









Antonio Vicente  
Rocha - 1906.

# MENORES E LOUCOS



## OBRAS DO AUCTOR

---

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, Rio de Janeiro, 1884.

*Reis*

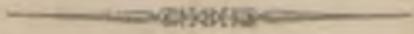
MENORES  
E  
LOUCOS  
EM DIREITO CRIMINAL

Estudo sobre o Art. 10 do Código Criminal Brasileiro

PELO

Dr. Tobias Barreto de Menezes

Lente da Faculdade do Direito do Recife



RIO DE JANEIRO  
H. LAEMMERT & C.—EDITORES  
66, Rua do Ouvidor, 66

1884

Cad. novo: 267098 - Inv. 07

UNIVERSIDADE DO RECIFE  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA

3309		
10	7	1950

IV-2011

MP 50 0330161

## ADVERTENCIA

---

O auctor da presente monographia, poeta e critico habilissimo, apresenta-se-nos agora como jurista emerito. O Dr. Tobias Barreto de Menezes, em vinte e dous annos de vida de imprensa, tem atravessado tres phazes completamente distinctas. Fundou, de 1862 a 1870, no Recife, a celebrada escola *hugoana* em poesia. De 1870 a 1880, periodo em que residiu na pequena cidade da Escada, em Pernambuco, longe de ficar inactivo, vimo-lo lançar as bases de outro movimento intellectual, o *germanismo*, como substituição á nossa inveterada imitação franceza.

De 1880 em diante, applicando-se mais particularmente ao estudo da jurisprudencia, entrou para a Faculdade do Recife, e abriu assim a terceira phaze de sua vida mental: a de professor e jurisconsulto.

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

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

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

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

O publico o decidirá.

Rio de Janeiro, Março de 1884.

OS EDITORES



## Como Introducção

---

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 propõem-se questões como esta :

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

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

do homem, com essas mesmas verdades e principios estabelecidos ?

Dou-me pressa em respondê-la. 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 logar da série ascendente ; mas isto, bem ao envez do que podéra parecer, indica justamente que essa sciencia, até hoje pelo menos, não é mais do que um *pium desiderium* do espirito scientifico.

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

Verdade é que a sociedade, na qualidade de um organismo de ordem superior, na qualidade,

não de uma antithese, mas de uma continuação da natureza, deve ter a sua mecânica; mas essa mecânica, 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?

É *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 ?

Este livro trata de factos observados, e de leis induzidas ?

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

E' o caso com a decrepita metaphysica social.

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

Pelo contrario.

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

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

Eis o ponto elucidavel.

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

A concepção de um direito superior e anterior á sociedade, é uma extravagancia da razão humana, que não póde 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 differenças 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 logares, 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 öffentlichen Rechts in Deutschland*) que, se ha uma verdade, digna de ser geralmente

aceita e reconhecida, é a da *positividade* de todo e qualquer direito.

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

Bem como as artes, bem como as sciencias, o direito é um producto da cultura humana; fóra desta, em qualquer 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 ensinos 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 achamo-la na consideração seguinte : o direito natural dos tempos modernos é inteiramente diverso do *jus naturale* dos romanos; quem nos pôde garantir que para o futuro o conceito de um direito natural não será tão differente do hodierno, quanto este é diverso do romano ?

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

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

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

Bom direito natural !

Resumamos e concluamos.

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

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

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

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

Não ha direitos naturaes e originarios.

O que nós hoje chamamos direito, é uma

transformação da *força*, que limitou-se e continúa a limitar-se, no interesse da sociedade. A idéa de direitos originarios arrasta, como associado logico, a de direitos derivados. São cathegorias, que já não têm importancia scientifica.

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

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

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

Desta *força* conservada e desenvolvida, é que

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



# MENORES E LOUCOS

---

## I

É 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 repeti-lo e accentua-lo? 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 tambem 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 accommodada ao estado da sciencia hodierna, o que convém fazer, porque é tambem o que resta, é tirar dos defeitos mesmos o melhor partido possível, estudando-os e 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<sup>1</sup>, 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 esmaga-lo, tão fraca se me afigura a base, em que elle se

---

<sup>1</sup> Vide a *dissertação* sobre o mandato em materia criminal; Recife, 1882.

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 restrictiva. Não é facil descobrir a razão deste preceito. Os que repetem-no a todo proposito, com o mesmo grau de confiança, com que se enuncia

uma verdade mathematica, não tem entretanto outro meio de justifica-lo, senão repetir que assim é, porque (este *porque* faz mal aos nervos)... *benigna amplianda, odiosa restringenda!* E d'est'arte uma *velha paremia*, um *anexim* decrepito, uma d'essas ligeiras inducções, precocemente elevadas á cathegoria 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 esforçarme-hei por prestar a minha contribuição, que será tanto mais util, quanto é certo que não terei a ousadia de escrever uma *Ilias post Homerum*. A nossa litteratura

juridica, se de tal podemos fallar, nada possue neste sentido.

Costuma-se allegar, como razão peremptoria, que a interpretação ampliativa no direito criminal teria por consecuencia 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 letra da lei; porquanto, onde a independencia e integridade dos juizes, a honra do soberano e da nação não são garantias sufficientes de justiça, a lei é um instrumento na mão dos mais sabidos. A santidade do direito e de sua justa distribuição não póde ser posta em perigo por esta ou aquella doutrina dos juristas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, pag. 32.

Ainda baseio-me sobre este ponto, na opinião de Puchta, para quem a sciencia tambem é uma fonte juridica.<sup>3</sup> 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 sómente exegétas, a não sahir do texto, a executar simplesmente um trabalho de *midrasch*, como dizem os judeus, isto é, de escrupulosa interpretação litteral. Assim viriamos a ler, não uma *sciencia do direito*, mas uma *sciencia da lei*, que podia dar o pão, porém, ao certo, não dava honra a ninguem. Assentar-lhe-ia em cheio o *leider auch* com que Gœthe humilhou a theologia; e cada um de nós poderia, com mais razão do

---

<sup>3</sup> *Vorlesungen*—§ 1—4.

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 scripturæ e mens* (Modestino); entre *verba legis e sententia* (Antonino), etc. Também na esphera criminal prevaleciam estas antitheses. A par de muitos outros, ha um logar nos textos, que eleva isto acima de qualquer duvida. A lei 131 § 1 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*, que se punha ao lado da lei, para suppri-la? Tudo que *vicem legis optinet*, e dest'arte vale como fonte de direito; por isso tambem tudo aquillo que se fórma por meio da interpretação 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 synonymo de compaixão, que só trata de 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.<sup>4</sup> Porque razão não seguimos tão proficuo exemplo?

---

<sup>4</sup> 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 nossoCodigo, 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 fósse nenhum dos tres mencionados, mas outro qualquer, ainda que differente, todavia de igual terribilidade e revelador do mesmo gráo de malvadeza, ao

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 direito criminal me parece capaz de merecer alguma attenção.

Voltemos ao nosso assumpto.

---

passo que entre nos 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 *nitroglycerico* ou *dynamitico*, não é de certo morrer *envenenado*, nem *incendiado*, nem *inundado*; mas nem por isso deixa de ser uma morte horriavel, e o seu executor um dos homicidas qualificados pelo art. 192. Felizmente não é facil que tenhamos de apreciar um caso desta ordem. Os *andlogophobos* litteratistas, os escrupulosos *sacerdotes juris* não diriam a *missa*, por não encontrarem na *folhinha* o nome do defuncto.

O artigo 10 do Codigo 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 despesa philosophica do nosso Codigo. Não sei se é um bem, ou um mal; nem eu pretendo elogia-lo, ou censura-lo, 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 aceita-la, e introduz-se o *galacto-metro*

no leite, antes de bebe-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 ai ! 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 escrupulos ; mas nem por isso deixo de obedecer á tendencia da época : desconfio tambem de muitas estrellas, que são talvez fogos fatuos, e ponho em duvida a decantada sabedoria do nosso velho legislador criminal.

A tres ou quatro noções tradicionaes, disse eu, que se reduzia toda a despeza philosophica do Codigo; e é facil verifica-lo. Além da *vontade*, que apparece como presupposto indispensavel do crime nas expressões—*acção ou omissão voluntaria* do art. 2 § 1º, e no final do § 2º, que caracteriza a tentativa; além da *má fé*, exigida pelo artigo 3, e que ahi se dá como uma alliança binaria de *conhecimento do mal e intenção de o praticar*; além do *discernimento*, emfim, de que trata o artigo 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 § 3º do artigo 10. Sob o ponto de vista philosophico, haveria nessa

falta um merito subido, se tivéssemos 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 fôsse 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 *espirito*, e, de outro lado, os metaphysicos da *materia*. Para firmar a doutrina da imputação, o direito aceita a liberdade como um postulado da ordem

social; e isto lhe é bastante. A theoria da imputação, ou a *psychologia criminal*, como a denominam os juristas allemães, apoia-se no factó 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 pratica-los. São portanto condições fundamentaes de uma acção criminosa imputavel as unicas seguintes: 1º o conhecimento da illegalidade da acção querida (*libertas judicii*); 2º o poder o agente, por si mesmo, deliberar-se a pratica-la, 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,

julga-lo 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 fôrmas para o jurista e para o legislador um dominio particular.

Já se vê que o Codigo não peccaria por excesso de clareza, se tivesse manejado com mais sciencia estas primeiras verdades do direito penal. O *conhecimento do mal*, de que falla o artigo 3, 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 synonymo de designio, projecto ou intuito, a intenção

(5) *Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts*  
§ 81.

não presuppõe necessariamente a liberdade de escolha entre caminhos diferentes. Como fôrma 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 Codigo 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 Codigo.

Elle diz: — « Não haverá criminoso ou

delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar. »

Aqui levanta-se uma primeira questão, que aliás nunca foi suscitada, e é a seguinte:—*a criminalidade* só chega, até onde chega a *má fé*? Uma e outra são idéas, que se cobrem, que se ajustam em todos os pontos, como dous circulos, que têm igual diametro? Sim, ou não. No caso negativo, o principio do Código é falso, ou pelo menos incompleto; no caso affirmativo, é o Código mesmo quem se incumbe de refutar a sua proposição, uma vez que, na parte especial, trata de crimes, nos quaes a *má fé* não acompanha todos os momentos da delinquencia. O momento, por exemplo, do grave incommodo de saúde ou de inhabilitação de serviço por mais de trinta dias, que fórma 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 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 fórmãs e symptomas diferentes, envolverá porventura o que se costuma chamar uma *questão de direito*. Pergunto só para rir-me, visto que não ha quem hesite seriamente em contesta-lo. Se, porém, me objectam que, não obstante

o artigo 3 encerrar mera doutrina, são todavia as disposições do art. 10 que contêm applicações positivas, resta sempre a demonstrar, por que processo *magico*,— pois *logico* não existe,—uma questão de direito naquelle, sendo *reproduzida* neste artigo, se converte de repente em uma questão de facto.

Além disto, importa ainda notar uma outra inexactidão da theoria corrente. Se o art. 10 reproduz, como se diz, a doutrina do art. 3 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 § 3º daquelle mesmo artigo. Por quanto os « violentados por força ou por medo irresistiveis » têm conhecimento do mal que praticam máo grado seu ;—isto mesmo está contido no

proprio conceito da violencia. Não existe, pois, em taes casos a presupposição de completa ausencia de *má fé*, segundo o Codigo definio-a; e é um erro, por conseguinte, afirmar cathegoricamente, sem reserva e distincção alguma, que o principio do art. 3 se acha especificado nas hypotheses do art. 10.

---

## II

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 á 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 fôsse o que os sentimentalistas liberalisantes pretendem que seja, quero dizer, um phenomeno morbido, um resultado de doença, nada prohibia que, tambem neste dominio, como em todos os outros da natureza, a *adaptação* procurasse eliminar as irregularidades da *herança*. Se por força da selecção natural ou artistica, até as aves mudam a côr das plumas, e as flôres a côr das petalas, porque razão, em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direcção da sua indole? Em quanto, pois, os defensores da *pathologia*

*criminal*, em cujas obras a sociedade inteira apparece como uma immensa *casa de orates*, em quanto esses illustres — *savantissimi doctores, medicinæ professores*, — como diria Molière, não descobrirem o meio *nosocratico* sufficiente para oppôr barreira ao delicto, a pena será sempre uma necessidade. Mais tarde vêr-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 dóse de verdade que ha nas pretenções 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 um *desazado pedantismo moral*. Mas o direito não exige, nem precisa exigir tanto. Basta-lhe sómente a imputabilidade relativa, a unica possivel nos limites da fraqueza humana. Dentro destes limites, e ainda dando-se conta de todos os factores latentes, que determinam uma bôa 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° a consciencia

de si mesmo;—2º a consciencia do mundo externo;—3º a consciencia do dever; 4º 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 fórmas da consciencia ou da normalidade mental. Não assim, porém, quanto á carencia de imputação das pessoas de tenra idade, e em geral de todas aquellas que não attingiram um desenvolvimento sufficiente; neste caso, o que não existe, ou pelo menos o que se questiona, se existe ou não, é a consciencia do dever, e algumas vezes tambem a consciencia do direito.

O nossoCodigo, no art. 10, não fez mais do que reconhecer uma velha verdade, consagrada pela historia em todos os periodos culturaes do direito penal.

Commetteu, entretanto, além de outros, que serão apontados, um erro de methodo : — foi reunir em uma só cathegoria diversas classes de sujeitos irresponsaveis, que não se deixam reduzir a um denominador commum, isto é, a ausencia do que eu chamei *normalidade mental*. Em outros termos, o Codigo confundio a *imputatio juris* ou *imputabilitas*, cuja falta caracteriza os menores e os mentecaptos, com a *imputatio facti*, que não se faz valer para com os mencionados nos §§ 3º e 4º do citado artigo.

Mas vamos ao ponto central da nossa analyse. Diz o Codigo: « Tambem não se julgarão criminosos: § 1 os menores de quatorze annos; § 2 os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime; § 3 os que commetterem crimes

violentados por força ou por medo irresistíveis; § 4 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. Apreciemo-lo detalhadamente.

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

O nosso Codice 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 Codice 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 póde abrir caminho a muito abuso e dar logar 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 responsavel 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 póde offerecer uma segura medida da culpabilidade e do 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

---

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

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.

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

Eu sei que mais de um caso grave passa despercebido, sob a protecção do § 1º do art. 10, assim como é certo que não poucos maiores de quatorze annos são privados

dessa protecção, quando elles se acham realmente em condições de merece-la. 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 accommode a realisação de semelhante idéa, é justamente o Brazil. As influencias mesologicas, climatericas e sociaes, variam com as grandes distancias, que separam, por exemplo, os sertões do littoral; e diversos tambem devem ser os resultados que taes influencias possam produzir no desenvolvimento psychico dos individuos. E' razoavel, por tanto, notar no Codigo este defeito: a taxação 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

---

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

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

romano. Digo reminiscencia do direito romano, porque das fontes provaveis de inspiração do nosso legislador criminal, nenhuma outra lhe poderia aconselhar uma tal disposição. O *Code Pénal*, é singular e digno de reparo, o *Code Pénal* mesmo, que lhe prestou bons serviços, não foi ouvido nesta parte. O art. 66 desse Código eleva a idade, a quem 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 discerniment* e o que obrou *avec discerniment*. Mas não seria ao certo o nosso legislador, quem pudesse, por esse lado, justificar-se de haver abandonado o *Code Pénal*. Porquanto o conceito do *discernimento*, de difficillima apreciação, elle o aceitou, ainda que lhe conferindo, com muita

infelicidade, um outro valor juridico. A idéa, porém, de poder o menor, que praticou um facto delictuoso, ser entregue á sua familia, como se lê no referido art. 66 do *Code*, o nosso legislador não quiz admittir ; e creio que ninguem louva-lo-ha por isso.

Como quer que seja, o certo é que, pelo direito criminal francez, um rapaz de quinze annos, que já conhece todos os encantos da vida parisiense, que já entra, com todo o conhecimento de causa, na gruta mystica e perfumosa, em que habita alguma *deusa*, que até já sabe a fonte onde Diana se banha, e vai espreita-la núa, não obstante o perigo de ser devorado pelos cães, caso commetta um homicidio, *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 ali 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 cultiva a *mandioca*, se porventura perpétra um crime de igual natureza, se por exemplo mata com a *faquinha de tirar espinhos* o moço rico da *casa grande*, que elle encontrou beijando sua irmã solteira, obre ou não com discernimento, será julgado como criminoso !...

---



### III

E' verdade que alguns Codigos de outros paizes, posteriores ao 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 logares, em relação ao Brazil. A Italia mesma, em cuja ultima codificação penal aquella idade principia aos nove annos, é talvez, *cæteris paribus*, menos censuravel do que este vasto paiz sem gente. Pelo

menos me parece que um estado, no qual se obriga a aprender, e onde homens como Casati, Coppino, de Sanctis, têm sido ministros da instrucção publica, para promoverem a sua diffusão, tem mais direito de exigir de um maior de nove annos uma certa consciencia do dever, que o faça recuar da pratica do crime, do que o Brazil, com o seu pessimo systema de ensino, pôde exigi-la de qualquer maior de quatorze.

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

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

Além disto, o *Strafgesetzbuch* colloca-se muito adiante do nossoCodigo, 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

gráo 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 acostara-se a uma reminiscencia do direito romano. Isto é exacto; mas deve ser admittido *cum grano salis*.— Porquanto, se esse direito tivesse sido a fonte, não precisava exclusiva, bastava preponderante, do Codigo

---

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

Brazileiro, em tal materia, é mui provavel que as disposições respectivas fôsem mais largas e fecundas.

Entre os romanos, a puericia (*infantia*) chegava até os sete annos. Primitivamente e nos tempos dos juristas, de cujos escriptos fôram compiladas as Pandectas, considerava-se menino a todo e qualquer individuo, em quanto elle não podia fallar com uma certa ligação de idéas. O imperador Arcadio acabou com esta incerteza do velho direito, e determinou então que a *infantia* ficasse nos limites daquella idade; determinação que foi mantida pelos imperadores succedentes. No ponto de vista criminal os *infantes* tinham a seu favor a presupposição de lhes faltar o *intellectus rei*, e como taes não podiam ser punidos. (L. 12 D. *ad legem Corneliam de siccariis et veneficis*, 48, 8; L. 23 D. *de*

*furtis*, 47, 2; L. 5 § 2 D. *ad legem 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 *infantiæ proximi* e a dos *pubertati proximi*. Aquelles podiam ser julgados, conforme os casos, sómente *culpæ*, não *doli capaces*; estes, ao contrario, no que tocava á imputação e á pena infligivel ás suas acções criminosas, eram medidos mais pela bitola juridica dos adultos do que pela das crianças.

Esta differença entre as duas cathogorias foi marcada por Averanius nos seguintes termos: « *infantiæ proximus a proximo pubertati distinguitur non tam ætate, quam ingenio, calliditate malitia...* » É facil, pois, comprehender que, se o legislador

patrio houvesse haurido com mais cuidado nas fontes romanas, outros teriam sido os seus preccitos a respeito dos menores, pelo menos no que pertence ao vago *discernimento*, de que trata o art. 13, e que é possível, na falta de restricção legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco annos ! . . .

O que o Codigo aproveitou, foi sómente o velho computo da idade exigida para começo da verdadeira *imputatio juris*. Puro espirito de sequacidade, sem reflexão e sem criterio. E' só para 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 spectaculo bello a apreciar.

O presente assumpto, por exemplo, e provavel que ainda hoje fôsse illustrado por mais de um quadro interessantissimo. Eu me explico. Na primeira época evolutiva do *jus civile*, que faço, de accordo com o professor Guido Padelletti, estender-se até o 7º seculo da fundação da cidade, a linguagem do direito era grave e solennizuda, como o proprio espirito do povo que a fallava. As idéas tambem têm, á semelhança dos homens, o seu primitivo estado de nudez. Ellas ali 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, erão ao principio expressões metonymicas de um *signal* pela *cousa significada*; exprimiam com toda a lhaneza a nua 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 fôrma processual do *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 Proculianos e

Cassianos ou Sabinianos houve tambem disputa sobre o modo de julgar da madureza de espirito dos individuos. Os Cassianos exigiam, para determinar-se a maioridade, os signaes da madureza corporea, e achavam por isso imprescindivel a observação ocular. Os outros, porém, entendiam que bastava attingir a uma certa idade, fixada pela lei. Justiniano deu ganho de causa a estes ultimos pela Const. 3 do Cod. — *Quando tutores...* (5,60), (10) nos seguintes termos: « Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecentes jubemus: quemadmodum feminæ post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagacione corporis inhonestata

---

(10) Ulpiano — fragm. tit. IX § ult.

cessante. » — Daqui resulta, é verdade, que já no tempo de Justiniano a *inspecção* da puberdade estava limitada ao sexo masculino; mas nada autoriza a crêr que nunca as moças romanas tivessem passado por um tal exame. O que se deve admittir, como mais provavel, é que muito antes de cessar a observação da puberdade dos homens, cahio em desuso a da puberdade feminina. Em todo o caso, é aos juristas da escola de Labeo que se deve, ao menos em grande parte, semelhante alteração.

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

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

Eu sei que, nesta hypothese, seria infatigavel 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, umas das mais bellas formas da *lucta pela existencia*. M

afinal era possível uma conciliação, partindo-se exactamente ao meio, distribuindo-se com toda a justiça os papeis dos pretendentes: aos medicos, os filhos de Adão; aos juristas, as filhas de Eva.

Abandonemos, porém, esta ordem de considerações, mesmo porque se referem a uma matéria, que á imitação dos *carmina Saliorum*, dos quaes disse Quintiliano que erão... *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 comprehende-la. 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 setimidos, como se costumam encapotar pomos maturescentes, para as aves beliscarem » mais de um ouvido casto cobrirá talvez nesta phrase uma *licença* que não deve ser repetida em um salão gente fina. Porém, se em vez do poeta geiro, fôr o grave jurisconsulto, quem di em prosa juridica, que a menina já é *pubere*, não causará estranheza a ningue

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 ridicula incoherencia? Não o effeito do *inconsciente* nas linguas, e espiritos tambem. Passemos adiante.

Suscita-se ainda, a proposito menores, uma questão importante:

que razão o Código, determinando a idade, em que começa a imputação criminal, não estabeleceu diferença 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? É 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 mantém sob uma tutela 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 pressupôr que se tem reconhecido uma differença fundada na organização 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 a elle sómente, estende-se a todos os Codigos modernos, que são animados do mesmo espirito, que são réos da mesma injustiça, e para os quaes não foi, ao certo, que Schiller escreveu os graciosos versos:

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

Porém, o facto de achar-se o Codigo brasileiro em tão bôa 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, *consolo é*, o mesmo não se dá com o *erro de muitos*, que não se transforma em verdade. Pelo contrario, é certo que as grandezas *extensivas* proporcionam-se com as *intensivas* em uma razão directa; quanto maior é, pois, a extensão que toma o erro, tanto mais fatal é a intensidade da sua influencia.

Não pretendo aqui entoar um hymno de louvor á bella metade do genero humano. Posto que em assumpto de poesia, em materia de preitos devidos aos encantos femininos, ainda não tenha motivos para julgar-me uma especie de *tenor emerito*, comtudo não me esqueço que nem sempre é tempo de cantar; e eu quero poupar a garganta. Não venho tambem aqui suscitar

antigas disputas, por exemplo, a velha questão patristica, que ainda no seculo 17 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 descobriu 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 á 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 fôsse aléndo 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 alémdisto se lhes contesta a *capacidade de estudar*, a sociedade hodierna acha-se em frente de uma terrivel questão. Como resolve-la? Provavelmente instituindo uma nova especie de *noivado mystico* e fazendo do prostibulo o subrogado do convento. Não é assim?

A mulher que na opinião de todos os cavalheiros de um baile, ou de todos os convivas de um banquete, inclusive legisladores e juristas, pois esta inclusão não vai de encontro ao principio das *incompatibilidades*, a mulher, que na opinião de todos estes, quando os sons de uma linda valsa convidam a dançar, ou o sabor dos licôres desafia a *musa do brinde*, é a princeza dos salões e a estrella que mais brilha nas grandes solemnidades, volta a ser no dia seguinte, na opinião dos mesmos *peritos*, uma criança permanente, que não pôde ter completa autonomia, que não deve ser abandonada a si mesma!... Que quer dizer isto? Como se explica e justifica esta falta de 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 fôsse:—*a organização do amor*. Ainda não é tambem, nem ha de ser tão cêdo o que Lorenz Stein pretende que ella seja:—*a organização do trabalho*. Diante, porém, de semelhantes factos, eu creio ter descoberto o verdadeiro predicado:—*a sociedade é simplesmente a organização da hypocrisia*.

Más deixemos isto. Repito que não é aqui o logar 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 por que essa mesma *fragilidade* não se faz valer, nem no que toca á imputabilidade, nem mesmo no que pertence á gradação penal? Não comprehendendo.

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 ferninino. 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 serio, 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 comêço 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 delle, Schaumann já tinha dito com um tal ou

qual sarcasmo : « Conforme o rigoroso proverbio masculino— *mulier taceat in ecclesia*—, a mulher não deve de modo algum interessar-se pelos negocios da vida civil, e logoavia as suas acções publicas devem ser julgadas segundo as leis civis ! » (11) E' o despropósito multiplicado pela iniquidade.

Não dissimulo, nem preciso dissimular que a mulher, a despeito mesmo da sua inerte funcção honorifica de *rainha de baile*, ou de rainha constitucional á *la Thiers*, que reina sómente, mas não governa, tambem é sujeita a accessos de *atavismo*, que transformam todas as suas graças em outras tantas garras de ferocidade. *Corruptio optimi pessimum*. Ha uma cousa peior do que vêr o homem

---

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

converter-se em féra, é vêr 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 á 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 sêde 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 character feminino. Com effeito, é uma verdade trivialissima que a mulher affecta-se mais facilmente do que o seu cruel companheiro de peregrinação terrestre, que a gamma dos seus sentimentos, o teclado das suas emoções tem muitas *oitavas* a cima 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 poderá orgulhar-se muito legislador dos nossos tempos. Assim lê-se na L. 6 D. *ad legem Juliam peculatus* (48, 13). « sacrilegii pœnam debebit 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 canonico 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

---

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

a imputação da mulher comece na mesma época, em que começa 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 notáveis. O celebre Carmignani chegou mesmo a exigir que, em questões penaes, o sexo feminino, por si só, equivalesse sempre á menoridade. (13) E o grande sabio italiano não era um galanteador.

---

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



## V

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

ella não deve ter igualmente com elle, nas mesmas proporções que elle, o direito de subir ao cadafalso.

Nem pareça que estou querendo dar os primeiros lineamentos de uma codificação penal para a *Ilha dos amores*. Póde ser que o leitor me julgue um tanto romantico. As naturezas poeticas, que aliás não se caracterizam sómente 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 fôrma ellas fazem de todos os assumptos assumpto de poesia, levando-os ao coração. Mas devo confessar, para prevenir qualquer engano a tal respeito, que não me entreguei ao presente trabalho, de lyra na mão, ou com a fronte cingida de *hera*. O terreno, em que pizo, 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 despreocupada e menos relativa que a justiça, possa chegar até ahi; porém não vou com ella. Segundo a energica expressão de Georg Brandes, o illustre dinamarquez, a quem já tive mais de uma vez a honra de citar em publico, se a logica penetrasse no fundo de todos os erros e prejuizos, de que se nutre a sociedade, faria o mesmo serviço, que pudéra fazer um touro bravo, entrando em um armazem de

vidros. Os 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 espiritual, a *subjectividade* feminina, autoriza-nos a induzir que ali as flôres abrem cantando, as aves brilham como estrellas, e as estrellas deixam-se colhêr 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 vesti-la; 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 coisa senão no seu amor.

Já se vê que para individualidades

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

Com effeito, é para admirar : se uma mulher no intuito de salvar seu filho, que ella vê prestes a ser devorado por um carnívoro, expõe-se loucamente aos dentes da fêra, 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 mata-lo, já não se olha para uma heroina, porém para uma criminosa!.. Mais ainda:—se a moça que abandonando-se ao seu querido, arrastada pela omnipotencia do amor, é victima de uma infidelidade, de repente enlouquece ou morre de paixão, todo o mundo concorda que a infeliz succumbio a força do amor. Se, porém, ella tem a coragem de suicidar-se, ou de embeber o punhal no peito do infiel, a attitude do publico já é outra: no primeiro caso, diminue a compaixão; no segundo, desaparece a *omnipotencia do deus*, o unico *deus* que nos ficou da antiga mythologia, e a pobre moça é julgada como qualquer delinquente vulgar!... Entre nós, pelo menos verificada a *hypothese*, a minha



bella criminosa teria ao muito em seu favor uma circumstancia allenuante, pois Codigo está bem longe de dar entrada 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 Schumann. Por juizes, que podem mergulhar no golphão insondavel da *Psyché* feminina, que sabem por si mesmos quanto terno, quanto 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 fôsem 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 pôde, 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 logica foi satisfeita pelo reconhecimento da menoridade como attenuante 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 sim  
e clara, larga e fecunda em sua sim  
cidade, não é todavia bastante compreh  
siva para abranger a totalidade não  
dos que padecem de qualquer desarr  
no mecanismo da consciencia, como t  
bem dos que dcixaram de attingir,  
algum vicio organico, o desenvolvime  
normal das funcções, ditas spiritu  
sendo uns e outros isemptos de imputa  
juridica. Por mais que se estenda o  
ceito da *loucura*, por mais que se di  
nua e simplifique a sua comprehensã  
ponto mesmo de reduzi-lo a uma qua  
dade negativa, á méra ausencia do  
contrario, como fez Regnault, para qu  
*la folie n'est que l'absence de la raison*  
definição legitimamente franceza,  
aliás tem tanto valor e é tão cheia  
senso, como dizer, porventura, que

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 Codigo a honra de ter dito *pouco* e subentendido *muito*, não é possível inscrever no circulo da disposição do § 2º 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 nosso legislador merece. Um é filho da consideração do tempo, em que o Codigo foi feito, e o outro se firma na especie de *apophthegma*, creado não sei por quem,

segundo o qual a lei não deve nem pôde ser *casuistica*. Este segundo ponto, ainda que tenha por si a autorizada 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 prova-lo, 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 Codigo, importa fazer uma observação.

Re conheço 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 theorica do *verdadeiro*, mas a medida pratica do *conveniente*.

Esta distincção é de alguma importancia. Dizer de um simples producto intellectual, na sciencia ou nas lettras, 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 bôa para o seu tempo*, é uma lei *que já passou seu tempo*, que não está mais em condições de satisfazer ás exigencias da sociedade, e que por conseguinte deve ser *melhorada*. Reflectida ou irreflectidamente expresso, esse juizo encerra sempre uma censura.

E' o que 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 fôsse, 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 póde dar-se com o legislador daquella época. Poster-gada e esquecida a producção litteraria, não é muito que se procure salvar do naufragio, ao menos o nome do auctor, desculpando a sua ignorancia. Mas como esquecer a lei, fechar os olhos a todos os seus defeitos, e attender sómente para o meio social e o estado de cultura dos homens, que a fizeram, se a lei é hoje tão viva, como nos primeiros dias da sua execução, se a desculpa fundada no tempo, em que ella foi feita, não nos livra dos

mãos resultados das suas lacunas? Limito-me a perguntar, e não me demoro em saber qual seja a resposta, pois que nenhuma póde ser dada, merecedora de attenção.

Eu disse que o Código, 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 supor quizesse incluir dentro dessa categoria. 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, por meio de factores organicos, internos e externos. O character 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: 1º 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*); 2º os estados morbidos, que depois de attingido o desenvolvimento normal vêm alterar os processos psychicos (*perturbações do espirito, doenças mentaes*) ; 3º 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 acci-tavel, até onde chegam os dados da psy-chiatria vigente, está bem longe, entre-tanto, de poder reduzir-se á idéa geral da *loucura*.

## VII

E' questão ainda indecisa, se os Códigos 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 destróem 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) Mittermaier, porém, declarou-se contra a articulação de uma these ou principio geral, exigindo nos Codigos uma designação das doenças, que supprimem, segundo o seu proprio modo de exprimir, a *libertas 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 época do acto questionado, a

---

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

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

faculdade de determinar-se livremente, sem entrar na especificação das moles-tias que annullam essa faculdade. (16) Grollmanns pretende que se empreguem expressões genericas de fórmias morbidas, sob as quaes possam ser subsumidas, inde-pendente de quaesquer detalhes, as fórmias 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,

---

(16) Henke's Zeitschrift—2 Heft pag. 352.

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

bem como nos estudos psychiatricos, ainda não chegam para dar ao ponto controlado 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 pôde causar uma certa estranheza, porém, não deixa de ser

verídica. Na falta de outras provas, bastaria lembrar o seguinte facto: ainda hoje os alienistas e psychiatras não estão de acôrdo sobre o modo exacto de denominar as molestias mentaes, determinar o seu conceito e sujeita-las a uma classificação.

Cada auctor apresenta a sua maneira de vêr, que pôde ser mais ou menos accitavel, mas não é definitiva. No emprego mesmo das palavras já domina a maior diversidade. Assim por exemplo, os francezes usam das espessões *vesanie*, *déruison*, *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 allemães a synonymia da doidice:— *Wahnsinn*, *Verrücktheit*, *Geistesverwirrung*, *Geiteszerrüttung*, *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 parecido com o guarda-roupa de um *dandy*. Assim como este dentre seus vinte *fracs*, tem sempre um que mais lhe assenta, ou de dentre as suas cincoenta gravatas, sempre uma, que melhor lhe fica, da mesma fórma succede com o pensamento. A riqueza dos synonymos não o inhiibe 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 pôde ser, á vista da sua audacia comparada com a torre de Babel, até porque, em ambas as empresas dá-se, completa confusão da lingua.» (18) E porventura estaremos hoje fóra do alcance de tão justa critica? Tenho minhas duvidas. O que ha presentemente de superior á 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

---

(18) *Zeitschrift für psychis. hc Aerzte* 1 Heft. pag. 17.

e no qual se acha destruída a harmonia dessas mesmas forças? Respondam os entendidos.

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

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

---

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

do publico a quem ambos os auctores se dirigiam. Quem faz um livro, quer ter leitores, e em França corre perigo de passar despercebido aquelle que não rende preito, por qualquer modo, ao *chauvinismo* nacional, ainda escrevendo as cousas mais bellas deste mundo. Com Wurtz entenderam-se logo alguns escriptores allemaes, inclusive E. von Hartmann, e puxaram-lhe magistralmente as orelhas. Quanto ao tal senhor Hartsen, eu não tenho competencia para tomar-lhe contas; porém, creio poder affirmar que se elle soubesse, bastava, quem foi Schaumann, se soubesse que, bem antes que a lingua franceza, já não digo a lingua commum, mas a propria technologia medical, possuisse a palavra —*psychiatrie*—, já existiam na Allemanha livros, jornaes e revistas de 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, pôde ella hoje ao muito disputar com a Inglaterra o terceiro lugar, por que o primeiro pertence á Allemanha e o segundo á Italia.

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

Os auctores modernos fizeram justiça a Valenzi com a sua classificação de mais de 100, e a Ploucquet 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

*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 Código, relativa aos loucos, é ainda uma prova da infelicidade alludida.

O Código francez, em seu artigo 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 cousa de semelhante a um máo pintor *animalista*, sob cujos quadros se deve escrever, por exemplo: — *isto é um cysne*, para obviar o perigo de crer-se talvez que *é um gato*; — ao passo que os

commentadores, repito, insistem em demonstrar que aquella expressão foi empregada de uma maneira geral, para indicar uma alienação de espirito de qualquer natureza que seja, — os alienistas francezes não estão de 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 póde dar entrada a um grande numero de casos, alias

impossiveis de comprehender-se no circulo da *loucura*, como o nosso legislador concebeu-a, ainda susceptivel de *intervallos lucidos*,—o que envolve uma idéa falsa, ou pelo menos muito dubitavel.

Não quero por este modo entoar um hymno ao artigo 64 do *Code Pénal*, á semelhança do que lhe consagrou o Dr. Pereira, *ancien interne de Bicétre et de la Salpêtrière*, qualificando-o de uma *disposition généreuse, dictée par un haut sens philosophique*. (20) Concebo na especie cousa mais generosa e muito mais philosophica. Porém, creio que o nosso Codigo não devêra afastar-se do seu modelo, senão para tomar um melhor caminho; e foi o que não se deu.

---

(20) *Annales d'Hygiène publique*. Avril 1815, pag. 399.  
Citado por Wilbraud—*Lehrbuch uer gerichtlichen Psychologie*, pag. 167.

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 commise il fatto, era in istato di follia o per qualunque causa non aveva la coscienza di delinquere; ovvero vi fu costretto da una forza alla quale non poté resistere.» Vê-se que onde o modelo foi abandonado, é porque se lhe deu mais largas proporções.

Fallei no Dr. Pereira, com quem não quiz formar um dueto de elogio ao art. 64 do *Code Pénal*. Mas importa declarar que esse illustre medico não pertencia á classe dos elogiastas insensatos, em cujo numero se acha, por exemplo, um senhor Lanfranc de Panthou, *procureur de la*

*république à Nantes*, que não posso resistir á tentação de, ao menos de passagem, aqui apreciar. Este pequeno auctor de uns *ninimos Études de législation comparée*, obra escripta com todo o estro patriótico 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 oCodigo penal da Allemanha. Convem inteirar o leitor do que esteCodigo 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 numero 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 prova-lo e diz :— «Primeiramente, os termos

21) Textual. — Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willenbestimmung ausgeschlossen war.

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 eu posso comprehendere que este senhor 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 a patria e, na falta de cartuchos, encher logo<sup>11</sup>

---

(22) *Etudes de législation comparée*—1878, pag. 286.

*patrona*, até de asneiras. Eis ahí uma dellas.

Com effeito, todo o mundo está de accordo, inclusive francezes mesmo, que a disposição do Código da Allemanha é muito mais ampla; que as expressões *Bewusstlosigkeit* e *krankhafte Störung der Geistesthätigkeit* 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 Allemanha é a Allemanha. Ponto. Para que melhor razão, se esta é de tanto peso?...

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

« Será verdade que as leis, de que nós fallámos (franceza, belga e genebrense) tenham deixado fóra de suas prescripções a este respeito uma quantidade de estados intellectuaes, mais ou menos accidentaes, como o *somnambulismo*, a *embriaguez absoluta*, a *epilepsia*, que não são alienação mental, mas que perturbão a tal ponto as faculdades do homem, que elle cessa de poder incorrer em qualquer responsabilidade ? » A pergunta é seria, 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 anomaes 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 pôde resistir*. Ora, é preciso não desconhecer o alcance destas expressões, que correspondem perfeitamente, segundo á nossa opinião, á 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 espirital* entram necessariamente as idéas menos extensas de *somnambulismo, epilepsia, etc.*

Mas no conceito da *força*, a que o agente não pôde resistir, ninguém dirá sériamente que ellas entrem com o mesmo gráo de justeza e evidencia. Que o somnambulo não tem consciencia dos seus actos, durante o accesso do mal, que o somnambulo é um doente, e de uma doença que perturba as faculdades do espirito, nenhuma duvida. Que elle, porém, praticando um crime, cêda ao impulso de uma força irresistivel, é o que não se diz, nem se concebe, sem alterar o valor das idéas. No somnambulo o que ha de *irresistivel* é o facto mesmo do *somnambulismo*.

Por mais que elle se esforce em contrario, não pôde resistir ao acommettimento da *nevrose* ou *psychose*, ou como melhor nome tenha em medicina, isto é, não pôde deixar de *somnambular*. Imaginemos uma somnanbula, a figura de

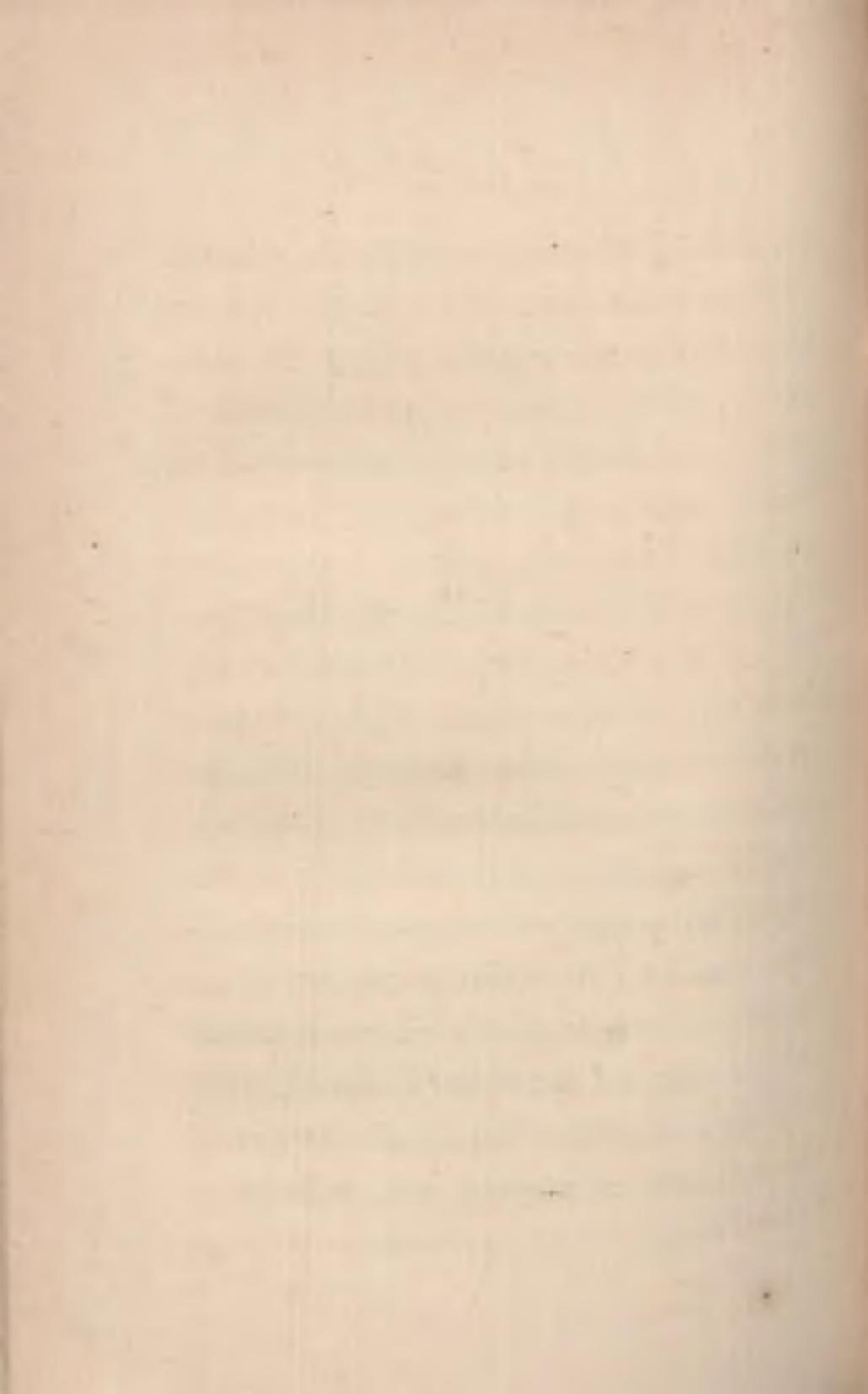
Amina, por exemplo, na bella ópera de Bellini, uma linda moça honesta e recatada, que no rigor do seu recato preferisse morrer a que lhe vissem entrar sósinha, e a deshoras, no aposento de um homem. Até onde chega, não obstante todas as precauções, o facto repetido della erguer-se dormindo a uma certa hora da noite, 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 saude, ella insurgir-se-hia com toda a sinceridade de um coração innocente, applicar a este caso a idéa da *força irresistivel* é uma

coisa 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 a alteração morbosa da sua actividade espirital. A allegação de força irresistivel só pôde vir como um *pis aller*, na falta de uma disposição mais clara e determinada.

Já se vê que o argumento de Lanfranc deixou o *Code* indefeso. Mas elle ainda affirma que tanto o art. 61 do Codigo francez é superior ao seu parallelo 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 comprehende regularmente *somnambulos, ébrios, 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 comprehenda 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 § 2º do art. 10 uma porção de casos, que elle não comporta, ou recorrer a um expediente igual ao de Lanfranc, para embuti-los no § 3º,—é justo reconhecer que o Codigo é defeituoso e precisa de uma reforma.

Importa, porém, não confundir esta minha opinião com a que, porventura, visasse collocar o legislador criminal na contingencia de estar sempre á escuta dos oráculos da medicina, nas questões de imputabilidade, para ir, de accordo 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 aceitavel, nem por isso é menos merecedora de menção e respeito. O grande philosopho pensava que a questão de saber, se um accusado, na occasião de commetter o facto criminoso, estava na posse de sua razão natural, é toda psychologica, e a *medicina forensis*, que se julga autorizada a resolve-la, é um entremettimento na seára alheia, — *Einmischung in fremdes Geschäft*. (23)

A este modo de vêr, um pouco desanimador, pelo peso da authoridade, 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

(23) *Antropologie* — § 41.

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 a 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 transcendentales, possa satisfazer ás exigencias da justiça. Ao contrario disto, o medico é o unico verdadeiro philosopho natural e psychologo empirico... » (24)

Aceito as razões de Metzger, que fòram

ainda reforçadas por Hoffbauer. Mas sinto-me obrigado a dizer que infelizmente nesta acção *finium regundorum* entre as duas sciencias ainda não se deu a ultima decisão. A idéa de Kant era sem duvida uma extravagancia; mas a de Metzger envolvia porventura uma verdade reconhecida e aceita pela classe medical inteira? Não de certo. E a prova é que de então para cá, nem todos os medicos têm sabido conter-se, a 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 antigualha 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 serio, 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 medébins 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 medébins 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 à toute prévention scientifique. Par malheur, les medébins 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 pôde ser mais decisivo. Coste encontrou um defensor ardente no advogado Régnauld, que chamou as palavras citadas:—un passage plein de force et de verité.

Em sua obra—*Du degré de compétence des médecins dans les questions judiciaires relatives aux aliénations mentales* (1828), Régnauld permittio-se carregar as tintas do quadro, e fê-lo 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 Régnauld, 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 accordo com este modo de vêr. 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, encarega 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 più 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 cuidado e segurança, mas o juiz, em sua alta ignorancia, entender o contrario, lá vai a fera entregue á sua familia, correndo-se o risco de vê lo, no dia seguinte, atirar-se sobre a primeira mulher, que lhe passe pela porta. « Conforme ao juiz parecer mais conveniente » diz o Codigo ; porém o

---

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

juiz pôde ser Pierrot ou Arlequim ; logo é... « conforme parecer mais conveniente a Arlequim ou a Pierrot. »

E' um ponto este bem digno de attenção. Por minha parte, não duvidaria, em relação ao Brazil, exprimir o mesmo voto que ha cincoenta annos fizera B. Serres, a respeito do seu paiz, julgando necessario... «qu'il y ait en France comme dans le nord de l'Europe des médecins chargés d'une manière spéciale de faire seuls des rapports, sur lesquels la justice doit baser ses décisions.» Nem ha nada de mais simples:—assim como temos *medicos do exercito*, *medicos da armada*, *medicos da policia*, 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.

---

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

## IX

A minha opinião está assentada :—aos medicos, e só aos medicos é que compete apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psycho-physica dos criminosos. Elles não devem limitar-se a *attestar* esse estado, mas antes devem *judga-lo* magistratica e auctoritariamente. Isto, porém, não quer dizer que eu subscreva, como razoaveis, todas as suas doutrinas em materia de psychologia criminal. Nellas existe uma grande parte de 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 consciante pôde applicar as palavras de Ezequiel, fallando daquelle volume que Deus lhe déra 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 auctor, unidos á circumstancia de occupar-me de assumpto que tem pontos de contacto com as doutrinas ali expendidas, tornam explicavel a avides, 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 livesse sido perturbada por um

pouco de amargo, que deixaram-me os exageros do especialista infatigavel.

Com effeito, qualquer que seja a admiração que se sinta 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 dizer-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

---

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

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 sôe usar a technologia medical.

Ninguem, mais do que eu, está sempre disposto a reformar, a abandonar mesmo, como imprestaveis, as opiniões mais queridas, quando recahe sobre ellas qualquer suspeita de erro. Porém quero vêr razões que me convençam. Não sou tão exigente, como David Hume, que aconselhava, como já disse, se mettesse no fogo todo e 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 daquella sciencia, levantem-se hypotheses, se não de todo gratuitas, ao menos, actualmente, impossiveis de verificar, e, como taes, incapazes de nutrir um espirito pouco affeito a se deixar illudir por phrases retumbantes.

O *Homem delinquente* de Lombroso,—apresso-me em declara-lo, não está de perfeito 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 *ata- vismo*, sem que, comtudo, uma cousa se confunda com a outra. Por este lado, não ha duvida que o nosso auctor está muito acima da maioria dos que têm tratado de tal materia, inclusive o disparatado Maudsley, a quem Lombroso podéra chamar com mais razão do que Tyndall chamou a Büchner—*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 presuppção de que elles nos edificam, em vez de incommodar-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 presuppsto de não nos darem elles a tragar hypotheses e conjecturas, que nada resolvem, que nada esclarecem.

É não convem que o leitor fique talvez em duvida sobre um ponto que julgo capital. Não faço mysterio da minha fé philosophica: — eu sou materialista, no bom sentido da palavra. Não me insurjo nem mesmo contra a tentativa de fazer-se da chamada *sciencia da alma* um compartimento da *meteórologia*. « O homem é o que

elle come » — disse o auctor de *Kraft und Stoff*—; e não hesito em glosar:—o homem é todo feito á imagem e semelhança, não de Deus, porém da natureza, isto é, do céo que elle contempla, do ar que respira, da terra em que pisa, do leito em que dorme, e até das flores que colhe, se não até dos labios que beija. Isto não é poesia, como de tal costuma-se acoimar tudo aquillo que não sabe ao pão quotidiano das idéas e palavras corriqueiras;— isto não é poesia, é pura realidade.

O gráo de embriaguez produzida por um primeiro beijo pôde ser capaz de transformar a vocação de um homem e decidir da sua sorte ulterior. Se um dia não fôssent os encantos da bella filha dos Lagides, aquella mulher perigosa, que sabia todos os segredos da seducção, e que na idade de 14 annos já namorava com o filho de Pompeu,

— não ter-se-hia dado em Tarsus a derrota do *imperator*, e com ella completa mudança, como já disse anteriormente, na feição do mundo romano. Sem a 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 fôsse 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 auctor, mas o proveito que se aufere, não compensa o trabalho da fatigante leitura de um livro de 465 paginas de texto, com mais de 300 de appendices, tabellas e pericias.

Não cabe aqui uma critica detalhada da obra de Lombroso, cuja menção, incidentalmente 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 contestar o fundo de verdade que ha nas apreciações do sabio italiano, não é possível, comtudo, acceder-se a todos os seus propositos. O máo character da letra de um Cartouche ou de um Vidocq pôde 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 signifique alguma cousa, digna de attenção. E Lombroso mesmo não quiz dissimular esta difficuldade. Infelizmente, porém, as suas observações em contrario não são de natureza a desfazer os nossos escrupulos.

Por minha parte, entretanto, devo confessar que não sou dos mais escrupulosos. Acredito que na linguagem, fallada ou escripta, sobretudo na linguagem fallada, no bom ou no máo accento, existe alguma cousa de peculiar ás individualidades. Nem estou longe de opinar com Bernhard Schmitz que defeitos de pronuncia podem tornar-se defeitos de character. 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 at-taquait les—*t*— accusait le despotisme du cœur. Em tudo isto póde haver exagero de romancista, mas tambem em tudo isto ha uma bôa dôse 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

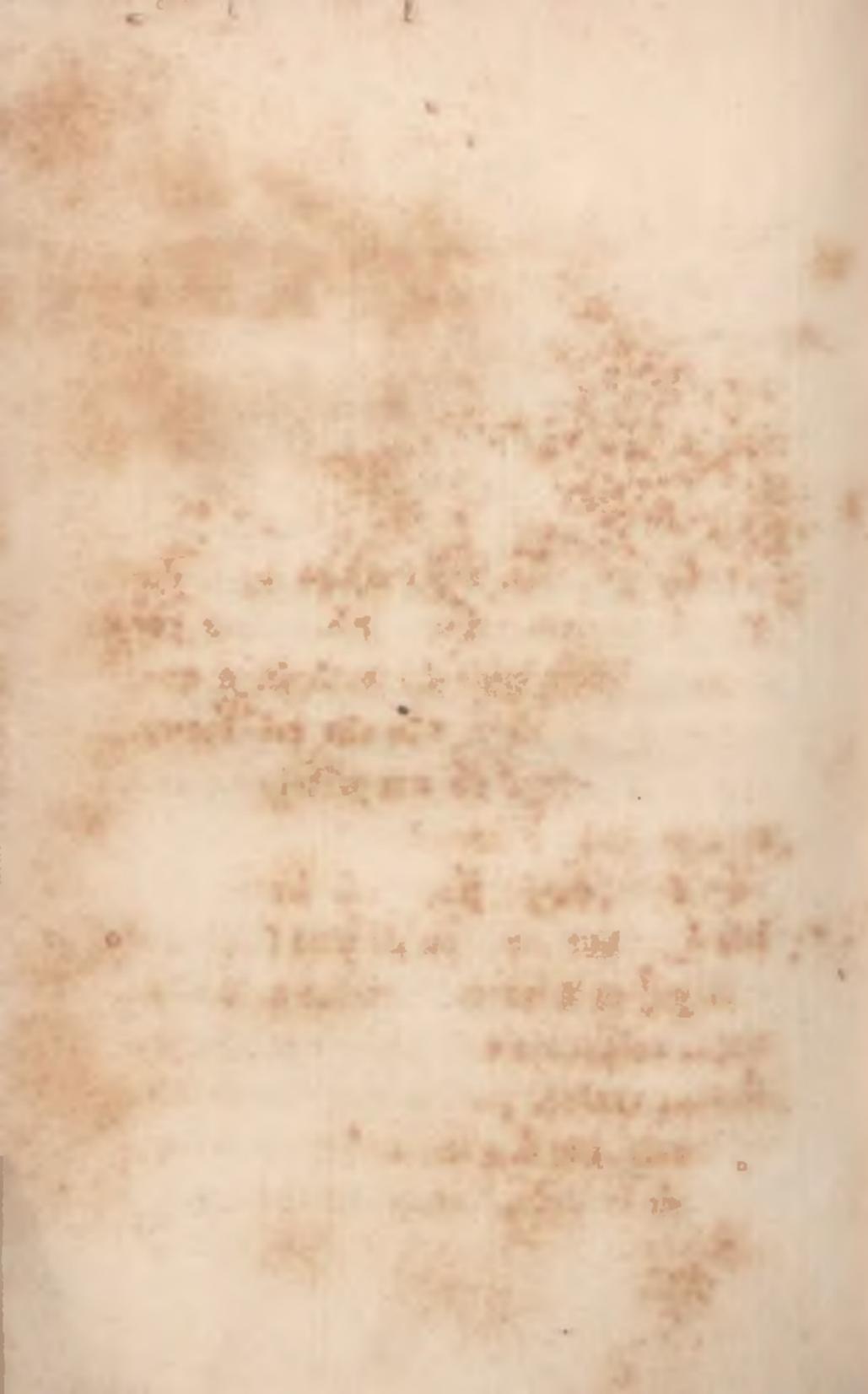
a maneira de escrever. Se, como ainda hoje se repete, o estylo é o homem, com igualdade de razão se pôde affirmar que a *calligraphia é a mulher*. Invertendo o celebre dito de um antigo grego, é a ella que bem se pôde dizer: — *escreve para que eu te veja*. Quem tivesse a felicidade de reunir autographos femininos em numero crescido, como Lombroso reunio 407 de crimosos 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 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 sobranceria, 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 Codigo 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 physica e a coacção psychica. Esta falta que se nota no artigo 4 do Código, quando falla dos que constrangem alguém a commetter crimes, eu já disse algúres que não me parecia de alta monta, concordando até em da-la como supprida pela disposição do § 3º do artigo 10, posto que me inclinasse a crer que ahi mesmo o Código teve mais em mira o constangimento psychico, pela summa raridade da coacção mecanica. (28) Permaneço na mesma opinião. O § 3º do art. 10 é attinente á questão da *vis absoluta*, á questão da violencia, *maximé*, porém, da violencia moral. O medo é realmente um estado psychologico, em que muitas vezes se póde commetter

---

(28) *Estudos Allemães*, pag. 199; Recife, 1883.

acções 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, pelo 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 perpetração de um crime *ordenado*, será de todo gratuita ?

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

irresistível, de que falla o Código, não abrangesse muito mais que a força physica.

Um individuo, por exemplo, que é obrigado a ser complice de um ladrão, por não resistir ao arrocho da corda que se lhe passa na cabeça, com o fim de faze-lo declarar, onde se acha o thesouro escondido, é victima de uma violencia mecnica, e por isso fóra de qualquer imputabilidade. Mas tambem aquelle a quem, ao entrar descuidosamente no leito conjugal, se se depára 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 irresistível*, que exclue a criminalidade.

Aqui poder-me-hiam objectar que o ultimo exemplo não seria um caso de escusa

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 § 2º do artigo 14; porém não deixa de ser uma irregularidade, ainda que muito honrosa para o senso geral da dignidade da familia.

Em face do Codigo, se a justa indignação não 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 attenuante do art. 18 § 4.º A idéa da legitima defesa de um direito já violado, já impossivel

de salvar, muito aceitavel pelo bom resultado pratico, nada mais é em theoria do que um disparate. E se acontece que o criminoso em questão esteja para com o adultero nas condições presuppostas pelo § 7º do art. 16, a consequencia juridica será que esse homem, todo coberto de razão, deve entretanto ser punido com a pena de galés perpetuas ! E' horrivel, mas é verdade. A pratica pôde constantemente desmentir a theoria, mas a theoria só pôde ser essa, que é a unica verdadeira, desde que não se permitta dar ao § 3º do art. 10 mais larga comprehensão.

Eu bem sei quanto a idéa de *força irresistivel*, applicada ao mundo moral, escandaliza certos espiritos, pelas muitas exquisites dos penalistas *humanitarios*, 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 infinitamente 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 autorizam a formação de uma theoria da *irresistibilidade*, applicada a este ou aquelle movel de acções criminosas.

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

Perché mi desti un' anima  
Che in un fatal conflictto,  
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 carcere, ou uma illusão do theatro. Quem é que já uma vez não sentio-se com animo de resistir ás tentações do demonio da paixão, diante de uns olhos depositarios de todas as influencias estellares,—e só para cumprir o dever, essa obra da mão do homem, por elle mesmo idolatrada? Dá-se a isto o nome de heroismo, e eu não contesto que seja até uma tolice; mas é sempre um facto que attesta a existencia de um poder humano, autonomo e independente, capaz de traçar limites ao despotismo das paixões.

Os crimes commettidos por força ou por medo irresistiveis têm muitas vezes pontos de contacto com os indicados no § 1º do art. 14. O conceito de uns é differente

do conceito de outros ; porquanto, ao passo que naquelles desapparece a liberdade, nestes, ao contrario, presuppõe-se que o individuo obrou livremente, e por isso é que não fica fóra da penalidade. 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.

---

Aqui último a analyse que me propuz fazer dos tres primeiros §§ do artigo 10 do nossoCodigo Criminal, deixando de

lado o § 4º d'esse artigo, por não se ligar  
tão de perto ao alvo que tive em mira  
n'este opusculo.

FIM



5/20

345.815

1327300

1884

TB-155

1584

15



