

DISSERTAÇÃO E THESES H 283

APRESENTADAS

A' FACULDADE DE DIREITO

PARA O CONCURSO

A REALISAR-SE EM JUNHO

POR

TITO DOS PASSOS DE A. ROSAS FILHO

NATURAL DE PERNAMBUCO



RECIFE

PANTHEON DAS ARTES

rua 15 de Novembro n. 67

—
1895

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

F309

177-50

DA RESPONSABILIDADE DOS MENORES

Le probleme de la responsabilité se rattache a la recherche philosophique des causes et n'en est qu'une application seulement tres ardue a l'etude des faits de l'homme vivant en société.

G. Tarde. Philosophie Penale,

E' uma epocha de crises esta que atravessamos. Assistimos a uma verdadeira palinogenesia em quasi todos os ramos dos conhecimentos humanos.

A sociedade moderna, sahida dos escombros da chamada « grande crise » depois da gestação secular da idade media, é solapada em todos os seus fundamentos pela questão social, batida em brecha com tanta teimosia que já se pode prever o advento de uma nova ordem de cousas.

A velha moral, religiosa e metaphysica, imbuída de principios hyperterreneos transforma-se diante das investigações profundas de Spencer e outros pensadores. A propria religião, na sua forma actual, sente os effeitos destes choques de ideas antagonicas e, si não desaparecer completamente o homem não pode dispensar completamente um pouco de illusões, pelo menos será transformada, de sorte a se adaptar mais ao espirito da epocha.

Tudo despe as formas antigas e acompanha esta nova renascença. O direito criminal, um dos mais fortes esteios do edificio juridico, pois sobre elle se apoia toda construção, tambem passa por uma crise tremenda que o agita, que o abala, que o renova. Velhas ideas, adqueridas por trabalhadores incansaveis em um labutar insano de todos os dias, são desalojadas das posições que occupavam, cedendo o lugar ás ideas modernas que invadem tudo com uma arrogancia de conquistas.

tadores barbaros, destruindo na sua passagem os velhos preconceitos, as velhas crenças, os velhos ideaes. O que brotará desta lucta entre ideas oppostas, deste *struggle for life*, na phrase do grande naturalista inglez? Já uma diagonal resultante deste parallelogramma de forças oppostas começa a mostrar-se.

O que desde ja se pode affirmar é que surgirá alguma coisa de melhor que o que existe, que deste cahos, desse amalgama ha de brotar alguma creação que honre á humanidade.

A ordem presuppõe a desordem. A harmonia do *cosmos* surgiu do cahos; o manto de estrellas que nos cobre surgiu da confusão de uma nebulosa. A civilização moderna é filha da idade medieval e não foi impossivel a Guisot nos indicar os elementos romanos, barbaros e canonicos que se chocaram nesta pugna de ideas. O mesmo se ha de verificar com a questão de que me occupo.

Não, que eu sonhe com uma construção definitiva do edificio social, quer no todo, que nas suas dependencias. Estaria isto em antagonismo com todo o *processus* até agora seguido na vida da sociedade. Ella tem horror a immobilidade; nella as forças dynamicas prevalecem sobre as estaticas. E' uma consequencia do espirito inventivo, creador do homem este caminhar incessante e eterno em demanda de um ideal que foge sempre quando elle procura empolgal-o. Em todo caso, a lucta entre as novas e as velhas ideas tem sido titanica. Ainda resoam por toda parte os echos dessas disputas ardentes, dessas justas homericas. Si os partidariõs das novas ideas combatem com a certeza da victoria, mais ou menos proxima, os conservadores, os metaphysicos, agarrados aos andrajos de um direito criminal que ja fez seo tempo, combatem com o desespero dos vencidos.

Nas ameias da fortaleza metaphysica ja as novas ideas firmaram o seo pavilhão como um

brado de alerta aos que sobem as escarpas. Não tardará muito que a capitulação seja assignada.

E' em todo caso admiravel que, quando os novos obreiros vão se tornando legião; quando ruidos surdos ameaçam de queda o edificio carcomido pelo tempo, ainda haja quem acredite na victoria dos antigos pontos de vista. So uma fé cega, uma crença inabalavel podem produzir uma tal illusão.

Talvez que a luz do novo sol os cegue, por terem até agora vivido nas trevas. Quanto mais arraigada for a illusão, tanto maior será a desillusão final. Até lá, é dever de quem ama a verdade, de quem quer vel-a triumphante por toda parte combater, combater com intrepidez e sem tergiversões. A victoria será tanto mais bella, quanto mais duradoura e renhida for a lucta.

Vencer sem perigo é triumphar sem gloria ja o disse um litterato de folego.

Um dos pontos em que esta lucta é mais accesa, onde o terreno é disputado palmo a palmo, é o que versa sobre a responsabilidade.

Aquelles que julgam a responsabilidade uma cousa facil porque ouvem fallar nella todos os dias, parecerá estranha esta affirmacão. Pobres cegos que não vêm quão difíceis de comprehender e definir são as ideas com que jogamos todos os dias, principalmente quando sobre ellas se accumulam systemas diversos, vindos de todos os tempos e de todas as direções. E, si esta idea não designa uma cousa tangivel, cada pensador julga-se com o direito de dar-lhe um conceito especial, de sorte a chegar-se finalmente a um cahos. Bem feliz deve-se julgar aquelle que neste dedalo inextrincavel, encontra algum fio de Ariadne que o condusa ao fim almejado.

Quando não, a sua perda é inevitavel. Todos sabem que a palavra responsabilidade tem sido tomada em diversas acceções: responsabilidade moral, responsabilidade juridica, responsabili-

dade social etc. Por outro lado sabe-se que tem-se querido substituir a responsabilidade pela imputabilidade, dando áquella um conceito diverso do que geralmente se lhe dá. Sem querer entrar nesta discussão, destituída de utilidade pratica, limito-me a deixar aqui assentado a maneira de ver de B. Alimena a este respeito. Não é necessario dizer que para este profundo jurista não existe imputabilidade moral. São suas as seguintes palavras: *Eliminato il libero arbitrio non si può più parlare d'imputabilità morale*. (1)

Para elle a responsabilidade é um elemento todo externo e politico e estabelece uma simples relação de causa a effeito, a imputabilidade é uma relação psychologica e ethica, conhecida de toda humanidade e sentida pelo proprio delinquente.

Em outro lugar accrescenta que se por um lado a imputabilidade é a expressão da relação intima que existe entre a intenção consciente e o crime commettido, por outro lado é o symbolo da necessidade instinctiva de reacção ao mal com o mal, de reacção ao bem com o bem e isto independentemente, pelo menos na apparencia, de toda idea de utilidade. (2)

A unica vantagem que ao direito criminal adviria com a substituição da palavra reponsabilidade pela palavra imputabilidade, seria destruir uma certa confusão a que se presta aquella palavra por ser empregada ja pelo direito civil, já pelo direito criminal.

Reconhecendo esta vantagem, não rompereí, em todo caso, com a velha tecnologia por ser a mais commumente empregada e por differencia ao titulo que epigrapha estas linhas.

Seja-me licito antes de entrar no assumpto principal mostrar de um modo ligeiro a origem e evolução da idea da responsabilidade e o modo

(1) Alimena - I limiti e i modificatori; dell, imputabilità.

(2) —op. cit.

como as diversas escholas comprehendem esta questão. Isto será feito em uma synthese rapidissima, como convem a quem não tem pretensões de esgotar a materia.

..

« Si a memoria me não mente » eu ja li em alguma parte que a poesia epica brotou do cerebro de Homero já em um estado de perfeição que nunca mais foi ultrapassado.

Todos os dias se repete com uma insistencia desesperadora que Minerva brotou do cerebro de Jupiter perfeita e acabada. São phrases obrigadas para produzir effeito. Eu supponho, porem, que não se exigirá que eu diga que a theoria da responsabilidade está nestas condições. Isto seria fazer uma affirmação evidentemente falsa, para a qual não estou disposto. Não só tal affirmação seria desmentida pela historia do instituto, como tambem estaria em contradicção com o *processus* geral que rege tudo quanto existe. Em regra geral se marcha do homogeneo para o heterogeneo, do indefinido ao definido (Spencer).

Em a natureza como na sociedade, tudo evolue, tudo se transforma, nada se perde.

As transformações não se fazem bruscamente, ellas passam por estadios diversos, progressivamente, antes de se crystallisarem por algum tempo em uma forma mais ou menos definida. Ellas desconhecem os saltos, odeiam os *clowns*.

E' por isto que eu me sirvo aqui das palavras do illustre professor da Universidade de Napoles: « O conceito pratico da responsabilidade como factio social e humano, soffre o mesmo processo dos outros phenomenos ». (1)

E relativamente ao assumpto de que me occupo agora, eu ainda encontro, na obra do eggregio

(1) Alimena -I limiti e imodificatori dell' imputabilità.

pensador, as seguintes palavras que valem ouro :

« Assim como o direito se forma por um processo de integração em que se vai do uno ao multiplo, do caso ao principio, do facto á lei, assim evoluem a responsabilidade e o conceito da pena. » (2) Por estas palavras bem se vê que eu obrei com juizo não fazendo applicação á responsabilidade do celebre caso da Minerva da theogonia pagã. O menos que me podem conceder é que eu acolhi-me a uma sombra respeitavel ; para me exporem ao sol da critica será necessario por em 1.º lugar Alimena por terra. Em todo caso é imprescendivel a todo aquelle que procura surprehender a genese de responsabilidade, distinguir o sentimento do instituto, da sua noção.

Primo, porque noção implica conhecimento mais ou menos rudimentar, ao passo que o sentimento o dispensa, *secundo* porque o desenvolvimento emocional se opera mais rapidamente que o desenvolvimento mental, como magistralmente demonstrou o « nunca assaz chorado » solitario da Escada. E' uma tendencia moderna, que já está alias degenerando em mania, procurar a genese da maior parte dos institutos juridicos entre os proprios animaes. (3) O facto é que este processo de indagação tem dado em muitos casos optimos resultados. Acontece muitas vezes que certas faces do problema que viviam obscuras e soterradas, mergulhadas na noite dos tempos, como banalmente se diz, são reveladas por este meio. Pode ser que tal maneira de encarar as cousas não seja do agrado daquelles que consideram o homem um ser a parte de toda creação, um anjo cahido por ter se deixado manchar pelo peccado

(2) Tenha-se sempre em visto o conceito que Alimena faz da responsabilidade. Comotrato a qui da responsabilidade em um sentido lato, aquellas palavras me servem.

(3) E claro que, quando falio de animaes, exceptuo o homsm, se bem que o considere, não um anjo cahido, mas um simples « bímanso da ordem dos pimatás. »

original. Não assim aquelles que abandonando estas e outras quejandas extravagancias do espirito humano, estudam a sciencia por amor da sciencia. Estes devem marchar impavidos, « direitos como a flexa para o alvo, » sem preconceitos que lhes tolham a marcha. Vou tentar alguns passos por esta « vereda escabrosa. » Comprehende-se, porem, que não vou só; tenho guias e bons, em nada parecidos com aquelle que o « homem do seculo » tinha em Waterlow. E sem mais preambulo: Os animaes têm o sentimento da responsabilidade? Tem a noção? Affirmar isto de um modo absoluto é um pouco perigoso.

E' sabido que Levy Bruhl sustenta que o sentimento da responsabilidade existe entre os animaes. (4) Esta affirmação parece ser corroborada por Spenser quando, na « Justice, » falla-nos de moral animal, sentimento do dever entre os animaes, justiça subhumana etc. E', ja o disse, um pouco perigoso chegar até lá; estes guias parecem que me querem levar a um principio. E' verdade que um animal domestico ou domesticado pode, levado por medo deixar de praticar certos actos, em virtude de ja ter sido castigado pela pratica de actos semelhantes. Si o desejo é mais forte que o temor, praticado o acto, pode manifestar receios de ser castigado. Mas, entre o sentimento do medo, pura emoção depressiva, e o sentimento da responsabilidade, parece que não se pode dizer que *nulla est differentia*. Quando muito pode-se admittir que ahi está a raiz biologica do sentimento da responsabilidade. Em appendice a « Justice » Spenser nos ministra umas observações feitas por T. Mann Jones, onde se diz que a faculdade de se indignar não é especial ao homem, que um animal viola de proposito deliberado o principio que reconheceo e finalmente que é capaz da noção de responsabilidade! São

(4) Levy Bruhl — L' idée de la responsabilité.

muito intelligentes os animaes de T. Mann Jones ! Em todo caso eu antes quero crer que S. Senhoria enganou-se ou exagerou, do que admittir que fez com Spenser uma pilheria de máo gosto.

Si tratando-se de animaes domesticados é difficil, si não impossivel admittir nelles o sentimento da responsabilidade e muito menos a sua noção, impossivel com certeza seria fazer tal concessão aõs animaes bravios. Não se pode negar, porem, que o selvagem primitivo tivesse o sentimento da responsabilidade.

Aquelles que têm se occupado deste assumpto estão de accordo. A divergencia, aliás secundaria, somente apparece, quando se trata da noção, porque, si Levy Bruhl a concede ao selvagem sem restricções, Alimena fal-a datar da epocha do talião.

O factó é que não se pode marcar um momento preciso em que o sentimento ou a noção da responsabilidade tivessem desprendido o voo pela primeira vez. A respeito do sentimento diz um escriptor de pulso : « Pode-se affirmar que não ha um só dos povos civilizados que não tenha apresentado desde suas mais antigas phases um sentimento profundo de responsabilidade moral, nas relações reciprocas dos confrades socialmente aparentados ; e, si no selvagem contemporaneo não se acham traços desse sentimento, mesmo no circulo estreito de suas relações quasi domesticas, tem-se o direito de suppor que elles o perderam ou então que esta lacuna lamentavel é uma das causas, e não a menor, de sua paralyzação no infimo da escala social (5).

Effectivamente não se pode deixar de conceder o sentimento da responsabilidade a homens que, por mais selvagens que fossem, já viviam em grupos, ligados por meios de relações incipientes. Digo em — grupo — porque não creio

(5) Tarde—Transformations du droit.

no celeberrimo estado da natureza, porque se tem visto o homem sempre associado por mais que se mergulhe o olhar nessas priscas eras, onde, na phrase de um ibero escriptor, a consanguinidade agnatica era o principio constitucional social.

Já fiz notar que Alimena não admite que o conceito da responsabilidade existisse entre os povos primitivos, antes do apparecimento do talião. A este respeito julgo fundamental estabelecer distincção entre as relações que existiam de grupo a grupo e as relações que ligavam os membros de um mesmo grupo.

Na primeira hypothese a punição, a cargo do proprio offendido, se infligia caso por caso, predominando a vingança cruel e atroz. Os escriptores em geral só vêm esta face do problema e descutam completamente o estudo das relações internas, mais obscuras e secretas e por isto mesmo não se prestando facilmente a uma observação completa. Cabe a G. Tarde a honra de ter chamado a attenção para este ponto fundamental no estudo da genese do direito. Suppõem que o selvagem criminoso é destituido de todo remorso quando mata um *irmão* e que os espectadores da scena são completamente indifferentes.

A prova da falsidade de taes affirmações é que, como observa o illustre juiz de instrucção criminal de Sarlat, que hoje dirige com brilho a estatistica criminal, em Paris, todos os livros sagrados, todas as legendas antigas attestam o remorso vingador, a maldição indignada, que castigam os Cains, os Eteocles, os Polynices e ainda mais os parricidas ainda que o crime fosse ordenado pelos Deoses, como o de Orestes. Então não se procura a vingança cruel e bestial, nem a composição pecuniaria. Procura-se simplesmente punir, sendo o criminoso lançado as vezes fora do circulo em que vivia, o que em taes epochas equivalia a morte.

O que fazer, abandonado dos seus, entregue aos proprios recursos e cercados de inimigos por toda a parte ?

Inimigos os animaes que o rodeavam, inimigos os seus semelhantes que não reconheciam direito algum aos estrangeiros ; o desgraçado necessariamente havia de succumbir na lucta pela existencia. Já hoje é um lugar commum se dizer que, na antiguidade o estrangeiro não tinha direito, principalmente depois que o facto foi posto em relevo pela poderosa erudição delhering. Como já anteriormente disse, eu julgo a distincção entre relações internas e relações externas, de uma importancia capital. Não é necessario muito esforço de imaginação para dizer o motivo. Feita aquella distincção é logico deduzir-se que a noção da responsabilidade começou em primeiro lugar a desenhar-se, no caso de offensa aos direitos dos membros de um mesmo grupo.

Não obstante, affirmando Tarde que n'um e n'outro caso ha uma tendencia verdadeira ou simulada ao talião, e sustentando Alimena que a noção da responsabilidade falta aos povos primitivos, somente começando a delinear-se com o estabelecimento deste instituto, pode se deixar firmado que só com o estabelecimento d'elle a noção da responsabilidade começou a caracterisar-se.

Eu poderia indagar aqui se o instincto reflexo da defeza é a base do talião e das idéas do direito e de justiça como quer Letourneau (6), ou se taes idéas se originam antes do instincto de sympathia, como quer Tarde. Deixo, porem, esta questão de lado. Não obstante observo que muitos escriptores, entre outros Oliveira Martins, confundem as idéas de — vendetta e talião, quando são cousas completamente distinctas. O talião é uma vendetta já aperfeçoada ; nelle a vingança deve ser subordinada a offensa. Accresce que as idéas de

(6) Letourneau. L'evolution juridique.

talião e penitencia não são menos ligadas do que as de vendetta e talião. (Tarde) Porque não identificam-as também? Pode-se dizer que todos os povos primitivos conheceram a vendetta e estiveram sujeitos ao seu imperio. Se a encontra vicejando por toda a parte. Da vendetta ao talião propriamente dito, a passagem era facil de effectuar-se. Não se deo, porem, de um modo instantaneo e completo. Na vida do direito se observa muitas vezes uma velha usança coexistindo com uma nova que procura substituil-a.

Este factio foi frequente em Roma.

A lucta entre o direito honorario e o direito civil é bastante conhecida pelos cultivadores da sciencia de Papiniano. E já que fallo de talião aproveito a occasião de dizer que Montesquieu pensa que esse instituto provem da falta de noção de crime publico. Seja verdade ou não o factio é que mesmo depois do apparecimento da noção do crime publico, o talião continuou a vicejar. Ainda hoje se encontram vestigios dessa antiga usança. O direito romano não o desconheceo. A lei das XII Taboas, por exemplo, diz o seguinte: *Si membrum rupit, in cum eo pacit, talio esto.*

Individual quando recahia sobre um membro do proprio grupo socialmente apresentado, a responsabilidade assumia um character de solidariedade quando o criminoso pertencia a um grupo differente.

Solidaria de familia á familia de *gens á gens*, de tribu a tribu, quando não se conseguia punir o proprio criminoso, a pena recahia sobre um membro da mesma familia, da mesma *gens*, da mesma tribu.

« Si um californio perseguido se refugiava em um azilo sagrado, tido logo por cobarde, deixavam-no e a vingança ia exercer-se sobre qualquer da sua aldeia. (7) Na Australia, em Fidji dá-se

(7) Oliveira Martins—Op. cit.

ainda o mesmo. A responsabilidade não abrange somente os homens; os proprios animaes e até as cousas inanimadas o são tambem.

« O homem primitivo attribuindo a tudo uma alma mitho do um principio activo considera responsavel pelos casos a que dá lugar. » A propria Biblia manda apedrejar o touro bravo que matar alguém. Os parentes do kuki morto da queda de uma arvore, derrubam-na e despedaçam-na, diz Oliveira Martins.

Quando Xerves flagellava o Hellesponto não o tornava responsavel?

Uma reminiscencia archaica das responsabilidades das cousas inanimadas nos é fornecida pela Inglaterra. Ahí a besta que matou, a roda do carro que esmagou um homem, a arvore que tombou sobre elle são *deodand*, dons de Deos, isto é, confiscados e vendidos em proveito dos pobres (8). Tambem por atavismo historico foi que aquelle juiz de que nos falla Michelet condemnou um porco. Entre nós não se tem dado casos semelhantes? Seria por atavismo historico? Eu inclino-me a crer que foi por ignorancia. Deixo de lado o systema da composição pecuniaria que substituiu, pelo menos em parte, o talião, e que foi tão preponderante entre os germanos. Basta me notar com a Alimena que o verdadeiro periodo da responsabilidade que achou depois o seo complemento na revolução franceza, começa com o resurgimento do direito romano, a idéa de equivalencia existente na composição e a influencia do christianismo. Até ahí o livre arbitrio nenhuma influencia tinha exercido sobre as leis penaes. Foi na idade medieval que elle tornou-se para empregar as palavras do escriptor em ultimo lugar citado a alma do direito punitivo (9).

Synthetisando o que até aqui tenho dito,

(8) Oliveira Martins—Op. cit.

(9) Alimena—Op. cit.

pôso firmar em conclusão : 1.º a reacção contra o delicto surgiu como um caso occidental e pouco a pouco se integrou no conceito amplo da responsabilidade ; 2.º, o sentimento da responsabilidade começa a manifestar-se desde os primeiros momentos ; 3.º, a noção da responsabilidade só surge na epocha do talião, podendo se quando muito, admittir a existencia de uma prenoção della, na epocha da vingança propriamente dita ; 4.º, a responsabilidade, ao principio relação objectiva de causa a effeito, tornou-se uma relação subjectiva baseada sobre a vontade (10) ; 5.º, na origem ha duas especies de solidariedade : uma, ligando os parentes do offensor ; outra, ligando os parentes do offendido (11) ; 6.º, na actualidade, a primeira especie, tem quasi que desapparecido, ao passo que a segunda tem tomado um elasterio extraordinario de sorte a transformar a acção privada em acção publica, em que toda a sociedade está empenhada, a considerar a pena como um meio de defeza social (12).

Chegado a este ponto, aquelle que tiver seguido a evolução da responsabilidade, poderá observar que esta busca foi em pura perda, pois que a responsabilidade não passa de um *flatus vocis*, de uma especie de estorvo, creado por criminalistas sonhadores para impedir a marcha do direito punitivo. Será uma affirmacção verdadeira? Vê-se que a ordem natural do assumpto me impede de ir alem, sem que deixe firmado o modo como se entende esta questão. E' um ponto sobre que as escholas se degladiam encarnicidamente. E' verdade que tal assumpto já foi entre

(10) Alimena—Op. cit.

(11) Tarde—Philosophie penale.

(12) Tarde—Op. cit.

nós magistralmente tratado pela poderosa erudição do Dr. Clovis Bevilacqua (13):

Mas, como tratar da responsabilidade dos menores sem ter antes provado que a responsabilidade existe? Seria um contra-senso. Eis porque eu me vejo obrigado a dizer duas palavras sobre a questão. Tados sabem o modo pelo qual a eschola se convencionou chamar classica ou espiritualista entende a responsabilidade.

Esta eschola que, na phrase de Alimena (14), corresponde ao monismo idealistico e ao dualismo espiritualista, estuda o dilicto como um ser a parte, considera a pena como uma espição e affirma pelos orgãos de seus chefes mais eminentes — Carrara, Pessina, Chaveau, Hauss, etc. — que o livre arbitrio é uma condição indispensavel á responsabilidade.

A columna que servia do suporte ao edificio está, pode-se dizer ~~se~~ completamente carcomida pela critica e o edificio necessariamente desabará, a falta de apoio. Ja não ha hoje quem, attendendo as investigações da sciencia moderna, accredite nas ideas primarias, gravadas *ab eterno* na consciencia do individuo, nem no indeterminismo da vontade. Ja é velha a lucta entre o determinismo e o livre arbitrio. Remontando a philosophia grega pode se assistir lá ás primeiras pugnas e seguir as peripecias da contenda até os tempos actuaes. Por um lado vemos se inclinando para a negação da liberdade absoluta philosophos como Socrates, Platão, os Stoicos, Hobbes, Locke, Spinoso e Hume. Si batem pelo indeterminismo da liberdade Aristoteles, Epicuro, Carneades, Descartes, Leibnitz. Foi o velho philosopho de Kenisberg quem procurou ligar os extremos por meio de concessões feitas a um e outro lado, po-

(13) Refiro-me a um artigo publicado na Revista Academica.

(14) Alimena—Op. cit.

clamando a liberdade para o mundo noumenico e o determinismo para o mundo phenomenico.

A conciliação era inaceitavel.

O noumenon de Kant, isto é, a cousa em si, escapa a todos os nossos dados de cognição. Ao contrario do que dizia um philosopho da antiguidade, nós so conhecemos o que é passageiro, o que é instavel.

Tudo passa, tudo se modifica, tudo se transforma, tudo está sujeito a um *fieri* perpetuo. Admittir liberdade para o que nós não conhecemos é construir no vacuo, é fazer castellos no ar. O livre arbitrio não passa de uma illusão que não tem baze solida. Esta illusão é devida a tres equivocos observa Alimena, firmado em Spinosa, Bain, Spenser e Piperno: o ter conhecimento de nossas volições, mas não das causas que as produzem; o crer que o motivo (segundo os deterministas) deve ser um peso prepotente que faça precipitar *tutte le bilance*, quando é uma identidade o affirmar que o mais forte dos motivos determina a acção, sendo esta que nos diz qual dos dois motivos é o mais forte, não absolutamente, mas em relação ao estado de consciencia no momento da diliberação, e em 3.º lugar o celebre testemunho da consciencia que é um equivoco em primeiro lugar, porque a consciencia nos attesta a liberdade de obrar o que queremos e não a liberdade de querer, e em segundo lugar porque a consciencia nos mostra somente a forma de nossa volição e não a sua essencia intima, porque os motivos se fundem em nós, fazem parte do nosso ser, de sorte que não podemos distinguir quem ordena de quem obedece. (15)

Sobre o sembre lembrado testemunho da consciencia é o caso de dizer-se com o Dr. Clovis: « Não tem um fundamento serio esta confiança no depoimento da consciencia qual os-

(15) Alimena—Op. cit.

tentam os partidarios do livre arbitrio. Quando praticamos um acto e affirmamos que poderiamos não tel-o praticado, a affirmação é gratuita, porque houve no espirito uma simples representação de factos possiveis em antithese a existencia real de actos consumados, representação que não nos habilita a julgar, com certeza, a effectuação desses actos representados pela imaginação. »

Accresce que a existencia do livre arbitrio está em verdadeiro antagonismo com a lei da causalidade que é incontestavel. « Dado o principio da causalidade como tradusindo abstractamente o modo uniforme pelo qual se realisam os phenomenos de todo cosmos, e admittida a unidade evolucional dos mundos, inorganico e organico, do physico e do psychico, o livre arbitrio se afigura como uma incongruencia, como um sonho creado pela imaginação para fugir a contingencia desta existencia phenomenica » (16).

Si o grande cosmos, o insaciavel cosmos, está sujeito a leis que regem desde as formas mais intimas da materia, até o curso dos astros, como suppor-se que o pequeno mundo da mentalidade humana, tão limitado e restricto relativamente a tudo que fóra della existe, é regido pelo arbitrio?! Pois o que é psychico não tem como correlativo e baze o que é physiologico, que lhe serve de *subtractum*, de sorte a não se poder marcar um limite certo entre estes e aquelles phenomenos?

Como admittir-se a existencia de leis physiologicas e sustentar-se que a vontade humana é liberrima, que o mundo da intelligencia é um cahos? Como elevar se a psychologia a altura de sciencia, banindo toda e qualquer lei reguladora da vontade? (17).

(16) C. Bevilaqua. — Revista cit.

(17) Não desconheço que ha quem negue a existencia da vontade como faculdade distincta e independente.

Quem já viu sciencia sem leis? Pode-se dizer do livre arbitrio o que uma canção hilariante e mordaz dizia incognoscível nonmenon de Kant:

Je t' aimerais

Si seulement je te voyais !

Quel peut bien être ton visage?

Est il gai, vit ou languissant?

As tu le regard séduisant?

Tout ou moins apprends nous ton age (18).

Infelizmente elle nunca mostrou o semblante a gente, de sorte que eu não sei se elle é bello como Paris ou feio como Quasimodo, o celebre sineiro de Notre-Dame. E nós temos o direito de desconfiar de quem vive nas trevas. Finalmente os psychologos modernos, como Wundt, Bain, Ribot, Luys, Herzen, têm dado taes golpes no livre arbitrio que já se pode presagiar que, em um futuro proximo, dominará de um modo absoluto a theoria do determinismo.

E não se tenha medo das suas consequencias. Do livre arbitrio é que decorrem consequencias estranhas. Em primeiro lugar deve-se observar que não existindo dilicto fóra da causalidade psychologica, ninguem seria completamente imputavel; em segundo lugar, não negando os partidarios dessa theoria que o dilicto é o fructo de uma certa indole, de uma educação mais ou menos viciada, fazendo eclosão na sociedade em virtude de certas condições, chega-se a extranha conclusão de que consideram escusa de responsabilidade o que os partidarios do determinismo da vontade julgam factores do crime (Alimena). Accresce que um systema de penalidade baseado na existencia do livre arbitrio só pode ser artificial e arbitrario.

Destruído o livre arbitrio o que resta da responsabilidade dos classicos? Nada. Adiante,

(18) Apud. Clovis Bevilacqua.

pois. Os mais fogosos partidarios da eschola, que já se denominou muito propriamente de positivo-naturalistica, rejeitam como imprestavel e prejudicial a questão da responsabilidade. Esta amputação é necessaria ao direito punitivo? Ou pode-se, injectando novos elementos de vida, no velho organismo depauperado, tornal-o viavel? Para diante se verá si o direito criminal teve tambem o seo Brown-Sequard. Observe-se que com a eschola positivo-naturalistica, que se diz baseada sobre a doutrina do organismo social e que tem a sua frente pensadores como Lombroso, Garofalo, Ferri, Marro, Fioretti, Puglia, Vitto Porto, para não citar mais nomes, a criminologia tem, na expressão de Alimena, entrado na sua segunda phase, phase positiva que faz a historia natural do dilicto e a biologia do delinquente.

Os grandes meritos desta eschola não podem ser desconhecidos. Bastar-me-ha apontar com o sempre lembrado Alimena o seguinte: ella fundase sobre a negação do livre arbitrio, tem insistido sobre a defeza social, tem estudado o delinquente e o dilicto, tem dado um largo campo a prevenção, tem continuado a historia natural do dilicto e do delinquente e tem recolhido grande numero de observações.

O seo maior defeito é ter seguido uma especie de moda biologica; quiz confundir o homem com os outros animaes, deo uma importancia excessiva aos phenomenos biologicos como factores do dilicto, procurou identificar o criminoso com o doente, abandonou o estudo da legislação e da historia (19). Ser-me-ia facil amontoar aqui citações sobre citações para provar que a eschola positivo-naturalistica não admite a responsabilidade. Bastar-me-ha, porem, que Garofalo confessa que a responsabilidade moral é batida pela eschola classica, que o principio da responsabili-

(19) Alimena—Op. cit.

dade é um verdadeiro escolho lançado diante da pena para impedil-a de attingir o delinquente, no que é apoiado por Krœpelin quando diz que o conceito da responsabilidade é imprestavel. Note-se ainda que Bruno Bataglia diz, na Dinamica del dilitto, « que o homem não sendo livre não é tambem responsavel. »

O Dr. João Vieira abunda nas mesmas idéas. Quando algum partidario desta eschola falla de responsabilidade, todo mundo sabe que se refere a responsabilidade social somente. Eliminada a responsabilidade, como *abyssus abyssum invocat*, segundo se diz no psalmo de David, uma serie de consequencias irromperam. Não tenho necessidade de me occupar dellas ; não é uma critica a eschola positivo-naturalistica, que aqui faço. Restrinjo-me a responsabilidade.

Do seio da propria eschola surgiram divergencias sobre este e outros pontos, entrando o direito penal na sua terceira phase que é positiva no methodo e critica no conteúdo (Alimena).

Os dissidentes (Carnevale, Alimena, Colajanni, Tarde, etc.) formaram a denominada eschola positivo-sociologica de cuja existencia ainda muitos descrevem (Tuozzi, Impallomeni, Cimbali, Wulfert, von Liszt, Tarde, etc. Estes ultimos descreem da existencia da propria eschola positivo-naturalistica). O facto é que procurou-se dar uma nova forma a responsabilidade, despindo-a da velha roupagem com que a vestia a eschola classica, e apresentando-a, nova Phryné, aos olhos dos criminalistas deslumbrados.

Entre os espiritos potentes, acostumados a penetrar nestas obscuras regiões da psychê humana, que procuraram soerguer a theoria da responsabilidade destacam-se Paulhan e Tarde. Julgo que Paulhan (20) não tem rasão quando diz

(20) A theoria de Paulhan se acha na Revue philosophique de 1892.

que a responsabilidade não é uma questão de causalidade, e sim uma questão de finalidade. Todos sabem a grande importancia que a lei da causação representa na responsabilidade. O proprio Paulhan diz que a primeira condição para que alguém seja responsavel por um dos seus actos é que seja de qualquer modo o seu auctor; que uma pessoa é responsavel por seus actos em quanto é causa delles.

E acrescenta: « Somos responsaveis por nossos actos quando somos nós que agimos, somos responsaveis pelos actos de nossos subordinados, quando fomos nós que os inspiramos, ordenamos ou permittimos ou não tomamos as precauções necessarias para impedir a sua realisação. » Ouahi entra a causalidade, ou, eu confesso, não entendo o que leio. Para que haja responsabilidade Paulhan exige não só a identidade pessoal e a relação de causalidade entre a pessoa e o acto, como tambem que haja entre uma e outra uma relação de finalidade.

Quando se trata do Eu como um todo organizado a responsabilidade se subordina a presente lei por elle formulada: A responsabilidade do Eu é proporcional ao gráo de systematisaçaõ dos elementos do Eu, ao acto e á tendencia que o determinaram, que devem, demais, ser considerados como fazendo parte destes elementos, proporcional tambem ao gráo de systematisaçaõ entre os elementos actuaes do Eu, e aquelles que a estes se vem juntar mais tarde, em virtude do proprio acto, as impressões, ás percepções, aos sentimentos que são a representaçaõ no individuo e á apreciaçaõ pelo individuo das consequencias do acto. A lei é tão longa que obriga a se tomar folego no meio e expressa de um modo tão nebuloso que dir se ia de origem germanica. Engraçado, porem, é que Paulhan admite a responsabilidade dos elementos psychicos (!) e diz que de um modo geral cada um destes elementos é res-

ponsavel por suas consequencias logicas, pelos outros phenomenos psychicos que são produzidos por elle, segundo a lei da associação systematica.

Esta responsabilidade está na rasão inversa da responsabilidade do conjunto e é inversamente proporcional a solidariedade de cada um dos elementos com o conjuncto dos outros.

Quando se trata de estados morbidos a responsabilidade tambem se mede pela coordenação dos phenomenos. Basta o que até aqui tenho dito, para dar uma idéa da theoria de Paulhan.

E' facil de ver quanto ella tem de artificial e arbitrario. Ella suppõe uma fragmentação absurda do Eu quando falla da responsabilidade dos elementos psychicos! Si a occasião não fosse de seriedade, eu promittiria um doce a quem me explicasse este enigma. Com que facilidade se faz o Eu em trapos e se planta a anarchia no cérebro! Ah! Ravachol! Estes psychologos.....

A responsabilidade dos elementos psychicos é uma verdadeira subtiliza que só poderia ter lugar em um tratado da « sciencia dos primeiros principios e das causas ultimas e originarias das cousas ». O facto é que os elementos psychicos vivem tão ligados, tão concatenados, que um não pode soffrer sem que os outros participem de seus soffrimentos. Separal-os, isolal-os é destruil-os. A theoria de Paulhan leva ao systema da responsabilidade proporcional dos alienados, systema que com desprazer vejo sustentado pela immensa auctoridade de Legrand du Saulle. Neste ponto é o caso de se bradar com Jules Falret:

Quem tem a pretensão de possuir um phrenometro, isto é, um instrumento bastante preciso, bastante rigoroso, para calcular com exactidão nesta estatistica intellectual e moral, neste mecanismo completo das faculdades intellectuaes, moraes e instinctivas, o poder das forças de im-

pulsão e o contrapeso exercido pelas forças da resistencia? (21).

Desde que este phrenometro ou este psychometro não existe, fallar em responsabilidade proporcional dos alienados é commetter uma verdadeira heresia scientifica, é querer entregar ao arbitrario e ao acaso a vida e a honra dos individuos e das familias (22).

E accete-se uma theoria que leva a estas consequencias! Quem quizer que o faça; eu... cancello-a e passo adiante.

Resta-me fallar da theoria de Tarde, a unica que no estado actual do direito primitivo mais se aproxima da verdade. Si bem que ella tenha pontos de contacto com a theoria de Paulhan, não nos leva áquellas consequencias exdruxulas a que forçosamente nos arrasta a theoria deste ultimo escriptor. Não que a theoria do auctor da « Philosophie penale » seja perfeita, mas é o caso de se dizer com o velho Esopo: *Minima de malis*. E' sobre a identidade pessoal e a semelhança social que o eggregio criminalista esteia a sua theoria que, segundo elle; tem a vantagem pratica de fazer repousar a responsabilidade sobre a identidade que é um facto patente, antes que sobre a liberdade que é um facto latente. (23)

« A identidade é a permanencia da pessoa; é a personalidade encarada sob o ponto de vista de sua duração. » Por outras palavras pode-se dizer que ella é a permanencia das tendencias fundamentaes ou predominantes do individuo, é a consonancia entre os estados actuaes e o passado (24) Mas o que vem a ser o Eu? E' difficil dizel-o, tantas tem sido as definições até hoje dadas. Como esta discussão nenhuma utilidade

(21) Jules Falret—Dict. encyclop. des sciences medicales.

(22) Culerre—Les frontieres de la folie.

(23) A theoria de Tarde se acha desenvolvida na Philosophie penale, de onde são extrahidas as citações do texto.

(24) Clovis Bevilaqua.—Rev. cit.

traria, limito-me a dizer com um psychologo distincto que elle é uma synthese dos elementos psychicos unificados pela associação que os enca-deia uns aos outros, e pelo systema nervoso que é a baze de todos elles.» Na evolução psychica do individuo os diversos estados vão se concate-nando de tal sorte que as passagens são quasi que insensiveis.

Não ha saltos bruscos, passagens imprevistas, mutações rapidas ; a evolução opera-se gradual-mente e o sedimento antigo vae servir de baze ao elemento novo. Aqui não se trata de uma iden-tidade absoluta do Eu, o que seria incompativel com a lei da evolução. Constata-se somente uma permanência das tendencias fundamentaes, prin-cipalmente depois da elaboração da primeira idade.

E' certo que o Eu soffre transformações, e eu mais adiante insistirei sobre ellas ; mas, desde que as mudanças que elle possa soffrer, sejam normaes, a indetidade conserva-se.

Ella so desaparece quando ha uma rutura do Eu, isto é, quando « apparecem estados men-taes em divergencia essencial com o aggregado organico de ideas, sentimentos e tendencias cons-titutivas do Eú. » E' o que se verifica na lou-cura. Neste caso como que um ser novo vem substituir o antigo.

A outra condição é a semelhança social entre o criminoso e a victima, condição que *Jarde*, aliás, julga secundaria. Para que haja semelhança so-cial não é imprescindivel que os individuos se as-semelhem pelos traços do rosto, a conformação ou a capacidade craneana etc.

O que é necessario é que, em uma *larga me-dida*, suas inclinações naturaes, quaesquer que sejam, tenham recebido do exemplo ambiente, da educação commum, do costume reinante, uma di-reção particular que as tenha especificado. Alem disso é preciso que em uma larga medida tambem

as suas sensações *brutas* fornecidas pelo corpo e a natureza exterior tenham sido profundamente elaboradas pelas conversações, pela instrucção, pela tradição e convertidas deste modo em um conjunto de idéas precisas, de juízos e *prejuízos*; conforme na maioria ás crenças de outrem, ao genio da lingua, ao espirito da religião da philo-so-phia dominante, á auctoridade dos avós, ou dos grandes contemporaneos. Isto não obsta a que em rigor para que haja semelhança social baste que se tenha aprendido a julgar os actos do mesmo modo que os outros, que se partilhe sua concepção do bem e do mal, concorçando em these geral com elles sobre as maneiras licitas e illicitas de proseguir teleologicamente seo fim. Em synthese esta é a theoria do criminalista francez.

Ao seo espirito arguto, porem, não occorram todas as condições. Foi por isto que o Dr. Clovis Bevilaqua criticou-a.

Diz este mestre que a causalidade, a identidade do Eu e a semelhança social não prefazem o numero das condições necessarias para a existencia da responsabilidade, e julga imprescendivel que o auctor do acto criminoso o tenha previsto ou querido commettel-o. O *animus deliquendi* torna-se assim uma condição *sine qua* da responsabilidade. E sufficiente ainda? Parece-me que sim.

Em todo caso para se prevenir qualquer objecção, como a que fez Garofalo a theoria de Tarde, e de que eu fallarei daqui a pouco, pode-se accrescentar que o querer do agente não deve assumir um character morbido. O louco não é incapaz de discernir o bem do mal, de querer uma cousa. Mas, a sua vontade está doente, viciada por um elemento morbido. A rasão pela qual procurei esclarecer mais este ponto é porque, Garofalo no « Appendice á Criminologia » critica a theoria de Tarde a pretexto de que se o criminoso

que se tornou louco perde a sua identidade, o mesmo não se dá com aquelle que nasceu louco.

Ora pela theoria de Tarde este ultimo seria responsavel no pensar de Garofalo. Dá-me vontade de dizer na lingua de Dante; *niente de tutto questo*. Em primeiro lugar porque si ha identidade pessoal, não ha semelhança social; em segundo lugar porque a vontade no louco está viciada por elementos morbidos.

Compreende-se facilmente que eu não poderia responder que o louco não é responsavel porque não quiz praticar o acto; isto seria desmentido pelos que tem lidado com alienados. Pode-se exprobar a theoria de Tarde um que de vago e artificial que ella deixa subsistir na determinação da identidade e da semelhança social.

Isto, porem, não impede que aquelles que não procuram uma correlação mathematica entre a pena e o dilicto, e julgam a responsabilidade necessaria ao direito primitivo, batam palmas a argucia do pensador francez.

Poderia ainda fallar aqui de uma theoria de Poletti que toma a « acção normal » como base de responsabilidade; mas julgo desnecessario proseguir mais em tal assumpto, já tendo manifestado as minhas sympathias pela theoria de G. Tarde.

*
*

E agora que o assumpto principal tem de ser debuxado, as difficuldades se entrecruzam em uma confusão tal, que quasi me faz exclamar como no « Faust de Goeth, » esta psychologia humana dramatizada na phrase de um poeta contemporaneo:

Tout cela me rend aussi bête

Que si j'avais une rous de moulin dans la tête.

E que o assumpto apresenta um polymorphismo tal, que todas as soluções até hoje apresentadas são eivadas de defeitos. Não ha uma só contra a qual não se possa oppor objecções serias.

Reconhece-se mesmo a impossibilidade de fazer uma fusão ampla de theorias, muitas vezes completamente antagonicas, de sorte a formular uma solução que aggreme todos os espiritos em uma communhão de idéas e de conceitos.

E note-se que não é somente no campo vasto e fecundo da theoria, adubado pela contribuição que lhe têm trazido os espiritos mais eminentes dos seculos passados e deste seculo que alguém já chamou — « seculo de paroxismo — » que o problema da responsabilidade dos menores tem tido soluções diversas. Tambem os codigos, principalmente quando se desce a particularidades, não consagram regras fixas e uniformes, de sorte que, no amontoado de soluções dadas por elles, o espirito vacilla e não sabe para que lado se decidir, de que lado está a verdade. Oxalá que, no futuro, depois de uma gestação secular, os principios entrados para o cadinho da critica sejam expurgados de todos os elementos nocivos e chegue-se a formular uma synthese pue aplaine as maiores difficuldades. Entre nós as difficuldades do assumpto sobem de ponto tendo-se em attenção a pobreza da litteratura nacional a este respeito.

A excepção de uma parte do livro do Dr. Tobias Barretó — Menores e Loucos — que, seja dito de passagem, está muito a quem do que era de esperar da grande cerebração do pensador sergi-pano, e do que disse o Dr. João Vieira no seo « Commentario juridico e philosophico » ao nosso antigo codigo, só incidentemente se tem tratado do assumpto e com uma pobreza de espirito tal, que certamente levou ao céu os nossos commentadores. Que lhes faça bom proveito o goso das bemaventuranças celestes.

Uma multidão de questões assalta desordenadamente o espirito d'aquelle que pretende lançar um golpe de vista sobre esta *magna questio* do direito penal.

Deve-se prefixar uma idade de irresponsabili-

dade absoluta para os menores? No caso affirmativo, deve-se considerar de então em diante taes pessoas como completamente responsaveis, ou é necessario marcar ainda um periodo em que essa responsabilidade seja attenuada e dependente da prova de discernimento? Até que idade o menor é completamente irresponsavel? Quando deve começar a responsabilidade plena? A maioridade criminal deve corresponder a civil? Que providencias se deve tomar a respeito dos menores responsaveis? Estas e outras questões que podiam ser formuladas têm recebido soluções diversas que se reflectem nos systemas juridicos das diversas nações.

Logo a primeira vista salta aos olhos dos mais myopes que a responsabilidade dos menores não deve ser a mesma que a dos maiores. E' uma destas verdades que se impõem aos espiritos e que desde cedo apparecem na consciencia dos povos. Não foi preciso que as sciencias anthropologicas tivessem adquerido uma importancia capital, no estudo do delinquente, que a sciencia do direito criminal fôsse revolucionada em todos os seus departamentos, pela introdução das novas theorias, para que aquella simples verdade fosse reconhecida. O direito antigo, o romano por exemplo, é a prova disto. E' incontestavel que não se pode por de lado a evolução psychica dos seres; o senso moral, a intelligencia, o character não se formam de improviso.

Já Tobias Barreto affirmara que a idéa de criminoso envolve a idéa de um espirito que se acha no exercicio regular de suas funcções e tem, portanto, atravessado os quatro seguintes momentos da consciencia individual: 1.º a consciencia de si mesmo; 2.º a consciencia do mundo externo; 3.º a consciencia do dever; 4.º a consciencia do direito. (1) E' incontestavel que na tenra idade falta

(1) T. Barreto—Menores e Loucos.

geralmente a consciência do dever e do direito. Haverá por ahí alhures quem ignore que a consciencia se desenvolve por meio de um processo lento que pode ser apressado, retardado ou mesmo paralyzado por uma quantidade consideravel de factores que directa ou indirectamente vêm influir sobre a psychê do individuo? Quem não sabe que esta psychê é uma resultante de factores diversos, de causas multiplas que actuam sobre o individuo? Sustentar o contrario é indicio de insanidade mental.

Desde a vida fetal que essas influencias comecam a operar com uma constancia e uma persistencia taes de que só são capazes as leis da natureza. Quando o novo ser apparece na scena do mundo e a luz do sol fere-lhe a retina fascinada, as influencias se multiplicam, se desdobram, se chocam, se aniquilam até. Compendiar essas influencias, indicar com precisão mathematica a importancia de cada uma dellas, é trabalho superior as minhas forças e para o qual faltão-me laser e tempo: Dou como assentado que o desenvolvimento do individuo recapitula o desenvolvimento da especie, que a ontogenese é um apanhado da philogenese. Todos sabem que pontos de contacto existem entre a creança e o selvagem, que semelhanças se descobrem entre esses pequeninos seres imprevidentes e descuidosos e os habitantes das cavernas que nas priscas eras estanceavam pela face deste nosso planeta sublunar! Em Darwin e em Hœchel se encontram as provas desta affirmação.

É sabido que na creança dominam as sensações; as idéas, as noções das cousas só lentamente são adqueridas. O grande Virchow affirma com aquella competencia que todos lhe reconhecem, que a creança é um ser essencialmente spinal e reflexo. Por sua vez, Ziino diz o seguinte: « Apenas vindo a luz o homem não pode ser intelligente: governado e impellido por instinctos,

e estes limitadissimos, dil-o-ieis estupidissimo entre os que occupam os grãos mais humildes da escala zoologica. »

E accrescenta: « Pouco a pouco quando o organismo vai no seo completo desenvolvimento, os sentidos se aperfeiçoam, as circumvoluções cerebraes se designam e se revelam, o entendimento apparece com caracteres menos animalescos. » (2) E' tambem digno de nota o que diz a este respeito o notavel professor Krafft-Ebing :

Eis as suas palavras: « As primeiras manifestações da vida intellectual se reduzem no homem a simples movimentos reflexos; as sensações produzidas quer nos órgãos, quer nas visceras são seguidas somente de movimentos simples e involuntarios.

Mais tarde, depois de um tempo relativamente muito longo as sensações tornam-se conscientes, são percebidas distinctamente e se transformam em idéas, as quaes associando-se e completando-se pouco a pouco, mediante a comparação, se destacam de sua base sensoria, se generalisam, e dão origem a deduições, a conclusões syntheticas, e estas reunidas pela consciencia da unidade corporea em uma unidade de conceitos formam o Eu que desde este momento se comporta como tal em relação ao mundo externo e a toda idéa nova » (3).

Demais, como diz Emminghaus, a consciencia na creança só se exerce sobre factos concretos conhecidos pela experiencia e sobre aquelles que mais fãcilmente a elles se referem por analogia. Não é necessario accumular mais citações para provar aquillo que estou certo, ninguem contesta. Seria uma falta imperdoavel passar aqui em silencio sobre a influencia que a hereditariedade exerce

(2) G. Ziino—La fisio-patologia del dilitto.

(3) La responsabilitá criminale e la capacítá civile etc., trad. de Raffaele.

sobre a firmação da consciencia, do caracter do individuo.

Todos sabem que o caracter é uma especie de organismo tendo uma formação e um desenvolvimento proprios, sobre que actuam influencias diversas, naturaes e sociaes, se assim posso me exprimir. Mesmo o periodo transitorio de uma vida não é sufficiente para explicar a formação do caracter do individuo. Eis o que a este respeito diz um dos mais valentes pensadores da actual geração italiana: « O caracter individual é constituido por duas partes principaes, uma fundamental, outra adventicia: a primeira resulta do lento deposito e do accumulô continuo de elementos que se formam na serie de gerações de que o individuo descende; a adventicia é a que se accrescenta no periodo da vida individual. A parte fundamental é a hereditaria, aquella que se encontra no individuo logo que nasce. Sobre ella se accumula tudo o que se formã no curso da vida. » (4) Effectivamente, só considerando a formação do caracter como uma « estratificação » é que nós podemos bem comprehendel-o, percebel-o nas suas manifestações. Vê-se, portanto, como é importante, na formação do caracter, a influencia da hereditariedade.

Eis a razão porque, sinto-me obrigado a dizer duas palavras a este respeito.

Pæra mim é hoje fora de duvida a existencia da hereditariedade, quer physica, quer psychologica. A critica que lhe fez o Dr. Wiseman não conseguiu de modo nenhum abalar a minha convicção.

Note-se que eu não quero dar a hereditariedade uma força prepotente, usurpadora; limito-me a conceder-lhe o que não posso lhe recusar. Pode-se dizer que no ponto de vista funcional (e deve-se ligar toda importancia ao adjectivo

(4) G. Sergi—Le degenerazioni umane.

funcional) o cerebro do recém-nascido scinde-se em 2 partes. Uma destas partes, diz Cabadé, (5) talvez a mais importante é aquella que as gerações passadas nos transmittiram com um *arranjo* especial, uma tendencia de certo modo definida e adaptada a certos fins. E' em virtude deste legado ancestral que nossos antepassados nos transmittiram que grande numero das nossas idéas tem de girar dentro de um circulo estreito já traçado de antemão.

Contraposta a esta existe a outra parte do cerebro, mais pessoal, mais autonómica, tendo feição mais propria. Composta de elementos nervosos esta parte do cerebro é destinada, como diz o auctor citado ao *armazenamento* das sensações. Não é necessario dizer que estas sensações agradaveis ou não podem produzir em nós dor ou prazer. Firmado nestes elementos o cerebro chegará mais tarde, por uma synthese, que se comprehende facilmente, á noção do bem e do mal. (Cabadé). Esta evolução do character se faz lentamente.

Como diz Sergi: *gli elementi molteplici che lo costituiscono nel fondo della psiche infantile, sono latenti e si mostrano grado grado che la stessa psiche si sviluppa nel suo complesso di funzioni.* (6) Aquella bipartição do cerebro ha pouco feita, aliás debaixo de um ponto de vista puramente funcional, não me canço de repetir, poderia fazer suppor que uma das partes do cerebro está sujeita de um modo absoluto a influencia da hereditariedade, ao passo que a outra escapa a sua influencia de um modo completo. Seria um exagero.

O que é certo é que não ha parte do organismo humano que não esteja sujeita a influencia daquella grande lei da evolução. Por outro lado,

(5) Cabadé—Responsabilité criminelle.

(6) G. Sergi—Op. cit.

é certo, que, em regra geral, a lei da hereditariedade pode ser modificada por uma multidão de causas que podem fazer com que as tendências do individuo sejam amortecidas ou mesmo paralisadas. Ao passo que as impressões recebidas vão fazendo surgir no espirito da creança certas idéas, as pessoas que a cercam vão lhe transmitindo o resultado de seu trabalho cerebral anterior, resultando d'ahi uma aceleração na evolução psychica. As sensações diversas vêm acco-rrar na creança um novo modo de actividade cerebral que tem como resultado produzir nella uma adaptação de movimentos tendentes a certos fins, já de aproximação, já de repulsa.

E', diz-se, a origem da vontade que já foi definida: uma excitação propria do cerebro, proveniente de sensações anteriormente recebidas (Cabadé). A sciencia já demonstrou que esta elaboração psychica só pode se fazer regularmente dos oito annos em diante. A razão é que só naquella idade as circumvoluções cerebraes estão nitidamente desenhadas. Antes deste periodo ellas se acham ainda em via de formação, de sorte que a elaboração psychica não pode deixar de ser perturbada pelo incessante trabalho physiologico.

Mas as perturbações psychicas não param ahi. Quando a evolução da psychê vai no seu auge, modelando, conforme um grande numero de circumstancias o character do individuo, apparece a epocha da puberdade que geralmente começa dos 12 aos 14 annos, epocha que tem uma importancia enorme sobre o desenvolvimento mental do homem. Auctoridades eminentes, como Moreau (de Tours), Krafft-Ebing, Emminghaus attestam a verdade do que digo. Pequenas citações bastam para provar que effectivamente não é uma affirmacão individual a que acima fiz. O primeiro dos escriptores citados diz o seguinte: « A passagem á adolescencia é sem contradicção um dos phenomenos

mais importantes, si não o mais importante da existência humana. » (7)

Em seguida o eminente escriptor nota que esta função physiologica que modifica tão profundamente a constituição physica e moral não apparece na mesma epocha, variando conforme o sexo, o clima, o temperamento etc. Por sua vez Krafft-Ebing diz que o desenvolvimento da puberdade é acompanhado de mudanças de sentimento e de uma metamorphose completa do individuo com tendencia ao romantico divagar da imaginação, ás aspirações sentimentaes, ou acções melancolicas e hypocondriacas. (8)

Finalmente Emminghaus confessa que, segundo a experiencia o desenvolvimento da puberdade produz, como nos outros periodos transitorios da vida, certas mudanças physiologicas, e com a mudança das tendencias e dos desejos se geram mesmo determinadas mudanças de elementos psychicos. O mesmo auctor diz que o desenvolvimento da puberdade suscita sentimentos organicos até então desconhecidos e que o periodo de vida comprehendido pelo desenvolvimento da puberdade até os 18 annos é singularmente caracterisado pela excentricidade do espirito, a fantasia é ainda muito vivaz, a intelligencia já está completa, mas a razão já desenvolvida é ainda debil. (9)

Vê-se, portanto, que só aos 18 annos a maturidade sexual é completa. Pelo que se tem dito comprehende-se facilmente com que difficuldades têm luctado os legisladores para preceituar de um modo justo, simples e claro sobre a responsabilidade dos menores. Si a difficuldade é grande quando a evolução se faz normalmente, o que será

(7) Moreau—La folie chez les enfants.

(8) Krafft-Ebing.—Op. cit.

(9) Emminghaus—Fanciulli e minorenni, trad, ital. em Maschka—Med. legale vol. 4.º

quando se tiver em vista os desvios que ella pode soffrer, em virtude de factores physicos, biologicos, sociaes, entre os quaes pode-se apontar a hereditariedade, com o seo cortejo de elementos morbidos de degenerescencias, a raça, o clima, a educação, os exemplos reinantes? Quantos não se deixam arrastar a falsas idéas em virtude da vivacidade que se nota em quasi todas as creanças, de sua tendencia a imitar os adultos, a ponto de attribuirem-lhes uma intelligencia que ellas não tem!

Sejam, porem, quaes forem as difficuldades que a resolução de tal problema offereça, o facto e que é absolutamente necessario que elle seja resolvido. Diversas soluções tem sido apresentadas.

No que diz respeito a prefixação de um periodo de irresponsabilidade absoluta os systemas podem ser reduzidos a trez, desprezando pequenas particularidades que nada influem a respeito dos traços geraes. Para alguns criminalistas é prejudicial a prefixação de uma epocha de irresponsabilidade absoluta, de sorte que cada caso deve ser examinado de per si e resolvido segundo os resultados das observações feitas sobre o menor auctor de um facto dilictuoso.

Outros collocando-se em um terreno completamente opposto, sustentam ser necessaria esta fixação por ser conforme a realidade dos factos e se impor philosophica e penalmente. O terceiro grupo julgando a questão estabelecida nestes termos como mal proposta, não procura saber si o menor é ou não philosophicamente responsavel.

Limita-se a estudar quaes são as medidas que a sociedade, atacada pelos actos dos menores, tem o direito e o dever de tomar no interesse destes e no seo proprio.

E, como qualquer que seja a solução dada a esta questão da responsabilidade dos menores, as falhas não podem desaparecer completamente e

sempre a critica achará um campo largo para sobre elle derigir seos golpes, os partidarios de qualquer das soluções tem argumentos fortes, de uma solidez achillica. Quaes sejam taes argumentos é o que se verá examinando a questão.

Antes de passar alem seja-me licito lembrar a grande controversia que o problema de que me occupo suscitou na Italia por occasião de discutir-se o cod. penal. E' bem conhecida a maneira como a eschola positivo-naturalistica encara a questão. Ferri e Lombroso, para não citar outros, sustentaram brilhantemente o *regionalismo*, chegando o ultimo a affirmar que a Italia é unida, mas não unificada.

E' incontestavel, porem, que o regionalismo acarretaria a balburdia na legislação. Os partidarios dão primeiro systema de que ha pouco se fallou, entre os quaes podem ser incluídos os juristas da eschola positivo-naturalistica, a não se os relegar para o terceiro grupo pelo facto de não admittirem a responsabilidade no sentido usual da palavra, podem repetir as palavras de Friedreich, citado por Tobias Barreto nos « Menores e loucos »: « 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-á constantemente. A experiencia nos ensina que o desenvolvimento psychico apparece em um individuo mais cedo, em outro mais tarde. Pelo que a determinação de uma idade igual para todos os individuos, quando é tão desigual o desenvolvimento de cada um, não pode offerecer uma segura medida de culpabilidade e do gráo da pena merecida. »

Vê-se, prrtanto, que os partidarios deste systema argumentam com a difficuldade que existe em limitar uma epocha de irresponsabilidade, no-

tando que esta idade varia conforme o meio em que vive o menor, a hereditariedade, a raça, o clima, a latitude do lugar etc. Não ficam somente nisto os seus argumentos. E' assim que estes criminalistas notam a divergencia dos codigos a respeito da delimitação da idade, o que prova a falta de um criterio a tal respeito; sustentam que os magistrados saberão proteger os menores melhor do que a lei e que os tribunaes terão por elles uma verdadeira sollicitude esclarecida e boa.

Finalmente mostram o perigo que a sociedade corre creando esta cathegoria de irresponsaveis, porque será nella que os bandos criminosos irão escolher agentes activos para certas especies de furtos. Os partidarios da fixação de uma idade, em que os menores sejam considerados como absolutamente irresponsaveis, não ficam mudos diante destes argumentos e por sua vez apresentam os seus em ordem de batalha direitos e firmes como soldados allemães na fileira.

Em primeiro lugar fazem observar que a quasi totalidade das nações marcam este periodo, excepção feita da Turquia e da França. Em seguida sustentam, e com toda razão que, si é difficil fixar uma idade de irresponsabilidade absoluta, o facto é que ella existe, podendo-se obviar todo o inconveniente dividindo-se a vida humana em tres periodos: um de responsabilidade presumida, outro de responsabilidade duvidosa e um terceiro em que ella é nulla.

Argumentam tambem com o spectaculo altamente immoral de arrastar creanças a juizo e com o inconveniente e o perigo de entregar a juizes muitas vezes ineptos a sorte dos menores de tenra idade, argumento que infelizmente é verdadeiro. E' preciso não esquecer que os partidarios deste systema não pensam em subtrahir completamente os menores irresponsaveis a influencia das leis. Ao contrario admittem que certas medidas de educação e reforma sejam tomadas. Pode-se expo-

bar a este systema, diz Jean Appleton, (10) o ligar elle muita importancia ao lado psychologico da questão.

Os adeptos do terceiro systema a pretexto de que a questão é mal proposta pensam que o que se deve indagar é quaes são as medidas que a sociedade, nos limites de seos interesses, tem o direito e o dever de tomar a respeito dos menores culpados, para sua protecção e dos proprios menores. Em presença de um culpado em taes condições ella pergunta: Quaes são as medidas mais proprias para conseguir a regeneração moral deste menor? Deve-se subtrahil-o a seo meio para obter este resultado? A quem deve-se confial-o? A que regimen deve-se submettel-o? (J. Appleton).

E' banir completamente a responsabilidade, e foi por isto que eu disse que a eschola positivonaturalistica podia ser considerada como partidaria deste systema. Devemos, porem, abandonar a responsabilidade como uma cousa imprestavel? Creio que não e já o disse anteriormente. Porque é que a sociedade adopta medidas de protecção? Incontestavelmente é porque julga os menores responsaveis as vezes. No caso contrario seria um absurdo.

Tanto é exacto que ella não toma as preconizadas medidas quando um menor ou mesmo um maior «commette um crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito feito com attenção ordinaria.» E' illudir uma questão difficil querer resolvel-a por este modo. Salta-se sobre a difficuldade de olhos vendados e deixa-se sem solução uma questão seria. O methodo é velho e está desmoralizado.

E' notavel a sem cerimonia com que abando-

(10) Jean Appleton—*Revue generale du droit, de la legislation et de la jurisprudence.* Do artigo sobre—fixação de uma idade de irresponsabilidade foi extrahida a citação. Servio-me tambem de guia na exposição dos systemas.

nam o lado psychologico da questão! Quem vê diz que elle não vale de nada. Como se a responsabilidade legal repousasse no puro arbitrio do legislador! Reconhecendo, por tanto a responsabilidade dos menores, deixo de lado o terceiro systema que nada resolve. A difficuldade está em escolher entre os outros dois. Sou o primeiro a reconhecer a justeza do que diz Friedrich nas palavras em outro lugar transcriptas; sei que Garofalo chama — « grosseira » — a theoria que marca um periodo de irresponsabilidade absoluta; não vacillo em affirmar que esta theoria tem grandes defeitos; mas, confesso, sou partidario della.

Julgo indispensavel, imprescendivel a fixação de um periodo de irresponsabilidade absoluta que ponha o menor ao abrigo de uma pena. Com Tobias Barreto respondo as palavras de Friedrich: « Consideradas em abstracto estas rasões (as deste auctor) são de peso; mas em concreto, com relação a este ou áquelle paiz, diminuem muito de importancia. Por quanto os males que sem duvida resultam de taxar-se, por meio de uma lei, uma especie de maioridade em materia criminal, são altamente sobrepujados pelos que resultariam do facto de entregar-se ao criterio de espiritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da má fé pueril (11).

E' incontestavel que existe um periodo na menoridade em que o menor é completamente irresponsavel porque não tem a consciencia do dever, nem a consciencia do direito, não sabe si a acção que pratica é boa ou má, si viola ou não uma lei, si existe um poder social que pune taes actos. E' ainda incontestavel que a sociedade nada soffrerá com a existencia legal de um periodo de irresponsabilidade desde que se tome certas medidas relativamente aos menores desta classe que pra-

(11) Tobias Barreto Op cit.

ticarem actos reprovados pela lei, que a quasi totalidade dos legisladores o tem reconhecido; que é perigosissimo entregar a juizes muitas vezes ineptos a causa dos menores; que é summamente escandaloso, immoral e chocante ver uma creança na barra de um tribunal.

Ai de vós pobres creanças que não conheceis o alcance de vossos actos, pobres seres lançados muitas vezes aos azáres da vida sem ter um braço protector que vos guie, no dia em que a sociedade entregar a qualquer « sabio Daniel » com a faculdade de condemnar-vos ou absolver-vos, o conhecimento das vossas acções. Em regra geral o juiz só vê a lei violada que reclama a sua reintegração e fere cegamente quando uma influencia estranha não vem moderar o seu braço. Esperemos que os juizes sejam sabios, que adquiram vastos conhecimentos, antes de lhes concedermos tal prerogativa. Até lá evitemos o perigo a custa de pequenos sacrificios.

Nem se diga com Garofalo que a psychologia e a anthropologia criminal nos dão o meio de reconhecer no recém-nascido o criminoso nato! (12) Reconhecer o criminoso nato no recém-nascido! Mas o illustre Presidente do Tribunal Civil de Pisa estará mesmo convencido do que diz? Como si a creança não devesse passar por transformações successivas e extraordinarias! Como si o typo do criminoso nato não estivesse em farrapos depois que as doutrinas lombrosianas foram submettidas a um processo de dissecação em que figuram com brilho inexcédível Alimena e Tarde! Como si no congresso de anthropologia realisado em Paris não tivesse sido derrocada a theoria do criminoso nato! Como si no congresso de anthropologia realisado em Bruxellas, em 1892, os criminalistas em *unanimidade* não concedessem a Lombroso somente que muitos criminosos são

(12) Garofalo - Op. cit.

degenerados, sem haver propriamente um typo!

Mesmo Lombroso e Marro que Garofalo cita em apoio de sua opinião crêem que as inclinações criminosas nas creanças podem ser combatidas pelo systema de educação de Froëbel com regras hygienicas particulares.

Em todo caso, propõem uma casa de refugio perpetuo para os jovens que tiverem menos de 20 annos quando as inclinações são tenazes e invenciveis. E' deixar-se arrastar pela moda biologica, de que falla Alimena, dar uma importancia exorbitante aos factores naturaes do dilicto, desconhecer completamente a influencia do meio social, da educação.

O que é certo é que não ha tendencias criminosas por maiores que sejam, a menos que não se trate de uma predisposição morbida, como a kleptomania, a pyromania, as impulsões homicidas etc., que não possam ser corrigidas por uma educação seria e boa desde que o individuo se conserve em um meio honesto. Note-se que trato de creanças e não de homens feitos. Para estes admitto os criminosos incorregiveis; para as creanças, não. Repugna-me mesmo admittir tal monstruosidade.

Como são consoladoras as palavras de Ziino : « La corregibità dei minorenni sta nell'ordine naturale dell'umana evoluzione! » (13) Que chamem de Pangloss ao illustre professor; eu aplaudo as suas palavras.

E' certo que muitos menores que comprehendem o valor de suas accões, que tem um verdadeiro discernimento penal, serão protegidos pela presumpção de irresponsabilidade, o que é um resultado deploravel. Antes isso, porem, do que manchar com uma pena seres irresponsaveis, aniquilando uma existencia inteira com a mesma impassibilidade com que Lycurgo mandava lançar

(13) Ziino.—Op. cit.

no Eurotas as creanças defeituosas. A selecção espartana é digna irmã dessa selecção penal e da selecção spenseriana.

A não se marcar uma epocha de irresponsabilidade absoluta, a que criterio se recorre ao conhecer da responsabilidade de uma creança na pratica de um acto? Ao discernimento? Todos sabem quão difficil é esta questão de discernimento e quanto se deve limitar o mais possivel o tempo em que elle deve ser procurado.

De que discernimento se trata? Quer se falar do discernimento juridico ou do discernimento moral? Eis a questão sobre que, em geral os codigos ficam « mudos e quedos » a semelhança daquelles penedos de que nos falla o desterrado da gruta de Macáo.

Admittindo-se mesmo que se chega a um accordo sobre o que seja discernimento é o caso de se perguntar com Jean Appleton: Crê-se que os Tribunaes possam facilmente sondar a consciencia da creança e resolver com certeza uma questão tão cheia de mysterios? E' um estudo de psychologia para cada caso particular, diz elle. Admittindo que se faça este estudo tem-se a certeza de dissecar, de prescrutar a alma humana em todos os seos refolhos? Não é necessario dizer mais para se comprehender que a questão de discernimento só deve vir a baila quando for absolutamente indispensavel.

Afastal-a o mais possivel é dever do legislador. Reconhecido, porem, que existe um periodo de irresponsabilidade absoluta, com delimital-a? Eis o que é difficil fazer. Os codigos divergem completamente a este respeito e todo aquelle que lançar um olhar para as suas disposições reconhecerá que esta difficuldade não é chimerica. Quem está mais ou menos « familiarisado com as Pandectas » sabe qual o systema adoptado pelo Direito romano. Os menores eram divididos em *infantes*, *impuberes* e *puberes*. Ao principio eram

considerados infantes aquelles que não podiam fallar com uma certa ligação de idéas. Comprehende-se que abusos e incertezas podia acarretar este systema.

Foi comprehendendo isto que o Imperador Arcadio determinou que a infancia fosse até os 7 annos. Durante este periodo os menores eram irresponsaveis por se suppor que elles não tinham o *intellectus rei*. E' assim que a L. 12 D. ad legem Corneliam de siccariis et venificiis, 48, 8 diz o seguinte: *alterum (infantem) innocentia concilii tuetur*. Em outro lugar se preceitua: *in parvulis nulla deprehenditur culpa*. Que o *infans* é irresponsavel dizem ainda a L. 23 D., de furtis, 47, 2, L. 5 § 2.º D. ad legem Aquiliam, 9, 2.

No que dizia respeito aos impuberes o direito romano os dividia em duas classes: a primeira comprehendia os *infantiæ proximi*; a 2.ª os *pubertati proximi*, distincção que foi marcada por Averanius quando disse: *infantiæ proximus a proximo pubertati distinguitur non tam ætate, quam ingenio calliditate malitia*. Impuberes erão os menores de 7 a 12 ou 14 annos conforme se tratava do sexo masculino ou femenino. Os *infantiæ proximi* podiam ser julgados *culpæ capaces*, não *doli*. Os *pubertati proximi* erão julgados *culpæ et doli capaces*.

Podiam ser punidos desde que se verificasse que *malitia supplet ætatem*. Da puberdade aos 25 annos que era quando começava a maioridade a lei attingia o auctor do crime, porem com penas menores, a menos que se não tratasse de crimes atrozes. O nosso antigo codigo que por ser antigo não deixa de ser melhor que o actual, uma especie de aborto juridico que está vivendo apesar de não ter condições de viabilidade — resolvia a questão do seguinte modo: Até os 14 annos os menores erão considerados irresponsaveis (art. 10 § 1.º), mas tendo-se verificado que obraram com discernimento deviam ser recolhidos ás casas de

correcção, com tanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 annos (art. 13). O facto de ser o delinquente menor de 21 annos era considerado pelo cod. como uma circumstancia attenuante (art. 18 § 10). Quando o reo era menor de 17 annos e maior de 14, podia o juiz, parecendo-lhe justo, impor as penas da cumplicidade (art. 18 § 10, 2.^a parte). Segundo o actual codigo são absolutamente irresponsaveis os menores de 9 annos e os maiores de 9 e menores de 14 que obrarem sem discernimento (art. 27 §§ 1 e 2).

Os maiores de 9 e menores de 14 que tiverem obrado com discernimento serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 annos (art. 30). Dos 14 aos 21 a responsabilidade é attenuada (art. 42 § 11). Pelo projecto de cod. do illustrado Dr. João Vieira a irresponsabilidade vai até os 10 annos (art. 25 n.º 1). Não obstante, diz o citado projecto si se tratar de crime inafiançavel, o Juiz de Direito, a requerimento do Ministerio Publico, poderá por decisão revogavel e recorregivel para a instancia superior, ordenar que o menor seja recolhido a um instituto de educação e correcção por tempo que não exceda a maioridade, ou impor aos paes ou áquelles a quem incumbir a guarda do menor a vigilancia sobre o procedimento d'elle, pena para estes, no caso de qualquer crime do menor, de multa até um conto de reis (2.^a parte do art. cit.)

Dos 10 aos 14 os menores só são irresponsaveis se verificar-se que erão incapazes de reconhecer a criminalidade do acto praticado, caso em que o juiz deve proceder conforme a 2.^a parte do art. 25. Reconhecida, porem, a responsabilidade do menor deve ser este recolhido a um estabelecimento penal, agricola ou industrial por tempo que não exceda a sua maioridade, a arbitrio do

juiz da execução da sentença, attendendo ao procedimento do condemnado.

Aos menores de 21 annos não se imporá o ergastulo, nem a interdicção dos officios publicos e nem a sujeição a vigilancia especial da policia. Aos maiores de 18 annos se imporá a prisão applicavel a cumplicidade e aos maiores de 14 a applicavel á cumplicidade da tentativa. As outras penas serão applicaveis aos menores conforme as regras geraes, podendo o juiz impor as da cumplicidade aos maiores de 14 e menores de 18. Todas as penas applicaveis aos menores de 18 annos serão cumpridas em estabelecimentos especiaes, e na falta destes em lugares separados dos presos maiores.

Tudo isto se acha determinado em o n.º 2 do art. 26 do citado projecto. No § 4.ª do art. 34 o projecto considera circumstancia attenuante o ser o reo maior de 18 e menor de 21 annos. As legislações estrangeiras não consagram regras fixas a este respeito. Para o codigo francez todo o individuo que tiver mais de dezeseis annos é reputado maior. Os menores de 16 são protegidos por uma presumpção de irresponsabilidade (art. 66).

Esta, porem, pode desaparecer desde que o jury reconheça que o menor obrou com discernimento, caso em que ha somente uma diminuição da pena. Reconhecendo-se que agio sem discernimento será o menor, segundo as circumstancias, entregue ao pai ou posto em uma casa de correcção por um certo tempo, afim de ser ahi detido e educado.

Vê-se, portanto, que nenhum periodo de irresponsabilidade absoluta é reconhecido pelo codigo francez. A culpabilidade ou não culpabilidade do menor depende da constatação do discernimento, especie de chave magica semelhante a do conto oriental. Pelo direito inglez, que seguiu o romano, a irresponsabilidade absoluta por motivo de idade só se estende até os 7 annos.

Desta idade até os 14, apparece o *malitia supplet ætatem* ou como dizem os inglezes — *malice is equivalent to age*, de sorte que o menor pode ser condemnado. A penalidade é em todo caso atenuada.

Aos 14 annos começa a responsabilidade plena. Neste paiz creanças de 8 e 9 annos têm sido condemnadas a morte. O art. 55 do cod. penal tedesco estabelece que é irresponsavel o menor de 12 annos, se bem que se possam tomar medidas a respeito de sua educação e vigilancia. Dos 12 aos 18 o menor é considerado irresponsavel se verificar-se que não possuia a intelligencia necessaria para reconbecer a punibilidade da acção. (art. 56). No caso contrario é punido, havendo, porem, atenuação da pena.

O cod. penal austriaco não considera dilictuosa uma acção ou omissão quando o seo auctor não tenha completado 14 annos (art. 22). Dos 14 aos 20 a responsabilidade é atenuada (art. 46). Em todo caso dos 11 aos 14 os factos dilictuosos são assimilados a simples infracções e como tal punidos os seus auctores.

O cod. italiano marca a idade de irresponsabilidade absoluta até os 9 annos, reservando ao ministerio publico o direito de pedir ao Presidente do Tribunal civil que tome certas providencias de educação e correcção a respeito do menor quando o dilicto for de uma certa gravidade (art. 13). Dos 9 aos 14 é necessario, para que o menor seja punido que tenha obrado com discernimento. Estabelecendo-se que agio com discernimento será punido, mas a pena é diminuida. No caso contrario, não.

Neste caso podem ser tomadas as mesmas medidas que para os menores de 9 annos (art. 54). Dos 14 annos aos 18 e dos 18 aos 21 a penalidade é mais ou menos atenuada (art. 55 e 56).

O cod. penal russo determina que os menores que têm mais de 7 annos, e menos de 10 não sejam

punidos com a pena estabelecida na lei e manda que elles sejam entregues aos paes ou aos parentes que offerecerem maior garantia para a correcção em familia.

No codigo portuguez tambem a irresponsabilidade vai até os 7 annos ; nos de Vaud e Valais até os 14. Acompanham o cod. francez no marcar a epocha em que começa a maioridade penal, isto é, 16 annos ; os codigos da Belgica, de Genebra, da Hollanda, da Hungria, de Friburgo, de Zurich.

Marcam a menor idade aos 18 annos como o cod. tedesco: os codigos da Toscana, Basilea, Vaud, Hespanha. Pelos cods. sardo-italiano, o de São-Marino e o Projecto russo a maior idade começa aos 21 annos e pelo cod. do cantão de Valais aos 23. Supponho que basta este amontoado de disposições para deixar provado quantos os codigos divergem na dilimitação dos diversos periodos da menoridade no ponto de vista do direito penal.

Que systema merece acceitação ? Qual delles está mais em harmonia com a realidade das cousas ? E' o caso de se repetir com o poeta. « Na verdade fora difficil dizel-o. » E' incontestavel que não ha um so systema perfeito ; todos podem ser minadas pela critica. Parece-me, porem, que o systema que se firma em bazes mais solidas, que está mais de accordo com a evolução physiopsychologica do individuo é o do cod. tedesco. Em todo caso parece-me que se lhe deve fazer uma pequena alteração. Mais tarde ver-se-á qual ella seja.

Para justificar este systema é necessario não esquecer o que já se disse sobre a evolução psychica e sobre as causas que podem apressal-a ou retardal-a: Vio-se que só ao 18 annos as circumvoluções cerebraes se acham formadas, de sorte que so desta epocha em diante a evolução psychica pode-se effectuar regulamente. So dos 8 annos em diante os menores podem ir adquirindo com

regularidade uma noção do bem e do mal do justo e do injusto. Como diz Ziino—*L'e assai malagevole determinare l'epoca in cui questo vigore della mente atto a discernere se un' azione riesca dannosa o non, apparisca ne' fanciulli e li renda capaci di valutare i motivi morali del fare ou dell' omettere, e li spinga all' azione con coscienza e liberta.* Parece-me muito diminuto o praso marcado pelo projecto do Dr. João Vieira e principalmente pelo nosso cod. Em um ou 2 annos o menor, em regra geral, não pode ter adquerido certas ideas e sentimentos que, para empregar uma linguagem que me permittam charmar—tardiana — o tornem compatriota social da victima e dos outros membros da sociedade. Si em um paiz como a Allemanha, onde a cultura tem attingido um desenvolvimento notavel, onde a instrucção (14) está espantosamente diffundida e o problema da miseria ameaça de destruição a obra do chanceller de ferro, o legislador marcou a idade de 12 annos, como havemos nos de marcar uma epocha menor! Quem conhece o Brazil « que conta regiões sujeitas a influencias ás mais diversas, desde o clima ardente sob o sol do equador, na Amazonia, até o europeu, nas provincias do Sul, onde o thermometro desce abaixo, do zero, desde as cidades cultas do littoral e da margem dos grandes rios navegaveis até os mais invios e inhospitos sertões; » quem sabe em que estado deploravel se acham a nossa instrucção e a nossa magistratura, muitas vezes entregues a individuos quasi analphabets, quem sabe que povo brasileiro é um producto de elementos diversos: elemento indigena, elemento africano, elemento europeu, cuja fusão ainda não está completa e nem estará tão cedo, de sorte a ser quasi impossivel fazer a nossa psycho-

(14) Não se julgue que penso ser a instrucção por si só sufficiente para eliminar a criminalidade: a estatistica tiraria toda illusão.

logia, não ignorará que eu pense que a idade da irresponsabilidade absoluta seja elevado aos 12 annos.

Penso como T. Barreto que é licito subscrever o pensamento de Kitha. Elle propõe, diz o sabio mestre, que, si um Estado compõe-se de provincias, differentes entre si, pelo grão de desenvolvimento e cultura espirital, seja tomada como baze na determinação da idade legal da *imputabilitas*, o ponto mais elevado, isto é, aquelle que possa convir aos individuos de todas as provincias, porque não ha então o perigo de punir-se, como criminoso, quem alias não tenha, mesmo depois de passada a menoridade da lei, attingido o discernimento preciso para firmar a imputação.

E' possivel que uns julguem que aquella idade ainda é pouca; outros, muita. E' necessario, porem, ter paciencia, não se pode agradar a todos ao mesmo tempo. E' muito justo que a sociedade se defenda contra o crime que ameaça tragal-a, e nisto ella não faz mais do que seguir o exemplo que lhe dá a natureza, que não se deixa arrastar por considerações sentimentaes, mas esta defeza não deve se tornar draconiana e excessiva ferindo o sentimento publico.

E' ainda verdade que muitos menores abaixo dos 12 annos ja tem a *imputabilitas* e outros não a tem mesmo depois dos 12 annos, mas é necessario marcar um limite e esse, parece-me ser o melhor.

Esperem, que eu não deixarei estes ser protecção, nem aquelles sem castigo, ou melhor, sem tomar medidas destinadas a assegurar a existencia da ordem juridica! Effectivamente esta irresponsabilidade dos menores de 12 annos não quer dizer que a sociedade não deva nem possa tomar certas medidas tendendes ao melhoramento do menor, afim de tornal-o bom e respeitador das leis.

Aquelles que desprezam os factores sociaes

do delicto e deixam-se como que hypnotisar pelos factores naturaes, cuja grande importancia, alias, eu reconheço, sustentadores de uma theoria exclusivista que ora julga o criminoso um ser atavico, ora um epileptico, ora um individuo cujo desenvolvimento normal foi suspenso, talvez objectem que ha menores fatalmente votados ao crime, sobre os quaes a educação, o meio, nenhuma influencia poderão ter. Este fatalismo juridico é tão aceitavel quanto o fatalismo religioso.

Que haja criminosos adultos incorrigiveis, incapazes de rehabilitação é innegavel. O mesmo não se dá, porem, com os menores, cuja psyché ainda não está formada definitivamente. Repito as palavras de Ziino: *La corregibilitá dei minorenni sta nell' ordine naturale dell' umane evoluzione*. O cod. tedesco que declara irresponsaveis os menores de 12 annos diz, como ja se vio, que a seu respeito podem ser tomadas medidas sobre a educação e a vigilança. Tambem o projecto do Dr. J. Vieira se occupa largamente do assumpto, tanto quanto comporta um cod. E' justo que si o menor de 12 annos commetter um crime, o pae ou quem suas vezes fizer, seja obrigado a vigial-o e educal-o sob pena de multa.

Verificando-se, porem, que os paes não podem dar a educação conveniente deve a lei determinar que os menores sejam recolhidos a uma caza de educação e correccão não excedendo este tempo a maior idade. Este periodo de irresponsabilidade até os 12 annos é geral. Pode-se, porem, protrahil-o por mais algum tempo a respeito de certos crimes? Eis um ponto que tem sido descuidados pelos legisladores e pelos theoristas do direito criminal, ponto que, me parece, ser digno de toda attenção,

Na vasta cathegoria dos factos puniveis ondeante e mudavel como a sociedade, factos que augmentam dia a dia e contra os quaes a sociedade, gladiador invencivel, tem luctado sem conse-

guir extirpal-os, se destacam certos factos que desde eras remotas são qualificados crimes e na actualidade são punidos em todas as nações onde uma civilisação mais ou menos rudimentar existe. Estes factos ferem mais de perto o sentimento humano e são os pontos culminantes do systema dos delictos. Ao lado destes, porem, existem outro factos de menos importancia que esta epocha de industrialismo tem qualificado crimes e para os quaes os diversos codigos têm comminado penas mais ou menos severas. Esta divisão esta ligada tanto a natureza das cousas e ao modo de encarar os factos sociaes que não tenho medo de ser contestado.

E' intuitivo que se adquire mais cedo o conhecimento de que certos actos são immoraes e assim punidos pela lei. Quanto a criminalidade dos outros só mais tarde o individuo adquire o seu conhecimento. Na vida de familia o menor, em virtude da educação que se lhe dá, dos exemplos que tem diante dos olhos, das admoestações que recebe vai adquerindo a noção de que certos actos são prejudiciaes, iustos, immoraes, puniveis. Adquire, por exemplo a noção de que matar, ferir, roubar são actos que não devem ser praticados.

Relativamente aos outros não se dá o mesmo. Não havendo na vida de familia um curso de direito criminal, o menor nunca ouve fallar da prejudicialidade nem da punibilidade de certos actos.

Somente quando *entra na sociedade*, quando as suas relações se multiplicam, a cathegoria dos factos puniveis vai-se alargando na sua consciencia. Porque, pois, as leis não fazem uma distincção de crimes ao marcar a epocha da irresponsabilidade? Pois o codigo sardo não deixava de minorar a pena dos menores de 21 annos e maiores de 18 quando os crimes por elle praticados erão em alto gráo repugnantrs aos sentimentos humanos como o parricidio?

Si a distincção neste ponto é justa porque não

o será naquella? Não é, portanto, exdružula a solução indicada: ella bazea-se na observação dos factos.

De accordo com estas idéas pôde-se estatuir que a responsabilidade dos menores seja absoluta até os 12 annos relativamente aos crimes mais conhecidos e que mais de perto ferem o sentimento humano como o homicidio, o roubo, o furto etc., protrahindo-a até os 14 annos a respeito dos outros crimes.

Para tornar esta idéa effectiva faça-se uma enumeração de crimes da primeira cathegoria ou de ambas, ou tome-se um criterio geral, determinando por exemplo, que relativamente aos crimes que ferem os sentimentos de piedade e probidade, a irresponsabilidade absoluta só si ,estenda aos 12 annos. (15)

Pode-se objectar que não é necessaria esta distincção porque a prova do discernimento attenderá a ella. A isto eu respondo com as razões apresentadas em favor da fixação de uma idade de irresponsabilidade absoluta. E' desnecessario dizer que acerca dos menores de 14 e maiores de doze tambem devem ser tomadas medidas de educação e protecção.

Todas as difficuldades, porém, ainda não estão vencidas, Quando deve começar a responsabilidade plena?

Por outras palavras: Durante que periodo a responsabilidade deve ser duvidosa? Bem se vê que o terreno é espinhoso e deve-se marchar as apalpadellas.

Em todo caso attendendo-se ao ensinamento das sciencias medicas parece-me que bem preceituum os cods. tedesco, da Hespanha, Vaud. Ba-

(15) Não se dedusa d'ahi que eu accêito in totum a theoria do delicto natural de Garofalo, tão bellamente criticada por Aliena: o meu fito foi exemptificar.

silea e Toscana quando marcam a idade de 18 annos para começo da responsabilidade plena.

Dos 12 ou 14 annos aos 18. conforme a especie do crime, os menores só devem ser responsabilizados quando forem julgados capazes de reconhecer a criminalidade de seu acto. No que anteriormente disse está a justificativa desta maneira de ver.

E' nesse periodo que o desenvolvimento sexual se realisa, desenvolvimento que tem a maior importancia sobre o funcionamento do cerebro.

Vêm muito a proposito as palavras de Krafft Ebing, referindo-se ao cod. tedesco: No admittir este grão intermediario de responsabilidade entre a irresponsabilidade absoluta e a responsabilidade completa, a legislação consagrou um facto anthropologico importante.

Effectivamente neste periodo se dão *necessariamente* certos phenomenos de importancia para a psychê do individuo. A legislação que os despreza é arbitraria. Quando o menor nesse periodo for incapaz de reconhecer a criminalidade de seu acto deve ser absolvido, tomando-se a seu respeito as medidas necessarias para educação e instrucção.

Reconhecendo-se, porém, que o menor era capaz de reconhecer a criminalidade de seus actos, deve ser elle punido, caso em que a pena deve ser attenuada. Que é scientifico e justo que a responsabilidade completa comêce aos 18 annos não é mais necessario provar. Todos sabem que aos 18 annos a maturidade sexual é completa e a consciencia está completamente formada. Não posso comprehendêr a mania daquelles que querem que a maioridade criminal seja igual a civil. Como si o conhecimento necessario para saber que um acto é criminoso, fosse o mesmo que o exigido para fazer um contracto ou um testamento! Em synthese, eis o systema que me parece, estar mais a coberto da critica: irresponsabili-

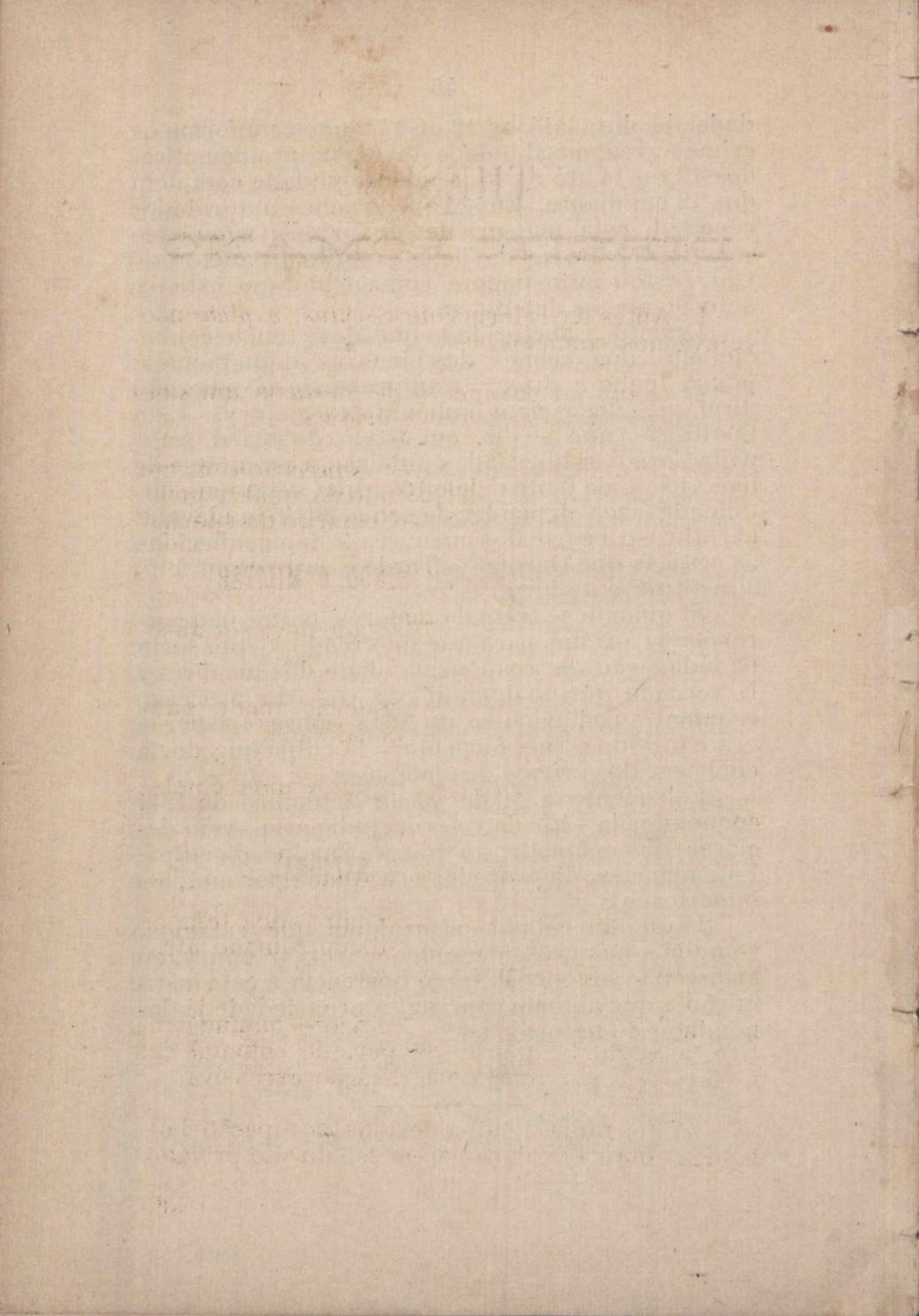
dade absoluta até os 12 ou 14 annos conforme os crimes ; responsabilidade duvidosa, problematica, dos 12 ou 14 até os 18, responsabilidade completa dos 18 em diante. Eu sei que grandes autoridades repellem esta maneira de ver ; mas si não posso repetir as palavras da bella creação do auctor do Cid, estou intimamente convencido que esta é a solução menos defeituosa.

Quanto a auctoridade que deve tomar conhecimento dos crimes dos menores delinquentes, pouco tenho a dizer. Comprehende-se que não direi que elles sejam submettidos ao jury. Esta instituição que se diz, em estylo de jornal, ser o *palladium* das liberdades publicas, rescente-se de taes vicios, de tantos defeitos, que seria uma iniquidade fazer depender de seu arbitrio mudavel e aventureoso a sorte dos menores. São conhecidas as criticas que Garofalo, Tarde e outros têm feito a instituição do jury.

Si quando se trata de maiores, o jury não corresponde aos fins para que foi creado, o que seria na indagação da responsabilidade dos menores ? E' verdade que no dominio do cod. do processo criminal suscitavam-se duvidas sobre o saber si era o jury ou o juiz formador da culpa que devia conhecer dos crimes dos menores.

Felizmente a lei de 20 de Setembro de 1871 cognominada —Lei da reforma judiciaria—veio declarar que competia ao juiz formador da culpa. Esta maneira de proceder era ditada por motivos imperiosos.

Já que no estado cultural em que estamos, vemo-nos na necessidade de conservar o jury, ao menos não se conceda tal competencia a esta instituição a que alguém com muita propriedade já denominou de baroca.



THESES

DIREITO ROMANO

1.^a Antes da reforma de *Servius*, a *plebs* não votava nos comícios.

2.^a O *animus possidentis de Paulus* é um simples ensaio de construção jurídica.

3.^a A evolução da *actio injuriarum* é um caso especial da *lei*, em virtude da qual a jurisprudência se põe a serviço do espírito da epocha.

DIREITO CRIMINAL, INCLUINDO O MILITAR

1.^a Perante a lei todo o alienado deve ser absolutamente irresponsavel.

2.^a O direito criminal moderno tende para um *systema draconiano* de penalidade.

3.^a O direito criminal militar é uma combinação binaria.

HISTORIA DO DIREITO NACIONAL

1.^a O municipalismo brasileiro dos tempos coloniaes filia-se ao municipalismo romano através dos conselhos portuguezes.

2.^a No ponto de vista politico — administrativo, a segunda phase do periodo colonial caracteriza-se por uma centralisação excessiva.

3.^a Foi nulla a influencia da occupação hollandez sobre a evolução do nosso direito privado.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

1.^a A divisão fundamental das cousas em moveis e immoveis é desconhecida em muitos regimens juridicos.

2.^a A razão e os melhores productos legislativos repellem o systema da recognição quando se trata de determinar o momento de formação do vinculo obrigacional, nos contractos *inter absentes*.

3.^a O *mortgage* offerece maiores entraves ao movimento circulatorio das riquezas e menores garantias aos creditos que o nosso instituto hypothecario.

ERRATA

Na impossibilidade de fazer uma nova revisão, pois o tempo não permite, e querendo salvar a minha responsabilidade, limito-me aqui a corrigir os principaes erros de que se acha eivado o texto.

Si quizesse corrigir todos seria um nunca acabar. Felizmente escrevo para pessoas que me conhecem e estas sabem si eu sou capaz de commetter taes attentados contra a grammatica.

Na pag. 9, linha 21, em logar de *principio*, leia-se : precipicio.

Na pag. 13, linha 24, em logar de *in*, leia-se : ni.

Na pag. 13, linha 26, em logar de *apresentado*, leia-se : aparentado.

Na pag. 18, linha 21, em logar de *intimas* leia-se : infimas.

Na pag. 19, linha 7, em logar de *vit*, leia-se : vif.

Na pag. 20, linha 36, accrescente-se-dizer-ao porém.

Na pag. 24, linha 13, em lugar de primitivo, leia-se : punitivo.

Na pag. 32, linha 1, em logar de *firmação*, leia-se : formação.

Ainda ha muitos outros erros menos importantes, como a palavra *implicar* escripta com-n-em vez-de--m, *construcção* sem-c-antes-do-g, o mesmo em reacção ; *pimatas* por primatas, divisão errada de syllabas, como á pag. 18, na palavra *substratum*, onde além disso apparece um-c-adventicio, defeitos de pontuação ; enfim erros que podem facilmente ser corrigidos por quem se der ao inglorio trabalho de ler-me.

F 341.5241

R7892

2

Per-VEfd./dbm