão por que o facto do caçador pode ser posto á conta de uma *casualidade*, nunca porém o facto do homicida.

E aqui tocamos no amago de nosso assumpto. O código criminal brazileiro não encerra nada de positivo sobre o conceito da *culpa*. A definição do *dolo*, enunciada no art. 3, não é de natureza á deixar construir esse conceito,

por meio de um processo logico ou argumento á *contrario*. Accresce que nem sempre a culpa é uma antithese da má fé.

Dado porém que fosse possivel lançar mão de semelhante argumento, a consequencia pratica, no ponto questionado, seria nulla, visto como, uma vez admittida a não existencia do *conhecimento do mal e intenção de o praticar*, o resultado seria a negação da delinquencia, a absolvição de um inocente, mas não a punição de um *culpado*, no grau correspondente á sua *culpa*, simplesmente como tal.

Eu bem sei o que se costuma allegar á este respeito. Alguns procuram defender o Código, appellando para o § 1º do art. 18, onde a hypothese da falta de *pleno* conhecimento do mal e *directa* intenção de o praticar, dizem elles, é uma caracterização de crimes *culposos*. Porém isto é erroneo. O Código só pôde ter se referido nesse artigo á delictos de procedencia dolosa, mas de uma extensão objectiva superior ao intuito do delinquente. Ao contrario, o legislador seria injustificavel de ter imposto átaes crimes culposos, propriamente ditos, tão excessiva penalidade.

O que se deve pois admittir como certo, é que a ideia juridico-criminal da *culpa* é estranha ao nosso Código. N'aquellas mesmas passagens, onde essa ideia parece bruxolear, vê-se comtudo, depois de alguma reflexão, que elle partiu de outro presuposto. Assim, no art. 125, a hypothese da *negligencia* do carcereiro em deixar presos fugirem, não é em rigor uma hypothese de *culpa*. Ali trata-se realmente de uma acção culposa, mas uma tal, que não exclue o *momento doloso* da falta de precaução indispensavel á funcionários dessa ordem.

E a prova disto é que o legislador estabeleceu para o crime do art. 125 duas figuras jurídicas: — a da *connivencia* e a da *negligencia*.

Não vem á propósito entrar aqui em detalhes sobre o conceito da *connivencia*, que aliás deu muito que pensar aos velhos criminalistas dos dois últimos séculos. Basta dar como sabido que ella significa um assentimento tacito (*tacitus consensus*, — disse Puettmann) áquillo que de mau outrem pratica, ou pretende praticar. Segundo Schuetze, o auctor do acto *consentido* deve saber, ou pelo menos conjecturar que está em harmonia com o seu *connivente*, este porém, posto que *conscius criminis*, dissimular e mostrar-se de todo ignorante (45).

Pergunta-se agora: — o carcereiro que na ausência de toda e qualquer suspeita de fuga da parte dos presos confiados á sua guarda, e sem que estes também nem de leve conjecturem ou pressintam o seu intuito, facilita-lhes a saída, não deixando bem a porta do carcere, ainda que nesse momento pense na possibilidade da evasão, mas mesmo assim levando avante o seu capricho, ou a sua bonhomia ocasional, — será reu de *connivencia*? Ninguém di-lo-ha. Mas também só haverá no seu acto uma *simples culpa*? E' impossível affirma-lo; e todavia esse carcereiro não podia ser julgado se não de acordo com a figura jurídica da *negligencia*, cujas penas, ainda que reduzidas á metade, dão com tudo bem á comprehender que não se trata de um acto meramente culposo.

O § 1º do art. 18 tem sido e continua á ser uma fonte inegotável de disparates na applicação penal. A não existencia de *pleno* conhecimento do mal e *directa* intenção de o praticar, á que elle se refere, é uma *hypothese* de difficil verificação, que acabou por degenerar

(45) *Dei notwendige Theilnahme...*, pag. 60.

em uma especie de *lugar commun* de advogados medio-cres e juizes ineptos.

O proprio legislador, importa reconhecer, deu claro testemunho da curteza de suas vistas, no modo de manejlar o conceito do *mal*, o qual não é estrictamente *juridico*, nem mesmo estrictamente *ethico*, mas vae até os dominios do *physico*, onde elle entra na alcada, não do direito e dà moral, porém da medicina, sem fallar do *mal economico*, sob a forma do *damno* ou do *prejuizo*, que é tambem juridicamente apreciavel.

Ora um conceito de tal extensão não podia, servir de elemento genetico a este ou aquelle principio regulador do direito criminal. E o legislador mesmo não foi sempre coerente na sua applicação. Assim, depois de exigir, como condição essencial da delinquencia, o *conhecimento do mal* (art. 3), elle suppõe a possibilidade de um outro, além do *mal do crime*, que sobrevenha ao offendido ou a pessoa de sua familia (art. 17, § 1); suppõe ainda a possibilidade de um *mal corporeo*, que não é o crime mesmo, mas um complemento, um resultado ocasional (art. 205); e bem assim estabelece a hypothese do homicidio, que se verifica, não por ter sido mortal o *mal causado*, mas por incuria do offendido (art. 194).

Comprehende-se portanto que na mente do legislador a ideia do mal não exerceu uma só função; elle deu-lhe formas e sentidos differentes. Isto devia naturalmente produzir uma tal ou qual incerteza, e provocar as estranhas interpretações, de que os arts. 3 e 18 tem sido objecto nos julgados dos tribunaes.

Anteriormente, em uma das primeiras paginas deste trabalho, já tive occasião de alludir á essas interpretações, e mostrar como são erroneas. Não é fóra de proposito combater ainda uma vez o que alli já foi combatido.

A doutrina mais corrente é que a materia do art. 3 não involve questão de facto, e que a exigencia nelle contida, de caracter theoretico, se reproduz, para ser praticamente applicada, no artigo 10 e seus paragraphos. Mas esta doutrina assenta em base pouco segura.

O art. 3 é um pedaço de psychologia do crime. O conhecimento do mal, de que elle falla, é antes de tudo a *consciencia do direito*, a faculdade de conhecer o *bem e o mal juridico*, sem a qual não se concebe responsabilidade alguma. E neste sentido, não estou longe de concordar que as duas primeiras disposições do art. 10 sejam deduzidas da consideração do primeiro elemento genetico do crime, á que se refere o art. 3, ainda que a dupla categoria dos *menores de 14 annos* e dos *loucos de todo genero* não abranja a totalidade dos que deixam de ser criminosos, por lhe faltar aquella mesma *consciencia do direito*. Demonstrei-o cabalmente.

Porém isto não é tudo. Além do conhecimento do mal, *in abstracto*, isto é, como faculdade de conhecê-lo e discerni-lo, existe o conhecimento do mal, *in concreto*, isto é, n'um facto particular, n'um caso dado. A disposição do art. 3 estende-se a ambas as formas.

As questões de *erro, ignorancia ou engano*, na prática do delicto, não teriam, não poderiam ter entre nós uma solução juridica satisfactoria, se o *conhecimento do mal* não chegasse até ahi. Por quanto ha innumeros factos, de apparencia criminosa, onde aliás a delinquencia é inadmissivel, que só se explicam pela falta desse conhecimento, quer sob a forma da *ignorancia*, quer sob a forma do *erro* ou outro qualquer estado mental da mesma natureza.

Nem se diga que nesses factos o que se dá, é a falta de intenção de realizar o mal, e que esta falta foi tomada em consideração nos §§ 3º e 4º do art. 10, onde ella

caracterisa os *violentados* e os que commettem crimes *casualmente*. Uma vez o mal desconhecido, é inconcebivel a intenção de practica-lo como tal. Não ter intenção de perpetrar um delicto, que entretanto se perpetra, conhecendo ser delicto, — é uma anomalia, um disparate psychologico. Se faz excepção a hypothese dos *coagidos*, nos quaes não ha *intenção*, posto que haja *conhecimento*, é que ahi já não se trata de uma vontade normal, á serviço de uma intelligencia, que regular ou irregularmente funciona, mas de uma especie de automato ou de instrumento nas mãos do *coactor*.

E mesmo assim, quando a força irresistivel é de ordem puramente moral, não se pôde bem affirmar que o *violentado*, á quem se nega a intenção de praticar o mal, tenha delle o conhecimento precizo, no momento fatal de commette-lo.

Assim pois nada menos justificavel do que a theoria que expõe o art. 3 doCodigo como uma simples these juridica, sem applicação aos factos. Que o conhecimento do mal e intenção de practica-lo, seja condição elementar da delinquencia, — nenhuma duvida; mas a falta desse conhecimento, que é uma quantidade negativa, não pôde como tal ser elemento de causa alguma; é apenas uma circumstancia, capaz de modificar a criminalidade, como na hypothese do art. 18 § 1º, ou mesmo de dirimi-la, como nos casos especiaes do art. 10 e muitissimos outros, que o Código não enumerou, nem podia enumerar.

A casuistica esclarece. A, mulher de B, que jaz prostrado de grave doença, em um momento de mais serio perigo para o enfermo, ouvindo o medico gritar: um copo com agua e assucar! — corre precipitada para obedecer á ordem, e no auge da afflictão, em vez de assucar, pega cegamente de outra substancia, que na occasião lhe aparece como tal, e donde resulta a morte do doente; — esta

mulher é criminosa? De acordo com a doutrina, que combato, sé-lo-hia de certo. Por quanto, não sendo cabível recorrer ao art. 3, só restava como refugio o § 4.^º do art. 10; mas... onde poder-se-hia encontrar o requisito da *tenção ordinaria*, quando o engano se deu justamente por falta della, resultante do estado de emoção da pobre mulher ?!

Entretanto julga-la criminosa seria uma cousa horrivel; e todavia, uma vez negada a applicabilidade do referido artigo, a infeliz teria de ver-se em conflicto, pelo menos, com o 193 e, por ventura, condemnada á sete annos de prisão, para não mais cahir na patetice de tomar tão ao serio a vida de um marido. Singular doutrina, que chega a taes consequencias!...

Um outro exemplo. C, pae de familia austero e duro, não toléra que seus filhos menores brinquem no meio de outros meninos. Succede porém que o velho rigorista, chegando á noite em casa e não achando as creanças, atira-se cholericamente no encalço dellas, que folgam em grande numero. C maneja uma bengala, e meio obcecado pela raiva, não menos que pela sombra nocturna, crendo vibrar um golpe castigador sobre um de seus filhos, descarregando-o na cabeça do filho de seu vizinho. O pae do offendido recorre á justiça e inicia a accção criminal. Qual a defesa de C? Considera-lo delinquente, — repugna até ao bom senso; mas tambem, segundo os dados da hypothese, elle não poderia allegar um acto lícito, feito com a tenção ordinaria; — como livrar-se pois da imputação criminosa? Só pondo em jogo a disposição do art. 3, unica aceitável e cabível no caso.

Ainda um ou dous exemplos, á meu ver, mais decisivos. Aquella mulher ignorante do caso referido por Mittermaier, que acreditando no malevolo conselho de um inimigo do seu marido, forneceu á este, como uma especie

de philtro amoroso, capaz de revocar-lhe o sentimento dos deveres conjugaes, uma substancia toxica, irremediavelmente mortifera, — essa mulher seria entre nós com justiça considerada delinquente? Entendo que não. A bôa fé presupposta no emprego do falso remedio exclue a criminalidade em qualquer grau.

Mas tambem seria fazer violencia ao verdadeiro sentido das palavras, se um acto de *feiticeria* fosse decorado com o epitheto de *licito*, e ainda mais, se se quizesse descobrir uma *tenção ordinaria* para actos de tal natureza (46).

Supponhamos que o individuo D, estrangeiro ainda pouco familiarisado com a lingua do paiz, ao ver passar uma bella senhora, pergunta á E, espirito gaiato e zombeteiro, quem é aquella mulher; e E com todo serio lhe responde que é uma prostituta, mas empregando o termo popular, o terrível dissyllabo, que jogado á face de uma senhora honesta é como uma labareda do inferno, e todavia não deixa de ter o seu lado poetic e interessante, quando uma vez alliado á belleza e á bondade. O inglez (seja um inglez) não sabe de que se trata, e exigindo explicação da palavra, obtem em resposta de um modo intelligivel, que ella quer dizer: — *grande actriz, grande cantora*. O inglez decora o significado; e dias depois, encontrando-se com a mesma beldade em um esplendido salão aristocratico, busca ser-lhe apresentado e diz-lhe então, entre outros galanteios: *oh!... mim sabe que você é um grande pute!...!* Como é facil de comprehendér, a cousa causa escandalo, e pouco falta que esmaguem o

(46) A palavra *tenção*, de que usa o Codigo, não é das mais bem definidas; mas ahi ella só pôde ser synonima de *attenção* ou concentração do espirito em qualquer ponto da vida practica.

petulante; mas... áfinal descobre-se o engano, e o pobre inglez é declarado inocente.

Juridicamente apreciado, o facto teria a feição de um crime de injuria; porém a irresponsabilidade do agente não poderia de modo algum incluir-se no § 4º do art. 10. Que *tenção ordinaria* pode-se exigir de um estrangeiro, ao dirigir-se á uma senhora do paiz, cuja lingua elle mal começa á entender, com palavras obscenas, que lhe são dictadas como proprias por um maligno espirito?

Fôra bem para desejar um caso de tal ordem submetido ao conhecimento do tribunal, que lançou o *Accordam* de 23 de Agosto de 1850, ou ao do illustre ministro, que expedio o *Aviso* de 14 de Abril de 1858. Ver-se-hia então, se o art. 3 é ou não, como pretendem, applicavel á questões de facto. Estranha doutrina esta, que uma simples hypothese, de caracter anecdótico, mas muito realisavel, é bastante para aniquillar!...



XIII

FICOU assentado que o *casualmente* do § 4º equivale á *involuntariamente*; é uma negação do causalismo da vontade em relação ao facto acontecido. Mas não basta essa falta de causalismo voluntario; é preciso, antes de tudo, que o *casus* tenha aparecido na pratica de qualquer *acto lícito*.

O que é porém um *acto lícito*, o que se deve entender por tal? Não poderia responder melhor á esta questão, do que aqui transcrevendo uma instructiva pagina de R. von Ihering.

“Ha tres especies, — diz elle, — de antitheses da lingua. Os dois termos de uma relação antithetica podem ser dispostos de modo, que elles a esgotam completamente, e ao lado das duas possibilidades, que elles estatuem, não ha lugar para uma terceira, ou então de tal maneira, que affectam sómente os extremos da relação, entre esses extremos porém deixam livre um dominio medio, que não é tocado pela mesma antithese, — dominio que designo por *neutral* ou *indifferencial*.

“Entre *verdadeiro* e *falso*, *mortal* e *immortal*, não ha meio termo; entre *rico* e *pobre*, *bello* e *feio* ha porém uma media de fortuna e conformação physica, em que não assenta nem uma nem outra designação, assim como entre a zona *frigida* e a *torrida* existe a *temperada*. A ló-
gica dá á primeira antithese o nome de *contradictoria*, e

a segunda o de *contraria*. Melhor chamar-se-hia antithese de *dois* e de *tres* membros. Este terceiro membro representa-nos o conceito, por assim dizer, em estado de equilibrio; ao passo que os dois outros representam-no caminhando para um e outro lado.

“A’ qual das duas classes pertence a antithese do *moral* e do *immoral*? Se ella fosse de dois membros, deveriam todas as acções ser *moraes* ou *immoraes*. Mas é sabido que isto não se dá; pelo contrario ha ainda uma terceira categoria de acções, que a linguagem qualifica de *permittidas* ou *licitas*. Com o conceito do *licito* ella estabelece entre o *moral* e o *immoral* um dominio intermedio, que não é alcançado por essa antithese: — o dominio *neutral* ou *indifferencial* da moralidade; e assim, no sentido da linguagem, podemos designar taes acções como *moralmente indifferentes*” (47).

Eis ahi o que é claro e incontestavel. Mas não é sómente entre o *moral* e o *immoral*, — tambem entre o *juridico* e o *injuridico* ha um dominio *neutral* ou *indifferencial*, á que tambem pertence uma categoria do *licito*. E’ a ideia que já os romanos tinham accentuado na conhecida these: — *Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire*. Com excepção do *punire*, que só encerra a garantia pratica do *imperare* e do *vetare*, os dois primeiros membros da divisão correspondem perfeitamente á antithese referida. O *permittere* comprehende o dominio da *indifferença*. D’ahi o corollario: — é permitido fazer o que a lei não prohíbe, como deixar de fazer o que ella não ordena.

Mas uma classificação não é uma definição. O corollario dá a formula do *licito juridico*, não diz porém o que elle seja, nem como distingui-lo de outros conceitos

(47) *Der Zweck im Recht*, II, pag. 86 e 87.

limitrophes. Entretanto ahi é que reside toda a dificuldade e importancia da questão.

A vida do homem social, como a do homem natural, é um conjunto de funções. Estas funções, que são modos diversos de actividade, postas em relação com o direito, que é a função por excellencia da vida nacional, convertem-se em outras tantas funções juridicas, as quaes se subdividem em *positivas* e *negativas*, conforme elles se exercem na pratica daquillo, que o direito ordena, ou só daquillo, que o direito não prohíbe.

Assim todo e qualquer acto da vida do homem assume as proporções de uma função de direito, ou seja da primeira, ou seja ainda em maior escala, da segunda especie. Quando pois o Código falla de crimes cometidos *casualmente*, na pratica de qualquer *acto lícito*... é como se fallasse de crimes assim perpetrados, no exercicio de... *qualquer função da vida nacional*. Isto é mais claro e mais scientifico.

As funções da vida nacional são multiplas e, como taes, divisiveis em *económicas*, *esthéticas*, *políticas*, *religiosas*, *scientificas*, *litterarias*, e mais... *juridicas* propriamente ditas ou *juridicas positivas*, pois que as *negativas* não formam classe á parte, mas são caracteristicas de todas as outras, como uma especie de denominador commun, á que elles se podem reduzir (48).

(48) Importa não perder de vista o conceito da *vida nacional*. Não se trata de *vida animal*, nem mesmo de *vida humana*, cujas funções, inherentes ao individuo, são independentes de qualquer relação social, e dest'arte anteriores ao direito. Sem uma tal distincção corre-se o risco do disparate, como sucedeu á certo doutor, que insistindo sobre a existencia de um *direito natural*, não duvidou uma vez perguntar com todo serio, se não havia um direito de *respirar ao ar livre*, de *beber nas fontes* etc.; theoria esta que, levada com logica, dá em resultado um *jus cacandi et mingendi*, para bem completar a serie dos *direitos naturaes*.

Todos os instrumentos technicos da actividade cultural do homem, desde a penna do escriptor até a foice do capineiro, desde o pincel do artista até o machado do lenhador, são outros tantos instrumentos juridicos, pelos quaes elle funciona e se affirma como cidadão.

Dest'arte, e por exemplo, a espingarda faz parte da morphologia juridica do caçador, como a espada da morphologia juridica do militar, como o bisturi da morphologia juridica do medico. São orgãos do seu direito, por que são instrumentos do mistér que cada um delles exerce, sob a protecção do mesmo direito. Se pois *caçar* é um acto *licito*, é por ser uma função *economica*, as vezes tambem *esthetica*, da vida nacional, e como tal conforme ás regras do viver *communum*. Do mesmo modo, praticar uma operação cirurgica é uma função *economica*, podendo ser tambem *scientifica*, da vida nacional, e como tal igualmente de acordo com as regras da *communhão*. São actos do dominio *indifferencial* do direito, por que delle só recebem a permissão, nunca porém a *coacção* e a *norma*.

O caçador, por tanto, que na pratica do seu mistér, mau grado seu, viola o direito alheio, ou o medico, que no exercicio da sua profissão, é causa de um efecto illegal e offensivo de alguem, não tem responsabilidade criminal, em quanto e até onde uma e outra cousa se dá dentro do dominio indifferencial juridico, ou na pratica de um acto lícito.

Mas isto não é bastante. O acto pode ser lícito, isto é, adequado ás regras da convivencia social, e não ser comtudo regular o modo de pratica-lo. Em outros termos, a indifferença objectiva do direito não justifica a indifferença subjectiva do respectivo *funcionario*, quero dizer do *agente*, pela qual a modalidade da acção não se sujeite á disciplina alguma.

Uma vez considerado o direito uma função da vida nacional, não se comprehende que esta função seja exercida se não de um certo modo; e este modo, que se generalisa, torna-se por seu turno uma regra da mesma vida. A *tenção ordinaria*, de que falla o Código, exprime justamente essa exigencia de uma regularidade *subjectiva*, ao lado da *objectiva* do acto praticado.

Assim pode-se dizer, sem exageração, que a vida do homem na sociedade, simplesmente como tal, está sujeita á uma especie de *regulamento* que lhe é traçado pelo *bom senso*, pela *prudencia*, pelas exigencias da *bôa conducta* em geral. Qualquer desvio, consciente ou inconsciente, da *regra* estabelecida, é um acto digno de censura, e sómente *desculpavel*, até onde a *culpa* que elle involve, não affecta direitos alheios.

E' esta mesma, pouco mais ou menos, a theoria de Pessina, que diz: — "Dá-se *pura culpa*, quando o facto, do qual resultou o sinistro evento, era por si mesmo inoffensivo, e teria sido *indifferent* aos olhos do direito, se não tivesse acontecido o facto maior. A *culpa mixta* porém dá-se, quando o facto voluntario é por si mesmo um crime, que deu origem á um facto mais grave" (49).

E com especial applicação ao homicidio, diz ainda o penalista italiano: "Quando falta o *animus necandi*, como força animadora do facto que foi razão da morte violenta de um outro homem, não se tem mais o crime de *homicidio voluntario*. E uma vez admittido da parte do agente um proposito diverso do de matar, convém distinguir, se o conteúdo desse proposito era um facto *indifferent* para com a pessoa offendida, ou um facto criminoso contra ella. Na primeira hypothese, temos o homicidio *culposo* ou *casual*, na segunda, o homicidio *preterintencional*" (50)

(49) *Elementi...*, I, pag. 181.

(50) *Elementi...*, II, pag. 8.

Tudo isto entretanto já se achava, por assim dizer, *quintessenciado* na velha paremia jurídico-romana: — Danti operam rei illicite, imputantur omnia que contra voluntatem ejus eveniunt. Mas o conceito do *illicito* (*res illicita*) ficou sempre vago e indeciso; indecisão esta que só a teoria das funcções da vida social, como acabei de expendê-la, é capaz de fazer desaparecer.

E importa ainda observar que o *licito jurídico* não se limita ao que a *lei* não proíbe, ou a *esphera indifferencial* do direito propriamente dito. Eu me explico. Há uma categoria de actos, que não sendo vedados pelo Código, pelas leis penais em geral, todavia podem ser taxados de *irregulares* por poderes inferiores e subordinados ao poder do Estado. Assim, e por exemplo, quem pratica um acto, sobre o qual o Código guardou silêncio, e que como tal é um *acto lícito*, porém que se acha proibido por disposição *postural* desta ou daquela municipalidade, não poderia valer-se do argumento de *indifferença jurídica*, se por ventura desse acto resultasse um evento desastroso, quando mesmo fosse praticado com toda a *tenção* possível.

Ainda mais: — o que é lícito perante o direito, pode deixar de sê-lo perante a moral pública, perante os bons costumes, perante qualquer *systhema* de regras da vida prática. Este conceito do *illicito* — que chamarei *social*, para separá-lo do estricto domínio *jurídico*, onde elle se confunde com o crime, ou com qualquer outra violação da lei, — já os romanos tinham também expresso pelas palavras *negligentia*, *nimia negligentia*, *lascivía*, *luxuria*, *petulantia* e outras, como ácima foi indicado. As nossas leis criminais, que ao princípio não o conheciam, designaram-no á final pela expressão *imprudencia* (51).

(51) Nem a *impericia* nem a *falta de observância de algum regulamento*, de que falla o art. 19 da lei de 20 de

A expressão não é bastante comprehensiva; mas em todo caso abrange um grande numero de phenomenos, explica uma grande parte da *dysteleologia social*, que se occupa do crime e do criminoso.

A esta ordem de ideias prende-se a theoria juridica da *aberratio actus* ou *ictus*, e da *aberratio delicti*. O individuo que no exercicio de qualquer função da vida nacional, torna-se causa de um effeito offensivo dos direitos de outrem não tem responsabilidade, só em quanto e até onde o seu acto não foi desviado do alvo regular por uma lacuna da sua vontade. O caçador que, disparando a sua arma contra o animal selvagem que elle mira diante de si, sem a minima desconfiança de poder haver alguem na linha do projectil, atinge todavia uma pessoa que alli se achava, não é *reus de culpa*, como se exprimem as fontes romanas. Trata-se de um *acto licito*, isto é, de uma função da vida nacional, cujo exercicio não está sujeito a outras regras se não ás que são traçadas pelo costume geral do paiz. A *aberração do acto*, que pode ser *completa*, quando elle se realisa todo em objecto diverso do que se teve em vista, ou *incompleta*, quando elle se divide entre o *querido* e o *não querido*, em qualquer destas hypotheses, é quasi sempre isempta de culpabilidade.

Não assim porém a *aberração da ferida* (*aberratio ictus*). Aqui já não se trata de um *acto licito*. O individuo que, pretendendo ferir ou matar outrem, mata ou fere a terceiro, que recebe todo ou parte do golpe, não poderia invocar a *involuntariedade* do resultado, desde que não o obteve como funcionario de direito, exercendo uma função juridica negativa, como por ventura a *caça*.

Setembro de 1871, pertencem propriamente á categoria do *illicito*. Quanto á *impericia*, o momento da *culpa* não está nella mesma, porém na aceitação de um emprego ou mistér, para o qual não se tem aptitude. A *falta de observancia...* já entra na esphera do *illegal*.

a pesca, ou outra qualquer forma da actividade económica e industrial.

Pelo que toca a *aberratio delicti*, a questão é inteiramente diversa. Já não se trata de um resultado *involuntario* propriamente dito. Quem desfeixa um golpe em A, pensando desfeixa-lo em B, é causa de um efeito, não de todo conforme á sua *ideia*, ao seu *intuito*, mas de todo conforme a sua *vontade*. Entre individuo e individuo, como sujeito de direito, as leis penas não fazem distincção.

Matar A, ou matar B, ferir C, ou ferir D, — são sempre factos criminosos, considerados em si mesmos, na causa que os produzio, na voluntariedade da acção executada. O que *quiz* o delinquente, realizou-se de feito; o alvo do *querer* foi attingido. A diferença do resultado é meramente accidental, e tão accidental, que se entre o offensor e o offendido não ha outras relações, se não as relações geraes de cidadão para com cidadão, de homem para com homem, essa diferença não tem valor jurídico.

O contrario dá-se, por exemplo, quando o individuo que julga ferir ou matar um seu inimigo, fere ou mata, por engano, a seu proprio pae. Elle é de certo criminoso de homicidio, no mesmo grão em que sé-lo-hia, se o golpe tivesse recahido sobre a vítima projectada, mas não tem, não pode ter contra si a circunstancia do art. 16 § 7º. Na ausencia de outra qualquer qualificativa, seria um caso do art. 193.

Isto porém não é comprehensivel em sentido geral e absoluto, quero dizer, no sentido de não ter applicação á *aberratio delicti*, nos crimes de homicidio, nenhuma das circumstancias mencionadas no art. 192. Assim, entre outras, a *emboscada* é cabivel. Na hypothese figurada, o homicida que tivesse usado d'ella, não deixaria de soffrer

os resultados deste facto, por haver morto a seu pae, em vez de outra pessoa.

O mesmo succede com as demais circumstancias, que não são de caracter estrictamente pessoal ou oriundas de qualquer relação particular entre o criminoso e a sua victimá.

As — questões da *aberratio ictus* e da *aberratio delicti* offerecem uma nova face, tratando-se dos crimes *justificaveis*. Ahi com effeito, nem uma nem outra forma do *error in objecto* inutilisam a justificabilidade. Aquelle que no exercicio do direito de legitima defesa, em lugar de ferir o seu aggressor, fere a outrem, commette um delicto tão justificavel, como se tivesse acertado o golpe. No caso de *aberratio ictus*, no qual se dá então uma concurrencia real de tentativa e crime consummado, seria um completo transtorno das ideias juridicas não punir o delinquente pela tentativa, isto é, pelo que elle *quiz* e *teve em mira*, para impor-lhe entretanto uma pena pelo que succedeu *contra o seu intuito*.

A culpa que ahi caracterisa o crime consummado, é sem duvida uma especie de *culpa dolo determinata*; mas uma vez admittida a impunidade da parte *dolosa*, fica tambem a parte *culposa* sem a minima base penal. Por quanto dado um delicto de tal natureza, com todos os requisitos legaes de justificabilidade, seria até um disparate baptizar por *impericia*, *imprudencia*, ou outra qualquer forma e notação da *culpa*, um acto praticado no exercicio de uma função da vida nacional, no exercicio do direito de legitima defesa.

Pelo que toca a *aberratio delicti*, com relação aos crimes justificaveis, é o mesmo fio conductor, é a mesma ordem de ideias.

APPENDICE

ALGUMAS IDEIAS
SOBRE
O CHAMADO FUNDAMENTO
DO
DIREITO DE PUNIR (*)

(*) Este estudo foi accrescido á 2.^a edição dos *Menores e Loucos* de 1886.



HA homens que tem o dom especial de tornar incompre-
hensiveis as cousas mais simples deste mundo, e que
ao conceito mais claro, que se possa formar sobre esta
ou aquella ordem de factos, sabem dar sempre uma defi-
nição, pela qual o axioma se converte de repente em um
enygma da esphinge.

A esta classe pertencem os metaphysicos do direito, que ainda na hora presente encontram não sei que delicia na discussão de problemas insolueis, cujo manejo nem se quer tem a vantagem commum á todos os exercícios de *equilibristica*, isto é, a vantagem de, aprender-se a cahir com uma certa graça.

No meio de taes questões sem saída, parvamente suscitadas, e ainda mais parvamente resolvidas, occupa lugar saliente a celebre questão da *origem e fundamento do direito de punir*.

E' uma especie de *adivinha*, que os mestres crêm-se obrigados a propôr aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorancia; o que aliás não impede que os illustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egypto a respeito dos seus hieroglyphos.

Eu não sou um d'aquelles, — é bom notar, — não sou um d'aquelles, que julgam fazer acto de adiantada cultura scientifica, eludindo e pondo de parte todas as questões, de carácter masculo e serio, sob o pretexto de

serem outras tantas bôlhas de sabão theoreticas, outros tantos quadros de phantasmagoria metaphysica. E' preciso não confundir a impossibilidade de uma solução com a incapacidade de leva-la a effeito. A metaphysica não é, por si só, um motivo sufficiente de menospreço, ou de indifferença para com certos assumptos.

O que se costuma chamar um problema metaphysico, no sentido de imprimir-lhe a nota de questão ociosa e futile, não é muitas vezes, se não um problema falso, ou falsamente enunciado.

Ainda hoje é exacto, o que disse Kant, — que a metaphysica é aceitável, se não como uma sciencia, ao menos como uma disposição natural; e nada existe, por tanto, de mais ridículo do que a fatua pretenção de certos espiritos, que querem abolir, uma vez por todas, essa mesma disposição, inherente á alma humana, como ella até hoje se tem desenvolvido, tanto quanto lhe é inherente a poesia, o sentimento esthetic em geral.

E o ridículo de tal intuito augmenta de proporções, ao considerar-se que é em nome de Augusto Comte que atacam a metaphysica e relegam-na sem piedade para o paiz dos *sylphos* e *gnomos*. Por quanto é um facto histórico, uma noticia commun aos homens competentes, que os maiores golpes recebidos pela metaphysica vieram da mão de Hume, ao qual, quando outras glórias lhe faltassem, bastaria o merito immenso de haver provocado a *critica* de Kant, que foi, por assim dizer, a confirmação em ultima instancia, mas sobre a base de outras e mais fundas razões, do *veredictum* lavrado pelo valente sceptico inglez.

Quando hoje pois se diz, como se ouve dizer á cada momento, e sem reserva ou restricção alguma, que a metaphysica está acabada, isto prova apenas que ha da parte de quem assim o affirma um total desconhecimento

da historia da philosophia, onde ha phenomenos periodicos, não raras vezes intervallados por seculos, que apresentam á cada geração um caracter de novidade.

E' o mesmo que se dá com os factos do mundo physico. Um cometa, por exemplo, que faz a sua evolução em duzentos ou trescentos annos, não pôde deixar de sempre apparecer ao *grosso* da humanidade como uma cousa estupenda, como um *signal* de castigo divino. Assim tambem o *grosso* dos dilettantes se compraz em dar, como successos especiaes dos nossos dias, phenomenos que mais de uma vez já se manifestaram no curso dos tempos, e que actualmente não são mais do que uma repetição.

Dest'arte, quem não sabe que hoje é moda desdenhar da metaphysica como de uma rainha sem throno, uma especie de Isabel de Bourbon, decahida e desacreditada? Mas será isto um facto novo, exclusivamente proprio da nossa epocha? Não de certo.

No prologo da *Kritik der reinen Vernunft*, que é datado de 1781, — dizia Kant: *Jetzt bringt es der Modernen des Zeitalters so mit sich, ihr (der Metaphysik) alle Verachtung zu beweisen, und die Matrone klagt, verstossen und verlassen, wie Hecuba: modo maxima rerum, tot generis natisque potens — nunc trahor exul, inops...* (1) Não parece escripto por um nosso contemporaneo, que fizesse o diagnostico do estado actual da philosophia?

Não se julgue entretanto que, assim me exprimindo, eu queira quebrar uma lança em favor dos velhos e novos phantastas rationaes, que teimam em fazer-nos a geografia do *absoluto*, com o mesmo grau de segurança, com

(1) “Presentemente o tom da moda consiste em mostrar todo o desprezo para com a metaphysica; e a matrona repelida e abandonada se lastima como Hecuba... *modo maxima etc., etc.*”

que por ventura se nos faz a descripção de um paiz da Europa.

A metaphysica tem um dominio seu, tem um dominio proprio, onde ella nada produz de positivo, é verdade, mas donde tambem não pôde ser expellida; e Kant mesmo já dissera que a rasão humana, em uma especie dos seus conhecimentos, coube em partilha o singular destino de ser atormentada por questões, de que ella não pôde abrir mão, por que são-lhe impostas pela sua natureza, mas que tambem não podem ser por ella resolvidas, porque estão á cima da sua capacidade.

E' nessa *especie de conhecimentos*, nesse meio que constitue, por assim dizer, a atmosphera da rasão, que a metaphysica se move e ha de sempre mover-se, á despeito de todas as pretenções em contrario.

Julguei preciso esta excursão preliminar, para bem accentuar a minha attitude em relação ao modo de ver que hoje predomina no nosso acanhado mundo intellectual.

No correr do presente escripto, eu terei ao certo de fallar desdenhosamente da metaphysica, mas de uma tal, que se construe, onde ella não é de maneira alguma admisivel, da metaphysica rhetorica, sem base racional e, o que mais é, feita por homens, em geral, destituidos de cultura philosophica.

O direito criminal é um, d'entre os conhecimentos, logicamente organisados, que menos devia tolerar a invasão dos maus effeitos dessa *psychose*, que tanto damno ha causado ao espirito scientifico, porém que, ao envez disto, continua a ser uma das maiores victimas da importuna *mania philosophante*. E' o que passamos á apreciar.

I

O direito de punir é um conceito scientifico, isto é, uma formula, uma especie de notação algebrica, por meio

da qual a sciencia designa o facto geral e quasi quotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e offendem, por seus actos, a ordem social.

Pôr em duvida, ou perguntar simplesmente, se existe um tal direito, importa perguntar, — 1.º se ha com effeito crimes ou acções perturbadoras da harmonia publica, e se o homem é realmente capaz de pratica-las; 2.º se a sociedade, empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei da sua existencia.

A resposta á primeira pergunta é intuitiva: — qualquer que seja a causa que os determine, é innegavel que ha na vida social factos anomalos, de todo oppostos ao modo de viver *communum*, que perturbam a ordem de direito; e quando fosse pelo menos dubitavel que taes phenomenos partissem de uma causa livre e capaz de responder por seus actos, como é costume afigurar-se o homem, uma cousa seria certa: é que o individuo, á que se dá o nome de criminoso, quando elle se põe em conflito com a lei penal, é em todo o caso a condição ou, se quizerem, a occasião de um mal, que importa repelir.

A theoria romantica do crime-doença, que quer fazer da cadeia um simples appendice do hospital, e reclama para o delinquente, em vez da *pena*, o *remedio*, não pôde crear raizes no terreno das soluções aceitaveis. Portanto, admittindo mesmo que o crime seja sempre um phenomeno *psychopathic*, e o criminoso simplesmente um infeliz, substituida a indignação contra o delicto pela compaixão da doença, o poder publico não ficaria por isso tolhido em seu direito de fazer applicação do *salus populi suprema lex esto* e segregar o *doente* do seio da *communhão*.

O romantismo socialístico não pôde chegar ao ponto de contestar ao Estado a faculdade de *policiar*, ao menos no sentido de prevenir que o contagio dos leprosos prejudique a parte sã da sociedade. E ahi se acha contida a resposta á segunda questão; o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu proprio desenvolvimento.

A theoria que por mero gosto de levantar pontos de interrogação, onde já existem pontos finaes, ainda problematisa esse direito, intuitivo e liquido, é irmã daquella outra que tinha coragem de perguntar com todo o serio, se não era possivel a existencia de uma nação ou de um estado sem territorio proprio; verdadeira extravagancia, que hoje difficilmente ocupará a attenção de um espirito desabusado.

Ora, assim como a ideia de um territorio entra na construcção do conceito do estado, da mesma forma a ideia do direito de punir é um dos elementos formadores do conceito geral da sociedade; e assim como não passa de um esteril exercicio de sophistica politica a pretenção de converter em um *status clausæ et contraversiæ* uma das primeiras condições da existencia de um povo organizado, a condição geographica, a base puramente geometrica de uma area territorial, onde elle tenha assento, — ao que se reune o puro facto arithmetico de uma população correspondente, — do mesmo modo não passa de uma phrase ôca do sentimentalismo liberal a affirmação, real ou apparentemente sincera, da inadmissibilidade de um direito de punir, capaz de justificar o poder que tem a sociedade de impôr penas aos que reagem contra a ordem por ella estabelecida.

A indagação da *origem do direito de punir* é um phenomeno symptomatico, de natureza identica ao da velha pesquisa psychologica da *origem das ideias*. E, —

cousa singular, estas duas manias tornaram-se epidemicas n'uma mesma epocha, em tempos doentios de illusões e divagações metaphysicas (2).

Para prova-lo, se preciso fôsse, bastaria notar, por exemplo, que a epocha dos Broglie e dos Rossi coincide justamente com os dias venturosos, em que Cousin entre-tinha a sua platéa de dous mil espectadores com a origem e formação das ideias, com o *finito* e o *infinito* e a *relação do finito ao infinito*, verdadeira bagatella supinamente ridicula e, mesmo assim, plagiada de Vico, para quem Deus era *Posse, Nosse et Velle Infiinitum*, e o homem *nosse, velle, posse finitum, quod tendit ad infinitum*.

Não admira por conseguinte que se fizesse tanto barulho, para defender ou impugnar a chamada *justiça moral* do direito de punir, em uma quadra, na qual os philosophos trabalhavam com unhas e dentes para descobrir a *raiz celeste* do pensamento humano, que entre-

(2) Ainda aqui importa observar que o meu ponto de vista é alguma cousa diverso do da escola positiva, para quem toda a metaphysica é um producto de insensatez; o que aliás não obsta que ella tenha criado uma metahistoria e uma metapolitica, tão pouco adaptadas aos factos e tão difficeis de comprehendere, como a velha scienzia dos noologos e transcendentalistas. E vem aqui tambem a proposito lembrar um facto, que se prende ao presente assumpto.

Ha seis annos, quando o meu nobre amigo Sylvio Romero, em uma defesa de theses na Faculdade de Direito do Recife, afirmou que a metaphysica estava morta, e esta asserção produziu no corpo docente espanto igual ao que teria produzido um tiro de rewolver que o moço candidato tivesse disparado sobre os doutores, já eu nutria minhas duvidas a respeito da defuncta, que o positivismo tinha dado realmente como morta, porém que ainda sentia-se palpitar. E tanto assim era, que comecei então a publicar no *Deutscher Kämpfer* um estudo philosophico, no unico intuito de mostrar o que havia de exagerado na pretenção da seita positiva, que entretanto já hoje só tem de positivo pouco mais que o nome. O que me pareceu sobremaneira estupendo, foi que se tivesse tomado por uma heresia o que já era de certo modo um

tanto é um filho da terra, como Encelado, e ainda maior que o gigante quando se chama Haeckel ou Darwin.

O direito de punir, como em geral todo o direito, como todo e qualquer phenomeno da ordem physica ou moral, deve ter um principio; mas é um principio historico, isto é, um primeiro momento na serie evolucional do sentimento que se transforma em ideia, e do facto que se transforma em direito (3). Porém essa base historica ou antes prehistoric, considerada em si mesma, explica tão pouco o estado actual do instituto da pena, como o embryão explica o homem, como a semente a arvore.

atrazo. Sylvio Romero fallara como positivista; fallara em nome de uma escola intolerante, que não estava mais no caso de nutrir um espirito pensador, e que elle mesmo, annos depois, em sua *Philosophia* no Brasil, reduziu á proporções bem pequeninas, censurando-lhe sobretudo a visão maniacal de metaphysica por toda parte. Nem ha duvida que essa escola, por força das suas exagerações, tende a cahir em total descredito. Assim, é sabido que A. Comte condemnava a indagação anatomica que fosse além dos tecidos; logo Virchow e a pathologia cellular são reus de metaphysica; e creio, que entre nós, já houve um pobre de espirito, que tirou uma tal consequencia, volvendo-se de preferencia contra o celebre pathologo. Tambem é certo que o mesmo Comte repelia, como suspeita de hypotheses visionarias, a astronomia sideral, restringindo a pesquisa scientifica á astronomia solar, ao que sómente diz respeito ao nosso systhema planetario; logo o padre Secchi, por exemplo, não passou de um metaphysico!... E querem prova mais cabal da intolerancia e desproposito da doutrina positivista, ao menos como ella foi formulada pelo seu grande chefe, que entretanto vale muito mais que todos os seus discípulos? Respondam os entendidos, bem entendido, os que podem fallar conscientemente.

(3) O leitor não se espante de ouvir-me fallar de sentimento transformado. O *Evolucionismo Transformistico*, no mundo psychologico, é tambem uma realidade; e chegado parece o tempo de uma resurreição gloriosa do abbade Condillac, que irá então mostrar-se mais moço do que o mais moço espiritualista moderno. A theoria da sensação transformada é verdadeira no sentido de um processo de diferenciação que se executa, não ontogenetica, mas phylogeneticamente, não no individuo, porém na especie.

E d'ahi vem que mais de um espirito, não comprehendendo a possibilidade de grandes effeitos produzidos pela somma de cousas pequeninas, acham inconcebivel uma justiça puniente, que tenha sahido do facto barbáro, brutal da guerra de todos contra todos, da lucta pela existencia em sua primitiva rudesa, do mesmo modo que, por exemplo, o rosto lindo e encantador de uma menina de 13 annos, cuja bocca é um antozoario, e que apenas comeca a saber olhar e a esconder os pequenos seios tumidos, como se sóe encapotar os pomos maturescentes para as aves não beliscarem, é entretanto o resultado de millenios sobre millenios de um processo natural, lento e continuo, na differenciação e integração de formas, que acabaram por afastar-se de todo da grosseira disposição original da estructura feminina.

Mas esta é a verdade: no circulo da natureza, onde até a belleza é a expressão de uma victoria, nada existe que não seja o producto de um desenvolvimento, ou este se conte por minutos, ou por myriades de seculos. E tendo-se em vista o immenso espaço de tempo necessario para a explicação de certos phenomenos, de transição tão lenta, que se nos afiguram estacionarios e fixos, — é evidente que a humanidade, como tudo que lhe pertence a titulo de propriedade, herdada ou adquirida, não passa de um *parvenu*. Ainda hontem *macaca*, — e hoje *fidalga*, que renega os seus avós e vive á cata de pergaminhos para provar a sua nobresa, como filha unigenita dos deuses.

No mesmo caso está a moral, no mesmo caso o direito; ainda hontem força e violencia, ainda hontem simples expressão de *experiencia capitalisada* no processo de eliminação das irregularidades da vida social, e já hoje alguma cousa que se impõe, *sub specie aeterni*, ao nosso culto e á nossa veneração.

II

Ou o direito seja, como diz Rudolf von Ihering, o conjunto das condições de existencia da sociedade, asseguradas por uma co-acção externa, isto é, pelo poder publico (4), ou se defina mais concisamente, segundo Wilhelm Arnold, *uma função da vida nacional...* (5), ou seja enfim o que quer que seja, que não se pôde conter dentro dos limites de uma definição, o certo é que o direito, da mesma forma que a grammatica, da mesma forma que a logica, é um *systhema de regras* e, como tal, um producto de inducção, um edificio levantado sobre base puramente experimental.

Em face da sciencia moderna, o velho racionalismo juridico, que se esforçava por descobrir no direito um elemento aprioristico, anterior e superior a toda experientia, já é um erro indesculpavel, um testemunho de pobreza, indigna de compaixão.

Verdade é que, no estado actual da cultura humana, a ideia do justo, pelo grau de abstracção a que tem chegado, se nos mostra como uma cōusa que sae do fundo do espirito mesmo, se não antes como um presente, que nos vem do ceu. Mas ha neste, como em muitos outros pontos attinentes ao progresso da vida racional, uma completa illusão: julgamos um dom divino, um privilegio da nossa intelligencia, aquillo que é apenas um sedimento dos seculos, um resultado do labor dos tempos.

O que disse Haeckel á respeito dos chamados *conhecimentos á priori*, designados na escola pelo nome de *princípios, ideias e verdades primeiras*, isto é, que todos elles são baseados na experientia, como sua unica fonte, que todos elles são conhecimentos á *posteriori*, que pela he-

(4) *Der Zweck im Recht*, S. 499, 1877.

(5) *Cultur und Rechtsleben*, S. 27, 1865.

rança e adaptação chegaram a tomar o carácter de conhecimentos *á priori* (6), é tambem exacto em relação ao direito.

E em relação ao direito, sobretudo. Por quanto, se a respeito de outras noções, reputadas ingenitas, não estamos hoje no caso de remontar a corrente historica e indicar a epocha e o povo, de quem herdaram-as ainda em estado de producto experimental, o mesmo não sucede com o direito, cuja transfiguração em *princípio eterno e absoluto*, como se exprimem os noologos, é de data mui recente.

Assim os romanos, que tiveram em alto grau o senso jurídico, os romanos que definiam a jurisprudencia... “o conhecimento das cousas divinas e humanas” — nunca entretanto se elevaram á ideia de um direito racional, independente dos factos. O conceito geral, que elles formavam, era o da somma de uma pluralidade de casos, unificados pela indução.

Pomponio disse: *Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae plerumque accidunt, non quae praeter exspectationem.* Ao que Celso acrescentou: — *Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur* (7). E' justamente a formula de uma operação inductiva, que nada tem que ver com dados aprioristicos e ideias hypersensíveis.

O que hoje pois á mais de um olhar, pouco affeito á contemplação da realidade, se apresenta como uma concepção inherente á naturesa da razão humana, qualquer que seja o estado do seu desenvolvimento, os romanos consideravam um resultado de um progresso social. Disto nos dá testemunho, entre outras, a lei 2 do Dig. de Ori-

(6) *Natuerliche Schoepfungs geschichte.* Fuenfte Auflage Seite 29, n. 636.

(7) Dig. I, 3. 3 e 4.

gine juris (1,2), onde Pomponio falla de um... *juris processum*, no sentido do *devenir*, do *werden* historico da intuição hodierna, como podéra demonstral-o qualquer jurista dos nossos dias, nos *quaes*, — segundo diz Georg Meyer, professor universitario de Jena, — se existe uma verdade que se lisonjeie de geral acceitação no mundo juristico, é a da *positividade* de todo direito (8).

Deste modo o elemento metaphysico e especulativo que alguns philosophos atrazados ainda conservam no dominio das sciencias juridicas, e que tem ares de concepções *á priori*, é um effeito do tempo. O chamado direito natural não é mais do que uma especie de *algebra* do direito positivo: aquelle opéra com ideias, que assemelham-se a letras, a quantidades indeterminadas, e este com factos, que são como numeros certos e definidos.

Ha porém sempre uma diferença: é que a algebra não se mostra fallivel em suas applicações, ao passo que o direito natural não raras vezes se alimenta de hypotheses e conjecturas, que não se ajustam com a realidade.

O que é verdade do direito em geral, accentua-se com maior peso quanto ao direito de punir, cujo *processus* historico tem sido mais rapido e mais cheio de transformações, trazendo com tudo ainda hoje na face signaes evidentes de sua origem barbara e traços que recordam a sua velha mãe: — a necessidade brutal e intransigente.

(8) *Das Studium des öffentlichen Rechtes in Deutschland*, 1875, S. 11. Aqui porém releva advertir que do mundo juristico, á que se refere o sabio professor, parece que não faz parte a maioria dos nossos jurisperitos, que continua a estragar a mocidade com meras nugas, tidas em conta de questões importantes, e a fallar-lhe de direitos primitivos, descendentes de Deus, mais velhos que o sol e a lua.

Para esses, a antithese esteril de direito natural e direito positivo permanece no mesmo pé em que se achava, ha um seculo! Elles são, litterariamente, uma nova raça de Bourbons, que nada aprendem e nada esquecem!...

“Não é um erro affirmar, diz Hermann Post, que primitivamente *pena e sacrificio humano* foi uma e a mesma cousa, e que dest’arte a origem do direito de punir deve ser procurada nesse mesmo sacrificio” (9). E tal é indubitavelmente a ideia que deveu repousar no fundo da pena em sua forma primitiva, quando é certo que ainda hoje essa ideia acompanha, consciente ou inconscientemente, a execução de qualquer pena.

Não se diz mais, é verdade, querer-se aplacar, com o castigo infligido ao criminoso, os deuses irritados, ou serenar os manes da victimá do crime; mas quasi que se procede de accordo com esta intuição, guardadas apenas as differenças determinadas pela cultura ulterior.

Com efeito, mesmo na hora presente, o que vem a ser em ultima analyse a imposição, por exemplo, da pena de morte a um delinquente, se não uma especie de sacrificio a um novo Moloch, a um *ignoto deo* da justiça, que se pretende ver *vingada* e satisfeita?

Podem phrases theoreticas encobrir a verdadeira feição da cousa, mas no fundo o que resta é o facto incontestavel de que punir é sacrificar, — sacrificar, em todo ou em parte, o individuo ao bem da communhão social, — sacrificio mais ou menos cruel, conforme o gráu de civilisação deste ou daquelle povo, nesta ou n'aquelle epocha dada, mas sacrificio necessario, que, se por um lado não se accommoda á rigorosa medida juridica, por outro lado tambem não pôde ser abolido por efeito de um sentimentalismo pretendido humanitario, que não raras vezes quer ver extintas por amor da humanidade cousas, sem as quaes a humanidade não poderia talvez existir.

(9) *Der Ursprung des Rechtes*, 1876, S. 103.

III

De envolta com o sacrificio, que constitue o primeiro momento historico da pena, além da expiação que lhe dá um caracter religioso, já se acha o sentimento da vingança, que os deuses de então tem de commum com os homens e os homens com os deuses. A' medida porém que vae descrescendo o lado religioso da expiação, aumenta o lado social e politico da *vindicta*, que permanece ainda hoje como predicado indispensavel para uma definição da pena.

Como o desenvolvimento da lingua de um povo é muito mais vagároso que o das suas *intuições*, modificadas sob esta ou aquella influencia, vemos a palavra *pæna*, — que é derivada ou apparentada com pœnitet, cujo conceito envolve o arrependimento, isto é, um modo de sentir, no qual vae sempre uma certa dóse de religiosidade, nemol-a, sim, já de todo destituida do seu conteúdo primitivo e significando unicamente a vingança publica exercida contra o criminoso: *pæna est noxæ vindicta...* (50, 16. L. 131.)

E esta ideia da vindicta, que vigorou no direito penal dos romanos, que estendeu-se mesmo á tempos muito posteriores, não foi arredada, como costumam afigurar-se, pelas chamadas theorias do direito de punir; theorias que, como todas do mesmo genero, não fazem mais do que procurar prender ás leis da racionalidade moderna uma velha cousa barbara e absurda, posto que necessaria, qual é a pena, sem que d'ahi resulte a minima alteração na natureza do facto.

E' pouco mais ou menos o mesmo que se dá com outras instituições de antiga data, a realesa, por exemplo, para a qual tambem os theoreticos hodiernos buscam um meio de explicação, isto é, um modo de *racionalisal-a* e

adaptal-a ao estado de cultura actual, sem que por isso entretanto ella deixe de ser o que sempre foi: — uma anomalia, uma excrescencia do corpo social, que aliás não tem por si a razão da necessidade imperiosa e fatalmente indeclinavel.

Os criminalistas que ainda julgam-se obrigados a fazer exposição dos diversos systhemas engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento juridico e o fim racional da pena, commetem um erro, quando na frente da série collocam a vindicta. Por quanto a vindicta não é um systhema; não é, como a defeza directa ou indirecta, e as de mais formulas explicativas ideiadas pelas theorias *absolutas, relativas e mixtas*, um modo de conceber e julgar, de acordo com esta ou aquella doutrina abstracta, o instituto da pena; a vindicta é a pena mesma considerada em sua origem de facto, em sua genesis historica, desde os primeiros esboços de organisação social, baseada na communhão de sangue e na communhão de paiz, que naturalmente se deram logo depois do primeiro albor da consciencia humana, logo depois que o *pithecanthropo* fallou... *et homo factus est.*

A mais alta expressão da vindicta é o talião, que firma-se na ideia da conservação do equilibrio physiologico no organismo dos povos, e que devendo ter apparecido bem antes da formação dos estados, nas pequenas *politeias* ou sociedades rudimentares, ainda nos tempos hodiernos, a despeito de todo progresso cultural, conserva um resto de sua força primitiva na consciencia popular.

E' assim que vê-se o filho orphão guardar a bala, de que pereceu seu paiz, para devolvê-la, em occasião opportuna, ao peito do assassino.

E' assim que o homem do povo a quem a calunia feriu no mais fundo da sua dignidade, não tem outra ideia se não a de cortar a lingua do seu calumniador.

E' ainda assim que, nos attentados contra a honra feminina, não raras vezes a desaffronta só se dá por justa e completa, castrando-se o delinquente. São factos estes que nada tem de exclusivamente proprios de barbaras eras passadas, pois elles se repetem nos nossos dias.

São factos que traduzem sentimentos naturaes do espirito do povo, o qual nunca se deixa determinar em seus actos por ideias abstractas e estremes de qualquer paixão. Para elle o sentimento da justiça, que por si só seria incapaz, mesmo por ser relativamente moderno, de dar origem á instituição da pena, se confunde, a fazer um só, com o sentimento da vingança, que é o momento subjectivo do direito de punir, e que não foi absorvido ou aniquilado pelo poder publico, nem mesmo nos estados modernos, onde existe reconhecido o direito individual da *queixa* ou o direito de promover a accusação criminal por uma offensa recebida, o qual nada mais nem menos importa do que o reconhecimento da justa vindicta do offendido.

E tanto assim é, que actualmente a sciencia juridica occupa-se com a seguinte questão: se deve haver monopólio do estado em relação á queixa e accusação criminal, ou se é sempre admissivel a acção popular, a accusação subsidiaria do individuo; — questão que tende aliás a ser definitivamente resolvida no sentido affirmativo da primeira hypothese, acabando com esse resto de herança do direito romano, pelo qual o direito criminal ainda conserva em muitos pontos o caracter mixto de *jus publicum* e *jus privatum*; por quanto o pensamento fundamental do systhema penal dos romanos era justamente que a com-

munhão vingava os crimes contra ella mesma commetidos; ao contrario, naquelles perpetrados contra o individuo, ella esperava a queixa do offendido e, por este caminho, auxiliava-o a fazer valer o seu direito (10).

Mas isto mesmo confirma a doutrina de que a vingança pessoal é a base psychologica da pena, que tem perdido pouco a pouco essa feição primitiva, a proporção que, com o nascer e crescer das sociedades em suas diversas formas, vão sendo substituidas aos interesses subjectivos do individuo os alvos ideiaes da communhão social.

Aqui entretanto importa observar que as theorias especulativas do direito de punir, além de muitas outras, commettem a falta de procurar o fundamento racional da pena, abstractamente considerada, sem attender ao desenvolvimento historico do seu correlato, isto é, o crime.

Com effeito, o crime, como facto humano, como phenomeno psycho-physico, tem um caracter historico universal, pois elle se encontra em todos os gráus de civilisação e de cultura; mas isto é sómente verdade a respeito de um certo numero de factos, que á semelhança das doenças resultantes da propria disposição organica, poderiam qualificar-se de *crimes constitucionaes*, crimes que se originaram, logo em princípio, da propria lucta pela existencia, e que são, como taes, inherentes á vida collectiva, ao contacto dos homens em sociedade.

Neste caso estão o homicidio, o furto e poucos outros actos, com que cedo e bem cedo o homem poz-se em conflito com uma ordem de direito estabelecida. Não assim porém quanto a delictos, que ulteriormente foram apparecendo, como resultados de novas complicações e neces-

(10) Th Mommsen — *Roemisches Stadtsrecht* — I, 153; II, 583.

sidades sociaes. A pena imposta a estes crimes não pode sahir da mesma fonte, não tem o mesmo fundamento que a que se impõe aquelles primeiros. Assim, quando este ou aquelle estado pune, por exemplo, os attentados contra a sua integridade, contra a honra e a dignidade nacional, é claro que existe ahi outro principio determinante da pena, que não o que determina a punição do assassinato, do ferimento, do roubo etc. etc.

A respeito dos chamados crimes publicos em geral a sociedade é levada, na imposição das penas, por motivos diversos, conscientes ou inconscientes, dos que a dirigem a respeito dos crimes particulares; d'onde é concludente que a celebre questão do direito de punir, suscitada *in abstracto*, sem distinguir e apreciar a natureza dos factos puniveis, que não tem todos o mesmo caracter, nem se deixam medir pela mesma bitóla, já envolve, sob este unico ponto de vista, uma verdadeira insensatez. Por quanto, dado mesmo que se achasse um fundamento racional e philosophico da pena, que incontestavelmente se prestasse a explicar a punição de um grande numero de crimes, um outro grande numero ficaria ao certo fóra desse circulo.

A razão que tem a sociedade para punir o homicidio, por exemplo, não é a mesma que lhe serve de norma para decretar penas, *verbi gratia*, contra a rebellião, a sedição, a conspiração e outros iguaes delictos, que põem em perigo a sua vida de direito, que affectam, pácial ou totalmente, as condições de sua existencia, ou vão de encontro a qualquer das leis do seu desenvolvimento.

E neste sentido pode-se então affirmar que, em relação a uma certa especie de crimes, o direito que a sociedade exerce com a sua punição, é justamente o direito de *legitima defesa*.

Por exemplo: os nihilistas na Russia não tem outro intuito (justo, ou injusto, é questão á parte), se não o de acabar com a vigente ordem de cousas, assestando de preferencia as suas armas contra o chefe da nação, portanto, quando o estado, tão seriamente ameaçado, se apodera de taes inimigos, para julgal-os, e condemnal-os, não tem tambem outro intuito se não o da propria defeza, o da propria conservação. O pretendido elemento ethico da pena, de que tanto fabúlam, sobre tudo os criminalistas francezes, se ahi apparece, é sómente n'aquelle dóse em que elle se fazia sentir, ha dez annos, ao suppliciar-se os *homens da communa*, isto é, em dóse nenhuma.

A combinação binaria da *justiça moral* com a *utilidade social*, que se costuma dar como uma solução satisfactoria do problema da penalidade, eu deixo aos metachymicos do direito, que conhecem perfeitamente a natureza d'aquelleas dois *saes* e as proporções exactas, em que elles devem ser combinados, a tarefa de explical-a e demonstra-la perante os seus discipulos, dignos de melhores mestres.

Eu não conheço bem nem uma nem outra cousa; rasão porque até ignoro, qual é a parte de justiça moral existente por ventura na pena de multa, na pena de dinheiro, que entretanto parece destinada a ser n'um futuro mais ou menos remoto, o subrogado de um grande numero de penas. Não sei como da addição ou multiplicação de duas *incognitas* pode sahir alguma cousa de certo e definido, que resolva a questão suscitada.

O conceito da pena não é um conceito juridico, mas um conceito politico. Este ponto é capital. O defeito das theorias correntes em tal materia consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequencia de direito, logicamente fundada; erro que é especulado por uma certa humanidade sentimental, a fim de livrar o malfeitor

do castigo merecido, ou pelo menos lh'o tornar mais brando. Como consequencia logica do direito, a pena presupõe a imputabilidade absoluta, que entretanto nunca existiu, que não existirá jámais. O sentimentalismo volve-se contra este lado fraco da doutrina, combatendo a imputabilidade em todo e qualquer gráu. Para isso lança mão de razões psychiatricas, historicas, pedagogicas, social estatisticas; e todas estas razões, é força confessar, são de uma perfeita exactidão. Mas isto sómente na hypothese da pena regulada pela medida do direito, o que é de todo inadmissivel, porque é de todo inexequivel.

Quando se vióla um direito, um systhema juridico perturbado, bem como a pessôa offendida, não tem outro interesse se não que o damno causado seja satisfeito, se possível, restabelecendo-se o direito, ou substituindo-se lhe o valor que nelle repousa.

O que vai além desta esphera, nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo. A obrigação forçada de indemnizar, quanto é possível, o mal produzido, não é uma pena, ao passo que, por outro lado, tambem a pena não tem força para restabelecer o direito violado, como por exemplo a execução de Ryssakow e seus compa-
nheiros de tormento não teve por effeito a resurreição de Alexandre II.

O interesse juridico, estreme de moveis que lhe são estranhos, exigiria que, dado um assassinato, o assassino fosse conservado vivo e perpetuamente condemnado á trabalhar em beneficio dos parentes do morto, ou da nação prejudicada pelo aniquillamento de uma vida humana, o que entretanto não seria uma pena, mas sómente o pagamento de uma dívida, e deixar-se-hia bem incluir no direito das obrigações porém não no direito penal.

Estas ultimas considerações, que tomo de empres-
timo a Julio Frebel, me parecem de uma justeza incon-

testavel. Quem procura o fundamento juridico da pena deve tambem procurar, se é que já não encontrou, o fundamento juridico da guerra.

Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o facto de que ella tem sido muitas vezes applicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que ha de mais alheio á vida juridica.

Em resumo, — todo o direito penal positivo atravessa regularmente os seguintes estadios: — primeiro, — domina o principio da *vindicta* privada, a cujo lado tambem se faz valer, conforme o caracter nacional, ou ethnologico, a expiação religiosa: depois, como phase transitória, apparece a *compositio*, a accommodação d'aquelle vingança por meio da multa pecuniaria; e logo após um systhema de direito penal publico e privado; finalmente vem o dominio do direito social de punir, estabelece-se o principio da punição publica.

Uma das maiores e mais fecundas descobertas da sciencia dos nossos dias, diz Hermann Post, consiste em ter mostrado que qualquer formação cosmica traz hoje ainda em si todas as phases do seu desenvolvimento, — e sobre tudo que existe — pode estudar-se, nos traços fundamentaes, a infinita historia do seu *fieri*. Ora, isto que é verdade em relação ao mundo physico, o é tambem em relação ao mundo social.

No direito criminal hodierno, por mais regular que pareça a sua estructura, encontram-se ainda signaes de primitiva rudeza.

Assim, por exemplo, o principio da *vindicta* ainda não desapareceu de todo de nenhum dos actuaes systhemas de penalidade positiva. A subordinação dos processos de uma ordem de crimes á queixa do offendido, é um reconhecimento desse principio.

Todo systhema de forças vae atrás de um estado de equilibrio; a sociedade é tambem um systhema de forças, e o estado de equilibrio que ella procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ella vive em continua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rígidos principios humanitarios, porém que devem ser sempre efficazes. Entre estas armas está a pena.

E ao concluir, para ir logo de encontro á qualquer censura, observarei que de proposito deixei de lado a questão do melhoramento e correcção do criminoso por meio da pena, porque isto pertence á questão metaphysica da *finalidade penal*, que é ociosa, além do mais, pela razão bem simples de que a sociedade, como organisação do direito, não partilha com a escola e com a igreja a difficult tarefa de corrigir e melhorar o homem moral. Aqui termino; o que deixo escripto, é bastante para dar á conhecer o meu modo de pensar em tal assumpto. Quanto porém ás lacunas, que encontrar-se-hão em grande numero:

*Je sais qu'il est indubitable
Que pour former œuvre parfait,
Il faudrait se donner au diable,
Et c'est ce que je n'ai pas fait.*

INDICE

INDICE

Razões desta edição	III
I — Decreto n.º 803 de 20-IV-23	V
II — Trecho da mensagem	VII
Advertencia da 1.ª edição — 1884	IX
" da 2.ª edição — 1886	XI
Como introdução	XIII

Menores e loucos:

Cap. I	1
" II	11
" III	19
" IV	27
" V	35
" VI	41
" VII	47
" VIII	61
" IX	67
" X	79
" XI	85
" XII	99
" XIII	117

Appendice:

Fundamento do direito de punir	131
--------------------------------------	-----



1926

EMPREZA GRAPHICA EDITORA
— PAULO, PONGETTI & C. —
Avenida Mem de Sá, 67 e 78 — Rio

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF00007028