

AURELINO LEAL

---

Germens

DO

Crime



1896

José Luiz da Fonseca Magalhães — Editor

**LIVRARIA MAGALHÃES**

FUNDADA EM 9 DE OUTUBRO DE 1886

26, Rua de Palacio, 26

**BAHIA**



Ao amigo Filinto

1901.

Germens do Crime

*Uma obra de...*

*1840.*

DO MESMO AUCTOR

Prisão Preventiva

# Germens do Crime

POR

Aurelino d'Araujo Leal

PROMOTOR PUBLICO



1896

José Luiz da Fonseca Magalhães, editor

**LIVRARIA MAGALHÃES**

FUNDADA EM 9 DE OUTUBRO DE 1888

26, Rua de Palacio, 26

**BAHIA**

---

LITHO-TYPOGRAPHIA E ENCADERNAÇÃO

Witcke, Picard & Companhia

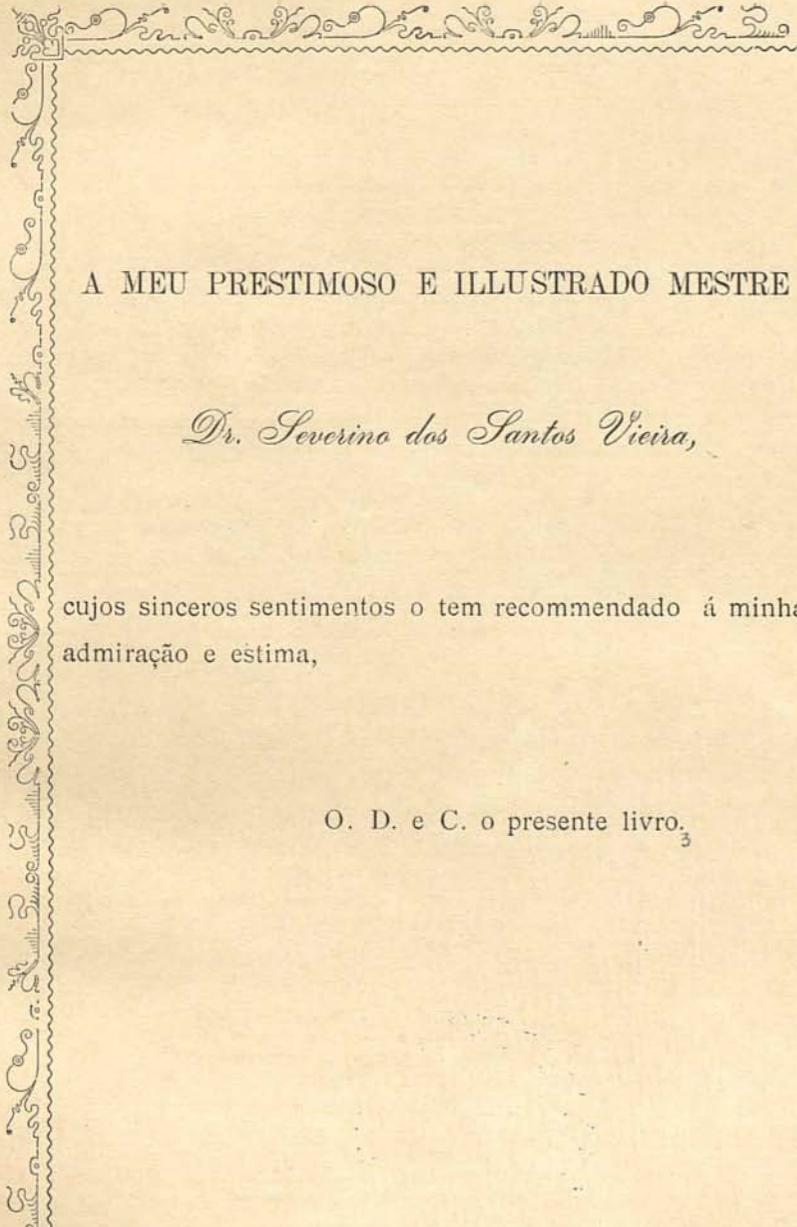
PRAÇA DO OURO N. 3—BAHIA

---



343.9

LEA



A MEU PRESTIMOSO E ILLUSTRADO MESTRE

*Dr. Severino dos Santos Vieira,*

cujos sinceros sentimentos o tem recommendado á minha  
admiração e estima,

O. D. e C. o presente livro.<sub>3</sub>



## INTRODUÇÃO

---

Vão correr mundo mais estas paginas.

A acceitação que teve o meu modesto trabalho sobre a «Prisão Preventiva», estudada á face das modernas doutrinas e das actuaes necessidades do organismo social, publicado o anno passado, encorajou-me e deu-me a ousadia de emprehender novos commettimentos.

Sob a sombra de um illustrado mestre e sincero amigo, appareci, então, em publico, pedindo aos meus leitores toda a indulgencia que deve ser dispensada a um novil, sem pretensões a sabio nem a escriptor de nomeada.

Hoje venho só: recebo-me, sem amparo, o oceano da critica, cujas ondas eu temo . . . .

Não sei, porém, se o encontrarei cavádo: venho só, repito, e mergulhado na dóce e justa esperanza de ser feliz, de ser, pelo menos, posto á margem, convencido, porém, de que mereço agóra dupla generosidade da parte do publico.

Estudo para saber: não tenho a velleidade de estudar para ensinar, uma vez que o acanhamento de minhas forças intellectuaes revéla-me cada vez mais a minha incompetencia.

Convenci-me ha muito de uma verdade: — dos combates que constante se travam na vida publica, os mais serios e os de mais interesse são, por certo, os que se referem á sciencia,

É ella que nos vae aclarando a estrada longa da vida, ensinando-nos o que de sublime e de bello existe em seus seios.

Todas as vezes que olho para a sociedade brasileira (dura, mas pura verdade!) e a vejo debater-se nessa estrada longa e de insondaveis abyssos, formada pela ignorancia; quando, em particular, me estudo e sinto que nada sei... fico triste, porque a minha unica ambição é a sciencia!

Outros preferem o ouro, a moeda que circula, e sentem-se satisfeitos quando se vêem precedidos de especuladores...

Verdade incontestavel: a sciencia tudo vale, porque tudo ella explica. Não fallo da sciencia, a mesma, para todos: absolutamente não.

Alfredo Fouillé, um dos mais sympathicos pensadores da actualidade, teve muita razão quando disse que «a sciencia não é boa senão relativamente e segundo o uso que della se faz; a arte mesmo tem seus perigos; só a moralidade é absolutamente boa».

«E' o que torna a instrucção, principalmente a scientifica, uma arma de dous gumes; suas vantagens não se operam sem inconvenientes correlativos: póde ella produzir uma desproporção entre os conhecimentos adquiridos e a condição em que se acha o individuo, e expõe as sociedades a uma especie de desclassificação universal» (1).

Entretanto, faz pena ver-se o filho sertanejo do Brazil senão mesmo o do meio que passa por mais culto.

\* \* \*

No presente livro occupei-me dos incentivos que o crime encontra, para sua propagação, no terreno da propria lei: «Germens do crime no terreno da lei».

No estado actual de nossa civilização notam-se nos codigos que nos dirigem, que nos regem, disposições verdadeiramente anachronicas, que tendo tido por

(1) Alfredo Fouillé, *Ensino no ponto de vista nacional*, pg. 39.

berço uma phase remota, ao menos relativamente, do direito penal, ainda hoje são, infelizmente, mantidas, a despeito dos grandes progressos que a sciencia realiza e que a experiencia ensina.

Instituições da escola metaphysica, a qual considera o direito como immutavel em todos os seus pontos, não pôdem, por certo, subsistir hoje.

Carlos Letourneau (1) estudando a sancção biologica da ordem natural de que nos falla Henrique Ferri (2), lá encontra a origem do direito que Tobias Barretto chama de phenomeno historico e producto cultural da humanidade (3).

E, realmente, quem não vê que a idéa de immutabilidade é falsa e inconsequente?

Quem não sabe que esta palavra não tem significação alguma, no seculo actual, e que, portanto, não pôde ser applicada ás sciencias, e, com especialidade, ao direito?

Como disse o sabio professor de direito penal da Universidade de Pisa, e com elle têm dito os escriptores modernos, « o direito, quer como idéa, quer como factó, não é nem absoluto, nem eterno, nem immutavel: mas como a linguagem, a arte, a economia, a religião, a moral, a politica, é um producto social, que varia com o tempo e com o espaço, segundo as aptidões physio-psychicas e sociaes de todo o grupo ethnico, em tal ou qual meio (4).

A simples observação da historia da humanidade facilmente revela-nos a improcedencia de tal affirmativa metaphysica, que se torna irrisoria e pueril ante o resultado das modernas investigações da sciencia. Tobias Barretto, o grande mestre, muita razão teve quando considerou o direito como « uma peça de torcer e ageitar ao proveito da sociedade, o homem da natureza » (5).

(1) Litourneau, *Evolução Juridica*, cap. I.

(2) Ferri, *Sociologia Criminal*, pg. 326.

(3) Tobias Barretto, *Estudos de direito*, pg. 404.

(4) Ferri, *op. cit.*, pg. 321.

(5) Tobias Barretto, *op. cit.*, pgs. 352 e 353.

Realmente, a sociedade é a grande officina cuja machina principal — a actividade do homem — deve ser aproveitada do melhor modo possível.

E como chegar-se a esse *desideratum* tão sublime, a essa culminancia tão aspirada, senão traçando-se as normas, que tendo por base a moral, estabeleçam o *modus vivendi* e o *modus agendi*, do individuo, governante e governado, na communhão social?

E tanto mais necessario é conceber-se tudo isto, quanto é uma verdade, que d'ahi nos advem todo o desenvolvimento moral e material.

Estabelecida, por esse meio, a ordem no Estado, preciso é que sejam dictadas as regras punitivas contra aquelles que transgredirem-n'a.

« A idéa de justiça, disse Herbert Spencer, contém dous elementos: de um lado o elemento positivo que importa o reconhecimento do direito de cada homem *à des activités libres de toute entrave, ainsi qu'aux avantages qu'elles lui procurent*; de outro lado o elemento negativo que importa o sentimento consciente dos limites que impõe a presença de outros homens *jouissant des droits analogues* (1).

Da idéa de formação de sociedade, deduz-se, entre outras, a necessidade da formação da lei penal, que deve ser tão *actual* quanto o *presente*.

Lei difficil tanto quanto importante, ella deve basear-se, não em principios de doçura e de rigor, mas na — *media necessaria* — para punir os violadores dos sentimentos de piedade e de probidade, conforme os delictos, contra as pessoas ou contra a propriedade.

No correr dos tempos em que dominaram as theorias dos chefes notaveis como Beccaria, Carrara e outros, theorias que hoje formam a « escola classica » — a lei penal era considerada como de summa difficuldade em sua elaboração.

Esta escola, que estudava o crime como entidade metaphysica, dictando-lhe a pena como seu unico correctivo; que despresava completamente a entidade do agente natural, sem estudal-o psychologicamente, sociologicamente; esta escola, dizemos, já confessava as difficuldades de uma lei penal.

(1) Spencer, *Justiça*, pg. 40.

O que dizer hoje a escola positiva, que, como o medico actual, faz a dosagem dos medicamentos após o estudo severo e consciencioso do organismo do doente?

O que dizer hoje a escola positiva, que ainda joven, não resolveo precisamente todos os seus problemas? . . .

Modificar-se uma lei, segundo as necessidades sociaes da occasião, é cousa difficil; apagal-a, porém, em todas as suas disposições, para formulal-a inteira, segundo as reformas de Garofalo e de Spencer, de Ferri e de Lombroso; o primeiro estudando o systema racional de penalidade (1); o segundo propondo a indemnisação do criminoso á victima, no seu ensaio sobre a moral da prisão (2); o terceiro na magistral apreciação das reformas praticas de Garofalo e de Lisent, onde manifesta a sua autorisada opinião (3); o quarto estabelecendo os meios de reprimir o crime na Italia, reformas que Ferri chama fragmentarias (4); dar-se um golpe tão profundo na primeira, para levantar a segunda, é uma tarefa difficil, e que precisa de reflexão, mas que, entretanto, se torna, em extremo, necessaria, porque a ordem á sociedade não pôde faltar um momento, e ella, com o systema de penalidade actual, vive constantemente ameaçada, e é continuamente atacada.

Hontem, os legisladores decretavão disposições para punir actos determinados da vida humana: fossem os seus autores educados ou ignorantes; vivessem em bom meio ou não; tivessem senso ou fossem *toqués*, o castigo que se lhes dictava era a prisão, desterro para fóra da comarca, etc.

Hoje os legisladores têm necessidade de pensar mais: immergem os seus olhos até o mais profundo das camadas sociaes, para estudar-lhes a hygiene, o meio, a educação, a indole, o movimento do mundo psychologico de cada um; nega-lhes o livre arbitrio em nome da physio-psychologia; mede-lhes

(1) Garofalo, *Criminalogia*.

(2) Spencer, *Ensaio de Política*.

(3) Ferri, op. cit.

(4) Lombroso, *Incremento do delicto da Italia e meios de combatel-o.*

com extremo cuidado a responsabilidade, levando em conta relativa as alterações de seu systema nervoso, as suas anomalias; lança os seus olhos para a prole do criminoso para desvendar-lhes os phenomenos do atavismo, a hereditariedade; estuda o phenomeno da imitação como influente na actividade criminosa, e reconhece-lhes o grande papel que representa na animação da criminalidade.

O positivismo, a biologia, a sociologia são as tres pedras connexas em que se assenta o direito penal actual; a meta physica cedeo ao embate d'estas theorias luminosas.

Os sectarios da escola de hoje luctão pela sua victoria no direito penal positivo; e se até o presente não foi possivel alcançal-a, não é para esmorecer-se absolutamente.

Os esforços devem duplicar.

Existe já uma grande esperanza para os doutos e um contentamento supremo elles sentem, por ver os ensinamentos da escola positiva quasi que acceitos por todo o mundo scientifico, sendo incontestavel que este facto não é senão a prova de que o seu dominio no direito positivo é uma *fatalidade* social, a que se deve chegar, a custo de tudo, hoje ou amanhã.

A sociedade ha de viver sob a bandeira da ordem que lhe será fornecida pela sabia escola moderna.

\* \* \*

Para chegar-se ao conhecimento das medidas que devem curar o organismo da sociedade de seu actual depauperamento; á certeza dos meios mais evidentes para determinar-lhe a robustez e a *limpeza do sangue*, o unico methodo a seguir-se, por ser o de melhores e mais evidentes resultados praticos, é a *observação*.

É o que ensina o positivismo; é o seguido pela escola moderna, que, infelizmente, ainda hoje, apezar de um numero sempre crescente de adeptos,

é olhada de *soslaio* pelos velhos intranzigentes, pelos decrepitos do pensamento.

Não posso, nem é possível comprehender, a intranzigencia no mundo scientifico.

Apparece um livro novo: os intranzigentes têm mêdo de abril-o, antes de saber qual foi a escola adoptada pelo seu autor.

Se este não seguio as leis da immutabilidade, os preceitos da metaphysica, este livro causa-lhes horror immediatamente, e a sua leitura elles dispensão, porque seria um sacrilegio emprehenderem-n'a.

É necessario que adoptem no texto os chavões da escola metaphysica; faz-se preciso que não se affastem das *formulas*, dos *regale juris* para poderem ser lidos e devidamente apreciados e admirados.

A mocidade, porém, venera-os; e, por mais que o contestem, esta veneração dos moços tudo significa, tudo quer dizer, porque d'ella é que tudo se espera, porque-ella tudo resume: o futuro da patria; o futuro da sciencia; a moralidade da justiça; a paz da communhão; tudo virá dos moços.

Pelo methodo de que fallei, pela *observação* criteriosa dos factos, dos phenomenos sociaes, é que se pôde chegar ao grande *desideratum* da consolidação da ordem e da lei.

Os filhos das capitaes soffrem essa *illusão ideologica* do bem estar universal, porque se vêm sempre cercados de toças as garantias.

Suppõem que assim acontece nas vastas paragens sertanejas, onde, ás vezes, o juiz honrado é obrigado a transigir, preterindo a toga a vida, ameaçada pelo clavinote do potentado!

E a lei fica, então, amordaçada: ella não deve punir o criminoso, porque mais criminosa, e pelo menos, mais imprudente será ella, querendo fazer-se valer.

D'ahi a anarchia interior.

Será isto um phenomeno consequente da pobreza da educação da sociedade?

É difficil affirmal-o: mais parece-me um grande defeito da administração,

## VIII

feita por incompetentes, quasi sempre, e outras, pelos imprudentes e insensatos.

Ainda ha muito por ahi quem olhe com sarcasmo para a justiça social, por ter algumas moedas de ouro na gaveta e alguns jagunços á sua disposição.

Ainda por ahi existe quem commetta os mais horrorosos desmandos, infelizmente, arrimados todos nas faceis e imprudentes disposições que nos regem, que pódem ser perfeitamente comparadas a estas casas que contão dezenas de subterraneos, onde o criminoso se occulta, passando incolume ás pesquisas da policia, e fugindo á punição da justiça, ou a uma prisão cheia de bréchas, em que, detido em uma repartição, o individuo evade-se pelo lado opposto, tripudiando sempre sobre a paz social, que elle nunca respeitou, e contra a qual tentará em todos os tempos.

Vê-se, portanto, que a reacção é uma consequencia immediata de tantos ataques, que tomão, a cada hora, uma impulsão assustadora; reacção proporcional, portanto, mui séria e capaz de determinar uma nova phase de organização administrativa, principalmente no ponto de vista do poder judiciario, cuja independencia, como o veremos no texto, é uma palavra vã, é uma formula do direito positivo, e cuja observação, peza dizel-o, é uma... inverdade, é uma illusão experimental, uma supposição que a pratica, até á actualidade, não póde de modo algum observar.

Novicow, estudando *le Calaise* das sociedades modernas, interroga: «D'onde vem este triste estado de cousas? Enquanto a riqueza augmenta em todas as partes, porque vemos diminuir a somma de felicidade humana? Para responder esta questão é preciso firmar uma outra. Qual é a causa de nossos progressos materiaes? É que os chimicos, os physicos, os mechanicos modernos não crêem mais no phlogistico, nem no horror da natureza pela vida; é que elles têm abandonado as abstrações metaphysicas; é que elles observam os phenomenos da natureza pelos methodos objectivos, descobrem as leis que os regem, e os applicão de accôrdo com as nossas necessidades. Pois bem! quando os homens de estado, procedendo por sua vez de modo se-

melhante, tiverem adquirido noções scientificas sobre a natureza do organismo social, quando as leis da sociologia forem tão conhecidas, tão dissiminadas no publico e tão pouco contestadas como as da physica ou da chimica, realizar-se-ha uma somma de bem-estar moral, que será comparavel ao bem-estar material que desfructamos hoje » (1).

É por esse tempo que se espera e é para elle que nos dirigimos todos, tendo a nosso norte como fixo o fiel pharol, o positivismo, fiel e observador dos phenomenos.

\* \* \*

Após estas considerações, vou deixar que o benevolo leitor vá ao seio do despretençioso trabalho que ora publico.

Esforcei-me para que elle viesse a termo condigno da leitura d'aquelles que apreciam o direito penal em suas modernas concepções.

O resultado foi o que verão todos.

Fica-me a esperança de ver amanhã a legislação penal inteiramente reformada em todos esses pontos que discuti e que modestamente critiquei, porque não resta a menor duvida, que a necessidade de taes reformas, torna-se cada vez mais palpitante.

Aos moços como eu, peço que estudem muito; que se empenhem no combate da sciencia, como decididos soldados, para que amanhã possamos ver nossa querida patria sob os depositivos de uma bôa lei, que lhe offereça os meics mais proprios para a sua consolidação e para a sua ordem.

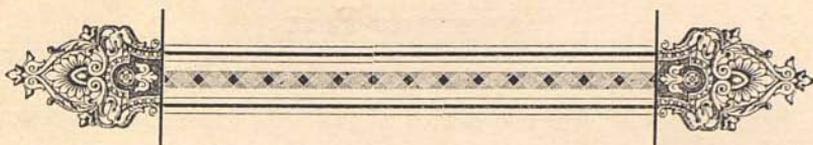
Aos meus illustres mestres, peço tambem benevolencia: que me honrem com sua leitura, mas que ensinem-me a encher os claros que deixei n'esse modesto trabalho, dando-me, como o hontem, coragem, muita coragem, para proseguir na vida scientifica, aprendendo sempre, com dedicação e vontade.

Bahia, em 1896.

*Carolino de Araújo Leal.*

(1) Navicow, *Política Internacional*, Pgs. 2 e 3.





## I

### Definição dos Germens

No estudo accurado das nossas leis penaes, encontramos faltas de ordem tão seria, lacunas tão graves, que reconhecemos n'ellas verdadeiras valvulas abertas, umas á impunidade e outras á animação dos malfeitores, incitando-os á propagação do crime no seio da communhão social.

E assim como a semente, lançada no terreno fertil, rebenta produzindo as mais bellas flores, ou as mais copadas e robustas arvores, assim tambem a fraqueza e a facilidade da lei determinão a sua constante violação e, portanto, o *crime*.

As disposições reguladoras do *modus a gendi* e do *modus vivendi* na sociedade, devem ser de tal modo elaboradas, com tanto senso e criterio estabelecidas, que d'ellas advenha o resultado affirmativo do desenvolvimento moral e material, como uma consequencia obrigatoria e fatal.

O terreno da lei, antes de tudo, delicado e melindroso, pre-  
g.

cisa de ser cultivado por braços não só bem intencionados, mas ainda experientes e calculadores.

A lei penal, que não deve admittir a lata interpretação dos seus dispositivos, mesmo para evitar perigos de qualquer natureza, mas que nenhuma outra, precisa de ser dictada de accôrdo com o estudo dos phenomenos sociaes, tendo todo o escrupulo, o maximo cuidado, em crear instituições que favoreçam os criminosos e que fação, portanto, augmentar a criminalidade.

Uma vez que ellas existam, a sociedade periclita: o espirito investigador conhece logo que semelhante terreno alimenta germens bem perigosos.

O nosso legislador adoptou no nosso direito penal positivo institutos que são verdadeiros auxilios da criminalidade, espessas capas em que se embuçam os malfeitores para fugirem á punição legal.

Á estas disposições que chamamos «*germens do crime*» nos referiremos, relativamente, ao correr do presente livro, estudando-os com o cuidado, com o criterio e com a calma que o proprio assumpto exige.

Mas estas instituições animadoras da criminalidade e perigosas para a repressão, são todas da mesma importancia theorica, têm todas o mesmo valor pratico, por contribuirem com um mesmo contingente para aquelles fins?

Não; existe entre ellas uma linha que a distingue, que a separa inteiramente, dando logar a uma classificação, cujo fim principal é despertar a attenção dos penalistas, no sentido de debellar com urgencia aquelles que forem consi-

derados como de maior importancia, por seus mács resultados, mais directos e mais continuos.

Estas valvulas abertas á corrente criminal, estes *germens do crime*, são de primeira e segunda ordem; são *principaes* e *secundarios*.

Uns concorrem *directamente* para o enfraquecimento da repressão, são causas directas, immediatas do augmento da estatistica criminal; outras concorrem *indirectamente* para o mesmo fim; uns têm acção sempre *actual*, constante, outros são de natureza *momentosa*, apparecem com intervallo de mais ou menos longa duração, sendo de acção *occasional*.

Portanto, uma vez que fique provado o malefico influxo prestado por taes instituições á communhão social, cumpre urgentemente apagal-as em nome da ordem e da paz, afim de que a repressão se desenvolva bem, de modo a nunca encontrar embaraços nos seus modos de acção.

Convem desde já confessar que no seio de nossa legislação só se descobre, no sentido rigoroso da expressão, um *germen* de primeira ordem, um *germen principal*: a instituição do jury.

É esse tribunal que exerce o peor influxo sobre a punição dos crimes e que semeia no organismo social os germens perniciosos da animação aos criminosos.

É no jury que vamos encontrar a fonte geradora de um grande numero das desordens que se operão no seio da communhão; é nos seus julgados, na sua generosidade e na sua incompetencia, que os criminosos reincidentes formão grupos que se avolumão cada dia e que pódem, n'um momento dado,

tentar contra a existencia da lei e contra a integridade da justiça.

Entretanto, a impunidade da intenção criminosa, nos casos de tentativa frustrada por impropriedade de meios ou de objecto, póde ser considerado como um *germen primordial*, porque dão-se continuamente crimes que se não chegam aos resultados desejados pelos respectivos agentes é por terem por exemplo, concorrido as circunstancias mencionadas, que pela legislação vigente dirimem a responsabilidade.

A intenção muitas vezes manifestada não basta para que o criminoso seja punido, para que a sociedade veja-se livre d'elle!

E o que não soffre contestação é que a media de sentimentos necessaria á adaptação do individuo na sociedade póde manifestar-se-lhe inexistente em taes occasiões o que basta para a sua punição.

Não podemos dizer o mesmo da impunidade do mandante quando o mandatario se exhime de commetter o delicto.

Incontestavelmente, o mandato, o crime por commissão, é mais raro do que o crime por omissão: este é sempre mais constante do que aquelle.

Entre os *germens secundarios* da criminalidade estudaremos a prescripção, a fiança, a divisão da acção em publica e privada, a annistia, a graça, o perdão do offendido, o livramento condicional, a impunidade do mandante, a reincidencia, as nullidades processualisticas.

Bem se vê que não podiamos reunir todas estas questões em uma só parte, dando-lhes a mesma força, desde que não

concorrem todas directamente, immediatamente para o enfraquecimento da repressão.

Ninguem, por certo, pretenderá affirmar que a fiança, por exemplo, tem attestado peores resultados que a instituição do jury, nem eguaes.

No estudo que fizemos de tal instituição, antiga, como é, mas condemnada fatalmente á morte, provaremos que os resultados praticos são todos negativos, que a necessidade de sua eliminação é palpitante e inadiavel.

O jury condemnando e absolvendo com uma grande dóse de inconsciencia deixa de ser um tribunal de justiça.....

Não podemos estabelecer uma linha divisoria entre quem perdôa um crime barbaro e quem o commette; assim como não é perdoavel a condemnação de um innocente.

Já ouvimos um dos nossos mais illustrados mestres dizer que ao lado dos erros do jury vem sempre o correctivo.

Mas, não estamos convencido d'isso: se esses correctivos nos fossem apontados, nos calariamos, por certo.

Elles poderião existir nos recursos que a lei concede ao juiz e ao representante do ministerio publico; mas ainda assim são inteiramente illusorios, porque o criminoso absolvido hoje, em geral, o será amanhã, quando por decisão de um tribunal superior, fôr mandado a novo julgamento, sem mais recurso algum.

A prescripção, do numero dos *germens secundarios*, é uma outra facilidade, é uma outra imprudencia da lei.

Concebe-se que ella exista no campo do direito civil, garantindo a posse prolongada de um individuo sobre a proprie-

dade, com bôa fé; mas é inconcebivel que no direito penal ella aproveite a todo aquelle que tendo delinquido, tenha vivido um certo numero de annos occulto e escapo das vistas dos agentes policiaes.

Em tal ponto da questão intervem a escola positivista que pede, com sensatez e acerto, o estudo criterioso do delinquente, exigindo que a sua vida, durante o prazo da prescripção, seja devassada pela justiça, a bem da ordem e da repressão penal.

Torna-se indispensavel o estudo physico-psychologico do criminoso, e si, posteriormente a todas estas investigações se concluir que o delinquente adaptou-se á vida da communhão, tendo bastantes sentimentos de probidade e de piedade, conceda-se-lhe o favor da prescripção.

Nos demais casos, semelhante favor é um perigo para a sociedade; é uma verdadeira imprudencia que a lei commette.

A fiança, outro *germen secundario*, parece crear uma especie de privilegio entre os homens, entre os deliquentes, o que não é possivel de modo algum.

Conceder-se a um individuo a faculdade de prestar caução sobre um crime de que tivesse sido autor; consentir-se que elle assista á todas as formalidades do processo; a sua condemnação pelo jury (por hypothese) sempre livre, sempre a sorrir de seu perseguidor, não é serio diante da lei.

Demais, dada a hypothese de que o autor do facto tenha sido, não um homem *normal*, no sentido anthropologico da palavra, mas um criminoso *nato*, um criminoso *habitual*, comprehende-se que o favor da fiança, da liberdade provisoria, é a determinação

de sua impunidade, se não a authorisação plena para emprender *novos commettimentos*.

A divisão da acção criminal em publica e privada mereceu também apreciações nossas, como tem merecido as de escriptores modernos, destacando-se entre elles, o vulto sympathico do Barão de Garofalo.

No estado actual de nossas leis a divisão referida é uma triste realidade.

Como veremos, o moço rico, o *gigerl* conquistador, que desfolhar a corôa de virgem da filha de um pobre taverneiro, que mal póde contribuir para o orçamento do estado, sem poder, em absoluto, satisfazer despezas de um processo crime, o moço rico, dizemos, ficará impune, porque o pobre pae não é miseravel e, portanto, o ministerio publico não tem o direito de intervir !

Si, immerso na sua dôr, impellido pela propria dignidade do coração paterno, e na impossibilidade de vingar-se pelos meios do direito do seu aggressor, o pobre velho fustigar-lhe a face em plena rua, irá para a cadeia, porque, então, preponderará o ouro, pela desigualdade de condições financeiras!

Tal instituto é um anachronismo: a funcção de punir é puramente social, não deve ser concedida ao individuo, senão em casos rarissimos, como os de legitima defeza, propria ou de terceiro, em que o aggreddido deve ser a justiça, deve ser a lei, uma vez que lhe é impossivel implorar soccorro á sociedade.

A amnistia a graça e o perdão: quanto á existencia dos primeiros ha uma sorte de invasão de competencia entre os poderes legislativo, executivo e judiciario.

O poder judiciario deve ser o unico competente para a apreciação dos differentes factos que se dérem na esphera do direito.

Sustentar-se uma doutrina contraria é violar-se flagrantemente a harmonia e a independencia dos poderes, em que a constituição amparou a soberania popular.

A defeza da sociedade, quanto ao alarma produzido pelo crime, deve ser de exclusiva competencia do poder judiciario: a intervenção de poderes extranhos é uma incompetencia que a lei deve corrigir.

Quanto ao perdão do offendido, suscita-se tambem a questão de competencia sobre a quem pertence a função de punir da repressão penal.

Semelhante função, está plenamente assentada, na esphera juridico-penal, pertence á sociedade; portanto, o perdão do offendido não tem razão de ser, mesmo nos crimes affiançaveis.

O livramento condicional depende de um estudo criterioso da classificação scientifica dos criminosos.

Deve ser concedido sob os dados da physio-psychologia, afim de evitar-se o *animo dissimulador*, d'aquelles que quizerem gosar-o, sem estarem adaptados ás leis do organismo social.

Além do estudo d'esses germens, fazemos considerações sobre a necessidade do ensino carcerario, da *clinica criminal*, e do ensino nas faculdades superiores, por pertencermos ao numero d'aquelles que são de parecer que d'ellas póde advir um grande contingente para a formação do direito.

Estudaremos tambem a necessidade da divisão de juizes

criminaes e civis, divisão que deve ser permanente, em nome da escola moderna, pois está demonstrado á luz da evidencia, que o juiz encarregado de julgar criminosos deve conhecer os principios que regulão a physiologia, a psychologia criminal, etc.

Póde-se ser versado em direito romano, em direito civil, mas não saber-se o direito penal, como se concebe nos tempos hodiernos.

Não podiamos tambem esquecer a falta, entre nós, de colonias correccionaes, que tanto anima a criminalidade infantil.

Se a falta de taes systemas não animão a criminalidade nem difficultão a repressão, pódem elles, todavia, depois de instituidos, contribuir vantajosamente para ajudal-os na debellação de uma e na facilidade de outra.

Propuzemos-nos á demonstração de que tudo isto tem contribuido para os máos resultados da administração da justiça.

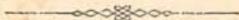
Se o fazemos, é difficil proval-o; entretanto empregaremos para chegar a tal fim os mais ingentes esforços.

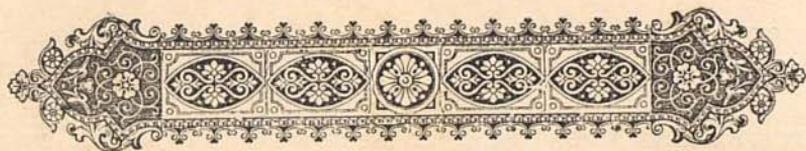
Estamos firmemente convencido de que as idéas modernamente explanadas serão acceitas, tal é o interesse que despertão.

Não somos um innovador: o que ahi vae dito é a repetição do que têm escripto os grandes vultos do direito penal; apenas, com o acanhamento de nossos recursos intellectuaes, apontamos mais alguns argumentos que, com os demais, provarão firmemente as verdades por elles expostas, ao mesmo tempo que offerecemos as reformas que mais convenientes achamos á actualidade das cousas.

Já disse alguém com muito senso: «Cen'est qu'eu montant sus les époules des autres qui nous pousons voir d'um peu loin».

Explicado o que entendemos por «*germens do crime*» e estabelecida a sua divisão em *principaes* e *secundarios*, tractemos dos primeiros: da instituição do jury e da impunidade da intenção criminosa, segundo as nossas leis.





## II

### Instituição do Jury

Renhido tem sido o debate travado entre os escriptores, a respeito da administração da justiça popular, synthetisada no Tribunal do Jury.

Á medida que correm os dias, parece que novos soldados, decididos e fiéis, se alistam nas fileiras dos seus impugnadores, emquanto que o exercito contrario vae fatalmente se eclip-sando.

O que está patentemente demonstrado é que o Jury ha de cair, hoje ou amanhã, taes são os resultados offerecidos á pratica, e os perigos encontestaveis a que a sociedade se expõe, sustentando uma instituição que difficulta e impossibilita muitas vezes a repressão penal, tornando illusoria, perante o organismo social, a administração da justiça.

Nascido em 1215, e não nas florestas germanicas (1),

(1) Tarde, *Philosophia Penal*, pg. 441.

como pensam alguns, foi sempre o jury considerado como uma prova de acatamento á soberania popular.

A despeito das idéias scientificas e legislativas do fim do seculo XVIII, querendo estabelecer uma ordem independente de magistrados, a revolução franceza, entusiasta da omnipotencia e omnisciencia do povo, tudo esqueceu, para instituir o jury (1).

Bruza, um dos mais fervorosos classicos italianos, sustenta a opinião da intervenção crescente do povo na administração da justiça (2).

Mas, o que não resta duvida, é que esta instituição, cuja cabelleira encanecida pelos muitissimos annos de sua existencia, attesta solemnissimamente que não se presta ao sublime *desideratum* da sociedade moderna, tendendo a desaparecer.

A escola moderna, na observação criteriosa dos factos, já reconheceu a sua inefficacia absoluta na repressão dos crimes; de modo que, o desaparecimento do jury não deve soffrer contestação, ante os progressos admiraveis que vae fazendo o positivismo pessoal, cujo triumpho, quer queirão quer não, é uma fatalidade social.

Nos alistamos hoje em o numero daquelles que combatem pela quéda do jury e por consequente em favor da moralidade da lei e da justiça.

Gabriel Tarde, o grandé e admirado autor da «Philosophia Penal», diz, com acerto, que «toda pathologia nova implica

(1) Ferri, *Sociologia*, Criminal, pg. 465.

(2) Idem, pg. 464.

uma nova therapeutica» e que « a criminologia positivista terá por coroamento obrigatorio uma penalidade positivista» (1).

Estas palavras, que resumem uma sentença fatal contra o jury, instituição anachronica da escola classica, não tardarão, por certo, a ser cumpridas.

E, por isso, que tomamos a tarefa de combatel-a, tambem.

Sectario das idéas modernas; obscuro, porém decidido e fiel soldado do exercito de hoje, porque não daremos, com outros, o nosso combate a este velho inimigo, tão profundamente enraizado no seio da communhão?

É nosso dever fazel-o, contribuindo para o seu desaparecimento, não consentindo por mais tempo na sua permanencia perigosa, em vista dos resultados que a experiencia nos tem continuamente offerecido.

Olhar-se para a sciencia e ouvil-a; consultar-se a pratica e entedel-a; compulsar-se a estatística e detidamente estudal-a; admirando-se depois de tudo isto o enfraquecimento da repressão e o desenvolvimento espantoso da criminalidade, sem vir-se a campo cumprir-se o dever de moço, dilecto representante do futuro, é, realmente, imperdoavel.

E que o tempo não vá correndo na sua ampulheta, sem desaparecerem estas mólas enferrujadas, que não girão mais, difficultando a vida da sociedade, sob pena de chegarmos

(1) Tarde, op. cit., pg. 427.

fatalmente ao ponto de não tomar pé: o oceano das paixões cavar-se-ha nas suas ondas e o seu seio se aprofundará tomando as dimensões de um abysmo: a lei seria o crime, a calúnia, o saque, e a justiça seria os despojos de um corpo que morreu procurando salvar o meio collectivo.

Ora, a lei deve ser sempre actual, filha do presente. No direito penal, muito principalmente, por ser o mais importante, talvez, de todos os pilares sociaes, ella não pôde deixar de acompanhar a sciencia, segundo as suas descobertas, reformando-se, portanto.

\*  
\* \*

Como sabem todos, o jury no Brazil data de 18 de Junho de 1822 e foi instituido para julgar os crimes de liberdade de imprensa.

Passando por modificações outras, com a promulgação do Codigo do Processo Criminal, foi o jury habilitado a julgar os crimes communs.

Só estudando o seu mechanismo no dominio das nossas leis antigas e modernas, é que podemos sensatamente fazer a sua critica.

Propondo-nos, portanto, a tal fim, cifrão-se nas disposições que se seguem os meios estabelecidos pelos legisladores para a regulamentação do jury, para a sua mechanica, na administração da justiça:

		Julgamento dos crimes de liberdade de imprensa. Lei de 18 de Junho de 1822.	
<i>Instituição do jury no Brazil</i>	{		
<i>Domínio antigo</i>	{	Primeira phase {	Conselhos de jurados (1) {
		Segunda phase {	Abolição de um dos Concelhos de jurados {
		Julgamento propriamente dito uniforme até o anno de 1893.	
<i>Domínio moderno</i>	{	Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892	{
		Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895	{
		Alteração sensível no alistamento dos jurados; conservação do julgamento secreto.	
		Alterações no julgamento em geral; conservação das alterações no alistamento dos jurados feito pela Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892.	

Eis ahi. Julgamos, senão bem explicado, ao menos comprehensível, o mechanismo antigo e moderno do jury, entre nós.

Deixando de parte a instituição de tal tribunal para o julgamento dos crimes de liberdade de imprensa, isoladamente, examinemos a questão em geral, começando pela criação do 1.º Conselho de Jurados (2).

(1) A Lei de 29 de Novembro de 1832 estabelece mais de um Conselho de jurados.

(2) Lei cit. Erão as seguintes disposições que regulavão o 1.º Conselho de jurados:

Art. 238. No dia designado, achando-se presentes o Juiz de Direito, Escrivão, Jurados, o Promotor, nos crimes em que deve accusar, e a parte accusadora, havendo-a, principiará a sessão pelo toque da campanha. Em seguida o Juiz de Direito abrirá a urna das 60 cédulas (vid. art. 236 do Cod. do Proc. Crim.) e verificando publicamente, que se achão todas, as recolherá outra vez; feita logo pelo escrivão a chamada dos jurados, e achando-se completo o numero legal, observando-se o disposto nos arts. 313 e 315 (multas e substituições de outros jurados, pelos que faltassem), mandará o mesmo Juiz extrahir da urna por um menino, vinte e tres cédulas. As pessoas que ellas designarem formarão o primeiro Conselho de jurados, que será inteiramente presidido pelo primeiro que tiver saído á sorte.

Art. 239. Logo depois será admittido o Juiz de Paz do districto, onde se reunirem os jurados a apresentar todos os processos que tiver formado ou recebido dos Juizes de Paz do termo, e que devem ser julgados pelo jury.

Art. 240. Immediatamente o Escrivão fará a chamada de todos os réos presos, dos que se livrão saltos ou affiançados, dos accusadores ou autores, e das testemunhas, que constar terem sido notificadas para comparecerem n'aquella sessão.

Art. 241. A respeito dos réos, autores ou accusadores, que faltarem, observar-se-ha o que está disposto nos arts. 220 e 221, excepto nos crimes em que têm lugar a denuncia: n'estes o Juiz de Direito ordenará ao Promotor Publico que proceda na accusação e condemnará o réo na pena do art. 229.

Da conferencia do 1.º Conselho de Jurados ou Jury de Accusação.

Art. 242. O Juiz de Direito deferindo aos membros do 1.º Conselho de jurados, o juramento, cuja formula se transcreverá no fim d'este capitulo, entregará ao Presidente todos os processos que houverem de ser julgados na sessão.

Inquestionavelmente erão perigosos os seus principios reguladores.

Não podemos de modo algum concordar que o jury dêsse bons resultados, tendo tão largas attribuições.

Realmente, quem não vê que, victimas, fracas victimas, da politica e do empenho, o jury embarçava a repressão do crimi-

Art. 243. Feito isto o Juiz de Direito dirigirá os jurados á outra sala, onde sós, e a portas fechadas, principiarão por nomear dentre os seus membros, em escrutinio secreto, por maioria absoluta de votos, o seu Presidente e um Secretario; depois do que conferenciarão sobre cada processo, que fór submittido ao seu exame, pela maneira seguinte:

Art. 244. Finda a leitura de cada processo, que será feita pelo Secretario, e qualquer debate, que sobre elle se suscitar, o Presidente porá a votos a questão seguinte: Ha n'este processo sufficiente esclarecimento sobre o crime e seu autor, para proceder á accusação? Se a decisão fór affirmativa o Secretario escreverá no processo as palavras: o Jury achou materia para accusação.

Art. 245. Se, porém, a decisão fór negativa, por não haver sufficiente esclarecimento sobre o crime ou seu autor, o Presidente dará as ordens necessarias, para que seja admittido na sala de sua conferencia o queixoso, ou denunciante, ou o Promotor Publico e o réo, se estiver presente, e as testemunhas uma por uma, para ratificar-se o processo, sujeitando-se todas estas pessoas a novo exame.

Art. 246. Nas ratificações dos processos, o Secretario, apenas, apontará por minuta as respostas discordantes das que se achão nos autos dadas pelas mesmas pessoas.

Art. 247. Nas ditas ratificações tambem não se admittirão testemunhas novas, salvo, sómente, quando não vier designado o autor do crime no processo.

Art. 248. Finda a ratificação do processo ou formada a culpa o Presidente fará sahir da sala as pessoas admittidas, e depois do debate, que se suscitar entre os jurados, porá a votos a questão seguinte: Procede a accusação contra alguém? O Secretario escreverá as respostas pela formula seguinte:

O jury achou materia para accusar contra F. ou F.

O jury não achou materia para accusação.

Art. 249. As buscas, prisões, notificações que o Jury resolver serão communicadas por officio do Presidente ao Juiz de Direito, que os recomendará aos Juizes de Paz respectivos; e quando estas diligencias sejam essenciaes ao seguimento da causa o Presidente as poderá suspender até que ellas sejam satisfeitas.

Art. 250. Decidido qualquer processo, voltarão os jurados á primeira sala e ahí repetirá o seu Presidente em voz alta a decisão escripta.

Art. 251. Quando a decisão fór negativa o Juiz de Direito por sua sentença lançada nos autos julgará de nenhum effeito a queixa ou denuncia.

Art. 252. Se a decisão fór affirmativa a sentença declarará que ha lugar a formar-se a accusação e ordenará a custodia do réo o sequestro nos impressos, escriptos ou gravuras pronunciadas, havendo-as.

Art. 253. Se algum queixoso recorrer para os jurados do Juiz de Paz não pronnciear aquelle de quem se queixou, compete ao 1.º Conselho decidir se achar materia para accusação; e n'este caso se procederá na forma dos arts. 245, 246, 247, 248, 249 e 250.

Formula do juramento.

Juro pronnciear bem e sinceramente n'esta causa, haver-me com franqueza e verdade, só tendo diante dos meus olhos Deus e a lei; e preferir o meu voto segundo a minha consciencia.

noso, com a faculdade de conhecer da força probante para a accusação posterior?

O pessoal habilitado era sempre excluído da lista dos jurados, de modo que esta era eivada de incompetentes para o julgamento dos crimes que fossem affectos ao tribunal.

Se tivéssemos regularisados os nossos trabalhos de estatística, provaríamos, á luz da evidencia, que, em casos rarissimos, o jury deixava de reconhecer materia para a accusação, muito embóra tivessem o trabalho posterior de *absolver*.

A lei, a respeito, era cumprida, sem duvida, como mera formalidade; era uma satisfação dada aos principios da processualística; salvos os casos em que se tornava preciso que o processo não fosse ao campo das discussões. Uma verdade incontestavel: se nos systemas que se seguiram á abolição do 1.º Conselho de Jurados, quando os processos são levados á opinião de um accusador e de um defensor e ao resumo claro dos juizes contão-se, ás centenas, as decisões injustas e clamorosas que têm determinado protestos geraes contra o jury, naquelles tempos, quando algum *entendido* fazia parte do Conselho o *mal* se cortava pela *raiz*. Dir-nos-hão: a lei prevenia os abusos apresentando, ou concedendo os favores dos recursos dos Arts. 245 e seguintes. Mas quem não vê, quem não sabe e quem não está plenamente convencido do modo porque procede o jury, quando resolve-se a absolver um *innocente*, cuja bolsa se esvasiou nas mãos dos protectores sociaes? Além d'isto, um outro defeito existia no dominio de semelhante lei: os Arts. 144 e

145 do Código do Processo <sup>(1)</sup> estabeleceram que, « quando pelas provas dos autos ou indícios vehementes o juiz se convencesse da existencia do facto criminoso e de quem fosse o agente do crime, por seu despacho nos autos, julgará procedente a queixa ou denuncia obrigando o delinquente á prisão e sempre a livramento.

Entretanto, quantas dezenas, quantas centenas de pronuncias erão proferidas baseadas em provas, e quantas terião sido desprezadas no dominio de semelhante systema?

Duvidamos muito que, em geral, o 1.º Conselho de Jurados não achasse sempre « materia para accusação ».

A questão será sempre duvidosa e ficará n'essas interrogativas, tudo porque nos falta a estatistica.

Em circumstancias taes qual seria o resultado? Máo e, ás vezes, até contrario á liberdade individual, que indemnisação alguma tem por taes prejuizos.

No caso de absolvição podia o juiz lançar mão do recurso concedido pelo Art. 301 do Cod. do Proc. (appellação para a Relação do Districto) <sup>(2)</sup>.

Pois bem : o Tribunal mandava que o réo fosse novamente submettido a jury; o patronato ainda mais infrene

(1) Art. 144. Se pela inquirição das testemunhas, interrogatorio do indiciado delinquente, ou informações a que tiver procedido o Juiz se convencer da existencia do delicto e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos, que julga procedente a queixa ou denuncia e obrigado o delinquente á prisão nos casos em que esta tem lugar e sempre a livramento.

Art. 145. Quando o Juiz não obtenha pleno conhecimento do delicto, ou indícios vehementes de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que não julga procedente a queixa ou denuncia.

(2) Art. 301. Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de Appellação para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto ou não impuzer a pena declarada na lei.

se poria a campo e, d'esta vez, livre de *pena e culpa*, pela justiça popular, o processo iria dormir o somno eterno do esquecimento na estante empoeirada do notario, enquanto o criminoso, em plena liberdade, iria, não raro, vingar-se d'aquelles que tiveram a *ouzadia* de ser testemunhas no processo que lhe foi movido, depondo contra elle; iria, não raro tambem, pedir contas, com o clavinote em punho, ao pobre velho pae que, n'elle, quiz vingar o aggressor, o assassino que fez correr o sangue de seu filho honesto e trabalhador, ou aos encarregados da justiça que o fizeram soffrer.

E que não se nos pergunte no que nos baseamos para affirmar que o jury céde ao empenho, ao patronato.

Falamos com a experiencia: fomos advogado e somos, hoje, representante do ministerio publico: fomos defensor, e havemos accusado muito para seriamente o affirmarmos.

Demais, a impressão que se apodera de uma população inteira, quando dá-se um crime alarmante, apaixona algumas vezes o jury, que deixa de parte inteiramente o que consta dos autos, muitas vezes sem provas, para condemnar inconscientemente a victima de enganosas apparencias, cedendo á má impressão anterior.

Perante o jury, nas absolvições e condemnações, ha sempre injustiça: aquellas são muitas, e portanto escandalosas, a não ser que se queira sustentar a falta de provas em todos os casos, o que não seria serio; estas são poucas, relativamente, e muitas vezes, proferidas com injustiça.

O que convém não esquecer de modo algum é que o 1.º Conselho de Jurados peccava pela base.

Porque, o jury tendo de reconhecer se havia nos processos que lhe foram apresentados, materia para accusação, lendo-os, precisava de ter conhecimentos juridicos para poder dar valor á prova.

Muito facilmente andarião quando ella fosse « *de visu* », mas quando fosse circumstancial, com tanta força que calasse no espirito do julgador a existencia do facto criminoso e de quem fosse o autor?

Quantas vezes o proprio juiz togado lucta com difficuldades na apreciação geral das provas?

Pode-se reconhecer no jury competencia para a apreciação de certos generos de prova?

Absolutamente, não.

Imaginemos, por exemplo, que existe firmada n'um processo, com todos os seus requisitos, a prova que Mittermaier chama *composta* e que nós chamamos *deductiva* (1),— a qual deve dar motivo á imposição de pena, segundo o nosso modo de pensar, neste caso, e em outros semelhantes, que resultados dava o jury?

Lamentaveis, por certo.

Parece que o jury no dominio do 1.º Conselho de jurados deu tão máos resultados, que depois de 9 annos de existencia sómente (porque no Brazil as leis primão pela longa vida) foi abolido pela Lei de 3 de Dezembro de 1841 (2).

É um asserto simplesmente de presumpção: oCodigo Cri-

(1) Mittermaier, *Tratado da Prova*, pg. 554 e seguintes.

(2) Lei de 3 Dezembro de 1841, Art. 95.

minal de 1830 soffreu séria reforma em 1890; a organização judiciaria desde 71, foi reformada em 92 e em 95.

Não queremos a desorden nas reformas: estabelecidas com sensatez, as leis poderão ser adoptadas por um espaço de tempo relativo ao adiantamento do meio.

Abolindo o 1.º Conselho, a lei prestou um beneficio não á sociedade, mas á liberdade do julgamento.

Tractando dos jurados, dos individuos a quem a sociedade confia a difficil e melindrosa missão de julgar, a Lei de 41, divergindo de alguma fórma da Lei de 28 de Novembro de 1832 (1) (Cod. Proc. Crim.), dispoz que eram aptos para ser jurados os cidadãos:

- a) Que poderem ser eleitores;
- b) Que souberem ler e escrever;
- c) Que tiverem de rendimento annual, por bem de raiz ou emprego publico, 400\$000 nos termos das Cidades do Rio de Janeiro, Bahia, Recife e S. Luiz do Maranhão; 300\$000 nos termos das outras cidades, e 200\$000 em todos os mais termos.

Quando o rendimento provier do Commercio ou industria, deverão ter o duplo.

(As excepções são as mesmissimas da Lei de 1832) (2).

(1) Lei de 29 Novembro de 1832. Art. 23, São aptos para serem jurados todos os cidadãos que pótem ser eleitores, sendo de reconhecido senso e probidade.

(2) Lei e Art. cit. Exceptuão-se os Senadores, Conselheiros e Ministros do Estados, Bispos e Magistrados, Officiaes de Justiça, Juizes Ecclesiasticos, Vigarios, Presidentes e Secretarios dos governos das Provincias, Commandantes de armas e dos corpos de primeira linha.

Sempre descuradas as leis na organização das listas dos jurados, tem sido esta uma das razões mais poderosas, entre as que contribuíram para o enfraquecimento moral da instituição do jury, entre nós, se nos quizermos esquecer de que, em vista das theorias positivistas, a sua quéda, por incompetencia absoluta, é uma fatalidade social.

Retirando do jury o pessoal mais habilitado, pode-se dizer, como podia ser bem administrada a justiça?

Parece, e de outro modo não se explica tanta persistencia em taes uzos, que os legisladores na confecção de taes dispositivos, olhavam tão sómente para a civilização das capitaes, esquecendo inteiramente o que ia pelos termos de fóra, onde d'entre 5 e 6 mil almas, tirão-se 100 ou 200 pessôas, no maximo, de habilitação mais ou menos bastante para o desempenho de funcções publicas.

Abolido, pois, o 1.º Conselho de jurados, o julgamento propriamente dito, em face da Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 e do Dec. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, foi, sem alterações sensiveis, o mesmo até os tempos actuaes.

Em 1892, quando já a Republica existia no Brazil, adoptada a dualidade da magistratura, foi sancionada a Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892, que fez profundas alterações no alistamento dos jurados (1), fazendo augmentar, portanto, os perigos do jury.

(1) Art. 113. O alistamento dos jurados, as formalidades do sorteio e o modo do julgamento continuão a regular-se pelas leis actuaes, no que não forem alteradas pela presente lei.

§ 1.º Não serão inscriptos nas listas dos jurados:

O chefe do poder executivo, os arcebispos, bispos e clerigos de ordens sacras, os pastores de seitas protestantes, commandantes militares dos corpos de linha, do regimento policial ou

Porque razão os chefes de repartições, empregados á requisição d'elles, professores, pastores de seitas protestantes, commandantes militares dos corpos de linha, etc., etc., não pódem ser inscriptos nas listas dos jurados?

Até os advogados, se quizerem, pódem ser dispensados, pois pódem ser inscriptos mas *não são obrigados a servir*.

Então, quem deverá compôr o jury?

Os negociantes, os artistas, os lavradores, e os individuos (esses os mais perigosos e que são encontrados nas grandes capitães) que desprotegidos da sorte, não trepidão em abrir a mão á primeira bolsa criminosa, que pretender uma *bola branca*?

Antes de tudo, uma consideração.

Ha da parte d'aquelles que considerão o jury uma prova, a mais plena prova, de acatamento á soberania popular, um engano manifesto, um erro de base, porque o povo é o primeiro a desprezar semelhante instituição, esquecendo os seus deveres, por saber que as multas em que incorrer não lhe serão jamais cobradas.

Isto é uma verdade manifesta, plenamente provada.

Quando abre-se uma sessão do jury, principiando pela Capital, muitos jurados tractão logo de servirem-se da faci-

de outra força armada em serviço activo, officiaes da armada em effectivo exercicio a bordo, os chefes de repartições publicas, magistrados, preparadores, membros do ministerio publico, secretario do governo e dos tribunaes, eserivães judiciaes ou de policia, os tabelliães e officiaes de justiça.

§ 2.º Serão inscriptos, mas não obrigados a servir:

Os senadores e deputados Federaes ou do Estado, os advogados, professores publicos, e os empregados publicos, quando sua dispensa fór requisitada pelos respectivos chefes,

lidade com que muitos medicos attestão-lhes *sob a fé do gráo* (1) uma molestia qualquer, uma pneumonia, uma hemoptyse, e outras, quando o portador é o proprio *doente* que se acha forte e bem nutrido!

Não é só isto: o Promotor e o advogado vêm-se atrapalhados nas taes recusações.

Quando se quer ver livre da sessão, o jurado approxima-se d'aquelle e diz:— «Recuse-me porque eu sou a favor do réo».

Se este não o ouve e não lhe responde, elle dirige-se ao advogado e faz-lhe o mesmo pedido, dizendo, differentemente, que é contra o réo!

E note-se que não lançaríamos uma semelhante asserção, se não tivéssemos o solemnissimo attestado da experiencia.

Antigamente, quando o jurado não conseguia a sua recusação com as partes, muito embóra fosse *um fervoroso erente*, não trepidava em approximar-se do Juiz, jurando suspeição na causa, sem que tivesse o minimo motivo para tal.

Felizmente, hoje (e a lei n'este ponto foi bem avisada), estão restringidos os casos em que o jurado deve dar-se de suspeito.

Contavamos 13 annos de idade quando nos fizemos ouvir pela primeira vez, em uma defeza, na tribuna judiciaria, perante o jury.

Lembramo-nos de um jurado que se insinuou em favor de nosso constituinte, e que, por casualidade, viu que o seu nome

(1) Um disti neto medico já classificou esses collegas de *especialistas em attestados*. Tomando conhecimento de tão grande prejuizo a *Sociedade de Medicina Legal* d'este Estado dispoz-se a profigal-o na sessão de 8 de Junho de 1895.

estava n'uma lista que um amigo nos havia fornecido por saber que as pessoas n'ella apontadas votarião contra o accusado.

Despeitado por tal modo ficou o jurado, que, na occasião de ser chamado o seu nome para a formação do conselho de sentença, encaminhou-se para o Juiz de Direito e jurou suspeição.

Ultimamente, no dominio da Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895, em nosso exercicio de Promotor, fomos caceteado durante uma sessão inteira por um jurado que se dizia doente (e realmente o era um pouco das faculdades mentaes) para recusarmol-o.

Um dia deixamos de fazel-o: elle encaminhou-se para o Presidente do Tribunal e jurou suspeição.

O Juiz perguntou-lhe em que dispositivo de lei firmava-se para proceder de tal fórma, ao que respondeu-lhe o referido jurado que estava disposto a votar contra o réo. N'esta occasião recusamol-o, apesar de semelhante declaração, pois achamos que nos era menos digno aproveitar a leviandade ou a inconveniencia da um perfeito *toqué*.

Uma outra vez, como Promotor Publico, passando por junto de alguns jurados ouvimos um dizer que votava a favor de todos os réos.

Ponderamos-lhe, n'esta occasião, que não o recusariamos durante a sessão.

Provocamos a sua hilaridade e, deveras, não o recusamos.

Perguntamos portanto: todos estes factos não provão que o jurado tem extremos desejos de fugir ás sessões do jury?

Não ha duvida que o methodo de observação deve iniciar-se pelos logares em que a civilisação está mais desenvolvida, e,

portanto, a noção do cumprimento do dever é mais clara e perfeitamente compreendida.

Pois bem: procurem os leitores o *Jornal de Noticias* de 20 de Julho de 1893, que lá encontrarão o seguinte, a respeito: « Completa hoje *um mez* que *convocou-se* a presente sessão do « Grande Jury » e ainda até esta data não *conseguiu-se reunir numero legal de jurados* para *uma sessão sequer* (os gryphos são nossos). É para admirar *tão geral recusa* em prejuizo da justiça publica ».

É esta uma prova exuberantissima de que o povo é o primeiro a recusar esta prova de acatamento a sua soberania?

Certamente.

Abençoados, então, sejam os jurados dos termos de fóra, onde reune-se numero legal no segundo ou terceiro dia de sessão!

E não é um caso isolado o que o *Jornal de Noticias* tornou publico.

Sempre que é convocada a sessão do Grande Jury, o Juiz de Direito, presidente, occupa 20 a 30 dias em sessões preparatorias, verificando-se o comparecimento de 15 ou 18 jurados, até que pelo sorteamento de 500 a 600 mil, elles se dignam de lá comparecer para absolver a maioria dos criminosos, como havemos de provar, causando inestimaveis prejuizos á ordem social.

Não ha muito, ouvimos uma tristissima confissão de um advogado, por provocação de outro, n'um dia em que ia defender um filho dilecto do seu patronato, disse que havia perdido a noite, não estudando o processo, mas pedindo a todos os jurados o voto em favor de seu constituinte, porque, para

si, o jury não passava de uma *eleição*, para cuja victoria o mais acertado era cabalar!

Em um dos nossos termos, servindo perante esse tribunal, notamos que um advogado recusara um jurado, que, aliás, nos parecia sensato.

Sem que lh'o perguntássemos, o orgão da defeza, mais tarde, conversando connosco, disse-nos que havia recusado o predito jurado porque era negociante, e tendo recebido uma factura da capital, no verso, viu a expressão—Transporte—(conto e tanto), o que o fez ficar attonito, pois não tinha no logar quem lhe comprasse *uma faxenda tão cara*, a não ser o vigario da freguezia!

Eramos ainda estudante quando foi julgado pelo jury da capital um crioulo que commettera o crime de estupro e roubo na pessoa de uma estrangeira.

Ao iniciar a sua accusação, o Promotor Publico referiu-se ao patronato desabrido que se levantára junto ao criminoso, sendo preciso que se sorteasse 600 e tantos jurados para que houvesse sessão.

Outros casos existem, e mais clamorosos ainda, se quizessemos citar: bastão estes, porém.

Para recommendar-se uma instituição de justiça, é preciso que a sua probidade se manifeste continuamente e sem interrupção absoluta, sempre e sempre: um só acto de injustiça, porém, é bastante para lavrar-lhe uma sentença de descredito, que a abaterá para sempre.

É o caso do jury que já desceu, *cem mil furos abaixo*

*de zéro*, como espirotuosamente disse-me um pranteado mestre, em intima palestra.

Os advogados o fizeram, o desejão, em geral, como advogados.

Nós mesmo, após certas decisões injustissimas, temos interrogado aos collegas, se como depositarios de um diploma scientifico, e não como profissionaes, achão que o jury é uma bôa instituição judiciaria, e todos nos têm respondido que o interesse social e a dignidade da justiça, reclamão, com insistencia, a sua eliminação do direito positivo, porquanto o jury é, elles concordão, uma instituição inteiramente insustentavel, no estado moderno do direito penal.

No emtanto, quando os legisladores vêem que a onda que ha de desmoronar esta instituição se avoluma e encapella cada vez mais; quando todos comprehendem que os resultados praticos têm sido os peores possiveis; quando todos estão convencidos de que é preciso a mais accurada attenção no organismo depauperado e estragado pela molestia anachronica, prescrevendo-lhe tonicos capazes de prolongar-lhe os dias de vida, já que a morte é infallivel; quando todos sabem d'isto, por circumstancias inexplicaveis, são os primeiros a retirar da barra do jury as pessôas que, ao menos, por presumpção, o podião de alguma fórma moralizar.

O negociante pôde ser jurado, pôde ser sorteado para servir na instituição que attesta o quanto a sua soberania, como parte do povo, que representa o todo, é acatada pelas leis do paiz.

Mas quem não vê que elle prefere ficar em sua casa de negocio, sentado á sua secretaria e junto a seu cofre, examinando o estado de suas finanças, fiscalizando o modo de conducta de

seus empregados, dando ordens sobre as mercadorias que entram e sobre as que saem, porque, assim, tudo, sob seus olhos, correrá duplamente melhor?

O alfaiate é jurado necessario. Mas quem não vê, quem não sabe que elle prefere ficar em sua *tenda* trabalhando na agulha infatigavel, para satisfazer o freguez, com quem comprometteu-se a entregar um *toilette* de finissima casemira, e que os seus discipulos, meninos ainda, ou rapazes sem juizo, precisão da força de suas vistas para trabalhar e ajudal-o nesta tarefa?

O sapateiro que sabe ler e escrever é jurado. Mas quem não vê que elle prefere a sua officina aos deveres da justiça publica; que elle se dá melhor castigando os seus discipulos rebeldes com o *tira-pé*, do que na *cathedra* de juiz, inteiramente deslocado, ouvindo, sem tempo de pensar, uma dezena de peças de um processado volumoso, sem poder formar, sequer, uma simples idéa do que alli vae, do modo *real* porque se deu o facto, sua natureza movel, estado do delinquente, etc.?

Emquanto isto se dá, o senador, o deputado, federal ou do Estado, que não está occupado nas sessões do parlamento, passa a vida a desfructar os prazeres da representação do povo; assim como os membros de ordens sacras, militares, advogados, professores e empregados publicos se livrão dos trabalhos da justiça que a sociedade confia a outros.

Dir-me-hão: o advogado tem que dar contas a seus clientes e são precisos para a defeza dos miseraveis; os professores dão aula todos os dias e precisão cuidar da instrucção da

mocidade; os empregados publicos têm deveres a cumprir nas respectivas repartições, etc.

Mas, o negociante, o artista, tambem têm deveres a cumprir: a actividade das pessôas que trabalham é toda distribuida.

O empregado do Commercio que vae ao jury faz falta ao balcão e deixa o patrão em falta tambem.

O artista, como vimos, perde interesses.

Portanto, taes razões, as unicas que pódem ser apresentadas, não procedem e a conclusão é que todos devem ser jurados, acabando-se com semelhantes excepções, no caso de sancionar-se por mais tempo a existencia perniciosa do jury.

Em semelhantes condições o principal e melhor pessoal affasta-se sempre d'elle, ficando a distribuição da justiça ao cargo dos inexperientes.

Examinando bem as nossas leis, podemos dividir os cidadãos, quanto a aptidão para o jury, em tres classes differentes:

- a) os que não são contemplados no alistamento;
- b) os jurados voluntarios; e
- c) os jurados necessarios.

Analysadas, porém, as razões que assistiram aos legisladores para estabelecer taes dispositivos, ellas não procedem de modo algum.

Entretanto, não se supponha, que, apontando esses defeitos, accetaríamos o jury se elles desaparecessem.

Absolutamente, não.

Assim procedendo, quizemos demonstrar sómente, que

além da inaceitabilidade do jury, por motivos de ordem altamente scientificos, o seu mecanismo é de tal natureza que o torna inteiramente inadmissivel no mundo pratico.

Si apreciássemos as reformas que alguns escriptores têm proposto, veríamos que todas ellas, embóra bem e fielmente executadas, darião resultados totalmente negativos. O jury na Inglaterra é uma parte de sua historia; uma viscera de seu organismo, se assim nos podemos exprimir, em a qual uma lesão qualquer muito faria sentir a vida d'aquelle grande Paiz.

Lá, ser-se jurado é uma grande honra e ser-se probo nos julgamentos dos processos é motivo para um orgulho justissimo: entretanto, tudo isto cae diante da escola positivista que hoje prova do modo mais exuberante, o mais claro, o mais preciso, a necessidade do desaparecimento de tal instituição do meio social. E o que dizer entre nós, onde o cidadão instruido é retirado do jury, que tanto cede ao patronato e que sanciona as mais clamorosas injustiças?

Quem não sabe que é uma verdade, que o povo todo conhece, que muitas vezes em o nosso jury o criminoso, que perante elle comparece para responder a um processo que lhe foi movido, confessa o facto delictuoso, seguindo-se a negativa dos jurados?

Quem não sabe que o nosso jury, diante da mais simples provocação, reconhece a legitima defeza; ou em casos outros, affirma que o accusado estivera em ausencia de sentidos, no momento em que effectuara o crime?

Veamos, agóra, o que se passa com a modernissima Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895 (1).

Quanto ao alistamento dos jurados esta lei (é a unica disposição digna de menção) estabeleceu que fosse d'elle

(1) E' este o mechanismo:

Art. 34. Uma vez intimadas as testemunhas do processo crime para o julgamento no plenário, só poderá ser este adiado por exigencia da maioria do Conselho de sentença.

Art. 35. Constitue formalidade essencial do julgamento presente o Grande Jury a consulta prévia ás partes sobre a propositura dos quesitos, para requererem os que devem ser additados, em vista dos debates, ou quaesquer modificações que devão ser feitas em bem da verdade do julgamento.

Art. 36. Achando-se a causa em estado de ser decidida após a consulta feita ao Conselho de jurados e affirmativa d'este se achar sufficientemente esclarecido, o Juiz de Direito proporá por escripto, as questões relativas ao facto criminoso e suas circumstancias.

Paragrapho Unico. Fica abolido o resumo dos debates.

Art. 37. Finda a leitura dos quesitos, seguir-se-ha o julgamento no proprio recinto do Tribunal com assistencia do Promotor Publico e do advogado do réo, retirando-se este e os demais jurados e circumstantes.

Art. 38. O Presidente do Tribunal logo que tenha de proceder a votação de cada um dos quesitos, mandará distribuir uma esphera preta e outra branca, significando aquella *sim* e esta *não*.

Art. 39. Em seguida o Presidente fará a leitura do quesito e á medida que cada juiz de facto fór sendo chamado pelo Escrivão, dará o seu voto, depositando uma esphera na urna destinada para o escrutino e a outra, em acto seguido, em outra urna, de modo que o voto de cada um fique em completo sigillo.

Art. 40. Assim feita a votação, o Presidente abrindo a urna do escrutino verificará publicamente o numero das espheras brancas e pretas, declarará em voz alta o resultado da votação, o qual será lavrado pelo escripto de conformidade com o art. 377 do reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842.

Art. 41. Passando aos demais quesitos se procederá da mesma fórma, até que todos sejam respondidos, salvo se fór negativa a resposta sobre o ponto principal da causa em cuja hypothese ficarão prejudicados os demais quesitos.

Art. 42. Quando fór affirmativa a resposta do jury sobre as circumstancias attenuantes o Presidente porá a votos cada uma por sua vez d'aquellas que possam ter relação com o facto ou que tenham sido allegadas na defeza.

Art. 43. Concluida a votação e assignado o termo de resposta aos quesitos pelo Presidente do Tribunal, juizes de facto e partes, immediatamente e em seguida ao mesmo termo lavrará o Juiz de Direito a sua sentença, que será, em seguida, lida perante o réo e os circumstantes que serão então admittidos na sala do julgamento.

Art. 44. Si o Juiz de Direito quizer uzar do recurso que lhe compete pelo art. 180 da Lei n. 15 deverá consignal-o na sentença.

Art. 45. No caso em que o Grande Jury desclassifique um delicto não ficará, por isso, perempta a causa.

Art. 46. Quando o Juiz de Direito e os preparadores de uma comarca faltarem ou forem impedidos, a presidencia do Grande Jury competirá ao juiz da comarca mais proxima.

Paragrapho Unico. O Presidente do Tribunal de Appellação organizará a tabella da ordem d'estas substituições.

Art. 47. O réo poderá protestar por novo julgamento sómente uma vez e quando a condemnação fór por mais de 12 annos,

excluido aquelle que requeresse-o, provando ser maior de 60 annos.

As alterações mais sensiveis foram relativamente ao julgamento. Depois dos debates, cujo resumo foi abolido, no recinto do Tribunal, com assistencia do Promotor e do advogado, cada jurado com duas espheras-*uma branca e outra preta*-responde com esta *sim* e com aquella *não*.

Não podemos deixar de dizer que esperavamos melhores resultados do systema de que fallamos, que, ahi por fóra, tomou o nome de *regimen das bólas*.

Hoje, na tribuna da defeza, o advogado faz a apologia d'ellas e tem o cuidado de explicar aos juizes de facto, com grande cuidado, o valor de cada uma.

Estréiamos nas nossas accusações já no regimen da Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895.

Tivemos máos resultados.

Acreditamos sinceramente que a Lei n. 94 foi elaborada na dôce esperanza de que vinha prestar um auxilio a moralidade do jury.

Entretanto, reconhecemos-lhe um valor digno de nota: tem provado altamente a incompetencia dos nossos jurados, attestando com eloquencia o modo precario porque a justiça é distribuida nas mãos do povo.

Temol-o dito muitas vezes: no mechanismo do jury toda e qualquer alteração é illusoria; não surtirá effeito pratico algum. O unico remedio efficaz é a eliminção de tal instituto da Lei, chamados os competentes a substituirem os jurados.

N'um processo em que a prova era a mais clara possivel

(crime de homicidio) o jury affirmou por 11 votos o ponto principal da causa ; n'um outro com 6 testemunhas de vista, réo confesso (o mesmo crime), apesar do advogado ter sustentado a legitima defeza, o jury affirmou por 6 votos a autoria do facto criminoso, sendo o réo absolvido pelo voto de Minerva ; n'um outro, em que a *prova deductiva* era clarissima (o mesmo crime), apesar dos esforços empregados, o jury negou por 8 votos o ponto principal da causa ; n'um outro (o mesmo crime) prova plena, o advogado sustentou a legitima defeza, o jury reconheceu por 11 votos, negando por 7 o 2.º requisito exigido pelo Cod. Pen. « impossibilidade de prevenir ou obstar a acção, ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica », de modo que o réo foi condemnado no gráo minimo das penas respectivas : um outro (o mesmo crime) trocaram dois sujeitos dois tiros) o jury reconheceu a autoria do sobrevivente por unanimidade de votos, tendo sido o crime commettido *por imprudencia* ; outro (o mesmo crime) o réo confessou o crime no commissariado, além de outras provas de incontestavel valor : o jury negou o ponto principal da causa por unanimidade de votos ; um outro (o mesmo crime) preso o réo em flagrante, tendo confessado o crime, e tendo até o advogado pedido a sua condemnação no gráo minimo, por ter sustentado, a seu modo, a attenuante do § 1.º do art. 39 do Cod. Pen. : o jury affirmou por 6 votos, sendo o réo absolvido pelo voto de Minerva ; um outro (o mesmo crime) depois do jury ter affirmado por 6 votos a existencia de circumstancias attenuantes, reconheceu por 11 votos o do § 1.º do art. 39 do Cod. Penal.

Ora, prestando attenção a taes decisões notaremos, por

certo, o quanto têm dominado as contradições, sob tal regimen.

Não ha advogado que não trema na occasião do julgamento, esperando a cada instante *um engano* de um Tribunal que *não erra*, mas *engana-se*.

Em condições taes o jury condemna quando quer absolver e absolve quando quer condemnar.

Já no dominio antigo, quando os jurados decidiam sós, em sala especial, davam-se constantemente casos, que, postos á linha do norte, muito concorreram para a quéda do jury.

Abramos a collecção do Direito, e hoje, tambem, a da *Revista dos Tribunaes* e lá veremos a cada hora que os accordões são sempre lavrados reconhecendo dissonancia entre o julgamento e as provas dos autos.

Não obstante, mandado submeter a novo julgamento, o réo é da mesma fórma absolvido.

A *esphera (bóla)* serve de um brinquedo; o jurado que contava, durante a sessão, quantos rasgões tinha o panno que cobria a pobre mesa do jury, ou o numero de botões de suas calças, sem dar-se ao *trabalho* de ouvir a leitura dos autos para proferir o seu voto com mais sensatez, sem saber determinar-se, deixa o seu voto á mercê do acaso!

Quantas vezes vimos jurados dormirem e lerem romances no Conselho?

Muitas; e se não os chamavamos á <sup>attenção</sup>attenção, por intermedio do Presidente do Tribunal, é porque desde aquella data nos tinhamos convencido de que tanto faz que o jurado, em

geral, attenda a leitura do processo como não, o resultado é sempre o mesmo, sempre negativo.

Em geral tambem, o jurado occupa o seu lugar com o voto deliberado.

O Promotor accusa: o advogado defende; aquelle replica, este treplica e quando as considerações de ambos se prolongão, os jurados dão signaes de fadiga e aborrecimento.

Lembramo-nos de que um dia deixamos de replicar, por termos notado da parte de um jurado os mais vivos signaes de incommodo: este jurado era *funileiro*.

Prescendimos da replica, porque limitamo-nos a uma explicação que foi feita em um minuto: o nosso constituinte (cramos então advogado) foi condemnado a 30 annos de prisão celllular.

Justa ou não a defeza, o que é certo é que o Juiz deve ouvir as considerações feitas pelas partes.

Um signal de aborrecimento é uma prova da impressão que sente, sendo do indifferentismo tributado aos debates, o que é peor, impressão inopportunamente transmittida a terceiros.

Diante de todas estas considerações, perguntamos: têm sido sempre más as alterações que têm soffrido o mechanismo do jury ou não? Certamente.

Altere-se-o continuamente: não lograrão nunca ver coroados de feliz exito os seus intentos.

Desculpem-nos as accusações que ahi vão feitas; o interesse social reclama-as e com insistencia pede que semelhante instituto desapareça do corpo do nosso direito positivo, em vista dos pessimos resultados que têm dado. Emfim, a hora

tarda, mas chegará, por certo: o desanimo, já agóra, não é só uma ligeira falta como em occasiões outras, é um crime.

Batalhemos sempre nós sectarios das theorias modernas e seremos, com certeza, vencedores.

\*  
\* \*

Henrique Ferri, Professor de Direito Penal na Universidade de Pisa, prefaciando uma de suas grandes obras, estabeleceu como bases da escola classica os tres postulados seguintes:

1.º Que o delinquente é dotado de idéas e de sentimentos, como todos os homens;

2.º Que o effeito principal das penas é de impedir o augmento dos crimes;

3.º Que o homem possui o livre arbitrio e, por isto, só é moralmente responsavel de suas acções.

Differentemente a escola positivista de direito penal:

1.º Que o homem criminoso, por suas anomalias organicas e psychicas, hereditarias e adquiridas, é uma variedade especial do genero humano;

2.º Que os crimes nascem, augmentão, diminuem e desaparecem por causas diversas, que não as penas escriptas nos codigos e applicadas pelos juizes;

3.º Que o livre arbitrio não é senão uma illusão subjectiva, desmentida pela physio-psychologia (1).

Não é propria a occasião para tractarmos da apologia da escola moderna.

(1) Ferri; *op. cit.*, introd., pg. 22.

A acceitação que suas idéas vão tendo nos differentes paizes do globo; os combatentes que se levantam decididos contra os postulados da metaphysica criminal, tudo isto autorisa a formação de uma these, de cuja veracidade não se póde de modo algum duvidar.

É a seguinte: - «ante a escola positiva o jury não póde existir e o seu desaparecimento do mundo pratico é uma fatalidade».

Vimos, e provado ficou, que no proprio terreno da escola metaphysica o jury tem dado pessimos resultados e que a sua eliminação era um valiosissimo serviço prestado á repressão.

Pois bem: se para esta escola que estuda o crime como uma entidade juridica, obstraindo o criminoso, o jury é de resultados negativos, o que será para a escola positiva que, de preferencia, estuda o criminoso e que requer, portanto, conhecimentos que faltam ao jury?

Se lançarmos os nossos olhos para o campo das opiniões dos escriptores desta escola, veremos com que insistencia todos elles pedem e reclamão até o desaparecimento da referida instituição.

Ferri, Garofalo, Tarde, Lombroso, todos pedem, e ao lado d'estas reclamações, d'estes protestos, vão sempre aquellas provas que fazem calar, porque a verdade, com todo o rigor, as assiste.

Talvez haja por ahi quem considere o jury tão solido e tão necessario como o proprio organismo social.

Talvez haja quem, em momentos de innocente atrazo scientifico, no languido abandono dos Formularios e dos Guias,

affirme ainda que o jury é eterno, quem repita como uma oração as palavras de Royer Collard para quem « um povo que não intervem nos julgamentos póde ser feliz, tranquillo bem governado, mas não se pertence..... porque essa intervenção é a garantia verdadeira, definitiva, da liberdade » (1); ou as de Tocqueville para quem « um dos meios, o mais efficaz, de que se póde servir a sociedade para a educação de um povo é o jury (2).

Talvez haja, dizemos, quem repita tudo isto.

Omundo marcha, porém, e a evolução transforma e aperfeiçôa.

Não pense ninguem absoluctamente que a liberdade do povo é ferida com a extincção do jury.

Os que ainda hoje affirmão esse ataque ás liberdades publicas, o fazem systematicamente, porque semelhante asserto tem o seu que de provocante e especulativo, se não é uma galhardia romantica dos defensores da instituição, cuja critica fazemos em nome da sciencia.

Forte e robusto na sua mocidade, durante muitos annos ninguem ouzou atacal-o: estava ao lado das idéas então correntes.

Hoje, porém, que tantos annos pesão sobre o jury, traindo-o a experiencia que é o peor de seus adversarios, porque o manteremos nós, por mais tempo?

O jury, dissemol-o um dia em particular e repetimol-o hoje em publico, soffre de *enfraquecimento senil* e, talvez seja,

(1) Royer Collard., cit. por Gaston de Bourge, *Diccionario Politico* de Maurice Block. 28

(2) Tocqueville, cit. pelo escriptor referido no *op. cit.*

segundo as disposições do Cod. Pen. da Republica, *absolutamente incapaz de imputação*.....

Sustentamos a these formulada « o jury é incompativel com os ensinamentos da escola positiva ».

O Dr. Viveiros de Castro, sympathico professor de Direito Criminal da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, em sua obra « A Nova Escola Penal » refere as palavras do Conselheiro Loubet, n'uma magnifica obra intitulada a « Justiça Criminal »: O Jury, diz este escriptor, em França tem sido n'estes ultimos annos objecto de criticas vivas e repetidas. Tem-se feito notar os crimes ficando impunes, os factos invertidos por declarações mentirosas, o abuso de circumstancias attenuantes e uma fraude numerosa de decisões que parecem outros tantos desafios atirados á consciencia publica. O que é grave, o que é realmente de natureza a fazer nascer em todas as pessoas honestas serias preoccupações, é a molleza do jury de Paris (1) ácerca de uma certa cathegoria de crimes. Esta molleza passou mesmo a estado de jurisprudencia. Não se conta mais o numero de individuos processados por assassinato, por meio de vitriolo ou revolver e absolvidos. É principio para estes bons jurados de Paris que todas as vezes que o facto criminoso é o resultado de uma violenta paixão, cuja origem nada tem de vil e baixa, não ha razão para punição. A natureza do movel desculpa tudo a seus olhos. Para alguns accusados é o ciume, para outros a vingança, para outros um amor desordenado. Chama-se a isto crimes romanticos, crimes litterarios, crimes

(1) Note-se que o exemplo parte das capitães.

passionaes. Qualquer que seja o nome, o resultado é invariavel. A todos indistinctamente, o jury parece dizer, pronunciando o seu veredicto, ide em paz, amigos, não valia a pena nos encomodar por tão pouco. Debalde protestos energicos se têm levantado contra semelhantes tendencias, que têm por effeito transformar uma nação até então reputada a mais civilisada do mundo, em um povo de epileticos e de loucos furiosos.

Todos, entretanto, devião comprehender que o revolver e o vitriolo não são uma solução; que estes crimes que se procura divinizar não são frequentemente senão explosões de orgulho e de pessima conducta; e que, em qualquer hypothese, jamais é permittido ao individuo insurgir-se contra a Lei. Não se póde negar a funesta influencia exercida por estas sentenças sobre a moralidade publica. Os jurados de Paris representão verdadeiramente em França o papel de agentes provocadores! Estranha inconsequencia! Este mesmo jury, tão sentimental para o vitriolo e o revolver, se mostra para outros crimes de uma severidade impellida ao excesso. Refiro-me a esta cathegoria de accusados que arrombão as fechaduras e os cofres de segurança, os gatunos e ladrões. A estes o jury recusa frequentemente estas circumstancias attenuantes de que é habitualmente tão prodigo para com os assassinos, e entretanto não existe entre a morte e o roubo, no ponto de vista social, uma enorme differença? A sociedade não tem mais interesse em reprimir antes o attentado contra a vida do que o attentado contra a propriedade? <sup>(1)</sup>.

(1) Loubet, *op. cit.*, V. de Castro, *Nova Escola*, pg. 218.

Incontestavelmente, o crime, dos que se commettem constantemente no meio social, o mais barbaro, o que revela da parte de seu agente maior gráo de perversidade ou de «temibilidade», para falar com a escola positiva, é o homicidio.

O ladrão penetra por escalada e por arrombamento posterior n'um escriptorio, cujo cofre guarda dezenas de contos de réis e só poucas vezes escapa á policia; e, acontecendo, mesmo, que a sua prisão não se effectue em flagrante, quasi sempre se consegue a descoberta do crime.

Mas, dada a hypothese de que muitos criminosos d'esta natureza (na sua maior parte mesmo) fiquem impunes, por escaparem á pista da policia, póde se estabelecer igualdade entre o character de um homem que, calmo, faz correr o sangue de seu semelhante, e o que, não menos calmo, porém, por circumstancias outras, muitas vezes, rouba umas joias de uma joalheria ou uma peça de fazenda de uma loja?

Absolutamente, não; e, pois, avançamos a dizer: fossem os ladrões os unicos criminosos, não existisse em certos homens esta profunda degenerencia dos sentimentos de piedade, a ordem na sociedade seria de muito mais facil sustentação.

O homem que commette um homicidio torna-se mais ou menos incompativel com o meio social.

Não nos referimos a aquelles que são atacados por individuos de máos costumes e por estes de tal modo violentados, que os collocam em imminente perigo de vida.

Não. Em condições taes, estes individuos cedem ao instincto de conservação, e, como verdadeiros delegados da communhão

social, exercem o direito occasional de defeza legitima, matando seus aggressores.

« Todo o ser lucha por sua propria existencia: tal é, diz Tarde, o principio darwiniano sobre o qual trata-se de fundar todo o direito penal » (1).

Não parão ahi os ataques á instituição do jury: estendem-se muito longe ainda.

Garofalo diz a respeito: « Todas as provas mais conclusivas, todos os relatorios das autoridades, todas as testemunhas as menos suspeitas que formão o processo do accusado, desaparecem em um momento entre a impressão subita que a tramoia de um advogado habil produz sobre o espirito dos jurados.

Todo o mundo concorda, inclusive os advogados, que um julgamento no jury (en cour d'*assises*) só depende do acaso. E não obstante, ainda que a opinião publica, pelo menos na Italia, esteja decididamente hostile a esta instituição *prud-hommesque* do jury (como M. Tarde a chamou elogiando os positivistas italianos que a « sobrecarregão de seus sarcasmos »), uma voz não se ouviu no parlamento reclamando a sua abolição.

Isto pelo motivo de imaginar-se que ella se liga de uma maneira indissoluvel á liberdade politica de um paiz, o que é, talvez, verdade na Inglaterra, onde esta instituição é digna e tradicional, mas o que não tem senso commum para os outros paizes, que têm uma magistratura creada expressamente para administrar a justiça. Na Inglaterra, demais, o

(1) Tarde, *Philosophia Penal*, pg. 56.

caracter dos habitantes, pouco inclinado á *sympathia* para com os criminosos, duro até e impiedoso para toda a transgressão da Lei, torna o jury, ainda, possível, sem dizer que elle lá foi organizado de uma maneira toda differente dos outros paizes do continente, porque não julga senão estes accusados que querem sustentar sua inteira innocencia ou — o que é o mesmo — aquelles contra os quaes não ha senão indicios; em seguida decide por unanimidade de votos, o que dá a um só homem sensato a faculdade de paralyzar uma maioria ignorante, salvo se declarar que não pódem acertar sem estarem de accordo, o que faz submeter o julgamento a um outro jury; emfim, não é permittido aos jurados separarem-se desde que o processo começou, o que impede a corrupção livremente ensaiada em nosso paiz sobre o jurado que entra em sua casa ou vae jantar ao café, para voltar, no dia seguinte, á segunda sessão de um processo, que terá, talvez, uma dezena d'ellas. A maior parte das injustiças pelo jury deriva, na verdade, de sua ignorancia, quer pela sua incapacidade de empregar muitos termos juridicos e de comprehender a verdadeira significação e os laços que os prendem ás questões, muitas vezes numerosas, que lhe submete (ainda uma differença do jury inglez que não deve se pronunciar senão sobre a culpabilidade em geral pela simples palavras — *guilty* ou *not guilty*), quer pela falta do habito ou do exercicio necessarios para o trabalho critico dos indicios, das provas e dos argumentos pró e contra, nos processos em que a culpabilidade não é evidente á primeira vista. Algumas vezes o jury absolve para protestar contra o governo: isto acontece muitas vezes na Italia nos processos

de furto aos cofres do Estado, de sorte que os ladrões são absolvidos para fazer enraivar o ministerio das finanças! Nos jurys das pequenas cidades, os jurados chegam de differentes pontos; residem no mesmo albergue, soffrem toda sorte de influencias.

A isto é preciso ajuntar que muitas vezes os advogados empregão toda a sorte de meios para estabelecer a perturbação no espirito dos jurados, fazendo surgir a duvida onde só ha a evidencia; e que, por vezes, elles não se recusão a affirmar factos completamente imaginarios.

Não é permittido entre nós como na Inglaterra, ter recurso ao jogo das emoções, e de fazer apiedar o jury sobre a sorte do accusado ou de sua familia. Um advogado póde, pois, ganhar a causa, representando a miseria na qual se achão mergulhados a mulher ou os filhos do infeliz condemnado, pouco importa que nunca tivesse aquella e estes, ou houvesse abandonado tudo ha muito tempo; um outro dirvos-ha com o accento mais sincero, que a mãe do accusado tornou-se louca de dôr, que ella está quasi a expirar, ao passo que ella vae com maravilhosa saude e não faz caso do tratante de seu filho. O advegado tem lagrimas na voz; agita os braços em signal de desespero; o presidente sorri, mas a simplicidade dos jurados se deixa illudir, vendo a tragedia onde só ha uma farça das mais ridiculas. Não é tudo. A um numero minucioso de decisões injustas, devidas á falta de espirito critico e de reflexão, ou á emoção do momento, juntão-se outras que dependem da má fé, da timidez ou da corrupção do proprio juiz. Em Napoles, por exemplo, o terror dos *camorristas* é tal que é quasi impossivel obter-se no jury

qualquer affirmação de sua culpabilidade. Na Sicilia o jury obedece sempre á *mafia*. Na Romania, o odio contra o governo faz muitas vezes absolver os assassinos dos carabineiros.

Por toda a parte, enfim, as absolvições frequentes dos accusados ricos, falsarios, moedeiros falsos ou estillionatarios produzem um effeito sinistro sobre a moralidade publica, porque evidentemente são devidos á omnipotencia do ouro.

Sem duvida, os juizes permanentes não são sempre incorruptiveis, pôdem tambem ser accessiveis ao mêdo e ás influencias. Comtudo, elles têm um nome a zélar, uma situação honrosa a guardar; o calculo, a necessidade dão-lhe coragem e firmeza, porque uma simples suspeita basta para perdêl-os.

Eis porque os escandalos não serão frequentes, nem tão ruidosos como os que o jury nos faz assistir todos os dias. Ha em algumas provincias jurados que têm a sua tarifa onde o preço varia, segundo quer comprar-se absolvição ou circumstancias attenuantes. Um jurado Siciliano lamentou-se a um deputado de que um celebre processo nada tinha rendido aos membros do jury. Vêm-se frequentemente ser condemnados *cumplices* pobres, emquanto são absolvidos os verdadeiros autores do crime, que *tinhão dinheiro*.

Em Portenza, a 16 de Dezembro de 1879, esperava-se a absolvição de uma mulher adultera e de seu amante, que tinham assassinado o marido e tinham confessado seu crime. Um festim tinha sido preparado n'um hotel e com effeito, á noite, réos, testemunhas e jurados banquetearão-se todos » (1).

(1) Garofalo, *Criminologia*, pg. 388 e seg.

Este mesmo escriptor combatendo a instituição do jury ainda cita em sua obra as seguintes palavras de Tuviello: «Quando um orador celebre, um deputado advogado, dispendo da sympathia popular toma a defeza de um accusado, os jurados, mesmo os mais intelligentes e honestos, soffrem um *contagio de admiração pela arte*; sem ter comprehendido, sem ter tido tempo de reflectir, acabão por sentir uma sorte de pudor ou de respeito por aquelle que, neste meio, tem o ordenado talento; para esquecer pelo spectaculo, e para applaudir o orador mediante o *verdictum*, como no theatro applaudirião o actor, batendo palmas, em logar de examinar os factos e de julgal-os, o que parecia pouco cortez. Breve pela sensibilidade nervosa ou pela impressionabilidade artistica, eu não vejo como o homem do meio-dia póde deixar de se apaixonar por sua vez, a menos que não se tenha levantado por uma educação especial (1).

Não menos dignos de nota são as palavras de D. Manuel Silvêla, que Garofalo tambem refere: «Na Hespanha, diz elle, n'aquelle tempo da deploravel experiencia que se fez d'esta instituição em 1873-1875, houve provincias em que nunca se pôde fazer condemnar um accusado tendo relações influentes », ainda mesmo que se tratasse dos delictos os mais graves » (2).

Henrique Ferri, o sympathico orador da escola positiva, como o chamão, tambem deu o seu ataque fiél á instituição do jury.

(1) Turviello, *Governo e Governados*, cit. por Garofalo no op. cit., pg. 330.

(2) D. Manuel Silvêla, *Jury na Hespanha*, idem, idem, pg. 330.

Nosso papel n'esta parte do capitulo é este mesmo: citar tanto quanto possivel as opiniões dos escriptores da escola moderna, externando tambem o nosso humilde e sempre despretencioso parecer.

Portanto, vejamos o que diz o insigne escriptor.

«O jury, por seu julgamento moral, que corresponde de alguma sorte á *equitos* dos antigos, póde corrigir os defeitos do *summum jus* com seus veredicta superior á lei escripta.

E depois d'isto o jury segue sempre a «convicção intima» a «inspiração do sentimento, a voz da consciencia, o puro instincto», em logar das regras artificiosas e duras de um jury togado. Eu não nego a realidade d'estes caracteres do jury: mas acho que são vicios terriveis e perigosos mais que qualidades uteis em uma instituição judiciaria. A predominancia do sentimento sobre a intelligencia entre o jury se revela na *physionomia* irremediavel, de hoje em diante dos debates judi-  
carios. Nenhuma necessidade e nenhuma utilidade de estudos juridicos e sociologicos e de conhecimentos technicos: não é necessario a fascinação oratoria, nem as declarações sentimentaes. De modo que ouvimos um advogado dizer aos jurados que «os processos nos quaes entra paixão, é preciso julgal-os com a paixão»!

D'ahi tambem a indisposição da sciencia no jury e suas applicações erradas e suas consequencias completamente falsas. O *veredictum* do jury não póde, por outro lado, representar a somma de convicções expontaneas e pessoas: não sómente nos paizes em que os jurados são expostos a toda a sorte de influencia durante as suspensões dos debates, mas, mesmo na

Inglaterra, em que se exige a unanimidade de votos e defendem toda comunicação do jury com o exterior até o fim do processo. Porque, em todo o caso são sempre inevitáveis as influencias da sala das deliberações do jury ( <sup>1</sup> ).

Entretanto, Ferri, que condemna por esta fórmula a instituição do jury, acha que os seus defeitos « não são o effeito *mais ou menos* (o grypho é nosso) evitavel de uma applicação *mais ou menos* feliz, o que acontece com toda a instituição social, mas, ao contrario, a consequencia inevitavel das proprias leis da psychologia e da sociologia » ( <sup>2</sup> ).

Tarde, o sympathico e notavel magistrado francez, exprime-se do seguinte modo: « A ignorancia, o medo, a ingenuidade a inconsequencia, a parcialidade, ora servil, ora anarchica dos jurados, estão exhuberantemente provadas. A instituição pecca pela base e si se pensar em todos os homicídios, em todos os infanticídios, em todos os roubos, em todos os incendios, em todos os estillionatos, em todos os abusos de confiança, em todos os attentados ao pudor, que sem o jury não se terião realisado, não se exagera affirmando que o jury tem feito mais mal á sociedade do que a propria tortura.

Porque, então, perguntarão, elle resiste tão fortemente aos golpes que lhe são vibrados? É porque se liga indissolavelmente ás instituições parlamentares? Não percebo este laço.

É porque tem sido, apesar de tudo, um progresso de nossa civilisação? Foi-o e não o é mais. Nada ha de menos progressivo

(1) Ferri, *op. cit.*, *Reformas Praticas*.

(2) *Idem, idem*, pg. 476.

que ella, nada de mais estaccionario, emquanto que a magistratura, animada pelo estímulo profissional, que se explica pela imitação reciproca de seus membros levados em uma corrente de uteis exemplos accumulados, não cessa de cumprir seus deveres, em certos casos pelo menos — eu não falo da audiencia correccional— com um zêlo uma intelligencia e um accôrdo crescentes, attestados pelas estatisticas » (1).

Não é tudo, porém.

Os proprios sectarios da escola metaphysica têm reconhecido defeitos incuraveis no jury.

Sabemol-o: Carrara foi um astro fixo no direito criminal.

A Italia orgulha-se ainda d'elle.

Um dos chefes da escola metaphysica, o pranteado escriptor e mestre italiano, disse o seguinte, que aqui registramos com duplo prazer.

Antes de tudo, devemos dizer que Carrara era um ardente defensor do jury.

Entretanto, Henrique Ferri, em uma das notas ao capitulo em que faz a sua critica á esta instituição, cita-nos os seguintes topicos de uma carta particular d'aquelle escriptor, publicada por occasião de seu monumento em Lucas. « Minha opinião sobre o jury, dizia elle, eu a manifestei em 1841, em um artigo publicado nos Annaes de Jurisprudencia toscana, que a *justiça criminal tornava-se uma loteria*. Troca-se a balança da justiça por uma urna. Eis aqui, para mim, o defeito capital do jury.

(1) Tarde, *op. cit.*, pgs. 443 a 448.

Todos os outros defeitos poder-se-hião talvez eliminar com uma boa Lei; *mas este vicio é inseparavel do jury*... Mesmo entre os magistrados encontram-se irasciveis e dementes; mas em summa, elles julgão com os calculos da razão juridica e poderão sempre, mais ou menos, prever o exito do processo. Mas com os jurados toda a previdencia é temeraria e illusoria. Elles julgão com o *sentimento*; e o que ha de mais vago e mutavel que o sentimento?

Com os jurados a tramoia é mais util ao advogado que o saber.

Uma vez eu tinha de defender um marido que matára em um café o amante de sua mulher. Exclui da lista dos jurados todos os celibatarios, acceitando sómente os casados. Depois d'isto estava certo de vencer e venci... Eis aqui o verdadeiro vicio essencial do jury, que nenhuma medida legitima saberia evitar » (1).

Mas, realmente, se a escola moderna requer para o julgamento o conhecimento scientifico do homem criminoso, como póde o tribunal do jury sustentar-se ante o embate de uma onda tão forte?

« O renovamento scientifico por nós invocado, diz Garofalo, e que consiste principalmente na classificação dos criminosos, no ponto de vista psychologico, acarreta naturalmentente uma distincção ainda mais fundamental entre as duas classes de juizes civis e criminaes. Os conhecimentos que estes ultimos deverião possuir, sobretudo, são os de estatistica, estudo dos

31

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 464, nota 1.

systemas penitenciarios, de anthropologia e de psychologia dos criminosos » (1).

O jury satisfaz a todas estas necessidades da sciencia moderna ?

O lavrador que pensa nas oscillações do cambio, porque empregou em uma partida de café um capital avultado; o negociante que tem a cabeça cheia de contas a pagar e a receber; as demais pessoas, cuja actividade se emprega em cousas muito differentes, podem servir nos julgamentos dos processos crimes ?

O pouco tempo de que dispõe o jury, relativamente, para votar a sorte temporaria de um accusado, satisfaz as exigencias do bom senso, unico pilar que deve amparar, aparte os conhecimentos requeridos, o juiz na decisão de uma causa ?

Absolutamente, não.

A sociedade sente-se já extraordinariamente fatigada de sustentar, com inolvidaveis prejuizos, a instituição do jury.

Emquanto os remedios dormitavão entregues ao somno do incognoscivel, concordamos que ella fosse sustentada.

Hoje, porém, que as reformas se apontão e que as razões de absoluta incompetencia do jury são apresentadas sem soffrerem a minima refutação procedente, devemo-nos conven- cer de que é tempo de concorrermos para o seu desmorona- mento, luctando quanto basta e sempre, porque a communhão social exige-o a bem de sua bôa ordem e de seu futuro.

O jury na França, na Hespanha, na Italia, na propria

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 396.

Inglaterra, ás vezes, nós o vimos, tem dado resultados inteiramente negativos, que em ponto algum condizem com as necessidades actuaes.

Entre nós, havemol-o de provar mais adiante, á luz da evidencia, as absolvições perante o jury se repetem constantemente, cadaqual mais escandalosa, e os seus resultados são os peores possiveis.

Qual é a instrucção de nosso povo, para que se lhe entregue a missão tão melindroza do julgamento?

Ninguem, entretanto, pensa nestas cousas que reclamão a todo o instante as attentões dos nossos legisladores.

Não nos devemos esquecer de que esta falta de conhecimentos hoje exigidos deve determinar, irremediavelmente, a queda do jury, porquanto elle não satisfez de modo algum os interesses da administração e da justiça publica.

E a prova a mais esmagadora ha de apparecer quando tivermos regularizados os nossos trabalhos de estatistica criminal, tão pobres, tão incompletos ainda.

Neste despretencioso livro se tractamos do jury primeiro que das demais questões n'elle comprehendidas, foi tão sómente porque n'elle reconhecemos o germen mais robusto da criminalidade entre nós.

E realmente, o é.

Que criminoso importa-se de fazer correr o sangue de uma victima quando se lembrar que o jury é excessivamente benevolo, que é um tribunal que decide pela voz do coração, em vez de fazel-o pelo peso da prova dos autos?

Que capadocio deixará de tirar uma vingança do primeiro

imprudente que o chamar bebado, vibrando-lhe cacêtas que pelo exame dos peritos serão gravemente classificadas?

Nenhum, por certo: o jury a todos absolve.

Na capital, onde ha sessões de dois em dois mezes, estabelecendo a media do julgamento de seis réos em cada uma, o que não é exaggero de modo algum, não trepidamos em sustentar que a metade é sempre coberta com a bandeira da generosidade perversiva, que em nada recommenda um Tribunal popular.

Sé não, vejamos o que se passou na quarta sessão periodica do anno de 1895, proximo passado, presidida por um dos dignos e muito honrados juizes de direito desta comarca: forão julgados nove réos; todos pronunciados no art. 294, §§ 1.º e 2.º, criminosos de morte, portanto.

De todos tão sómente um foi condemnado no gráo minimo das penas respectivas ( seis annos de prisão cellular).

A absolvição por unanimidade de votos verificou-se cinco vezes (havendo recursos que pela lei vigente não são suspensivos).

Os demais foram absolvidos por maioria de votos.

Eis ahi bellissimo attestado de quanto vale o jury!

Eis uma prova irrefragavel e que não apparece como uma excepção, como um caso isolado.

Para esta sessão forão sorteados 597 jurados e depois mais 16, perfazendo o numero de 613, um batalhão, tendo sido dispensados 55, que apresentaram attestados medicos e requisições de seus chefes!

Uma prova d'estas não se póde de modo algum contestar,

porque fala mais alto do que todos os sophysmas defensivos apresentados pelos sectarios do jury.

Finalmente, Adolpho Guillot, magistrado em França, tractando dos crimes apaixonados, diz: « De todos os sentimentos que o jury se deixa mais facilmente levar, porque é o mais tocante, e de ordinario o mais sincero, é ainda o amor materno: ou seja a esposa legitima ou seja a amante, é muito raro que uma mulher seja condemnada quando imaginar-se justa ou injustamente, que ella quiz defender seu filho ou que ella foi ultrajada em seus affectos maternos; é por isso que a mulher tornada triste parece digna de piedade aos olhos d'aquelles que considerão quanto é facil ao homem furtar-se brandamente aos deveres da paternidade... O jury, indo muito mais longe, pareceu admittir, algumas vezes, que a morte podia ser um remedio supremo contra a indissolubilidade do casamento e recentes absolvições têm parecido consagrar este modo de proceder... Eu não me explico de outro modo sobre a fraqueza do jury, sua piedade, quando aproveita á amante que se vinga... São certamente os jurados quem, por imprevidencia e ausencia de principios, têm sido os maiores propagadores dos attentados d'esta natureza... ».

Para concluir, repetimos as palavras de Tarde, já citadas n'este livro: « Toda a pathologia nova implica uma nova therapeutica. A criminologia positivista ha de ter por fim obrigatorio uma penalidade positiva ».

Eis porque o jury ha de cahir: a sua morte é uma fatalidade social.

\*  
\* \*  
\*

Quem ataca a instituição do jury, reclamando em nome da ordem e do supremo interesse social a sua abolição, incorre no erro, dizem os seus sectarios, de ferir e maltratar a soberania do povo.

Pura rhetorica...

Criticando as alterações feitas pela Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892, no alistamento dos jurados, alterações sancionadas pela moderna Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895, deixamos patentemente demonstrado que esta affirmativa de que o jury é uma prova solemne de acatamento á soberania do povo, fazendo-o intervir na administração da justiça, é disacreditada por elle proprio, que não lhe presta o minimo valor moral.

E se não é verdadeiro este asserto, perguntamos o que significa esta recusa geral, a ponto de levar um Juiz de Direito durante o espaço de um mez em sessões preparatorias, sem conseguir reunir numero legal, sendo precizo que se vá ao fundo da urna com o sortiamto crescido de 600 a 800 jurados?!

Se isto não é uma verdade, porque os jurados mais escrupulosos, aparentemente robustos, fortes, corados, abusão da facilidade com que certos medicos lhe attestão uma molestia, qualquer, e se cobrem com a disposição legal, a fim de fugirem aos deveres do julgamento?

Se dizemos uma inverdade, respondão-nos porque os jurados que têm a delicadeza (já que não considerão um dever) de comparecer ás sessões, levão a cacetiar ás partes, quando

não lhes mentem, dizendo serem contra e a favor do réo, ao mesmo tempo, sómente para conseguirem uma recusação?

Certamente, não serei respondido: ha argumentos que falão mais alto do que outros; acima de todos, porém, estão os factos que não pódem ser contestados.

Royer Callard, Tocqueville, um affirmando que o povo que não intervem na administração da justiça não se pertence, e o outro que o jury é uma verdadeira escola, onde se educa o povo, ambos têm soffrido justissimas contestações.

Carrara julgava contradictorio negar-se ao povo a participação no exercicio da autoridade legislativa.

A respeito diz Ferri:

« A principio, o povo não concorre, senão muito indirectamente, á função legislativa e mesmo onde ha o *referendum* popular, que eu julgo muito util, o povo não tem senão uma função simples e quasi negativa, por sim e por não, diante de uma Lei que elle não fez, por não ter capacidade technica.

O argumento de Carrara não teria, pois, outra consequencia logica, senão levar á eleição popular juizes, como fazem-n'o para os legisladores e á apreciação mesmo do povo sobre a conducta administrativa dos juizes eleitos; o que teria vantagens theoricas, apresentando, porém, difficuldades praticas, sobre tudo entre os povos que não têm uma consciencia e uma actividade politica muito vivas, ou porque lhe tenham ellas sido atrophiadas durante muitos seculos de despotismo, ou pela tutella da centralisação politica e administrativa » (1).

(1) Ferri, *op. cit.*  
G.

Sim; que este argumento tenha outra significação, mas que elle não proceda por considerar-se uma contradicção a intervenção do povo nos negocios de autoridade legislativa, sem que a tenha nos de autoridade judiciaria.

Não nos devemos dispôr a qualquer discussão, sem, primeiro, estudarmos as suas preliminares.

Trata-se antes de tudo, de uma questão de *competencia*, que não póde, nem deve de modo algum, ser esquecida.

O individuo que sente o seu organismo em estado morbido, esquece (é a regra geral) os curandeiros e manda chamar o medico que, á sua cabeceira, toma-lhe o pulso, examina-lhe a lingua, consulta-lhe os olhos, ausculta-lhe o peito, sonda-lhe o estomago, interroga-o, e, depois de prescrever-lhe os medicamentos precisos, recommenda-lhe a observancia aos preceitos da hygiene.

O individuo que quer mandar celebrar uma missa procura logo o padre e não quer saber do sachristão.

O medico calar-se-hia no altar, assim como o sacerdote á cabeceira do doente, para diagnosticar-lhe a molestia.

Portanto, porque razão deve o povo, sem competencia absoluta, intervir na administração da justiça criminal, com preterição dos apostolos da sciencia, dos entendedores da materia?

E em que instituição da justiça se pretende logo fazer á soberania do povo esta cortezia?!

O crime, phenomeno alarmante da communhão social, deve merecer que todas as attenções sensatas se converjão

para as suas fontes, ou para os terrenos que o brotão, afim de esterilisal-os, até onde não fôr possível a sua transformação.

A sociedade precisa que as fileiras da actividade bemfazeja cresça sempre; mas empenha-se com duplicidade de esforços, para firmar o paradeiro da acção criminosa ou da « actividade malfeitora » na expressão respeitavel de Palleti.

Quando uma cidade é invadida por uma epidemia, quando uma população se aterra ante as mortualhas do cholera e da febre amarella, o governo chama logo a attenção da junta de hygiene e recorre aos competentes e aos sabios para dictarem ao povo medidas prophylaticas.

Quando o movimento financeiro de um paiz se abala, os administradores, os governantes pedem logo o parecer dos estadistas notaveis, para, por meio de sérias apreciações, fornecerem-lhes medidas que fação terminar a crise.

E, porque não ha de ser assim com a justiça criminal?

Um homem do povo, cuja actividade é empregada em negocios differentes, sabe dar pêzo á parte probante de um processo, em certas circumstancias?

Sabe em que principios baseião-se a psychologia e a sociologia criminal, para decidir com sensatez uma causa, cujo fundo é, muitas vezes, todo scientifico?

Absolutamente, não.

E assim vae a justiça criminal distribuindo-se hoje de um modo e amanhã de outro; hoje com physionomia de crente, amanhã com cara de *hereje* — novo Janus da fabula.

E quaes serão as consequencias praticas? Que resultados

colherá o organismo social com esta fraqueza na distribuição da justiça?

Certamente, máos.

A estatística incontestavelmente vaee augmentando a sua escala criminal; a imitação se desenvolve segundo os seus principios, além do meio impuro que se irá avolumando no seio social: incitados ao crime por esta fraqueza assustadora da repressão, os malfeitores, cada vez mais habituados ao crime, cada vez mais *temeris*, irão alterando tudo e tudo corrompendo, até que, n'um momento critico, os nossos legisladores aterrorisados pelo pleno descalabro em que irão os interesses collectivos dominados pelo desenfreamento da mais corrompida anarchia, se lembrem de riscar do corpo de nossas leis, de nosso direito positivo, instituições quejantes, que despertão a criminalidade e difficultão a repressão.

Talvez contestem-nos os defensores do jury, dizendo que esta competencia não é assim tão necessaria, porque o jury responde sobre o facto e o juiz applica a pena.

O facto, porém, não separa-se do direito: « Admittindo a possibilidade d'esta separação, diz Ferri, entre o facto e o direito, a logica e a experiencia têm já desmentido a affirmativa d'aquelles que repetem como Beccaria que « para apreciação dos factos, a intelligencia ordinaria é preferivel á sciencia, o senso commum ás mais altas faculdades mentaes, a instrucção vulgar, á instrucção scientifica ». Ao contrario: no julgamento penal não trata-se sómente da percepção immediata dos factos, mas tambem, e sobretudo, de sua reconstrucção critica e de sua apreciação psychologica. No direito civil o facto é verdadeira-

mente accessorio e as duas partes pódem até estar de accôrdo em sua definição, disputando a applicação da Lei a este facto. Mas na justiça penal, o facto é o elemento principal e não tracta-se sómente de admittir e julgar tal ou qual detalhe d'elle, mas, ao contrario, ver suas causas e seus effeitos no ponto de vista individual e social, sem falar da difficuldade tão frequente para a apreciação critica probatoria de uma serie de indicios. De sorte que, como dizia M. Ellero (*Opusculi Criminali*), no processo penal «o julgamento de facto é muito mais difficil que o de direito» (1).

Certamente : o facto prende-se intimamente á questão de direito, de modo que um homem do povo, de cujo cultivo intellectual todos têm razão de duvidar, não póde, quasi sempre, decidir uma questão consciencemente.

Entre as disposições do nosso Cod. Pen. mesmo, como decidirá o jury sobre a imputabilidade de um individuo, que commetteu um facto criminoso impellido por uma força superior, por um sentimento digno de consideração, que muitas vezes fel-o um «*louco passageiro*»?

Sem competencia absoluta, todo e qualquer criminoso que matou por ciume sua amazia, para o jurado é um irresponsavel e, portanto, deve ser absolvido.

É, pois, o que estuda a escola positiva : as causas physiologicas e pathologicas que influem na capacidade e na imputabilidade do individuo, conhecimentos estes que faltão absolutamente ao jury.

(1) Ferri, *op. cit.*, pgs. 475 e 476.

Bem se vê, portanto, que temos razão de nos alistar nas fileiras d'aquelles que combatem esta instituição.

Qualquer que seja a argumentação de seus defensores ella cae immediatamente, cedendo ás verdades, á mathematica da sciencia positiva, que neste ponto, não soffreu contestação alguma procedente.

O que é verdade é que a preliminar d'esta questão é a *competencia*, que não póde de modo algum ser recusada aos apóstolos da sciencia, pelo povo ignorante e facil.

Em erro não menos grave, em engano não menos manifesto incorrem todos aquelles que sustentão que a instituição do jury deve existir, porque é uma escola que educa o povo.

D. Manuel Silvêla, n'um bellissimo discurso que pronunciou na Hespanha contra o jury criminal, disse: « Confessar que o jury é uma grande escola, não é confessar que é elle (o povo) quem vae se instruir, se formar, se aperfeiçoar, enganando-se algumas vezes? Que valor merece uma instituição em a qual se reconhece e se confessa que em logar de ir-se ao templo da justiça, se vae á escola do cidadão? É que os jurados aprendem condemnando, por vezes, injustamente? Que desgraça para os accusados! É que elles aprendem, pouco a pouco, absolvendo imprudentemente desde o principio? Que desgraça para a Sociedade! » (1).

Compreende-se, realmente, que como escola do povo o jury é de incalculaveis prejuizos.

Escola, porque!?

(1) D. Manuel Silvêla, *Discurso proferido contra o Jury na Hespanha*.

Quantos jurados lá vão para aprender, e quantos de lá saem sabendo mais um pouco do que já sabião?

Escola em que o preceptor é a indiferença, quando não é o patronato?

Não! O povo educar-se-ha por outra fórma: a mocida de, que é do futuro, será ensinada por outros meios.

Errem todos, mas não em questões que, podendo ser bem resolvidas pelos competentes, o são pessimamente pelos inexperientes e faceis, semeando a desordem no meio social.

Para terminarmos: o povo quer o jury, porque elle prova a sua soberania?

Temos como certo que todos os cidadãos ficarião satisfeitos quando tivessem a noticia de que não se encommodarião mais de suas casas para subirem a ladeira de São Francisco (na Capital, onde está situado o edificio do jury).

\*  
\* \* \*

Emquanto na Inglaterra, patria adoptiva do jury, só a unanimidade decide, entre nós, quando acontece empatar a votação, a intervenção de Minerva absolve o criminoso, contra o qual pesão graves indícios, graves provas, mesmo, de criminalidade.

Qual deve ser o valor da prova, que não sendo de vista, leva, comtudo, ao espirito do juiz imparcial, por fiel deducção, a convicção do crime e do seu autor?

Eis ahi a questão primordial do principio « *in dubio pro réo* »,

« Um homem, diz Tarde, é accusado de criminoso e é levado a um Tribunal qualquer. Ha dous problemas a resolver: 1.º até que ponto está provado que o accusado commetteu o facto que lhe é imputado? Pergunta que no fôro interior de cada jurado ou juiz significa: até que ponto estou convencido que o accusado commetteu este delicto? 2.º admittindo que elle seja seu autor, em que medida está provado que é perigoso e punivel? (1).

Bentham, incidentemente, em seu tratado da prova, emittiu a opinião, que cada juiz em ajuizando no sentido de condemnar, devia exprimir por um numero o gráo de sua convicção, e que haveria absolvição, se o total de todos os numeros reunidos não attingisse um numero minimo fixado pela Lei (2).

Na Escocia, o jury póde pronunciar o veredictum de absolvição de dous modos, ou declarando *não culpado* ou *sem provas* (3).

Tarde, em casos taes, acha que se devia conceder ao juiz a faculdade de responder não sómente *sim* ou *não*, mais ainda *non liquet* (não provado) (4).

« Todo o individuo submettido a um julgamento tem o direito, que se o declare innocente, se realmente a sua innocencia ficar provada; se as provas forem incompletas, seu unico direito é que se o não condemne, desde que sua culpabilidade não ficou provada. Mas a sociedade não tem o dever de proclamar-o

(1) Tarde, *op. cit.*

(2) Bentham, *Sobre a prova, cit. por Tarde, no op. cit., pg. 462.*

(3) Tarde, *idem.*

(4) *Idem, idem.*

innocente absolutamente, quando existirem indícios vehementes contra elle. N'este é logica e justa a declaração de « não provado ».

Isto de uma parte affastaria esta sombra de duvida que recae sobre os individuos absolvidos, por causa da identidade da declaração, pelos casos de innocencia provada e os casos de provas incompletas, e de outra parte evitaria a disposição á esta transacção, pela qual juizes e jurados, em logar de absolverem, se as provas forem incompletas, preferem alguns condemnar embóra com attenuação na pena ( <sup>1</sup> ).

Quanto a nós, querendo conceder esta faculdade ao jury para discutir a questão, porque só queremos o seu desaparecimento do direito positivo, reconhecemos, ao lado de alguma bondade positiva, mais um perigo, inquestionavelmente, para esta instituição, nos casos, por exemplo, da actuação de influencias exteriores sobre a consciencia dos jurados, aliás muito frequentes.

Entretanto, a parte esta face de questão quanto ao valor d'esta prova, o que pensamos?

A questão, realmente, é de um interesse pratico extraordinario: merece da parte d'aquelles que estudão um gráo elevado de attenção, porque se prende intimamente aos perigos que póde correr a liberdade individual, que, aliás, deve ser cercada de todos os cuidados, de todas as garantias.

A distribuição de justiça, é certo, depende de um gráo de convicção que, para Gabriel Tarde, como o *desejo*, é uma quantidade psychologica susceptivel de grãos e mesmo de me-  
41

(1) Ferri, *op. cit.*, pgs. 435 e 436.

dida, e que este caracter muito pouco notavel é de uma importancia capital na sciencia social (1).

Mas, convençamos-nos de que o velho principio da escola metaphysica de que « a mais ligeira duvida deve aproveitar ao accusado », apezar de ter um fundo de verdade positiva, como diz Ferri (2), têm os seus exageros, que fazem nascer o perigo na communhão.

Caurnot diz: « O Juiz que absolve um accusado não affirma, de ordinario, que a accusado não é culpado; mas sómente que a seus olhos os indicios de culpabilidade não são sufficientes para determinar uma condemnação; reciprocamente, o Juiz que condemna não affirma com absoluta certeza a culpabilidade do accusado, mas sómente a existencia de taes indicios e de tão fortes presumpções...

Do mesmo modo o cirurgião que opina pela amputação de um membro não affirma absolutamente a impossibilidade de uma outra cura, affirma, sómente, que em sua opinião, as probabilidades de um exito funesto, se o membro não fôr amputado, são bastante grandes para determinarem o sacrificio do membro affectado ».

Nada de mais variavel, diz Tarde, na verdade, que o gráo de fé de que depende a condemnabilidade das pessoas; varia de zero ao infinito, da simples suspeita á evidencia, da duvida á certeza. Isto não nos surprehenderá se analysar-mos com

(1) Tarde, *Criminalidade comparada*.

(2) Ferri, *op. cit.*

cuidado este estado psychologico muito especial que consiste para o Juiz o *estar convencido plenamente* (être fixé).

Um advogado experiente não deixa de reconhecer o momento preciso em que, bruscamente, caprichosamente, por vezes, o magistrado diante do qual elle fala acaba de atravessar esta linha; e a partir d'este momento, sabe que é inutil continuar a falar-lhe. Qual é, pois, esta fixação, esta solidificação mental, subita e singular, de que se trata? Entra ahi tanto de decisão, quanto de convicção. Acredito mesmo que haja no caso muita suggestão inconsciente de collega a collega; e é talvez sobre o estrado dos juizes togados, unidos uns aos outros, trocando de instante a instante um sorriso, uma meia palavra, que M. Richet poderia escolher seus melhores exemplos d'esta « suggestão normal sem hypnotismo » que elle tão finamente estuda. Theoricamente no que consiste uma questão não sem analogia com a nossa, diz-se que a gravidade das penas devia ser na razão directa dos perigos de punição e na razão inversa da desordem; por consequente todas as cousas eguaes além d'isto; (isto é todas as outras causas de alarma ou de confiança sendo eguaes) na razão inversa do numero da criminalidade ... (1).

Eis ahi em que pé está a questão presente, séria e interessante.

Na apreciação moral do caminho que se deve preferir sobre o presente assumpto, uma pergunta surge logo, merecendo a nossa attenção e o nosso cuidado:

(1) Tarde, *Criminalidade comparada*.

« Não havendo prova plena de um facto criminoso, quanto ao seu autor, o indiciado não póde ser innocente? Como ferir-se a liberdade d'este individuo, sem certeza do crime? »

Realmente, esta pergunta, de muita profundidade positiva, merece ser examinada e depois respondida.

Condemnar-se um innocente, incontestavelmente, é um erro gravissimo, e que merece da parte da sociedade, a bem da qual elle foi victima, as mais sérias reparações.

Quando, portanto, na instrucção de um processo, de homicidio, por exemplo, por maiores esforços que empregasse o juiz, não se *encontrarem* senão indicios vehementes, ou remotos, havendo, em tal caso, *auxencia absoluta de circumstancias que se relacionem directamente com o facto criminoso e impossibilidade absoluta* de descobrirem outras provas, concordamos que o indiciado livre-se de pena e culpa, até que a justiça descubra o caminho que a leve ao ponto desejado.

Quando, porém, n'um facto dado, em virtude dos depoimentos das testemunhas, que não presenciaram absoluctamente o facto criminoso, verificar-se que esse foi cercado de circumstancias tão íntimas e tão relacionados com o movel do crime, de modo a não admittir suspeita contra outra pessoa qualquer, n'este caso, não hesitamos de modo algum em affirmar que existe motivo determinante de imposição de pena.

Convém, além d'isto, attender ao valor moral das testemunhas. É bom que citemos dous exemplos para ficar mais plenamente assentada.

O individuo A. contende com individuo B. de quem recebeu

uma bofetada, ha tempos, de modo que A. prometteu vingar-se de B. Este, porém, que não tem um só inimigo, apparece um dia gravemente ferido e dias depois morto, em consequencia dos ferimentos recebidos. Poucos dias antes do crime, A., que morava no suburbio da cidade, mudou-se deste logar para outro muitas vezes mais longe. Apparecendo B. morto declararão todas as testemunhas que ambos erão inimigos, ha tempos; que A. promettera publicamente vingar-se e que mudara-se do suburbio da cidade para um logar extranho.

N'este caso, não cremos absoluctamente que haja motivo para imposição de pena: B. não tinha um só inimigo e a mudança de A. para logar extranho, *nas vespervas do crime*, é um indicio bastante remoto para que se lhe dê força probante.

Outro exemplo relativo ao segundo caso.

N'um pequeno povoado dous individuos, depois de anteriores rugas, brigão porque um d'elles matou-lhe um gallo, (1) que ia estragar constantemente a sua *horta*. A., o dono do gallo, diante de diversas pessôas dissera que havia de matar B. o *algoz* de seu gallo. C. pae de B., um pobre velho, carregado de filhos, temendo que fosse uma realidade semelhante promessa e procurando A. a quem interroga, este responde-lhe, por duas vezes, que estava seriamente disposto a matar seu filho. No fim de alguns dias D. amigo de A. com este conversava, quando foi-lhe mostrada uma arma *já carregada*, dizendo-lhe que era

(1) Vem muito a proposito o exemplo citado, porque encontramol-o em a nossa curta vida de Promotor Publico. Um caso bastante serio, que, entretanto, encontrou a generosidade do «Jury» em tão boa hora, que foi o réo absolvido por 8 votos contra 4, felizmente.

tempo de vingar a morte de seu gallo. Retirando-se d'ahi para avisar a B. de longe ouvio D. um tiro que partira do mesmo lado de que elle viera, sabendo ter sido B. assassinado. A. que costumava todas as noites ir conversar com um seu amigo, nunca mais tornou lá. Entretanto, elle que foi visto no dia do crime *até a tarde* dentro do povoado d'ahi desapareceu por muito tempo, convindo notar que B. só contava A. como inimigo e que o unico estampido de tiro ouvido, partio dos lados da casa em que á D. foi mostrada a arma carregada que iria vingar a morte do gallo, e, finalmente, que o facto com notavel insistencia foi attribuido *tão sómente* a A.

N'estes casos não hesitamos em pedir a decretação da pena, porquanto a fiel deducção leva perfeitamente ao espirito do julgador imparcial e probo a certeza de que, realmente, o individuo apontado, pelas circumstancias que cercaram o facto e que com elle têm intimas relações, é o verdadeiro autor do crime e que a ausencia de prova *visual* não deve determinar a sua absolvição livrando-o de pena e culpa.

Não ha duvida, nós o reconhecemos, que este genero de prova expõe a perigos serios a liberdade individual, tendo de ser applicado com facilidade.

Confia-se, porém, no criterio do Juiz, a quem a lei deve fazer uma serie de observações, para determinar o desaparecimento de taes perigos.

Se, por exemplo, no estado em que se achar o processo, reconhecer o tribunal insufficiencia de provas, se bem que haja um certo numero de indicios que fação accreditar na possi-

bilidade provavel de ter sido o paciente o executor do crime, designe, por seu despacho, um prazo para investigações sérias, para pesquisas rigorosas.

Se por esse tempo o resultado fôr o mesmo decreta-se a sua liberdade.

Nasce d'ahi, porém, a questão, muitissimo procedente, dos prejuizos que o *detido* póde soffrer

Na nossa «Prisão Preventiva», tratando do assumpto, resolvemos esta questão, sendo nossa opinião, que em taes condições, uma idemnisação é devida pela sociedade ao preso (1).

Entre nós, porém, a *inercia* domina tudo: temos mêdo de dar um passo, porque não temos coragem de estudar tanto quanto basta para a solução d'estas questões sociaes de mais urgencia, de mais necessidade pratica.

\* \* \*

Chegamos á parte talvez mais seria do presente capitulo.

Vamos provar, com a evidencia dos numeros, que os resultados do jury são inteiramente negativos e que, de modo algum, não correspondem ao supremo *desideratum* social relativo á boa administração da justiça.

44

(1) Aurelino Leal, *op. cit.*, cap. 2.

Examinemos o quadro que se segue :

Termos	NUMEROS DE RÉOS	CONDEMNADOS	ABSOLVIDOS	Observações
Capital . . . . .	59	25	34	As sessões d'estes julgamentos effectuarão-se de 1892 para cá em uns termos, e em outros de 1893.
Santo Amaro . . . . .	37	10	27	
Belmonte . . . . .	23	11	12	
Aratuhype . . . . .	17	4	13	
Jaguaripe . . . . .	9	2	7	
Amargosa . . . . .	56	25	31	
Areia . . . . .	49	11	38	
Porto-Seguro . . . . .	12	3	9	
Prado . . . . .	7	1	6	
Santo Antonio de Jesus	5	2	3	
Nazareth . . . . .	7	2	5	
Total . . . . .	281	96	185	

Eis o que se verifica do jury n'um periodo tão curto, em 11 termos, quasi que todos occupando a primazia no Estado.

O que não será no sertão ?

O que não será n'aquellas paragens infelizes, onde a civilização tanto custa a penetrar, e onde o crime faz continuados e assustadores progressos ?

Em 281 julgamentos, como vimos, fizeram-se notar 185 absolvições e 96 condemnações.

Admittindo que só a metade tenha sido justamente absolvida (concessão ultra generosa) teremos 92 criminosos impunes!

É preciso notar-se que no numero constante do quadro que fizemos não entraram muitos réos, que forão julgados na ultima sessão periodica do anno passado, visto me terem sido

passadas as respectivas certidões, antes de ser a mesma realisada, em alguns termos.

Semelhante estado é assustador; reclama, por demais, as nossas attenções e é preciso que se attenda ao estado da repressão entre nós, a bem do interesse geral, a bem da paz social.

Pois, deve-se acatar a soberania do povo com o seu proprio sacrificio, com o perigo imminente de seus direitos, de suas garantias?

Que melhor prova de acatamento, que melhor prova de respeito, ao povo, que o estabelecimento de leis sabias, de leis sensatas que o garantão em seus direitos, livrando-o contra as aggressões de terceiros?

Ora, o jury é uma instituição que só tem determinado a impunidade dos crimes, a animação da criminalidade e o enfraquecimento da repressão.

O direito do cidadão, continuamente violado pelos refractarios á sociedade, em vez de ser confiado ao juiz togado, para desaffrontal-o, o é ao jury, que, sem competencia alguma, esquece as provas dos autos para obedecer aos impulsos do coração, manhosamente provocados pela palavra facil e eloquente de um advogado qualquer.

Acatamento á soberania popular, uma instituição que só tem contribuido para o enfraquecimento da justiça, traçando uma linha voluvel, ás vezes, inconsciente outras, entre os criminosos, tornando-os deseguaes na esphera da Lei, quando commetteram o mesmo crime, cercado das mesmas circumstancias e levados pelo mesmissimo gráo de «*temebilidade*»!<sup>45</sup>

Não: em vez de um acatamento ao povo, em vez de uma garantia aos seus direitos, o jury é uma arma imprudente que se entregou á inexperiencia e á ignorancia, e cujos resultados, dizemol-o ainda uma vez, são uma aggressão continua aos seus membros offendidos, que elles não sabem, se quer, desaffrontar!

É o contrario do que se diz, o jury.

E os recursos, perguntar-me-hão: os recursos não exercem a minima influencia, n'esses absurdos, n'estas atrocidades commettidas, a cada instante, por essa instituição.

Os recursos da Lei são, infelizmente, impotentes, em absoluto.

Além de favorecerem extraordinariamente o réo são elles completamente inefficazes para o triumpho da justiça.

Pelo art. 170 da Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892 « cabia o recurso de protesto por novo jury, sempre que a pena imposta excedesse de 5 annos de degredo ou de desterro ou de 10 annos de prisão », disposição esta que foi alterada pelo art. 47 da modernissima Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895, que elevou o prazo mencionado a mais de 12 annos.

Este recurso era e é ponto de apoio de todo o criminoso, ainda que o seu crime esteja plenamente provado.

Foi isto o que vimos e o que continuamos a ver na nossa vida publica.

O art. 173 da Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892 estabeleceu que « é permittido aos réos presos appellar e intentar revista, quando couber, em qualquer tempo da sentença condemnatoria em materia criminal ».

Isto quanto aos réos.

De modo que, presenciámos casos muitos tristes e que não causão admiração alguma por que todos os conhecemos francamente.

Um individuo qualquer, criminoso provado, barbaro, entra em jury e vae (supponhamos) condemnado a 24 annos; em seus interrogatorios allegara sempre que estava bebado, muito embóra a prova testemunhal não affirmasse-lhe semelhante estado. O réo protesta logo por novo julgamento e, quantas vezes, na sessão seguinte, apesar de não ser absolvido, vae condemnado no gráo minimo?

Elles dependem muito do acaso no jury e, por isso, vivem, constantemente, a se valerem de taes recursos que muito contribuem para a realisação de suas esperanças.

Quanto á justiça, os recursos principaes são, de accôrdo com o art. 180 da Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892:

Art. 180. A manifestação da revista terá logar:

a) immediatamente depois da sentença do grande jury, quando fôr interposta pelo respectivo Juiz de Direito nas hypotheses dos arts. 121, § 8.º e 171, § 4.º, letra — *b* (1).

b) nos dois dias seguintes á data de quaesquer sentenças

(1) Art. 121, § 8.º Ao preparador incumbe a presidencia do jury correccional e n'este caracter compete-lhe:

§ 8.º Interpor appellação official, no mesmo acto da sentença, quando a decisão fôr contraria á evidencia dos debates e á prova dos autos, ou se achar no caso prescripto pelo art. 171, § 4.º, letra *b*.

Art. 171. A appellação da sentença será interposta perante o juiz que a proferiu. Na ausencia do Juiz de Direito, quando em exercicio, sel-o-ha perante o Preparador.

§ 4.º A appellação da sentença condemnatoria produz effeito suspensivo, excepto:

*b*) Quando interposta pelo Presidente do jury correccional, fundando-se em que a sentença condemnatoria é diversa da que legalmente competia, á vista da evidencia resultante dos debates e provas do processo.

criminaes sendo intentado o recurso pelo ministerio publico ou parte accusadora;

c) nos demais casos nos prazos da legislação vigente.

A Lei n. 94 de 5 de Agosto de 1895 dispoz no respectivo art. 95: «Tambem compete, e por uma só vez, tanto ao Promotor Publico como ao réo intentar recurso de revista no mesmo caso concedido ao Presidente do Grande Jury: não o podendo, porém, fazer o Promotor Publico em tempo algum, se o referido presidente houver lançado mão d'esse recurso.

Ainda com esses recursos a justiça publica não tem tirado resultados satisfatorios.

Appellamos n'este instante não para os que se limitão ás doçuras do estudo de gabinete, no silencio sepulchral da noite, tendo como unicos companheiros o livro e a chamma da véla, mas para aquelles que se estendem até o rumor da vida experimental, até a solução das questões sociaes, que ao lado da theoria levantão a pratica, — para os observadores —, n'uma palavra: appellamos para estes; que nos respondão se não dizemos uma verdade.

É preciso nos convenceremos de que taes recursos serião de utilidade, se fossem interpostos perante um tribunal togado por um outro tambem togado, mas de instancia superior. Porque, finalmente, um Juiz de Direito, que indignado com a estulta decisão de um jury, que absolve um criminoso perverso, recorre d'ella para o Tribunal Superior, nunca fica senão com a certeza de que este não concordará com semelhante resultado e que, portanto, mandará o réo ser submettido a novo julgamento.

Se esse novo julgamento fosse sempre de accôrdo com a Lei, muito bem; mas o contrario é o que succede, em geral.

Nós não criticamos o recurso: absolutamente, não.

Attendendo á fallibilidade humana, ás paixões que, de quando em quando, pôdem chegar até a consciencia de alguns julgadores, por circumstancias que não vêm ao caso ser examinadas, accetamos os recursos em todas as acções juridicas.

Sim: não criticamos os recursos, mas a sua impotencia, a sua absoluta inefficacia, quanto ao crime, relativamente ao jury, que, por uma *coherencia* filha do concubinato da ignorancia e da irresponsabilidade, sustenta o julgamento do Conselho primitivo, muito embóra o Superior Tribunal no respectivo *accordão* tenha reconhecido *dissonancia* entre a decisão e as provas do processo constante!

Entretanto, os Juizes de Direito nas suas sentenças civis, commerciaes, etc., etc., reformão suas opiniões, quando vêm que o modo de pensar do Tribunal Superior é differente.

Emquanto isto é assim, o réo que merece ser punido com o gráo maximo ou medio das penas do artigo em cuja sanção incorreu, e o é no minimo, vae para a penitenciaria descansar alguns mezes, até que a pena se extinga, porque em caso tal não ha absolutamente recurso!

Ainda mais esta arma nas mãos do tribunal do jury! Ainda mais este perigo que ameaça constantemente a paz social, a efficacia da Lei!

Quantas vezes, n'uma triste desillusão, vimos proceder o jury de tal modo, agradecendo, por outro lado, ao acaso seme-

lhante acontecimento, porque, afinal de contas, viamos que a communhão social, ao menos por aquelle tempo, estava livre da indole malfeitora do criminoso!

E, enquanto os perigos crescem, enquanto os germens se propagação robustos e terriveis, desenvolvendo a actividade malfeitora, a Lei estabelece disposições que os levantão ainda mais, difficultando a repressão!

\* \* \*

Diz o art. 181 da Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892: « A revista tem effeito suspensivo quando interposta :

§ 1.º Das sentenças civis, salvo sendo dada pelo recorrido caução idonea, que se processará na fórma do direito, perante o ultimo juiz da causa na segunda instancia :

§ 2.º Das sentenças criminaes absolutorias, emanadas do Grande Jury, nos casos seguintes :

*a)* nos crimes inafiançaveis, quando interposta pelo Juiz de Direito, por entender que o jury proferiu decisão sobre ponto principal da causa, contra a evidencia resultante dos debates e provas constantes do processo ;

*b)* sendo interposta pelo ministerio publico ou parte accusadora, e versar a accusação sobre crimes punidos no maximo com a penna de vinte ou mais annos de prisão.

Em qualquer caso, porém, não terá effeito suspensivo se fór unanime a decisão do Grande Jury ».

Sempre, portanto, que houver unanimidade e que o artigo

de Lei em cuja sanção incorreu o delinquente não estabeleça penalidade superior a vinte annos, a interposição do recurso de revista não obriga o criminoso a prisão, caso seja este absolvido pelo jury.

Se abrimos o nosso codigo penal ficaremos seriamente contristados, diante de semelhante dispositivo que a Lei n. 94 de 5 de Agosto deixou figurar por mais tempo entre nós!

Só os crimes de homicidio, seja o criminoso considerado incurso no § 1.º, seja no § 2.º do art. 294, suspendem os effeitos da absolvição, quando esta não se verificar por unanimidade de votos, porque em tal caso nada se abservará absolutamente.

Concordam todos, entretanto, que isto não é senão uma larga porta que se abre á corrente criminal, um grande toxico contra os meios de que se serve a sociedade para conseguir a repressão dos crimes.

A Lei citada estabelecendo semelhante disposição deu ao tribunal do jury uma somma extraordinaria de soberania, firmando a doutrina absurda, despotica de conceder-se a liberdade a um criminoso, cujo crime esteja plena e exuberantemente provado.

Se não é uma verdade o que affirmamos, façamos com o exame da propria Lei, a nossa demonstração.

Imaginemos um criminoso de morte, criminoso claramente provado e absolvido por unanimidade de votos pelo jury que respondeu erradamente sobre o ponto principal da causa (o que não é para admirar de modo algum entre nós). A interposição do recurso de revista, em tal caso, não produz effeito suspensivo

e desde que o facto é sem duvida alguma provado, cabe a sua manifestação ao Juiz de Direito por ser a decisão «*contra a evidencia do resultante dos debates e provas constantes do processo*» na letra da Lei.

Pois bem: a esse criminoso, a esse temivel, absolvido pela incompetencia, pelo tribunal do jury — o symbolo da irresponsabilidade — muito embóra se interponha o recurso, a Lei manda que elle vá gosar os seus favores, e desfructar os resultados da liberdade individual!

E a segurança da sociedade, em geral?

E a segurança da victima, das testemunhas, em particular?

Tudo a Lei esqueceu em nome d'essa generosidade que tudo corrompe e que tudo alarma; em nome d'essa philantropia mal comprehendida, que suppõe a equidade, a relatividade social, uma irmã de caridade, quando o — pensamento da justiça — é todo observado.

Comprehende-se que os direitos dos cidadãos sejam acatados, respeitados, porém, antes de tudo, o supremo interesse social.

E o que acontece? Duas são as consequencias reaes de um tal dispositivo!

Nós o dizemos, apoiado em os resultados que temos presenciado durante 6 annos de observação forense: o Tribunal Superior, o juiz *ad quem* reforma a decisão do tribunal do jury «*por haver dissonancia entre esta e a evidencia das provas*» e o processo passa á estante do cartorio, porque o réo posto em liberdade procurou fugir ao resultado do recurso interposto!

Raras, rarissimas vezes o réo é preso e submettido a novo

juízo: e dado que isto aconteça muitas vezes é novamente absolvido, sem mesmo recurso algum!

Não é só este o defeito da disposição que criticamos, pois o Juiz de Direito só pôde manifestar a precitada revista quando o jury « responder sobre o ponto principal da causa... »

Ora, dado que seja reconhecida a legitima defeza, sem que esta, pelo contrario, esteja caracterizada, affirmado, portanto, o ponto principal da causa, o Juiz de Direito não pôde interpor o referido recurso por haver « *dissonancia* », etc.

Entretanto, quando isto é uma verdade; quando, sem reputação séria, se prova que a Lei protege a bandidos, esta permanece a regular a marcha dos processos e a ser « *a garantia* » dos direitos dos membros da sociedade!

Dispositivo extremamente opposto ao jury inglez que exige a unanimidade para haver absolvição de um criminoso.

Entre nós quando esta se verifica, muito embóra o crime esteja provado, assim como a sua autoria, embóra haja recurso, o réo vae para a rua roçar o seu hombro no dos homens de bem.

\* \* \*

Depois disto quem pretenderá contestar a necessidade urgente da eliminação do jury?

Ninguem, por certo, desde que ficou manifesta e exuberantemente provado, que o seu papel no direito positivo e na pratica é negativo em todos os sentidos.

Se é verdade que a humanidade se irá desenvolvendo;

se é verdade que a sciencia nas suas descobertas preferirá as bôas ás más instituições, tudo a bem da communhão social, não menos verdade é que o jury, entre outras, ha de necessariamente cair, desde que os seus efeitos não condizem de modo algum com o supremo *desideratum* da efficacia dos remedios que devem debellar a criminalidade e favorecer a repressão.

Eis porque dissemos que a quéda do jury é uma fatalidade social, porque sustentamos a sua incompetencia e a sua irresponsabilidade nos seus julgados de sempre.

Os publicistas que se têm occupado da instituição do jury não apresentam razões sérias para a sua sustentação, para a sua defeza.

Emilio Beaussire diz: « A instituição do jury penal sente-se muito abalada em nossos dias e é preciso reconhecer que a falta é do proprio jury.

O jury francez sobretudo mostrou-se sempre singularmente caprichoso em sua severidade intermittente, e sem intelligencia, em certos casos, tem sido justamente qualificado de escandaloso » ( <sup>1</sup> ).

E o autor citado não repudia o jury, adopta-o e apresenta reformas communs ao jury civil ou penal ( <sup>2</sup> ).

Todos clamão contra a má organização do jury ; mas na actualidade do direito penal, a discussão toma uma feição inteiramente differente, de modo que, não só aquelles que defendem-n'a mesmo na sua organização hodierna, como os

(1) Emilio Beaussire, *Principios de Direito*, pg. 143.

(2) Idem, idem, pgs. 117 a 121.

que apresentação-lhe reformas, não têm mais razão absolutamente.

Embóra, no dominio theoretico da escola methaphysica, os seus propugnadores não se quizessem convencer de que era necessario o conhecimento juridico da prova para ser-se juiz, para conhecer-se do *crime* em si, no estado actual do direito penal positivista, — a necessidade imprescindivel do estudo da psychologia criminal e o estudo do *criminoso* tornão o jury inteiramente incompativel com a ordem social, estando provado que os seus effectos são inteiramente contrarios á repressão e á estabilidade da ordem.

Quanto a nós, o jury, já o fizemos notar mais de uma vez, é inteiramente inaceitavel. Ou no terreno da escola classica, no estudo exclusivo do *crime*, por lhe faltar o conhecimento da prova em materia criminal, além de outros grandes inconvenientes que fizemos notar, ou no terreno do direito penal positivista, que prefere o estudo do *criminoso*, para o que é necessario dispor-se de conhecimentos outros, que não estão, absoluctamente, ao alcance de nossos jurados, o jury é sempre de máos resultados, o jury é sempre inconveniente.

Defendendo-o, diz Hello: « O perigo dos tribunaes ordinarios para o julgamento dos crimes communs está no habito mesmo de conhecer d'elles. Accreditação *ver* sempre o que veem cada dia, e os olhos aos quaes a sociedade não descobre senão suas chagas não percebem n'ellas as partes sãs. O Juiz, cuja vida se passa em uma sorte de familiaridade com a perversidade humana, contrahe uma mysanthropia que o torna muito facil para a prova, e muito severo para a pena; elle pre-

vine-se contra a especie inteira e a presumpção de innocencia se enfraquece até extinguir-se. É pois com profundo conhecimento do coração humano que nossas leis pedem ao jury esta brandura de impressão que deixa quasi todas suas fortunas á verdade » (1).

O dizer de Hello, que é uma das objecções feitas pelos partidarios do jury aos seus impugnadores tem, como diz Ferri, « uma base psychologica, porque a conversão do consciente no inconsciente é a polarisação das faculdades e das disposições intellectuaes, são um facto quotidiano, imposto pela lei biologica da menor despeza das forças. Ella não basta entretanto, para tornar o jury preferivel aos juizes » (2).

Não ha duvida, realmente, que este phenomeno se opera no mundo pratico, mas Hello exaggera-o incontestavelmente, quando diz que « a presumpção da innocencia se enfraquece até extinguir-se ».

As responsabilidades do titulo scientifico, o melindre da posição do julgador, o zêlo da dignidade e da honra — eis os factores principaes que contribuem para o nosso modo de proceder, e d'aquelles que citamos, na propugnação do levantamento de uma outra instituição composta de juizes togados, que faça para sempre desaparecer o jury do meio social.

Ora, comprehendê-se que um tribunal de tal ordem não opinará pela condemnação de um indiciado, sobre cujo crime pouco dizem as provas do respectivo processado.

(1) Hello, *Regimen Constitucional*, pg. 164.

(2) Ferri, *op. cit.*, pg. 478.

A « base psychologica » de que fala Ferri só é concebida até os indícios—vehementes—porque a prova circumstantial, como já vimos, pelas condições em que porventura se tenha dado o facto criminoso, muitas e muitas vezes devem satisfazer a consciencia do julgador, determinando a imposição da pena.

Isto é um facto e, portanto, não sendo esta subjecção de força capaz de fazer dominar o jury, e não sendo, por outro lado, egualmente verdadeira a « extinção da presumpção de innocencia », ella não deve preoccupar seriamente as nossas atenções, tanto mais quando a admissão dos recursos é um poderoso remedio contra o citado mal, uma vez que elles forem de juizes para juizes togados e não do jury para estes.

Benjamin Constant, muito principalmente refere-se desastadamente sobre o jury.

Em sua obra « Politica Constitucional » citando as seguintes palavras de um autor: « se os jurados achão uma Lei muita severa, absolverão o accusado, e declararão o facto não provado, contra sua consciencia, diz elle, que elles suppõem o caso em que um homem fosse accusado por ter asylado a seu irmão..... Este perigo, segundo minha opinião, longe de militar contra a instituição do jury, faz o seu maior elogio; prova que esta instituição põe obstaculos á execução das Leis contrarias á humanidade (?!) á justiça e á moral (?!) (1).

É uma cousa notavel affirmar-se que semelhante facto suppõe um impulso de amor de familia « o *asylamento de un*

51

(1) Benjamin Constant, *Politica Constitucional*, pg. 157, vol. 1.

*irmão* », como se os actos de todos os jurys não estivessem cheios de factos repugnantes e que provão a prepotencia irresponsavel da instituição ante a Lei social.

Criticando a organização do jury em seu paiz o professor da Universidade de Heidelberg diz: « Para bem julgar é preciso uma grande independencia e uma grande experiencia.

Ora, estas qualidades não pertencem em geral senão ao homem circumspecto e rico.

Nada de mais falso que a pretendida *omnipotencia* do jury.

Toda a justiça não tem por missão restabelecer o direito violado, e os jurados não prestão juramento de cumprir este dever de consciencia?

Uma outra idéa não menos perigosa, ainda que emprestada ao processo *francez*, é a que não impõe aos jurados nenhuma regra probatoria e quer simplesmente que elles sigão sua pretendida e intima convicção..... » (1).

Foi o que dissemos ha pouco: o jury na sua longa vida tem encontrado duas sortes de combatentes contra si: os que não acceitão a sua organização, e que o querem modificar, mas conservando-o; e os que não acceitão de modo algum, por julgarem-n'o completamente incompetente para o julgamento dos criminosos.

Essa *regra probatoria* que segundo Bhurtechli deve ser imposta ao jury, é realmente um grande peccado que a Lei commette, sancionando ainda hoje a sua existencia.

Emquanto nos tribunaes de juizes togados, estes, por Lei,

(1) Bhurtschli, *Direito Publico Geral*, pg. 224.

são obrigados a fundamentar os seus despachos, ou se refirão estes ao crime, na pronuncia, ou no civil, etc., elles nada resolvem sem o respectivo *porque*.

Differentemente, o tribunal do jury (e isto muito contribuiu para a sua desmoralisação) julga dezenas, centenas de criminosos absolvendo e condemnando indebitamente, sem dar os motivos de seu voto!

Isto é simplesmente escandaloso no terreno da Lei; porque se esta não exige aquelle procedimento do jury para não crear-lhe difficuldades, reconhece *a priori* a sua incompetencia e, portanto, devia ser a primeira a banil-o de seu seio.

O competente, o apostolo da sciencia, o delegado da dignidade social precisa vir a publico com os seus fundamentos de despachos e o jury não!

Bem se vê que temos razão em articular um libello accusatorio tão longo contra esta instituição.

A necessidade de sua eliminação é urgente e muito breve, não incorrerão em um exaggero aquelles que disserem que a independencia e a dignidade da communhão social serão illusorias emquanto dominar *o jury*, o regimem da administração da justiça pelo povo.

Reconhecemos as difficuldades que se encontram nas disposições de uma reforma capital, como a que deve ser feita ao jury.

A nossa opinião ficou de ha muito externada: modificar de qualquer modo o seu mechanismo é uma medida illusoria e que absolutamente não surtirá bons effectos praticos.

Eliminal-o do direito positivo, entregando o julgamento aos competentes, eis o supremo *desideratum* do direito penal moderno.

É n'este sentido que vamos propor os dados que possam concorrer para o levantamento de uma instituição que venha substituir o tribunal do jury.

Algumas vezes, na observação das idéas que nos suggeriram ao espirito concebemos certas reformas que erão logo esquecidas por não serem de bons effeitos, umas; por não facilitarem a distribuição da justica, regular e inalteravel, outras.

Foi assim que pensamos na seguinte: estabelecidos os Termos que devião formar uma Comarca, em vez do jury, a Lei crearia um tribunal de juizes togados na séde, respondendo a julgamento perante o mesmo todos os criminosos dos respectivos Termos.

Tal idéa, porém, achamos inteiramente innaceitavel porque, além do inconveniente de crear-se um tribunal sómente na *séde da Comarca*, seria de esperar que os resultados da distribuição da justiça fossem regulares apenas na Comarca da Capital e n'aquellas outras que possuíssem meios faceis, directos, e continuados de communicação.

O transporte do réo, a inquirição das testemunhas no plenario, tudo se transformaria em sérias difficuldades, as quaes não devem absolutamente existir no organismo de uma instituição judiciaria.

Pensamos tambem em constituir-se um tribunal composto de juizes togados em sua maioria, fazendo parte tambem d'elle os jurados (em numero menor, portanto), que mais competentes fossem julgados.

Inaceitavel tambem semelhante idéa, porque a representação popular não levaria vantagem alguma: seria uma méra ficção, um verdadeiro embuste, improprio inteiramente de ser consagrado no corpo de uma Lei, para figurar n'uma instituição judiciaria.

Finalmente, quizemos um dia na impossibilidade absoluta de chegarmos ao fim desejado — a eliminação do jury — quizemos que elle não persistisse, derramando na communhão os seus maleficos effeitos, garantindo, porém, a justiça por um outro meio de julgamento em certos e determinados casos.

Por exemplo: nos casos de absolvição, quando o Juiz de Direito ou o representante do ministerio publico recorrem, e quando o respectivo recurso tivesse provimento, não era o jury mais competente para pronunciar-se pela segunda vez, mas sim um tribunal composto de juizes togados.

Na Inglaterra existe, mais ou menos, este systema: o réo, cujo processo contiver certas circumstancias, não será submetido ao *verdictum* do jury.

Finalmente, tractar-se-hia de uma verdadeira questão de competencia, recusando-se ao jury o julgamento de uma causa que destoou — o primeiro — inteiramente das provas dos autos.

Sem proceder de modo algum a lembrança d'aquelles que se referirem a bondade do jury pela mudança continua do pessoal dos Conselhos de jurados, porque n'elle ha um gráo de imitação muito pronunciado sobre tudo; a presente reforma não póde ser adoptada, pois não contém em si aquelles caracteres requisitados pelo senso commum para comporem uma instituição

que têm de desempenhar na sociedade o mais difficil de todos os papeis.

O ministerio publico e o Juiz Presidente do tribunal em taes casos velarião pela bôa administração da justiça, recorrendo de todas as decisões injustas, sendo taes recursos sempre *suspensivos*, quando se tractasse de absolvições, ou de condemnações, interpostos os mesmos pelo Juiz.

Haveria, porém, um inconveniente notavel : era o adiamento do julgamento dos réos, cuja responsabilidade estivesse provada e o jury os absolvesse, ou quando se dêsse o contrario, não havendo provas, o jury os condemnasse ; porque em casos taes, segundo o mechanismo da reforma, haveria interposição de recurso, o qual sendo provido, determinaria que o réo fosse submettido a novo julgamento.

Ora, este adiamento seria inconveniente e tornaria, portanto, inaceitavel ainda, a instituição do jury.

Estas reformas todas forão por nós examinadas e nenhuma d'ellas poude ser por nós perfilhada, porque não se adquão todas as necessidades sociaes nem satisfazem ás exigencias conceituaes do direito penal positivista, que é a escola, o methodo que francamente adoptamos.

Finalmente, sob esse ponto de vista, pensamos no que é justo e, eliminando o jury da sociedade, queriamos que fosse elle substituido do modo seguinte, mais ou menos :

Art. Para o julgamento dos crimes communs ficão creados

os tribunaes de Comarca que se reunirão em cada Termo uma vez por anno (1).

Art. Em cada Comarca haverá um tribunal que será presidido pelo respectivo Juiz de Direito e composto dos Preparadores dos Termos.

Art. Com trinta dias, pelo menos, de antecedencia, o Juiz de Direito mandará por editaes annunciar a proxima convocação do tribunal.

Art. No dia marcado para iniciar-se as respectivas sessões o Preparador do Termo apresentará os processos que se acharem em estado de julgamento e proceder-se-ha, logo depois, á chamada geral das partes, cujos effeitos se regularão pelas leis vigentes.

Art. Immediatamente o Juiz de Direito procederá á distribuição dos processos preparados por meio de sorteio, para o que haverá uma urna com cartões em os quaes se inscreverão os nomes dos membros do tribunal.

Art. Feita a distribuição, o Presidente suspenderá a sessão, marcando segunda reunião, a qual se effectuará dez dias depois, mandando tambem que se procedão ás deligencias necessarias para a notificação do réo e das testemunhas que depuzeram nos respectivos processos.

Art. Chegado o dia marcado para o julgamento, presentes o representante do ministerio publico e o advogado do réo, se este o tiver, o Presidente procederá ao interrogatorio do réo, dando a palavra aos Preparadores que o requererem para

54

(1) Ou mais vezes se a conveniencia do serviço o reclamar.

fazerem as perguntas que julgarem necessarias, e annunciando a presença das testemunhas consultará ao tribunal e ás partes se os querem ouvir.

Paragrapho unico. No caso affirmativo a ordem seguida será a aconselhada pelas leis vigentes.

Art. Findo o interrogatorio do réo terá a palavra o representante do ministerio publico que, no tempo bastante, dará o seu parecer sobre o precesso em julgamento.

Art. Immediatamente depois será concedida a palavra ao advogado do réo, se o tiver, que produzirá a sua defeza.

Art. Ficão abolidas a réplica e a tréplica.

Art. Terminado o parecer do Promotor e a defeza do advogado do réo, o Presidente dará a palavra aos Preparadores, na ordem porque foi feita a distribuição na conferencia precedente, os quaes farão os respectivos relatorios, emittindo suas opiniões.

Art. Em seguida, o Presidente declarará que o feito continúa em discussão, terminada a qual passar-se-ha ao processo da votação, que será feita em publico e na presença do proprio réo.

Art. Havendo empate o Presidente terá voto de qualidade.

Art. Se todos os feitos não forem julgados n'uma só conferencia do tribunal, haverá tantas quanto bastem para o julgamento de todos os processos.

Art. Serão nullas as sessões a que não assistir o ministerio publico, na pessoa do seu representante.

Art. Na Capital, o tribunal será presidido pelo Juiz de Direito mais antigo, compondo-o os demais juizes, aparte os Preparadores que só serão admittidos nos termos do Art. 4.º, ou

nos impedimentos dos Juizes de Direito, á designação do Presidente.

Art. Estando, na occasião em que tiver de funcionar o tribunal, licenciado o Juiz de Direito ou algum dos Preparadores será obrigado a servir o Juiz de Direito ou Preparador da comarca mais proxima.

Se algum réo arguir de suspeito um Juiz, será suspensa a sessão, para o tribunal conhecer das materias que o mesmo apresentar, votando a materia, após a discussão, que será immediata, excluindo-se o Juiz arguido de suspeito, que, todavia, será ouvido sobre a materia da suspeição.

Art. Decidida a insuspeição do Juiz e sendo o réo condemnado, poderá este interpor o recurso de revista para o Tribunal Superior.

Art. Nos casos de recurso, quando o Tribunal Superior mandar que o recorrente responda a novo julgamento, nunca este será feito pelo tribunal da mesma Comarca, mas pelo da mais visinha.

Art. Quando os advogados sustentarem que os seus constituintes se achavão no momento do crime em estado de irresponsabilidade, por affecção das faculdades mentaes, sem que o tribunal da Comarca tome conhecimento de tal circumstancia, será o réo levado á Capital com o respectivo processo, no qual o advogado será obrigado a juntar as razões em que firmou-se para sustentar a dita irresponsabilidade (1).

(1) Os leitores já conheceram, sem duvida, o quanto respeitamos as questões de competencia. Certamete, não é o espirito de classe, a vaidade ou o egoismo scientifico que nos tornão adversario do jury e adepto do exercicio da justiça pelo Juiz togado. É questão de competencia que nos fala. Nos factos em que o direito poudet resolver,

Art. Submettido este processo á apreciação do Presidente do Tribunal de Appellação, com character de recurso, este nomeará uma commissão de medicos notaveis e especialistas, que, sob juramento publico, feito sob a honra individual e sob a dignidade medica, e em sessão, tambem publica, examinará o delinquente e as peças do processo, fazendo minucioso relatorio em o qual expenderão as suas opiniões.

Art. Em todo tempo em que o advogado do réo circumstanciadamente ventilar esta questão, poderão ser attendidas as disposições do artigo precedente, não sendo, portanto, necessario que se o faça só na occasião do julgamento.

Art. Terminado o exame medico e feito o respectivo relatorio, será este junto ao processo respectivo e sujeito á apreciação do tribunal que se cingirá ás disposições especialistas estabelecidas, homologando-as.

Paragrapho. Se o réo fôr considerado como em estado normal no momento de praticar o delicto, a decisão do tribunal da Comarca produzirá seus effeitos, não havendo mais recurso algum ;

aos magistrados cabe o julgamento, mas em casos excepcionaes, chamem-se os competentes e os especialistas, pois é muito exigir-se do Juiz togado o conhecimento profundo da psychiatria.

Antes de nós, disse-o Tobias Barretto, tambem posteriormente outros: «A minha opinião está assentada: aos medicos e só aos medicos compete apreciar definitivamente o estado normal ou anormal da constituição psychio-physica do criminoso». (Tobias Barretto, Menores e Loucos, pg. 153). Em taes condições temos toda a razão em querer entregar aos competentes os criminosos que delinquirem agidos por uma *nevrose*, affecções celebraes dos differentes generos, etc.

Nem se pense que limitamos a nossa opinião a respeito, satisfazendo-nos com o exame de quaesquer medicos: os especialistas, os abalizados são os que devem ser apontados pelo poder judiciario para effectuarem semelhante trabalho, prevenindo os exaggeros ou não dos inexperientes.

Quando a Lei firmar-se em dados como estes a repressão será uma verdade perante o organismo social.

Paragrapho. Nos demais casos se observarão as seguintes regras:

a) si o réo fôr considerado como tendo estado affectado, de modo a ter sido irresponsavel de seus actos, no momento de commetter o facto criminoso, achando-se, porém, completamente restabelecido, será immediatamente livre da pena;

b) si, porém, resultar do exame que o réo continúa affectado de suas faculdades mentaes, será este remettido para o asylo de alienados, após cujo tractamento será posto em liberdade.

Art. Serão attendidos e submettidos ao mesmo processo, além da morbidez mental, as demais causas que, segundo a sciencia influem na capacidade e na imputabilidade do individuo.

Art. A reunião do tribunal nos Termos que não forem séde de Comarca far-se-ha na ordem da substituição dos Juizes de Direito.

Art. Os recursos poderão ser interpostos de accôrdo com a legislação em vigor e terão effeito suspensivo sempre que houver absolvição.

Art. Quando a decisão fôr em favor do réo, só poderão interpor recurso os juizes que votaram contra, assim como o representante do ministerio publico.

Art. Verificando-se a unanimidade, e, recorrendo este, não terá effeito suspensivo o respectivo recurso.

Art. As respostas do réo serão sempre escriptas como elle as dér, não podendo o Juiz em caso algum chamal-o ao caminho da verdade, quando negar o facto.

Eis as reformas que propomos para o julgamento dos crimes communs, eliminando a anachronica instituição do

jury, o mais robusto germen da criminalidade, o maior escólho que a repressão tem encontrado na sua pratica.

A nossa dignidade, entretanto, exige que, n'este ponto, façamos uma declaração.

Foi na nossa Comarca, nas horas de descanso, que mais pensamos sobre os substitutivos do jury.

De idéa em idéa, aceitando uma agóra e recusando-a depois de um estudo serio, de uma meditação criteriosa, chegamos a conceber uma instituição que se devia regular pelos trinta artigos que confeccionamos.

Transmittimos o nosso pensamento a alguns collegas, que o receberam com satisfação, applaudindo-nos, quando, em um outro Termo, sem conhecermos semelhante factó, disse-nos um magistrado, em conversa sobre o jury, que o venerando Conselheiro Luiz Antonio Barbosa de Almeida, de saudosissima memoria, apresentara um projecto de reforma inteiramente egual ao nosso.

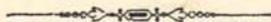
Procuramos verificar o que havia de verdadeiro n'este asserto. Consultando os annaes do Senado bahiano, nada encontramos parecido com o nosso projecto, pois, o referido Conselheiro, no unico discurso que proferiu sobre a instituição do jury, apenas pedia pequenas modificações n'este tribunal. Nem este benemerito cidadão podia, como Senador que era, querer uma reforma semelhante á nossa, visto ser ella prohibida pela Lei magna.

Si trazemos esta declaração para o corpo de nosso desprencioso trabalho é para nos livrarmos do triste e pesado nome de plagiario,

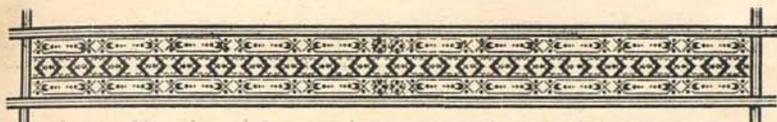
Paramos aqui: accusar mais o jury é doloroso.

Vamos collocar-nos agóra, em uma paciente attitude, vendo sempre com prazer e satisfação passarem e repassarem na fortaleza das idéas modernas as jovens sentinellas da Lei, os fortes defensores da communhão social, que estão decididos de ha muito a luctar contra o jury, empregando os mais ingentes esforços para fazel-o baquear na arena da vida pratica.

Será n'essa attitude que teremos a noticia de sua quéda, porque, tambem, soldado, não terminamos o nosso papel: além deste combate dar-lhe-hemos outros tão serios, senão no livro, na imprensa, na tribuna, fazendo por convencer ao povo de que a sua cooperação no poder legislativo é uma prova suprema do acatamento a sua soberania, e que do poder legislativo é que dependem as garantias de seus direitos, por medidas que o judiciario põe em pratica.







### III

#### Impunidade da intenção criminosa nos casos de tentativa a que se refere o Código Penal

Bem se vê, pelo summario do presente escripto, a importancia da questão a que vamos abordar.

Tendo necessariamente de estudar alguns pontos da theoria da tentativa, que Tobias Barretto (1) chamou « o tormento dos criminalistas », para provarmos (o que é nosso fim) que a impunidade da intenção criminosa é um erro theoretico e um desastre pratico, não podemos deixar de pedir aos doutos os soccorros de que precisarmos, ao menos para que o presente livro mereça as honras da leitura publica, muito embóra, em acto continuo, seja elle entregue ao esquecimento das estantes empoeiradas onde dormem o somno eterno os alfarrabios que morreram logo após o penoso nascimento.

A tentativa criminal, que sempre debatida no tablado da sciencia, tem passado por diversos momentos, teve tambem a sua phase de impunidade (2), antes do direito criminal

(1) Tobias Barretto, *op. cit.*, pg. 117.

(2) Idem, idem, idem.

ter-se tornado objecto de um estudo e cultivo intellectual, que começou immediatamente depois da epocha dos glosadores, na praxe forense da Italia e da França, quando predominava a idéa de que ella não devia ser punida.

Entretanto, como diz Kræwel « os limites da sua punibilidade têm-se estreitado cada vez mais no correr dos tempos. Boehmer, Quistorp e Klein, achavam que os simples actos preparatorios deviam ser punidos como tentativa. Kitka, Mittermaier opinavam que ella só devia sel-o, quando a acção exterior encerrasse um principio de execução ».

Modificações outras têm havido e com o apparecimento da moderna escola positivista, para a qual a « intenção do criminoso » tem absoluto valor, a tentativa deve ser punida como o proprio crime.

A escola objectiva, existente na Allemanha e na Italia, entende que a tentativa não deve ser punivel, senão quando a intenção fôr realisada em parte, de sorte que a tentativa não é senão um fragmento do delicto que se tractava de commetter, tendo como este um lado objectivo (2). Uma outra theoria subjectiva existe, estudada por Herz, Von Buri, Liszt e outros, que muito se approxima da escola positivista, a respeito (3).

É, pois, nosso fim apreciar estas escolas, emittindo nossa modesta opinião.

Vejamos, antes de tudo, o pensamento da nossa legislação antiga e do nosso Codigo actual.

(1) Tobias Barretto, *op. cit.*, pg. 119.

(2) Garofalo, *op. cit.*, pg. 339.

(3) Garofalo, *idem.* pg. 340.

O Cod. de 1830 dizia no art. 2.º « Julgar-se-ha crime ou delicto: § 2.º « A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores (1) e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente. Não será punida a tentativa de crime, ao qual não esteja imposta maior pena que a de 2 mezes de prisão simples ou desterro para fóra da comarca ».

Estendendo-se mais sobre o assumpto, dispôz o seguinte o nosso Cod. Pen., Art. 13. « Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de commettel-o, executar alguém actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punivel, constituem começo de execução, e esta não tiver logar por circumstancias independentes da vontade do criminoso. Art. 14. São considerados sempre factos independentes da vontade do criminoso o emprego errado, ou irreflectido, de meios julgados aptos para consecução do fim criminoso, ou o máo emprego d'esses meios. Paragrapho unico. Não é punivel a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuzer (2). Art. 15. Ainda que a tentativa não seja punivel,

(1) A respeito da tentativa o nosso Codigo antigo dispoz o mesmo que o «Cod. Penal» francez. Na revisão que este soffreu em 1832, foram supressas as palavras «actos exteriores» referentes á questão mui discutida dos «actos preparativos», conservando-as o nosso, mesmo o actual Cod. Pen. da Republica.

(2) Não pôdia ser mais interessante o nosso Codigo actual a respeito da tentativa criminal. Apreciando-o, realmente, o espirito pouco educado em taes questões, mesmo, achal-o-ha redigido de um modo mui pouco feliz. «Não é punivel a tentativa no caso de *inefficacia absoluta* do meio empregado ou de *impossibilidade absoluta* do fim a que o delinquente se propuzer».

Para o legislador da Republica, portanto, o individuo que resolvido a praticar um crime, armar-se de um revolver que elle suppõe infallivel e fôr esperar a victima na estrada, quando ella voltar da feira com o dinheiro que pôde apurar do seu trabalho semanal, experimentar uma por uma, e repetindo por vezes a experiencia, não lograr ver a

sel-o-hão os factos que entrarem em sua constituição, tendo sido classificados crimes especiaes. Art. 16. Não será punida a tentativa de contravenção, e nem a de crime, ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão cellular ».

D'estes artigos, portanto, deduz-se clara e evidentemente que, todo aquelle que tiver a *intenção criminosa* de commetter um delicto, escapará á punição legal sempre que :

- a) houver inefficacia absoluta do meio empregado pelo agente criminoso para o commettimento do facto respectivo ;
- b) sempre que houver impossibilidade absoluta do fim a que se propoz o criminoso ;

sua intenção cumprida não é um tentador de morte, nem mesmo um criminoso, em qualquer outro sentido.

A ultima parte do paragrapho é ainda melhor. O individuo, por exemplo, que tem velhas rixas com um visinho resolve, um dia, tirar-lhe a vida, para *ficar em paz*. Prepara-se para o crime: aguça a ponta da *faça* que ha de vingal-o; espera que a noite venha e com ella o silencio e o somno da visinhança. N'essa occasião, porém, o seu inimigo, acommettido de uma syncope cardiaca, fallece sobre o leito. O assassino de nada sabe, entretanto e entrando vagoroso, depois de *uma escalada no muro* e de *uma violencia na porta da cozinha* penetra subtilmente no quarto, que guarda o cadaver, e approximando-se de seu inimigo, que elle julga dormindo, crava-lhe diversas vezes o punhal no peito, não ouvindo, se quer, um gemido, *em tão mortal logar vibrára elle a sua mão criminosa*.

Que esse individuo não seja um tentador de morte, concordamos plenamente; mas que elle não seja um criminoso, nunca!

Que pois?! uma má intenção tantas vezes e por tantas circumstancias revelada, não é punida, porque não houve um direito lesado?! E' uma contravenção prevista pelo Art. 365 do Codigo Pen. Mas, « não é punivel a tentativa de *contravenção* e nem a de *crime*, ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão cellular ». E' verdade, que no caso figurado, a penalidade prescripta pelo Cod. é de dous mezes a um anno. Não hesitamos, porém, em dizer que é pena punir-se tão fracamente um individuo, cuja temibilidade é bastante assustadora, para que se o mande pôr em liberdade, depois de 2 mezes, 7 ou um anno, no gráo maximo, dependente esta circumstancia, porém, da benignidade e quejandos sentimentos de que se apodera sempre o desastrado Tribunal do Jury, contra o qual já dissemos tudo. E' pena; é muita pena! O Dr. Tobias Barreto (vide *Estudos de Direito*, pg. 149) diz que se tracta de uma simples *cogitatio* e que *cogitationis poenam nemo patitur*.

Como, porém, havemos de tocar nos exaggeros de tal apophthegma juridico, aguardamos para tal occasião as nossas respectivas considerações. Será a primeira vez que nos separamos do illustre e pranteado mestre, nas suas idéas geraes sobre o direito penal.

Para nós a impunidade da intenção criminosa é uma facilidade social, que abre as portas da ordem ás invasões sempre prenciosas da eriminalidade; assim como é exaggerado o conceito ainda hoje admittido de que «ninguem merece as penas da *cogitação*».

e) sempre que, até o ponto a que chegou o delinquente, não uzou elle para a constituição da tentativa de meios, tendo sido classificados crimes especiaes ( <sup>1</sup> );

d) sempre que a tentativa fôr de contravenções, a que não esteja imposta pena maior que a de um mez de prisão cellular ( <sup>2</sup> ).

Deixando de parte as disposições que contemplamos sob a letra — *d* —, que nenhuma importancia têm, pode-se dizer, mui principalmente para o nosso Codigo, tractemos das demais, que muito merecem a nossa attenção, fixando, porém, antes, os casos em que theoreticamente falando, não é possível a tentativa criminal.

Assim ella não existe, quando não houve dolo da parte do agente tentador, o *dolus determinatus, alteruativus e ventualis*: não é concebivel, portanto, a tentativa em qualquer um dos grãos da culpa.

A tentativa presuppõe a vontade do agente tendo determinado e resolvido o crime; ao passo que a culpa tem o seu caracter exclusivamente inesperado, occasional, sem que haja nunca o resultado da vontade do delinquente.

É por conseguinte uma tentativa impossivel aquella em que não existem as especies de dolo citadas, visto como nem todas satisfazem as exigencias conceituaes da theoria em discussão.

(1) Esta expressão « crimes especiaes » é de difficil comprehensão e se não merece a critica, ao menos, presta-se a ella inteiramente.

(2) O Codigo Criminal da monarchia estabelecia, para o caso, o limite de dous mezes de prisão simples ou desterro para fóra da Comarca. 60

A tentativa por meios improprios empregados pelo agente para consumar o crime soffreu uma distincção que foi feita por Mittermaier e aceita por Garraud ( <sup>1</sup> ) em virtude da qual a impossibilidade da tentativa é *absoluta* ou *relativa*.

A impossibilidade é *absoluta*, quando os meios usados pelo agente nunca poderião, em toda e qualquer circumstancia, produzir o crime, levando a fim a sua intenção criminosa.

Diz-se *relativa*, quando sendo aptos os meios para o commettimento do facto criminoso, no momento em que são pelo deliquente uzados, não produzem o effeito desejado. Assim um individuo que quizer matar outro com uma arma que está descarregada, sem que elle o saiba, não é tentador de morte porque o meio—a arma descarregada—não podia, pelo projétil, cauzar a morte; e neste caso, a tentativa não se dá por impossibilidade de meio.

Um individuo querendo tirar a vida de outrem acha-se á distancia d'este, de modo que a arma de fogo que elle traz para o commettimento do crime, disparando, não o alcançara. A circumstancia da longitude torna, relativamente, impossivel a tentativa, o que se não daria absolutamente se a victima se achasse a pequena distancia.

A impossibilidade da tentativa existe ainda, quanto ao objectivo do crime, dividindo-a Garraud ( <sup>2</sup> ) tambem em *absoluta* e *relativa*. « As razões que vigorão a respeito dos meios são as mesmas que vigorão a respeito do objecto do delicto ( <sup>3</sup> ).

(1) Garraud, *Direito Penal Francez*, vol. I, pg. 302.

(2) Garraud, *op. cit.*, pg. 301.

(3) Tobias Barretto, *op. cit.*, pg. 146.

Alguns autores sustentão tambem a impossibilidade da tentativa quando o agente desiste voluntaria e livremente d'ella e quando se arreda do resultado complementar do crime pela sua propria actividade. Convem notar, porém, que todas estas questões têm se levantado no terreno theoretico.

Falta-nos agóra externar nossa despreteciosa opinião, a respeito da punibilidade da simples intenção criminosa, muito embóra, no facto arguido, a tentativa não exista, seja por impropriedade dos meios empregados pelo delinquente, seja por impropriedade tambem do objecto, ou, para falar com o Codigo, por inefficacia absoluta do meio empregado ou pela impropriedade do fim a que o delinquente se propuzer.

Não pertencemos, dizemol-o desde já, ao numero d'aquelles que ainda pensão na impunidade da tentativa, mas ao dos que sustentão que o criminoso, em tal caso, deve soffrer as penas do crime, como se este se tivesse consumado, muito principalmente nos casos em que elle percorre toda a escala dos meios possiveis de que podesse lançar mão para levar a effeito o seu designio, manifestando, portanto, inninterrompidamente, a sua *temibilidade*, porque a persistencia na realisação do plano preassentado revela-o, por presumpções vehementissimas, completamente inadapavel á vida social.

Aquelles que não acceitão o espirito que se deduz d'esta theoria dizem que não é possivel assentar-se um tal regimen, porque não ha o que punir, por isso que não houve um facto a lamentar-se.

A elles responde eloquentemente Gabriel Tarde, que diz:  
«Se a penalidade tem por fundamento o interesse social, ella

deve castigar não precisamente o crime consumado, que não interessa senão a victima ou a sua familia, mas prevenir a origem psychologica de outros crimes possiveis no futuro » (1).

O que constitue o criminoso?

A ausencia do sentimento de piedade nos crimes contra as pessoas, e dos de probidade nos que se referem á propriedade.

Pois bem. O individuo que resolve um crime, que manifesta firme intenção de commettel-o, não chegando a este resultado, em virtude das circumstancias especificadas no art. 14 do Cod. Pen., que contribuíram directa e bastantemente para que não se consumasse o facto criminoso, viola ou não os sentimentos de que falamos merecendo, portanto, ser punido?

Naturalmente. A escola moderna do direito penal, esquecendo o crime, para estudar o agente criminoso, dá toda importancia á intenção que firmou o delinquente, reconhecendo n'elle um gráo de incompatibilidade mais ou menos pronunciada para com o meio social.

Se pensarmos, por certo, que um individuo, por uma futilidade qualquer, tem coragem de vibrar sobre outrem um golpe mortal, phenomeno que infelizmente repete-se sempre, vemos logo que este individuo deve ser segregado da parte da sociedade, para não despertar-lhe a imitação, ou não transmitir-lhe *os vicios criminosos*, pelo contagio, como estuda-o o Dr. Paulo Aubry.

Circumstancias outras devem determinar a punibilidade da intenção criminosa.

(1) Tarde, *op. cit.*, pg. 472,

Imaginemos, por exemplo, um individuo que tendo commetido um crime barbaro foi condemnado, e depois de ter cumprido a sua pena, em vez de mudar de norma de proceder, atirando-se ao trabalho honrado, para viver com decencia e honestidade no respeito absoluto das leis sociaes, continúa em sua antiga rotina, e, um dia, por um caso dado, resolve firmemente commetter um crime da mesma natureza. Espera a noite, arma-se e sob uma arvore aguarda a passagem de sua victima, sedento de sangue, como o viajor do deserto sedento d'agua.

O logar é todo arborisado. A viração fresca da noite agitando os galhos das arvores, por onde coa-se um magnifico luar, faz, de quando em quando, apparecer uma sombra no chão, em a qual ainda não reparou o criminoso. De repente, despertado por ella, e parecendo-lhe a sombra de seu inimigo que passava, elle depressa prepara a pistolla, engatilhando-a, e faz fogo.

Não ouve baque algum. Attonito, sorprendido com o facto elle fica firme, até que a policia descobrindo-o, prende-o. Levado á autoridade competente, o criminoso diz que alli estava a espera de F...cuja vida resolvera tirar e que já houvera soffrido uma pena de 15 annos, por exemplo, na Penitenciaria.

Finalmente, averiguado o facto, o criminoso é mandado embóra, porque não commetteu um crime, atirando sobre a sombra de uma arvore, que elle suppunha ser seu inimigo.

Haverá quem affirme que isto é serio? De certo que não.

Entretanto, no caso, tracta-se de uma reincidencia, de um individuo que attesta solememente a sua inadaptabilidade ao

meio commum, porque mostra-se inteiramente rebelde ás leis sociaes e indifferente á penalidade por ellas estabelecida.

Admittir-se, pois, a impunidade de um semelhante individuo, é abrir-se uma jaula e d'ella expellir um tigre para sangrar a primeira garganta humana que encontrar.

Em factos d'esta ordem, a intenção criminosa não deve de modo algum ficar impune.

Não é preciso, porém, que o individuo já tenha sido condemnado. Na averiguação de um facto não consumado, o espirito deve attender aos principios da sociologia criminal, interrogar com cuidado extremo o criminoso, afim de descobrir o movel do crime, para, servindo-se da psychologia criminal e da anthropologia, medir a sua temibilidade, dictando-lhe uma pena preestabelecida.

Citemos um exemplo, para melhor esclarecimento. Um individuo sabe que um amigo contemplou-o em seu testamento. Cubiçoso, e vexado pela anciedade de ver brilhar em suas mãos algumas moedas de ouro, deseja a sua morte. Um dia elle adoce e o legatario mostra-se em extremo desvelado, não despresando a sua cabeceira. Neste dia, já elle concebera e resolvera o plano de envenenal-o para satisfazer a sua anciedade. Na occasião, portanto, de dar-lhe o medicamento, dirigindo-se ao movel sobre que está a garrafa afim de fazer a dozagem respectiva, aproveita a occasião e derrama no calice um pó toxico, em porção bastante para determinar a morte de um homem. O doente, porém, impensadamente acompanha-o com a vista e, pelo espelho, que trae o seu amigo, elle viu ser pelo mesmo envenenado o remedio e indignado grita por

socorro, dando ordem de prisão ao tentador contra a sua vida, que confessa o seu procedimento diante de todos que chegam aos gritos do doente.

Em caso tal, a nosso ver, tracta-se de uma verdadeira tentativa, que revela um avançadissimo gráo de perversidade do agente criminoso, e não hesitamos em pedir para elle as penas do crime de homicidio por envenenamento.

E, se pelo contrario, o criminoso servindo-se de um pó que elle julga toxico, o qual lhe vendeu um boticario muito propositalmente, temendo que a procura do veneno fosse para o commettimento de um crime, o mistura com o medicamento, sem que o doente o veja, persistimos na mesma opinião.

No primeiro caso, como o dissemos, trata-se de uma verdadeira tentativa, revelando tanta perversidade da parte do seu agente, que pedimos para elle as penas do crime consumado. Aqui, tracta-se de uma tentativa impossivel por impropriedade de meio, mas que deixa, ás claras, a perversidade do individuo, o qual deve ser com a mesma severidade punido (1).

(1) Eis a questão: a intenção não existiu em ambos os casos no mesmo gráo de perversidade? Ninguem o póde contestar.

E, no caso, nem á materialidade final se póde attender.

Ninguem contestará, certamente, que no primeiro caso, — se a victima ingerisse o toxico, morreria—; no segundo, differentemente, se o fizesse, a sua vida não soffreria alteração alguma.

Ora, no primeiro caso, havia um desastre a lamentar-se, uma morte a sentir-se, logo o alarma na collectividade seria maior.

Muito bem, se a tentativa desse logar á taes apreciações. Pune-se a tentativa de um crime para livrar-se a sociedade dos perigos de uma indole *temivel*. Ora, se a intenção, em qualquer dos casos é uma só, se o thermometer da actividade malfeitora accusa o mesmo gráo de calor, e se, por outro lado, nunca o resultado final se póde verificar em taes crimes, por força de sua essencia, como se trazer para a arena das discussões theoricas o alarma causado?

Logo, não têm razão os que pensão na diminuição da penalidade, que deve acompanhar a *temibilidade* do delinquente, abandonando a impressão causada no meio social.

Quantos perigos não advêm á comunhão social pela impunidade da intenção criminosa?

Quantos criminosos plenamente resolvidos a'arrancar a existencia de seus *devedores* não riem da justiça da sociedade, que os manda pôr em liberdade, porque não commetteram crime algum?

« O pensamento não pôde ser punido ». Mas, o que faz o marinheiro quando devisa uma nuvem no horizonte, que lhe denuncia uma vigorosa e talvez fatal tempestade? Procura abrigar o navio em porto seguro. O que faz o medico quando a molestia apresenta os seus primeiros symptomas no doente que o procura? Previne-a. O que faz o lavrador que, depois de semear a terra, molha-a? Executa os meios de protegel-a contra os rigores do verão. O governo previne a guerra; o estadista previne as crises; os machinistas previnem as catastrophes; o homem previne-se dos ataques contra si; a politica previne as faltas que a sociedade sente; o commercio previne o frio, com as roupas e a fome com a alimentação; o povo os ataques á sua liberdade; o soldado previne-se contra as balas inimigas; os sabios previnem-se contra o erro.

Ha na vida esta lei de prevenção, em virtude da qual todas as pessoas, todas as instituições se acautelão, resguardando-se dos males actuaes e futuros, para garantia de sua dynamica.

Pois se assim é (e ninguem nos poderá contestar), porque,

E é mesmo d'ahi que nasce a repugnancia do povo, verificada pelos escriptores modernos, a respeito da existencia do *facto consumado* e da *tentativa*, devendo aquelle, por isso que alarmon mais o meio, ser punida mais severamente que o ultimo. Tal repugnancia, porém, é um producto da piedade, senão do pessimismo popular, a quem cousa alguma agrada.

só a sociedade não se ha de resguardar, contra os violadores de sua ordem, os refractarios ás suas leis?

Porque só a sociedade ha de permanecer n'este estado quasi lethargico, indifferente e que não prova bem?

Porque as instituições, que se garantem com a lei, previnem-se de todos esses acontecimentos e só a sociedade, que as ampara, continúa n'este estado de indecisão, em virtude do qual cresce a desordem em seu seio?

Nada! Ella não deve esquecer essa lei de prevenção; deve acautelar-se em extremo, decretando a punição dos crimes, estudando os meios mais energicos para reprimil-os, porque n'isto vae grande parte de seus melhores e mais serios interesses.

Então, é só verificar-se que um individuo serviu-se de meios ou de objectos improprios, impossibilitando a tentativa o *conatus crimines*, para mandal-o gozar da liberdade? E a sua indole? E a sua intenção que póde, de momento, levantar-se contra qualquer e lesal-o em seus direitos individuaes? E os demais membros da communhão? Pois ficão todos entregues aos azares de uma sorte duvidosa? Não é possivel de modo algum! E nosso Codigo pune mendigos e ebrios, vadios e capoeiras, se bem que com penas relativamente pequenas. O individuo que causar a outro dôr ou alguma lesão no corpo, embóra sem derramamento de sangue, é punido. São punidos todos os crimes culposos, uma vez que n'elles se encontre algum dos requisitos indispensaveis: a negligencia, a imprudencia e a impericia.

E porque se deve abrir, então, uma excepção tão larga ao *dólo*?

Não é perdoado o individuo que por imprudencia matou

outro, mas é aquelle que resolveu firmemente praticar um crime, que manifestou, por vezes, a sua intenção, simplesmente porque houve uma impropriedade de meios ou de objecto, ou, para servir-me das proprias expressões do Cod. Pen. da Republica, inefficacia absoluta do meio empregado, ou impossibilidade absoluta do fim?

Um que por um accidente, por um acontecimento momentoso, commetteu um crime, sendo, muitas vezes, um individuo normal, trabalhador honesto, a este a justiça social aponta a cadêa e manda que elle lá expie a sua culpa. Entretanto, ao malvado que teve a frieza de confessar a sua resolução e ás vezes e seu sentimento por não ter sido bem succedido, ao individuo que em taes condições é um declarado inimigo da sociedade, um refractario ás suas leis, um perfeito inadaptavel, a esse, a lei nada tem o que dizer: não é um criminoso; cogitou a perpetração do crime que se tornou absoluta ou relativamente impossivel, e portanto, é bem que não seja detido, que se o ponha immediatamente em liberdade!

Sim; isto não é, não pode ser serio absolutamente.

Para a tentativa, pois, queremos as penas do crime, assim como para a simples intenção manifestada de fôrma a não deixar em duvida a temibilidade do individuo.

É preciso que se note que a intenção, conforme a proclama a escola positiva do direito penal, tem uma importancia capital e figura o thermometer que deve guiar o espirito do Juiz, na apreciação do gráo de perversidade do agente criminoso.

O crime é repremido na sociedade para a segurança da paz, para a estabilidade da ordem,

Só o individuo mal intencionado, portanto, deve occupar a attenção dos que se empenhão em descobrir os remedios mais efficazes para a debelação d'este mal imitativo, contagioso.

Porque, existe n'estes casos uma verdade que ninguem poderá contestar: o individuo que firmar a resolução de assassinar ou roubar outrem, não poupará esforços para conseguir os seus desejos, se causas de alto imperio não o impossibilitarem.

É, portanto, um individuo perverso, incapaz de viver no meio social, merecendo que os ministros da Lei o segreguem a bem da ordem publica.

Não se pense que nos expressando de tal modo, pedimos que não sejam punidos os autores de crimes meramente culposos. Muito pelo contrario: a punição de todo e qualquer crime é uma necessidade social. O que, porém, não deve escapar á punição da justiça é o *dólo*, muito embóra não surtão effeito as suas consequencias luctuosas; é a intenção do agente criminoso, que deve ter toda a importancia no direito positivo, desde que a theoria já deu a ultima palavra a respeito.

\* \*  
\* \*

Do que ficou dito, depreheende-se perfeitamente o gráo de attenção que devem dispensar os legisladores aos individuos que tendo a intenção de commetter um crime, este não se realizar por impropriedade dos meios ou objecto, segundo a natureza e movel determinantes.

Nas hypotheses que figuramos, mui realizaveis, aliás, deixamos firmada a nossa opinião a respeito da manifestação da perversidade do criminoso.

Então, dissemos, que sendo o movel do crime, sendo a sua natureza futil, incapaz de exasperar um individuo normal, como, por exemplo, resolver a morte de outrem, por este havel-o chamado um dia bebado, para um semelhante factu, que prova perfeita e claramente a inadaptabilidade do individuo no meio social, queremos o rigor da pena, comprehendidos todos os casos da tentativa e da sua impossibilidade relativa e absoluta, prevenindo e acabando com a incoherencia legislativa de dar-se maior valor aos crimes culposos do que á manifestação dolosa, isto é, da temibilidade.

Quizemos, adoptando semelhantes idéas, crear mais um meio e mais uma barreira á propagação do crime, ao crescimento da criminalidade, e um remedio efficaz á sua repressão que, de certo, encontra em tal protecção uma difficuldade para seu facil desenvolvimento.

Sim; porque um individuo que resolve a pratica de um crime, por um motivo futil, se apresenta á collectividade social, como mais perverso do que aquelle que, por exemplo, determina-se a commetter um mal, por ter recebido da victima, um dia, uma chicotada.

É para a perversidade, cada vez mais accentuada, que pedimos o maior rigor da repressão.

Ora, não póde perfeitamente dar-se o caso de um individuo resolver um crime, sabendo que as suas consequencias, se este se realizar, não se limitarão á victima? No caso, por

exemplo, em que o individuo escolhido para ser victima da perversidade de outro tem mulher e filhos, que se abraçarão com a miseria, após a sua morte, chegando tudo isto ao *medium* do senso commum do criminoso a comprehensão de seu *animus de linquendi*, não é a temibilidade, de maior gráo, de maior nota? Necessariamente.

E não pense ninguem que é isto um caso que não póde ser encontrado na pratica; nem me respondão tambem affirmando que o crime é um phenomeno da ignorancia e que, portanto, nunca póde chegar isto ao conhecimento do criminoso. Não é uma questão de instrucção, e se o fosse, nos proporiamos á demonstração de que a instrucção elementar nada tem influido na repressão da criminalidade.

Os escriptores modernos têm com acerto discutido este ponto e, pelos dados infalliveis da estatistica, têm tambem provado a falsidade do proverbio em virtude do qual « abrir escolas é fechar cadeias ».

Mas não tracta-se absolutamente de uma questão de instrucção, tracta-se simplesmente de uma certa dóse de « senso commum » de que dispõem quasi todos os homens e que é bastante para determinar a comprehensão facilima das consequencias que, funestas, advêm aos pobres filhos e a desgraçada mulher que perderem um pae e marido, nas mãos de um vil criminoso.

Rião-se os homens da capital, acostumados ao meio onde não dão-se, com a frequencia do sertão, todos estes factos; mas não seremos contestado por aquelles que habituados a viajar

no seio do Estado, no seio do Brazil, sabem, perfeitamente, que isto dá-se e que não é raro de modo algum.

Em a nossa vida publica, mesmo, encontramos factos a que poderíamos alludir, senão fosse fastidioso.

Quantas vezes, porém, o perverso não diz: «Chegará o dia da minha vingança! Dá o que comer á tua mulher e teus filhos hoje, porque amanhã não o farás!» (1).

Estas palavras equivalem a uma verdadeira confissão e provão perfeita e claramente que o criminoso calculador já pensado havia, com maior satisfação para seus desejos, nas desgraças que adviriam aos pobres filhinhos de sua victima!

Mesmo quando não tivesse isso affirmado quem nos diz que o criminoso não sabia que arrancando a vida de um pae de familia, esta viria a soffrer as consequencias de seu crime?

E esses resultados serão sempre máos para a communhão social.

Consideremos, realmente, que deu-se a morte de um pobre homem, um pobre chefe de numerosa familia, que deixa

(1) Como promotor tivemos um processo, cujo réo (assassino) dizem ter esperado a victima durante 15 dias, fazendo, para isto, um *ranchinho* na estrada. Um dia perguntando pelo homem cuja vida elle firmemente resolvera tirar, responderão-lhe que tinha ido á feira fazer o *sacco*. A isto o assassino respondeu que era bom que elle desse aos seus os ultimos *grãos de farinha*, pois se approximava o seu ultimo momento. Foi um crime consummado, é certo; mas a tentativa não se realisa, muitas vezes, por circumstancias independentes da vontade do criminoso. O que é verdade é que existia de sua parte a sciencia de que a morte de seu inimigo trazia inevitavelmente a desgraça de sua familia inteira. E se esse homem não fosse máo, não fosse um individuo difficil de adaptar-se á vida collectiva, ao pensar que por sua causa uma prole inteira iria curvar a cabeça ás duras misérias da vida, abandonaria a idéa criminosa. É claro, pois, que a persistencia significa a sua insensibilidade moral, a completa ausencia dos sentimentos de piedade, indispensaveis aos homens que vivem na communhão. Os observadores que estudem a questão e, por certo, verão que existe n'ella muita profundeza pratica e mesmo philosophica. A um tal individuo que pena deve ser dietada? A absoluta segregação da sociedade, naturalmente. O mesmo deve dar-se quanto aos que são despedidos inteiramente dos sentimentos de probidade.

a gaveta da mesa velha vasia e as arcas quasi que despreve-  
nidas de roupas. Seus filhos quasi todos puberes, sua mulher  
ainda *fresca*, como se costuma dizer, sentem sobre si todo  
o peso da mais dura desgraça. Não têm a quem recorrer. Pedem  
e esperam de Deus, em suas orações, a volta dos dias de outr'ora.  
Elle, porém, *parece-lhes* inflexivel, sem disposição, portanto,  
de ouvil-os. Supportão a principio o *peso da cruz*, mas, sem  
a paciencia de Christo, tomão a resolução de servir-se de meios  
illicitos para poderem viver: a viuva vende o seu corpo;  
os filhos roubão, e alcançados pelo *virus criminoso*, vivendo  
n'um meio máo, ficam cada vez mais perversos, tornando-se  
criminosos habituaes; as moças, as desgraçadas donzellas,  
que vêem-se quasi nuas e sem meios para viverem, já tendo  
ouvido falar de mulheres que *luxão* e que *brilhão* com a *venda*  
*do corpo*, deixão que as suas corôas de virgens sejam desfolhadas  
pelo primeiro D. Juan, d'estes que muitos ha na sociedade, que  
procurão, de preferencia, o albergue da miseria, o tugurio  
da desgraça, porque, aos paes falta o dinheiro para perseguil-os,  
sem saberem (quantas vezes!) que a sua miseria habilita-  
ria o representante do ministerio publico a desaffrontal-os!  
Depois.... prostitutas, verdadeiros perigos das familias e dos  
ataques contra as bolsas dos incautos; depois.... ladrões,  
assassinos, e quejandos degenerados, que zombão das leis  
sociaes! Eis os resultados! Isto dar-se-ha quando o crime fôr  
consummado, mas na simples tentativa, estes acontecimentos  
são impossiveis.

De accôrdo; mas perguntamos: um individuo que, depois

de ter firmemente resolvido um tal crime, der começo ao mesmo, tem ou não tem todo o desejo de que elle se consumme?

Certamente. Si assim é, portanto, este mesmo individuo violou os sentimentos de piedade, ferio os dispositivos da Lei, e collocou a sociedade na imminencia de perigos gravissimos, assim como a familia, na das maiores desgraças. Portanto, a um perverso semelhante não se deve de modo algum recusar uma penalidade bastante severa, sendo apreciadas as consequencias que podessem advir da pratica do crime. Não é uma exigencia theoretica, é uma necessidade pratica a investigação constante dos meios que devem debellar o crime. Verdade é que todos estes meios difficultarão a administração da justiça, quanto á incompetencia de alguns magistrados, na applicação de certas leis que requerem, além do discernimento, do bom senso, algum traquejo scientifico.

Não é isto, porém, uma lei geral: muito pelo contrario, é uma excepção, tão rara, que não merece exame. Tudo, porém, se deve fazer, contanto que a repressão exista firme e verdadeira no organismo social.

\* \* \*

Estudando o criminoso, a escola moderna de direito penal investiga cuidadosamente os meios de affastal-o da parte sã da sociedade. Ferri (1), na observação dos remedios contra o delicto, o que importa, necessariamente, o combate de morte contra a

(1) Ferri, *Sociologia Criminale*.

actividade malfeitora, divide-os em preventivos reparadores repressivos e eliminativos. Garofalo (1) não distingue senão a reparação do prejuizo e a eliminação temporaria ou definitiva do delinquente, aparte os meios preventivos.

Sem duvida, esses meios devem ser estudados á par das reformas de penalidade, que mais se quadrem com as theorias positivistas, respeitadas, portanto, as classes dos criminosos.

A lei de adaptação, tão bem estudada por Garofalo, manifesta-se no individuo *incompleta e impossivel*. A sociedade firmada na Lei, tem a sua moral, cujos principios não podem ser violados, sob pena do seu aggressor ser-lhe considerado inadaptavel.

Em tal caso, dá-se a reacção natural do seu organismo que vê-se obrigado a desaffrontar-se, reacção que *consiste na exclusão do membro cuja adaptabilidade ás condições do meio ambiente se manifestou incompleta ou impossivel* (2).

Bem se vê, realmente, que a adaptação, ou não, do individuo na communhão social, prende-se inteiramente ás questões que occupam as attensões dos escriptores positivistas. Só estudando-se é que se póde firmar o mais perfeito systema de reacção em vista do qual a actividade malfeitora descreesça.

O individuo que mostrar-se não inteiramente refractario á Lei e á moral social; que, pelas circumstancias de um máo meio, commetter um crime, na apreciação do qual, seja acredi-

(1) Garofalo, *op. cit.*

(2) *Idem, idem,*

tavel a sua regeneração, este individuo manifesta-se *incompletamente adaptavel* e bem se vê que uma mudança de meio, póde, perfeitamente, cural-o.

Por outro lado, o individuo que, commettendo um crime barbaro, em que se tivesse manifestado destituído inteiramente dos sentimentos de piedade ou de probidade, tal fosse a natureza do facto, apresentando aquelles caracteres, que a sciencia vae firmando, do criminoso congenito, apresenta-se *completamente inadaptavel* no meio social, *ipso facto*, o seu desaparecimento é o unico remedio que deve ser usado.

« Esta necessidade, diz Garofalo, não existe em cada offensa aos sentimentos moraes da aggregação; existe sómente nos casos em que esta violação torna-se o symptoma de uma *anomalía psychica permanente*, que torna o delinquente para sempre *insusceptivel* da vida social. Ora, uma insusceptibilidade d'este genero não póde ser affirmada senão para os criminosos da primeira especie, aquelles que — como o dissemos já — são capazes de commetter mortes « por motivos exclusivamente egoistas, sem nenhuma influencia de prejuizos, sem nenhuma complicitade do meio social. Não se a poderia affirmar aos demais criminosos; e é por esta razão que a pena de morte não póde ser applicada senão aos primeiros, para que a consciencia social não se revolte. Quanto aos outros, uma adaptação é sempre possivel, mas trata-se de achar o meio no qual ella será provavel » (1).

(1) Garofalo, *op. cit.*, pgs. 259 e 260.

Quantos criminosos, realmente, não ha por ahi que são de todo inadaptaveis ao meio social? (1).

Quantos não recebem a mais dura condemnação com um indifferentismo revoltante?

Quantos, por entre as grades do carcere que os detêm, não cogitam em vingar-se d'aquelles que os perseguem?

De quando em quando, atracam-se os presos na cadeia, parecendo verdadeiros tigres! Até casos de assassinatos se têm dado. Nos logares de fóra, onde o *tronco* ainda existe ao lado de uma das paredes da prisão, apesar d'isto, elles não se contêm. O contacto continuado, a narração feita por cada um, de seus crimes, tudo isto vai tornando o individuo cada vez mais inadaptable ao meio social.

« Para estes individuos « incompatíveis » para falarmos com Garofalo, têm, para se garantir a sociedade contra elles, dous meios: ou prendel-os para sempre, ou deportal-os eternamente.

« O primeiro seria muito cruel em muitos casos; é o outro meio que é muito mais preferivel, quando uma nação possue colonias, terras ainda despovoadas, onde a actividade malfeitora não terá nenhuma utilidade, emquanto que a conservação da existencia seria a todos os instantes o estímulo do trabalho,

1) Entre outros casos que podíamos apontar, se não fosse uma asserção muito provada, lembramo-nos de um criminoso que commetteu um assassinato por um motivo frívolo e repugnante.

Era o terror da cadeia. Quando o accusamos supuzemos que elle chorava; mais tarde, porém, um jurado que ficára a seu lado disse-nos que elle ria-se diante de nossa accusação! Por occasião do julgamento, o mesmo accusado disse diante de um grande numero de pessoas que, com certeza, seria condemnado a 30 annos; que tinha 25 e que, portanto, sahiria com 55 annos. Já velho e cansado não queriria, por certo, procurar trabalho e, então, compraria um clavinote e cortaria no matto uma *forquilha*, sahindo pela estrada, ao depois, matando a quem passasse, e roubando egualmente. Condemnado pelo jury protestou para novo julgamento.

que é d'elle a concepção absoluta. É, pois pela deportação que é preciso eliminar os ladrões de profissão, os vagabundos e, em geral, todos os malfeitores habituaes. É n'estas condições de existencia inteiramente novas, que sua adaptação á vida social, se tornará possível » (1).

Firmada, pois, n'estes principios a adaptabilidade ou inadaptabilidade do individuo na sociedade, com o estudo dos remedios que devem substituir o systema de penalidade actual, pessimo producto da escola metaphysica, comprehende-se que as attenções devem, de preferencia, convergir para a anthropologia e para a sociologia criminal, estudando-se o delinquente para sondar-lhe as anomalias psychicas e as condições da vida, afim de que a pena que se lhe estabelecer, seja bastante forte, para que a communhão social liberte-se de mais uma féra, que só lhe saberia perturbar a paz e a ordem interior e exterior. D'ahi o estudo da *temibilita*, isto é, da perversidade do criminoso.

Esta palavra foi usada, pela primeira vez, por Garofalo, para designar a perversidade constante e activa do delinquente e a quantidade do mal previsto, que se póde temer de sua parte (2).

Na applicação dos remedios contra o crime, este escriptor é de opinião que elles devem ser ministrados, de accôrdo com o gráo de perversidade que se descobrir em cada criminoso, de accôrdo (*sic*) com a *temibilita* de cada um.

(1) Garofalo, *op. cit.*

(2) Garofalo, *idem.*

Tarde, porém, acha esta resposta insufficiente. « É preciso, diz elle, não esquecer por sua vez o character mais ou menos anti-social do acto, e o character mais ou menos anti-social do agente ».

Mas a anti-sociabilidade do acto e do agente é exactamente o que determina a perversidade. Pois, se anti-sociabilidade do agente, demonstrada pela ausencia completa dos sentimentos de piedade e de probidade, determina a inadaptabilidade do individuo perante o seio social, como é que se precisa estudar áparte esses phenomenos, quando elles pertencem ao conceito da « *temibilita* »? Esta se estuda pelo meio em que viveu o individuo; pelas circumstancias em que se deu o conflicto; pelo procedimento anterior do delinquente; pela sua psychologia; pela sua moral. Tudo isto entra indispensavelmente no seu conceito que synthetisa posteriormente, a perversidade moral do delinquente, maior ou menor.

D'aqui ha alguns annos (infelizmente não é já) quando a criminologia positivista tiver o seu complemento obrigatorio — a penalidade positivista — dentro de um periodo regular, examinando-se cuidadosa e pacientemente a estatistica criminal, veremos que irrecusaveis effeitos de optima pratica se notarão na repressão dos crimes.

A actividade malfeitora, por força dos systemas seguidos, se irá debelando, e a paz social mais firme do que nunca, será, então, uma verdade firmada nos mais solidos pilares de uma boa Lei.

Em vista disto não tem, nem deve ter a minima procedencia o apophtegma juridico « cogitationis penam nemo patitur » (1).

Seria, realmente, prolongar por mais tempo o que a sociedade tem soffrido com semelhante systema.

A Historia nos mostra a energia dos governos quando descobrem e abafam uma revolução, que tudo quer derribar.

Entre nós, sem querermos tocar no presente, é bem conhecido o resultado da revolução mineira, que quiz, no seculo passado, proclamar a Republica no Brazil. Tiradentes, um dos seus mais decididos partidarios, embóra dêem-lhe hoje os louros de martyr, subiu ao patibulo e de lá sua cabeça rolou...

E quantos mais? Hoje presos e amanhã condemnados irremediavelmente, muitas vezes sem julgamento.

Uma conspiração, uma revolta, serão, por ventura, crimes de maior e mais consideravel importancia, de mais revoltante perversidade, do que um homicidio, commettido por uma mão infame; um roubo commettido por escalada e seguido de outros crimes, ás vezes, por um preguiçoso qualquer, forte e moço? De certo não. Em qualquer dos casos, e nos segundos, com especialidade, (principalmente ante a feição que vae tomando o crime politico no terreno da sciencia positivista) ha ou não violação dos sentimentos de piedade e de probidade, constituidores, na expressão de Garofalo, da media necessaria para a adaptação do individuo na sociedade? Ha ou não uma transgressão flagrante e violenta da Lei, bastante, portanto, para

(1) Bem se vê que falamos da *cogitatio* manifesta exteriormente, porque não podemos levar a pretensão de arrancal-a do mundo interno do agente.

determinar a penalidade com todo o seu rigor relativo? Incontestavelmente, ha.

Pois bem: se é verdade que a communhão social, tem tanta necessidade da paz, de modo a não poder subsistir sem ella; se é verdade que a sociedade se regula pela Lei, que estabelece as normas determinadoras da conducta dos individuos; se é verdade que todos estes individuos lhe devem ser adaptaveis, e que não o sendo, devem ser de seu seio retirados, limitada ou illimitadamente, conforme seja a adaptabilidade *incompleta* ou *impossivel*; se é verdade que um individuo que resolver a pratica de um crime, fal-o-ha, se por ventura, não se servir de meios improprios, manifestando com evidencia o seu « *animus delinquendi* », porque razão este individuo não deve ser punido com rigor?

Porque o mal material não se realisou? Porque o crime não se consummou? Mas, pergunta-se: ao facto material deve esquecer a intenção do criminoso, muitas vezes uma féra, que a sociedade corre o risco de conserval-o em liberdade?

Absolutamente, não!

Estamos no tempo em que a medicina estuda o doente, para tractal-o da molestia e não do modo contrario, como o era antigamente; hoje, o crime é punido, mas o criminoso estudado é o thermometro que deve regular o gráo da punição, o modo e o *quantum* da penalidade que lhe deve ser applicada pelos encarregados da justiça social.

Eis ahi o grande abysmo que separa a escola moderna da escola classica, da escola metaphysica.

« *Cogitationis pœnom nemo patitur* » porque?

Pois se a penalidade deve ser decretada contra os refractarios á ordem social, porque razão o individuo que provou a sua má fé, para com as leis que o dominão, o enfraquecimento de seu character, o indifferentismo do meio que o cobre, não deve ser punido? Oh! isto é um bello pedaço de generosidade christã, que abre á sociedade as portas da anarchia e da desordem! Até onde chegaremos assim? Até que degraáo podemos subir na longa escada do progresso; com essa tão grande facilidade na administração das leis e na distribuição da justiça? A cogitação do crime não deve ser punida? Porque? A cogitação do crime não é a intenção de praticar o mal, não é o *dólo*, que a Lei pune? E porque se exige a realisação do facto, a materialidade do delicto?

Para a disseminação do ensino, são preferidos os máos ou os bons, os desmoralisados ou moralisados preceptores?

Para os interesses da paz na patria são escolhidos os covardes ou os heróes, os faceis ou os experimentados? Ha em tudo uma selecção relativa: na sociedade, em face do crime, deve haver a selecção dos bons, dos incorruptiveis, dos adaptaveis, e a exclusão completa, tanto quanto possivel, dos obreiros do mal.

Ora, se um individuo, que commette hoje um facto, na averiguação do qual se tira a conclusão legitima de que o seu fim era consummar um crime, o que não fez por impropriedade de meios; por exemplo, revela a sua perversidade, a sua «*temibilitá*», e por conseguinte a sua indole refractaria á adaptação, porque não se lhe deve decretar uma pena?

Pessimo systema o d'aquella theoria que prevê tão sómente

a actualidade, sem querer pensar no futuro das causas, questão necessaria nos tempos que correm.

Sim! « Não se pune o individuo que cogitou assassinar outro, porque era um pensamento seu que não teve effeito, que não lesou direito algum, nem de todo, nem de parte, dizem os decididos sectarios da theoria que não pune a tentativa por meio de objecto improprio ».

Mas, não se lembrão de que perdoão a um « *terrivel* », a um individuo, contra quem devia ser decretada uma sentença considerando-o completa ou incompletamente inadaptable ao meio social.

Não vêm a possibilidade, tão realisavel, desse individuo amanhã ter mais um outro inimigo, cuja vida resolverá tirar *acautelando-se como fôr possível, para não errar o alvo, como da vez passada.*

Em cousa alguma futura pensão, sendo dura verdade que um perverso d'estes fica com uma especie de « *passe* », até que definitivamente realise um crime, para, então, ser processado, julgado e, o que é costume, absolvido por unanimidade de votos, perante o Grande Jury.

No dia em que a Lei penal brasileira fôr disposta segundo os ensinamentos da « *nuova scola* », a estatistica, talvez, até lá seja uma verdade ( porque hoje é um verdadeiro pesadello ) nos provará exhuberantemente o decrescimento da criminalidade, e o modo regular porque se irá fazendo a repressão dos factos delictuosos, que forem commettidos pelos degenerados e incompatíveis.

\* \* \*

É tempo de darmos uma nova feição á nossa Lei penal ; é tempo de mudarmos o seu modo de ver a questão da tentativa.

Em vez do que se lê presentemente, devia accrescentar-se o seguinte: « Nos casos especificados nos Arts. 13 e 14 do Cod. Pen., as penas impostas aos delinquentes de tentativa, serão as dos crimes respectivos. Mais ainda: a impropriedade dos meios ou do objecto de que se servirem os agentes criminosos, de modo a tornarem impossivel a tentativa, não os aproveita, devendo a sua má fé ser punida com as penas estabelecidas para os crimes respectivos. A reincidencia aggravará estes ultimos factos na fórmula estabelecida pela Lei, crescendo as penas com augmento da metade. Com estas disposições certamente melhorarião as disposições do Codigo, que deve ser urgentemente reformado em taes pontos.

Causa, realmente, pena abrir-se esta Lei e ler as seguintes palavras do Art. 63: « A tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos ».

De modo que quando o deliquente de tentativa no Art. 294, § 1.º, teria no grão maximo dez annos; no medio sete annos, e no minimo quatro annos ! Se fosse no mesmo artigo, mas no § 2.º, a penalidade seria de oito annos no maximo; no medio cinco, e no minimo dous annos !

Se fosse do crime previsto pelo Art. 304, a penalidade seria de dous annos no maximo, anno e meio no medio, e no minimo

nove mezes. No caso do mesmo artigo mas no seu paragrapho unico seria a penalidade de dezeseis mezes no maximo; no medio de oito mezes; e no minimo de dois mezes. São esses os crimes communs, cujas tentativas são punidas com a terça parte das penas estabelecidas pelo Codigo para os crimes respectivos!

Não ha de ser sempre assim, porém; o criminoso nem sempre encontrará animação nos dispositivos das proprias leis sociaes! Tudo isto se corrigirá, e é bom que alimentemos a esperança de que não haverá grande demora. Se assim continuarmos a escala do crime augmentará com o correr dos dias e a que ponto não chegará o organismo social?

Queremos, pois, a punição da intenção criminosa, porque ella determina a «*temibilidade*» do individuo, mostrando aos garantidores da ordem a sua inadaptabilidade ao meio social, de onde elle deve ser segregado, limitada ou illimitadamente, no futuro da Lei, conforme os resultados a que chegarem os encarregados de examinal-o, segundo os dados da psychologia criminal.

É tempo de lançarmos a cortina espessa das realidades da vida pratica sob a generosidade perniciosa dos legisladores atrasados, que não devem desprezar a agua chrialina das reformas modernas, pela que encontrão, estagnada, nas fontes da metaphysica penal.

Não pedimos o desenfreamento do rigor; pedimos que a pena seja medida pela perversidade do criminoso, comtanto que a communhão possa prevenir-se amanhã contra os seus botes.

Resta-nos considerar um caso.

Uma vez que ficou assentado que a *temibilita* deve regular a severidade da pena, perguntamos: um individuo que fôr insultado na rua por outro, n'aquillo que mais zéla na vida e, em consequencia, ficar tão excitado, que empunhando um revolver dispare-o sobre o aggressor de sua honra, é um tentador de morte, que deve ser severamente punido, com as mesmas penas, portanto, estabelecidas para o proprio crime?

Este individuo, em taes circumstancias, pôde ser tomado por um criminoso *apaixonado*, que Ferri considera como uma variedade do criminoso *occasional* (1).

A opinião d'este escriptor é que, apresentando o individuo os caracteres physio-psychicos de verdadeiro criminoso apaixonado, toda pena lhe é sem valor, aconselhando, então, a reparação vigorosa dos damnos causados; podendo-se a isto juntar o exilio particular e temporario longe do logar do delicto e da residencia da familia (2).

A differença existente entre *os criminalvides*, na expressão de Lombroso, e os criminosos apaixonados é que aquelles têm uma certa anormalidade organica, embóra em muito menor gráo que o de habito eu o nato, e que os segundos, «de um temperamento nervoso ou sanguineo, são de uma sensibilidade exaggerada», e não têm, portanto, aquelles caracteres.

Effectivamente, não se pôde notar, n'um individuo tal,

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 112.

(2) Ferri, *idem*, pg. 537.

um gráo de perversidade, que se suspeite dos defeitos do seu *medium* adaptativo.

Punil-o como um declarado inimigo da collectividade é um exaggero irrasoavel que se não deve de modo algum commetter.

Aos proprios criminosos de occasião o rigor da pena não deve ser o que pedimos antes.

É preciso notar-se que a pena deve ser tanto mais rigorosa, quanto mais incompleta fôr a adaptação do individuo na sociedade.

Ora, se um criminoso occasional, ou um criminoso apaixonado, não são tão incompletamente adaptaveis, logo a penalidade que lhes deve ser dictada, não póde deixar de obedecer á relatividade dos perigos que os mesmos pódem causar á ordem commum.

Não se limita isto ás questões de tentativa.

Não. Haja, sómente, a tentativa do crime ou tenha-se este consummado, a *temibilita* deve ser punida relativamente.

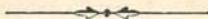
É serio, é humanitario, segregar-se da communhão um individuo que, por circumstancias especialissimas, commetteu um factu criminoso, não sendo insensivel moralmente, mas sim um imprevidente?

Ninguem o affirmará!

Dir-nos-hão que as difficuldades para a gradação da pena, n'estes casos, serão poderosas.

Façamos, porém, as reformas que as leis precisão;

substituamos, por outras de mais effectivos resultados, as instituições que existem em á nossa sociedade, como verdadeiras valvulas que deixão em campo livre os malfeitores a tripudiar da justiça, e, então, veremos que as difficuldades irão, a cada momento, desaparecendo.





#### IV

## PRESCRIÇÃO CRIMINAL

A prescrição da acção e da condemnação penal é tambem um germen secundario da criminalidade.

No direito civil, muito embóra seja condemnado por alguns escriptores, ella tem uma razão de ser.

Falando da prescrição entre os Romanos, disse Heine (1): « Não havia senão um povo de salteadores e de advogados cassuistas, que fosse capaz de inventar a prescrição e de consagral-a no Codigo civil do direito romano, n'este livro iniquo, cruel e infernal que deveria ser chamado a Biblia de Satanaz ».

« Por outro lado, diz Giorgio Giorgi os philosophos acostu-  
mados a indagar do porque de todas as cousas, perguntaram a si mesmo, se os legisladores tinham feito bem ou mal em

(1) Heine, *De l'Allemagne*, *op. cit.* Giorgio Giorgi, *Theoria das Obrigações*, vol. 8, pg. 809, not. 1.

sanccionar um tal instituto ; e se a prescripção era realmente, o *impium praesidium* de Justiniano, ou, melhor, a *patrona generis humani*, de Cassiodoro e o *finis solitudinis, et periculi litium*, de Cicero.

« Não forão todos benevolos no julgamento ( <sup>1</sup> ).

« Como quer que seja, ella estabelece, diz Lafaiette, a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas ; corta pela raiz um grande numero de pleitos ; planta a paz e a tranquillidade na vida social : tem a approvaçãõ dos seculos e o consenso unanime dos povos antigos e modernos.

Uma instituiçãõ d'esta natureza assenta necessariamente em fundamentos solidos e profundos » ( <sup>2</sup> ).

« O fundamento principal da prescripção, diz Pacifici-Mazzoni, é um principio de ordem social e de interesse geral, qual o de garantir a posiçãõ juridica do individuo e da familia contra a perturbaçãõ a que estaria exposto o seu patrimonio, se a todos fosse sempre concedida a faculdade de allegar e fazer valer a sua pretençãõ » ( <sup>3</sup> ).

Acceitavel, porém, a prescripção no direito civil, sel-o-ha, tambem, no direito penal?

Si a resposta não deve ser negativa, deve, ao menos, ser condicional.

Dissemol-o e repetimol-o: a prescripção da acção e da condemnação penal é um *germen secundario* do crime, tem a

(1) Giorgio Giorgi, *op. cit.*, pg. 308, vol. I. cit.

(2) Lafaiette, *Direito das Cousas*, vol. I, pg. 170.

(3) Mazzoni, *Diritto Civile Italiano*, vol. II, pg. 369.

sua força propagadôra *occasional*: não concorre directamente para o augmento da criminalidade, mas não satisfaz ás exigencias da repressão.

O nosso Codigo estabeleceu no art. 71, parte 4.<sup>a</sup>, que a acção penal extingue-se pela prescripção.

Não achamos que a prescripção deve ser concedida tão liberalmente.

« Vêde, diz Garofalo, tractando da prescripção (em materia penal), como a Lei se encarrega de proteger os delinquentes contra a sociedade! Um habil tratante (escreve) muda de nome, vae em uma outra cidade continuar suas pruezas; descoberto, emfim, se cinco annos estiverem decorridos do primeiro delicto, elle não poderá ser perseguido senão pelo os que commetter depois! Si estes tiverem falta de provas eil-o tornado pela Lei á sua nobre industria » (1).

Entre nós, a prescripção da acção subordinada ás regras da prescripção da condemnação (2) effectua-se sempre do modo seguinte:

a) Em um anno prescreve a condemnação que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis mezes;

b) Em quatro annos, a condemnação que impuzer pena de egual natureza por tempo de dous annos;

c) Em oito annos, a condemnação que impuzer pena de egual natureza por tempo de quatro annos;

(1) Garofalo, *La Criminologie*, pg. 397.

(2) Com excepção dos arts. 275 (rapto, violencia carnal), 277 (henocinio) e 281 (adulterio).

d) Em doze annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de oito annos ;

e) Em dezeseis annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos ;

f) Em vinte annos a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.

Entre nós, portanto, o moedeiro falso, cujo crime fôr descoberto, irá com o resultado já adquirido, gozar das bellezas de um céo de além, com nome trocado, o rosto cheio de barba se antes não a usava, e, emfim, com todos esses fingimentos de que se servem os malfeitores para escapar ás vistas da policia, e oito annos depois, ainda moço, ainda forte, volta ao paiz em que delinquo, sciente e consciente de que não será absolutamente perseguido, emquanto não commetter outro crime; o perjuro, que abrir suas mãos á bolsa duplamente criminosa de um potentado qualquer, para depôr contra um innocente, nos termos do § 3.<sup>o</sup>, do art. 261 do Cod. Pen., se internará pela matta (entre nós, bem sabemos, em geral, as pessoas que servem de testemunhas), e, ganhando o pão de cada dia, não se lembrará de *visitar a cidade*, até que esgotem-se oito annos, os quaes determinarão a sua impunidade!

Talvez nos queirão objectar que não chega ao conhecimento de taes pessoas o dispositivo da Lei.

Mas, affirmamos que é um completo engano, pois basta o simples facto do individuo ter delinquido para que procure saber do modo porque vae ser punido e dos modos porque pôde livrar-se da acção penal.

Nas cadêas, mesmo, ha criminosos que trazem comsigo um

« Assessor Criminal »; que sabem requerer um *habeas-corpus*; a certidão do dia mez e anno em que foram presos, etc. (1).

\*  
\* \*  
\*

A prescripção da acção penal é de mais effectos praticos. No empenho pela repressão dos crimes, o legislador investiga e estuda com cuidado (é o seu dever pelo menos) os melhores meios de fazer com que a communhão social não viva sob os perigos dos malfeitores, que, de hora em hora, commettem os mais barbaros e hediondos crimes, tornando-se refractarios á lei da adaptação.

Actualmente, quem poderá negar que a prescripção da acção penal, deixa ao criminoso, a cada momento, a liberdade de commetter outro factu delictuoso?

É um criminoso impune.... especie de mal comprehendido privilegiado, que depois de um passeio, relativamente longo, volta ao logar onde commetteu o crime, para zombar das leis sociaes e da dignidade publica!

Não ha absolutamente razão para isto, uma vez que o individuo criminoso durante este tempo não se revelou adaptavel ao meio social. Sim, porque não levamos as nossas idéas scientificas, quanto ao instituto da prescripção penal, até á opposição systematica, de modo a não quereremol-a em absoluto.

(1) Na séde da nossa comarca, havia na cadêa um indiciado (reincidente) criminoso de roubo, que não desprezava os formularios. Um dia, como tivesse sido condemnado um «ladrão de cavallo confesso» elle o interpellou assim; «Estaes descontente? Para que confessaste o crime? Não sabes que a confissão é a rainha das provas?»

Garofalo, o sabio mestre, cuja opinião invocamos sempre com prazer, aceita-a « nos casos em que o agente der por sua conducta a prova de que não é um ser insociavel, e que o delicto não terá mais a occasião de se manifestar provavel, pela mudança que sobrevier nas condições que o determinaram (1).

« Si, por exemplo, a pobreza ociosa, continúa Garofalo, foi a causa determinante de um delicto contra a propriedade; o delinquente, porém, tendo sabido occultar-se á toda pesquisa, não foi descoberto senão depois de cinco ou dez annos, moralmente transformado como o Valjean dos Miseraveis, e tornado um trabalhador honesto, cuja probidade é por todos reconhecida; si este caso acontece, por acaso, uma vez entre mil, não dirão que a pena não seria mais necessaria, que ella não seria senão uma crueldade e que tudo o que se deve pretender é a reparação do damno?

A mesma cousa seria dizer mais ou menos para com certos attentados, taes como ferimentos, ultrajes ao pudor, etc., quando a conducta sem mancha do agente, depois de um só d'estes delictos, e sua edade madura são uma garantia de que elle não recommeará; poder-se-hia dizer a mesma cousa, ainda de todos os delictos, cujos autores não são malfeitores habituaes e que pertencem a esta classe intermediaria, de que temos falado, entre o mundo criminoso e a sociedade pacifica.

É um principio reconhecido além d'isto por algumas legislações que a reincidencia interrompa a prescripção da pena; tracta-se pois de apoderar-se d'este principio, ou antes de seu

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 398.

espírito, para delle tirar partido, quando alguma pena não foi ainda pronunciada, substituindo o elemento negativo (a ausencia de um novo delicto), um elemento *positivo* (a prova de uma transformação moral no delinquente). Isto impediria naturalmente de admittir-se a prescripção em um lapso qualquer, sempre que se tractasse de grandes criminosos instinctivos, cuja perversidade não é susceptivel de conecção. E não se assistiria mais ao spectaculo penoso de viverem os malfeitores affrontosamente no logar mesmo que elles ensanguentaram ao abrigo de uma justiça d'ahi em diante impotente pelo facto unico de terem decorrido uma dezena de annos depois do crime. A theoria positivista, conclue elle, não pôde acceitar sobre isto uma regra absoluta; ella quer que cada caso seja decidido segundo o que a defeza social exige, desde que o tempo tivesse produzido uma transformação moral que fez do delinquente um ser sociavel e util, a pena não tem mais fim; e que, portanto, deve se dar a exclusão da prescripção a todos os criminosos, que por sua conducta posterior, confirmaram o diagnostico de sua incorrigibilidade » (1).

\* \* \*

É uma necessidade, portanto, a reforma da prescripção da acção.

A escola penal moderna, estudando a moral do criminoso, pede que elle seja segregado da communhão social, completa

78

(1) Garofalo, *op. cit.*, pgs. 398 e 399

ou incompletamente, conforme fôr sujeito ou não á lei necessaria da adaptação.

Pois bem. Dado hoje um crime (não de natureza tal que prove o absoluto egoismo do seu autor, a sua extrema «*temibilita*») e tornando-se impossivel á policia a captura do delinquente, para, após o respectivo processado, ser-lhe dictada a penalidade, de accôrdo com a Lei, esgotado que seja o tempo da prescripção fixado, é dever estudar-se, com extremo cuidado, a vida que passou elle, sendo ouvidas aquellas pessôas que poderem esclarecer a justiça a respeito.

Comprehende-se que um individuo só se torna ou se pôde tornar apto á vida social, por meio do trabalho honesto, que elle hontem desprezava.

Em tal materia a *penitencia* religiosa a que elle, por ventura, se tiver entregado é de um valor, se não negativo, ao menos mui secundario, pois, essa mesma *penitencia* pôde ser o disfarce, ou o producto da mais requintada hypocrisia.

É o trabalho, repetimos ainda, o thermometro que ha de marcar o gráo de sua correcção e, pois, a possibilidade da sua adaptação.

Assim, no logar em que viveu o delinquente, trabalhador, honrado, criterioso, o proprietario que o assalariou, o lavrador que lhe aforou um pedaço de suas terras, para o respectivo cultivo, o chefe da casa que o allugou para os seus serviços, pôdem todos ministrar esclarecimentos aos ministros da justiça publica, que apreciarão tudo de accôrdo com as disposições das leis preestabelecidas.

Os artigos seguintes serão, talvez, acceitaveis :

Art. A prescripção da acção penal (e portanto da condemnação de accôrdo com o Art. 78 do Cod. Pen.) se verificará de accôrdo com a Lei vigente.

Art. Reapparecendo o delinquente será este preso preventivamente (1) afim de se abrir um inquerito rigoroso sobre a sua conducta, durante o lapso da prescripção.

Art. Tendo o delinquente vivido fóra do termo onde se realizou o facto criminoso, a autoridade judiciaria d'este interrogal-o-ha em que logar ou logares esteve, em que se occupara, enviando com a maior presteza ás autoridades dos mesmos logares o seu nome e signaes pessôaes, para que, com a maior urgencia, lhe sejam remettidos os resultados de taes pesquisas, que se devem, exclusivamente, referir á conducta e a moral do delinquente, em todo o lapso da prescripção.

Art. Si d'estas diligencias resultar que o delinquente se corrigiu completamente, portando-se ininterrompidamente bem, de modo a não fazer duvidar da sua regeneração, dar-se-ha o crime por prescripto.

Art. Si, pelo contrario, resultar d'estas diligencias, que o delinquente era de máo procedimento, sem amor ao trabalho e sem respeito as leis sociaes, será punido, como se o crime se tivesse dado na occasião de sua prisão, correndo d'ahi, portanto o computo das penas.

(1) Vide a nossa monographia sobre a «Prisão Preventiva». Pertencemos ao numero d'aquelles que votão uma indemnisação ao individuo preso preventivamente e cuja innocencia seja posteriormente reconhecida. Quando teremos tal Lei? Muito bem disse o *Diario de Noticias*, falando sobre o nosso modesto trabalho, com grande generosidade, que por *muito tempo ella será de difficil adopção.*

Art. Em qualquer dos casos, porém, havendo reincidencia nunca se lhe poderá conceder o favor da prescripção.

Eis as reformas que propomos sobre a materia da prescripção da acção penal.

São bem desprezenciosas: ellas ahi vão sujeitar-se á correcção dos illuminados da sciencia.

Limitamo-nos a querer para a sociedade de nossa extreme-cida Patria um Codigo de leis sabias, posteriores ás observações feitas de todos os phenomenos que se operão desde as infimas as mais elevadas camadas da communhão, comtanto que a criminalidade decresca e a ordem não seja continuamente alterada.

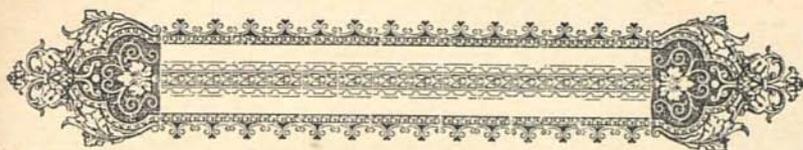
Firmado em taes disposições os perigos da prescripção, se não desapparecem pela possibilidade de tractar-se com um *paciente embusteiro*, se attenuarão pelo menos.

A acção penal não deve prescrever tão facilmente.

Então seria o criminoso ser punido na liberdade... especie de exilio forçado... sem serem satisfeitas as exigencias da escola moderna, que é a unica aceitavel.

Adoptemol-a, mas não com esse absolutismo prejudicial á ordem da communhão, e que a torna um germen da criminalidade, embóra de acção secundaria.

Emendem-n'a os sabios; apreciem-n'a os criticos e os resultados da repressão serão mais satisfactorios.



V

## FIANÇA CRIMINAL

O que diremos da fiança criminal, com relação á coragem por ella prestada á criminalidade? Consideramol-a, é certo, um germen secundario do crime.

O Art. 406 do Cod. Pen. actual diz que « a fiança não será concedida nos crimes, cujo maximo de pena fôr prisão cellullar, ou reclusão, por quatro annos ».

Má disposição, a do Codigo, sustentando este instituto anachronico, cuja séria modificação o direito penal moderno exige.

Além de ferir a egualdade, que no nosso modo de ver, deve existir entre os criminosos, a fiança criminal tem outros defeitos.

O individuo que, por uma futilidade qualquer, ferir outro em plena rua, não levando mais longe o seu plano criminoso ou pela intervenção de populares ou da policia, de tal modo, porém, que os ferimentos sejam pelos peritos classificados leves,

poderá prestar fiança e assistir, *á vontade*, todos os tramites do processo, á sua condemnação perante o Jury Correccional, recorrendo para o Juiz de Direito e á sua absolvição, muito embóra a parte recorra tambem.

O estabelecimento da fiança criminal offerece, antes de tudo, uma especie de arma invisivel a esses *mandões de gravata e collete*, que garantem a seus mandatarios a fuga por meio da fiança, comtanto que não confessem que obedeceram á ordem emanada de alguem.

Basta, para isto, realmente dispor o *mandão* da quantia necessaria para a prestação da fiança, ou de credito correspondente.

Não raro, a fiança criminal deixa ao indiciado a possibilidade de corromper as testemunhas que têm de depôr no processo e de intimidar o autor, quando, despeitado pelo justo procedimento d'este em promover a sua punição não lembrar-se de completar o plano anterior, cujo resultado não o satisfez.

Objectar-nos-hão que difficilmente se comprehende que um individuo que responde a um processo commetta outro crime, porquanto tal procedimento concorreria para aggravar sua situação.

Mas, é necessario considerarmos que ha classes de criminosos que nenhuma importancia prestão ás leis sociaes; e ellas se encontrão nas grandes camadas da collectividade, assim como nas de baixa e quasi nulla, ou nulla, instrucção.

Além d'isto, a fiança criminal abre as portas das cadêas, offerecendo a fuga aos delinquentes,

Ora, consideremos que um individuo, conhecido por turbulento pelos proprios agentes policiaes, fere levemente a outro. A prova é de vista: o réo affiança-se e, todos os dias, á tarde, passa, apreciando um cigarro, pela pharmacia, onde o offendido, que é pobre, vae curar suas feridas. Dirige-lhe remoques, sorri de sua posição. No dia do jury, o réo, vae condemnado (supponhamos). Não satisfeito, porém, com isto, interpõe o seu recurso perante o Juiz de Direito. N'esta occasião, alguém, que o protege, dado que o accusado seja tão innocente, que não espere pela confirmação da decisão do jury, aconselha-o a fuga o que elle faz muito depressa, procurando, então, valer-se da *prescripção criminal*.

Nem nos digão que isto é difficil de praticar-se: o réo affiançado, conforme o gráo mais ou menos pronunciado de sua «*temibilidade*», não trepida em levar a *evidente* resultado o crime já começado e que tanto despertou *as iras* de sua victima. Procuraria, em casos taes, preparar-se, e só em occasião em que a policia estivesse affastada elle commetteria o facto criminoso, evadindo-se logo depois.

O nosso Codigo dispoz no Art. 40 que: « a reincidencia verifica-se, quando o criminoso, depois de passada em julgado a sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza, e como tal entende-se, para os effeitos da Lei penal, o que consiste na violação do mesmo Artigo.

Assim: o individuo que fere não reincide matando; o individuo que deflora, não reincide saciando paixões lassivas, por meio de violencias e ameaças; o individuo que furta não reincide roubando; a mãe que mata um filho de 5 dias hoje

e amanhã um de 8 não reincide, porque em todos estes casos não houve a violação do mesmo Artigo de Lei, que constitue a pedra angular em que se assenta a reincidencia perante o Codigo Penal da Republica.

Se assim é, ainda uma vez a *prescrição* concorre para animar os affiançados á fuga.

Estudando os exageros do « *in dubio pro réo*, diz Ferri: Assim, por exemplo, que razão ha para confirmar a fiança durante a appellação e o recurso em cassação, áquelle que já foi considerado autor punivel de um crime ou delicto por uma sentença de primeiro gráo? Que se deva considerar innocente todo o accusado na instrucção do processo e durante o debate do primeiro julgamento, isto é racional: mas que depois de uma primeira sentença de condemnação se deva persistir em uma presumpção desmentida pela realidade, isto seria incomprehen-sivel, se não visse ahi a consequencia exagerada das theorias classicas e individualistas, que não vêem em todo accusado e até em todo condemnado, senão uma victima da autoridade » (1).

O sabio mestre napolitano, referindo-se á fiança, diz: « Tal qual é agóra, esta instituição offerece os maiores perigos; parece feita expressamente para animar o mundo criminoso; testemunha a ingenuidade dos legisladores, que parece ignorarem as novas armas offerecidas pela civilisação aos mal-feitores. Nas pequenas cidades antigas, ou nas da idade média, comprehende-se que o indiciado de um delieto, até mesmo de um crime, podesse ser posto em liberdade provisoria durante

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 405.

seu processo; a difficuldade de viajar era grande n'aquelle tempo; o de viver fóra de seu paiz o era ainda mais; a fuga era o banimento voluntario, o que era considerado como uma das penas as mais graves, uma pena capital segundo o direito romano» (1).

Mais adiante diz elle: «Todos os argumentos sobre esta instituição devem limitar-se, finalmente, a esta ultima consideração: A liberdade provisoria deixa o indiciado livre de soffrer a pena, á qual foi condemnado, ou de fugir á ella.

Porque em nossos tempos, viaja-se livremente através do mundo; os passaportes mesmos são quasi sempre inuteis, e, além d'isto, é necessario exilar-se, ou até ir um pouco longe?

Basta misturar-se no turbilhão de uma grande cidade; se elle ahi morava, basta mudar de casa, para que os agentes da segurança declarem esse seu processo verbal que as pesquisas foram infructiferas.

Elles não se inquietão senão nos crimes alarmantes que põem em movimento todos os telegraphos do Estado. E não têm pezar d'isto, porque já prestaram á sociedade o serviço que se lhes pede pela segunda vez; tinham descoberto o delinquente, detiveram-n'o, quem sabe, após quantos obstaculos! Breve, acharemos que a liberdade provisoria é a peor entre todas as instituições de nossa legislação e que ella obra em sentido diametralmente opposto ao da repressão. Affasta da justiça todo o seu serio, transforma os tribunaes em theatros de

82

(1) Garofalo, *op. cit.*, pgs. 378 e 379.

gracejos, encoraja directamente o mundo criminoso, desanima a parte lesada e as testemunhas, desmoralisa a policia » (1).

Em Tocqueville lemos que « a liberdade *deve* ser concedida *sob caução* ao accusado que a reclamar, e a côrte não tem o direito de recusar-a, senão nos casos graves previstos pela Lei; um Juiz que recusa maliciosamente um pedido de liberdade sob caução pôde ser perseguido pelo accusado diante das côrtes superiores. A caução imposta deve ser sufficiente para assegurar o comparecimento dos indiciados; mas não pôde ser excessiva, de modo a tornar illusorio o direito do accusado.

Os magistrados têm a faculdade de conceder em todos os casos a liberdade provisoria, mesmo sem caução » (2).

« Quanto a criminalidade endemica e imitativa, diz Garofalo, o effeito pernicioso da liberdade provisoria é immedivel » (3).

Realmente, o sabio escriptor cita factos que comprovão plenamente a influencia da fiança no desenvolvimento da criminalidade, pela imitação.

Insistimos sobre o nosso modo de pensar relativamente á fiança criminal.

A hierarchia, em taes casos, tem um subido valor, de modo que o individuo subalterno, para dar *uma prova decidida* de quanto *estima* o superior, não se importará de violentar um terceiro, vibrando-lhe cacetadas, injuriando-o em publico,

(1) Garofalo, *op. cit.*, pgs. 384 e 385.

(2) Tocqueville, *Instituto da Inglaterra*, pg. 235.

(3) Garofalo, *idem*, pg. 383.

visto como, anteriormente, já lhe havião explicado que o crime previsto pelo Art. 305 do Cod. Pen. era affiançavel e, que, portanto, elle não ficaria na cadêa.

Não conhecemos, realmente, por mais que esmerilhemos, instituição que mais se accomode á impunidade do mandato do que a fiança.

Ha em nossas sociedades individuos inteiramente irasciveis, e que, por uma futilidade qualquer, resolvem mandar um *bom camarada, seguro e de confiança*, applicar umas cacetadas sobre uma parte *dada* do corpo, onde fiquem *simples contusões*, e não dê motivo á alguma commoção.

E est'outros, verdadeiras consciencias passivas, verdadeiros automatos, cumprem semelhantes ordens com um prazer inenarravel. Bastão-lhe um maço de cigarros e um pouco de aguardente: commettem o crime, são presos em flagrante, ás vezes; no dia seguinte prestão fiança, vão para a sua casa em socego; e quando acontece ser descoberto o autor intellectual, este affiança-se tambem, de modo que a sociedade sente-se em completa difficuldade para applicar-lhes a pena relativa.

Finalmente, é preciso notarmos que muitas vezes os advogados, enquanto o processo soffre o vai-vem de seus tramites, em julgamento, recurso, etc., fazem quanta cousa ha para annullarem-n'o, deixando de observar alguns dos chavões do elemento externo do direito, o que muitas vezes escapa.

E não é tudo. Os homens que são máos, que são temiveis, e que têm uma certa posição social, calculando a prisão, não commettem crimes, mas despertão o pobre operario, que é seu empregado, para fazel-o, mediante uma vil recompensa.

D'ahi a sua perda na sociedade; se é um pae de familia abandona seus filhos e sua mulher, uma vez que a fiança, não tendo mais logar, porque o processo já pende do recurso ultimo, não o habilita mais á liberdade.

É n'estas condições que se pretende tornar efficaz a repressão dos crimes?

É assim que se quer consolidar a paz na communhão social?

Bem se vê que não é possível!

É verdade que, entre nós, a fiança criminal não tem o seu campo de acção muito vasto.

Como vimos, aos crimes cuja pena maxima é de 4 annos de prisão cellular, não se póde conceder a fiança.

Mas perguntamos: o individuo que commette um crime, em consequencia do qual deve-lhe ser decretada uma pena de 3 annos de prisão, muitas vezes não se revêla com um alto gráo de inaptabilidade ao meio social?

O seu senso commun não póde ser degenerado, não póde sentir a ausencia dos sentimentos de piedade e de probidade, as vezes?

Certamente.

Pelo nosso Cod. Pen., o individuo que furta, nos casos dos Arts. 330 e seus paragraphos, 331 e paragraphos, etc., etc., revelando-se improbidoso, póde affiançar-se e, depois, fazer o que bem lhe parecer, porque, ninguem ouzará affirmar que a policia, nas condições actuaes, tenha tal vigilancia com taes pessôas que não lhes offereça ensejo para fuga.

Ora, bem se vê que ainda assim a fiança criminal não deve ser decretada.

A theoria da repressão não deve conceder semelhantes favores aos individuos que delinquirem, porque tal modo de proceder determinará incontestavelmente a sua impotencia, difficultando a estabilidade da segurança e da ordem.

Eis, porque não votamos pela concessão da fiança.

É dever riscal-a da nossa legislação, senão como uma medida salvadora, ao menos como auxiliar, de alguma importancia, da repressão do crime.

Não lhe apresentamos uma reforma: sobre a fiança, pensamos como sobre o jury: a eliminação respectiva das leis sociaes, é o remedio unico.

A desigualdade que ella guarda entre os criminosos é, como vimos, um de seus mais serios defeitos e, portanto, um de seus mais graves inconvenientes.

Nem só a fiança, que faz apparecer esse resultado na vida pratica, como todas as regalias que affastão do carcere os criminosos de má indole, devem desaparecer.

A nossa infeliz politica do centro, exigindo patentes da Guarda-nacional, ás cegas, para os seus *cabos de guerra*, calcula acontecimentos criminosos, aos quaes se pôde responder mais commodamente . . .

Ora, ha nada mais injusto do que um individuo barbaro, accusado de um crime selvagem, assistir em um logar differente, a formação de seu processo, embóra depois perca todas as regalias? <sup>84</sup>

Lex omnibus... esse principio é vão!

Nos crimes em que a *temibilidade* não existe, em que o agente é *normal* e age por circumstancias que a propria sciencia releva, n'esses crimes, respeite-se isto, mesmo porque a penalidade para elles, como vimos no § 2.<sup>o</sup> da 1.<sup>a</sup> parte, é differente.

Tudo isto nasce de se ver em cada individuo um anathema da collectividade.

Mas não é assim. Condemnado, é justo que tal se considere; emquanto o processo está sendo instruido, porém, nunca, n'estes casos a sociedade o detém para averiguar o seu crime.

---



## VI

### Direito de graça; amnistia; perdão do offendido

O nosso Código Penal diz no Art. 71, parte 2.<sup>a</sup>, que a acção penal extingue-se pela « amnistia do Congresso », e no Art. 27, 2.<sup>a</sup> parte, pelo « indulto do poder competente ».

« A amnistia, diz o Art. 75, e a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indemnisação do damno ».

Em geral, os motivos determinantes da necessidade do desaparecimento de algumas das disposições de nossas leis verificão-se da questão de competencia, que os legisladores, erradamente, esquecem.

Quando tractamos do jury, fizemos patente que a discussão preliminar contra tal instituto era a falta de competencia da parte d'aquelles que são incumbidos da missão de julgar, os nossos jurados, em sua quasi totalidade, alheios inteiramente

as questões de sociologia e psychologia criminal, conhecimentos indispensaveis, actualmente, aos que são encarregados da repressão do crime.

Ora, a Constituição Federal diz no Art. 34: Compete privativamente ao Congresso Nacional:

.....  
27 — Conceder amnistia:

28 — Comutar e perdoar as penas impostas, por crime de responsabilidade, aos funcionarios federaes.

A constituição Estadual, no Art. 36, que traça, que estabelece as attribuições da Assembléa Geral, diz nos respectivos paragraphos 33 e 39: «Comutar e perdoar as penas impostas aos funcionarios publicos do Estado, nos crimes de responsabilidade e conceder amnistia nos limites da jurisdicção do Estado».

O Art. 59 da mesma Constituição, firmando as attribuições do Governador, diz no § 22: «Perdoar ou minorar as penas impostas a réos condemnados por crimes da jurisdicção, ouvido o senado, excepto na hypothese do § 31 do art. 36» (1).

O poder judiciario foi pela referida Lei creado «*independente* para ser exercido por *juizes e tribunaes do Estado* aos quaes pertence unicamente a *distribuição da justiça nos processos e contestações que versarem sobre materia criminal, civil e*

(1) Art. 36. Compete á Assembléa Geral fazer leis, interpretar-as, suspendel-as e revogal-as; e particularmente:

.....  
§ 31. Legislar sobre quaesquer outros objectos de interesse para o Estado, em todos os casos não exclusivamente reservados ao poder federal ou municipal.

*administrativa*, que não fôr da exclusiva attribuição dos *juizes e tribunaes federaes*» (1).

Não é tudo.

O Art. 4.º diz : « A soberania do Estado reside no povo e se exercita pelos tres poderes — legislativo, executivo e judiciario —, *independentes e harmonicos entre si*. A nenhum d'estes poderes é *licito delegar* a outro o *exercicio de suas funcções* ».

Incontestavelmente, cada um d'esses poderes têm as suas attribuições traçadas pela Lei, respeitada a independencia, e observada, justamente, a competencia dos mesmos.

Assim, no sentido mais geral, o legislativo faz leis, o executivo sanciona-as, promulga-as, e o judiciario distribue-as (2).

Firmada a « independencia do poder judiciario para a distribuição da justiça, nos processos e contestações que versarem sobre *materia criminal*, etc. » e sendo os individuos que transgredirem o preceito legal, alarmando a paz da communhão, sujeitos á jurisdicção de tal poder, unico competente para dictar-lhes a *pena* relativa ao *crime*, de accôrdo com as regras estabelecidas pela propria Lei; porque razão essa attribuição pôde tambem ser concedida á Assembléa Geral ou ao Governador, se a nenhum dos poderes, em que reside a soberania do povo, é *licito delegar* a outro o *exercicio de suas funcções*?

Porque os poderes são harmonicos entre si?

Mas tambem são *independentes* e a palavra —*harmonicos*—

(1) Art. 63 da Constituição do Estado.

(2) Arts. 28, 33, 36, 59, 63 e seguintes da Constituição de 2 de Julho de 1891.

quer simplesmente dizer que as leis não podem attribuir a um poder uma faculdade ou um direito, negando-o a outro, pelo motivo de ser improcedente, etc.

Esta harmonia que deve existir entre os poderes é mais do que tudo *preventiva*; evita os conflictos que se podem dar na orbita de cada um, e nada tem que ver com a *competencia*, propriamente dita, que é exclusiva, relativamente, a cada um delles.

Entretanto, a nossa constituição, que firmou a independencia dos poderes, é a primeira a invadir os dominios do judiciario, de mãos dadas com o executivo e o legislativo!

O direito formou a justiça para distribuir a Lei no seio da communhão, e a ella é que compete essa distribuição.

Quem não vê, que, com taes disposições, ha uma especie de desconsideração á justiça social?

Pois um individuo que commette um crime, e é condemnado, depois de ter esgotado todos os recursos, deve ser agraciado pelos poderes executivo e legislativo?

Elle não póde e não deve rir-se daquelles que o condemnaram e cujo procedimento, com uma gota de tinta, foi nullificado?

Objectar-nos-hão que semelhante despositivo foi elaborado para prevenir as paixões ou os exaggeros do poder judiciario.

É preciso, porém, notar-se que um processo não morre ao primeiro julgamento; tem vida longa; ha recurso de pronuncia; ha protesto por novo julgamento; ha revista perante o Tribunal Superior do Estado; e, portanto, se esses exaggeros

forem praticados no primeiro julgamento, poderão ser reparados nos demais.

Admittir-se o contrario seria abrir-se a banca-rotta da justiça brazileira, que, em geral, tem ornamentos dignos de suas tradições.

\*  
\* \*

« A condemnação penal extingue-se pelo indulto do poder competente ».

Examinemos um caso. Um individuo, A., commette um crime. Preso, processado, pronunciado, recorre d'este despacho de pronuncia para o Superior Tribunal, que, *attentas as provas* dos autos que *tornão clara* a responsabilidade do delinquente, accorda que é procedente a mesma pronuncia. Um mez depois, o accusado entra em julgamento no jury e supponhamos a hypothese da condemnação. (Supponhamos porque é facilidade admittir-se a justiça pelo jury).

Condemnado ha mais de 12 annos, protesta por novo julgamento. Submettido a este é novamente condemnado e interpõe o recurso de revista, sendo sustentada a decisão do jury.

N'uma palavra, quer isto dizer que a justiça inferior, e a justiça superior, de segunda instancia, julgarão que o individuo era responsavel e que, portanto, devia ser condemnado como o foi.

Remettido o réo para a Penitenciaria, é ahi, o modelo

do bom procedimento; arranja, depois, uma justificação qualquer no lugar em que foi commettido o crime, e depois ainda, junctando-a a seu processo, pede o indulto, á vista do documento conseguido, e por já ter cumprido 6 ou 7 annos da sentença, o que póde lhe ser concedido.

Ora, respondão-nos se n'um tal facto desconsidera ou não, a justiça social, se fere ou não, a independencia do poder judiciario?

Certamente, porque no exame do processo, os ministros da justiça, desde a primeira até a ultima instancia, havião resolvido que o réo era — inadaptavel —, e que, portanto, merecia a pena estabelecida pela Lei.

A verdadeira theoria é esta, incontestavelmente. A intervenção dos demais poderes em questões de tal ordem, não é senão uma invasão de competencia.

Ao poder judiciario pertence a incumbencia do julgamento, ou mais geralmente falando, da distribuição da justiça, assim como os outros poderes têm suas attribuições especiaes, privativas.

Pensar-se de modo contrario ou acceitar-se o pensamento do nosso legislador, é declarar-se a fraqueza do poder judiciario, é duvidar-se de sua competencia, de sua capacidade, o que não é serio, o que não procede de modo algum. Depois, é preciso considerarmos que o argumento contrario não merece fé, porquanto, como o dissemos já, a Lei, na sua tolerancia, demasiada aliás, em alguns pontos, á vista dos principios scientificos dominantes, creou mais de uma instancia, dei-

xando á segunda o direito e o dever de corrigir os defeitos da primeira.

A nosso ver, a respeito da materia deste assumpto, o direito de graça pecca pela base, pela incompetencia d'aquelles que, em virtude da Lei, têm auctorisação para concedel-a. A pena, temol-o dito muitas vezes, segundo a escola positivista, é sempre decretada de accôrdo com a *timibilidade* do delinquente, posteriormente ao accurado estudo sociologico e psychologico feito no mesmo.

Portanto, construida a escala das penas de accôrdo com a escala da perversidade dos criminosos, em geral, não se deve, senão com escrúpulos, acceitar a possibilidade de que antes de cumprida a condemnação, nos casos de inadaptabilidade, o individuo se manifeste inteiramente rehabilitado, e, portanto, com capacidade bastante para a vida do meio social.

Não queremos, com este asserto, assentar a infallibilidade da escola moderna.

Não. Ella é bastante nova, para que, desde já, se estabeleça a sua infallibilidade que, talvez, não se verifique nunca.

Ha na sociedade individuos os mais dissimulados que é possivel imaginar-se e que fornecem a qualquer pessoa, por mais prevenida que seja, as provas mais cabaes, mais exuberantes, de honradez, de senso e honestidade.

N'esses individuos, quando elles põem em campo a sua actividade dissimuladôra, a determinaçãõ de sua *temebilidade*,

do gráo de ausencia de sentimentos de piedade ou de probidade é uma cousa difficil, por certo (1).

E, se esquecermos as modificações aconselhadas pela escola moderna, simplesmente pelo facto de que ellas não provão a consequencia do desaparecimento completo do typo criminoso, cousa absolutamente impossivel, maioria de razão teremos para repudiar o que está assentado.

Incontestavelmente, é impossivel, em absoluto, apparecer um remedio que determine a morte da criminalidade.

Sustentão mestres que o criminoso nato existe: e quem nos poderá ensinar o meio de um ventre não conceber um individuo anomalo?

O criminoso de occasião, louco passageiro, homem quasi normal, existe: mas quem nos ensinará um meio de evitar, que entre duas pessôas, que se offenderam e se guardão odio, por uma offensa que os impelle irresistivelmente á vingança, não se effectue um facto criminoso qualquer?

O meio influe na imputabilidade do individuo, tornando-o de máos sentimentos, de máo character, pelos phenomenos do contagio e da imitação: podemos sonhar com um estado de tal civilisação, em que a comprehensão do senso commum seja tão bem desenvolvida, que o crime ahi se torne impossivel?

A loucura ataca traiçoeiramente muitas vezes: podemos prohibir a existencia dos criminosos loucos?

Não, absolutamente, não.

(1) Ao menos emquanto não passarem em discussão os caracteres anthropologicos do criminoso.

A escola positivista é incontestavelmente, incomparavelmente, mais efficaz do que a escola metaphysica; e isto importa dizer que aquella estuda com grande acerto e com criteriosa base scientifica o criminoso, que esta esquecia: assim como firma com mais certeza e mais profundo senso a repressão da criminalidade, differentemente d'esta.

Voltemos, porém, á materia do assumpto.

O direito de graça é uma medida inconveniente de que se serve a legislação para o animo dos criminosos.

Á parte, mesmo, a preliminar da incompetencia dos outros poderes, que, não seja o judiciario, para o reconhecimento de tal direito, razões outras existem, capazes, de sobra, para determinar a sua eliminação do direito positivo.

Garofalo, sobre o assumpto, faz a seguinte interrogativa: « Porém como conceber que o Governo póde perdoar o que não defendeu, mas o que é defendido pelas leis *naturaes* da organização social, de que elle é chamado para ser o defensor? »

É quasi inverosimil que este direito de graça tenha podido sobreviver a todas estas prerogativas irrationaes abolidas gradualmente pelo progresso das instituições » (1).

\*  
\* \*

A amnistia é o direito em virtude do qual, um perpetuo silencio se guarda sobre o processo e sobre o proprio crime.

Os crimes politicos repetem-se constantemente, e não

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 400.

se póde de modo algum negar, que esta reproducção continúa, é o resultado da animação prestada pela amnistia, que é concedida á primeira mudança de governo.

Se tivéssemos uma estatística de tal modo organizada, que nos fosse possível o exame oscillatorio da criminalidade *politica*, com certeza obteríamos a conclusão immediata de que esses crimes se repetem, como uma consequencia, talvez immediata, dos effeitos da amnistia, tão facil de ser concedida.

Realmente, não ha procedencia nenhuma n'um direito que traz a abolição de um crime, que o considera como não tendo existido, ferindo, em cheio, a reincidencia e, portanto, apaz da communhão social.

« Em bõa justiça, diz Garofalo, deveria ser responsavel pelos novos delictos commettidos pelos malfeitores por elle agraciados. Deveria, ao menos, reparar o damno que, sem este acto de clemencia mal entendido, teria, sem duvida, sido evitado; mas suppondo que o faça, como reparar uma nova morte? Porque o caso de assassinos agraciados matarem algum infeliz guarda de prisão, algum *gendarme* encarregado de transportal-os, ou algum detido menos culpado do que elles, sem contar os casos de evasões, muito frequentes em certos paizes, não é raro » (1).

\*  
\* \*

O que diremos do perdão do offendido?

O individuo que recebe uma chicotada diante de uma população inteira póde perdoar a seu aggressor?

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 401.

O individuo que recebe um ferimento leve?

O homem que fôr pobre e não puder supportar as despesas de um processo, ou que, por motivos outros, viu-se offendido em sua honra, póde perdoar o seu offensor?

Parece, a principio, que este direito é legitimo, porque se o offendido, que foi o paciente, não achou o caso de providade tal que determinasse a punição do criminoso, a sociedade não lhe deve pedir contas.

Isto, porém, é um erro; uma illusão.

Ha casos, incontestavelmente, em que a Lei delega ao individuo o direito de applicar a pena ao criminoso.

Referimo-nos aos casos de legitima defeza. Impossibilitada na maioria d'elles, de prestar soccorro actual ao aggreddido, naturalmente assiste a este o direito de livrar-se da immi-nencia do perigo, fazendo-se mais forte que o aggressor.

« Todo ser vivo, diz Ferri, lucta por sua existencia: e por tanto toda a acção, que ameça ou perturba as condições naturaes de sua existencia individual ou social, determina, de sua parte, uma reacção directa ou indirectamente defensiva, que será directa ou indirecta, desde que esta reacção póde desde o presente evitar as consequencias do ataque, ou então, pela repressão do autor, em prevenir o seu renovamento » (1).

« A necessidade de luctar, diz Gabriel Tarde, acarreta a de se defender contra todo aggressor. Poder-se-hia mais profundamente ainda ligar a *função penal* das sociedades e *irritabilidade* dos tecidos vivos; comparação que teria, seja dito de

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 293.

passagem, a vantagem de mostrar a insufficiencia das definições da vida fundadas sobre a irritabilidade considerada como a unica propriedade vital. Esta propriedade, ora negativa, ora defensiva, suppõe um lado positivo, talvez desconhecido, mas, portanto, affirmavel. A irritabilidade não é mais o character fundamental do ser vivo, como a penalidade não é o character fundamental de uma sociedade » (1).

Ninguem póde contestar a legitimidade d'este modo de dispôr taes leis sociaes.

Fóra, porém, dos casos de legitima defeza não concordamos que ao offendido caiba o direito de dispensar a repressão.

O direito de punir pertence á sociedade; é a ella que cabe a repressão.

No Art. 71, diz o Cod. Pen.: « A acção penal extingue-se :  
3.º Pelo perdão do offendido.

O Art. 77 exprime-se assim: Nos crimes, pelos quaes se não póde proceder senão por queixa da parte, o perdão do offendido extingue a acção penal; mas não faz cessar a execução da sentença, si o condemnado recusar acceital-o ».

Um individuo que commette um crime, antes de ferir um outro fere a sociedade. Parece isto um asserto improvavel, mas não o é.

A Lei diz, por exemplo, que é crime matar-se a alguém. A escola penal estuda e dá toda a consideração á intenção criminosa. Pois bem. A resolução do crime, uma vez provada, equivale a manifestação clara de que o individuo quer violar

(1) Tarde, *Philosophia Penal*, pg. 56 e nota.

uma Lei. E, desde que elle armado dirige-se á sua victima, quem é o primeiro a ser lesado?

A acção mechanica do crime é sempre posterior, embóra algumas vezes, seja concomitante, quando o dóllo tambem o fôr.

Portanto, conceder-se ao individuo offendido o direito de perdoar ao seu offensor, é esquecer o direito em virtude do qual a sociedade tem o dever, antes de seus membros, de punir os transgressores de suas leis.

Na legitima defeza dá-se uma simples medida de excepção, que a Lei não póde deixar de conceder aos aggredidos, para livrarem-se, *proporcionalmente*, de seus aggressores.

Finalmente, a sociedade é um todo que recebe, antes que suas partes, as offensas que a estas são dirigidas.

O perdão do offendido liga-se, de alguma fórma, á questão da divisão da acção penal em publica e privada, que estudaremos mais adiante.

Na consideração, portanto, de que a repressão é da exclusiva competencia da sociedade, e que só póde exercer esse direito o individuo para defender-se legitimamente contra os seus aggressores ou de terceiros, por medida de excepção, não podemos concordar com esta disposição da Lei, que concorre secundariamente para o enfraquecimento da repressão criminal.

Custa-nos crer, e poucos casos se nos apontarão, que um individuo perdoado recuse acceitar o perdão do offendido, sujeitando-se ao cumprimento da pena que lhe fôr imposta.

O Art. 77 do Código Penal Brasileiro dispoz isto, mas é uma disposição que não merece ser commentada.

\*  
\* \*

Para terminar, affirmamos que a graça, o perdão do offendido e amnistia são favores máos que a Lei indevidamente estabelece.

Pensamos como o mestre Napolitano: « as palavras *rigor* e *doçura* devem-se riscar do dictionario dos criminalistas » (1).

A Lei não deve ser generosa, nem deve distribuir mizericordia; deve ser sensata e sempre relativa.

O nosso empenho é estabelecer os meios mais efficazes para tornar possiveis e faceis a pratica da repressão.

E se chegarmos a esse *desideratum* adoptando as theorias modernas, que criteriosamente observão os phenomenos que se desenrolão na sociedade diante do homem, não concedendo favores nem abrindo valvulas que se augmentão com o correr dos tempos e que pódem, naturalmente, determinar um futuro máo para a communhão.

Não é que a Lei não deva consagrar em seu seio disposições que favoreção os condemnados quando estes o merecerem.

Em todas estas questões intervem a classificação dos criminosos, para dizer a ultima palavra a respeito.

Tracta-se de um criminoso congenito, absoluctamente

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 361.

egoista, insensível moralmente, incapaz, portanto, da vida collectiva?

Negue-se-lhe a graça, porque o seu bom procedimento e todas as mais circumstancias que a determinarem são como meios de sua dissimulação.

O mesmo quanto aos criminosos habituaes, não diremos no periodo inicial, ou que a cura respectiva é ainda possivel, mas no periodo successivo, em que elles se confundem com os natos.

Quanto á amnistia, conceda-se-a nos crimes politicos, quando a revolução, por exemplo, que foi praticada, tivesse sido resultante da oppressão e da prepotencia de um governo máo.

N'estes casos se explica, porque nos demais, sendo estes crimes perpetrados, em geral, por pessoas de criterio, comprehendoras das leis, talvez elaboradas por muitas d'ellas, existindo, portanto, o conhecimento perfeito da moral social, não ha lugar absolutamente para se conceder.

Certamente, não devem ser esquecidos da punição aquelles que traçaram as regras que regem a sociedade, sendo os primeiros a violarem-n'as.

Quanto ao perdão, é que não ha razão, em absoluto, para existir.

O individuo não póde ter a larga attribuição de perdoar a offensa que recebeu.

Existindo a graça com as modificações que estabelecemos não ha necessidade nenhuma de existir o *perdão*, que é um producto anachronico de idéas metaphysicas.

Elimene-se-o do direito positivo, pois.





## VII

### Acção publica e privada no fôro penal

Adoptando a theoria d'aquelles que acceitão a bifurcação da acção penal, o nosso Codigo no Art. 407, estabeleceu os casos de uma e de outra, traçando, entre elles, a linha que os separa, que os distingue.

Assim diz o Codigo:

« Art. 407. Haverá logar a acção penal :

§ 1.º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a;

§ 2.º Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuão-se:

1.º, os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante;

2.º, os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto  
g. 2192

supposto, calúnia e injúria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do Art. 274 (1).

§ 3.º Mediante procedimento *ex-officio* nos crimes inafiançaveis, quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos da Lei.

Art. 408. Em todos os termos da acção intentada por queixa será ouvido o ministerio publico; e nos de que o fôr por denuncia, ou *ex-officio*, poderá intervir a parte offendida para auxilial-o ».

Vemos, pois, que em todos os crimes a parte offendida póde concorrer para auxiliar o Promotor Publico, e, em casos especiaes, sómente ella póde uzar dos meios que a Lei faculta e estabelece para a repressão.

O Dr. Viveiros de Castro, intelligente e estudioso professor da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, encontrou na disposição do Codigo, que concede á parte offendida o direito de intervir nos crimes de denuncia, uma « humilhação para a dignidade do ministerio publico » (2).

Entretanto, assim não é.

O Art. 93 da Lei Estadual, n. 15 de 15 de Julho de 1892, estatua o seguinte: « É constituido o ministerio publico como

(1) Art. 274. N'estes crimes (rapto, etc.) haverá logar o procedimento official de justiça sómente nos seguintes casos:

§ 1.º, Si a offendida fôr miseravel ou asylada de algum estabelecimento de caridade.

§ 2.º, Si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

§ 3.º, Si o crime fôr perpetrado com abuso do patrio poder ou da autoridade, de tutor, curador ou preceptor.

(2) Viveiros de Castro, *Nova Escola*, pg. 270.

advogado da Lei, fiscal de sua execução e procurador dos interesses geraes, cuja guarda e tutela pertencem ao Estado ».

Todas as leis brazileiras, podemos affirmar-o, instituiram o ministerio publico, talhando-o nos mesmos moldes. Ellas supõem, é inegavel, a idoneidade de seus representantes para interferir em todas as acções, mas não vemos razão alguma, para que a parte offendida não intervenha com seu advogado. Nem esta nossa affirmativa estabelece um argumento em favor da divisão da acção em publica e privada, que não adoptamos, absoluctamente.

Um individuo qualquer, victima de outro, tem, pelas nossas leis, amplos meios de defeza; a sociedade confia no seu advogado — o Promotor Publico, — mas a parte, por sua vez, póde recusar-lhe confiança e julgar que um advogado, pago por si, tratactará melhor de sua defeza.

Em taes casos, o advogado não intervem como assessor, nem como auxiliar; secunda o representante do ministerio publico em todos os seus actos, e ainda que elles sustentem doutrinas diametralmente oppostas, não surgem d'ahi, como sustenta o illustre mestre fluminense, « conflictos perturbacões e *animosidades* ».

O representante da justiça social é ou deve ser, pelo menos, sobranceiro, sendo certo que nada resolve definitivamente.

Ora, se o advôgado requerer uma diligencia a que o Promotor Publico se opponha, o que importa essa divergencia, quando não houver ainda uma deliberação que é da competencia do Juiz?

Sustentar-se a theoria de que é humilhante para o ministerio publico a intervenção das partes nos crimes de denuncia é admittir a sua infallibilidade o que, dizemol-o com franqueza, não se póde fazer de modo algum.

A nosso ver, a parte, desde que a sociedade mui acertadamente dispõe de um advogado privativo, tem o direito legitimo de apresentar quem a defenda.

O Promotor defende os direitos da communhão, investigando o movel do crime e os meios mais acertados de reprimil-o, não tem a minima inclinação; interroga as testemunhas de tal modo que se possa deduzir de seus depoimentos a firmeza do crime e da participação, mais ou menos directa, do delinquente: por sua vez o Advogado cumpre o seu dever, limitando-se á defeza da parte.

Os conflictos poderão sobrevir, não ha duvida; faltar-lhes-ha porém, sempre e sempre, o meio proprio, o elemento bastante para vingarem, porquanto encontrarão a severidade imperturbavel do Juiz, que não é absolutamente adstricto a aceitar promoções de um, nem a seguir as diligencias lembradas pelo outro.

Ninguém, mais do que nós, póde pronunciar-se com tanta imparcialidade, porque pertencemos ao ministerio publico e, apesar de darmos inestimavel valor á nobreza e sublimidade de suas funcções, não nos enlevamos, entretanto, n'estes argumentos que querem que a nossa dignidade se humilhe porque tal ou qual individuo tem um advogado particular que trabalha a nosso lado.

Ha ainda uma consideração a fazer.

Nos casos em que a parte constitue (a parte offensiva) o seu advogado, em a nossa opinião, é ainda mais legitimo o direito do offendido.

Ninguem póde dizer de modo algum que o Promotor accusa systematicamente na instrucção do processo.

Como fiscal da Lei, elle aprecia tudo e tudo mede, para opinar ou não pela condemnação ou pronuncia do indiciado.

Ora, si a parte offensora póde constituir advogado que a defenda, é licito, não ha contestal-o, á parte offendida, confiar a outro a accusação.

O papel do Promotor não é parcial absolutamente: o do advogado é, ou para a defeza ou para a accusação.

Um sem outro, aparte a falta de meios de um dos litigantes, não podendo constituir advogado especial, traz o desequilibrio das forças, o que não é possivel.

A sustentação da theoria contraria provém, naturalmente, de suppor-se o representante do ministerio publico *sempre* um accusador.

Mas, não o é. O advogado, porém, é *sempre accusador* ou *defensor*, conforme representa a parte offendida ou offensora.

O papel d'aquelle é antes de tudo, de *observador*, sem sympathias, sem paixões; os seus esforços se empregão tanto no sentido de se colher a criminalidade do indiciado, como a sua innocencia.

Se, porém, das deligencias a que proceder a justiça publica, resultar um gráo de convicção, mais ou menos satisfactorio, então, cabe-lhe o papel de promover a accusação do indiciado.

Não criticamos o Cod. Pen. a respeito. Damos-lhe o nosso voto, firmemente, sinceramente convencido de que sustenta um direito de defeza prudente e sensato, sem ferir, de modo algum, a dignidade do ministerio publico.

É outro o ponto de nossa divergencia. A divisão da acção penal em publica e privada é que vae merecer a nossa attenção e a nossa critica.

Os escriptores francezes, entre elles Hélie, Adolphe Guillot sustentão a legitimidade de tal divisão, como uma especie de liberdade publica, ou meio das victimas fugirem á oppressão.

Não se deve de modo algum acceitar a theoria de que tal distincção se legitima pelas fraquezas em que póde cair o ministerio publico, pois, sendo isto uma excepção rara deve-se considerar que o amor do cargo e a responsabilidade que péza-lhe sobre os hombros ensinão-lhe o cumprimento do dever, não protegendo os potentados, os mandões sociaes, nem perseguindo a ninguem.

A mocidade, se bem que, em geral, ande de mãos dadas com a inexperiencia, symbolisa a energia e a pujança de character e de honra: esquece tudo para servir a Lei.

O facto contrario é um caso de simples excepção, que não faz prova absolutamente.

« Mas, admittindo-se mesmo a possibilidade de um abuso, de uma fraqueza do ministerio publico, a Lei póde remediar o inconveniente, sem dar á parte offendida o direito de queixa. Esta apresenta ao ministerio publico sua queixa. Se elle recusa-se tomar conhecimento, póde haver recurso para o Juiz de instrucção criminal, que, julgando procedentes os fundamentos

da queixa, abre o processo, inicia a formação da culpa independente da denuncia. Assim tem a parte um meio legal de fazer valer os seus direitos, meio que é também um correctivo para qualquer abuso por parte do ministerio publico, obrigando-o a ser bem escriptuloso no exame das reclamações levadas ao seu conhecimento, e procedentemente justificar os motivos porque d'ellas não se occupou » (1).

« Esquecem, diz Garofalo, completamente o delinquente; não procurão saber de ninguem se elle não é um reincidente, se o modo por que preparou e effectuou o crime, não é um indicio de um malfeitor perigoso; se não reparou o damno, etc.

Um simples cidadão offendido torna-se assim o arbitro da função social da repressão. Assisti-lhe o direito de julgar se é conveniente fazer soffrer uma pena ao violador de uma Lei social; é a elle que cabe decidir, se para a segurança social, é preciso prender um delinquente ou deixal-o em liberdade. O Estado pergunta-lhe: « Quereis que se prohiba este estellionatario de profissão de roubar outras pessoas, ou por outra, deseja que elle faça aos outros o que já vos fez? » (2).

A consequencia da divisão da acção em publica e privada no fôro penal é o enfraquecimento da repressão, que é, exclusivamente, como já vimos, da competencia da sociedade, á parte os casos de excepção a que nos temos referido.

Talvez alguém pense, no triste enlevo da ingenuidade e da ignorancia, que não vae n'isto o minimo perigo, porque os

(1) Viveiros de Castro. *op. cit.*, pgs. 276 e 277.

(2) Garofalo, *op. cit.*, pg. 371.

crimes a que a Lei concede a acção privada são de tal natureza, que nem animão, nem despertão a actividade dos malfeitores, em geral.

Mas, não ha ahí nenhuma verdade.

Nos crimes contra a honra, em que só a parte offendida tem o direito de punir, ha ausencia dos sentimentos de probidade, tractando-se, portanto, de individuos de adaptação incompleta ou impessivel e que a sociedade deve perseguir.

O Cod. Pen. estabeleceu uma especie de aristocracia, na sua mechanica, esquecendo que um individuo póde ser pobre, impossibilitado de sustentar um processo, sem ser, todavia, miseravel.

E quanto á opinião d'aquelles que dizem que a impunidade dos demais factos não anima a criminalidade, por serem elles de pequena importancia, basta, para responder-lhes, ponderar que semelhantes infracções pódem ser consideradas como *elementares*, como primeiros passos da carreira de um malfeitor, que amanhã póde reincidir e que, por isso mesmo, é indispensavel que a pena lhe seja decretada, para operar-se n'elle a cura do character criminoso.

Nos crimes contra a honra, que prescrevem no prazo de seis mezes, o Promotor Publico só póde intervir quando a offendida fôr miseravel ou asylada de algum estabelecimento de caridade; se da violencia carnal resultar morte ou perigo de vida, ou alteração grave de sua saude; ou quando o crime fôr perpetrado com abuso do patrio poder, tutor, curador ou preceptor.

Nos demais casos porque elle não deve intervir?

Para não levar á publicidade a deshonra, que a propria familia quer occultar, ao seio da communhão?!

É sacrificar-se a dignidade do todo á da parte; é esquecer-se o principio de que a repressão pertence á sociedade e não ao individuo.

É possível supportar-se que um D. Juan qualquer commetta um defloramento em uma desventurada moça, que é pobre, mas não é miseravel, andando pelo mundo a rir da justiça social, depois de escrever no livro da desgraça mais uma condemnada da sorte, mais uma protistuta?!

Publicidade, como?

Porventura, um semelhante facto fica entre as quatro paredes do quarto, onde o criminoso pôz em pratica a sua intenção?!

Absolutamente, não! Elle se revela pelas lagrimas amargas que a visinhança descobre nos olhos do pae infeliz; pelo desaparecimento notado da desgraçada menina, que, *á noite*, costumava conversar com um sujeito, que *não é visto ha algum tempo*; revêla-se ainda pela propria confissão publica do seductor que, então, emprega os meios precisos para tel-a como sua concubina.

Não fica nada em segredo: a opinião publica tudo descobre; levanta o véo de todo mysterio.

E onde está a pretendida deshonra, contra a victima que é arrastada aos tribunaes, para fazer prova material e instruir um processo contra seu seductor?!

No interrogatorio do juiz, pae de familia quasi sempre, que é incapaz de desprezeitar o pudor da offendida?

No exame particular que os sacerdotes da sciencia fizerem-lhe, em nome da Lei, para fornecer á justiça as bases da accusação?!

Onde esta publicidade que deshonra, que avilta?!

Não a vemos, absolutamente!

E qual o resultado de semelhante Lei?

Desesperado, ferido no mais presado de seus entimentos, o pobre pae que paga 200\$000 de imposto pela taverna que tem n'uma das esquinas da cidade, sem poder, comtudo, supportar as grandes despezas da um processo, descarrega a sua furia sobre a creança, ás vezes, seduzida pela sua bôa fé, pela confiança que depositava em seu amante, e, crescendo cada vez mais o seu odio, a sua raiva, até o extremo, passando um dia pelo seu offensor; que de *monoculo e flôr no peito*, dirige *meigos sorrisos* a uma outra rapariga, desfecha-lhe uma bofetada, sendo preso em flagrante e processado por este, que, differentemente, é rico e póde pagar custas a um escrivão e um advogado!

Isto, querendo levarmos a ira do pobre pae simplesmente a esse ponto; porque, se elle pisasse, raivoso, o seductor de sua desgraçada filha com o tacão de seus sapatos, dando-lhe um tiro em pleno peito, o jury, que não olharia para o réo, em tal caso, com olhos compassivos, em vista das influencias da victima e seus amigos, mandal-o-hia para a cadêa, talvez, sem uma só das circumstancias attenuantes mencionadas no Art. 42 e seus paragraphos, do Cod. Pen. da Republica!

Eis ahí os effeitos da Lei que quer tornar competente, em alguns casos, o individuo para uzar do direito da repressão do crime: aquelle que offendido em sua honra, sendo pobre vingar-se do seu rico offensor, será condemnado como responsavel por um crime, na pessoa de um aristocrata da sorte, de um privilegiado tólo!

A sociedade persegue, mas não avilta, nem leva ao balcão da publicidade, para o mais humilhante mercadêjo, a deshonra que ferir uma pobre familia.

A justiça na sua cegueira, na sua implacabilidade, não ultraja, defende sempre: o pae que triumphar...

Mas o triumpho, infelizmente, será sempre ephemero.... passará muito antes que a sua dôr, que a ferida aberta em sua honra, cuja cicatriz não póde deixar de ser duvidosa!

O triumpho da justiça, o desaggravo da sociedade, a desaf-rona do offendido serão ephemeras, porque logo o réo terá um bom advogado que tudo fará para absolvê-lo, o que conseguirá, finalmente, porque os jurados observão a regra esdruxula de absolver os constituintes de advogados notaveis, para não *desmoralisal-os!*... (1).

Não é isto motivo bastante, porém, para a justiça não cumprir a sua nobre missão; não é isto motivo bastante para que se deixe em completa impunidade um tal tratante, desrespeitador das leis sociaes.

(1) Um dia foi julgado no Tribunal do Grande Jury da Capital do Estado um individuo que deflorara uma menor. Debalde o Promotor Publico accusou-o. O pae da victima, presente, derramou amargo pranto quasi desilludido. Servindo-se d'isto o Promotor, respondeu-lhe o advogado que o facto não passava de um quadro comico. O réo foi absolvido. Dias depois, disse-nos um jurado de quem faziamos muito bom conceito que votara a favor do accusado para não desmoralizar o advogado (?). 96

Entretanto, quando ficar provada a miserabilidade da offendida, o Promotor Publico poderá intervir, á sua queixa, ou de quem tiver qualidade para represental-a...

N'estes casos discordão os que achão que o direito deve ser exclusivamente de queixa privada, porque, entendem que mesmo assim, não deve a Lei estabelecer excepção.

O Cod. Pen. faz distincção, como já vimos, dos crimes contra a honra, simples, e dos que têm consequencias de morte, perigo de vida, ou aggravacção de saude.

N'estes a justiça publica póde intervir...

O crime é maior?! Concedido que o seja, não é consequencia de um ultrage á honra?

Mas o Promotor póde officiar... Quanta excepção incabivel; quanta confusão no direito positivo!

Os mesmos argumentos podemos firmar com relação ao rapto, e por deducções semelhantes, chegaremos ao mesmo erro da Lei, quanto á calumnia e á injuria, parto supposto, etc.

O Cod. no Art. 407, precitado, estatuiu que são de queixa da parte os crimes do furto e damno, salvo quando houver prisão em flagrante.

Tal disposição, porém, foi alterada pelo Dec. n. 121 de 11 de Novembro de 1892, que diz o seguinte:

« Art. 1.º A Lei n. 21 de 24 de Outubro de 1891 comprehende, quanto á acção publica, o furto de gado de qualquer especie, competindo aos Estados a determinação da fórma dos respectivos processos e julgamentos.

Art. 2.º Nos crimes a que se refere a mesma Lei, a acção

publica será iniciada sob representação do offendido, e perime pela desistencia d'este, pagas, n'este caso, por elle as custas.

Art. 3.º O furto de gado vaccum, cavallar e muar será punido com a penalidade do Art. 330 do Cod. Pen., § 4.º, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado.

Art. 4.º Revogão-se as disposições em contrario ».

Anteriormente, o Dec. n. 1034 A, de 1 de Setembro de 1892 estatuiu, no respectivo Art. 49, que « o crime de furto é sempre da acção official da justiça do Districto Federal, sem embargo da excepção do § 2.º do Art. 407 do Cod. Pen. ».

Isto, porém, como vimos, no Districto Federal.

Pela Lei geral, o Promotor só póde officiar sob representação do offendido, perimindo a acção se este d'ella desistir, pagando, porém, as custas respectivas.

Semelhante disposição não é nem póde ser acceitavel.

Não sabemos porque razão o Cod. Pen. firmou a queixa privada em crimes de tal natureza.

Impossibilitado de perseguir o ladrão que furtou-lhe uma quantia, que separava prudentemente para formar um modesto dote de sua filha, o pobre pae de familia deixará a sociedade sujeita á indole de semelhante individuo que, impune, uma vez, perderá naturalmente o amor ao trabalho para desenvolver toda a sua actividade em praticar acções criminosas, tornando-se, mais tarde, inteiramente refractario á adaptação social.

Não é tudo.

Recusando á sociedade, nas pessoas dos representantes do ministerio publico, o direito, que lhes é legitimo, de officiar em

todos os crimes, affiançaveis ou inaffiançaveis, para firmar-se convenientemente a repressão criminal, o nosso Cod. Pen. ampliou estas disposições da Lei Estadual n. 15 de 15 de Julho de 1892, que, no respectivo Art. 244, diz o seguinte:

« O perdão ou desistencia do offendido, ainda quando este esteja representado pelo ministerio publico, põe termo ao processo dos crimes affiançaveis ».

É impossivel que a legislação continúe a adoptar semelhantes doutrinas.

É tempo de se acceitar os dados fornecidos pela escola positivista, para a qual, é força repetil-o, a pena é uma funcção puramente social.

Dar-se ao individuo o direito de queixa privada, sem poder intervir o ministerio publico, senão quando o offendido uza de tal direito, porque?

O legislador, firmando semelhante disposição, não lembrou-se da parte desprotegida da sociedade, aliás mui numerosa, que não póde viver senão á sombra da Lei, sendo desaggravada das offensas que receber pelo representante da justiça, unico competente.

Para terminar, resumamos a nossa opinião sobre a divisão mal feita da acção em publica e privada, no fôro penal.

Julgamos, pelo principio de que a repressão é uma funcção puramente social, que toda acção criminal é de officio do ministerio publico, salvo á parte offendida instituir seu advogado, e que o perdão do offendido em caso algum deve livrar o criminoso da pena estabelecida pelas leis vigentes, redigidos assim os artigos respectivos da Lei penal.

Art. Haverá logar á acção penal:

§. Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a.

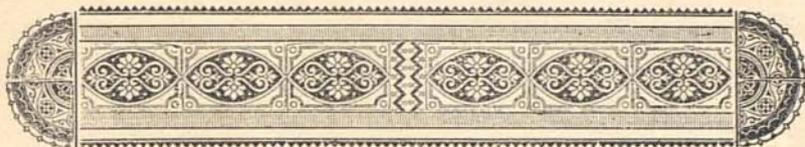
Art. A queixa, porém, será sempre dirigida ao representante do ministerio publico, para apresentar denuncia.

§. Em todos os crimes e contravenções, sem haver direito de queixa privada, compete ao promotor denunciar.

Art. Fica salvo á parte offendida instituir seu advogado.

Art. Em caso nenhum o perdão do offendido aproveitará ao criminoso.





## VIII

# Livramento condicional

A condemnação penal suspende-se também pelo livramento condicional (Cod. Pen., Art. 73 *a*, vide).

É a questão que vamos agora examinar, apreciando-a sob o mesmo ponto de vista da animação prestada á actividade criminosa.

O Cod. Pen. Italiano de 1.º de Janeiro de 1890 estatuiu, no respectivo art. 16, o seguinte:

«O individuo condemnado á reclusão ou á detenção por tempo superior a tres annos, que tiver soffrido as tres quartas partes de sua pena e ao menos tres annos no caso de reclusão ou a metade no caso de detenção, se tiver uma conducta que permitta creditar-se em sua transformação, poderá, sob pedido seu, obter o livramento condicional, provado que a duração da pena restante a soffrer não passa de tres annos.

O livramento condicional não será concedido:

1.º Ao individuo condemnado por um dos delictos indicados nos artigos 248 e 406 a 410;

2.º Ao individuo condemnado á reclusão por trinta annos em virtude das disposições do Art. 59;

3.º Ao individuo que reincidir em face dos delictos previstos pelos artigos 364 a 368 e pelo Artigo 404;

4.º Ao que reincidir pela segunda vez, qualquer que seja o delicto commettido, se fôr condemnado a uma pena de duração superior a cinco annos.

Art. 17. O livramento condicional será revogado se o condemnado commetter um delicto que acarrette uma pena restrictiva da liberdade, ou se não cumpriu as condições que lhe foram impostas. N'este caso o tempo passado em estado de livramento condicional não será contado na duração da pena e o condemnado não poderá ser mais admittido ao beneficio do livramento condicional.

Se a duração da pena pronunciada esgotar-se, sem que o livramento condicional tenha sido revogado, a pena fica esgotada e o tempo passado em estado de livramento condicional conta-se pela duração da vigilancia especial da autoridade de segurança publica infligida como accessoria » (1).

O decreto real de 1º de Dezembro de 1889, que regulamentou o precitado Cod. Pen. Italiano estatuiu no respectivo Art. 4.º que «o livramento condicional será concedido por decreto do ministro da justiça».

(1) Edmond Turrel, *Código Penal Italiano*, pgs. 26 e 27.

E mais:

« Para obtel-o, o condemnado apresentará uma petição ao director do estabelecimento, em que elle soffre a pena; o director transmittirá esta petição ao Procurador Geral, junto a Côte de Appellação, em cuja instancia foi pronunciada a condemnação, para fazer tambem suas observações, com as do conselho de vigilancia, sobre a conducta e sobre a transformação do condemnado.

O Procurador Geral depois de ter colhido as necessarias informações, pedirá, por conclusões motivadas, a opinião da secção de accusação e a transmittirá ao Ministro da Justiça, ao mesmo tempo que a petição e suas peças.

O decreto que conceder o livramento condicional determinará quaes sejam as disposições da vigilancia da segurança publica, ás quaes se deverá sujeitar o condemnado.

Art. 5.º Um decreto do ministro da justiça revogará o livramento condicional nos casos previstos pelo Artigo 17 do Cod. Penal.

A proposta de revogação será feita pelo escrivão da segurança publica ao Procurador Geral junto á Côte de Appellação indicado no Artigo antecedente. O Procurador Geral pedirá, por conclusões motivadas, a opinião da secção de accusação, e transmittirá em seguida a proposta e as peças ao Ministro da Justiça.

Sendo a proposta motivada por inobservancia das condições impostas, o Procurador Geral, antes de dar suas conclusões, deverá ouvir o condemnado, e o livramento condicional não poderá ser revogado senão de accôrdo com a secção de accusação.

O escrivão da segurança publica terá a faculdade de prender o livrado condicionalmente desde o momento em que fôr apresentada uma proposta de revogação.

N'este caso se a secção de accusação emite uma opinião contraria á proposta, o Procurador Geral fará immediatamente cessar a detenção » (1).

O nosso Cod. Pen. reza assim, sobre o assumpto :

« Art. 51. O livramento condicional será concedido por acto do poder Federal, ou dos Estados, conforme a consequencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatorio.

Paragrapho unico. O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no logar, que fôr designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia.

Art. 52. O livramento condicional será revogado, se o condemnado commetter algum crime, que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfazer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal ; decorrido, porém, todo o tempo sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida ».

Com ligeiras modificações, quanto á instineção do processo do livramento condicional, vê-se que a doutrina do nosso Codigo é a mesma do Italiano.

« O livramento condicional, diz Ferri, no systema da pena prefixada e sem distincção entre as classes dos criminosos,

(1) Edmond Turrel, *op. cit.*, pg. 191 e 192.

não sómente é contradictorio em theoria, mas tambem é ineficaz na pratica. A sua applicação, agóra, não póde ser senão mechanica e quasi impessoal, só como criterio bem illusorio, do que se diz bôa conducta, do condemnado que, como o notara a commissão Inglesa de investigação em 1863 « não póde ter senão o valor necessario da ausencia de graves infracções disciplinares ».

Comprehende-se ao contrario, que o livramento condicional, tal como devera ser organizado no systema positivo da segregação indeterminada, não poderia conceder-se senão depois de um exame physio-psycologico do condemnado, e não depois do exame burocratico dos documentos, como é feito presentemente » (1).

Incontestavelmente, despresando-se a classificação scientifica dos criminosos, o instituto do livramento condicional tem desvantagens praticas de ordem tal, que reclamão a sua modificação no direito positivo.

E, para prova mais clara d'este asserto, examinemos ligeiramente a classificação de que falamos, feita por aquelles que encontrão no criminoso o principal ponto de seus estudos, e no crime, um phenomeno secundario que será reprimido na pessoa do deliquente, pelo meio o mais proprio.

Henrique Ferri, o sympathico orador da moderna escola, admitte cinco classes de criminosos : criminosos instinctivos,

103

(1) Ferri, *op. cit.* pg., 501.

criminosos apaixonados, criminosos de ocasião, criminosos de habito e criminosos alienados ( <sup>1</sup>).

Joly, combate esta ultima parte da classificação de Ferri e divide os criminosos em *inertes*, a que pertencem as pessoas que se deixão levar sem resistencia e sem repugnancia, incapazes de organizar e prever cousa alguma e que não fazem esforço algum para livrar-se honestamente da miseria; em *violentos, impetuossos*, cuja imaginação se exalta facilmente e que em um momento de exaltação commettem algum attentado; em *viciados e calculadores*, sendo aquelles filhos do vicio e estes os criminosos que têm de longa data a vontade firme de fazer mal, e que, nas intenções as mais perversas, combinam todos na escolha do emprego dos meios violentos ( <sup>2</sup>).

Lombroso, distingue o criminoso por paixão do criminoso alienado (com as variedades distinctas do criminoso alcoolista, hysterico, mattoide) e de criminoso de ocasião (com as variedades dos pseudo-criminosos, criminaloides, criminosos do habito, latentes epilepticos) ( <sup>3</sup>).

Garofalo, segundo diz Ferri, a sua classificação ultimamente, distingue os criminosos impulsivos, accidentaes, alienados e habituaes ( <sup>4</sup>).

Abandonando a critica que se tem levantado a respeito da classificação scientifica dos criminosos, por considerarmol-a

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 100 e seguintes.

(2) Joly, *Crime*, pgs. 52 a 54.

(3) Ferri, *op. cit.*, pg. 127.

(4) Ferri, *op. cit.*, pg. 126.

incabível no presente estudo, accetamos, tambem, a classificação de Henrique Ferri que, por proposta de Benedikt, no congresso internacional que se reuniu em Roma em 1885, decidiu-se que ella reunia em suas partes essenciaes a approvação do mesmo congresso (1).

« Eis porque todas as principaes classificações, diz o primoroso escriptor, pódem ser redusidas á minha, graças ao criterio mais completo e mais fecundo que a tem determinado » (2).

Cedamos, pois, a palavra, ainda uma vez, ao mestre de Piza: « Os criminosos natos ou instinctivos, são aquelles que apresentam mais frequentemente os caracteres organicos e psychologicos, esclarecidos pela anthropologia criminal. São homens ou selvagens ou brutos, ou então velhacos e ociosos, que não fazem distincção alguma entre a morte, o roubo, o crime em geral.

Os criminosos por habito adquirido são os que não tendo tão accentuados caracteres anthropologicos do criminoso nato, commettem o seu primeiro delicto muitas vezes na mocidade e até na infancia, quasi exclusivamente contra a propriedade e muito mais por fraqueza moral com a impulsão das circumstancias e do meio nephitico, que por tendencias innatas e energicas.

Afóra seus caracteres organicos e psychologicos, innatos e adquiridos, ha dous symptomas bio-sociologicos, que, segundo minha opinião, são communs, se bem que, por diffe-  
104

(1) Viveiros de Castro, *op. cit.*, pg. 121.

(2) Ferri, *op. cit.*, pg. 129.

rentes rasões, aos criminosos natos e aos habituaes: isto é, a precocidade e a reincidencia.

Os criminosos por impeto de paixão não são senão uma variedade dos criminosos de occasião, mas elles apresentam caracteres tão especificos que podem-se distinguil-os mui nitidamente.

A principio (resumo da exposição de Lombroso, completando as observações de Despine e Bittinger) estes criminosos, que fornecem o typo tão falado da força irresistivel, são muito raros e commettem quasi sempre crimes contra as pessôas.

São individuos da bôa conducta anterior, de temperamento sanguineo ou nervoso, de uma sensibilidade exagerada, ao contrario dos criminosos natos e habituaes, e têm muitas vezes um temperamento nevrotico, ou então epileptoide, cujo crime póde ser justamente um effeito dissimulado.

Commettem o crime muitas vezes em sua mocidade, e as mulheres muito frequentemente, por impeto de uma paixão que nasce como a colera, o amor ou a honra feridas.

Conservão-se agitados antes, durante e depois do crime: que não executão com emboscada, mas, ao contrario, abertamente e muitas vezes mesmo com meios mal escolhidos, os primeiros de que pódem lançar mão.

Algumas vezes, entretanto, ha criminosos apaixonados que premeditam o crime e o executam com emboscada, quer por causa de seu temperamento frio e menos impulsivo, quer por causa dos prejuisos ou do sentimento commum, quando se tractar de delictos endemicos, por exemplo «la vendella d'onore».

Estes individuos confessão sempre seu crime com um arrependimento sincero e muitas vezes tão vivo que elles matão-se ou tentão fazel-o, após o crime.

Condemnados, e o são bastante raramente pelos jurados, conservão-se sempre arrependidos e na prisão elles se corrigem, ou antes não se corrompem, dando assim occasião aos observadores superficiaes affirmarem como geral e possivel em todos os casos as transformações dos detidos, que não é ao contrario senão uma illusão para os criminosos natos e de habito, muito mais numerosos.

Os criminosos de occasião não têm uma tendencia inacta e activa ao delicto; caem, antes, por tentações das condições pessôaes e do meio physico e social, e não caem ou não reincidem, se estas tentações desapparecem. Por conseguinte, commettem crimes e delictos que não pertencem á criminalidade natural, ou então crimes e delictos contra as pessôas e as propriedades, mas em condições individuaes e sociaes inteiramente differentes d'aquellas em que são commettidos pelos criminosos natos e habituaes.

Certamente, mesmo para o criminoso de occasião, uma parte das causas, que o determinão ao crime, pertence á ordem anthropologica, porque sem disposições individuaes as impulsões exteriores não bastariam.

Com effeito, por exemplo, durante uma fome, ou uma secca rigorosa, todos aquelles que sentem privações não commettem roubos, ha entre elles quem prefira uma miseria honesta, ainda que injusta, e ha alguns que mais se levarão á mendicidade; e entre aquelles que cedem á idéa de commetter

um crime, ha alguns que se detêm no furto e outros que vão até o roubo.

Mas, a differença real entre o criminoso nato e o criminoso de occasião, é que para o primeiro a impulsão exterior tem menos energia determinante que a tendencia interna, porque esta tem por assim dizer uma força centrifuga, que leva o individuo a commetter o crime, enquanto que para o criminoso de occasião trata-se antes de uma fraqueza de resistencia ás impulsões exteriores, ás quaes, pois, torna a maior parte da determinação do crime.

O accidente exterior que provoca o crime no criminoso nato, é antes um termo de applicação de um instincto, de uma tendencia que existia anteriormente, e é muito mais que uma occasião, é um pretexto.

No criminoso de occasião, ao contrario, é este accidente que faz verdadeiramente germinar, certamente sobre um terreno predisposto, tendencias criminosas, que, entretanto, não eram ainda desenvolvidas.

Os criminosos alienados são individuos attingidos desta fórmula de alienação, que tem tido tantos nomes, desde a imbecilidade moral de Pritchard, até a « folie raisonnante » de Verga; individuos que, com a ausencia ou atrophya do senso moral ou social e da integridade *apparente* da intelligencia, não é justamente, senão a condição psychologica fundamental do criminoso nato.

Esta cathegoria comprehende tambem todos estes typos intermediarios entre a loucura completa e a razão, que demoram no que Maudsley chamou a « zona mediana ». As variedades

mais frequentes na criminalidade d'estes semi-loucos ou « mattoides » são a principio os autores de certos attentados contra os homens politicos e que não são senão perseguidos, provocadores, graphomanos, etc., como Possamonte, Guiteau, Maclean.

Ha tambem, n'esta cathegoria, os que commettem crimes muito affrontosos, sem motivo e que entretanto, segundo a psychologia ingenua da escola classica, darião o maximo da integridade moral. Ha tambem os necrophilos como o Sargento Bertrand, Verzeni, Menesclou e muito provavelmente o incognito Jacques o estirpador de Londres que são attingidos por uma fórma de psychopathia sexual. E ha ainda todos os attingidos de loucura hereditaria, e sobretudo os epilepticos e os epileptoides (1).

De tudo isto, póde-se deduzir uma classificação preliminar de criminosos, para os effeitos da sociologia criminal, em que pódem ser distinctos os criminosos *adaptaveis* e os criminosos *inadaptaveis*.

Entre estes, pódem ser considerados os criminosos natos, os habituaes no periodo successivo; entre aquelles os criminosos de occasião, os por paixão, e os de habito no periodo inicial.

A adaptabilidade ou não dos criminosos alienados depende do decrescimento ou não da sua molestia.

« Quanto aos criminosos de habito seus caracteres anthropologicos mesmo nos lembrão que é preciso para esta cathegoria, distinguir os dous momentos de sua actividade criminosa e,

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 100 e seguintes.

portanto, os meios para d'ella defender-se. Isto é: é preciso distinguir o momento *inicial*, em que estes individuos commettem seu primeiro delicto e o periodo *successivo*, no qual se tornão delinquentes habituaes, reincidentes e mesmo incorrigiveis » (1).

É preciso que se estude tambem o meio da prisão: no estado actual da penalidade estabelecida pelo direito positivo, ha muito que temer-se ao atirar-se n'um carcere um individuo que commetteu um crime qualquer, e cuja indole não é ainda conhecida, entregando-o á communhão dos mais perniciosos e barbaros assassinos, ladrões activissimos, salteadores incorrigiveis, estellionatarios e outros tantos malfeitores, de modo a tornar possivel, senão certa, a sua corrupção absoluta, pouco depois.

Solvere disse: « Eu não constato senão um facto, é que ha nas prisões milhares de individuos que não se deverião pôr lá, sobretudo ao pensar-se que com o nosso systema penitenciario actual, vinte e quatro horas de prisão bastam, em certas circumstancias, para perder uma existencia » (2).

Na pequena pratica de Promoter Publico havemos, nas visitas feitas ás prisões, muito propositalmente, interpellado os detidos.

Muitas vezes acabavamos de ler um processo em que havião deposto muitas testemunhas de vista, sem que o réo as contestasse, não tendo todavia, confessado, no seu interroga-

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 556.

(2) Joly, *op. cit.*, pg. 87, e nota 2.

torio, a autoria do crime, apesar de o ter feito ao lavar-se o flagrante delicto, por exemplo.

Nunca tivemos occasião de ouvir a confissão de um só! Lembramo-nos, ainda, de ter interrogado, com o maior cuidado possível, um ladrão de animaes. Contou-nos, sem tropeçar, uma historia bem delineada, aliás, em vista da qual se deduzia claramente a sua innocencia.

Dias depois, voltando á cadêa, renovamos nossas perguntas e as respostas forão tão eguaes ás primeiras que nos vimos forçado a reconhecer no preso a que nos referimos, não um innocente, mas um finissimo « *voleur* », cuja actividade não era mais desenvolvida por falta de instrucção.

Semelhante narração era sempre intercotada por suspiros de innocencia e de pedidos a seu favor, que era um condemnado da sorte.

Senos dirigiamos a um assassino, que confessava a autoria, commettera o facto em defeza propria ou de terceiro; do contrario, negava a pé firme.

Entretanto, á noite, quando ás vezes passavamos pela cadêa, ouviamos gargalhadas e ditos outros que demonstravão perfeitamente a pouca importancia que todos elles ligavão a tal detenção.

No estado actual da penalidade, o livramento condicional é um erro, é um perigo que a experiencia já devia ter apagado do Codigo.

Porque razão um criminoso de habito condemnado (no estado successivo, isto é: no estado em que já tiver reincidido)

no gráo médio do Art. 294, § 2.º do Cod. Pen., por bom comportamento, ha de ver-se livre, após 13 annos de detenção?!

Porque o criminoso nato, inadaptavel inteiramente ao meio social, e que d'elle deveria ser eliminado, ha de ter em seu favor tal instituto juridico?

Reforme-se, porém, o systema da penalidade; baseie-se-o nos dados da escola positivista e, então, pensamos como Ferri, que, posteriormente a um exame physio-psychologico do condemnado pôde-se ou não conceder-se-lhe o livramento condicional.

No estado actual, porém, é uma facilidade que a Lei commette, entre outras, e que já precisa de séria correcção.

Cesare Lombroso dá tanta importancia ao instituto do livramento condicional que na reforma que elle apresenta sobre o curso de instrucção criminal, sob a letra—b—não esqueceu-se da estatistica criminal, theorias penaes, *livramento condicional*, etc.

Elle é de opinião que em todos os casos devem existir um registro, em dupla cópia, no qual o resultado d'estes estudos e d'estas visitas deve ser incerto, sendo o mesmo consultado pela commissão para a liberdade condicional e pela commissão de vigilancia das prisões » (1).

Incontestavelmente, é necessario o mais sério cuidado, o mais escrupuloso modo de proceder, para firmar-se o instituto do livramento condicional, duplicando esse cuidado principal-

(1) Lombroso, *op. cit.*, pg. 185.

mente quando os criminosos parecerem inteiramente regenerados, para evitar os penosos enganos da dissimulação.

Esta questão tem sido seriamente estudada, e a escola positiva só a póde legitimamente acceitar, quando ficar provada, pelos meios fornecidos pela physio-psychologia, a regeneração do character do criminoso, a cura completa de sua «*temibilidade*», sem excluir-se, de modo algum, as medidas de séria e cuidadosa vigilancia, de observação extrema dos precedentes do indiviuo, até na vida privada.

No Congresso Internacional Penitenciario, que se reuniu em S. Petersburgo, no anno de 1890, agitou-se a questão do livramento condicional, cujos resultados pedimos licença para transcrever.

«*Londres*: — Debaixo de que principios deverá ser concedida a remissão das penas? Deverão impor-se algumas condições á libertação do prisioneiro?»

«A discussão versou principalmente sobre o systema de classificação progressiva, que foi amplamente desenvolvida por Sir Walter Crofton. A conclusão, a que se chegou, foi que a libertação provisoria e a vigilancia por parte da policia, tal qual é exercida em Inglaterra, são necessarias para terminar a educação penitenciaria dos reclusos. Pelo contrario, Chandler e Stevens defenderam o systema cellular».

«*Stokalmo* — Deveria ser aconselhado o principio da libertação condicional dos condemnados, abstrahindo do systema Irlandez?»

«Resolução do Congresso: — A libertação condicional, que não é contraria aos principios de direito penal, que não

altera ou modifica de qualquer modo a causa julgada, e que de mais a mais apresenta umas certas vantagens, tanto para a sociedade como para os condemnados, deve ser recommendada á solicitude dos governos. Convirá que a sua intenção seja rodeada de umas certas e determinadas garantias » (1).

A escola classica não póde deixar de errar, adoptando taes institutos juridicos, com o seu modo de ver o crime e o homem criminoso.

Effectivamente, se o fim da pena é proteger a sociedade contra a indole de um individuo que delinquo, com, ao mesmo tempo, esperanças de sua reabilitação, porque se lhe ha de conceder o livramento condicional, sem se saber si se trata de um criminoso incorrigivel?

Não ha mais criterio e mais senso da parte da escola que reclama o estudo do homem e dos seus passos na prisão, como da sua conducta anterior?

A legislação classica presta muita consideração ao tempo das penas. Estabelece um systema arithmetico invariavel e que não supporta as investidas da critica a mais simples.

Não deve ser assim, porém.

No exame que se fizer na pessoa do delinquente e na sua conducta, para conceder-lhe os favores do livramento condicional, a preliminar a esclarecer-se é a classificação do *typo criminoso*.

Tracta-se de um habitual no inicio de sua triste actividade?

Tracta-se de um criminoso, levado ao commettimento do facto punivel por uma paixão momentanea?

(1) Deusdado, *Cong. Penit. Int. de S. Petersburgo*, pgs. 106 e 107.

Tracta-se, n'uma palavra, de individuos que tendo violado as leis sociaes, são, todavia, capazes de reabilitação?

Pois, conceda-se a estes o livramento condicional.

Quando, porém, tractar-se de um individuo reincidente, e, portanto, affeito ao crime, de habituaes no periodo successivo, de individuos incapazes da adaptação, negue-se-lhes o beneficio do instituto que discutimos, a bem da collectividade.

A invariabilidade mathematica da legislação penal não tem razão de ser. Emquanto é severa para aquelles é perigosissima e sem valor para estes, protegendo-os inteiramente.

Lembramos que, como uma das condições estabelecidas para o goso do livramento condicional, o delinquente se sujeite a uma pena, além de severa e rigorosa, mas admittida pelo Cod. e não creada excepcionalmente, além de severa, diziamos, longa.

Tracta-se, afinal, de um contracto entre a sociedade e o individuo, esperando aquella que este respeite suas leis, vivendo honestamente.

Por conseguinte, uma vez que a communhão está prompta para admittir a revogação da sentença condemnatoria, passada em julgado, o que é muito, o individuo deve sujeitar-se a uma condição de igual valor.

Não basta que seja obrigado a residir no fôro em que lhe foi concedido o livramento condicional.

Pensamos até, pelos principios geraes, que esta disposição não tem grande razão de ser. A condição mesologica influe poderosamente na educação do character: este principio é incontestavel e já o lançamos n'este livro.

Dado, portanto, por circumstancias de certa ordem, em um

logar, um facto criminoso, quem nos dirá, que a influencia de um meio estranho não ajudará a cura do character enfraquecido?

A vingança é esquecida, e os brios do *individuo adaptavel* ( pois só a este o livramento condicional deve ser concedido ) se julgarão bastante offendidos com a pena soffrida.

A disposição do Cod., quanto á computação da pena n'estes casos, é infeliz.

Somos de opinião que o delinquente se deve obrigar ao cumprimento de uma pena severa e longa, rompendo com as condições firmadas no seu contracto.

Estabelecidos estes principios e tendo-se em vista a solução da preliminar citada, os perigos não serão, como actualmente, tão grandes e tão ameaçadores.

A pena, em taes casos, não é mais do que uma arma, em attitude de golpe, collocada sobre a cabeça do delinquente.

Não ha razão alguma para se incluir em o numero dos que pódem gozar dos favores do livramento condicional, aquelles em cuja correção moral não se póde crer.

Requerido o beneficio prestado pela Lei, depois de verificado que o individuo é capaz de adaptação, indague-se da sua conducta anterior e do seu procedimento na prisão; estude-se as circumstancias que o levaram ao crime, com bastante criterio, para combater as dissimulações; e, quando o resultado de todas as investigações fôr em favor do condemnado, o seu pedido deve ser attendido, sendo assignado pelo Juiz e pelo réo o contracto, cujas disposições devem ser reguladas por direito escripto.

Na condemnação condicional, admittida em casos mais ou

menos identicos, e da qual o nosso Cod. não cogitou, ha effectivamente, além de outros, o grande inconveniente social: o esquecimento, até certo ponto, da affronta recebida.

A familia ferida em seu amor, pela perda de um filho extremecido, se exasperaria contra esta impunidade material, e parece-nos que estas circumstancias devem ser pesadas com bastante criterio na balança da justiça, porque pôdem ser de graves e perigosas consequencias.

O falso criterio scientifico em que se baseia a escola classica determina estes erros, que reclamão as attenções dos poderes competentes.







## VI

Impunidade de mandante, quando o mandatario se exime de commetter o crime

Eis mais um assumpto que merece a attenção detida e criteriosa de todos aquelles que se dedicam aos estudos do direito penal.

O nosso Cod., no Art. 20, diz que «cessará a responsabilidade do mandante, se retirar a tempo a sua cooperação no crime».

É claro que, exhimindo-se o mandatario de commetter o facto ordenado pelo mandante, este não é absolutamente responsavel pela sua *ordem* e pela sua *intenção*.

«Eu penso, diz Garofalo, que esta questão deve ser resolvida pelos principios que estabelecemos falando da tentativa por meios insufficientes » (1).

Certamente. Revelada a intenção criminosa, e sendo ella firmemente transmettida a um individuo dado, o agente intel-

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 354.

lectual deve ser punido, visto como não deixa em duvida absolutamente que é mais ou menos refractario á adaptação.

Não vemos porque razão não deve ser assim concebida a disposição legal.

Propria da escola classica que não dá nenhuma importancia ao criminoso, e que despreza, portanto, o seu gráo de *temibilidade*, esta questão muda *inteiramente de figura perante a escola positivista*, que, como temos visto, estuda-o em particular, e d'ahi, a sua maior ou menor perversidade e, portanto, a possibilidade ou impossibilidade de sua indole quanto a adaptação ao meio social.

Prestando-se a devida attenção á natureza d'este crime, não ha duvida que, depois de algumas investigações, o penalista observador poderá conceber uma variedade de uma das classes de criminosos, que muito deve interessar a todos aquelles que se entregão a cultura do direito penal moderno.

Lancemos, nós brazileiros, os nossos olhos pela vasta superficie, em uma grande parte, infelizmente, inculta, de nossa bôa Patria, e com cuidado, observemos o movimento de todas as sociedades, desde aquellas que vão tomando certo incremento digno de nota, pelo desenvolvimento de sua lavoura, pelo progresso de sua industria e pela riqueza de seu commercio, até aquellas outras, onde chegão, apenas, os echos das idéas do progresso e da moral, já fracos pela longitude que atravessão, e onde, da civilisação, nem o proprio berço se prepara, ao menos para o seu nascimento, por falta da cooperação indispensavel ao desenvolvimento de toda collectividade.

E que vemos, o que notamos?

Desculpem-nos a critica, mas é uma verdade que vae dita em nome da sciencia e do bem da paz social: em um lugar (em tal ponto devemos por escrupulo abstrahir as capitaes) d'estes ha sempre alguns individuos que provão de certa fórma, o fundo positivo do annexim « em terra de cégo quem tem olho é rei ».

A principio, a politica: referimo-nos aos mandatarios do dominio; homens, em grande numero de casos, violentos, ignorantes, e no curral de cujas fazendas se contão muitas rêzes que vão ser abatidas para o sustento de 100 ou 200 homens, armados, que têm de fazer frente a outros tantos do *Coronel* chefe contrario.

Estes homens perfilhão sinceramente uma idéa e por ella morrem; fazem della um segundo *eu*, e n'um momento dado não hesitão absoluctamente em mandar atacar a casa inimiga para apprehensão de armas, saque (quasi sempre deliberado pelos proprios salteadores), e até incendio, morte, etc.

São, em geral, vingativos: o que soffrerem hoje, vingarão amanhã e d'ahi a constante represalia, que tanto alarma a ordem e tanto faz retrogar a sociedade. Frios, moralmente insensiveis, dão a ordem para a realisação do facto e com calma esperão e recebem a noticia.

Si esta é agradável, o que importa dizer, se o facto se cumpriu, ficão satisfeitos, alegres, e, n'este dia, a aguardente é distribuida mais profuzamente; si é má, o que significa a irrealisação do facto, apoderão-se de raiva e não retrocedem nunca; animão-se, pelo contrario, á proporção do cresci-

mento da vingança, renovão a ordem e dão regras de *estratégia*, a seu modo.

Não dispensão quasi nunca uma prova material da realização do facto: se foi um saque, satisfazem-se ao ver uma *bôa arma* que o inimigo tinha; se foi uma morte exigem os cabellos da barba ou uma orelha da victima. Se quem morreu foi um inimigo rancoroso, capaz de fazer o mesmo, a arma que lhe tirou a vida é guardada entre outras *de estimação*, para attestado vivo de um heroismo que passou.

Fazem tudo, e tudo ordenando sempre: quando a si proprio não se incommodão, têm os cofres cheios de ouro e os corredores cheios de armas: é o bastante, comtanto que venção. Si uma familia fica na miseria; se um filho perde um bom pae; se uma esposa perde um bom marido; se uma desgraçada moça foi prostituida por um *jagunço* isto tudo nada importa. Preferem a miseria, o crime, a fome, tudo, a quêda, quando estes factos, aliás, embaração a administração do Estado, não livrando do incommodo de remover os seus agentes policiaes, sem resultados, afinal de contas.

Isto na vida politica sertaneja, em geral.

Na vida privada, se assim nos podemos exprimir, estes individuos desenvolvem, tambem, a actividade do crime. Um dos seus caracteres moraes mais accentuados, devido, talvez, á ignorancia, é a *presumpção de grandexa*, de serem influentes e poderosos, suppondo que a justiça se arreceará de pedir contas de seus actos. As pessôas de que mais se servem para a realização de seus actos são individuos de *confiança* reconhecida, isto, em geral: é raro, esses criminosos mandarem

commetter um crime por pessoas que não conhecão bem; elles têm sempre assalariados, que a uma simples ordem, aum levisimo asceno, não trepidão em tudo fazer para tudo conseguirem

Quando, dado o facto criminoso, não ha prisão em flagrante, occultão os mandatarios da policia, dão-lhes, as vezes, fuga, com dinheiro bastante para uma viagem.

Como manifestação de profundo reconhecimento, os menos orgulhosos, deixão os *camaradas*, após um *feito* d'estes, sentarem-se á sua mesa; tocão-se os respectivos copos transbordantes de vinho, em signal de regosijo, muito embóra o filho de 8 annos, que tudo assiste e tambem bebe *á saude do heroe*, que por ter morto um *infame*, esteja presente, apreciando toda esta scena, que, de modo algum se nos contestará, não póde deixar de contribuir para o enfraquecimento de seu character, de sua moral, por effeitos do meio, tornando-o um máo *rapaz* hoje, e amanhã um verdadeiro « *temível* » de quem a policia não deve tirar os olhos nunca.

Não é só: por effeito do contagio, como dizia o Dr. Paul Aubry, para quem o crime é um resultado d'elle, transmitindo-se como um microbio, mas, em cujo caso achamos o de um phenomeno eminentemente imitativo, tal « *temibilidade* », muitas vezes, não se limita ao chefe da familia.

Tarde, no seu curioso livro *As Leis da Imitação*, sustentou que esta resultava sempre na razão directa da proximidade e na inversa da distancia (entendida esta palavra, não sómente no sentido geometrico, mas principalmente no seu sentido psychologico); que a imitação se propaga de cima para baixo, de superior para inferior; que ella não se desenvolve logo em uma

assimilação completa; e, finalmente, que ella pôde ser detida em sua força expansiva pelo encontro de tendencias rivaes e oppostas (1).

As leis que o celebre magistrado firmou, se não têm sido acceitas *in totum* (e ha exaggero n'ellas, incontestavelmente), têm sido, todavia, admittidas em parte. E, assim, quem contestará a possibilidade, senão a legitimidade, da transmissão de semelhante phenomeno na communhão da familia, onde a mulher recebe as impressões do marido directamente, isto é: na razão directa da proximidade; impressões que agem de cima para baixo, de superior para inferior?

Incontestavelmente, ha entre marido e mulher uma ascendencia *real* e outra *natural*. Esta é a consequencia da superioridade do sexo; aquella, o producto do character, mais severo, mais rijo, de mais responsabilidade. Para alguns casaes, verdade é, esta ascendencia, até mesmo a *natural*, existe por simples presumpção, pelo facto de um uzar *calças* e o outro vestir *saias*.

É uma excepção: vamos á regra geral. Estabelecida esta ascendencia, vê-se que o phenomeno da imitação torna-se cada vez mais facil de propagar-se, e, portanto, que o « *virus criminoso* » pôde chegar além do chefe da familia, por esses principios.

Nas sociedades atrasadas, onde a civilisação só se costuma levantar n'um montão de cinzas, de desgraças, de infamias, productos de uma vida agitaadissima, onde a actividade de cada

(1) Tarde, *Leis da Imitação*.

um desenvolveu-se no amor á vingança, na adoração á *repre-salia*, quantos casos poderíamos figurar, sem que significassem simples hypotheses, porquanto se realisão a cada instante, de esposos criminosos?

O chefe da familia adquire hoje um inimigo por tel-o injuriado, por exemplo.

Eis ahi um facto que poderia ter immediata soluçãõ, ou por meio da justiça, ou por um outro *mais summario*, d'estes de que tanto uzão os malfeitores, em geral, mas que será uma verdadeira fonte abundante, inesgotavel, de intrigas, de provocações, de protestos e, finalmente, de encontros horriveis, onde se lamentarão dezenas de mortes.

Pois bem. A mulher partilha da *dôr* de seu marido e, quando este dá uma ordem para o commettimento de um crime, ella faz ouvir seus apartes e profere tambem a sua *predica* de *estratégia*, apertando-se as mãos em signal de prazer, dizendo que só ficará satisfeita quando vir a cabeça do *infame* exposta na ponta de uma vara, ou em cima de uma mesa.

Se ha um filho no casal, não raro, este faz parte do *exercito* criminoso. Se acontece morrer o chefe da familia, o que succede na maioria dos casos, a viuva encarrega-se da vingança e protesta tirar o luto no dia em que esta se realisar com todos os horrores.

Já se vê, portanto, que, nos casos em que o crime estende-se até á mulher e aos filhos, semelhante phenomeno não é senão o producto da imitação, tão bem delineado por Gabriel Tarde.

Pois é para esta classe de criminosos que, na nossa

modesta opinião, se devem volver os olhos dos anthropologistas, de todos aquelles que estudão a sociologia e a psychologia criminal; entre nós, pois, incontestavelmente, ha em tal ponto muito o que observar, muito o que deduzir, para a sciencia, para a joven escola, operadora de uma evolução universal, e para a sociedade tão mal e penozamente dirigida pelas leis actuaes.

Taes criminosos parecem formar uma variedade dos criminosos instinctivos: premeditação o crime: guardão a offensa por mezes e annos até poderem vingar-se.

Entretanto são as vezes incapazes de em pessoa commetter um crime: são essencialmente mandantes.

Expostas estas idéas, porque razão não é ou não deve ser responsavel um semelhante individuo, que abusa da sua força moral, para com um pobre assalariado, suggestionando-lhe uma idéa criminosa, que o desgraçado vae realisar para tirar illusoria recompensa, ás vezes de alguns vintens ou de tarefa de terra para plantar o seu café?!

Exhime-se o mandatario: homem pacifico, crente e temente a Deus, não effectua o negro plano criminoso; no entanto, o mandante, cuja indole manifestou-se perversa, com um gráo bem pronunciado de *temibilidade*, e que, teria, por sua vontade, sido causa directa, causa intellectual, de um crime, este não deve nada á sociedade porque o crime não se effectuou?

Mas, não ha razão nenhuma n'isto.

A sociedade, em face da escola positiva, deve exigir a punição de tal individuo, que revelou-se refractario ás suas leis.

Não ha duvida que é um inadapavel: portanto, é justo, é justissimo, que elle seja punido, como um meio directo de robustecer a repressão, que, incontestavelmente, vai-se enfraquecendo, dia a dia, com a subsistencia imprudente e malefica de semelhantes disposições, que em nada aproveitão á communhão social.

Agóra toquemos mais de frente no depositivo do Cod. Pen., que no art. 20, como vimos, diz que «a responsabilidade do mandante cessa quando este retira a tempo sua cooperação no crime».

O que deixamos demonstrado é que exhimindo-se o mandatario de commetter o crime, o mandante não é responsavel pela sua deliberação criminosa.

Falta-nos examinar até onde vae «a retirada d'esta cooperação no crime», de modo a aproveitar a irresponsabilidade do autor intellectual.

O nosso Cod. firmou o conceito do mandato na ordem ou determinação de alguém para que outrem commetta um crime, o que poderá ser feito por :

- 1.º, dadivas ;
- 2.º, promessas ;
- 3.º, mandato ;
- 4.º, ameaças ;
- 5.º, constrangimento ;
- 6.º, abuso de superioridade hierarchica ;
- 7.º, influencia de superioridade hierarchica.

Tobias Barretto menciona «a *commissão*, que não precisa ser expressa por palavras, algumas vezes basta que o seja

por gestos e signaes, a *ordem*, a *vis commissão* até onde esta deixa intacta a liberdade de obrar, a *supplica*, suscitação ou *utilização proposital de um erro*, até onde também este não exclue a imputabilidade, o *loutor* e o *applauso*, o *conselho* e mesmo a expressão de um desejo, com as *fórmulas* mais geraes, sob que vão realizar-se o mandato, o qual póde dar-se note-se bem, não só por actos positivos, mas ainda por actos negativos » ( <sup>1</sup> ).

Diante d'estes principios, uns legaes e outros theoreticos, perguntamos com serio interesse: em que casos, a retirada da cooperação do mandante no crime o aproveita, determinando a sua irresponsabilidade?

A questão póde não ter importancia para os doutos, para os mestres: somos, porém, de opinião que a sua seriedade é de grande interesse pratico e principalmente scientifico para os neophytos do direito.

O espirito que resolver a pratica de um crime e que não quizer reunir em si mesmo as funcções de autor *intellectual* e *material* ao mesmo tempo, determinando outrem, portanto, a levar a effeito a sua deliberação criminosa, revela-se, já o dissemos mais de uma vez, mais ou menos inadaptable a vida perante a aggremação social.

Como é sabido, sustentão os criminalistas classicos que o dolo é essencial ao mandato, o qual é feito com intenção, portanto.

Em taes condições, o estudo dos sentimentos dos pheno-

menos que actuaram no organismo do delinquente é que nos póde fazer encontrar a solução d'esta questão, de muito fundo scientifico.

Ajusta-se a este ponto a questão do *arrependimento*, manifestado de tal modo que se possa crer na readaptação subita do individuo, mas *continuada e provada*. Figuremos uma hypothesis.

A., inimigo de B., por uma troca de palavras de muito tempo, de alguns annos, mesmo, transmite a C., seu creado, o ardente desejo que tem de vingar-se de B., mas *matando-o*. C., moço de bôa indole, porém, em *tudo* obediente a seu amo, que lhe exerce uma tal ou qual força natural, embóra amedrontado e constrangido, prepara a arma e vae para a estrada esperar B., que passa d'ahi a uma hora. Meditando, porém, sobre o factó, A. lembra-se de que seu inimigo tem filhos, tem comsigo uma grande familia, cujo futuro depende de sua vida. Actua em seu espirito esta *idéa-força* e elle pagando a um sujeito, escreve a C. que não effectue o crime. Faltavão poucos instantes para a passagem de B., e C. já segurando, tremulo e lacrimoso, até, a arma, para ensaiar a pontaria, recebe a contra-ordem de seu patrão cheio de grande e visivel contentamento. O crime, portanto, não effectuou-se, por ter o auctor intellectual, a tempo, retirado a *cooperação*.

Estamos perfeitamente de accôrdo: não ha responsabilidade. Imaginemos, porém, que A. e C., patrão e creado, não gostão de B. Imaginemos tambem que C. é um verdadeiro guarda-costas de A., individuo intrigante, brigador e que, de quando em quando, visita os quartos da correcção e que A. sabe que

elle é capaz de cumprir toda e qualquer ordem sua, ainda mesmo que esta se manifeste por uma simples palavra, por um levissimo asceno. Nas mesmas circumstancias da primeira hypothese figurada, A. arrependido escreve a C., que não execute a sua ordem. A sua indole má, porém, o seu character perverso, *despertado, entretanto, em tal facto, pelo seu patrão*, não acceita semelhante contra-ordem, por julgal-a *uma fraqueza*, e leva a effeito o crime delineado. É sustentavel a irresponsabilidade do mandante, em tal caso?

Pelo nosso Cod., é.

Mas, é preciso considerar-se que a idéa foi dispertada por A., actuando, posteriormente, em C. como uma força superior. E esta consideração, procedente aliás, não prova o erro d'aquelles que sustentão a inexistencia da culpa no mandato criminal sem se tractar do *mandato apparente*?

Não ha duvida que a intenção do mandante é suspensa por um phenomeno desenrolado em seu mundo interno, mas não ha duvida tambem, no caso figurado, que se não fôra a lembrança de A., o crime não se teria commettido (1). Não nos cabe, porém, a resolução de semelhante questão.

Entregamol-a ao juizo dos que dissertarem sobre o mandato.

Tractamos tão sómente da impunidade do mandante, quando este firmemente deliberar o crime, desejando a sua

(1) Para a escola positiva, realmente, um tal homem revela-se senhor do sentimento de pidade, se bem que em um certo gráo de degenerencia, ou, quando nada, revela-se com tendencias para perdê-lo. Para a escola do Cod. Pen., porém?! E' uma notavel confusão.

realização sinceramente, eximindo-se o mandatario de perpetrar-o.

Foi tão sómente o que estudamos, sendo nossa opinião, que a impunidade em casos taes não é nada menos do que uma facilidade da Lei, que colloca a communhão social na possibilidade e, ás vezes, na imminencia de serios perigos.

Se um individuo resolve um crime e se este crime, máo grado seu, não se consumma por ter o seu mandatario recuado ante o horror que lhe causara a simples lembrança de ver correr entre suas mãos o sangue do seu proximo, este mesmo individuo tem-se revelado um refractario ás leis sociaes, um «*temível*» e portanto merece a repressão penal, por meio da segregação completa ou incompleta, conforme a altura do seu gráo de inadaptabilidade.

Quanto á ultima hypothese, porém, n'ella tocamos, por ter o Cod. disposto que a retirada da cooperação, em tempo, do mandante no crime, determina a sua impunidade, principio este que não é sustentavel perante a escola positivista.

A retirada da cooperação no crime, em tempo, deve ter seu valor inquestionavelmente.

O que sustentamos, porém, é a falsidade actual dos principios que concorrem para tornal-a effectiva.

Applical-a mechanicamente (e só assim se o faz agóra) é uma illusão para a pena e uma calamidade pratica.

O individuo que mandar tirar a vida de um seu semelhante é um *temível*, desde que esta resolução seja manifes-

tada por qualquer acto exterior que faça-nos crê-la? Naturalmente.

Se este individuo, por circumstancias outras, retirar a influencia transmittida, attesta que a ausencia de piedade em seu mundo moral não é completa.

Mas, no exemplo que figuramos em primeiro logar, quando o mandatario julga a contra-ordem uma fraqueza e executa o crime... parece-nos que a culpa existe da parte do primeiro, uma vez que se prove, que, se não fôra a sua lembrança, o segundo, embóra n'aquelle dia, não se lembraria de realizar o facto.

Os exemplos illustrão, effectivamente, e cremos que figurando-os, consegue-se facilmente tornar clara a idéa que se perfilha.

Figuremos um caso de suggestão.

Ninguem hoje ignora o quanto de attenção tem despertado aos psychologos estes phenomenos, por meio dos quaes o crime se vae tambem propagando.

Alfredo Binet, de accôrdo com o genial Spencer e com Bain, chegou á conclusão de que « a idéa occupa as mesmas partes nervosas e do mesmo modo que a impressão dos sentidos » (1).

Encarando de frente a questão escreve Tarchanoff, professor da Academia Imperial de Medicina de S. Petersburgo: « Os phenomenos de suggestão nos têm demonstrado que o motivo que determina tal ou qual acto consciente no homem

(1) Alfredo Binet, *Psychologia da Razão*, pg. 43.

normal pôde ser fornecido por idéas, isto é, por sensações e representações que chegarão até sua esphera psychica, de um modo inconsciente, para fóra dos limites de sua consciencia. Estas idéas e estas representações, nas condições dadas, elevão-se da obscuridade da esphera psychica inconsciente até ao nivel da consciencia do homem e pôdem guiar sua vontade, dirigir suas impulsões para o cumprimento dos actos que são ditados pelo conteudo da idéa suggerida » (1).

Figuremos, pois, um caso.

A. fazendo B. cair em um somno hypnotico diz-lhe: C. jurou matar-te; elle é teu inimigo; para livrar-te da morte é preciso que lhe faças o que elle quer fazer-te.... Fica sabendo: elle é teu inimigo e quer matar-te: é preciso que previnas tua morte, matando-o. B. acorda da sua hypnose e conserva, naturalmente, a suggestão, que se presume ter sido acceita, e diz a A: C. quer matar-me; é meu inimigo; jurou tirar-me a vida e é indispensavel que eu previna isto.

Scintilla em seu olhar a vingança, a ira contra C. transmittida por A. Este, porém, mais tarde escreve a B. estas linhas: «Não mates C. Elle nunca foi teu inimigo; hypnotizei-te e no somno suggeri-te esta idéa. É um crime que vaes commetter». B, porém, commette o crime. Perguntamos: A. é responsavel como mandante doloso ou culpado?

Antes de tudo, digamos que este facto é perfeitamente possivel.

Os individuos que dormem profundamente accetão sug-

(1) João de Tarchanoff, *Hypnotismo e Suggestão*, pg. 58.

gestões post-hypnoticas que se prolongão por dias e semanas, não se podendo furtar ás mesmas e ignorando sua origem (1); assim como ha *allucinações retroactivas*, pelas quaes o individuo hoje convence-se de ter feito isto ou aquillo em um momento dado (2).

O Dr. Bernheim relata diversas observações, que nos poderiam servir para o caso vertente. Todavia, para não occupar muito papel, confiado na generosidade dos leitores, enviamol-os a sua precitada obra.

Depois de feita e acceita a suggestão em uma mulher, a respeito de uma vizinha, elle disse-lhe: « Reflecti; tudo isto é falso. Foi uma suggestão que eu vos fiz ». A mulher, porém, persistiu em sua affirmativa, convicta de que foi tudo real, até que elle, fazendo-a dormir de novo, retirou a suggestão (3).

Não nos cabe discutir a verdade scientifica de tal observação, não só porque seria desviar-nos do assumpto do presente estudo, mas ainda porque fallece-nos a competencia para emprehender tal commettimento.

Todavia, deduz-se daquella observação, e de todas que a respeito se têm feito, que o proprio suggestionador, depois de fazer a suggestão, não a retira senão pelos meios porque a fez.

Dito isto, repitamos a pergunta :

A. é mandante doloso ou culposo? (4).

(1) Bernheim, *Suggestão*, pg. 241.

(2) *Ibidem*, *ibidem*, *idem*.

(3) Bernheim, *op. cit.* pgs. 25 e 26.

(4) Note-se que admittimos a culpa no mandato embóra não sejá elle da especie *apparente*.

Embóra, á primeira vista, pareça uma subtileza, é necessario firmar uma distincção.

O individuo autor da suggestão é conhecedor dos principios que regulão a materia na psychologia ?

Se o é, não ha duvida de que a sua contra-ordem é um embuste de que serviu-se para interesses facturos da sua impunidade, por isso que elle sabia que, de modo algum, por um *bilhete*, podia retirar a suggestão.

No caso, teremos, com certeza, um criminoso calculador e, portanto, um *temivel*, cujo character é incompativel com as regras que regem a aggremação social.

Pelo contrario, se o suggestionador não tiver conhecimento de taes principios, o que se póde averiguar com uma investigaçãõ seria em sua vida privada, altéramos o nosso modo de pensar.

Nem se diga que o caso é impraticavel.

O Cod. Pen. pune, no Art. 156, a pratica do hypnotismo, uma vez que não haja, para exercel-o, habilitaçãõ, de accôrdo com as leis e regulamentos.

No entretanto, nós sabemos perfeitamente que a nossa policia tem consentido n'estas representações nos tablados dos theatros, para divertimento publico.

Não ha muito, a capital da Bahia encheu-se de admirações ante as exhibições do cavalheiro Onofroff.

Pois bem. N'um theatro, um individuo assiste a uma scena de suggestão e, muito embóra tenha visto que, para retiral-a, o suggestor uzou dos meios empregados para fazel-a existir, sem comprehender o mesmo individuo que só assim poderia a mesma

desaparecer; n'um theatro, dizemos, podemos encontrar um exemplo que justifique a hypothese que lançamos.

Imagine-se que elle tem um inimigo e aproveita-se de um sujeito qualquer, sobre o qual elle exerça qualquer influencia. Suggestiona-lhe o crime, e posteriormente envia-lhe a contra-ordem, que não produz effeito, com admiração sua.

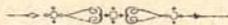
É um mandante ?

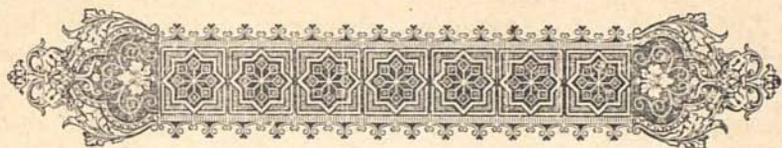
Provado que não conhecia os principios reguladores dos phenomenos suggestivos, não hesitamos em punil-o com as penas do Art. 156, muito embóra se o puna tambem como responsavel por homicidio culposo.

Nossa opinião, bem o sabemos, é sem valor. Todavia, sujeitando-nos ao ensinamento dos mestres, julgamos poder expendê-la.

O que se póde arguir immediatamente é a difficuldade da prova n'estes casos.

Entretanto, sendo, como são, praticaveis, não será a prova difficil que faça esquecer a sua consideração e o seu estudo na vida experimental.





## VII

# REINCIDENCIA

A reincidencia é um *germen secundario* da criminalidade.

Encontra, como os demais, a sua vida, a sua robustez, no proprio seio de nossas leis penalisticas.

A presente questão tem sido seriamente debatida, e as legislações estrangeiras, em alguns pontos, divergentes umas das outras, dispõem melhor do que o Cod. Pen. Brasileiro.

Facto é que, a reincidencia causa, na fórmula de sua mechanica actual, serios males á repressão do crime.

Urge tomar medidas no sentido de remedial-os.

No terreno theoretico discute-se a respeito do systema que se deve preferir na reincidencia. Estabelecida a sua divisão em *geral* e *especial*, perguntão os criminalistas que systema deve ser preferido.

A reincidencia *especial*, cumpre observar-se, se verifica, quando a aggravação do facto criminoso se opera em conse-

quencia de uma primeira condemnação *por um facto identico*. Differentemente, a *geral* firma e aggravação, por isso mesmo que já houve condemnação *por outro qualquer crime*.

Deduz-se d'isto que, para que a reincidencia exista, *especial* ou *geral*, é imprescindível que haja *uma condemnação anterior*.

Uma outra questão ventila-se no scenario da theoria, relativa á persistencia do instituto juridico de que falamos se, depois de um espaço de tempo mais ou menos longo, tendo levado bôa conducta o condemnado que tiver cumprido a pena ella deve aggravar o segundo crime.

É chamada a questão do *intervallo*.

Pergunta-se ainda, se a reincidencia deve ser considerada como uma simples circumstancia *aggravante*, ou como um verdadeiro *crime*.

Não ha duvida, voltando á primeira questão, que o sistema *geral* é preferivel, em materia de reincidencia, porque está provado perfeitamente, pela intenção e pela experiencia, que as difficuldades da repressão nascem exactamente, no caso, da necessidade de ser ferido o mesmo texto da Lei, para que ella se verifique.

O individuo que delinque, sendo condemnado, é, por isso mesmo, solememente advertido pela sociedade, para que, cumprindo a pena, torne-se adaptavel ao seu meio, respeitando os seus principios e acatando as suas leis.

Ora, dando-se que este individuo, posteriormente ao cumprimento da pena imposta, repita o procedimento criminoso, incorrendo, embóra, na sanção de Art. differente, não

ha duvida que revela-se assim, refractario á adaptaçãõ, e, que, portanto, é um reincidente.

O systema contrario, sustentado pelo Cod. Pen. Brasileiro, é incoherente e attesta um notavel atrazo de intuiçãõ philosophica e de experiencia.

Resa assim o Art. 40 da Lei citada:

« A reincidencia verifica-se, quando o criminoso, depois de passada em julgado a sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza, e como tal entende-se, para os effeitos da Lei penal, o que consiste na violaçãõ do mesmo Artigo». Além de outros, esse modo de encarar a reincidencia tem dous principaes defeitos;

a) um defeito de intuiçãõ;

b) um positivo.

Em primeiro logar, vemos logo que não ha motivo algum para considerar-se crime da mesma natureza o que ferir o mesmo Art. da Lei.

Adoptando tal theoria, chegaremos á conclusãõ inteiramente injustificavel de não ser uma mãe, que matar seu filho recém-nascido, reincidente, depois de punida, se matar um homem ou mesmo uma creança de 8 dias de nascimento!

A differença unica, no caso apontado, é a idade, que altera a classificaçãõ do crime: haveria, porém, a morte de duas pessôas.

Nem é isto sómente: quem roubar para matar, precedendo á realizaçãõ do facto a escalada, para conseguir a entrada na casa da victima, se por outra qualquer circumstancia assassinar outro homem, não é um reincidente!

Effectivamente, diz o Art. 359:

« So para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se commetter morte... pena de prisão cellular por doze a trinta annos ».

E diz o Art. 294; « Matar alguém :

§ 1.º Si o crime fôr perpetrado com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas nos §§ 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18 e 19 do Art. 39, e § 2.º do Art. 41... pena de prisão cellular por doze a trinta annos.

§ 2.º Si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circumstancias.... pena de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos ».

Portanto, apesar da egualdade de penas (no § 1.º) não se dá a reincidencia, porque o mesmo Art. da Lei não foi ferido! (1).

Edificante Lei, a nossa!

Quem commetter o crime previsto pelo § 3.º do Art. 329 do Cod. Pen. (damno com violencia) não reincidirá se roubar, apesar das penas serem as mesmas!

O defeito positivo do conceito que o nosso Cod. empresta á reincidencia deduz-se da preferencia que a moderna escola dá ao criminoso, estudando-o cuidadosamente.

Naturalmente, o individuo que commetter um crime e fôr por elle punido, continuando, posteriormente, a desenvolver sua actividade malfeitora, revela-se de uma *temibilidade* assusta-

(1) Verdade é que as penas não pódem exceder de 30 annos. Só queremos provar a incoherencia, que não desaparece com tal disposição.

dora, qualquer que tenha sido o crime commettido em seguida a condemnação.

E é clara a razão: a pena é dictada como um correctivo, intervindo, junto ao criminoso, a bem da paz collectiva.

Ora, si depois de uma condemnação, um individuo não cura-se de seus máos sentimentos, pelo contrario, continúa a delinquir, embóra de modo differente, segue-se perfeitamente, que o remedio foi de resultado negativo, improductivo.

Verdade é que excluimos do rigor justissimo d'este aserto, aquelles que reincidirem, levados por aquelles phenomenos que contribuem para o enfraquecimento da responsabilidade.

O individuo, por exemplo, que reincidir n'um crime, a cujo commettimento foi levado por um motivo apreciavel, nos limites da physio-psychologia penal, não deve ser equiparado áquelle que egualmente proceder cedendo á maldade dos sentimentos individuaes.

N'este, a intenção é má; continúa a *temibilidade*; n'aquelle embóra a indole, não de todo curada, tenha contribuido para o commettimento do facto, as alterações do todo psychico, ou as proprias autoações exteriores sobre o todo physico, pódem determinar uma certa impossibilidade de *agir bem*.

Parece que já nos fizemos comprehender.

O systema *especial*, bem se vê, é de uma pessima intuição philosophica e sujeita a experiencia aos mais deploraveis resultados.

A continuação de um tal dispositivo da Lei significa pouca attenção que se presta ao meio em que vivemos.

Seja como fôr, é um erro theoretico e um verdadeiro desastre pratico.

Quanto á questão do *intervallo* é muito natural que este não faça desaparecer os effeitos da reincidencia.

Quantos individuos têm existido, capazes de commetter os mais barbaros crimes e que não o fizeram nunca, por falta de occasião?

Bastaria a existencia de um tal dispositivo para que o proprio condemnado,—livre de pena e culpa, pelo cumprimento do castigo legal—, tivesse a paciencia de esperar a passagem do tempo, para vingar-se dos seus punidores....

« A reincidencia, diz Garraud, denota, da parte do agente, a persistencia na vontade de infringir a Lei penal; ella demonstra, além d'isto, a insufficiencia relativa do primeiro castigo para corrigil-o » (1).

Entretanto, a respeito da questão do *intervallo*, este mesmo escriptor refere que.... « a reincidencia, com effeito, não póde existir *permanente*. Porque, se de um lado, a impressão da primeira condemnação diminue e desaparece com o tempo; de outro lado, não é exacto dizer que a advertencia da justiça fosse sem effeito, porquanto, durante um periodo mais ou menos longo de sua vida, o condemnado não commetteu nenhum crime novo.

De modo que, quando escoar-se um certo tempo, sem reincidencia, depois da primeira condemnação, é impossivel affirmar que tenha havido da parte do agente, esta persis-

(1) Garraud, *op. cit.*, vol. II. pg. 300.

tencia no crime e esta inefficacia da repressão ordinaria que motivão o emprego de medidas excepçõaes » (1).

Não tem razão o preclaro escriptor, e somos até de opinião que vae uma certa contradicção nas suas idéas, relativas á reincidencia.

Effectivamente, se *a persistencia do agente* denota a *vontade de infringir a Lei*, como se admittir, que depois de certo tempo, essa persistencia desaparece?

Não. O individuo hoje, na criminologia, está definido.

Se elle foi condemnado por um crime momentaneo, sendo um homem normal, um criminoso de simples occasião, não se deve com facilidade crer na sua perdição.

É verdade que se nos póde objectar que os criminosos normaes por effeito da imitação, pódem corromper-se nas prisões, que, afinal de contas, são fontes tambem de muitos crimes.

Mas, a sciencia moderna, resolvendo o difficil problema da penalidade, sana esta difficuldade.

Quando, porém, tratar-se de um individuo, cujos antecedentes o não recommendem de modo algum, tendo sido, além d'isto, o facto criminoso, porque está sendo punido, cercado de circumstancias tão terriveis, que revelem a sua incensibilidade moral; quando se tractar de um individuo semelhante, pensamos como Gorofalo, que, provada a impossibilidade de adaptação á sociedade, é preciso eliminá-lo absolutamente, porque não é possivel que o poder social

123

(1) Garraud, *op. cit.*, vol. II, pg. 303.

deixe subsistir *uma unica probabilidade*, por mais difficil que seja, de uma reincidencia, em um equal genero de actos monstruosos (1).

Isto é muito claro.

O lapso de tempo passado em estado da bôa conducta no seio da collectividade não significa senão que a pena soffrida, em consequencia do primeiro crime commettido, foi fraca para adaptal-o de todo, adaptal-o *completamente*.

Se abraçarmos a theoria opposta, fazendo desaparecer a reincidencia, depois de decorrido um espaço mais ou menos longo, nos affastaremos do principio em que se assenta a penalidade, que é um remedio social.

Felizmente, o nosso Cod. conceituando a reincidencia, não teve a lembrança de attender a questão do *intervallo*.

Basta, effectivamente, que, para verifical-a, seja preciso ferir o delinquente o mesmo Art de Lei.

Vejamos a ultima questão.

A reincidencia, perguntamos, deve ser considerada como uma simples circumstancia *aggravante* ou como um *crime*?

O Cod. Brasileiro de 1830 considerava-a sómente uma circumstancia *aggravante*, seguindo os mesmos principios o Cod. actual.

O Cod. Pen. Belga segue doutrina opposta: « A reincidencia não constitue uma circumstancia *aggravante* » (2).

(1) Garofalo, *op. cit.*, pg. 408.

(2) Belljens, *Codes Belges Annotés*, pg. 46.

Diz o art. 54 d'esta Lei: « Todo aquelle que tendo sido condemnado á uma pena criminal, commetter um crime punido com rêclusão, poderá ser condemnado a trabalhos forçados de dez a quinze annos ».

Se o crime fôr punido com trabalhos forçados de dez a quinze annos, o culpado poderá ser condemnado a trabalhos forçados de quinze a vinte annos, etc.

O Art. 55 faz semelhantes especificações quando a pena é de detenção. E em taes casos, por exemplo, o crime punido com cinco a dez annos podel-o-ha ser com dez a quinze, etc.

O Cod. Pen. Hespanhol de 1870 diz, no art. 10, « são circunstancias aggravantes: . . . . . »

§ 1.º Ser reincidente.

Ha reincidencia quando ao ser julgado o culpado por um delicto, estiver definitivamente condemnado por outro comprehendido no mesmo titulo d'este Codigo».

Explicando o Art. diz Viada y Vilaseca: « *Ao ser julgado* »

« Tenha-se em mente que para poder-se apreciar a aggravante da *reincidencia* não é necessario que o culpado tenha sido definitivamente condemnado por um outro crime comprehendido no mesmo titulo do Cod. *ao tempo de commetter-se o delicto* porque se o julga, mas sim que basta que o tenha sido ao tempo de dictar-se a sentença.

*Comprehendido no mesmo titulo.* A regra não póde ser mais clara e mais concisa; e para applical-a, não ha mais que ver no mesmo Cod. se o delicto, porque foi anteriormente condemnado por sentença definitiva o culpado, forma ou não

parte do *titulo* em que será comprehendido o delicto porque se o julga actualmente» (1).

O Cod. Pen. Italiano, em capitulo especial, estatuiu no respectivo Art. 80, « que a pena nunca poderá ser reduzida ao minimo em favor do individuo, que, já condemnado, se tornar culpado de uma nova infracção, todas as vezes que a reincidencia tiver logar no espaço de dez annos a contar do dia em que a primeira condemnação estiver soffrida, se sua duração fosse superior a cinco annos». Seguem-se outras regras que explicão os casos em que a reincidencia agrava a penalidade. Além de outras differenças do nosso Cod., o modo de interpretar os crimes da mesma natureza é mais criterioso e mais philosophico (2).

A Lei franceza estabeleceu «que o individuo tendo sido condemnado á uma pena afflictiva ou infamante e reincidir

1 Vidal y Vilaçeca, *Cod. Pen. Hispanol de 1870, 1.ª vol., pag. 315.*

(2) Art. 82. Para a interpretação da Lei penal, considerar-se-hão como crimes da mesma natureza, não sómente os que infringirem uma mesma disposição de Lei, mais ainda os que forem previstos em um mesmo capitulo do Cod. e os que partirem da seguinte classificação:

- a) Delictos contra a segurança do Estado;
- b) Delictos commettidos pelos funcionarios publicos, quer na violação dos deveres inherentes a seu emprego, quer abusando de suas proprias funcções;
- c) Delictos contra as liberdades politicas e a liberdade dos cultos; abusos dos ministros do culto no exercicio de suas funcções, delictos commettidos contra os funcionarios publicos em rasão de suas funcções e todos os outros delictos contra a Administraçõ publica commettidos por particulares; delictos contra a ordem publica;
- d) Simulação de uma infracção, calumnia, falso testemunho e prevaricação;
- e) Delictos contra a tranquillidade publica;
- f) Delictos contra os bons costumes e os direitos da familia, previstos pelo art. 331 a 348;
- g) Homicidio e crimes contra as pessoas;
- h) Roubo, rapina, extorsão, vingança, estellionato e outras fraudes; appropriação fraudulenta, furto, banca-rola fraudulenta, delictos previstos pelos arts. 203 a 206, 224, 256 a 260, 293 a 299, 319 a 322 e 326, homicidio e crimes contra as pessoas commettidos com fim de lucro. Note-se, além d'isto, que este Cod. reconhece a reincidencia dos crimes dolosos e culposos, estes com aquelles; em condemnações pronunciadas por Tribunaes exclusivamente militares e por Tribunaes estrangeiros.

em crime punido principalmente com degradação civica, será, banido.

Sendo o segundo crime punido com banimento, será condemnado á detenção; se fôr punido com reclusão, será condemnado a trabalhos forçados a tempo; se fôr punido com detenção, será condemnado no maximo d'este, podendo a mesma ser elevada até o duplo; se fôr punido com trabalhos forçados a tempos, será condemnado ao maximo da mesma pena, podendo a mesma ser elevada até o duplo; se fôr punido com deportação, será condemnado a trabalhos forçados para toda a vida; sendo punido com esta pena, será condemnado, reincidindo, com pena de morte.

Todavia, o individuo condemnado por um Tribunal militar ou maritimo, não será, em caso de crime ou delicto posterior, passivel das penas de reincidencia, salvo quando a primeira condemnação tiver sido pronunciada por crimes ou delictos puniveis depois das leis ordinarias» (1).

(1) Posteriormente, a Lei de 27 de Maio de 1885 estatuiu, no Art. 4.º: Serão degradados os reincidentes que, em qualquer ordem que seja, e em um intervallo de dez annos, não comprehendida a duração de toda a pena soffrida, incorrerem nas condemnações enumeradas nos paragraphos seguintes:

§ 1.º Duas condemnações a trabalhos forçados ou á reclusão, sem que estejam derogadas as disposições dos §§ 1.º e 2.º do Art. 6.º da Lei de 30 de Maio de 1854;

§ 2.º Uma das condemnações enunciadas no paragrapho precedente e duas condemnações, quer a prisão por factos qualificados crimes, quer a mais de tres mezes de prisão por:

Ruobo;

Estellionato;

Abuso de confiança;

Ultrage publico ao pudor;

Excitação habitual dos menores á devasidão;

Vagabundagem ou mendiciedade por applicação dos Arts. 277 e 279 do Cod. Penal;

§ 3.º Quatro condemnações, quer á prisão por factos qualificados crimes, quer a mais de tres mezes de prisão pelos delictos especificados no § 2.º acima;

§ 4.º Sete condemnações, das quaes duas, no menos, previstas pelos dous paragraphos precedentes, e as outras, quer por vagabundagem, quer por infracção da inter-

Vêm-se ahi as differenças existentes quanto á materia.

Emquanto, alguns Cods., como o nosso e o Hespanhol, apontão a reincidencia como *aggravante* dos crimes, outros dão-lhe outro conceito, como vimos.

De todos, o mais incompleto e mais desastrado foi o nosso, porque mesmo quanto á interpretação *dos delictos da mesma natureza*, violentamente restrictos, entre nós, o Cod. Hespanhol ampliou, estabelecendo a reincidencia quando fosse ferido um Art. do *mesmo titulo*, em que proferiu-se a primeira condemnação.

Todavia, a questão é outra: a reincidencia deve constituir um *crime capital*?

O que está plenamente provado é que o individuo reincidente é um *temível* de cuja adaptação nada se póde seriamente esperar.

A regra geral deve ser, em taes casos, devida e criteriosamente apreciados, a segregação absoluta do delinquente do meio social.

Naturalmente, uma Lei sabia simplificará os casos, em geral, para facilitar a repressão penal.

A reincidencia contribue poderosamente para demonstrar o gráo de perversidade do delinquente.

A natureza do factó, o movel do crime, as circumstancias

dicção de residencia significada pela applicação do Art. 19 da presente Lei, com a condição de que duas d'estas outras condemnações sejam a mais de tres mezes de prisão.

São consideradas como pessoas sem occupação e serão punidos com as penas edictadas contra a vagabundagem, todos os individuos que, quer tenham ou não um domicilio certo, não tirão habitualmente sua subsistencia senão do factó de praticar ou facilitar na rua publica o exercicio de jogos illicitos, ou a prostituição de outrem.

que o cercão, os precedentes do individuo, tudo isto deve entrar em linha de conta.

N'uma palavra : a reincidencia, em todos aquelles casos em que deixar ver a possibilidade da cura do character do individuo deve ser *aggravante*.

Ao crime, cuja pena, no maximo, fôr dez annos de prisão, por exemplo, augmente-se a metade.

Sempre, porém, que a reincidencia demonstrar completa inadaptabilidade do individuo, segregue-se-o para sempre da collectividade.

Detidamente consideradas as circumstancias que acima enumeramos, parece que a questão fica perfeitamente resolvida.

A prudencia e o criterio dos distribuidores da Lei, supprirão os claros que, de momento a momento, pôdem surgir.

Devemos deixar passar o que a theoria refere a respeito do « *Caxier Judiciaire* ».

Os conceitos que ficão expostos dão idéa da animação que a reincidencia presta á criminalidade.

Para os effeitos praticos, é bôa medida um systema criterioso de identificação.

N'este ponto a anthropometria representa um papel importantissimo, devido aos esforços do Dr. Alphonse Bertillon, cujo processo, parece, vae se introduzido em a nossa organização policial, por uma Lei que actualmente discute o corpo legislativo.

Não deve ser esquecida de modo algum a prova da condemnação anterior, para evitar os excessos a que chegão, as presumpções em taes casos.

Naturalmente, ao ministerio publico cabe taes investigações. As outras providencias tomadas no « *Cazire Judiciaire* », como nomes, pronomes, idade, a data respectiva, logar de nascimento, etc., etc., uma Lei póde com facilidade explicar.

Essa providencia deve ser tomada já.

Não é possivel que nos contentemos com o *ról dos culpados*, eivado de faltas e incompleto.

A reincidência merece na pratica da vida uma attenção extraordinaria, porque por ella, é que, mui principalmente, os criminosos manifestão a sua temibilidade, tornando-se completamente inadaptaveis á vida commum.

No entretanto, o nosso atrazo continúa no laconismo criminoso de um Cod. que pune crimes!

Os *germens primordias*, que compõem a primeira parte d'este livro, dão vida á reincidencia; mesmo os de segunda ordem, os *secundarios*, alguns d'elles, animão-n'a com seus effectos praticos.

Precisa ser provada a asserção lançada?

Olhemos para o jury; consultemos os pobres, mas eloquentes dados que examos n'este livro e perguntemos se, a metade d'aquelles réos, absolvida violentamente, delinquindo posteriormente, é reincidente?

É assim, effectivamente. O criminoso, cuja indole incorrigivel se manifesta por actos continuados de requintada selvageria, todas as vezes que a justiça popular cobril-o com a bandeira de sua criminosa misericordia, não é um reincidente?

O individuo que manifestar a intenção de commetter um crime e não o fizer por impossibilidade absoluta de meio

ou de objecto (que não é crime para o nosso Cod.) e posteriormente assassinar alguém, não é um reincidente ?

Não! É preciso que se reforme a reincidencia que atesta tristemente o atraso que se quer impôr violentamente ao povo brasileiro.

O mesmo veremos quanto á prescrição *da acção*, por isso que não tendo havido condemnação, não ha reincidencia.

É preciso que deixemos consignado n'este estreito estudo uma impressão tristissima que sentimos: ainda reformado o nosso Cod., sobre a materia, ampliando o conceito dos delictos da mesma natureza e corrigindo os outros defeitos apontados, a reincidencia será, mesmo assim, difficilmente praticada.

O jury absolvendo erradamente, a prescrição da acção, o perdão do offendido, tudo isto trar-lhe-ha difficuldades.

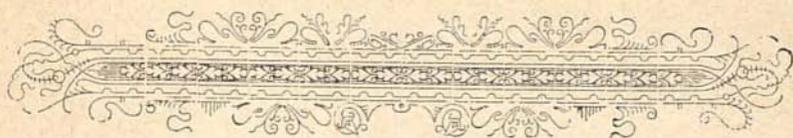
D'ahi tira-se uma conclusão logica: a nossa Lei é tão defeituosa que precisa de uma reforma radical.

Effectivamente, ha uma seria e notavel ligação, para os effeitos praticos, entre todos estes institutos juridicos, de modo que a reforma dos estudados na segunda parte será improficua, até certo ponto, se a dos contemplados na primeira não fôr tambem reformada.

É preciso que se elimine o jury, que a intenção criminosa seja punida, que a prescrição, embóra germen de segunda ordem, se baseie em dados mais criteriosos para que a reincidencia seja praticavel com bons resultados.

Com egual apreciação, chegar-se-ha a verdade que expendemos acerca do assumpto dos outros escriptos.





## VIII

# Nullidades processualisticas

Continuemos no mesmo posto: mostremos os defeitos, esclareçamos as lacunas, para que elles tenham o devido correctivo.

O nosso estudo agóra não vae ser feito nos terrenos bellos e agradaveis da philosophia, mas na esterilidade da pratica, que é, incontestavelmente, bem infeliz, bem incoherente.

Vamos ver os perigos que advêm á sociedade do exercicio da justiça, que se submete cegamente ao *elemento externo* do direito, os *regula juris*, exaggeradamente observadas.

Esta questão, não ha duvida, scandalisa a todos aquelles que ainda seguem os principios da escola metaphysica, como a freira que na *clausura* observa as regras que lhe dão as «Horas Marianas» e o vigario da freguezia.

Mas, não nos faz esmorecer o mathematico desagrado em que vamos incorrer da parte d'elles: é tempo de rompermos

esse *ceremonial* entregando suas cinzas ao consumo dos ventos que soprarem para o passado.

Na actualidade scientifica, na actualidade philosophica os velhos chayões da escola classica devem ser despresados.

Falando da crise que atravessa entre nós o direito penal, disse sensatamente o Dr. Viveiros de Castro, no prefacio da *Nova Escola Penal*: «Os nossos magistrados reduziram o direito penal a uma formalistica redicula de chicanas e rabulices; e graves e serios, como os Gregos do baixo imperio, discutindo a essencia da luz que allumiou Christo na transfiguração do Thabor, elles annullam um processo porque não consta dos autos ter o beleguim tocado o badalo ao abrir a audiencia ou não ter o escrivão copiado os termos do formulario com todos os seus pontos e virgulas » (1).

Realmente, é tal o exaggero na observancia do *ceremonial* processualistico, que a expressão do Dr. Viveiros de Castro tem todo cabimento, pois, nem mesmo os metaphysicos, offendidos *impiedosamente* no recato da sua pudicicia, quererão protestar contra o inconveniente da exigencia observatoria dos *pontos e virgulas* do formulario.

O sectario da theoria positivista do direito penal, que quizer destrair as idéas não precisa mais recorrer aos almanaks e ás estantes de livros humoristicos: basta abrir um processo em que tenham trabalhado advogados.

Os que não têm direito algum, procurão faltas as

(1) Viveiros de Castro, *op. cit.*, pg. 9.

mais insignificantes, as subtilezas as mais irrisorias e improcedentes, apresentando-as ao Juiz julgador, como essencias ao feito, que é *nullo de natureza*.

Os rabulas, principalmente, verdadeira praga de que é contaminado o foro de toda a Republica Brasileira, primão por apresentar nullidades, muito embóra escape-lhes o cuidado de sustental-as nos termos de direito.

E o que é verdade, é que, por factos que não têm o minimo valor pratico, nullifica-se um processado, que, segundo a regra geral, não é mais nunca proposto, ficando muitas vezes impune um criminoso, cuja *temibilidade* bem precisava de ser punida pela Lei.

A repressão que, aliás, deve ser com o maximo interesse desenvolvida, encontra em semelhante anachronismo, um escolho, que a difficulta, que a abala seriamente.

Não é cêdo absoluctamente para cuidarmos em corrigir taes lacunas que, devidamente examinadas, nos offerecem um resultado tristissimo na distribuição da Lei e da justiça.

Estas nullidades, em geral, são creadas e estabelecidas pelos respeitaveis julgamentos dos tribunaes superiores, não sendo isto razão plausivel para que se não legisle no sentido de methodisal-as, pois que, entregues ao arbitrio, em grande numero de casos, tornão-se uma medida imprudente, uma facilidade que deve ser correcta.

As paixões humanas só se tornão impotentes diante da Lei: esta, portanto, deve sempre prevenil-as, nada deixando ao seu arbitrio.

Por exemplo, constitue nullidade de um processo a falta

da qualificação do réo nos termos do Art. 171 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, muito embóra o seu interrogatorio, tenha sido feito na formação da culpa (1).

Ora, a que vem annullar-se um processo pelo facto do réo não ter sido qualificado, quando foi intimado e assistiu ao depoimento das diversas testemunhas, tendo a palavra para contestal-as?

A qualificação, como sabem todos, consiste tão sómente, na indagação do nome do réo, sua filiação, profissão, idade, e naturalidade.

Ora, estas respostas se encontrarão no interrogatorio do mesmo, fazendo desapparecer toda e qualquer necessidade pratica d'aquella formalidade.

Não vemos, por mais que o queiramos, uma razão plausivel que sustente a procedencia de semelhante nullidade.

É tambem nullidade não ter sido feita pelo presidente do tribunal do Jury a verificação das cedulas, publicamente, a sua contagem e reposição na respectiva urna (2).

A Lei, effectivamente, manda que o Presidente do Jury, antes da chamada dos jurados, proceda á verificação das cedulas que contêm os nomes dos sorteados para servirem na respectiva sessão.

Mas, não vemos razão alguma para que a omissão de semelhante formalidade dê logar á annullação do julgamento, uma vez que se verifique dos autos respectivos que os tramites principaes correram sem defeito.

(1) Carlos Ottoni, *Nullidades do Proc. Crim.*, pg. 19.

(2) *Ibidem, ibidem*, pgs. 41 e 42.

Não pára, porém, ahí a observancia exaggerada do elemento externo do direito, do *ceremonial* processualístico, porquanto, para não apontar outros factos, firmou-se já um julgado (sendo hoje jurisprudencia) em que ficou estabelecida nullidade por não ter sido lavrado o termo de verificação das cédulas, embóra a razão dada pelo escrivão de ter sido o processo julgado n'esse mesmo dia (1).

Ora, comprehende-se que maior despotismo pratico não póde absolutamente existir.

Tambem é arguido de nullidade o facto de não constar ter-se feito a chamada dos jurados (2); haver interferido no julgamento um jurado que funcionou como perito no auto de corpo de delicto; ter o Juiz de Direito, depois de formado o conselho, dissolvido este, por haver-se reconhecido que fazião parte do mesmo dous cunhados, quando devia ter substituído a um d'estes, tornando assim incompetente o segundo conselho (3); intervir no julgamento como membro do Jury de sentença um dos peritos do exame de sanidade (4); faltar a assignatura de duas testemunhas no interrogatorio do réo perante o Jury, com inobservancia do que dispõe o Art. 99 do Cod. do Proc. Crim. (5); ser o interrogatorio assignado por uma e não por duas testemunhas, não sabendo o réo escrever, contra o dis-

(1) Carlos Ottoni, *op. cit.*, pg. 48.

(2) *Ibidem, ibidem*, pg. 47.

(3) *Ibidem ibidem*, pgs. 53 e 54.

(4) *Ibidem, ibidem*, pg. 58.

(5) Carlos Ottoni, *op. cit.*, pg. 65.

posto no Art. 99 do Cod. do Proc. (1); e outros muitos, que seria penoso citar.

Se a Lei ou a jurisprudencia tem admittido semelhantes concessões pelo facto ultra-generoso de só ser condemnado o réo, depois de passar por todos os cadinhos da misericordia publica, negamos-lhe toda a razão, porque, antes de tudo, precisamos considerar, que no jury, no plenario, além dos circumstantes e dos jurados, durante a sessão, se achão presentes o representante do ministerio publico, para defender os interesses sociaes, e o advogado do réo, para amparal-o.

A ambos incontestavelmente incumbe o dever serio de fiscalisar os interesses de seus constituintes.

Ora, se assim é, que razão ha para annullar-se um julgamento, por não terem assignado o interrogatorio do criminoso duas testemunhas; ou não ter o Juiz de Direito procedido á verificação das cedulas?

O Promotor e o advogado não fizeram suas recusações regularmente?

Se sairem nomes extranhos, a propria opinião publica, além das partes, não tem o direito de protestar, corrigindo-se immediatamente o erro? Certamente.

Estes factos notão-se muito principalmente nos poucos casos de condemnação dictados pelo Grande Jury.

Na sua exaggerada bondade, a jurisprudencia e a propria Lei concedem que, por uma levissima falta, por uma subtileza sem o minimo valor pratico, o réo seja submettido a novo julgamento,

(1) *Ibidem, ibidem*, pg. 65.

muito embóra o primeiro esteja de accôrdo com o direito, sujeitando, assim, a segurança social á possibilidade quasi sempre realisavel, de ser o criminoso absolvido e..... sem recurso, muitas vezes, da parte da justiça.

A Lei n. 15 de 15 de Julho de 1892 não deixou de lançar as suas vistas para uma parte do terreno que agóra pisamos.

É assim que no respectivo Art. 237 estabeleceu que «ficão abolidos por obsolêtos os termos e abreviaturas, até agóra usados nos papeis judiciarios, pedindo a distribuição da justiça, ou o reconhecimento do direito, por mercê».

Entretanto, somos forçado a confessar que esta disposição é o que se chama uma verdadeira *lettra morta*, pois não ha, entre nós, um só papel que não vá com os sacramentos do costume.

Em geral, para os nossos requerentes o — E. J. —, o — E. S. N. —, o — E. S. P. —. etc., etc., figuram como o «*deo gratias*» dos sachristães.

Já ouvimos de um collega que no fôro da capital da Republica é muito differente o modo de proceder dos advogados e demais pessôas que requerem perante os respectivos juizos.

Entre nós, absolutamente, não: a cousa é feita sob a velha bandeira da formalistica, que tudo aproveita, por muito futil que seja.

\*  
\* \*

Do reconhecimento de certas nullidades pela inobservancia de muitos das *regulae juris*, sem valor pratico, resulta muitas vezes a impunidade de muitos criminosos.

É uma triste verdade: o processado que fôr, no final da

instrucção, annullado, não será jámais renovado, muito embóra as nossas leis facultem esse direito.

Entretanto, esse factó não se verifica sómente da parte da justiça, do ministerio publico.

Imaginemos que n'um crime dado foi ferido gravemente um individuo, cuja bolsa se não tem muito, tem, todavia, o bastante para satisfazer ás despezas de um processo: confia a sua causa a um advogado, que, por uma falta, muitas vezes sem importancia, vê o processo nullo.

O ministerio publico não intervindo, e a victima não querendo ou não podendo gastar novamente uma quantia, relativamente importante, não fica impune o criminoso?

É o caso dos responsaveis pagarem..... se tiverem com que.....

É preciso reformarmos as nossas leis a respeito, ou então, prevenirmos, por disposições claras, os excessos, os exaggeros da generosidade da nossa jurisprudencia.

O advogado de um réo que, por ventura, acompanhar a instrucção do respectivo processo, só esforça-se por ver o processo nullo, porque sabe que outro, como é geral, não será levantado, não será proposto.

A rabulice a mais ignorante triumphá muitas vezes n'estes casos e assim a impunidade vae se tornando uma tristissima verdade.

Não queremos o absolutismo: á todos os actos da vida humana deve presidir uma media dos elementos precisos para o bom effeito dos mesmos.

O processo deve ter suas regras e estas regras devem

ser observadas. Compreende-se, entretanto, que ellas não terão todas a mesma importancia: a necessidade da citação do réo para assistir ao depoimento das testemunhas arroladas, não se equipara nem se póde absolutamente confundir com a falta de qualificação do mesmo na instrucção do processo; a assignatura do Juiz em todos os actos, não se póde equiparar á falta de rubrica nas folhas do processo, e assim por diante.

Certas regras são necessarias para evitar a confusão e até a improbidade de quem quer que seja. Subtilezas, porém, sem importancia pratica, estas não devem prejudicar absolutamente os effeitos da repressão.

O arbitrio da autoridade deve ter o menor circulo de acção possível.

Devemos distinguir dous momentos na personalidade humana quanto á Lei: o momento em que ella é *elaborada* sujeita ás discussões dos competentes, sem interesse algum, e o em que é *applicada*.

Alli as paixões não chegam quasi nunca, ao passo que aqui não se dá o mesmo.

Não é um ataque aos juizes, aos quaes estamos costumado a defender; é a affirmacção de uma possibilidade, a que está sujeito o individuo da sociedade.

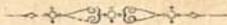
O prestigio ao direito dos fracos póde ser uma verdade, sem tornar-se precisa a exigencia da formalistica subtil e incoherente.

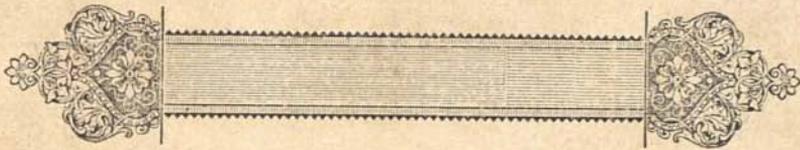
A defeza dispõe de muitos outros recursos e não deve-se-lhe conceder favores que facilitem a impunidade.

O espirito observador que se dedicar ao estudo esteril

da *chicana forense*, comparada com as *regulae ceremonial* processualistico, muito encontrará para escrever volumes e volumes, que terião a vantagem de comprovar seria e irrecusavelmente o triste atrazo em que nos achamos e as difficuldades com que lucha a repressão para o seu regular desenvolvimento no seio da communhão social.

Repetimol-o: não somos absolutistas, mas rigoristas, a bem da justiça e do direito.





## IX

### Ensino penitenciario e de anthropologia criminal

Eis mais uma questão ventilada no seio do direito moderno e cuja solução parece que será o reconhecimento da necessidade de introduzir-se no curso juridico-social o estudo das sciencias, acima referidas, obrigado o lente a acompanhar até as casas de prisão os seus discipulos para ensinar-lhes os differentes meios de estudar-se o individuo criminoso.

É tempo, não resta duvida, de nos convencermos de que o curso, pode-se dizer, meramente theorico, como hoje existe, não offerece vantagens á intellectualidade do individuo nem ao desenvolvimento social.

Perdoem-nos os nossos distinctos collegas, que cursão as academias de direito, não os censuramos; confessarmos uma tal verdade importa uma censura, esta tambem nos attinge, porque ha apenas dous annos que somos diplomado e do curso

saimos em condições bem precarias, em as quaes, infelizmente, nos achamos ainda hoje.

Nem culpados são tambem os lentes: encontramos, pelo menos, em nossa academia homens escrupulosos no cumprimento de seus deveres, e cujo empenho, em transmittir os conhecimentos da respectiva materia a seus discipulos, era sempre o mais dedicado, o mais decidido.

Não são culpados os mestres e muito menos o são os discipulos: a *maxima culpa* vem de cima, vem dos altos poderes, que encarregados pelo povo de legislar, offerecem á mocidade reformas de cursos superiores, pouco felizes, ás vezes, ou, mais francamente, quasi sempre.

Pela refórma de Benjamin Constant, do grande brasileiro, do fundador da Republica, na segunda serie de sciencias juridicas estudavão-se as seguintes materias:

- a) Direito Romano;
- b) Direito Civil (das pessãoas);
- c) Direito Commercial (terrestre);
- d) Direito Criminal (incluindo o direito militar).

Na terceira serie as seguintes:

- a) Medicina Legal;
- b) Direito Civil (das cousas);
- c) Direito Commercial (maritimo).

Na primeira serie o estudante era obrigado a fazer exame de philosophia e historia do direito (como é ainda hoje), o que quer dizer que era, mais ou menos, obrigado a estudar na primeira serie, todo o curso juridico.

Quantas vezes ouvimos os mestres dizerem que era impos-

sível exigir-se muito de um moço que n'uma serie só, estudava quatro materias, algumas das quaes constituição, por si, estudo exclusivo para um anno lectivo!

E qual era o resultado de tudo isto?

O mais triste que se póde imaginar.

Na cadeira de direito penal, apesar dos esforços que empregava o inditoso mestre e o bom e extremoso amigo Dr. Cyridião Durval, tão prematuramente roubada á gloria e ao futuro do Brazil—, a parte de direito penal militar não era nunca explicada.

Era pouco o tempo para aprender-se que cessa a responsabilidade ao mandante quando o mandatario se exhime de commetter o facto criminoso; que não é punivel a tentativa do crime por inefficacia absoluta dos meios ou do objecto de que se servio o delinquente; que os crimes prescrevem e as condemnações tambem em tempo determinado; que o falsario condemnado a quem faltar papel e pena, na prisão, para pôr em pratica o genero de sua actividade, bem procedido, por tanto, póde ser livre condicionalmente, se já tiver cumprido uma parte da pena, de modo que, para o seu inteiro cumprimento, faltasse, apenas, dous annos; que o individuo que commetter o crime com idade inferior a 21 annos, tem em seu favor uma circumstancia attenuante; que os crimes, cuja penalidade fôr de tres annos e mezes de prisão cellula são affiançaveis, e que os seus autores podem soltos livrar-se; que o pae de familia pobre, mas não miseravel, que, entretanto, não póde com o pêsso das despesas de um processo criminal, ha de suppor-tar o ultrage feito á honra de sua filha e tragar em silencio

o fêl de sua dôr, não podendo, se quer, affrontar a cara do moço rico que o offendeu, porque este o mandaria para a cadêa, em vista da desigualdade de condições; e, finalmente, que não são criminosos os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento sevil, forem *absolutamente* incapazes de imputação.

O tempo era pouco para aprender-se tudo isto, e o mestre, apesar de adoptar as idéas modernas, em geral, tinha bastante razão em nos ensinar todas estas questões, porque a Lei só cogitava d'ellas.

O que é verdade, é que o pobre moço vae de uma academia, encontrando, ás vezes, difficuldades em formular a mais simples das petições!

Se essas difficuldades elementares não chegaram até nossa individualidade foi porque amigos nossos e de nossa familia incitirão-nos sempre ás luctas da tribuna forense, ao arrazoa-mento de questões de pouca importancia, etc.

Aos treze annos de idade, como dissemos já, fomos advogado: defendemos perante o tribunal do jury um velho de 65 annos, supposto mandatario da morte de um chefe politico.

Aquelles, porém, que se esquecem de fazer os primeiros ensaios, antes de diplomados, a verdade é dura, entrão na vida publica ás cegas, inteiramente, e a mais irrisoria de todas as subtilizas, a mais passageira futilidade, assemelha-se-lhes á uma das questões de maior pezo scientifico e profundidade pratica.

No fôro criminal fala-se de queixa, de denuncia, de promoção, de libello, e, quantos não encontrão serias difficul-

dades em formular cada uma d'estas partes do processo crime ?

É preciso confessarmos: tudo isto é uma verdade.

A refórma do ensino deve ser feita sempre com grande cuidado e após um largo tempo de *observação*.

Eis ahi porque sustentamos que a *observação* deve existir em todas as refórmas, que ella deve ser a pedra angular de cada uma.

Imitar o que se faz além, porque é bonito, ou porque o paiz que instituiu a refórma tem fóros de civilisado, é um erro muito serio que deve ser sanado.

A refórma a mais sábia, a mais applicada é aquella que se elabora de accôrdo com a indole do povo, de suas necessidades no momento.

Realmente, occupar-se a recta-guarda é não adiantar-se cousa alguma, é determinar-se o estado estaccionario; fazer-se mais do que é preciso, é não aproveitar-se nada, pelo estado de inaptidão relativa.

A refórma, qualquer que ella seja, finalmente, deve ser toda relativa, toda proporcional.

Mas, voltemos á questão do ensino penitenciario e de clinica criminal.

Como vimos, o ensino do direito penal nas academias é precario: dissemos, e com razão, que a parte do direito penal militar era inteiramente esquecida e que as questões estudadas limitavão-se aos chavões da escola classica.

Hoje não o é menos, e muito embóra a refórma moderna se

nos apresente com uma outra feição, estes males ainda não desaparecerão.

Hoje não o é menos, repetimos, muito embóra, ao lado do direito penal, como cadeira especial, se estudem os *systemas penitenciarios*.

Mas, a que vêm tantas materias, feitos os respectivos estudos nas salas das faculdades, sem que os lentes sejam por disposição de Lei, obrigados a levar os seus discipulos ás casas de prisão para que esses possam ver na pratica o que lhe disser a theoria?

Amanhã, na vida publica, encarregados de julgar, quantos juizes, bem intencionados, aliás, não se deixarão inconscientemente arrastar pela singelêza e continua affirmação de um deliquente, que se disser victima de um engano, de uma accusação injusta, por falta de conhecimentos praticos, os quaes lhes poderiam ser familiares, desde os tempos academicos?

«A materia das sciencias penitenciaria e carceraria, diz Lombroso, é mais complicada e mais susceptivel de ensino que todas as outras.

Antes de tudo, continúa elle, se tomarmos em consideração a architectura das prisões, não sabemos ainda como se deve construir uma cellula ou um *atelier* que sendo inteiramente economico, não prejudique á saude e permitta ao individuo n'ella detido se occupar utilmente, sem estar exposto a depravação que o regimen em commum dos criminosos leva após si.

Semelhante cellula e semelhante *atelier* não existem ainda e não se sabe até agóra como se deverão modificar as

construcções das casas de correcção, das prisões para mulheres e das casas de detenção, nas quaes os indiciados innocentes ou culpados passam uma phase de transição..... Mas ha um estudo mais importante ainda, porque elle interessa a administração carceraria e a administração penal: eu quero falar do estudo do homem criminoso. Acreditava-se nos tempos antigos que se podia estudar a molestia em logar do doente, o crime e não o criminoso.

É inutil dizer quanto isto tem sido prejudicial, porque o mesmo crime pôde ser commettido por paixão, em um accesso de delirio, em consequencia de um vicio innato, e segundo os casos, são precisas penas especiaes. A lucta inutil, e o que é peor, inutilmente custosa, que se tem sustentado até o presente contra o crime, cuja reincidencia vae sempre augmentando, serve para demonstrar o effeito de nossos erros.

Abstraida mesmo esta falta, a necessidade do estudo do criminoso se impõe em obediencia ás velhas maximas das sciencias carcerarias. E é graças á ausencia d'este ensino que os juristas e a maior parte dos empregados carcerarios olhão os criminosos como homens inteiramente normaes, feridos por uma má sorte» (1).

Henrique Ferri, estudando a instrucção criminal, diz, que os estudantes de direito deverião ser admittidos ao que M. Ellero chama « uma clinica criminal », isto é, ás visitas scientificas e ás observações methodicas sobre os detidos, segundo esta proposta de M. Tarde, que o primeiro congresso

(1) Lombroso, *Anthropologia Criminal*, pgs. 177, 179 e 180.

de anthropologia criminal approvou com a ordem do dia Moleschot e Ferri: « O Congresso, coherente com a tendencia scientifica da anthropologia criminal, exprime o voto que a admistração das prisões, adoptando as precauções necessarias para a disciplina interior e para a liberdade individual dos prisioneiros condemnados, admitta ao estudo clinico dos criminosos os professores e estudantes de direito penal e de medicina legal, sob a direcção e responsabilidade de seus professores, com preferencia sob fórma de sociedades de padroado dos prisioneiros e dos livrados das prisões » ( <sup>1</sup> ).

A opinião de Ferri não se limita, porém, a julgar só para os estudantes a bondade d'esta *clinica*: « Dever-se-hia instituir uma escola especial para os agentes de policia judiciaria, do mesmo modo que para os guardas de prisões, para haver agentes (*detectives*) distinctos não sómente por suas disposições pessôaes, mas tambem por seus conhecimentos de biologia e psychologia criminal » ( <sup>2</sup> ).

O eminente Tobias Barretto inspirado no escripto do Dr. Rudolf Heinze, professor na Faculdade Juristica da Universidade de Heidelberg, em que sustentou que « as Faculdades devem entrar com a sua parte de actividade para a formação do direito, não, de certo, como tribunaes, que profirão sentenças, mas como corpos scientificos, que merecem ser ouvidos, quer no interesse da mesma sciencia, quer para o fim de desenvolver o capital juridico das nações » ( <sup>3</sup> ), disse que não

( 1 ) Lombroso, *op. cit.*

( 2 ) Ferri, *op. cit.*

( 3 ) Tobias Barretto, *op. cit.*, pg. 250.

dava muito pela sciencia das nossas Faculdades e que de muito menos valor lhe parecia o traquejo rude e grosseiro dos nossos tribunaes, onde Themis e Minerva se beijão, porém brigão e esbofeiteão-se » (1).

Esquecendo o excesso de rigor de que se servio o grande mestre para com as corporações docentes de nossas escolas superiores, o que não ha duvida, o que não dá logar a contestação é a these de que as faculdades devem concorrer para a formação do direito.

D'ahi, a necessidade do methodo criterioso na distribuição do ensino; d'ahi os exercicios da pratica ao lado da theoria.

Votamos pelo estudo dos systemas penitenciarios, acompanhado, porém, « da *clinica criminal* » na expressão de Ellero.

A habilitação dos juizes seria inquestionavelmente mais séria, mais digna de apreciação e, portanto, os resultados praticos, quanto á repressão, serião de muito mais efficacia.

Lombroso, o chefe da escola moderna, propõe o seguinte systema, sobre o ensino da instrucção criminal:

a) « Uma parte theorica sobre as leis, ordenações e regulamentos carcerarios, sobre os typos de cellulas, moveis, etc.;

b) Um estudo de estatistica criminal, theorias penaes, livramento condicional, padroado, etc.;

c) Estudos de anthropologia criminal e de psychiatria sobre os criminosos;

d) Uma outra parte toda pratica consistiria em um

(1) *Ibidem*, pg. 251.

exame directo dos logares de detenção, das cellulas, etc., sob os olhos dos directores, dos vice-directores e dos professores » (1).

Ha necessidade de todas essas refórmãs, e não resta duvida que as alcançaremos hoje ou amanhã, quando as irregularidades da repressão, ao lado das faltas por que fôr passando a communhão social, se manifestarem de tal modo, que os legisladores comprehendão que todo o adiamento, toda a demora é perigosa.

As idéas novas apparecem sob as gargalhadas sarcasticas dos intranzigentes da sciencia.

Os seus autores, muito embóra cercados de prestigiosos adeptos, são logo chrisrnados de *hereges*, por mais que se expliquem.

Por mais que se lhes diga que « a sciencia acaba onde começa a fé » ; por mais que se os queira convencer de que « a idéa de uma força immaterial, creando, a principio a materia, é um artigo de fé, que nada tem de commum com a sciencia humana » (2); elles de cousa alguma se convencem, e enlevados na immutabilidade das cousas, dormindo o somno eterno da innocencia metaphysica, fazem repetidas vezes o signal da cruz, com mêdo que estas idéas da *mocidade corrompida vão perverter as suas cans, os seus janeiros*.

Nada, porém, mais injusto.

As theorias correntes, dando continuamente resultados os

(1) Lombroso, *op. cit.*, pg. 185.

(2) Hukei, *Historia da criação dos seres organisados*, pg. 7.

mais negativos, cederão, por certo, no corpo das legislações os logares que occupão.

No estudo seguinte veremos, com maior clareza, as vantagens de taes observações escolasticas, tractando da divisão dos juizes em *civis* e *criminaes*.

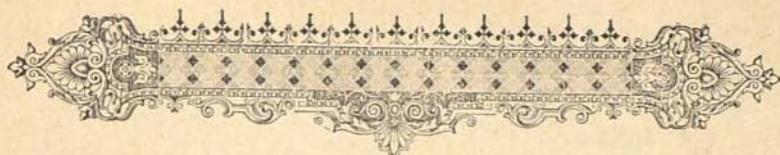
O que não é, nem póde ser mais tolerado, é que saião das nossas academias dezenas de moços que desconhecem os mais rudimentares principios da *psychologia* criminal, da *biologia*, etc., sendo amanhã competentes para o julgamento de individuos, cujos crimes se cercaram de taes circumstancias, que só devem ser apreciados por pessoas outras de habilitação reconhecida.

Na estreiteza legal de serem chamados os peritos para dizerem sobre um facto dado, não existe, de modo algum, o remedio para taes males.

E, entretanto, não é uma cousa difficil de praticar-se, por isso que uma pequena modificação no Cod. Superior da Instrucção, traria os melhoramentos de que nos temos occupado.

Não ha consolação possivel para o facto de vivermos no tempo actual recebendo os pallidos reflexos da *metaphysica*, dando inteiro desprezo aos raios brilhantes das magestosas investigações da *philosophia* moderna.





### XIII

## JUIZES CIVIS E CRIMINAES

A nossa falta de traquejo em questões de grande fundo scientifico nos desanima notavelmente quando pensamos em escrever um livro.

No entretanto, lendo as paginas de ouro que os mestres têm escripto, sob o conceito moderno do direito, perfilhando humildemente as suas idéas, nos revestimos de coragem, emprehendendo um trabalho de publicação, porque sentimos que a nossa responsabilidade fica assim plenamente dividida.

Não é pequena a ouzadia, bem o sabemos, mas, já declaramos mais de uma vez: os nossos commettimentos scientificos são feitos em primeiro logar com o fim de aperfeiçoar o estado actual de nossos conhecimentos.

O assumpto em que vamos entrar foi já brilhantemente discutido por vultos da estatura dos Ferri, dos Garofalos, dos Tarde.

Á sombra d'estas gigantescas individualidades, no terreno da sciencia, é que vamos dizer algumas palavras a respeito, no momento em que a sociedade reclama um bom systema de magistratura, por meio do qual se effectue com facilidade os seus supremos *desiderata*.

Effectivamente, a escola moderna, por parte de seus melhores representantes, tem se occupado d'esta divisão pratica dos juizes em *civis* e *criminaes*, julgando-a uma medida séria e avantajada para a repressão dos crimes, para a punição dos criminosos.

A idéa nasceu, sem duvida, da refórma radical porque está passando, n'estes ultimos tempos, o direito penal, que veio firmar na vida experimental a necessidade da existencia dos *especialistas*.

A sciencia é muito vasta; o homem que estuda, embóra seja dotado de sublimes predicados intellectuaes, terá sempre horisontes que desvendar, novos campos de observação.

Portanto, o seu cultor deve contentar-se com o exame e com as applicações de um ramo da *grande arvore*, porque é seriamente difficil, senão impossivel, merecer-se o nome de illuminado das multidões, no lato sentido da expressão.

No Brazil mesmo, se quizermos pizar em terra propria para evitar o enjôo que nos póde causar uma viagem ao mundo europêu; no Brazil mesmo veremos que, ou no mundo artistico, ou no mundo scientifico ha *especialistas*.

Ha medicos especialistas; uns dedicão-se a partos, outros a molestias syphiliticas, outros ás molestias do coração; e o proprio medico clinico, no rigor da expressão, que de tudo tem

conhecimentos geraes, muitas vezes não se atira ao tractamento de uma molestia que requer conhecimentos especiaes.

O advogado é tambem especialista: um prefere o civil ao crime, outro o fôro commercial, etc.

O negociante que monta uma loja de calçados, e outro que monta uma de chapéos, ou uma de fazendas, ou uma de miudezas estabelecem, por certo, a *especialidade commercial*.

E este especialismo é natural.

Visando, agóra, o prisma da sociedade pela sua face mais séria — a da Lei —, encontrames, sem duvida, a mesma necessidade.

Abstraindo-nos das razões expendidas pela escola moderna, no dominio da escola classica mesmo, somos de opinião que o *especialismo* deveria existir, como já existiu na Italia e como existe na Inglaterra, muito embóra, praticamente, ainda não sejam observados os principios da psychologia criminal.

A posição a mais espinhosa e a de mais melindre que se encontra na sociedade é a de Juiz: é a elle que cabe a distribuição da justiça, o reconhecimento do direito de um, contra a falsa pretensão de outro, evitando a usurpação, o escandalo e os conflictos.

O Juiz exercita o que a Lei estabelece: esta é a cabeça, é o cerebro, aquelle é o braço, é o executor.

Ora, agitando-se sempre questões differentes na collectividade, é, realmente, difficil ao mesmo Juiz decidir hoje uma questão de propriedade, por exemplo, amanhã uma de fallencia, e depois uma de discernimento em materia criminal.

Mas, se os protestos nos confundirem, se as lamentações

forem grandes, abandonaremos com satisfação esse terreno, que, francamente, não nos agrada e tomaremos o nosso posto no vasto scenario da theoria moderna do direito penal.

Ahi os protestos não serão ouvidos e as lamentações não serão attendidas.

Quando tractamos da necessidade do estudo da psychologia criminal nas faculdades juridicas e da *clinica criminal*, estudo que tem intimas relações com o presente, fizemos notar que o Juiz de hoje, escolhido pelo poder competente para julgar criminosos, deve possuir conhecimentos especiaes, que pertencendo a dominios mui vastos, por si, resumem a educação scientifica de um individuo.

Pois bem; é na exigencia incontestavel e imprescindivel de taes conhecimentos que se assenta, principalmente, a questão que discutimos: a divisão de juizes em *civis* e *criminaes*.

O proprio chefe da escola, Cezare Lombroso, discutindo a necessidade de taes estudos, diz, fazendo notar aos seus leitores por facilima deducção, a vantagem de se dividir a magistratura no sentido em que falamos: « Por amor da sciencia e da pratica medica, nós deixamos auscultar centenas de tysicos nos hospitaes, examinar centenas de mulheres que concebem de rapazes, manipular nas clinicas cirurgicas membros fracturados e apalpar o corpo dos individuos de ambos os sexos; e se bem que as visitas sejam muitas vezes fataes aos alienados, deixamos, sem difficuldade, frequentar os clinicos psychiatricos, durante

mezes inteiros, os estudantes de medicina; e as difficuldades começarão sómente para os criminosos » (1).

Ora, quem se exprime assim, quem torna tão necessarios os reconhecimentos precitados para ser-se julgador de criminosos, francamente vota pela divisão da magistratura em tal sentido.

Entretanto, não querendo de modo algum deixar a questão n'este pé, podemos ouvir, com mais franqueza e mais claramente, outros escriptores de não menos brilho, de não menos conceito.

« Os juristas eruditos, os *civilistas* profundos, são as pessoas menos aptas para fazer o julgamento penal, habituados como são, por seus estudos, a fazer abstracção do homem para visal-o sómente na relação juridica, uma vez que o direito civil é quasi sempre estranho á tudo que se refere ao physico e ao moral dos individuos. A perversidade ou a honestidade do credor não tem influencia alguma pro ou contra a validade do seu credito. De sorte que o jurista, no julgamento penal, perde completamente de vista as condições pessoais do accusado e as condições sociaes da collectividade, para limitar toda a sua attenção sobre o acto anti-juridico e sobre as *regulae* de uma pretendida justiça retributiva. Os homens chamados para julgar os criminosos deverião, pois, ter as noções necessarias do estudo natural do homem criminoso, e deverião, portanto,

(1) Lombroso, *Anthrologia Criminal*, pg. 181.

constituir uma ordem de magistrados inteiramente separada da dos juizes civis » (1).

Com não menos clareza e egual proficiencia referiu-se Gabriel Tarde ao presente assumpto, pelo que, julgamos de dever conceder-lhe tambem a palavra.

« A intelligencia e a capacidade do pessoal judiciario são fóra de discussão; um magistrado de um nivel intellectual médio, si desvião-n'o dos processos e se o ligão especialmente aos crimes, não tarda, em geral, a tornar-se um mui bom juiz de instrucção.

Mas, é a mistura alternativa das duas occupações que é deploravel. Onde encontrarão, ou esperão, ao menos, achar nos tribunaes, este Juiz encyclopedico que deve se aprazer alternativamente em deslindar os sophysmas dos litigantes e em lèr nos olhos dos malfeitores e avantajar-se nos dous casos? É certo que, se tiver uma d'estas aptidões, a outra lhe faltará; que, se possuir o vigor e a subtileza logicos reclamados pelo manejo dos processos civis, a profundeza e a fineza psychologicas exigidas para o estudo dos delinquentes lhe farão falta. É a occasião melhor de applicar este famoso principio da divisão do trabalho, que a economia politica, com muito exaggero, é verdade, preconisa em sua esphera. Separemos nitidamente pois, as duas magistraturas, uma criminal, outra civil; especialisemos e localisemos cada uma em sua competencia... » (2).

A magistratura actual prima pela incompetencia em taes

(1) Ferri, *op. cit.*, pg. 460.

(2) Tarde, *Philosophie Penale*, pg. 453.

questões. Ninguem mais do que nós a respeita e acata; mas é força confessal-o, sem que façamos recair sobre ella o pêzo da culpa: a sua organização, a orientação, propriamente dita, que lhe derão os nossos legisladores, são incompatíveis com o pensamento hodierno e não satisfaz ás exigencias do momento.

Conhecemos mesmo muitos juizes que, além dos predicados da dignidade, da honra e do talento, têm nas suas estantes obras modernas, que ensinão cousas bellas e verdadeiras, tirando elles com observação, mais ou menos accentuada, suas deducções a respeito do que se passa nos terrenos da psychologia criminal e apreciando, por outro lado, a influencia dos differentes phenomenos sociaes, das condições mesologicas que exercem uma profunda importancia na propagação da criminalidade.

Entretanto, sabemos de outros que aprecião mais o organismo dos formularios — os *manequins* do direito —, cuja orthographia e pontuação elles observão com o mais religioso cuidado, com a mais profunda reverencia.

Estes vão raras vezes á pobre estante, mais repleta de traças que de livros, e a sua principal sciencia é a jurisprudencia, porque a principal obra que possuem é a colleção do « *Direito* ».

Não os atacamos; mas o que é verdade (e ninguem nos poderá contestar) é que estes juizes poderão ser mui bons civilistas; resolver com facilidade e até com maestria uma questão de posse, de servidão, de emphyteuse, mas nunca uma questão criminal, em a qual concorreram circumstancias de certa ordem que fazem preciso, para a respectiva solução, o criterio de um espirito observador que dê-lhe uma orientação exacta,

baseada em principios de ordem superior, para não haver confusão com os factos de pouca monta que se dão na sociedade.

N'isto envolve-se uma parte importante das garantias da liberdade individual; é uma apreciação de imputabilidade maior ou menor, aggravada ou attenuada, o que não está ao alcance de todas as actividades.

A *especialistas*, portanto, é que deve ser confiado o trabalho do julgamento dos criminosos.

Não somos d'aquelles que accusão os juizes de hoje da incompetencia que lhes é peculiar, por culpa tão sómente da orientação que a Lei deu á magistratura.

Garofalo diz, na sua séria critica contra a instrucção judiciaria, que combatemos francamente, no principio d'este livro, reconhecendo n'ella o germen mais robusto da criminalidade: «Pedindo a abolição do jury criminal não queremos nada mais do que se a faça retirar dos juristas, cuja educação scientifica é composta principalmente das maximas do Digesto, conhecimentos muito apreciaveis em materia civil, mas que são pouco mais ou menos superfluos quando trata-se de julgar e classificar os crimes.

Os juizes actuaes são, talvez, entre todos os funcionarios do governo, os menos aptos a este trabalho. Os pontos de contacto raros entre os dous ramos, que são para nós duas sciencias inteiramente differentes.

Para que, pois, se serverião dos mesmos funcionarios nos dous serviços publicos essencialmente extranhos um ao outro?

O membro de um tribunal civil chamado a julgar em materia penal, guarda todos os seus habitos; não é o individuo

que provoca sua attenção; é a definição legal do facto que o preoccupa. Elle não pensa senão no interesse da Lei, o interesse social lhe escapa » (1).

Vê-se, depois disto, que a necessidade de dividir-se a magistratura em tal sentido é uma imposição do organismo social, que deve ser, embóra com grande sacrificio, cumprida.

Eis ahí, porque temos razão de estender até todas as matérias a questão da *competencia*, como uma preliminar a que se deve prestar toda a consideração, por isso que ella é a pedra de toque, o ponto de partida, a base, que póde nos fornecer, mais ou menos, a certeza de bons resultados praticos.

Bem sabemos que semelhante idéa provoca as iras dos financeiros systematicos, dos pessimistas, em geral, dizendo que é impossivel que o Estado possa occorrer a tantas despesas, quanto á magistratura, satisfazendo-as pontualmente.

Entretanto, o *mêdo* não é tão justificavel, nem tão procedente.

As nossas leis crearam o juizado Preparador, como um auxiliar do de Direito.

Muito natural.

Ha comarcas, realmente, cujo movimento forense é bem digno de nota: o Juiz de Direito não póde de modo algum *instruir* e *julgar* no civil e no crime.

Pois bem. Admittida a divisão, com a supressão dos preparadores, o trabalho decrescerá, pela divisão, e cada Juiz tractará dos factos a que estiverem adstrictos segundo a competencia de cada um.

(1) Garofalo, *op. cit.*, pgs. 395 e 396.





## XIV

### COLONIAS CORRECCIONAES

A incuria dos altos poderes quanto á infancia desvalida torna-a um germen da criminalidade.

Se não fosse termos tractado dos germens do crime no terreno da Lei, naturalmente incluiríamos o assumpto d'este estudo na primeira parte d'este livro, sustentando, portanto, a sua contribuição directa e immediata para o augmento dos criminosos.

Entre nós, apezar dos esforços empregados, a fundação de estabelecimentos protectores da infancia é uma illusão.

Cremos ser a falta de estatistica, um dos determinantes por que os nossos legisladores não dão a devida importancia a certas questões.

Entretanto, para suppril-a, ali estão os nossos jornaes que a miude registão factos bem tristes e que nos annuncião um futuro, senão perdido, ao menos carregado de pesadas nuvens e mui serias duvidas.

Hoje effectua-se a revolução da politica: corre o sangue do inimigo ao tiro da carabina legal; amanhã, será possível com tal incuria, celebrar-se-ha a revolução do crime: a bolsa do rico, a vida do rico e do pobre, a dignidade, a honra, tudo será victima da calúnia, da tramoia e do punhal assassino.

Será este, necessariamente, o futuro do crime, em consequencia da pouca importância que se presta á miseria dos infelizes, á sorte dos desgraçados.

Um paiz nasce; a sua vida é longa, mas a sua população é pequena: porque tudo começa, tudo é bom; a miseria existe em pequena escala e a fortuna vae se fundindo.

Amanhã, com o correr dos tempos, quando os progressos se vão operando e o centro populoso se vae augmentando, a miseria vae crescendo tambem, com o seu triste cortejo de infortunios, de desgraças.

Se hoje não se preparar estes infelizes, se não lhes apontar o caminho do dever e da honra, o que será da sociedade amanhã, o que será da Lei e da justiça?

Vamos falar de colonias correccionaes, vamos bater com o mesmo *malho* na mesmissima *bigorna*, até que nos oução lá de cima, lá das camadas superiores da communhão.

Depois que Cezare Lombroso detidamente estudou o homem criminoso, tirando deducções avantajadas, com o fim de determinar os meios praticos de reprimil-o, a questão de *colonias correccionaes*, ou por outra, a questão da educação da infancia desvalida tomou uma face differente e bastante séria, reclamando, portanto, mais do que nunca, os mais serios cuidados, que, applicados hoje, os seus resultados se possão sentir amanhã,

n'esse amanhã que todos buscão com a gana da esperança, confiando na realisação de ardentes desejos, enfim, de uma vida mais feliz.

Elle estudou tambem a educação infantil, quando tractou da loucura moral e do crime entre as creanças.

É é tão grande o numero dos que são feridos pela desgraça, que cumpre aos poderes publicos velar pelo futuro de cada um, o que significa, nada menos do que, zelar o futuro da Patria Brazileira.

Ouçamos o sabio mestre de Turin: « Fica, pois, demonstrado que um certo numero de criminosos o são desde a primeira idade, qualquer que seja a intervenção das causas heredictarias; dizemos melhor, se alguns são os productos de uma má educação, em muitos a boa nada influe. Todavia, sua acção bemfeitora é precisamente posta em evidencia por este facto, que as tendencias criminosas são geraes entre as creanças; de sorte que, sem ella, não se saberia explicar o phenomeno que se produz no maior numero de casos, e que nós chamaremos sua metarmorphose normal.

Finalmente, por educação, nós não entendemos as simples instrucções theoricas, raramente uteis aos adultos mesmos, que vemos tão pouco influenciados pela litteratura, a eloquencia, as artes ditas moralisadoras; entendemos, menos ainda, as violências pedagogicas, que formão no maior numero de vezes hypocritas, e, longe de mudar o vicio em virtude, o transformão em um outro vicio.

A educação é para nós uma serie de impulsões reflexas, substituidas lentamente por estes outros que têm directamente

engendrado as tendências depravadas ou pelo menos têm favorecido o desenvolvimento d'ellas.

Deve-se para isto servir-se da imitação, dos hábitos gradualmente adquiridos na vida commum com pessoas honestas e por precauções sabiamente tomadas para impedir a idéa fixa, que temos visto tornar-se tão fatal na infancia, de brotar em um terreno muito fértil.

Aqui ainda a pena, por si mesma, não se mostra tão efficaz como certos meios preventivos, taes como condições favoraveis de ar, de luz e de espaço, uma nutrição em que farião predominar, por exemplo, as substancias vegetaes, a privação de licôres alcoolicos, a abstinencia completa e, em certos casos, uma gymnastica sexual que previna os excessos solitarios.

Importa: evitar os ciumes faceis para impedir as violencias impulsivas; reprimir o orgulho precoce no meio das provas palpaveis, tão faceis em achar e em produzir, da inferioridade humana, sobretudo na infancia; importa cultivar a intelligencia pelo caminho dos sentidos e do coração, pelo caminho da intelligencia, como o faz de um modo admiravel o systema de Frœbell.

Ha creanças tristes, violentas, levadas á masturbação, em consequencia de molestias, de rachitismo ou por causa de vermes, etc.; os depurativos, os vermifugos vêm a ser então os unicos meios de correção. Impedir a união tristemente fecunda dos alcoolicos e dos criminosos, união que, nós o sabemos, é uma tão larga fonte de criminosos precoces, seria o unico meio de fazer desaparecer o criminoso nato, este infeliz que, depois dos factos que mencionamos, é absolutamente incuravel.

E si, partindo d'ahi, nos encontramos com Roussel, Bar-

zélai e Ferri para censurar as casas de correcção, que se poderiam justamente chamar officinas de corrupção, acreditamos que havia para o Paiz uma immensa vantagem em fundar por sua vez casas para os loucos criminosos, ou, melhor ainda, um asylo perpetuo para os menores affectados de tendencias criminosas obstinadas ou de loucura moral.

Para elles, o asylo criminal torna-se util tanto e mesmo mais que para os adultos, porque abafa desde seu nascimento os effeitos d'estas tendencias ás quaes não prestamos, infelizmente, attenção, senão quando ellas se tornão irremediaveis e fataes. E não é isto uma idéa nova ou revolucionaria; sob uma fórma radical e menos humanitaria, a Biblia a tinha já proclamado, quando ordenava ao pae deixar apedrejar pelos Anciãos o seu filho máo, bebado e rebelde á voz de seus parentes e a suas correcções. A educação póde, com effeito, impedir uma bôa natureza de passar do crime infantil e transitorio ao crime habitual, mas ella não póde mudar aquelles que nasceram com instinctos perversos (1).

Em uma outra admiravel obra, Lombroso estuda a educação anti-criminal, baseando suas considerações no mesmo systema, digno de ser adoptado (2).

É preciso, realmente, haver um grande cuidado na educação infantil, prevenindo o desenvolvimento do *circus criminoso*.

Áquelles mesmo que tiverem por si o bafejo favoravel da sorte, esta educação não deve de modo algum ser recusada.

(1) Lombroso, *Homem criminoso*, pgs. 137, 138 e 139.

(2) Lombroso, *Le più recenti scoperte et applicazioni della Psichiatria et Anthropologia Criminale*, pgs. 315, 316 e 317.

Entretanto, os desvalidos para quem devem lançar as vistas? Certamente para os poderes publicos.

Pois bem: é d'ahi que nasce a necessidade da criação de colonias correccionaes.

Chame o governo os habilitados, os capazes, para apresentarem um systema de ensino, que baseado nos dados apresentados pelos mestres da escola moderna, possa produzir bons effectos, a bem do futuro da Patria.

Não será absolutamente o ensino do A, B, C — um pouco de leitura e um pouco de numeração —, que determinará a cura do character das creanças, que, por circumstancias conhecidas, se entregam com séria e notavel applicação á carreira tenebrosa do crime.

O nullo effecto da simples instrucção é hoje uma verdade que os Garofalo, os Marro e os Corre provaram á luz da evidencia.

O que está assentado é que ella — a instrucção — deve sempre acompanhar-se da *educação*.

Realmente, sem esta, aquella não é mais que uma arma para os delinquentes: o falsario, o ladrão, os criminosos em geral que se resentem da ausencia dos sentimentos de probidade, e que têm a sua actividade impotente, por assim dizer, pelo estado individual de completa ignorancia, tornam-se recebendo a instrucção, mais aptos ao exercicio de sua carreira, obtendo, então, os mais satisfactorios resultados. Ao passo que assim é para estes, todo o mal, na impossibilidade de desaparecer inteiramente, se attenuará muito e muito com o desenvol-

vimento da educação, que fórma o caracter, que aperfeiçoa o criterio e corrige os sentimentos.

As estatisticas européas nos mostram, ao consultarmol-as, que um grande numero de individuos que receberam a instrução são criminosos.

Entre nós, esta prova indiscutivel não pôde ser apresentada porque não nos foi ainda possivel contar com a pratica de taes trabalhos, que tanto faltam ás observações que se devem fazer no organismo social, para que, reconhecendo-se a natureza do mal, possa-se preserever tractamento melhor.

A Suissa é o paiz da liberdade; a sua instrução é avantajadamente dessemuinada, e, entretanto, lá se delinque:

Falando da instrução n'esse paiz lembramo-nos sempre de um acontecimento que nos foi relatado em o nosso curso de preparatorios pelo respeitavel professor de geographia.

Um individuo, em consequencia de um facto criminoso que commetteu, foi submettido a julgamento, perante o tribunal do jury. Interrogado pelo presidente sobre os seus conhecimentos, respondeu que não sabia lêr nem escrever. Foi isto bastante para que se fizesse sentir em toda a sala um rumor surdo de admiração e de pasmo, por haver um suisso que não sabia lêr nem escrever!

Esse paiz, onde o crime pôde ser relativo á sua superficie e a sua população, é um exemplo importantissimo do nenhum effeito que a instrução produz sobre a actividade criminoso, desde que não seja acompanhada da educação.

O mesmo acontece quanto aquelles que ainda crêem nos bons effeitos da religião, em qualquer gráo.

A proposito, Ferri escreveu, ha pouco, na *Revue des Revues*, um notavel artigo, em que propoz-se, com vantajosos resultados, á demonstração de que a religião nada influe absoluctamente n'aquelles que a professam.

Os annaes da criminalidade universal, fazendo-nos conhecedores dos crimes de muitos padres, nos dão vivissimo attestado d'isto.

Pensamos, porém, que a religião póde dar bons resultados; mas só com relação áquellas pessoas que têm uma boa indole, que são de bons sentimentos, comprehendidos em o numero do *homo nobilis* de que nos fala Benedickt; n'aquelles, porém, que á ella recorrem, receiosos do poder superior, do poder divino, para pedir perdão, no confissionario ao padre, dos crimes que têm commettido, e que pertencem ao numero do *homo mediocris aut typicus*, do mesmo escriptor, n'estes com que poder intervem a religião?

Absoluctamente, nenhum.

No primeiro caso mesmo, a religião só é boa, só é aproveitavel, quando não chega aos dominios do fanatismo, porque, á primeira offensa ao culto, os seus fiéis se revoltão e commettem, para defendel-o, toda a sorte de atrocidades, toda a sorte de crimes.

Nas visitas que fizemos sempre ás cadêas, em cumprimento de dever, notamos que todos os presos não deixavão de confiar em *Deus* e na *Virgem Maria*, que os havia de pôr, *breve*, em liberdade.

Muitos d'elles uzavam rozarios e orações.

Quantos individuos não andam pelo seio de nossos mattos

sertanejos, com uma porção de orações que os livram de tiros, de traições, etc., etc?

É este um facto que muita gente conhece e que, talvez, esteja no dominio de todos (1).

Ninguem poderá contestar que a religião tomando parte n'estes casos, não produz o mais leve effeito, repellindo o malfeitor de seu intento.

Os factores do crime têm sido, como se sabe, divididos em physicos, moraes e physiologicos.

Dos factores moraes ou sociaes, é nossa opinião, o de maior importancia é, certamente, o *meio*. A condição *mesologica* do individuo deve ser estudada sempre com o maior cuidado, com o mais reflectido criterio, porque no *meio* nasce e no *meio* faz-se constantemente o criminoso.

Não é de hoje que sustentamos a idéa da sua influencia poderosa no desenvolvimento do crime.

A lei da imitação, que o Dr. Paul Aubry parece confundir com o *contagio*, liga-se intimamente á questão do *meio*; é, por assim dizer, o seu ponto de partida. Dos exemplos recebidos na tenra idade, na primeira infancia, depende muito e muito o caracter futuro do individuo.

Imaginemos o seguinte facto, que temos sempre referido como uma prova inquestionavel, da influencia *mesologica* sobre o caracter.

Um casal tem um filho de cuja educação se descura intei-

(1) Na cidade de Cannaveiras foi em 1894 assassinado um individuo que trazia umas orações consigo e que affirmava em vida não ter medo de balas, porque quando lhe atirassem elle viraria *lôco*.

ramente: deixa-o, desde os mais verdes annos, entregue á má companhia d'aquelles que já têm um grão bem adiantado de perversidade, não dando a devida importancia ás queixas que recebe em casa sobre o seu má procedimento.

Vae a desgraçada creança se desenvolvendo no mesmo meio, no mesmo ambiente, indo e vindo da escola publica para a casa, com o livro rôto e sebento debaixo do braço, acompanhando seus amigos aos domingos ás *feijoadas* e *pescarias*, tendo o cuidado de levarem a competente garrafa de *caraca* para evitarem uma *constipação*, e, eis que um dia, já perdido o seu character, se entrega a praticar desordens, tornando-se um amiudado frequentador das estações policiaes e da casa de correção.

D'ahi ao crime é um passo necessariamente. Já não queremos suppôr que seus paes fossem tambem máos, perversos; que a creança nos primeiros annos, logo, se tivesse accostumado a vel-os ensanguentados em consequencia de alguma *vingança*, õu apparecerem sempre em casa com objectos e valores, que em nada conduzião com as suas circumstancias, porque em taes casos, vê-se em pratica a lei natural da *hereditariedade*, muito embóra a educação podesse livral-a da actividade do crime, principalmente se não fosse um *louco moral*, um *criminoso nato*.

Entretanto, suppondo-se um casal honesto e trabalhador, honrado, relativamente, que tendo um filho, nos primeiros annos d'este, a esposa e mãe, dedicada, em extremo, ensinasse-lhe o *signal da cruz*, dizendo-lhe que existe um *pae do céo* piedoso e justo, e tambem uma *mamãe*, que abençôa os bons e castiga

os máos, querendo, assim, fazel-o *homem*, isto é, tornal-o honrado (e não resta duvida que tal modo de conducta é um meio de preparar bem a indole da creança para a vida), suppondo-se isto, repetimol-o, não ha razões immediatas para acreditar-se nas consequencias da perversidade.

Estes factos caracterizão perfeitamente a influencia do meio no character do individuo.

Ora, é sabido que o cerebro da creança registra tudo com facilidade, e a observação geral dos factos nos demonstra até que as acções perversas, que as qualidades perniciosas se desenvolvem e são accitadas com mais facilidade, do que aquellas que contribuem para a bõa educação e melhor formação do senso moral.

Os congressos internacionaes que se têm reunido para resolver questões criminaes não têm posto á margem a questão da educação devida a infancia, não esquecida a infancia abandonada (1).

As medidas, não ha duvidal-o mais, devem ser tomadas com a devida precaução, e com urgencia, porque, mesmo entre nós, o quadro vae se tornando cada vez mais penoso e mais triste, e é bem que nos lembremos do dia de amanhã....

O que significão os excessos do socialismo, a perversidade dos anarchistas, que tudo quer abater, sómente para levantar a desordem e a confusão no meio social; o que significão senão os resultados da nossa incuria, o atrazo das medidas que havemos tomado para a repressão do crime na sociedade?

O que significa a explosão da dynamite nas estradas de

(1) Deusdado, *op. cit.*, pgs. 28; 29 e 30; 86 a 91; 124 a 126 e 181, e seguintes.

ferro, nas pontes e nos theatros, senão a fraqueza das medidas actuaes?

Lançando os olhos para a nossa sociedade, ficamos sériamente consternados diante do modo porque vemos a desgraça junto a infancia abandonada que se prepara na desolação e na miseria para o concurso do crime!

A pessoa que hoje sae de um theatro, de volta para a casa encontra pelas ruas dezenas de desventurados, uns ebrios, outros na desenfreada crapula, outros dormindo nos passeios, expostos aos rigores das tempestades!

Não é raro encontrar-se algum armado de uma faca ou de uma pistola, adquiridas por meios desconhecidos, quasi sempre viciados todos na pederastia, relaxando inteiramente os sentimentos de probidade!

Não podemos deixar de contemplar n'este estudo a posição saliente em que se collocou o *Jornal de Noticias* tractando da questão e pedindo com sublime e honrada insistencia aos poderes publicos a instituição de colonias correccionaes, para que sejam salvos do crime centenas de desgraçados!

O jornal, entre nós, tem a vida do dia em que é distribuido: o livro, em geral, vive nas estantes; pois bem: que passe d'aquelle a este, como a consagração de um attestado de honra, que prova a grandeza da imprensa no estudo das questões sociaes.

Constantemente noticias são registradas pela grande filha do progresso: ora, é um menor que roubou; ora é um outro que quebrou a cabeça do companheiro; ora, é um outro que foi encontrado com a incumbencia do amo ao lado, jogando *ca-poeira* com muitos outros; e, sem a providencia, a onda vae

crescendo, vae se avolumando, cada vez mais forte e mais impetuosa, até que fique turvado o futuro, de tal modo, que offereça sérias difficuldades á therapeutica criminal, para firmar a respectiva repressão.

Na creança (collocamos sempre á parte os symptomas da perversidade innata, que Lombroso estudou, ao lado de Perez e Moreau), na creança, no estado actual da sociedade, o relaxamento principia sempre pela probidade: abandonado, desvalido, morto a fome, o desgraçado furta o primeiro relógio que lhe puder chegar ás mãos, muito embóra corra o risco de ser espancado pelo dono da casa, se, por acaso, o encontrar no exercicio de sua futura profissão.

O desvalido de hoje, em geral, é um candidato ao crime, um *praticante* que está a desenvolver, de mãos dadas com a adversidade, os seus sentimentos já pervertidos.

Quantos menores têm sido enviados para o Instituto Agrícola, pelo máo comportamento que levavão na capital?

Muitos, e as colonias correccionaes ainda não existem!

Um projecto foi apresentado á Camara dos Senhores Deputados por um dos mais sympathicos jornalistas de nossa sociedade e foi condemnado ao esquecimento!

Porque esta negação em preparar o coração da creança de hoje e do homem de amanhã?

Porque nos havemos de contentar com a paz de hoje, verdadeiramente apparente, sem nos preocuparmos com o futuro de nossa sociedade?

Bem se vê que é grande a incuria e que os resultados serão certamente peores!

Na Capital Federal, por Dec. n. 2745 de 13 de Fevereiro de 1861, creou-se, annexa a casa de Correção, o Instituto dos Menores Artesões, dividido em duas secções, comprehendendo-se na primeira os menores presos pela policia por vadios, vagabundos e abandonados e os de tão má indole que não podessem ser corrigidos por seus representantes legaes e quando estes pedião a sua admissão no estabelecimento; a segunda secção era composta de orphãos que não podião receber uma educação conveniente e apropriada em outro logar. O fim d'este estabelecimento, diz o Dr. Viveiros de Castro : «era evidentemente util; mas a má escolha do logar e outras circumstancias peculiares de occasião tornavam-n'o infecundo e esteril, o que determinou em breve sua suppressão » (1).

Embóra a necessidade de semelhantes refórmas seja um facto perfeitamente claro e conhecido, entre nós tem perdurado o descuido, tanto mais condemnavel, quanto parece proposital, de modo que a misera creança já anda com o baralho no bolso, jogando *ronda*, nos passeios, á luz dos combustores da illuminação publica, o que acaba sempre em barulho, ou em projectos de roubos e perturbações da ordem.

\*  
\*  
\*

Insistimos: a necessidade da creação de colonias correcçionaes se impõe ao bom andamento dos negocios publicos, aos interesses supremos da aggremação social.

(1) Viveiros de Castro, *Nova Escola Penal*, pgs. 357 e 358.

Entretanto, não lhes deve ser applicado um qualquer regimen, um systema que não seja o producto de estudo de pessoas competentes, que além dos conhecimentos do direito penal moderno, reunam em si as qualidades do bom senso, e da experiencia, indispensaveis aos reformadores das instituições sociaes, ou a seus aperfeiçoadores.

Não se lhes deve dictar o regimen simples da *escola*, da instrucção elementar, desacompanhado das medidas que pódem corrigir uma indole enfraquecida, um caracter a perverter-se.

O pessoal a quem se confiar estas colonias deve ser o mais serio, além da competencia relativa que não lhes deve faltar.

O seu regimento interno não deve ser um composto de doçuras, nem um excesso de rigores: deve ter uma base de moralidade solida e constante.

Eis ahi o que votamos para a infancia desvalida; eis ahi o que queremos que se lhe faça na sociedade, para que não vejamos amanhã, na realidade, o que nos promettem os desastres dos primeiros annos.

Abrigue-se a creança em um tecto de moralidade; colloque-se-a em um ambiente puro e regenerador; castigue-se-a methodica e relativamente; pregue-se-lhe os principios da moral social; eduque-se-a nos principios do dever; prepare-se-a nas verdades da honra e, então, confiemos no futuro da Patria, e na paz da sociedade, que não será mais amiudadamente perturbada pelos faccinoras perversos, que tanto a assaltam presentemente.

Na propositura d'estas questões sabemos perfeitamente que

os systematicos e os atrazados, em geral, apresentam logo, como principal razão de impossibilidade, o augmento das verbas orçamentarias.

A nosso ver, e ao ver dos sensatos, de todos aquelles que, embóra com os mais ingentes sacrificios, querem para a sociedade um futuro de paz e de ordem, tudo se deve praticar para que a Lei satisfaça ás exigencias occasionaes.

No Congresso Internacional de S. Petersburgo, nas questões relativas aos menores, resolveu-se, « que as instituições preventivas, taes como a instrução publica geral, as casas para abrigo dos pobres, os refugios, as escolas de refórma, as sociedades de protecção em favor das creanças desamparadas, os asylos para orphãos, e em geral, todos os institutos destinados á educação das creanças não criminosas ainda, constituem o verdadeiro campo a cultivar com o fim de conseguir a repressão do crime. *Sejão embóra muito avultadas as despezas a fazer com esses estabelecimentos, sel-o-hão ainda assim muito menos do que as expoliações resultantes da negligencia e as despezas a que obrigão fatalmente as capturas, os trabalhos e diligencias de investigação, os julgamentos e as reclusões.* » (1).

(Os gryphos são nossos).

Não ha duvida: as expoliações moraes serão sempre superiores á quantia despendida para prevenil-as.

Não temos necessidade alguma de alongar este estudo, porque a materia a que nos referimos é o que se póde chamar *vencida*.

(1) Deusdado, *op. cit.*, pg. 86.

Os escriptores modernos, sem exclusão de um só, pôde-se dizer, viram no descuido com que se tracta da infancia abandonada o maior germen propagador da criminalidade.

Nós vemos na Capital da Bahia, por exemplo, o Lyceu de Artes e Officios e a Academia de Bellas Artes lançando a instrucção no cerebro de dezenas de creanças pobres.

Mas, os desvalidos?

Aquelles que não sabem, muitas vezes, o nome de seus paes, e, que, desgraçados, nem uns *tamanquinhos* têm para agasalhar os pés?

Estes serão sempre feridos pela adversidade? Pois, d'esse esquecimento criminoso é que nasce o crime!

Aquellas instituições, acima referidas, preenchem os seus fins?

Quanto á instrucção queremos crel-o: mas quanto á educação?

Poucas horas de exercicio, abafadas pela liberdade posterior á cada sessão, as creancinhas, n'um desenfreamento que faz pena, çommettem mil diabruras pelas ruas!

Parece que se o governo transformasse estes externatos em internatos, dispendendo embóra maiores quantias (o que podia ser perfeitamente amenisado com a venda dos trabalhos feitos nas differentes officinas de estatuaria, alvenaria, marcenaria, etc., etc.), os resultados seriam mais satisfactorios.

Já seria muito, sim; mas não tudo.

Em geral, as creanças que frequentão estes estabelecimentos são pobres, mas têm paes que as estimão, que as querem.

E assim... estamos no mesmo pé da questão: vêm á tona

os desvalidos, que, como temos dito, empregão o seu tempo em vagabundar pelas ruas, incommodando a policia.

Um outro ponto de que as nossas leis devem cogitar é da protecção ás creanças que forem victimas da malvadez de seus progenitores.

Temos sabido de casos horrorosos, e, em nossa vida pratica, tivemos occasião de accusar um pae que, com uma barbaridade sem nome, chicoteou um filho de dez annos, produzindo-lhe innumerous ferimentos.

O patrio poder deve ser-lhes dispensado e, sendo pobres, as creanças não pôdem deixar de ser recolhidas a estabelecimentos proprios creados pelo governo.

Na infancia, um castigo d'estes suppõe, naturalmente, que uma falta, que o progenitor classificou *grave*, foi commettida.

Qualquer outra pessoa de melhor educação preferiria a advertencia a estes rigores physicos.

Ora, uma vez que as creanças têm a indole em principio de corrupção, e uma vez que estes castigos não lhes pôdem trazer bem algum, por isso que as tornão hypoeritas e insensiveis, não ha duvida de que o progenitor, longe de ser um protector, é um estimulo para a sua perversidade: logo deve ser retirada a autoridade paterna respectiva, recolhendo-se a creança á uma colonia correccional.

No caso que encontramos na vida publica, o castigo foi ministrado á creança por ter commettido um acto de *bestialidade*. Quem nos diz que ella não corrigiria a tendencia á *psycho-pathia sexual* com outra educação?

As creanças que são tractadas sem bondade, diz Spencer,

não se tornão bôas. Tractal-as com sympathia, é desenvolver entre ellas sentimentos da mesma natureza.

No governo domestico, do mesmo modo que no governo politico, o despotismo faz nascer uma grande parte dos crimes, que se tem mais tarde de punir; emquanto que uma direcção agradável e liberal evita os casos das discussões e, melhorando assim os sentimentos habituaes, diminue as tendencias ás transgressões da Lei » (1).

Estas idéas tão clara e sabiamente expendidas nos provão perfeitamente que tudo isto pode-se estender das faltas domesticas até ás que pôdem ser chamadas propriamente sociaes.

Spencer, nas palavras que citamos, repetiu o que disse, ha tempo, John Locke: « Em materia de educação, os castigos severos fazem pouco bem, e pôdem fazer muito mal; e eu creio que as creanças que têm sido muito castigadas não dão bons homens » (2).

Em confirmação d'esta maneira de ver, diz ainda o autor da *Educação*, « podemos citar um factó que M. Rogers, Capellão de Pentonville, tornou publico, que as creanças criminosas que soffreram a pena do azorrague são as que, mais ordinariamente, voltão á prisão » (3).

No Brazil alguma cousa se tem cogitado de instrucção, porém, muito pouco de educação.

As nossas escolas publicas, que funcção em casas sem

(1) Spencer, *Educação*, pg. 214.

(2) *Ibidem*, *ibidem*, *ibidem*.

(3) *Ibidem*, *ibidem*, *ibidem*.

hygiene, acanhadas, escuras, e entregues a preceptores que são bons, em geral, por excepção, não podem satisfazer ás exigencias da educação.

D'ellas sae a creança sabendo ler, escrever e contar, quasi que mechanicamente, sem ter as funcções intellectuaes aptas para o menor exercicio de raciocinio!.

Enquanto isto se dá no Brazil, a infancia desvalida vive á sombra da protecção dos poderes publicos em paizes cultos da Europa.

E, sempre que n'isto se falar, convém não esquecer a Inglaterra, sob pena de commetter-se uma grave injustiça.

Nenhum paiz, mais do que este, tem-se occupado da educação da creança, o que levou Henri Joly a publicar na *Revue de Paris*, um profundo artigo em que reconheceu que a diminuição do crime na sociedade ingleza era uma consequencia da attenção que os altos poderes prestavão á causa da infancia.

Além dos *School boards* tem a Inglaterra escolas industriaes e escolas de refórma, cuja distincção se verifica das seguintes palavras de um relatorio official de 1893: «As escolas industriaes são feitas para receber as creanças que nunca foram condemnadas por falta alguma, mas cujos habitos podem fazel-as resvalar para o crime se não as conti-verem em tempo.

As escolas de refórma recebem os jovens malfeitores que já commetteram crimes e que já foram condemnados ou pelos magistrados, ou pela córte semestral do condado, ou pelo jury, á uma curta prisão, devendo ser seguida de uma de-

tenção de cinco annos em uma escola reconhecida e autorizada » (1).

A estas palavras accrescenta Joly :

« Em outros termos, as escolas industriaes são estabelecimentos preventivos; as escolas de refôrma são, como o proprio nome indica, estabelecimentos repressivos, ainda que, ao mesmo tempo, sejam estabelecimentos de educação » (2).

Henrique Ferri, falando dos substitutivos penaes, diz, quanto á ordem educativa que « uma grande parte das causas da criminalidade seria suffocada em germen, ou prevenindo-se a degenerencia pela *educação physica da infancia*, ou impedindo a perversão, graças á *educação protectora dos menores abandonados* » (3).

M. Raux, que examinou um numero mui consideravel de creanças, detidas no quartel correccional de Lyon, « não aceita as theorias da escola italiana. Concorde, pelo contrario, com uma influencia preponderante da acção do meio e da educação » (4).

M. Dimitri Drull diz que o problema da educação das creanças criminosas se acha nitidamente assim formulado: « para tornar o homem senhor de suas paixões, é preciso desenvolver tudo o que resta dos centros intellectuaes, a força de vontade, e enfraquecer, ao contrario, o predomínio dos centros inferiores » (5).

(1) *Revue de Paris*, 1. année, n. 21, pg. 589.

(2) *Ibidem*, *ibidem*, *ibidem*.

(3) Ferri, *op. cit.*, pg. 246.

(4) Laurent, *Anthropologia Criminal*, pgs. 134 e 135.

(5) *Ibidem*, *ibidem*, pgs. 137 e 138.

Eis ahi um repertorio de opiniões que confirmão perfeitamente a exactidão dos assertos que temos lançado.

Spencer disse « que a creança, com as faculdades ainda não desenvolvidas, é incapaz de occupar muitos dos compartimentos da esphera de actividade que occupa o adulto » (1).

Provado, portanto, como ficou, e como é perfeitamente sabido, que a educação é o primeiro factor que contribue para que se opere no individuo adaptação social, segue-se que ao desenvolvimento das faculdades da creança, deve juntar-se, relativamente, o desenvolvimento de uma bôa educação, formando o seu character e preparando o seu mundo psychico para os diferentes fins da vida experimental.

O que é certo, é que a sociedade de amanhã será das creanças de hoje. Educal-as e garantir-lhes o futuro é o que compete ao Paiz.

« O exemplo da Inglaterra, disse Joly ; terminando seu bello artigo citado, demonstra que o poder de um Estado e a força de seus poderes não perdem nada absolutamente, uma vez que todos os bons cidadãos queirão e possão tomar a si a salvação do Paiz » (2).

Ahi ficão as impressões de nosso espirito a respeito dos differentes assumptos de que nos occupamos.

(1) Spencer, *Justiça*, pg. 197.

(2) *Revue de Paris*, cit., pg. 597.



INDICE ANALYTICO

155

2/18

# INDICE ANALYTICO

	Pg.
<b>Introducção</b> —Preliminares . . . . .	I
<b>Definição dos Gernens</b> —Principaes e secundarios. . . . .	16
<b>Instituição do Jury</b> —Critica de seu mechanismo antigo e moderno. O Jury ante a escola positivista de direito penal. O Jury e a soberania popular. Exaggeros do <i>in dubio pro réo</i> . Resultados praticos máos, apezar dos recursos que a Lei estabelece: recursos suspensivos e não suspensivos. A unanimidade e o effeito não suspensivo. Necessidade inadiavel de eliminar-se a instituição do jury do direito positivo. Refórmas propostas. . . . .	27
<b>Impunidade da intenção criminosa nos casos de tentativa a que se refere o Cod. Penal</b> —O valor da intenção criminosa. A pena da tentativa deve ser imposta ao crime consummado, quer a tentativa seja satisfeita em seu conceito theoretico, quer não se realise por inefficacia absoluta do meio ou impossibilidade absoluta do fim. A segregação completa da collectividade é o remedio contra os individuos absolutamente faltos dos sentimentos de piedade e de probidade. A Lei da adaptação social. Estudo da palavra <i>temibilita</i> segundo a escola moderna. Falsidade do apophtegma juridico « cogitationis poenom nemo patitur » todas as vezes que a sua manifestação se operar exteriormente. A penalidade para os criminosos de occasião e para os apaixonados . . . . .	115
<b>A prescrição criminal</b> —Seus effeitos praticos. Dados para sua refórma no direito penal, segundo os principios da escola moderna. . . . .	149
<b>Fiança Criminal</b> —Opiniões a respeito. Inaceitabilidade. A sua eliminação do direito positivo é o melhor remedio pratico . . . . .	159

	Pg.
<b>Direito de Graça; Amnistia; Perdão do Offendido</b> —Os inconvenientes de taes favores. Como se deve conceder a graça e a amnistia. Necessidade de eliminar-se o <i>perdão</i> do direito positivo. . .	169
<b>Acção Publica e Privada no Fôro Penal</b> —Inaceitabilidade d'esta divisão. Consequencias immediatas. Refôrma. . . . .	185
<b>Livramento Condicional</b> —Cod. Penal Italiano. O nosso Cod. Penal. Estudo d'este instituto á face da classificação scientifica dos criminosos. Como deve ser concedido. Escola classica e escola positiva	201
<b>Impunidade do mandante, quando o mandatario se exhime de commetter o Crime</b> —O Art. do Cod. Penal. Os criminosos essencialmente mandantes. A culpa no mandato. A suggestão. .	221
<b>Reincidencia</b> —Systema penal especial. Qual deve ser preferido. A questão do intervallo. Se a reincidencia deve ser considerada um crime especial ou uma circumstancia aggravante. As leis estrangeiras e a nossa. Como se deve proceder a respeito . . . . .	239
<b>Nullidades Processualisticas</b> —Critica. Sua influencia na impunidade dos crimes. . . . .	255
<b>Ensino Penitenciario e de Anthropologia criminal</b> —Clinica criminal. O ensino nas Faculdades Juristicas. . . . .	265
<b>Juizes civis e criminaes</b> —Necessidade d'esta divisão . . . . .	277
<b>Colonias correccionaes</b> —A infancia abandonada. A Inglaterra e suas instituições sobre o assumpto. A instrucção e a educação. Modos de corrigir. Os paes malvados. Regulamento . . . . .	287



## ERRATA

ERROS	PAGINA	LINHA	CORRECÇÃO
novil	1	8	novèl
Lisent	V	12	Liszt
póde	VIII	21	poude
<i>Calaise</i>	VIII	22	<i>Malaise</i>
fixo e fiél	IX	7	fixo e fiél
depositivos	IX	12	dispositivos
como o hontem	IX	16	como hontem
<i>a gendi</i>	17	11	<i>agendi</i>
que a distingue	18	24	que as distingue
que a separa	18	25	que as separa
considerado	20	5	considerada
physico-psychologicio	22	9	physio-psychologica
de exclusiva	24	8	da exclusiva
animão	25	11	anima
difficntão	25	12	difficulta
Cen'est q'eu	26	1	Ce n'est qu'en
sur les époules des			sur les épaules des
autres qui nous			autres que nous
pouons voir d'un	26	2	pouvons voir d'un
ineontestaveis	27	10	incontestaveis
pessoal	28	19	penal
E	29	7	É
tivesem	33	9	tivesse
500 à 600 mil	42	20	500.600. mil
do seu patronato	42	26	do patronato
disse-me	44	1	disse-nos
o fizeram	44	3	o querem
Dir-me-hão	45	25	Dir-nos-hão
à linha do norte	51	10	à linha de conta
abstraindo o crimi-			abstraindo o crimi-
noso	54	13	noso
de Tuviello	63	2	de Turiello
perfazendo	70	24	prefazendo
não serei res-			não seremos res-
pondido	73	3	pondido
aos preceitos	74	14	dos preceitos
quejantes	76	14	quejandos
quanto basta	87	14	quanto baste
perguntar-me-hão	90	7	perguntar-nos-hão
por essa instituição	90	9	por essa instituição?
sem reputação	97	10 e 11	sem refutação
subjecção	101	6	objecção
Bhurteehli	102	23	Bluntschli
recorrem	105	12	recorressem
das materias	109	8	das razões
homologando-as	110	15	homologando-as
execução »	116	10	execução » (1).

ERROS	PAGINA	LINHA	CORRECÇÃO
alternativus e ventua-			alternativus, even-
lis	119	14	tualis
projeptil	120	13	projeetil
os vícios eriminosos	122	23	o virus criminoso,
<i>erimines</i>	127	15	<i>eriminis</i>
« <i>terrivel</i> »	143	8	« <i>temivel</i> »
« <i>nuova scola</i> »	143	22	« <i>nuova scuola</i> »
<i>os criminaloides</i>	146	17	<i>os criminaloides,</i>
(escreve)	151	10	(eseroc)
pelo os	151	13	pelos
de mais effeitos	153	3	de maos effeitos
lassivas,	161	26	lascivas,
individuo	168	6	accusado
se n'um	174	6	se um
continua,	178	1	continua,
providade	179	6	gravidade
taes leis	180	9	das leis
E se chegarmos	182	12	E só chegaremos
creditar-se	201	12	a,creditar-se
a sua classificação ul-ti-			na sua ultima clas-
mamente	206	19	sificação
«la vendella d'onore»	208	28	«la vendea d'onore»
não é	210	23	rão são
quando a si proprio	224	10	quanto a si proprios
<i>à saúde do heróe, que</i>	225	11	<i>à saúde do heróe,</i>
como dizia	225	18	como diria
evolução universal	228	5	revolução universal,
<i>vis commissão</i>	230	1	<i>vis compulsiva</i>
vão realizar-se	230	6	se, realizar
não é sustentavel	233	18	rão é sempre susten-
e aggravação,	240	2	tavel
autoações exteriores	243	21	a aggravação,
Os <i>germens primor-</i>			actuações exteriores
<i>dias</i>	252	14	<i>Os germens primor-</i>
os <i>regula juris</i>	225	9	<i>dias</i>
<i>regula ceremonial</i>	264	1	as <i>regula juris</i>
confessarmos	265	12	<i>regula</i> do ceremonial
se beijão,	273	3	e se confessarmos
os clinicos psychiatri-			não se beijão,
cos	280	25	os clinicos psychiatri-
e do coração	290	18	cas
			e o coração

Outros muitos erros existem n'este livro, cuja correcção confiamos á lucidez e á benevolencia do leitor. Revimos todas as provas em nossa comarca, em occasião de grandes affazeres. Entretanto, a substancia não ficou alterada de modo algum.