

Direito Penal

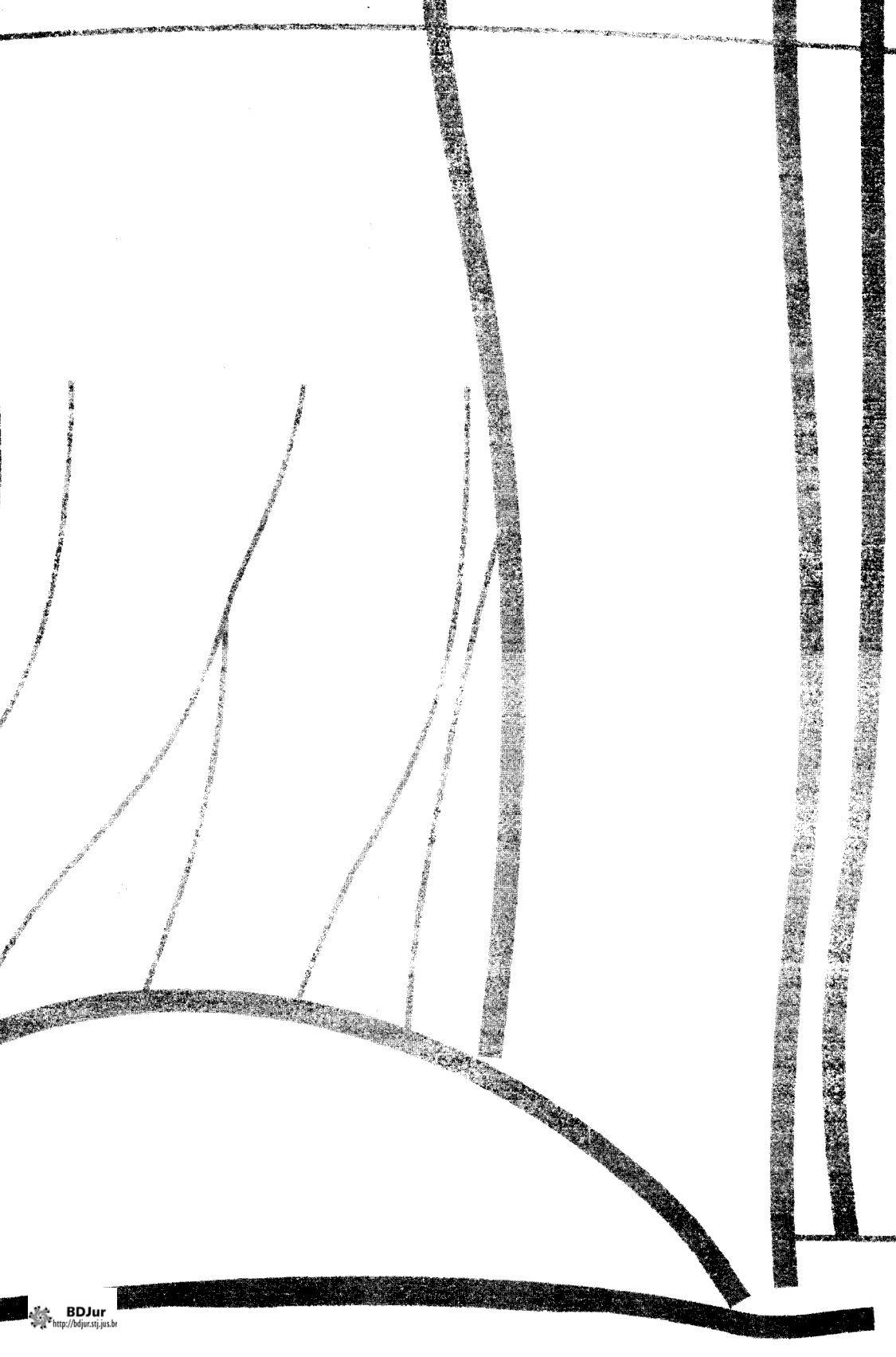
Menores e Loucos em Direito Criminal

Tobias Barreto

História do Direito Brasileiro



2



Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senador Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, Diretor da Revista
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragozo Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andriighi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira



Direito Penal

Menores e Loucos em Direito Criminal

Tobias Barreto

Obra fac-similar

Prefácio de
Luiz Carlos Fontes de Alencar



**História do Direito
Brasileiro**

Brasília
Junho/2003

Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado	JOÃO VIEIRA DE ARAUJO Codigo Penal commentado, theorica e praticamente
ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÓCO Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado	OSCAR DE MACEDO SOARES Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil ¹
BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA Lições de direito criminal	THOMAZ ALVES JUNIOR Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal
FRANZ VON LISZT Tratado de direito penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira	TOBIAS BARRETO Estudos de Direito
GALDINO SIQUEIRA Direito Penal Brasileiro segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência	TOBIAS BARRETO Menores e Loucos em Direito Criminal

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jefferson Paranhos Santos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael François de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão
Projeto Gráfico
Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

.....
Barreto, Tobias.

Menores e loucos em direito criminal / Tobias Barreto ; prefácio de Luiz Carlos Fontes de Alencar. -- Ed. fac-sim. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
xxxiv, 148 p. -- (História do Direito brasileiro. Direito penal)

1. Menor, responsabilidade penal, Brasil. 2. Doente Mental, responsabilidade penal, Brasil. 3. Loucura e crime, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir 341.5222
.....

Coleção HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.



Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Cíveis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos,

foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissória – estudos, da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira*, por Antônio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de direito penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de direito criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e Loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

- *Direito Penal brasileiro segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*, de Galdino Siqueira.



Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, “Ce n’est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l’histoire d’un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois.”



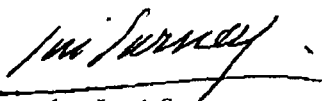
Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.



Senador José Sarney

Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal



Da luta pela liberdade dos mares, que Grotius proclamara no Mare Liberum, de 1609, adveio, na conjuntura de cruenta guerra entre Espanha e Holanda, a presença neerlandesa no Brasil, como assinalado por Oscar Przewodowski. ⁽¹⁾ Foi ao tempo da União Ibérica (1580-1640). Somente cessaria com a capitulação da campina do Taborda, em janeiro de 1654, já depois da Restauração da Independência de Portugal.

Antes das batalhas de Guararapes, porém, lá nas Províncias-Unidas surgia, escrita por Gaspar Barléu, a

História dos feitos recentemente praticados durante oito anos no Brasil e noutras partes sob o governo do ilustríssimo José Maurício, Conde de Nassau, etc., ora Governador de Wesel, Tenente-General de Cavalaria das Províncias-Unidas sob o Príncipe de Orange. ⁽²⁾

O panegirista antuerpiano, valendo-se do relatório de Nassau, anotou:

“os limites do Brasil holandês, dilatados pela felicidade das armas, estendem-se desde o Rio Real, que separa o Sergipe da capitania da Baía, até o rio Maranhão.” ⁽³⁾

E, ao brasonar Sergipe, o mencionado humanista imaginou o Sol, justificando:

“Tu, Sergipe, pões em face de tuas moradas as flamas de Febo...”

¹ PRZEWODOWSKI, Oscar. *O século XVII no seu sentido jurídico-internacional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1941.

² BARLÉU, Gaspar. *História dos feitos...* Trad. e anotação de Cláudio Brandão. Rio de Janeiro: MEC, 1940.

³ Ob. cit., p. 332.

Mais de duzentos e cinqüenta anos se haviam passado e, oriundo das ribas do rio Real, precisamente da então vila de Campos, um homem de origem humilde e mulato abalançaria o Recife, rompendo a placidez da sua Academia de Direito e alvoroando toda a gente dali, sobretudo os jovens acadêmicos: Tobias Barreto de Meneses. Poder-se-ia dizer então que, naquele celeberrimo concurso para professor da vetusta Casa, “as flamas de Febo” incendiaram velhas doutrinas e teorias e acenderam novas idéias no campo do Direito, distanciadas do dogmatismo conimbricense. Ou mesmo se poderia dizer revigorada ali a

“Recife das revoluções libertárias”,

do poema de Manuel Bandeira. ⁽⁴⁾

O concurso aludido aconteceu em abril de 1882. Gumersindo Bessa, que seria notável jurista e polemizaria com Rui Barbosa, pela imprensa, sobre o pleito do Estado do Amazonas relativo ao Acre Setentrional, era então estudante no Recife e em maio escrevia a antigo companheiro que exercia a magistratura em Sergipe, noticiando o que se passara na “sala dos graus”, assim iniciada a narrativa:

“A palavra mágica e arrebatadora de Tobias Barreto, traduzindo mera lógica inelutável e originalíssima, não é coisa que se descreva, que se exprima numa carta. E depois o vulto grandioso de Tobias ainda mais se destaca no quadro por efeito de um contraste palpável; imagina ter um gigante assentado no meio de quatro pigmeus, e terás a verdade do que vai sucedendo por aqui nesse célebre concurso.” ⁽⁵⁾

Naquela ocasião coube a Tobias tratar, em dissertação escrita, acerca de

⁴ BANDEIRA, Manuel. *Evocação do Recife. Libertinagem. Estrela da Vida Inteira*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

⁵ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito (Apêndice)*. Aracaju: SEC/SE, Indústria Gráfica J. Andrade, 1978, vol. 2.

Conforma-se com os princípios da ciência social a doutrina dos direitos naturais e originários do homem?

Escreveu, então:

“... o direito natural moderno com o seu apriorismo, com suas pretensões de filho único da razão humana, é uma criação da Holanda no século XVII.

Mas é digno de nota: o célebre Grotius, que abriu caminho a esse preconceito científico, além de outros escritos, consagrou o seu Mare Liberum à exposição da nova idéia.

Entretanto essa mesma obra, cheia de apelos à razão, tem por subtítulo as seguintes palavras, que dão a medida do grande conceito: *Sive de jure, quod Batavis competit ad indiana commercia...*

Bom direito natural!”

E apresentou enunciados de teses sobre direito natural, romano, público, das gentes, eclesiástico, civil, criminal, comercial, marítimo e administrativo; diplomacia, hermenêutica jurídica e economia política; processo civil e processo criminal.

Eis os de direito criminal:

I – É inconcebível, por direito filosófico, a tentativa de cumulidade.

II – O conceito da tentativa não é aplicável a todos os crimes, mas somente àqueles que comportam a divisibilidade da ação principal ou mais de um momento na execução de um delito.

III – O que pratica um crime por engano, fora da hipótese do art. 10, § 4º, do Código Criminal, é sempre responsável; mas só no caso de uma *aberratio delicti* lhe pode ser aplicada a agravante do art. 16, § 8º.”⁽⁶⁾

O tempo passando não arrefeceu em Gumersindo Bessa o entusiasmo que o concurso lhe despertara, nem a admiração incontida pelo

⁶ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito I*. Org. e notas de Paulo Mercadante e Antônio Paim, col. de Luiz Antônio Barreto, introd. de Miguel Reale. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record; Aracaju: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991.

mestre do Recife. Falecido Tobias, Gumersindo deu à estampa uma série de artigos a seu respeito, que Prado Sampaio coligiu e os encerrou em Pela Imprensa e pelo Foro.⁷ Desses artigos, palavras suas:

“Foi ele quem primeiro falou entre nós de uma lei do *fieri*, do *devenir* do direito, reduzindo-o a um resultado da cultura humana, a um *modus vivendi* social, a uma cousa susceptível de evoluir, de adaptar-se às múltiplas condições do meio político, do momento histórico, das crescentes necessidades humanas e das variadas exigências do progresso científico, artístico e industrial.

Essa revolução que constitui o maior mérito de Tobias aos meus olhos, data de 1882, época do seu concurso e da sua entrada para o corpo docente da Faculdade de Direito do Recife.

[...]

Tobias deixou deslumbrados os homens da ciência caduca, e na alma dos moços deixou a sede de ciência nova.

[...]

Venceu. Entrou para a Faculdade e com ele teve ingresso a ciência viva, até então banida pela ciência fóssil ali ensinada.”

Outro jovem estudante recordaria, na maturidade, o incomum certâmen: Graça Aranha. Em O meu próprio romance memorou ele:

“Foi o concurso de Tobias Barreto. Eu já havia iniciado os meus estudos na Academia.

[...]

O concurso abriu-se como um clarão para os nossos espíritos. A eletricidade da esperança nos inflamava. Esperávamos, inconscientes, a coisa nova e redentora. Eu saía do martírio, da opressão, para a luz, para a vida, para a alegria. Era dos primeiros a chegar ao vasto salão da Faculdade e tomava posição junto à grade, que separava a Congregação da multidão de estudantes. Imediatamente Tobias Barreto se tornou o nosso favorito.

⁷ BESSA, Gumersindo. *Pela Imprensa e pelo Foro*. Aracaju: Imprensa Popular, 1916.

[...]

Tobias, mulato desengonçado, entrava sob o delírio das ovações. Era para ele toda a admiração da assistência, mesmo a da emperrada Congregação.

[...]

O que ele dizia era novo, profundo, sugestivo. Abria uma nova época na inteligência brasileira e nós recolhíamos a nova semente, sem saber como ela frutificaria em nossos espíritos, mas seguros que por ela nos transformávamos.

[...]

A Congregação, humilhada em seu espírito reacionário, curvava-se ao ardor da mocidade impetuosa.

[...]

A lição de Tobias Barreto foi a de pensar desassombadamente, a de pensar com audácia, a de pensar por si mesmo, emancipado das autoridades e dos cânones.”⁽⁸⁾

No final do século XIX, entre os fundadores da Academia Brasileira de Letras, o memorialista. De Joaquim Nabuco partira a sugestão de cada acadêmico colocar a sua cadeira “à sombra de um nome ilustre, que lhe serviria de patrono”; e Graça Aranha escolheu o de Tobias Barreto para a dele, a de nº 38⁽⁹⁾, hoje ocupada por José Sarney.

Antes do afamado concurso, Tobias Barreto já havia lançado sua poesia condoreira. Fora o tempo, também, das contendas entretidas com Castro Alves, no Teatro Santa Isabel. O jornalismo exercera com impavidez. No campo político, situara-se na trincheira liberal. Um Discurso em Mangas de Camisa, de 1879, é marco dos estudos políticos e sociais brasileiros; e o tempo não o esmaeceu. Algumas Idéias sobre o Chamado Fundamento do Direito de Punir igualmente antecedeu a disputa pelo lugar de professor da Faculdade. Bem assim o pioneiro estudo Delitos por Omissão.⁽¹⁰⁾

⁸ ARANHA, Graça. *O meu próprio romance*. Introd. e notas de Jomar Moraes. 4ª ed. São Luís: Alumar, 1996.

⁹ MONTELO, Josué. *A Academia Brasileira de Letras: 100 anos*. São Paulo: BEJ Comunicação, 1997.

¹⁰ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*. Org. e notas de Paulo Mercadante e Antônio Paim, introd. de Everaldo Luna. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record; Aracaju: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991, p. 216, nota.

De 1884 é a primeira edição de Menores e Loucos em Direito Criminal. A segunda tem apendiculada a referida monografia sobre o Fundamento do Direito de Punir.

Aquela dissertação escrita do concurso Tobias a empregou, ao depois, no intróito da obra agora fac-similada.⁽¹¹⁾

A Constituição de 1824 compelia o novo Estado a elaborar um Código Criminal. Em decorrência, o Código Criminal do Império, de 1830. Ei-lo, no que aqui interessa:

“Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

§ 1º - Os menores de quatorze anos.

§ 2º - Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime.

§ 3º - Os que cometerem crimes violentados, por força ou por medo irresistíveis.

§ 4º - Os que cometerem crimes casualmente no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com tenção ordinária.”

José Henrique Pierangelli, que considera ter sido Tobias o maior penalista do Império, observa, ao tratar do Direito Penal brasileiro ao tempo da monarquia:

“O Código, como todos, não era perfeito, o que originou uma série de críticas, principalmente por parte de Tobias Barreto.”⁽¹²⁾

Em Menores e Loucos em Direito Criminal voltou-se Tobias para o art. 10 daquele diploma, que permaneceu vigente até 1891, quando ganhou eficácia o Código Penal de 1890, o primeiro dos republicanos. O passar dos dias não lhe desbotou a linguagem, nem os valiosos ensinamentos. Um dizer livre, certa dose de ironia e mesmo alguma porção de humor, tudo como lhe era próprio, fazem agradável a leitura do escrito.

O admirando professor do Recife afirma de começo ser necessário, para desenvolver sua análise,

¹¹ M.P. de Oliveira Teles, *in ob. cit.*, nota 5.

¹² PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

“... abrir luta franca e decidida com o *literalismo* estéril e anacrônico”.

E passa a elaborar, em relação ao tema enfrentado, estudo comparado entre o direito nacional brasileiro, o francês e o alemão. Em seguida faz aguda crítica à doutrina de Cesare Lombroso exposta em L'uomo delinquente. Discute a problemática do *dolo* e *culpa* e conclui que a hipótese do § 4º do art. 10 do Código de 1830 envolve

“uma negação categórica dos elementos do dolo em todas as suas espécies, chegando até além dos próprios limites da culpa, que o legislador não deixou subsistir, se não sob a forma da velha *culpa aquilia*, na disposição do art. 11 concernente à obrigação civil de indenizar o ofendido”.

A reedição do trabalho de Tobias Barreto – Menores e Loucos em Direito Criminal – é fato de enorme dimensão cultural e catalisador de novos estudos de Direito Penal.

Ministro *Fontes de Alencar*

MENORES E LOUCOS

OBRAS DO AUTOR

PUBLICADAS:

Ensaio e estudos de philosophia e critica, Recife 1875.

Brasilien wie es ist in literarischer Hinsicht betrachtet, Escada, 1875.

Ein offener Brief an die deutsche Presse, Escada, 1878.

Um discurso em mangas de camisa, Escada, 1879.

Fundamento do direito de punir, Escada, 1881.

Dias e Noites, poesias, Rio de Janeiro, 1881.

Mandato criminal, Recife, 1882.

Estudos allemães, Recife, 1883.

Menores e loucos em direito criminal, 2.º edição, Recife, 1886.

NOS PRELOS:

Discursos.

Questões Vigentes,

Commentario ao Codigo Criminal Brasileiro.

Lições de Litteratura Comparada.

Dr. Tobias Barretto

MENORES E LOUCOS

EM DIREITO CRIMINAL

Estudo sobre o Art. 10 do Código Criminal Brasileiro

SEGUIDO

DE UM APPENDICE SOBRE O FUNDAMENTO

DO

DIREITO DE PUNIR

SEGUNDA EDIÇÃO

CONSIDERAVELMENTE AUMENTADA

RECIFE

TYPOGRAPHIA CENTRAL

Rua do Imperador n. 73.

1886

ADVERTENCIA

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, alem de diversas modificações no texto primitivo.

E' assim que o § 4.º 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 inolvidavel 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.

Creemos 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 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.

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 juridicas propoem-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 responder-a. A sciencia social, como conjuncto 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 indução, 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

VIII

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 continuação 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 taes condições, não tem, não póde 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 gráo 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 noções 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 fórmula, que o represente.

A ligeireza desse movimento, que ao contrario do que se dá no mundo physico, onde a ligeireza 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 basêa 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 sophysticarias ».

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 accordo com as noções correntes da propria sociologia, que se fórma, 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.

« 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 differenciações que produzem as raças, trazem differenças 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 póde 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 acceita e re-

conhecida, 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 céu, 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 gráo 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 ensinios da experiencia, 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 póde garantir que para o futuro o conceito de um direito natural não será tão differente do hodierno, quanto este é diverso do romano?

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

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 pratica 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 Codigo Criminal brasileiro foi recebido directamente das mãos da nympha Egeria, já não é também tratar somente de sublinhar-lhe os innumerados 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 penaes, no sentido de dar-se-lhes uma feição mais accomodada ao estado da sciencia hodierna, o que convém fazer, porque é tambem o que resta, é tirar dos defeitos mesmos o melhor partido possivel, estudando-os e supprindo-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 admittre interpretação restrictivá. Não é facil descobrir a razão deste preceito. Os que repetem-no a todo proposito com o mesmo gráo 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

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

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 possui 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 mercê 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 lettra 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 pode 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 juridica. (3) Com effeito 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 lit-

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

(3) *Vorlesungen* — § 1 — 4.

teral. Assim viriamos a ter, não uma *sciencia do direito*, mas uma *sciencia da lei*, que podia dar o pão, porém, ao certo, não dava honra a ninguém. 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 materia, de que pretendo tratar, estão entretanto em intima relação com ella. Na analyse, que me propuz fazer, do art. 10 do nosso Codigo, tenho de abrir lucta franca e decidida com o *litteralismo* esteril e anachronico. Eu disse — *anachronico*, — e quasi que sinto-me tentado a riscar a palavra. Porquanto o litteralismo juridico-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 lettra tinha pouca importancia, o espirito era tudo. Não era só em materia civil, que elles estabeleciam distincção entre... *sententia legis e verba, sententia e scriptura* (Callistrato); entre *verborum figura e mens* (Javoleno); entre *verba e sententia edicti* (Ulpiano); entre *contextus verborum scripturae e mens* (Modestino); entre *verba legis e sententia* (Antonino), etc. Tambem na esphera criminal prevaleciam estas antitheses. 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 suppril-a? Tudo que vicem legis optinet, e dest'arte vale como fonte de direito, por isso tambem tudo aquillo que se forma por meio da in-*

terpretação dos juristas, cujo ponto de apoio, é a analogia.

Accresce uma circumstancia, 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.

E' só assim comprehendida que a sciencia do

(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 § 2.º do nosso Codigo, que considera aggravante a circumstancia de commetter-se o crime com *veneno*, *incendio* ou *inundação*. Dado um homicidio, por exemplo, em que o meio empregado não fosse nenhum dos tres mencionados, mas outro qualquer, ainda que differente, todavia de igual terribilidade e revelador do mesmo gráo de malvadeza, ao passo que entre nós o facto seria julgado um homicidio simples, os romanos, ao contrario, levados pelo *æquum et bonum*, applicar-lhe-hiam aquella circumstancia. Nada de mais razoavel. Morrer por força de uma materia explosiva, de um preparado *nitroglycero* 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 *análogophobos* litteralistas, os escrupulosos *sacerdotis juris*, não diriam a *missa*, por não encontrarem na *folhinha* o nome do defuncto.

direito criminal me parece capaz de merecer alguma atenção.

Voltemos ao nosso assumpto.

O art. 10 do Código encerra a questão, que elle tambem resolve a seu modo, da imputação criminal. Geralmente a psychologia, de que se servem os legisladores penaes 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 Código. Não sei se é um bem, ou um mal; nem eu pretendo elogiá-lo, 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: colloca-se contra a luz a nota de banco, antes de aceitá-la, e introduz-se o *galactometro* no leite, antes de bebê-lo; 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 aí! delles, se têm de responder a um examinador inexoravel, como David Strauss. Ensinou-se-nos, em tudo, a perguntar: *porque?* e não passa cousa alguma, que não tenha força para justificar-se diante desse — *quem vem lá?* — proferido pela sciencia.»

E' certo que tão longe não vão os meus escrúpulos; 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 do Código; e é facil verificá-lo. 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 caracteriza a tentativa; além da *má fé*, exigida pelo art. 3.º, e que ahí se dá como uma alliança 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 nessa 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 fabulam, de um lado, os metaphysicos do *espírito*, 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 allemães, 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 pratical-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 pratical-a, quer commissiva, quer

omissivamente (*libertas consilii*). E' o que resulta do proprio conceito da imputação.

« Imputar, diz Zachariæ, é julgar alguém auctor de um certo factó, isto é, julgar-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 dominio particular.

Já se vê que o Código 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. 3.º, 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 intenção não presuppõe necessariamente a liberdade de escolha entre caminhos differentes. Como forma da vontade, como desejo ou proposito deliberado de obrar, tambem não exclue a possibilidade da falta de livre arbitrio. Sobre este ponto, a lacuna do Código é incontestavel.

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 continúa 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 comprehender 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. »

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

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 dous circulos, que têm igual diametro? Sim, ou não. No caso negativo, o principio do Codigo é falso, ou pelo menos incompleto; no caso affirmativo, é o Codigo 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 suppõe, senão excepcional e rarissimamente, o conhecimento do mal e intenção de o praticar; não obstante, ha um augmento de criminalidade, que provoca e justifica o augmento da pena.

Não ficamos ahi. Costuma-se dizer, e é hoje ponto assentado, que o art. 3.º 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, comprehendidos 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. 3.º 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 repro-

duz, como se diz, a doutrina do art. 3.º que exige, como condições de imputabilidade, o conhecimento do mal e a intenção de o praticar, é difficil de comprehender a applicação deste principio á hypothese do § 3.º 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 presupposição de completa ausencia de *má fé*, segundo o Código definio-a; e é um erro, por consequente, affirmar cathegoricamente sem reserva e distincção alguma, que o principio do art. 3.º se acha especificado nas hypotheses do art. 10.

Já uma vez defini o direito : — a disciplina das forças sociaes, o principio da *selecção legal* na lucta pela existencia. De accordo com a philosophia monistica e com os dados da sciencia moderna, posso ainda defini-lo : 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? Enquanto, pois, os defensores da *pathologia criminal*, em cujas obras a sociedade inteira apparece como uma immensa *casa de orates*, em quanto esses

illustres — *savantissimi doctores, medicinae professores*, — como diria Molière, não descubrirem 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 commum.

Disto, felizmente, quero dizer, da necessidade da pena, estão ainda convencidos todos os legisladores. A pequena dose de verdade, que ha nas pretensões dos pathologos do crime, não chega, para desmanchar a impressão do que ellas têm de exagerado e erroneo. Os actos do homem não comportam de certo a imputabilidade absoluta que resulta do character 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 somente 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 nosso Codigo, no art. 10, não fez mais do que reconhecer uma velha verdade, consagrada pela historia em todos os periodos culturaes do direito penal. Commetteu, entretanto, além de outros, que serão apontados, um erro de methodo : — foi reunir em uma só cathogoria diversas classes de sujeitos irresponsaveis, que não se deixam reduzir a um denominador commum, isto é, a ausencia do que eu chamei *normalidade mental*. Em outros termos, o Codigo confundio a *imputatio juri* ou *imputabilitas*, cuja falta caracteriza os menores e os mente-captós, com a *imputatio facti*, que não se faz valer para com os mencionados nos §§ 3.º e 4.º do citado artigo.

Mas vamos ao ponto central da nossa analyse. Diz o Codigo : « Tambem não se julgarão criminosos : § 1.º os menores de quatorze annos ; § 2.º os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime ; § 3.º os que commetterem crimes violentados por força ou por medo irresistiveis ; § 4.º os que commetterem crimes casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, 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 Codigo seguiu o exemplo da maioria dos povos cultos, e fixou tambem a menoridade de quatorze annos, como razão peremptoria de escusa por qualquer acto delictuoso. Em termos technicos, o Codigo estabeleceu tambem, em favor de taes menores, a *presumptio juris et de jure* da sua immaturidade moral.

E', 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 pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espectáculo 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 acções. 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 madureza do entendimento, da força do livre arbitrio, segundo o numero dos annos de idade, illudir-se-ha constantemente... A experiencia diaria nos ensina que o desenvolvimento *psychico* apparece 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 pode offerecer uma segura medida da culpabilidade e de gráo da pena merecida. » (6)

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

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

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 somente para dar pasto a uma vingança.

Eu sei que mais de um caso grave passa despercebido, sob a protecção do § 1.º do art. 10, assim como é certo que não poucos maiores de quatorze annos são privados dessa protecção, quaddo elles se acham realmente em condições de merecel-a. Mas o remedio, em tal conjunctura, seria peor 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 Estado compõe-se de muitas provincias, differentes entre si, pelo gráo de desenvolvimento e de cultura espirital, 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 accomode 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 taes influencias possam produzir no desenvolvimento psychico dos individuos. E' razoavel, por tanto,

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

notar no Código este defeito: a taxaçoão legal da menoridade de quatorze annos para tornar irresponsavel a todo e qualquer que, no territorio brasileiro, 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 prova-veis 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 dezeseis 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 *discernement*, 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 factu delictuoso, ser entregue 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 ja 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,

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

s'il est décidé 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 succede, entre nós, pelo contrario, um pobre matutinho da mesma idade, cujo maior gráo 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 cultivava 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 paises, posteriores ao nosso Codigo, taxaram a idade legal abaixo mesmo de quatorze annos. Tambem é certo que com o nosso estão de accôrdo 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, *cœteris 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 exigil-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 utilisou-se dos Codigos precedentes, ainda é verdade que esse Codigo, no seu artigo ou paragrapho 55, consagra a immundade criminal da puericia, até os doze annos somente. Mas isto, com maioria de razão, não pode 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 Codigo, 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 grau intermediario 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 Codigo, entretanto, não conhece este facto, e se nelle apparece alguma cousa de piedoso para os delinquentes, que estão entre os quatorze e os dezeseite annos, esta compaixão não exclue a possibilidade de ser, por exemplo, um rapaz de quinze janeiros condemnado 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 admitido *cum grano salis*. — Porquanto, se esse direito tivesse sido a fonte, não precisava exclusiva, bastava preponderante, do Codigo brasileiro, em tal materia, é mui provavel 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, de cujos escriptos foram compiladas as Pandectas, considerava-se menino a todo

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

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 presuppção de lhes faltar o *intellectus rei*, e como taes não podiam ser punidos. (L. 12 D. *ad legem Cornelianam de siccariis et veneficis*, 48, 8; L. 23 D. *de furtis*, 47, 2; L. 5 § 2 D. *ad legem Aquilianam*, 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 cathogorias: — a dos *infantiae proximi* e a dos *pubertati proximi*. Aquelles podiam ser julgados, conforme os casos, somente *culpæ*, não *doli capaces*; estes, ao contrario, no que tocava á imputação e á pena infligivel ás suas accções criminosas, eram medidos mais pela bitola juridica dos adultos do que pela das crianças.

Esta differença entre as duas cathogorias foi marcada por Averanius nos seguintes termos: « *infantiae proximus a proximo pubertati distinguitur non tam ætate, 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 somente o velho computo da idade exigida para começo da verdadeira *imputatio juris*. Puro espirito de sequacidade, sem reflexão 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 æqui*. Porquanto, a não ser isso, teriamos hoje, na scena juridica, muito espectaculo 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 accôrdo com o professor Guido Padelleti, estender-se até o 7.º 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 *nudex*. 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 *cousu significada*; exprimiam com toda a lhañeza 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 procesual 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 sig-

naes 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 Código. — *Quando tutores...* (5,60), (10) nos seguintes termos : « *Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes, jubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagatone corporis inhonesta cessante.* » — Daqui resultá, 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 destes 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 diverso. Da mesma forma, 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 nutrir-nos dos ossos cahidos da mesa

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

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 papéis 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 *impubere*, com os seus dous proximos derivados, segundo a significação primitiva, e medidas pelo padrão da moralidade moderna, são altamente indecentes. Não ha nisto uma ridiculá incoherencia?

Mas é o effeito do *inconsciente* nas linguas, e nos espiritos tambem. Passemos adiante.

Suscita-se ainda, a proposito de menores, uma questão importante: por que razão o Codigo, determinando a idade, em que começa a imputação criminal, não estabeleceu differença entre o homem e a mulher? Que motivos de ordem moral ou politica o levaram a igualar os dous sexos, sob o ponto de vista juridico-penal, quando elles são tão desiguaes 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 assignalam-nas como fracas e incapazes de consultar os seus proprios interesses, e dest'arte, ou as mantêm 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 presuppôr que se tem reconhecido uma differença fundada na organisação physica e psychica dos mesmos sexos. Mas isto posto, é tambem o cumulo da inconsequencia e da injustiça não reconhecer igual differença 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 somente, 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.

*Honora as mulheres; ellas trançam e tecem
um cêo de rosas no igitur mundano.*

Porém o facto de achar-se o Código brasileiro 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, *consólo 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 um.a especie de *tenor emerito*, contudo 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 foeminarum 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 civilização 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 admittindo que a mulher fosse além do circulo da familia, attendeu 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 resolvel-a? Provavelmente instituindo uma nova especie de *noivado mystico* e fazendo do prostíbulo 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 solemnídades, volta a ser no dia seguinte, na opinião dos mesmos *peritos*, uma criança permanente, que não pode ter completa autonomia, que não deve ser abandonada a si mesma!... Que quer dizer isto? Como se explica e justifica esta falta de coherencia 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 organização do amor*. Ainda não é tambem, nem ha de ser tão cêdo o que Lorenz Stein e Hartmann pretendem que ella seja: — *a organização do trabalho*. Diante, porém, de semelhantes factos, creio ter descoberto o verdadeiro predicado: — a sociedade é simplesmente *a organização 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 caracteriza 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, attribuindo um valor juridico especial ao sexo feminino. Mas esta observação não quer dizer que o julgue desculpavel pela falta commum. A inconsequencia e a injustiça permanecem as mesmas. Verdade é que o Codigo, em algumas de suas disposições, dá testemunho de uma certa galanteria, que o legislador quiz fazer ao bello sexo. Assim, por exemplo, conferio-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 circumstancia ponderavel na apreciação do crime. A má fé criminosa presuppõe a consciencia da lei; mas esta consciencia nunca se encontra nas mulheres no mesmo gráo em que se encontra nos homens. Já tem sido mesmo por vezes indicado como um traço característico da mulher o mostrar ella pouco interesse pelos negocios publicos; ao que accresce que, por sua educação, pela exclusão de toda e qualquer ingerencia na politica, ella tem sido prohibida de chegar a um determinado conhecimento do direito. Que admira, pois, perguntava Hippel, um fanatico *emancipacionista* allemão do começo do seculo, que admira, se em taes condições as mulheres seguem a lei, como as freiras cantam o *psalterio*, e se debaixo das mais sérias prescripções do Estado ellas descobrem sempre uma *folia* do ridiculo, interpretando a seu modo aquillo em que aliás se exige cega obediencia? E bem antes d'elle, Schumann 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 negocios da vida civil, e todavia as suas acções publicas devem ser julgadas segundo as leis civis! » (11) E' o desproposito multiplicado pela iniquidade.

Não dissimulo, nem preciso dissimular que a mulher, a despeito mesmo da sua inerte funcção honorífica de *rainha de baile*, ou de rainha consti-

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

tucional á la Thiers, que reina soamente, 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 peor 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 verdade triavialissima 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 commum 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 Juliam 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 Honório, pela const. 5 do Cod. *ad legem Juliam 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 *infirmidade 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 canônico encerra idéas mais razoaveis a tal respeito. Nelle se lê, a proposito do homicidio, entre outras cousas, o seguinte: « plenius nosti, quod in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti, sed ætas, scientia, *sexus*, atque conditio delinquentibus sunt attendenda. (12)

Oppor-se-me-ha talvez que o Codigo brasileiro não se mostrou de todo indifferente a esta ordem de considerações, pois que desprezou a *taxa civil* de doze annos, marcada para a puberdade feminina, e na fixação da menoridade irresponsavel 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 mister espaçar um pouco mais o seu ponto de partida. Subscrevo, neste sentido, a opinião de Spangenberg, Besserer, e outros criminalistas notaveis. O celebre Carmignani chegou mesmo a exigir que, em questões penaes, o sexo feminino, por si só, equivallesse sempre á menoridade. (13) E o grande sabio italiano não era um galanteador.

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

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

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 romantico. As naturezas poeticas, que aliás não se caracterizam somente pelo talento de versificar, têm alguma cousa de semelhante aos meninos de ama : assim como estes fazem de todos os objectos objecto de comida, levando-os á bocca, 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 tra-

balho, 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 idéaes, 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 despreoccupada 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 carreteiros 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 justeza destas considerações. A theoria da imputação criminal assenta em dados psychologicos. Nós não temos ainda, no dominio scientifico, um conjuncto 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 systema de igual natureza, posto que de ambito mais restricto, que tambem poderia ter o seu nome tecnico 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 espirital, a *subjectividade* feminina, autorisa-nos a induzir que alli as flôres abrem cantando, as aves brilham como estrellas, e as estrellas dei-

xam-se colher como flôres. O que no homem é passageiro e occasional, o predomínio da paixão, na mulher é permanente, constitue a sua propria essencia. A roupa de festa das grandes emoções, dos sentimentos elevados, 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 gráo de imputabilidade pode 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 carnivoro, expõe-se loucamente aos dentes da féra, 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 lêr 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 abandonando-se ao seu querido, arrastada pela omnipotencia do amor, é victima de uma infidelidade, de repente enlonguece 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 primeiro caso, diminue a compaixão ; no segundo, desapparece a om-

nipotencia do deus, o único 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 appareceria, 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 dellas 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 dezeseite annos é um ente fragilissimo, e tão fragil, que não pode, rôla innocente, 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 dezeseite 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 lo-

gica foi satisfeita pelo reconhecimento da menoridade como atenuante capaz, por si só, de baixar a pena ao gráo da complicitade. Isto não basta; pois se isto não torna impossivel, como eu já disse, o facto revoltante de um joven de quinze annos ser condemnado 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 gráo 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 reduzi-lo 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 *muito*, não é possível inscrever no circulo da disposição do § 2.º do art. 10 todos os casos de perturbação de espirito, 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 nssso 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 systema de direito, que conhecemos, é tambem aquelle em que o character *casuistico* se mostra em mais alta escala. Refiro-me ao direito romano, que sem esse character, sem a riqueza dos detalhes e a variedade das hypotheses, não teria jámais 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 systema 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 theórica do *verdadeiro*, mas a medida pratica 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 opponha 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 consequente deve ser *melhorada*. Reflectida ou irreflectidamente expresso, esse juizo encerra sempre uma censura.

E' o que succede 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 despropositos. Se é perdoavel a um escriptor brasileiro de 1830, mesmo porque actualmente ninguem mais o lê, o acanhado das suas idéas, a estreiteza do seu horizonte, outro tanto não pode 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 somente 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 máos resultados das suas lacunas? Limito-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 suppor 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 commum. Mas tambem, por sua vez, a loucura assume uma feição especifica, em relação ao conceito superior da incapacidade psychologica de delinquir 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 apparecer perturbações dos mais altos processos espirituaes, poa 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 effeito 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 extinctas, além do que diz respeito á idade infantil, de que já tratamos, pelos seguintes factos: 1.º as paralyações do desenvolvimento e as degenerações, que apparecem 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 atingido o desenvolvimento normal vêm alterar os processos psychicos (*perturbações do espirito, doenças mentaes*); 3.º os desarranjos passageiros da actividade psychica, em virtude de uma offensa, tambem passageira, das funcções cerebraes (*somnambulismo, delirios febris, intoxicação alcoolica, psychoses transitorias*).

Esta classificação, que me é fornecida por Krafft-Ebing, e que me parece aceitavel, 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 Ccdigos penaes, 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 vistas dos escriptores. Klose foi um dos primeiros a opinar que, emquanto 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) Mit-termaier, porém, declarou-se contra a articulação de uma these ou principio geral, exigindo nos Códigos uma designação das doenças, que supprimem, segundo o seu proprio modo de exprimir, a *libertas judicii 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 tinham na

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

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

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 *zymosis* 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 condemnação de alienados, tidos em conta de espiritos normaes, e não menos injusta absolvição de verdadeiros facinoras, tomados por insensatos. Mas isso será possível? Talvez que não; e esta impossibilidade, que se levanta em terreno commum aos juristas e aos medicos, provém menos do lado do direito do que do lado da medicina. A proposição pode causar uma certa estranheza, porém, não deixa de ser veridica. Na falta de outras provas, bastaria lembrar o seguinte factó: ainda hoje os alienistas e psychiatras não estão de accôrdo sobre o modo exacto de denominar as molestias mentaes,

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

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

determinar o seu conceito e sujeital-as a uma classificação. Cada autor apresenta a sua maneira de vêr, que pode ser mais ou menos aceitavel, mas não é definitiva. No emprego mesmo das palavras já domina a maior diversidade. Assim por exemplo, os francezes 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 alle-mães a synonymia da doudice: — *Wahnsinn, Ver-rücktheit, Geistesverwirrung, Geisteszerrüttung, Geisteskrankheit, Verfinsterung der Psyche, Narrheit, Unsinnigkeit, Gemüthskrankheit, Irrsein, Irrsinnigkeit, Seelenstörung, 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 parecidô 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 cincoentas gravatas, sempre uma, que melhor lhe fica, da mesma forma succede com o pensamento. A riqueza dos synonymos não o inibe 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 com offesa primitiva del'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 psiquiatria, do mesmo modo que a chimica, na opinião de Wurtz, podia chamar-se uma sciencia franceza, era criação do grande Pinel. (19) Não ha mister de refutar aqui nem um, nem outro disparate, que aliás é, não direi desculpavel, mas explicavel pela natureza do publico a quem ambos os autores se dirigiam. Quem faz um

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

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

ro, quer ter leitores, e em França corre perigo de passar despercebido 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 tecnologia medical, possuisse a palavra — *psychiatrie*, — já existiam na Allemanha livros, jornaes e revistas de character 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 Allemanhã, e o segundo á Italia.

Como é facil, pois, de comprehender, 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 livre de muito atavio superfluo, tornou-se comtudo mais complexo, poderá 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 Codigos penaes 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 merito que, nesse ponto, se lhe deve reconhecer, desce quasi até zéro, diante de uma outra consideração. E' que elle não elevou-se a um principio supremo, a um principio tal, que abranja todos os casos possiveis 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 irresponsaveis 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 comtudo uma certa vontade de corrigil-o e melhora-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 pode 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 *inafiançaveis*, — sem fazer carga disto, limito-me a dizer que a disposição do nosso Codigo, relativa aos loucos, é ainda uma prova da infelicidade alludida.

O Codigo francez, em seu art. 64, determina que não ha crime nem delicto, quando o accusado, *était 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 coisa 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 accôrdo 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, caractérisée par l'affaiblissement de la sensibilité, de l'intelligence et de la volonté. Mas isto á parte, resta incontestavel que o Codigo francez ficou adiante do nosso, pela simples declaração — *au moment de l'action*, — que pode 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 art. 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 générale, dictée par un haut sens philosophique*. (20) Concebo na especie coisa mais generosa e muito mais philosophica. Porém creio que o nosso Codigo 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 differença do tempo, o Codigo italiano, cujo art. 59 repete a idéa do *Code Pénal*, mas amplificando-a, nos seguintes termos — « Non é imputabile di reato colui che, nel momento in cui com-

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

mise il fatto, era in stato di follia o per qualunque causa non aveva la consciencia 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-titulo : — *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 Codigo penal da Allemanha. Convem inteirar o leitor do que este Codigo encerra, no ponto em questão, para tornar bem comprehensivel o despropósito 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 espirital, que excluia o seu livre arbitrio. »

O illustre *procureur de la république*, citando este artigo, que elle erradamente colloca sob o nu-

(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 Geistthaetigkeit befand, durch welchen seine freie Willens bestimmung ausgeschlossen war.*

mero 54, não aceita a opinião dos que o acham superior ao seu correspondente no *Code Pénal* e mais nos Codigos 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 comprehendêr que este Sr. Lanfranc deixe de ser o primeiro a sentir o disparatado da sua lembrança. Mas não ha remedio. Quando se trata da Allemanha, todo o bom francez é soldado, que deve servir á patria, e na falta de cartuchos, encher logo a *patrona*, até de asneiras. Eis ahi uma dellas.

Com effeito, todo o mundo está de accordo, inclusive francezes mesmos, que a disposição do Codigo da Allemanha é muito mais ampla; que as expressões *Bewusstlosigkeit* e *krankhafte Störung 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 têm 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

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

Allemanha é a Allemanha. Ponto. Para que melhor razão, se esta é de tanto peso?...

Mas Lanfranc tem muito *espírito* 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 fora 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. Difficilmente 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 anômalos indicados), *porque* essas leis tiveram o cuidado de assimilar á alienação mental os casos, em que o *agente é constrangido por uma força, á que elle não pode resistir*. Ora, é preciso não desconhecer o alcance destas expressões, que correspondem perfeitamente, segundo a nossa opinião, a idéa desenvolvida no fim do texto allemão citado. »

Segundo a sua opinião, — vá que seja. Mas isto não salva do 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 pode resistir*, ninguem dirá sériamente que ellas entrem com o mesmo gráo de justeza e evidencia. Que o somnambulo não tem consciencia dos seus actos, durante o acesso 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 *accommettimento* da *nevrose* ou *psychose*, ou como melhor nome tenha em medicina, isto é, não pode deixar de *somnambular*. Imagine-mos 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 innocente, applicar 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 espirital. A allegação de força irresistivel só pode 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 Codigo francez é superior ao seu paralelo do Codigo 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 Codigo 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 comprehendere regularmente *somnambulos, ebrios, epilepticos*, etc., postos em conflicto com as leis penaes, sem precisar lançar mão do *expediente* da força irresistivel. Entretanto, o Sr. 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 résister*, que é mais limitado ainda! Estes criticos francezes!...

Mas importa confessar: Se no ponto que nos occupa, o *Code Pénal* é visivelmente inferior ao Codigo allemão, não ha duvida 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 cômpreenda a totalidade dellas, a escolha não deve ser duvidosa, ao menos no estado actual da sciencia psychiatrica; o ultimo é preferivel. O nosso Codigo, 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-os 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 oraculos 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 pretensão. 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 acceitavel, 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 factio criminoso, estava na posse de sua razão natural, é toda psychologica, e a *medicina forensis*, que se julga autorisada a resolvel-a, 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 alçada 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 accção *finium regundorum* entre as duas sciencias ainda não se deu a ultima decisão. A idéa de Kant era sem duvida uma extravagancia; mas a de Metzger envolvia porventura uma verdade reconhecida e acceita pela classe medical inteira? Não de certo. E a prova é que de então para cá, nem todos os medicos têm sabido

(23) *Antropologie* — § 41.

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

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 antiqualha na Allemanha, a questão surgio 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 pretensão dos seus collegas, merece ser citada: « Si la loi veut, diz elle, que les medécons 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 medécons en pareille matière. De bonne foi, il n'est aucun homme d'un jugement sain, qui n'y soit aussi competent que M. Pinel ou M. Esquirol, et qui n'ait encore sur eux l'avantage d'être étranger á toute prévention scientifique. Par malheur, les medécons ont pris au 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 pode ser mais decisivo. Coste encontrou um defensor ardente no advogado Régnault, que chamou as palavras citadas: - un passage plein de force et de verité.

Em sua obra — *Du degré de compétence des medécons dans les questions judiciaires relatives aux alienations mentales* (1828), Régnault permittio-se carregar as tintas do quadro, e fêl-o sem duvida com alguma graça. Mas logo depois (1832) appareceu 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 penaes, bem como as civis, ainda não estão, em geral, em completo accôrdo com este modo de ver. O nosso Codigo, 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 commettido 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*, aparentemente 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 Código ; porém o juiz póde ser Pierrot ou Arlequim ; logo é... « conforme parecer mais conveniente a Arlequim ou a Pierrót. »

É' um ponto este bem digno de attenção. Por minha parte, não duvidaria, em relação ao Brazil, exprimir o mesmo voto que ha cincoentá 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*, poderamos 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 oficialmente 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 póde ser irrealisavel ; mas não dir-se-ha que seja producto de um preconceito de classe ; ella não se filia em nenhum dos idolos *baconianos*. (26) E ninguem contestará que a sua realisação traria grandes proventos.

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

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

IX

A minha opinião está assentada: — aos médicos, e só aos médicos, 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* magistralmente 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 exaggeração, 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 póde applicar as palavras de Ezequiel, fallando daquelle volume que Deus lhe dá para devorar: — *Et comedi illud; et factum est in ore meo sicut mel dulce*. Eu tambem a devorei. A celebridade do livro e o renome do seu autor, unidos á circumstancia de occupar-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 effeito, qualquer que seja a admiração que se sintá diante dos thesouros de saber accumulados na obra mencionada, não se póde 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 licito dizê-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 sõe usar a technologia medical.

Ninguem, mais do que eu, está sempre disposto a reformar, a abandonar mesmo, como imprestaveis, as opiniões mais queridas, quando recae sobre ellas qualquer suspeita de erro. Porém quero vêr razões que me convençam. Não sõe 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 logica, operando sobre dados empiricos e podendo fazê-los decuplamente render. Mas não admitto de bom grado que, em nome desta ou daquela sciencia,

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

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, — apressome em declara-lo, não está de perfeito accordo 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 fórma 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, còmtudo, 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 disparatado Maudsley, a quem Lombroso podéra chamar com mais razão do que Tyn-dall chamou a Buchner — *one of the weaker brethren*.

Mas isto é quasi tudo que se lhe póde 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 presuppisição de que elles nos edificam, em vez de incomodar-nos com querélas dogmaticas, a paz que se deve aos sabios, ainda que sejam da robustez de um Lombroso, não é menos condicional, não está menos subordinada ao presuppuesto de não nos darem elles a tragar hypotheses e conjecturas, que nada resolvem, que nada esclarecem.

E não convem que o leitor fique talvez em duvida sobre um ponto que julgo capital. Não faço mysterio da minha fé philosophica: — eu sou ma-

terialista, no bom sentido da palavra. Não me insurjo nem mesmo contra a tentativa de fazer-se da chamada *sciencia da alma* um compartimento da *metéorologia*. « O homem é o que elle come » — disse o auctor de *Kraft und Stoff* — ; e não hesito em glossar : — o homem é todo feito á imagem e semelhança, não de Deus, porém da natureza, isto é, do céu 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 acoiar tudo aquillo que não sabe ao pão quotidiano das idéas e palavras corriqueiras; — isto não é poesia, é pura realidade.

O gráo 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 fôsem os encantos da bella filha dos Lagides, aquellá 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 ja disse anteriormente, na feição do mundo romano. Sem a belleza, 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 appareceu 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 atmosphaera 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, aparentemente proficuas, mas no fundo estereis, incapazes de generalisação, irreductiveis a uma lei. Em ultima analyse, admira se o talento, a perspicacia, a paciencia do autor, mas o proveito que se auferê, 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 salutarés 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 dominio da criminalidade; é uma das formas da *pertinacia no vicio*, no *erro em geral*, que é *caracteristica da natureza humana*. Que raros, que rarissimos são os homens, que possam gabar-se de terem commettido este ou aquelle erro, praticado este ou aquelle vicio, uma só vez na vida, é uma verdade de vulgar alcance. Os chamados ensinos da experiencia, da qual já se disse que tem uma escola, onde as licções custam caro, são uma especie de *repetitions écrites*, que foram expostas aos

nossos avós, e não 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 penaes, os recidivos no vicio attestam 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 desaparece 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 condemnações, ainda vai commetter um furto, é de certo um phenomeno inexplicavel; mas, sê-lo ha menos o moço libidinoso, que á despeito de todos os seus achaques syphiliticos, successiva e cumulativamente adquiridos, ainda ousa transpôr a porta do lupanar?

O homicida recidivo e incorrigivel, 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 blenorrhœas, ou os seus trinta cancos venereos, que lhe estragaram a saúde, que o envelheceram precocemente, sem mostrar-se alias arrependido, nem corrigido pela experiencia? Prova isto entretanto alguma cousa contra a moral e a hygiene? Certamente nada. Tão pouco pode a reincidencia dos criminosos servir de prova contra os systemas de penalidade juridica.

Lombroso propõe a substituição da cadeiá 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 autor nos tenha proposto somente uma questão de palavras, e entre *cadeia* e *hospital de criminosos* não se estabeleça distincção notavel. Mas isto está em desaccôrdo com as suas pretensões de fundador de uma nova escola, que de dia em dia, segundo elle crê, augmenta de discipulos 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 individuos investidos de uma profissão determindada 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 emfim 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 ressen-te-se deste defeito. Nella se nota que o psychiatra quer des-thronar o jurista, a psychiatria quer tornar dispensavel o direito penal. O autor, — 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

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

pena. No caso contrario, a obra seria até destituida de senso.

Entretanto, e á despeito de serios esforços, o autor não attingio o seu alvo. Na especie de *devassa* que abriu contra todos os systemas de pratica penal, chamando á depôr um grande numero de testemunhas competentes e incompetentes, Lombroso acaba por ter razão somente 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 fora de questão; a lucta das opiniões só é possível dentro dos limites da imputabilidade relativa, e ahi, somente ahi, a cousa toma um outro aspecto. Se é certo que o delicto, como factó 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, maxime 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

(29) Aproveito esta occasião para exprimir francamente o meu juizo á respeito do celebre discipulo de Carmignani, autor do *Programma del corso di diritto criminale*. Não pertenco 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 appareceu fóra de tempo, devia ter surgido em epocha de poder ser frade e escrever uma *Summa totius theologiæ*. E' uma esteril abundancia, que já difficilmente se tolera nos dias hodiernos. em que até a telegraphia, como pensa August Lehman, nos ordena e ensina á ser concisos. Os moços academicos não se illudam: — Carrara é um penalista metaphysico da peor especie.

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 attestar 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 confestar o fundo de verdade que ha nas apreciações do sabio italiano, não é possivel, contudo, acceder a todos os seus propositos. O máo caracter da letra de um Cartouche ou de um Vidocq póde servir para juntar-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 qualidade psychica é mui difficil crer que signifi que 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 tornar-se defeitos de character (30). Um homem, por exemplo, que tem a bocca cheia de lingua, parece-me inadmissivel 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* — lembrava o canto das aves; que ella cochichava o — *ch* — como uma caricia, e... la manière dont elle attaquit les — *t* — accusait le despotisme du cœur. Em tudo isto póde haver exagero de romancista, mas tambem em tudo isto ha uma boa dóse de justa observação. De todos os caminhos que 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 póde affirmar que a *calligraphia é a mulher*. Invertendo o celebre dito de um antigo grego, é a ella que bem se póde dizer: — *escreve para que eu te veja*. Quem tivesse a felicidade de reunir autographos femininos em numero crescido, como Lombroso reuniu 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 lettra, é dubitavel que o revele em outra qualquer cousa, e com a falta de senso artistico, em o sentido elevado da palavra, emparelha-se quasi

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

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 sobrançeria, que dá do seu espirito vantajoso testemunho.

Eis ahí 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 Código trata, em terceiro lugar, dos que commettem crimes, *violentados por força ou por medo irresistiveis*, 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 irresistiveis, 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 *ph*ysica e a coacção *psychica*. Esta falta que se nota no artigo 4 do Código, quando falla dos que constroem alguem a commetter crimes, eu já disse algúres que não me parecia de alta monta, concordando até em da-la como supprida pela disposição do § 3.º do artigo 10, posto que me inclinasse a crer que ahi mesmo o Código teve mais em mira o constrangimento *psychico*, pela summa raridade da coacção mecânica. (31) Permaneço na mesma opinião. O § 3.º 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 muitas vezes se póde commetter acções

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

de character 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 circumstancias, 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 commum. 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 perpetrção de um crime *ordenado*. será de todo gratuita?

Julgo difficil affirma-lo. Seja, porém, como fôr, indubitavel é que no quadro dos delictos commetidos 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 complice de um ladrão, por não risistir 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 tam-

bem aquelle que, ao entrar descuidosamente 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 succedido, 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 § 2.º 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 póde ser em caso algum invocada como força irresistivel, o homem que pratica o crime da nossa hypothese, só tem em seu favor a circumstancia atenuante do art. 18 § 4.º. A idéa da legitima defosa 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 adúltero nas condições presuppostas pelo § 7.º 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 póde constantemente desmentir a theoria, mas a theoria só póde ser essa, que é a unica verdadeira, desde que não se permita dar ao § 3.º do artigo 10 mais larga comprehensão.

Eu bem sei quanto a idéa de *força irresistivel*, applicada ao mundo moral, scandaliza certos espiritos, pelas muitas exquisites dos penalistas hu-

manitarios, ou *penalisti romanzieri*, como Lombroso os qualifica. E' difficil, 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 qualidade 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 gráo 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 Ceresá, agrihoado 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 arrebatava o criminoso, é da mesma natureza da que arrebatava 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 tollice; mas é sempre um factio 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 desaparece a liberdade, nestes, ao contrario, presuppõe-se que o individuo obrou livremente; e por isso é que não fica fóra da *imputatio facti*. Entretanto, se é assim tão evidente a differença conceitual, - no terreno da pratica, 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 aprecia-los; não assim os do art. 14, cujo conhecimento pertence ao jury.

XI

Passamos agora à tratar da materia contida no § 4.º. E' ainda um dos motivos de irresponsabilidade criminal, por não ser possível a *imputatio facti*. O Codigo diz que também não são criminosos.. « os que commetterem crimes casualmente, na pratica de um acto licito, feito com a tenção 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 cathogorias 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 nexa de causalidade entre o sujeito agente e o resultado da sua acção.

Mas este nexa causal da vontade humana com os efeitos que ella produz, tem um caracter especifico e distincto das causas e efeitos 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 indifferente para o nexa causal,

pois que não ha mudança alguma no encadeiamento 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, cu *vice-versa*. Ainda é certo que a *culpa* e o *dolo* podem invadir a esphera do nexu causal, porém não determinam a existencia d'elle, como diz von Buri, para quem a vontade capaz de imputação nada mais tem que ver com esse nexu, se não que della depende a questão de saber, se um homem deve ser juridicamente responsabilizado 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 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 atraz d'elle, razão pela qual repousa no primeiro a maior, por que completa responsabilidade, as acções puniveis di-

(32) *Ueber Causalitaet* — pag. 2.

videm-se logicamente em acções *dolosas*, isto é, aquellas que so 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 porem o procedimento culposo, é bastante ás mais das vezes a indemnisação juridico-privada.

Os dois conceitos de *dolo* e *culpa* ainda aqui precisam de uma explanação. Entende-se por *dolus* a volição que se dirige á uma offensa do direito, conhecida como tal. Para que se possa admittir um *dolo*, deve pois existir alem da vontade irrigida 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. Destarte, 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 presupposto em ambas as relações, ou em qualquer dellas. E'ahi justamente que consiste a differença 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 presupposto só raras vezes pode ter como consequencia desnaturar o *dolo* e reduzi-lo ao gráo 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 § 4.º do artigo 10 do Codigo, a qual envolve 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 indemnisar o offendido.

No § 4.º se acha estabelecida uma exigencia triplice: — 1.º que o crime seja commettido *casualmente*; 2.º que tenha sido no exercicio ou pratica de qualquer acto *licito*; 3.º 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 accordo 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, o sê-lo-hia ainda mais, se a ideia da *coincidencia* se applicasse á successão dos factos com o mesmo gráo de clareza, com que se applica á sua simultaneidade. Mas o certo é que, se realmente pode 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 phenomeno natural, nenhuma relação entre os phenomenos possa haver, sem uma lei que os determine, sem uma causa que os produza. Esta asserção, — 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 somente 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 *systema* 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 § 4.º 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 indispensavel para subtrahi-la de todo ao imperio do direito. A qualidade de involuntario, attribuida 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 necessarios de qualquer acto, com os quaes o agente tem o dever de contar, e os resultados meramente possiveis, que são sempre tangentes á periphéria da mais vasta, da mais comprehensiva previdencia do homem, existem os verosimeis, os mais ou menos provaveis, que confor-

me a sua maior aproximação de um dos dous extremos, ou entram nos limites da imputabilidade, ou desaparecem na sombra da completa falta de imputação.

Convém entretanto ponderar que os resultados necessarios não são todos de uma necessidade fatal, inevitavel. 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 victima; certeza esta, que não é simplesmente subjectiva, mas baseada na infallibilidade de uma lei da natureza.

Não assim porém aquelle que dispara contra alguem uma arma de fogo, no intuito mesmo de mata-lo. As causas perturbadoras da acção e direcção do projectil são aqui em maior numero, do que no facto da primeira hypothese. Verificando-se a morte, é um resultado necessario, 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 daquella 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 aquellos mesmos que em relação á outros mais accidentaes podem chamar-se absolutamente necessarios, impõem ao sujeito a obrigação de presuppô-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 effeito da acção praticada.

Para illustrar o assumpto, figuremos o seguinte caso. Um homem inculto, de má educação religio-

sa, que cré 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 mortifero; e se alguma tristeza o invade, é somente 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 tólo tomba por terra perfeitamente morto.

Eis aqui um daquelles effeitos, de character 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 oppôsta ao resultado obtido. Conforme as circumstancias, conforme os presupostos psychologicos e sociaes de um factô 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 bonzoõs, 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 autorização das proprias leis; — um tal individuo não poderia, não deveria ser responsabilizado, em gráo nenhum, por actos commettidos com toda boa fé, sob o impulso de motivos bebidos na fonte commum 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 doCodigo. 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 funcção religiosa, e como tal não pode 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 acção e os simplesmente possiveis, existem os verosimeis, os mais ou menos provaveis, que de ordinario estão inscriptos no circulo das nossas previsões. Isto porem 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. Ja 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. Destarte ella indica que a verdade subjectiva, ô 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 convicção, 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 pode 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 somente 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 forma 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*, suppondo-lhe mesmo a consciencia de que fosse possivel o contrario.

A' não ser assim, não poderíamos jamais fallar de *previsão* e *esperança*, pois que a possibilidade objectiva do contrario nunca é excluida pela cer-

teza subjectiva, excepto quando se trata do puro causalismo da natureza, e nós devemos presuppor 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 tranquillisar a sua consciencia com esta phantastica ideia.

Em uma palavra: verosimilhança é necessidade subjectiva; e quando se falla da necessidade de *acontecimentos* 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 atinja, 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 gráo daquella? Mas uma differença de gráo não pode formar um limite. Não podemos pois admittir nem se quer gráos de verosimilhança. Assim, no exemplo figurado, ou o atirador *crê* que ha de attingir o homem, e então este facto é para elle vorosimil, isto é, subjectivamente certo; ou não *crê*, — o que aliás só é concebivei, dadas certas circumstancias particulares, — e então o facto se lhe mostra inverosimil, isto é, subjectivamente impossivel, (33)

Não ha differença 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 facil-

(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.

mente pode ser alcançado. E' ainda innegavel 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 percepção, 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 pode, por um lado, repellir o *dezejado* e ainda por outro lado consentir naquillo que *não se dezeja*. Não se concebe *consentimento* sem voluntariedade.

Certamente ninguem pretenderá de todo e qualquer individuo, que se tenha embriagado, que elle *quiz* embriagar-se ; mas se foi advertido, e podia prever 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 ahi 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. É 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 afirmar que elle viu, por assim dizer, ao lado do alvo que-

rido, ainda que licito, o resultado malefico, e insis-
tindo 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 *possibili-
dade* de um effeito pernicioso, submete-se ás con-
sequencias do seu acto, se succeder que o *possivel*
se converta em *real*.

Não obstante, casos desta ordem, é mais cum-
mum incorporarem-se á categoria da *culpa*; elles
formam mesmo o caracteristico daquella especie,
que Feuerbach designou por *culpa aus Fahrlaes-
sigkeit*, isto é, por *negligencia*. Mas refletindo-se
bem, — onde está a differença 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 resul-
tado 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, secu-
turam 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 Net-
telbladt e Puettmann, por uma louvavel contradic-
ção, exprimiu-se deste modo: — « Quem sabe que
se expõe ao perigo de realisar uma illegalidade ob-
jectiva, quem ao menos sabe que não está certo do
contrario, não tem somente *culpa*, mas *dolo*. »--(34)

Tudo isto conduz á reforçar a ideia de que não
ha differença apreciavel entre necessidade e vero-
similhança. A distincção de resultados *necessarios*
e resultados *verosimeis* é mais philosophica do que
juridica. Repetindo o exemplo já figurado: — de

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

dois homicidas, um dos quaes precipitou a sua victima do alto de uma torre sobre um lagedo de marmore, e o outro deu cabo da sua por meio de uma bala, o segundo não é menos criminoso que o primeiro, ainda que o resultado por elle visado e conseguido não fosse 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 realisado, 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 asumpto. Como já vimos, o Codigo sujeitou á tres condições a hypothese de irresponsabilidade criminal, estabelecida no § 4.º, 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 licito 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 pode comprehender 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 acção 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 intuição 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 circumstancia attenuante do § 1.º do art. 18.

Dois extremos, igualmente erroneos, cujos maus efeitos se fizeram sentir em mais de uma condemnação 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 *dólo*, que se acha explanada no art. 3, era a base de toda a criminalidade. O legislador, é certo, não foi sempre fiel á este principio. Na parte especial, e no que toca a differenciação morphologica dos crimes, elle suppoz factos, que não eram nem são possiveis, sem que ao *dólo* se associe, como ingrediente moral do delicto, um outro elemento, uma outra forma da vontade criminosa.

Mas ahí 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 comprehendido todo o alcance do § 4.º do art. 10. Com effeito, achando-se ahí estabelecido que não são criminosos os que commetterem crimes *casualmente*, na

prática 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 § 4.º, 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 omisção 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 juridico 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 juridico attribuido aos que tem como causa unica, ou ao menos preponderante, a livre vontade humana (35).

O Codigo commettera o erro de não admittir entre o *dolus* e o *casus* nenhum termo medio; para elle o casual devia sempre ser caracterizado pelas duas mencionadas circumstancias. O que não se accomodava á este molde, era um crime de feição

(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 *espiriturista atrasado*. Com licença dos escriptores da *revista de philosophia scientifica*, publicada na Italia, eu ousei fallar, mesmo em nome de Darwin e Haeckel, da vontade livre como uma conquista, como um resultado de evolução humana e social.

commum. Se alguma gradação se estabelecia, era em este que 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 fora de questão.

E convem 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 offerencia. Collocou-se ingenuamente na primeira phase evolutiva do direito criminal romano, e só admittio a culpa como factor juridico 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 *culpabilidade*, 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 sicca*.

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

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

riis (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 pœna remittenda est et militiæ mutatio irroganda.

Da mesma forma, na L. 50. paragrapho 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 accção 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 juridico 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 permittem 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 aceitavel, 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 possível

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

definir logicamente o conceito da *culpa*, visto que ao *genero proximo* da responsabilidade criminal não é facil ajuntar uma *differença 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 accordo com o parecer de Bekker, e a maioria delles não se tem mesmo dedignado 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 juridicas, 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 romanistas mesmos não as consideram completas (39). O que nellas se faz preponderar, é o momento *intellectual* do erro ou da ignorancia (*non intelligere*); o momento *voluntario* passou desapercibido; posto que a *nimia negligentia*, de que falla Ulpiano, seja realmente um defeito da vontade; mas afinal ficou reduzida á um simples *juízo falso*, ou *erroneo*, pela propria explicação do jurista: *id est, non intelligere, quod omnes intelligunt*.

Entretanto a theoria da *culpa* continúa 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

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

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 divisível em duas formas : — *consciente e inconsciente* (40).

Segundo Richard John, para que uma acção se declare *culposa*, ella não deve somente encerrar uma attitúde reprehensível da vontade, isto é, o *querer do perigo*, — mas tambem conter um *resultado danoso*. 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 experiencia, 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 presumível 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 allemães se occupam desta materia e revolvem-na mais ou menos de accordo com os mencionados. Tambem os italianos discutem-na seriamente. Para Pessina, por exemplo, que entretanto se apoia em autores tedescos, a *culpa* tem duas notas caracteristicas : — una é a da falta de *querer*, que apparece limpíidissima na falta de previsão das consequencias do proprio acto ; a outra porém consiste em que o homem *culpado*, se não previu os eventos possiveis á derivar de um facto seu *voluntario*, podia com tudo prevêê-los (43).

(40) *System des Strafrechts*. — § 71.

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

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

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

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 contradicção, 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, porem á um outro alvo... A consciencia de que, pondo de lado o necessario exame das relações dos factos e das cousas, pode-se causar um effeito delictuoso, aliás evitavel, — 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 caracterizam 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 *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 effeito da vontade. Entre o *acontecido* e o *querido* ha 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 offender a este, offende

(44) *Ueber Causalitæten*. — pag. 28 e 29.

tambem 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 fere 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 tambem o homicida A, que só visava ferir a B. A differença entre os dois resulta sómente da diversidade dos objectos de acção. O que um delles pretendia, era uma cousa licita: — caçar; não assim porem a pretensão 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 porem o facto do homicida.

E aqui tocamos no amago de nosso assumpto. O código criminal brasileiro 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 possível 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 innocente, 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 § 1.º do art. 18, onde a hypothese da falta de *pleno* conhecimento do mal e *directa* in-

tenção de o praticar, dizem elles, é uma caracterização de crimes *culposos*. Porém isto é erroneo. O Código só pode 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 á taes 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 pre-supposto. Assim, no art. 125, a hypothese da *negligencia* do carcereiro em deixar presos fugirem, não é em rigor uma hypothese de *culpa*. Ahi trata se realmente de uma acção culposa, mas uma tal, que não exclue o *momento doloso* da falta de precaução indispensavel á funcionarios dessa ordem.

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

Não vem á proposito entrar aqui em detalhes sobre o conceito da *connivencia*, que aliás deu muito que pensar aos velhos criminalistas dos dois ultimos seculos. 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 autor do acto *consentido* deve saber, ou pelo menos conjecturar que está em harmonia com o seu *connivente*, este porém, posto que *consciens criminis*, dissimular e mostrar-se de todo ignorante (45).

Pergunta-se agora: — o carcereiro que na ausencia de toda e qualquer suspeita de fuga da parte dos presos confiados á sua guarda, e sem que estes

(45) *Der nothwendige Theilnahme...* — pag. 60.

tambem nem de leve conjecturem ou pressintam o seu intuito, facilita-lhes a saída, não feixando 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 occasional, — será reu de *connivência*? Ninguém di-lo-ha. Mas tambem só haverá no seu acto uma *simples culpa*? E' impossivel affirmal-o; e todavia esse carcereiro não podia ser julgado se não de accordo com a figura juridica da *negligencia*, cujas penas, ainda que reduzidas á metade, dão com tudo bem a comprehender que não se trata de um acto meramente culposo.

O § 1.º do art. 18 tem sido e continúa á ser uma fonte inexgotavel 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 em uma especie de *lugar commum* de advogados mediocres e juizes ineptos.

O proprio legislador, importa reconhecer, deu claro testemunho da curteza de suas vistas, no modo de manejar 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 alçada, não do direito e da 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 coherente 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

occasional (art. 205); e bem assim estabelece a hypothése do homicídio, que se verifica, não por ter sido mortal o *mal causado*, mas por incuria do offendido (art. 194).

Compreende-se portanto que na mente do legislador a idéia do mal não exercceu 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 envolve questão de facto, e que a exigencia nelle contida, de character 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 genesiaco 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. Alem 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 pratica do delicto, não teriam, não poderiam ter entre nós uma solução juridica satisfactoria, se o *conhecimento do mal* não chegasse até ahí. Por quanto ha innumerados 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 realisar o mal, e que esta falta foi tomada em consideração nos §§ 3.º e 4.º do art. 10, onde ella caracteriza os *violentados* e os que commettem crimes *casualmente*. Uma vez o mal desconhecido, é inconcebivel a intenção de pratica-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 ahí 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 pode bem affirmar que o *violentado*, á quem se nega a intenção de praticar o mal, tenha delle o conhecimento preciso, no momento fatal de commette lo.

Assim pois nada menos justificavel do que a theoria que expõe o art. 3 do Codigo como uma simples these juridica, sem applicação aos factos. Que o conhecimento do mal e intenção de pratica-lo, seja condição elemental da delinquencia, — nenhuma dúvida; mas a falta desse conhecimento, que é uma quantidade negativa, não pode como tal ser elemento de cousa alguma; é apenas uma cir-

cumstancia, capaz de modificar a criminalidade, como na hypothese do art. 18 § 1.º, ou mesmo de dirimi-la, como nos casos especiaes do art. 10 e inuitissimos outros, que o Codigo não enumerou, nem podia enumerar.

A casuística 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 afflicção, em vez de assucar, pega cegamente de outra substancia, que na occasião lhe apparece como tal, edonde resulta a morte do doente; — esta mulher é criminosa? De accordo com a doutrina, que combatto, sê-lo hia de certo. Por quanto, não sendo cabivel recorrer ao art. 3, só restava como refugio o § 4.º do art. 10; mas... onde poder se-hia encontrar o requisito da *tensão 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 cholerico no encalço dellas, que folgam em grande numero. C manja uma bengala, e meio obcecado pela raiva, não menos que pela sombra nocturna, crendo vibrar um golpe castigador sobre um de seus filhos, descarrega-o na cabeça do filho de seu visinho. O pae do offendido recorre á justiça e inicia a acção criminal: Qual a defesa de C? Considera-lo delin-

quente,— repugna até ao bom senso; mas tambem, segundo os dados da hypothese, elle não poderia allegar um acto licito, feito com a tenção ordinaria; — como livrar se pois da imputação criminosa? Só pondo em jogo a disposição do art. 3, unica accetavel e cabivel 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 familiarizado com a lingua do paiz, ao ver passar umabella 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 terrivel dissyllabo, que jogado á face de uma senhora honesta é como uma labareda do inferno, e todavia não deixa de ter o seu lado poetico 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

(46) A palavra *tenção*, de que usa o Codice, não é das mais bem definidas; mas ahí ella só pode ser synonyma de *atención* ou concentração do espirito em qualquer ponto da vida pratica.

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 comprehender, a cousa causa escandalo, e pouco falta que esmaguem o *petulante*; mias... áfinal descobre-se o engano, e o pobre inglez é declaráo innocente.

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 § 4.º 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 submettido 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 character anecdotico, mas muito realisavel, é bastante para aniquillar!...

XIII

Ficou assentado que o *casualmente* do § 4.º 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 apparecido na pratica de qualquer *acto licito*.

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

« 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 logica dá á primeira antithese o nome de *contradictoria*, e á 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 immorales. 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 permittido fazer o que a lei não prohibe, 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 limitrophes. Entretanto ahi é que reside toda a difficuldade e importancia da questão.

A vida do homem social, como a do homem natural, é um conjuncto de funcções. Estas funcções, que são modos diversos de actividade, postas em relação com o direito, que é a funcção por excellencia da vida nacional, convertem-se em outras

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

tantas funcções juridicas, as quaes se subdividem em *positivas* e *negativas*, conforme ellas se exercem na pratica daquillo, que o direito ordena, ou só daquillo, que o direito não prohibe.

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

As funcções da vida nacional são multiplas e, como taes, divisiveis em *economicas, estheticas, politicas, religiosas, scientificas, litterarias*, e mais... *juridicas* propriamente ditas ou *juridicas positivas*, pois que as *negativas* não formam classe á parte, mas são características de todas as outras, como uma especie de denominador commum, á que ellas se podem reduzir (48).

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, pelosquaes 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

(48) Importa não perder de vista o coaceito da *vida nacional*. Não se trata de *vida animal*, nem mesmo de *vida humana*, cujas funcções, inherentes ao individuo, são independentes de qualquer relação social, e dest'arte anteriores ao direito. Sem uma tal distincção corre-seo risco do disparate, como succedeu 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 cucandi et mingendi*, para bem completar a serie dos *direitos naturaes*.

da *morphologia jurídica do medico.* São órgãos do seu direito, por que são instrumentos do mister 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 commum. Do mesmo modo, praticar uma operação cirurgica é uma função *economica*, podendo ser tambem *scientifica*, da vida nacional, e como tal igualmente de accordo com as regras da communhão. São actos do dominio *indifferencial* do direito, por que delle só recebem a permissão, nunca porem a *coacção* e a *norma*.

O caçador, por tanto, que na pratica do seu mister, mau grado seu, viola o direito alheio, ou o medico, que no exercicio da sua profissão, é causa de um effeito illegal e offensivo de alguém, 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 praticá-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 tuí no 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 exaggeração, 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 somente *desculpavel*, até onde a *culpa* que elle envolve, 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 *indifferente* 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, convem distinguir, se o conteúdo desse proposito era um facto *indifferente* 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).

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

E importa ainda observar que o *licito juridico* não se limita ao que a *lei* não prohibe, ou a esphera *indifferencial* do direito propriamente dito.

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

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

Eu, me explico. Ha uma categoria de actos, que não sendo vedados pelo Codigo, pelas leis penaes 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 Codigo guardou silencio, e que como tal é um *acto licito*, porém que se acha prohibido por disposição *postural* desta ou daquela municipalidade, não poderia valer-se do argumento de *indifferença juridica*, se por ventura desse acto resultasse um evento desastroso, quando mesmo fosse praticado com toda a *tenção* possivel.

Ainda mais : — o que é *licito* perante o direito, pode deixar de sê-lo perante a moral publica, perante os bons costumes, perante qualquer systema de regras da vida pratica. Este conceito do *illicito* que chamarei *social*, para separa-lo do estricto do *minio juridico*, onde elle sé confunde com o crime, ou com qualquer outra violação da lei, — já os romanos tinham tambem expresso pelas palavras *negligentia*, *nimia negligentia*, *lascivia*, *luxuria*, *petulantia* e outras, como ácima foi indicado. As nossas leis criminaes, que ao principio não o conheciam, designaram-no á final pela expressão *imprudencia* (51).

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 funcção da vida nacional, torna-se causa de um effeito nocivo á sociedade, e que se dá a conhecer por um acto de negligencia, imprudencia, etc., é considerado como *culpado*.

(51) Nem a *impericia* nem a *falta de observancia de algum regulamento*, de que falla o art. 19 da lei de 20 de Setembro de 1871, pertencem propriamente á categoria do *illicito*. Quanto á *impericia*, o momento da *culpa* não está nella mesma, porém na accettazione de um emprego ou mister, para o qual não se tem aptitude. A *falta de observancia*... já entra na esfera do *illegal*.

feito 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 alguém na linha do projectil, attinge 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 funcção 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 realiza 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 funcção *juridica negativa*, como por ventura a *caça*, a *pesca*, ou outra qualquer forma da actividade economica 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 effeito, não de todo conforme á sua *ideia*, ao seu *intuito*, mas de todo conforme á sua *vontade*. Entre individuo e individuo, como sujeito de direito, as leis penaes 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,

realisou-se de feito; o alvo do *querer* foi attingido. A differença 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 differença não tem valor juridico.

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 gráo em que sê-lo-hia, se o golpe tivesse recahido sobre a victima projectada, mas não tem, não pode ter contra si a circumstancia do art. 16 § 7.º 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 character estrictamente pessoal ou oriundas de qualquer relação particular entre o criminoso e a sua victima.

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 caracteriza 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 legais 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 defeza.

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

SEGUNDA EDIÇÃO

CORRECTA E AUGMENTADA

Ha homens que tem o dom especial de tornar incompreensíveis 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 definição, pela qual o axioma se converte de repente em um enyigma 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 exercicios de *equilibrística*, isto é, a vantagem de, aprender-sea cahir com uma certa graça.

No meio de taes questões sem sabida, 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 propor aos discipulos, acabando por ficarem uns e outros nom 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 character masculino 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 indiferença para com certos assumptos.

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

Ainda hoje é exacto, o que disse Kant, — que a metaphysica é aceitavel, se não como uma sciencia, ao menos como uma disposição natural; e nada existe, por tanto, de mais ridiculo do que a fatua pretensão 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 esthetico em geral.

E o ridiculo 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 historico, uma noticia commum aos homens competentes, que os maiores golpes recebidos pela metaphysica vieram da mão de Hume, ao qual, quando outras glorias 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 factos do mundo physico. Um cometa, por exemplo, que faz a sua evolução em duzentos ou trescentos annos, não pode 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 Modeton des Zeitalters so mit sich, ihr (der Metaphysik) alle Verachtung zu beweisen, und die Matrone klagt, verslossenem und verlassendem, wie Hecubà: 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 racionais, que teimam em fazer-nos a geographia do *absoluto*, com o mesmo grau de segurança, com 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 nadã produz de positivo, é verdade, mas d'onde tambem não pôde ser expellida; e Kant mesmo já dissera que a razão hu-

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

mana, em uma especie dos seus conhecimentos, coube em partilha o singular destino de ser atormentada por questões, de que ella não pode 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 atmospherá da razão, que a *metaphysica* se move e ha de sempre mover-se, á despeito de todas as pretensões em contrario.

Julguei precisa 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 admissivel, da *metaphysica rhetorica*, sem base racional e, o que mais é, feita por homens, em geral, destituídos 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, continúa 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 pratical-as; 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 anormales, de todo oppostos ao modo de viver commum, 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 conflicto com a lei penal, é em todo o caso a condição ou, se quizerem, a occasião de um mal, que importa repellir.

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 pode crear raizes no terreno das soluções accetaveis. Porquanto, admittindo mesmo que o crime seja sempre um phenomeno *psychopathico*, 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 socialistico não pode chegar ao ponto de contestar ao Estado a facultade de *policiar*, ao menos no senido 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 im-

posta 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 occupará 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 pretensão 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 factio arithmetico de uma população correspondente, — do mesmo modo não passa de uma phrase ôca do sentimentalismo liberal a affirmação, real ou aparentemente sincera, da inadmissibilidade de um direito de punir, capaz de justificar o poder que tem a sociedade de impor 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).

(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 allas não obsta que

Para proval-o, se preciso fosse, bastaria notar, por exemplo, que a epocha dos Broglie e dos Rossi coincide justamente com os dias venturosos, em que Cousin entretinha 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 Infinitum*, 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 entretanto é um filho da terra, como Encelado, e ainda maior que o gigante quando se chama Haechel ou Darwin.

ella tenha creado uma metahistoria e uma metapolitica, tão pouco adaptadas aos factos e tão difficeis de comprehender, como a velha sciencia 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, affirmou que a metaphysica estava morta, e esta asserção produziu no corpo docente espanto igual ao que teria produzido um tiro de revolver 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 palpar. 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 pretensão 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 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

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 pre-historica, considerada em si mesma, explica tão pouco o estado actual do instituto da pena, como o embrião explica o homem, como a semente a arvore.

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 barbaro, brutal da guerra de todos contra todos, da luta pela existencia em sua primitiva rudesas, 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

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 somente diz respeito ao nosso systema planetario; logo o padre Secchi, por exemplo, não passou de um metaphysico!... E querem prova mais cabal da intolerancia e despropósito da doutrina positivista, ao menos como ella foi formulada pelo seu grande chefe, que entretanto vale muito mais que todos os seus discipulos? 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 differenciação que se executa, não ontogenetica; mas phylogenicamente, não no individuo, porém na especie.

começa a saber olhar e a esconder os pequenos seios tumidos, como se sôe encapotar os pomos maturoescentes 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 estrutura 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 avòs 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 æterni*, ao nosso culto e á nossa veneração.

II

Ou o direito seja, como diz Rudolf von Ihering, o conjuncto das condições de existencia da sociedade, asseguradas por uma co-acção externa, isto é, pelo poder publico (4), ou se defina mais conci-

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

samente, segundo Wilhelm Arnold, *uma função da vida nacional...* (5), ou seja em fim o quer 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 *systema 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 experiencia, 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 cousa que sae do fundo do espirito mesmo, se não antes como um presente, que nos vem do ceu. Mas há 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 *principios, ideias e verdades primeiras*, isto é, que todos elles são baseados na experiencia, como sua unica fonte, que todos elles são conhecimentos *á posteriori*, que pela herança e adaptação chegaram a tomar o character de conhecimentos *á priori* (6), é tambem exacto em relação ao direito.

E em relação ao direito, sobretudo. Porquanto, se a respeito de outras noções, reputadas ingenuas, não estamos hoje no caso de remontar a corrente historica e indicar a epocha e o povo, de quem her-

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

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

damol-as ainda em estado de producto experimental, o mesmo não succede com o direito, cuja transfiguração em *principio eterno e absoluto*, como se exprimem os noologos, é de data mui recente.

Assim os romanos, que tiveram em alto grau o senso juridico, 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 inducção.

Pomponiodisse: *Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quæ plerumque accidunt, non quæ præter expectationem* Ao que Celso accrescentou: — *Ex his quæ 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 natureza da razão humana, qualquer que seja o estado do seu desenvolvimento, os romanos consideravam um resultado de progresso social. Disto nos dá testemunho, entre outras, a lei 2 do Dig. *de Origine 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).

(7) Dig. 1, 3. 3 e 4.

(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

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 differença: 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.

« 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,

nossos jurisperitos, que continúa 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!...

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

com o castigo infligido ao criminoso, os deuses irritados, ou serenar os manes da victima do crime; mas quasi que se procede de accordo com esta intuição, guardadas apenas as differenças determinadas pela cultura ulterior.

Com effeito, 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 d'aquelle povo, nesta ou n'aquella epocha dada, mas sacrificio necessario, que, se por um lado não se accomoda á rigorosa medida juridica, por outro lado tambem não pode ser abolido por effeito de um sentimentalismo pretendido humanitario, que não raras vezes quer ver extinctas por amor da humanidade cousas, sem as quaes a humanidade não poderia talvez existir.

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 descrecendo o lado religioso da expiação, augmenta 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 aparentada com *pœnitet*, cujo conceito envolve o arrependimento, isto é, um modo de sentir, no qual vae sempre uma certa dose de religiosidade, vemol-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 *systemas* engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento juridico e o fim racional da pena, commettem um erro, quando na frente da serie collocam a *vindicta*. Por quanto a *vindicta* não é um *systema*; 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 accordo 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 organização 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... *el 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 pai, para devolvê-la, em occasião opportuna, ao peito do assassino.

E' assim que o homem do povo a quem a calúnia 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 promo-

ver 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 monopolio 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 character mixto de *jus publicum e jus privatum*; por quanto o pensamento fundamental do *systema* penal dos romanos era justamente que a communhão vingava os crimes contra ella mesma commettidos; 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 ideias 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 character historico universal, pois elle se encontra em todos os graus de civilisação e de cultura; mas isto é somente

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

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 principio, da propria luta 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 conflicto com uma ordem de direito estabelecida. Não assim porém quanto a delictos, que ulteriormente foram apparecendo, como resultados de novas complicações e necessidades 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 ahí 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 character, nem se deixam medir pela mesma bitóla, já envolve, sob este unico ponto de vista, uma verdadeira insensatez. Porquanto, dado mesmo que se achassé 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 rebelião, a sedição, a conspiração e outros iguaes delictos, que põem em perigo a sua vida de direito, que affectam, párcial 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 *legítima defeza*.

Por exemplo: os nihilistas na Russia não tem outro intuito (justo, ou injusto, é questão a 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 fabulam, sobre tudo os criminalistas francezes, se ahi apparece, é sómente n'aquella 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'aquelles dois *saes* e as proporções exactas, em que elles devem ser combinados. a tarefa de explical-a e demonstral-a 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 *in-*

cognitas 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 malfetor do castigo merecido, ou pelo menos lh'o tornar mais brando. Como consequencia logica do direito, a pena presuppõe a imputabilidade absoluta. que entretanto nunca existiu, que não existirá jamais. 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 estatisticás; 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 inexecutable.

Quando se vióla um direito, o *systema* juridico perturbado, bem como a pessoa offendida, não tem outro interesse se não que o dâmino causado seja satisfeito, se possivel; 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 possivel, 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 companheiros 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 aniquilamento de uma vida humana, o que entretanto não seria uma pena, mas somente 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 empréstimo a Julio Fröbel, me parecem de uma justiça incontestavel. 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 character nacional, ou ethnologico, a expiação religiosa : depois, como phase transitoria, apparece a *compositio*, a accominodação d'aquella 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 *feri*. 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 systemas de penalidade positiva. A subordinação dos processos de uma ordem de crimes á queixa do offendido, é um reconhecimento desse principio.

Todo systema de forças vae atrás de um estado de equilibrio; a sociedade é tambem um systema de forças, e o estado de equilibrio que ella procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecucção ella vive em continua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rigorosos 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 organização do direito, não partilha com a escola e com a igreja a difficil 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.*

Menores e Loucos em Direito Criminal (edição fac-similar), de Tobias Barreto, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em agosto de 2003, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal* (Volume 2).

Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA

Código Penal dos Estados Unidos do Brasil
comentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO

Código Criminal do Imperio do Brazil
anotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

Lições de direito criminal

FRANZ VON LISZT

Tratado de direito penal alemão, prefácio e
tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA

Direito Penal brasileiro segundo o Código
Penal mandado executar pelo Decr. N. 847
de 11 de outubro de 1890 e leis que o
modificaram ou completaram, elucidados
pela doutrina e jurisprudência

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO

Código Penal comentado, theorica e
praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES

Código Penal da República dos Estados
Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR

Anotações theoricas e praticas ao Código
Criminal

TOBIAS BARRETO

Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO

Menores e Loucos em Direito Criminal