



Da reincidencia doCodigo Penal

Noi sem venuti al luogo, ov'i't'ho detto
Che tu vedrai le genti dolorose
Ch'hanno perduto il ben dello'ntelletto.

Dante Inf. c. 3.^a



thema da reincidencia, que tanto tem preocupado as melhores cabeças do mundo juridico-criminal, não comporta nos limites de umas notas, como as que se vão ler, mais do que simples e despretenciosas variações.

Este é de facto o meo intento e, por isso, restringi-o ao ponto de vista especial que epigrapha estas linhas.

E' claro todavia que umas explanações para além desse terreno restricto são obrigadas á exposição e entendimento do assumpto.

A minha escolha foi motivada pelo desejo de tocar em alguma cousa de praticamente util e não pela pretensão, commum em occasiões identicas, de fazer estylo, disfarçando a

pobreza de uma téla nos doirados arabescos de uma moldura litteraria, em que a mão do artista inexperiente debalde encobre o manejo da desusada arma.

Isto quer dizer, que aproveitando a occasião de apparecer deante dos Mestres do Direito, para sujeitar-me ao seo julgamento, aproveito-a tambem para respigar no amanho de-pauperado de nossa legislação criminal um pouco do joio, que a cegueira do legislador patrio houve por seo bem e nosso mal, lavrar na colheita operosa dos nossos maiores.

Não ha aqui uma expansão *misoneista*, a que a iconoclastia republicana (no direito criminal, já se vê) dêsse azo ; mesmo porque, como adeante se exporá, eu não ficaria, no assumpto de que vou tratar e em outros, senão de muito má vontade nos estreitos limites do Codigo de 1830.

Mas, é incontestavel que só a cegueira não vê que a reforma de certas disposições da anterior legislação e a transplantação de outras de Codigos estrangeiros para o da Republica deu em resultado essé amalgama confuso e ás vezes mysterioso, que se impoz como legislação criminal de um povo. (1)

O problema da reincidencia é o primeiro e o mais importante do Direito Penal: é a pe-

(1) As provas do meu asserto, e innumeras poderiam ser dadas, não cabem em umas paginas escriptas para preencherem o fim obrigado e especial a que se destinam. No correr destas linhas terei muitas vezes occasião de proceder assim, deixando á competencia dos meus antagonistas o premio de victorias certas. E, se com alguma cousa dos mestres a indulgencia me pagasse, eu estimaria, primeiro, o reconhecimento de que a mim só valeram algum estudo e maior boa vontade.—
Vagliami'l lungo studio el grande amore.

dra de toque, como diz Marsangy (2) ao mesmo tempo das leis penaes e dos systemas penitenciarios.

Com effeito, si se podesse ter a certeza de que o individuo não seria capaz de infringir a lei, senão uma vez, a repressão penal ficaria reduzida a um papel muito mais simples e as theorias sobre o crime e sobre a pena não se debateriam com tamanho acirro em busca dos meios de cercear a propagação do virus da criminalidade.

A verdade, porém, é que tudo tem sido impotente para reprimir a invasão, e as estatisticas apontam a frequencia crescente e o avolumar incessante da onda.

As causas do phenomeno ainda não foram de todo postas a limpo; mas o facto é que o numero de crimes augmenta, e, o que mais é, na rasão inversa do de criminosos.

A criminalidade tem os seus eleitos, como a Poesia, a Arte, ou qualquer outra manifestação normal ou anormal da actividade humana.

Olivecrona pretende que a reincidencia ou o proprio crime tenha como uma de suas causas geraes a falta de força moral sufficiente, para resistir ás más tendencias, por parte do individuo que recebeu uma educação defeituosa, muitas vezes mesmo inteiramente negligenciada.

Elle insiste para que se consagre ás gerações novas um cuidado especial, inspirando-as na religião e na instrucção, duas panacéas de mero sabor esthetico, das quaes uma nada tem provado e a outra tem provado mal. [3]

(2) *De la récidive ou des moyens les plus efficaces etc.* Paris. 1844, t. 1.

(3) *Des causes de la récidive et des moyens d'en restreindre*

Depois, vem a miseria e os quadros estatísticos que elle aponta para comprovar a influencia desse *poderoso estimulante do crime*.

Assim na Suecia (paiz do autor citado) as más colheitas dos annos de 1867 e 1868 e a paralysação de toda a actividade industrial da nação tiveram uma grande repercursão no augmento de crimes.

E' a mesma ideia de Alimena que aponta a miseria como uma das causas sociaes da criminalidade, ás quaes, com toda a rasão, elle dá a maior importancia na genese do delicto.

A escola anthropologica com a ideia fixa de salvar os *typos criminosos* e para dar preeminencia aos factores physicos e naturaes do crime (4) raciocina que si a classe dos pobres, dos proletarios, fornece maior numero de criminosos é que ella é tambem a maior.

« Così che, diz, Garofalo, mentre fra 100 persone, 89, sarebbero povere, fra 100 crimini, mossi da cupidigia, 87 sarebbero da attribuirsi a delinquenti poveri. » (5)

A este argumento estatistico, Fornasari di Verce (6) oppõe outros dados em contrario e observa que, na loucura e no suicidio, prevalece o numero de abastados, o que não se explicaria dada a predominancia absoluta do

dre les effets, pag. 12, trad. fr. Olivecrona falla das *virtudes civicas* de cujos exemplos não desespera no seo paiz. Mas a instrucção que dêsse o conhecimento e a comprehensão dessas virtudes teria muito que desilludir-se si, em nosso paiz, levasse a geração moderna á copia das *virtudes* publicas hoje praticadas.

(4) Vid. Alimena—*I limiti e i modificatori dell'imputabilità* t. 1, pag. 312 e segs.

(5) Criminologia, Torino, 1885, pag. 172,

(6) Apud Alimena loc. cit.

numero de pobres, dos quaes Garofalo só se lembrou com relação ao delicto.

E' incontestavel, para mim tambem, que a miseria depauperando o organismo produz muita vez como resultado a degenerescencia moral e o crime.

Não me detenho, porém, no exame das causas quer sociaes, quer naturaes e physicas do delicto e da reincidencia, porque seria ir muito longe com o meu assumpto.

Adeante apontarei certas causas especiaes desta, a qual, segundo estou convencido, encontra nos proprios Codigos e nos systemas penitenciarios um grande numero de estimulos.

Vem de remotissimos tempos o facto da applicação de penas mais graves aos reincidentes, que aos criminosos primarios.

Desde os livros da lei de Manú até ás legislações hodiernas, a sanção penal manifesta-se no sentido apontado, como prova de que a ideia é rudimentar e não admite contestação.

Os Romanos não esqueceram tambem essa circumstancia em que o senso juridico de todos os povos descobrio um motivo inilludivel de aggravação da sorte do delinquente.

Elles, porém, ativeram-se a um terreno muito delimitado, applicando a reindencia a certos casos especiaes, como disse dão exemplo diversas disposições fragmentarias de sua legislação.

Assim é que a lei 28 § 3 D. I. 48 tit. 19 impunha aos que, pela primeira vez, excitassem tumultos populares, a pena de fustigação e a prohibição de assistir aos espectaculos; na primeira

reincidencia, o exilio ; depois desta a morte. *Solent quidam*, diz o texto, *qui vulgo se juvenes appellant in quibusdam civitatibus turbulentibus se acclamationibus popularium ac comodare ; qui si amplius nihil admiserint nec ante sint a præsede admoniti ; fustibus cæsi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sint non numquam capite plectendi : scilicet sæpius seditione et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi, tractati clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint.*

Ainda no D. *de re militari* (49, 16, 3 § 9) Modestino diz : *si plures simul primo deseruerint deinde intra certum tempus reversi sint : gradus pulsus in diversa loca distribuendi sunt : sed tironibus parcendum est qui si iterato hoc admiserint pæna competenti adficiuntur ;* de onde se vê que na deserção de militares a reincidencia constituia agravante.

Muitos outros textos (7) poderiam ser aqui transcriptos como prova de que os Romanos agravavam a penalidade dos que repetiam a pratica de delictos.

Os glossadores, o direito canonico e o velho direito allemão seguiram a orientação do Direito Romano e o seu systema.

Com a idade moderna, porém, é que se procurou arrancar a reincidencia ao apertado ambito em que se conservou nas legislações medievaes, elevando-a á cathegoria de ag-

(7) Vejam-se, por exemplo, os seguintes : D. 48 19, 28, § 10—*grassatores qui præde*—, C. 9, 12, 8 § 2—*hi qui bis aut sæpius*—Id. 18, 20 pr.—*si quis exactorum*.—

gravante geral dos delictos e não somente de certos, como o de furto etc. [8]

Alguns criminalistas adstrictos ao ponto de vista, já condemnado, da escola classica, insurgem-se contra a ideia de que a reincidencia possa agravar a pena de um individuo que já expiou o anterior delicto,

Carnot, (9) por exemplo, entende que seria injusto que o juiz, ao pronunciar-se sobre uma infracção tal ou qual, fosse reportar-se a circumstancias outras que não as que acompanham ou rodeiam o facto.

Demais, accrescenta elle, seria violar a regra *non bis in idem* trazer de novo á baila o primeiro delicto, que já foi expiado, como para punil-o segunda vez, aggravando a situação do delinquente.

Tissot, (10) insistindo nesses mesmos argumentos sustenta que para a sociedade proteger-se contra os individuos reincidentes tornados perigosos, seria preciso que ella tivesse o direito de privar-os indefinidamente de sua liberdade, *mas sem punil-os*.

Outros, com este autor, (11) continuam a

(8) Vid. Chanveau Helie—Th. du Cod. t. 1, pag. 161. A Carolina consagra nos arts. 159, 161 e 162, disposições relativas ao 2.º e 3.º furtos.

(9) *Commentaire sur le Code Penal* pag. 162, t. 1, apud Alauzet.

(10) *Introduction philosophique á l'étude du droit penal et de la réforme pénitentiaire*, 1874, t. 1. pags. 101 a 117.

(11) São conhecidas a respeito as opiniões de Carmignani, Orano e Gesterding, o qual, como diz Puglia (*Studi Critici* pag 13) *venne fuori con un dilemma che fu sostenuto da molti: o la pena decretata al delitto ha la sufficienza che deve avere onde la sua minaccia, datta la certezza della sua sabizione, sia un politico*

serie de paradoxos sustentando até que a responsabilidade é menor nos reincidentes, que nos criminosos primarios.

A ideia, porém, de punir com mais gravidade ao que insiste na pratica do delicto é, como acima se disse, rudimentar, encontra écho em todas as tradições e só o ponto de vista falso de uma escola inspiraria argumentos em contrario.

Não se conclúa d'ahi, que os criminalistas classicos rejeitam todos a aggravante da reincidencia ; é, pelo contrario, pequeno o numero dos que a negam, o que é extranhavel, porque é logico que quem abstrahе da figura do delinquente e atem-se de preferencia á entidade metaphysica do delicto deve ter suas difficuldades em descobrir o nexο *ontologico* ou que melhor nome tenha, que prende o crime de hoje ao de amanhã e assim por diante.

Mas, esse nexο é um verdadeiro *idolo de theatro* que o moderno conceito da temibilidade (12) veio destruir fazendo repousar sobre si o fundamento da maior responsabilidade daquelles que absolutamente se não adaptam ás condições existenciaes da sociedade.

Este conceito em sua inelluctavel clareza explica a questão, sem necessidade dos racio-

ostaculo all' offesa o non l'ha: se l'ha conviene attribuire il nuovo delitto non ad insufficienza dalla pena del primo, ma ad un falso calcolo d'impunità di chi si acinse a commetterlo; o non l'ha, e conviene aumentare la pena decretata al delitto, non esasperarlo per il caso della recidiva.

(12) Chama-o moderno pelas applicações que somente hoje, após o influxo poderoso da escola italiana, tem tido. Sei, porem, que o proprio Lombroso fal-o remontar um pouco longe (á L. 28 D. de poenis 48 19) nestas palavras: *la nostra temibilità concetto che rimonta all' insegnamento del Diritto Romano* etc. Appunti al nuovo Codice, pag. 17.

cinios transcendentaes dos Rossi, Carrara e queijandos. (13)

Muito tempo se tem perdido discutindo tambem si a reincidencia deve agravar só a pena ou a imputação.

Os classicos, Carrara á frente, dizem que *augmentar a imputação é augmentar a quantidade do delicto*; mas a quantidade deste é tal qual a constituem as circumstancias do facto; ora não sendo a reincidencia uma circumstancia deste não pode modificar para mais a imputação.

Sustentar, pois, que a reincidencia agrava a esta, continuam elles, é cahir na injustiça de evocar o primeiro delicto, divida que o criminoso já pagou com a condemnação soffrida.

Mas, si ao velho conceito da *imputabilidade* substituir-se o da *responsabilidade* fica evidente o quanto teem de falsos semelhantes raciocinios, porque o alarma social que a maior temibilidade do delinquente desperta e o perigo constante em que seus habitos criminosos põem a defeza social indicam que é necessaria uma reacção mais violenta contra taes criminosos.

Deve-se, pois, abandonar essa velha questão da reincidencia agravando a pena ou a imputação; o que importa é affirmar que, não o crime, mas o criminoso, não a imputação que se refere ao acto, mas a responsabilidade que

(13) Rossi—*Trattato di diritto penale* cap. 4—Carrara—Programma parte geral §§ 736 e segs. Alauzet (Essai sur les peines, pag. 81) um dos mais decididos sustentadores desse

se refere ao agente, serve de fundamento a esse instituto juridico. [14]

Disse, acima, que os proprios Codigos eram uma fonte de estimulos para os reincidentes.

Esta affirmativa prende-se á questão da reincidencia *especifica e generica*, a primeira das quaes é infelizmente consagrada na maioria das legislações.

E' sabido que o primeiro systema exige que haja perfeita identidade ou pelo menos semelhança entre o delicto anterior e o que se vae julgar; o segundo dispensa esta circumstancia e não indaga senão se houve uma condemnação já imposta.

Naquelle sentido acham-se muitos Codigos, fazendo as seguintes exigencias: o da Grecia, art. 111., que o crime seja identico ao precedente; o de Portugal—art. 85—o da Luiziania—art. 43—o Brasileiro de 1830—art. 16—, § 3.º e o projecto Russo de 1881—art.—58—, que tenham a mesma natureza; o do Cantão de São Gallo—art. 89—, que tenham a mesma tendencia anti-juridica; os dos Cantões de Valais—art. 79—, de Berna—art. 62—, de Vaud art. 67 e 68—, o de Friburgo—art. 73, que

modo de vêr affirma que: *todos os raciocinios possiveis virão quebrar-se contra um facto. Sustentar-se-ha em vão que se não pede ao accusado contas de seo primeiro delicto; nem por isso deixará de ser verdade que é justamente por causa delle e só delle que a aggravação lhe é imposta, independentemente de toda outra circumstancia.*

(14) Si se quizer, em todo o caso, fazer concessão aos metaphysicos do direito criminal, cuja grande questão é o nexó entre o primeiro delicto e os outros, porque não ir buscar-o nos impulsos depravados do mesmo criminoso?

sejam do mesmo genero, querendo este ultimo —art. 74—, que esta expressão signifique os crimes comprehendidos sob alguns titulos expressamente indicados.

Estabelecem ainda a reincidencia especifica, os Codigos de S. Marinho—art. 69— de Zurich—art. 66— e o do Cantão de Tessino—art. 69 § 1.º devendo entender-se por *crimes da mesma especie* os collocados sob um mesmo titulo e o Projecto Hespanhol de 1884—art. 114—, que se refere aos comprehendidos sob uma mesma secção.

Outros codigos só admittem reincidencia para certos crimes especificadamente indicados.

Neste caso estão: o da Suecia, o Allemão o Hungaro, o Hollandez, os do Cantão de Basileá e o Projecto Austriaco de 1881. (15)

Ora, não ha motivo para essa preferencia a um systema atrazado, que tão bem Ortolan chamou da *infancia da penalidade*. (16)

Os seus partidarios dizem que o insistir na mesma especie de crimes é que denota o character perigoso do réo e que os habitos criminosos, que dão a presumpção da perversidade d'elle, não existem senão quando ha *identidade* de delictos.

E' inspiração do apophtegma de Godofredo: *iteratione augetur delictum*. (17)

(15) Quanto a alguns dos Codigos citados, reporto-me ao Relatorio ministerial junto ao texto doCodigo Italiano

(16) Eléments du droit penal n.º 1197: "*le mode de procéder par prévision des récidives generales est bien superieur, dans la loi, à celui qui consiste à procéder seulement par prévision des récidives speciales. Celui de la récidive speciale est l'enfance de la péalité etc.*"

(17) Isso vale alguma cousa como dizer o *estylô* é o *homem*. Mas o *estylô* dos grandes criminosos é variavel. Lacaenaire ou Gasparoni deixaram nos annaes do delicto as formas proteicas de sua perversidade. De resto, a maxima do

Aqui ha desconhecimento completo de um phenomeno observado, aliás, muitas vezes.

E é que os habituaes do delicto fazem uma verdadeira *carreira criminosa*, passando de etapa em etapa, de forma em forma da criminalidade.

As estatisticas (18) demonstram o facto e eu creio intuitivo ser menos perigoso aquelle que insiste sempre na pratica dos mesmos crimes, embora não chegue a chamal-os *meio imbecis*, como Lombroso, do que aquelles dotados de *instinctos anti-sociaes indecisos*, que fazem eclosão ora sob uma forma, ora sob outra, da criminalidade.

Locatelli (19) demonstrou como os criminosos nas prisões, com a aprendizagem de certas artes, adquirem meios de delinquir melhor e com facilidade, passando, por exemplo, o aggressor a transformar-se em falsario, o ladrão em estellionatario, etc.

Os Codigos, pois, que admittem somente a reincidencia especifica, estão aquem da verdade scientifica e não têm base na observação dos factos.

autor da *Historia Natural* (*pas si naturelle* como dizia Voltaire) não passou totalmente em julgado. Bonaparte para contradizel-a, dizia por exemplo que o autor de Paulo e Virginia era um homem inidgno.

E' claro, porem que quem pode disfarçar o estylo ou a sua individualidade desdobrando-a em muitas formas de crime torna-se mais perigoso

(18) La statistica inglese ha mostrato che il delinquente contro le persone, recidivando delinque più specialmente contro la proprietà, specialmente in delitti di truffa e di furto, per sfuggire all'arresto e qui (na Italia così avrebbe anche il vantaggio di sfuggire all'aggravamento della condanna—Lombroso loc. cit. pag. 18.

(19) Apud Lombroso loc. cit. pag. 18.

Qual foi, porem, o systema que o nosso Codigo actual seguiu?

O de 1830 adoptou a reincidencia especifica e deixou que a doutrina e a jurisprudencia firmassem o sentido das palavras *delicto da mesma natureza*, que traduziam a exigencia por elle feita para que se dêsse a aggravação da penalidade.

A data em que este Codigo foi redigido, longe da orientação que os progressos da anthropologia criminal poderiam fazel-o soffrer, justifica-o até certo ponto e de modo porque se não dá com o de 1890, contemporaneo cego á sciencia e surdo á verdade.

Este, para fugir ás duvidas que a redacção do outro levantava, resolveo ser mais simples e realmente o foi.

Mas a sua simplicidade é tocante e evangelica.

Só ha reincidencia quando o criminoso depois de passada em julgado sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza, entendendo-se como tal, para os effeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo. (art. 40)

Aqui o legislador teve só um merito—o de ser original.—

O Codigo Italiano, o Argentino, o Portuguez e outros, de cujos retalhos fez-se a algarravia do nosso, não lhe serviram de cousa alguma neste ponto.

Nem se pode dizer que o systema por elle abraçado fosse o da simples reincidencia especifica.

Não ; o seo systema é somente delle: é o

da reincidencia *muito especifica* ou *brazileira*, como a doutrina poderia chamal-o.

Acharão alguns que não tenho razão no que digo e entenderão que é, em todo o caso, preferivel o *systhema brazileiro* ao da Carolina, de que acima fallei.

Mas, aqui, a lei foi apenas deficiente applicando o conceito da reincidencia sómente ao crime de furto; alli, isto é no *Codigo Brazileiro*, além da deficiencia, ha a falta de logica em não applical-o, v. g. a todos os ladrões.

Veja-se a prova da minha asserção.

O art. 330 pune o furto de cousa alheia movel; o art. 332 § unico o de objectos depositados em estabelecimentos publicos etc.

Em face do *Codigo* não é reincidente o individuo, que depois de condemnado pelo primeiro crime venha a commetter o segundo!

O condemnado pelo crime de estellionato do art. 339 basta, para não ser reincidente, que de outra vez tenha o cuidado de commetter um estellionato mais grave (art. 338).

O que para roubar commetter morte, não será reincidente, se de outra vez apenas roubar.

E assim por diante!

E não é este o unico defeito do *Codigo*. As questões especiaes que o assumpto suscita desmoralisam ainda mais a sua theoria.

Pode a reincidencia ter o effeito obrigado de aggravar em todos os casos a penalidade?

Pelo *Codigo*, é claro que sim, desde que ella entrou na lista das circumstancias de tal natureza, enumeradas pelo art. 39.

Não se me responda que os juizes do facto podem negal-a (mesmo em face de uma certidão da condemnação anterior) porque o que se deve buscar aqui é o proprio espirito da lei e não um meio de applical-a contra a evidencia manifesta e só para fugir a difficuldades.

Portanto a *nossa* reincidencia aggrava sempre.

Exemplos: Pedro mata em defesa propria e ao depois de cumprir a pena assassina ao individuo que estuprou sua filha, emquanto elle estava na prisão.

Paulo, depois de uma condemnação por homicidio, mata sua mulher a quem sorprehende em flagrante delicto de adulterio ou ao individuo que encontrou espancando-a.

Em qualquer destas hypotheses e em mais cem outras, a regra do Codigo é inflexivel: a reincidencia é em todo o caso, aggravante geral dos crimes.

O absurdo é palpavel.

Os moveis do delicto são postos á margem e quer se trate de criminosos habituaes, quer de criminosos occasionaes, a penalidade é incoherentemente aggravada.

Entretanto, o Codigo que força essa interpretação *draconiana* é o mesmo que nunca impõe a penalidade *do maximo* aos menores de 21 annos, qualquer que seja o numero de reincidencias por elle praticadas.

E eis aqui o exacto criterio para avaliar-se da *temibilidade* e *incorrigibilidade* do delinquente annullado por uma circumstancia da menor importancia e que até se poderia dizer que dá, na hypothese, mais força áquelle criterio.

Pois que ! O individuo já em verdes an-

nos carrega as armas de Achilles no crime (é, admitta-se, um decidido *kleptomano*) e o Código esquivava-o á penalidade maxima!

Tudo isto está indicando que o legislador tratou levianamente do assumpto, não dando séria importancia á reincidencia (20) que devia ter considerado á parte e com as explanações e largueza que não se enquadram na formula absurda e anã do art. 40.

A concisão biblica do legislador republicano fel-o escapar á decisão de importantes duvidas como as que levantam as questões sobre a reincidencia de crime doloso a culposo e vice-versa, bem como de contravenção a crime e vice-versa.

Por minha parte entendo, que sempre que a reincidencia der a medida da *temibilidade* do réo deve ser applicada para o effeito de ser rigorosamente punida.

E isto tanto na esphera dos crimes dolosos, como na das contravenções e até entre crimes meramente culposos. Nesta ultima hypothese, comprazem-se muitos em sustentar que a *culpa* repousando na involuntariedade da acção não denota a perversidade do agente, a quem por isto a reincidencia não deve ferir.

(20) E' justo não esquecer que o actual código elevou a a reincidencia á categoria das *qualificativas* do delicto.

Como, porem, approximar o ponto de vista puramente objectivo de quasi todas estas circumstancias, do ponto de vista subjectivo da reincidencia?

Ainda aqui o legislador foi infeliz equiparando, por exemplo, a situação do creado que mata o amo á do incorrigivel endurecido na pratica de muitos assassinatos.

Não vejo, porém, absurdo e sim toda a conveniência em agravar a penalidade a um individuo, que uma vez condemnado por sua imprudencia, negligencia ou impericia, não se tenha emendado e continue a ser causa de accidentes, ás vezes gravissimos, mortes, envenenamentos, ferimentos, etc.

Não se pode negar quanto é perigoso um individuo desses, nem tirar á sociedade o direito de precaver-se mais energicamente contra elles.

Entretanto, nos casos que ácima figurei, isto é, tratando-se de crime culposo *vis-a-vis* de um doloso ou de um destes *vis-a-vis* de uma contravenção etc. o Codigo, em sua simplicidade, excluiu toda a dúvida.

Eu quisera, porém, que o legislador dissesse em que lhe repugna, por ex. considerar reincidente o individuo já uma vez condemnado por uzo de artificios com que, induzindo outrem em erro, obteve lucros para si e que, ao depois, uzando de nome supposto venha a conseguir utilidade ou dinheiro da mesma ou diversa pessoa.

O primeiro caso é de crime doloso e o segundo de simples contravenção. (arts. 338 n. 5 e 380).

— — —
Outras questões:

O Codigo é lacunoso no que diz respeito á reincidencia quando o réo tenha sido perdoado, amnistiado ou rehabilitado, bem como quando tenha havido prescrição do primeiro delicto.

Na hypothese do perdão é corrente o juizo de que elle não tem o effeito de fazer desaparecer o crime, ficção de que se uza quando se trata da amnistia.

Mas a lacuna do legislador não pode ser desculpada em assumpto tão importante e principalmente quando em outros codigos, em que elle bebeo algumas de suas *originalidades*, podia ter encontrado disposições dignas de serem transladadas.

O Codigo Portuguez no art. 85 cogita do assumpto em termos expressos, estatuinto que o *perdão da pena do primeiro crime não deixa de considerar o segundo reincidencia*.

Estou de accordo com este modo de ver e isto quer se trate do indulto do Poder, quer do perdão do offendido.

No caso da amnistia, porem, pensa-se geralmente, que a ficção, de que acima fallei, põe em *perpetuo silencio* o crime, desaparecendo nesse baptismo (é a comparação commum) tambem a reincidencia.

Não vejo fundamento para semelhante opinião e nem que haja crimes cuja pratica repetida esconda a temibilidade ou a pertinacia malvada do delinquente.

Mesmo nos crimes politicos os motivos superiores que inspiraram a clemencia do Soberano ou dos Congressos não podem ir até o absurdo de destruir a realidade, innocentando hoje um facto que hontem era criminoso e cancellando condemnações da maior gravidade.

Demais quantos criminosos communs não se disfarçam em politicos e quantas vezes as revoluções não são mais, para muitos, que pre-

textos para o roubo, o estupro e o assassinato?

A reabilitação sim, esta deve fazer perder a memoria do crime e arredar todos os effeitos da injustiça da anterior condemnação.

O reabilitado é, por força de uma sentença, reintegrado em todos os direitos que havia perdido e collocado entre os seus concidadãos no mesmo pé em que se achava antes da condemnação, como se o crime a elle imputado nunca tivesse existido.

Não pode haver entre nós divergencias neste capitulo e só sei da jurisprudencia franceza, anterior á lei de 14 de Agosto de 1885, que se fazia em sentido contrario.

Quanto á prescripção, costuma-se dizer que ella *cobre a pena*, porém, não faz desaparecer o crime.

D'ahi a applicação da reincidencia mesmo nos casos em que a condemnação anterior tenha prescripto.

E' opinião que se remonta ao autor dos *Questiones cariae*, que dizia: *pæna augetur etiam, propter antiqua delicta præscripta*.

O brocardo é velho, mas é falso.

Os Codigos e autores que admittem a prescripção da condemnação de modo algum podem invocal-o.

Si se quer que a sociedade perca o direito, depois de um certo tempo, de fazer effectiva a punição do individuo que escapou pela fuga ou pela occultação, por ter dado prova de sua bôa conducta e adaptação á vida normal, como aggravar a penalidade em um segundo delicto a esse mesmo individuo que tem por si ainda o mesmo tempo de bôa conducta e adaptação?

Demais, para collocar-me no ponto de vista genuinamente classico, como dizer que o réo do segundo crime insistio em suas tendencias anti-juridicas não lhe tendo sido efficaz a pena, se esta não foi cumprida totalmente ou mesmo em parte?

Ha incoherencia nesse modo de pensar que consiste em ter em vista um delicto anterior, que não se pode mais punir, aggravando a penalidade com a reincidencia.

As questões indicadas mereciam como se vê, por sua importancia, uma resolução expressa da parte do Codigo.

E' facto que elle estabeleceo que a amnistia extingue todos os effeitos da pena e que a rehabilitação reintrega o condemnado em todos os direitos que houver perdido; mas se esqueceo de dizer claramente si naquelles effeitos se conta a reincidencia e si nestes direitos está o de não ser reincidente.

Ora, não é muito que se exija de um Codigo a clareza, principalmente quando o legislador dispunha de longa messe, onde colher a experiencia, nos theoristas e nas proprias legislações anteriores.

O legislador republicano com o artigo 40 do Codigo ganhou sobre o de 1830 todas as palmas, inclusive as da innocência.

No dominio da passada legislação, os juristas discutiam se havia necessidade de uma condemnação para que o réo, no segundo delicto, fosse considerado reincidente.

Em sentido negativo manifestava-se o

Dr. João Vieira, cujo criterio no assumpto soffria a influencia do ponto de vista geral da escola que abraça.

Ha neste modo de ver uma certa coherencia, que a orientação methodica do illustre criminalista inspirava.

De facto, seria injusto que, neste vasto paiz sem gente e sem policia, o sertanejo facinoroso autor de muitos assassinatos, quando uma vez conseguisse deixar-se prender e fosse julgado, não tivesse contra si a aggravante a que me refiro, ficando deste modo a pluralidade de crimes com menos valor que a de criminosos.

A reincidencia do Codigo de 1830 tinha já esta vantagem em um paiz como este e a doutrina podia abrir no nosso systema processual uma sahida larga e proveitosa.

Explico-me.

Si a reincidencia é uma questão de facto, que o jury tinha a faculdade de negar, ainda que fosse documentalmente provada, é claro que não podia perder este character para se tirar ao mesmo jury o direito de affirmar-a, na ausencia de documento, quando elle tivesse a consciencia de que o réo já commettera crime, que preenchesse a exigencia conceitual da alludida reincidencia.

De sorte que o jury, cuja soberania é de muito axiomática, podia, sem offensa á lei, applicar essa aggravante á criminosos habituaes na pratica de certos delictos, quando tivessem de ser uma occasião julgados.

A vantagem pratica que d'ahi resultava é incontestavel e á maior temibilidade do réo correspondia reacção egual da parte da sociedade

ou, para fallar na linguagem de Bentham, o maior alarme por elle causado encontrava premio correlativo na repressão penal. (21)

O Codigo actual, porém, quiz tirar todas as duvidas, pondo de lado quaesquer considerações especiaes do povo para o qual legislou e exigio expressamente o facto de uma condemnação anterior para a existencia da reincidencia.

Mas, ou o legislador pensa que esta exigencia é conceitual e *sine qua non*, e então não precisava tel-a feito, ou não quiz senão fazer praça de clareza eliminando para sempre a interpretação proveitosa que indiquei.

Entretanto, pergunto: todas as duvidas realmente desapareceram, deixando o principio da reincidencia illeso?

Figure-se, por exemplo, o seguinte caso:

Um individuo responde por crime de homicidio perante o jury; na occasião, porém, de ouvir a leitura de uma sentença de condemnação, que elle já presentira num sussuro entre os jurados ou soubera pelo porta voz de um

(21) E' sabido que Bernardo de Vasconcellos inspirou-se profundamente nas ideias do grande utilitarista inglez, cujas lições soube aproveitar, ao envez do legislador da Republica, que por ter tido muitos mestres sahio o peor dos discipulos. Não resiste ao desejo de transcrever aqui o art. 74 do Projecto de Vasconcellos, bem como o 22 de Clemente Pereira, que, por certo, contêm disposições mais fundadas em uma intuição experimental dos factos que o mallogrado art. 40 com todas as suas consequências.

Art. Quando as reincidências sujeitarem os reos a tantos annos de prisão, quantos não seja provavel que vivam, serão impostas as immediatamente maiores.

Art. 22 As penas no caso de reincidencia no mesmo crime serão sempre o duplo daquellas que tiverem sido impostas aos réos pelos primeiros crimes.

Se a redação final do antigo Codigo errou uma vez abandonando essa intuição, o que se poderá dizer do actual com a sua reincidencia?

official de justiça experiente em apprehender as respostas ao *primeiro quisito*, na occasião solemne, digo, em que todo o auditorio se levanta preso das palavras do presidente do tribunal, elle, o condemnado, atira-se de surpresa contra um individuo que lhe está proximo e que é justamente um filho da victima, que alli fôra fazer de *remorso vivo* ou chasquear de sua situação, e mata-o.

O caso de um crime de tal natureza committido no *sagrado e seguro* recinto de um tribunal brasileiro não é virgem, creio e é facil, entre nós, que um individuo mesmo no banco de réo traga uma arma escondida, si não se preferir suppor que elle a tem mais *á mão* no guarda proximo enlevado na *insouciance* de seu papel de policia brasileiro.

E' claro, que a sentença que acabou de ser lida não passou ainda em julgado; mas si bem que o réo não tenha appellado della, por conformar-se com a sua justiça ou por não ter esperança de ser mais feliz em outro julgamento, não será considerado reincidente.

Já se vê, pois, que o legislador de 1890 mesmo quando levou sobre o de 1830 a palma da clareza não escondeo todos os espinhos.

Este ponto, porém, ainda não está esgotado.

Em face do Codigo, basta que a condemnação tenha passado em julgado e não que tenha sido cumprida.

O contrario acha-se estabelecido, entre outros, no Codigo da Austria (1852) nos de 9 cantões suissos, no toscano (art. 82 § 1.º) que exigem o cumprimento de toda a pena e nos

Hesse Darmstadt, Brunswick etc., que apenas exigem a expiação em parte.

Ora, no ponto de vista do legislador, não penso que elle podesse ter esquecido a differença entre reincidencia da *pena* e da *sentença*, *Gravius peccant ii*, dizia Cicero, *qui pæna soluta ac finita renovatum delictum perficiunt*.

Si o Codigo pretende (como todos os outros) que o crime vale exactamente tanto ou quanto na tarifa das penas e que quem quer que seja o infractor da lei, os *bens sociaes*, para usar de uma phrase de Ihering, têm o mesmo *valor* e se medem pelo *gradimetro* da penalidade, não vejo como antes do tempo que o individuo tem para *realisar* esse valor por meio do cumprimento da sentença, se possa dizer que elle é um devedor renitente.

Portanto, só havia uma sahida para o legislador: aggravar a penalidade mais no caso do cumprimento da pena, que no de simples imposição della e distinguir ainda entre o cumprimento de toda e o de parte da condemnação.

E' o que pensa tambem *il chiârissimo* professor Tolomei: *l'avere anche scontata la pena parrebbe una circostanza aggravante e non una condizione essenziale all'esistenza della recidiva. E ciò ammesso, ne viene che un maggior rigore a prevenzione, a correzione e a contropinta dev'essere usato contro colui che delinque anche dopo di avere già patita la pena.* (22)

E pois, repito, o ponto de vista do Codigo, que é o mesmo da escola classica, obri-gal-o-hia logicamente a fazer essas distincções.

Para mim tenho, que em qualquer das hy-

(22) *Diritto e procedura penale*, pag. 315.

potheses, a maior perversidade do delinquente justifica o emprego de medidas mais severas.

O legislador brasileiro, que por ser pouco brasileiro considerou compatriotas os proprios estrangeiros inimigos de sua Patria e por ter querido ser muito legislador cogitou até de crimes inteiramente desconhecidos entre nós, esqueceu-se de marcar um prazo dentro do qual a reincidencia deve produzir os seus efeitos na aggravação da penalidade.

E' assim que, si o condemnado cumprir com toda a contricção a pena que lhe fôr imposta, sendo até merecedor do favor do livramento condiccional, não escapará á reincidencia, se muito tempo depois da extincção da condemnação (30, 40 annos, supponha-se) cahir no *mesmo artigo*...

Este rigor, mesmo á moda do Codigo, é injustificavel, principalmente em hypotheses como as que já atraz figurei.

Demais, como combinar o que elle deixou de estatuir sobre este assumpto, com o que consagrou acerca da prescripção?

O individuo que no primeiro caso, adaptou-se tanto tempo ás condições do meio social e a quem a pena ou outras causas quaesquer, por longo espaço corrigiram as tendencias de sua natureza anti-juridica, está em peor situação que o que teve habilidade em esconder-se para não ser punido!

Sei que ha quem objecte, que si um tal, depois de muito tempo, fez ainda explosão de seus sentimentos perversos é que estes estavam

profundamente arraigados, sem fallar já em que muitos crimes não são descobertos.

O nosso legislador, porém, com certeza não inspirou-se nestes raciocinios, desenvolvidos por Vito Porto (23) e em perfeita antithese com a orientação toda benevola que imprimio ao Codigo.

De resto e para os que têm, em todo o caso, um modo de vêr menos restricto que deste, o argumento é temerario, porque não se poderia provar si o novo crime era resultado daquella mesma tendencia anormal primitiva, ou de um motivo actual inteiramente de occasião.

Além de que, si muitos crimes ficam ignorados, tambem a prova de sua existencia é impossivel e portanto não podem vir accrescentar cousa alguma á prova da temibilidade do delinquente.

E quanto á prescripção não pode dar-se o mesmo ?

Pelo menos o Codigo devia estabelecer a respeito de uma e outra os mesmos prazos.

Nisto haveria mais logica, embora a critica tivesse ainda muito que dizer quanto á exiguidade de taes prazos.

O projecto Zanardelli (art. 75) estabelecia expressamente essa paridade entre o tempo decorrido depois do primeiro crime e o da prescripção da condemnação, nas palavras: *chiunque... commette entro il termine fissato dalla legge per la prescrizione della condanna medesima un altro reato della stessa indole, soggiace ad un aggravamento etc.*

(23) *Appunti al nuovo Codice*, pag. 213.

Este artigo foi modificado pelo 80 do Código Italiano em vigor, que marcou detalhadamente os prazos e supprimio as palavras *da mesma indole*.

Isto faz-me lembrar um novo *cochilo homérico* (pelo tamanho) do nosso legislador, que admitindo só a reincidencia *mais que especifica* cahio mais uma vez, *vis-à-vis* da prescrição, no *mesmo artigo* da incongruencia e do absurdo.

Realmente, elle diz que a reincidencia interrompe a prescrição (art. 81).

Qual o espirito, qual a razão de semelhante dispositivo ?

Si o condemnado não merece o beneficio da prescrição porque, supponha-se, roubou uma segunda vez, ha de merecel-o aquelle que para roubar matou ?

Mas voltemos á questão do tempo decorrido depois do crime, para haver reincidencia.

O Código Portuguez no art. 85 limitou-o a 10 annos ; o da Prussia, egualmente ; o italiano—art. 80—e o Projecto brasileiro de 1893—art. 79 a 10 e a 5 annos conforme a pena exceda ou não a este ultimo tempo.

Entendo que este se deve contar do dia em que a condemnação extinguiu-se e não do em que a pena foi imposta, porque então a reincidencia quasi só teria logar por crimes commettidos nas prisões.

— — —

A reincidencia *brasileira*, no seu laconismo epigrammatico, faz o effeito das inscrições

dos mappas, estendidas sobre as regiões temerosas *onde jazem os leões*.

Ao penetrar-se, porém, nessa *escura selva*, sente-se bolir a esperteza vulpina do legislador fugindo ás difficuldades do problema.

Entretanto, ainda nesse laconismo havia espaço para que elle resolvesse algumas duvidas imperiosas que o assumpto levanta.

Custava pouco, por exemplo, dizer qualquer cousa sobre as condemnações proferidas por tribunaes estrangeiros por tribunaes militares, etc.

Tudo isto seria obra de alguns paragraphos e com certeza em menor numero que os da interminavel casuistica do art, 338.

Dir-se-me-ha, porem, que o ponto de vista restricto do legislador exclue quaesquer duvidas.

E', justamente, aqui que está a raposa. *Hic jacet vulpes!*

Em face da disposição do art. 40, o individuo que tiver sido condemnado, mesmo em crime commum, por tribunal estrangeiro, si commetter um outro em perfeitas condições de egualdade, aqui no Brazil, não tem contra si a reincidencia.

Na verdade, o art. 365 do Codice italiano, que pune o crime de morte com algumas das circumstancias enumeradas no art. 294 § 1.º do nosso, ou outro qualquer de um *act* inglez punindo a *felonia* do assassinato, não é o *mesmo artigo* por ultimo indicado.

Logo, o assassino condemnado daquellas paragens, que a ventura da emigração, verdadeira selecção da maldade, ou a avidez da fortuna arrojara a estas plagas está escoreito de culpa para não ser reincidente, si aqui commetter delicto egual.

Que valor tem, então, essa reincidência do Código, que já nem serve para o *inglez* vê?

Sei que alguns autores combatem a aggravação da pena nesta hypothese, sob o fundamento de que haveria excesso de jurisdição no facto do juiz nacional referir-se a um julgamento proferido em paiz estrangeiro.

E mais: que seria contrario ao direito publico dar força executoria a uma sentença estrangeira ou consideral-a apta a produzir effeitos penaes, e que, com tal procedimento, a Soberania de um Estado forçosamente offenderia a do outro.

Como se vê, a metaphysica da Soberania penetrou no campo positivo da legislação penal.

Carrara exclama, cheio de fé patriotica e indignação *chauvinista*: devemos suppôr que as penalidades ordinarias estabelecidas entre nós bastem para a repressão.

O individuo não desprezou as nossas penalidades e eis ahi uma razão para sustentar que a reincidência não se applica aos condemnados por tribunaes estrangeiros. Uma ordenança franceza de 1629 e o Código Italiano art. 83 § 4.º consagraram opinião egual.

O contrario, porém, fizeram os Codigos de Bade e de Modena e o Projecto de Código do Japão. (24)

Que força, entretanto, têm os argumentos acima indicados?

O excesso de jurisdição, pela referencia feita a julgado estrangeiro, é absurdo.

(24) Beissonade *Project revisé de Code Penal pur l'Empire du Japon* --art. 107 Este artigo refere-se aos crimes que podem ser tambem julgados no Japão, apezar de commettidos fóra.

O proprio Codigo encarrega-se de proval-o com o disposto no art. 5.º

Aqui se diz, que o individuo que commetteo os crimes de homicidio e roubo em fronteiras será julgado no Brazil, *se já não tiver sido punido no logar onde delinquo.*

Esta disposição encerra, nada mais nada menos, que o principio do respeito á jurisdicção estrangeira; logo o Codigo admite que a *cousa julgada* fóra do paiz tenha força executoria (para usar da phrase dos contrarios) neste.

Si assim é, o mesmo se deve admittir quanto á reincidencia, desde que o criminoso commetta no estrangeiro e ao depois no paiz, crimes previstos em ambas as legislações.

Isto menos ainda póde repugnar a nações que entre si tenham tratados de extradicação, entre as quaes devia até ser obrigatoria a communicação das sentenças penaes.

Não se comprehende que um paiz que, em virtude de taes tratados, captura subditos de outras nações (já não daquella com quem tem a convenção) e faz policia por conta de estrangeiros, não offenda esse terceiro Estado e queira se dar por offendido, quando se lhe pede uma noticia de que o individuo A ou B tenha infringido suas leis e isto para aggravar-se a situação deste.

E' curioso este modo de pensar e ainda mais no nosso legislador, entendida ao pé da lettra a redacção do art. 5.º do Codigo.

Si o criminoso, diz o artigo, tiver sido *punido* no logar onde delinquo escapará ás penalidades brasileiras.

De sorte que, si elle fôr julgado, porém, absolvido, poderá ser condemnado no Brazil!

Isto, sim, é que seria offender á Soberania de outra nação; mas não no caso de aggravar-se á situação do criminoso no segundo delicto, quando as penas do primeiro foram inefficazes, muita vez por serem inteiramente diversas.

As difficuldades na prova da reincidencia, na hypothese que examino, são perfeitamente superaveis e como exemplo basta apontar os tratados de extradicação entre a Italia e Portugal (9 de Julho de 1878) entre a Italia e a Grecia (23 de Maio de 1878) que estabelecem a comunicação obrigada das sentenças entre estes paizes. (25)

Quanto ás condemnações impostas por tribunaes militares é claro que a reincidencia ainda tem applicação, desde que ellas possam dar o cunho da indole perversa ou temivel do delinquente.

E isto é tanto mais certo quando crimes militares podem ter os mesmos moveis anti-juridicos dos communs.

O art. 40 do Codigo é um *artigo de fé*. E' preciso crêr nelle, justamente porque é absurdo: *quia absurdum*.

A reincidencia *brazileira* si não é de todo virgem, pelo menos ainda não foi provada por muitos, pelos grandes criminosos roubadores e assassinos.

(25) Si se tratar de crime commettido em territorio que venha a ser destacado do Paiz, é claro que a mesma opinião acima exposta tem ainda cabimento.

A letra do art. 40 cancellou toda a criminalidade anterior ao Código.

O assassino, o estuprador, o estellionatario, etc., entraram para o novo regimen com uma bulla de indulgencia.

O individuo que na vigencia do Código de 1830 praticou um ou mais roubos, um ou mais homicidios, etc., isto é, que incorreo uma ou mais vezes na sancção dos artigos 192, 269 e outros do citado Código, ainda que repita hoje a pratica de um crime da natureza desses, não é reincidente.

A exigencia conceitual, que o moderno legislador faz, de que o delinquente incorra mais de uma vez no mesmo artigo não é, em qualquer hypothese, preenchida.

Dir-se-ha, porém, que os crimes alli indicados e outros dos dois Codigos são identicos, visto que em ambos trata-se de homicidios, roubos, etc...

A explicação, porem, não aproveita: 1.º porque muitos dos delictos da anterior legislação foram profundamente modificados em suas circumstancias ao passarem para a nova; 2.º porque a interpretação *systematica* do disposto no art. 3.º vedaria a aggravação; 3.º finalmente, e isto é tudo, porque o proprio legislador actual não fez caso da identidade de delictos e de impulsos, como já provei.

Portanto, não ha mais reincidencia.

Era um luxo do antigo Código, que foi preciso cortar.

Ao menos, durante muito tempo, o dogma da immaculada reincidencia *brazileira* librar-se-ha na região superior que, não attingirão pobres mortaes roubadores e assassinos.

Chego, porém ao ponto culminante do assumpto : a repressão dos reincidentes.

Aqui, o Código é nullo.

No seu *systema* o maior problema do Direito Penal não tem importancia.

A reincidencia dos habituaes do delicto, dos criminosos incorrigiveis, vale tanto para elle como a circumstancia dos duelistas terem procurado, para bater-se, um logar ermo.

A mais insignificante das attenuantes reduz-a á impotencia, contrabalançando-lhe a efficacia.

O accrescimo de penalidade é irrisorio, e aquelles que fazem do delicto uma profissão não precisam viver melhor do que sob a atmosphera de um Código que proporciona uma primavera eterna do crime.

E que melhor genero de vida, realmente, do que os que o Código protege?

Com um pouco de habilidade, regula-se a existencia pela tabella dos artigos 330 ou 339, e quando o Jury seja tão inexoravel que faça prender por alguns mezes um homem, isto é um pequeno precalço do officio, que além do mais tem a vantagem de uma *villeggiatura* e os proventos de uma licença com ordenado.

O famigerado Leblanc dizia com muita graça e maior verdade ao prefeito de policia de Pariz, Gisquet : *se eu não fosse ladrão por vocação, sel-o-hia por calculo. Consultei todos os males e vantagens das outras profissões e achei que a minha é a melhor. Sei bem que podemos acabar na prisão ; mas sobre 18000 ladrões que existem em Paris não*

ha uma decima parte na cadeia: por consequencia gozamos 9 annos de liberdade contra 1 de prisão.

E qual é o operario que não tem uma estação sem trabalho? Emfim, si somos presos, acabamos por viver a expensas dos outros: vestem-nos, alimentam-nos, aquecem-nos e isto tudo nas costas daquelle a quem furtamos. Direi mais ainda: durante a nossa detenção, aperfeiçoamo-nos e preparamo-nos novos meios de successo.

Um outro de que fala Lombroso exclamava: *per me ringrazio Dio; sono più beato di S. Pietro. Qui nella cella sono servito da lacché. Che cucagna! Si sta meglio qui, che in campagna.*

Ora, si em paizes em que a policia tem uma organização um pouco melhor que a nossa, os riscos do officio estão na proporção de que Leblanc fala, o que se poderá dizer do nosso, em que além do mais, a acção publica não cabe em certos crimes senão nos casos de flagrante delicto e a particular é sujeita a mil difficuldades, que o resultado mais que problematico de uma condemnação não compensa? (26)

(26) No Brazil não se conhece a instituição dos *cahiers judiciaires*.

Os assentamentos das casas de detenção, marcam apenas as sahidas e entradas dos criminosos.

Só os annaes esparsos dos jurs guardam a tradição dos nomes notaveis da criminalidade e eu conheço, dos tribunaes desta cidade, diversos exemplos de *incorrigiveis* para quem as penas do Codigo nenhuma efficacia teem.

Para se avaliar, como acima deixei indicado, do quanto o Codigo estimula os ladrões basta attender na disposição do art. 407 § 2 n. 1. Não ha, por este artigo, acção publica nos crimes de furto, senão em casos de prisão em flagrante. Lycurgo não seria mais habil em proteger a agilidade dos ladrões de Esparta. O conceito da miserabilidade não salva

Mas não é só a exiguidade das penas impostas aos reindentes, as difficuldades da acção publica e a inactividade da policia entre nós e, como coroamento, a benevolencia proverbial do jury, que constituem um novo incitamento para o crime.

E' ainda mais, a insistencia nas mesmas penas, depois de se ter reconhecido que ellas são inefficazes por sua propria natureza.

E' o caso do medico que applicasse para todos os doentes os mesmos remedios apezar delles não darem resultado, (27) O Codigo Francez de 1810 no art. 56 estabelece: *quiconque, ayant été condamné pour crime, aura commis un second crime emportant la dégradation civique, sera condamné à la peine du carcan;*

a acção publica porque o legislador só a achou digna de proteger os crimes contra a segurança da honra e da boa fama, talvez receioso de que esta faltasse á obra de seo ingenho arguto ou como si só a perda daquella constituisse uma *miseria*. Supponha-se, porem, que a victima do furto é um individuo que não tem de seo, mais do que a quantia grande ou pequena, que lhe deram em esmola e que é tirada, ou antes, que é alguém, que tendo de mudar-se para outras terras, realiso toda a sua fortuna em titulos os quaes são-lhe subtraídos. Na ausencia de prisão em flagrante do ladrão, o individuo assim reduzido a uma verdadeira *miserabilidade* tem de arranjar-se como quizer, para accionar o seu offensor e vel-o punido, mesmo com as penas irrisorias do art. 330. já não fallo da indemnisação do damno, porque o legislador desconhecendo a theoria das *multas* como a expoz Garofalo no Congresso Penitenciario de Roma em 1885, (vid Mitt. der Internationalen krim. Vereinigung) não exige senão uns modicos 5 a 20 % e isto quer o réo seja ou não solvavel.

(27) A comparação, apezar de muito repetida, não deixa de ser justa. E' o mesmo que dizia o Professor Prins num discurso na International kriminalistischen Vereinigung (Mittheilung erster lahrgang, Heft 3, 174, : *Gegen alle Verbrecher aber um eines Prinzips willen, mag dieses auch vorzueglich sein nur eine einzige Art der Behandlung zur Anwendung zubringen das heisst wie ein Artz handeln der fuer alle sein Kranken nur ein Heilmittel, kennt.*

Si le second crime emporte la peine du carcan ou le bannissement, il sera condamné à la peine de la reclusion; si le second crime emporte la peine de la reclusion, il sera condamné à la peine des travaux forcés à temps et à la marque; si le second crime emporte la peine des travaux forcés à temps ou la déportation, il sera condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité; si le second crime emporte la peine des travaux forcés à perpétuité, il sera condamné à la peine de mort.

O systema deste Codigo foi completado com a lei de 14 de Agosto de 1885 e a da relegação de 27 de Maio do mesmo anno, relativa tambem aos pequenos crimes, á vagabundagem etc., que fez entrar, pela primeira vez, como diz Garraud, no direito positivo francez a distincção fundamental entre os malleitores de *occasião* e os malleitores de *habito*.

O Projecto de 1893 apresentado á Camara dos Deputados brasileira veda a applicação do minimo das penas do crime ao reincidente generico e agrava as do especifico, segundo as regras estabelecidas pelo art. 79, embora não imponha condemnação de genero diverso da do primeiro delicto.

Qualquer destes systemas é preferivel ao do nosso Codigo, onde o desconhecimento do assumpto e a incoherencia foram a tal ponto, que só nos casos de omissão de declarações no registro civil e de irregularidade de comportamento do empregado publico, deu-se á reincidencia o valor de dobrar uma multa insignificante e alludio-se á incorrigibilidade do criminoso.

Deixo, porém, de mão o legislador e o

seu Código, já que esta ruína não serve senão para cahir.

A construcção agora é mais difficil, e só o ensinamento dos mestres pode servir de material á audácia da boa vontade.

A reincidencia não é por si mesma uma aggravante.

O seu fundamento juridico é a maior perversidade ou temibilidade do criminoso.

Este principio fundamental domina a materia, e si a casuistica dos Codigos não pode em todos os seus desdobramentos abraçal-o, a culpa é dos legisladores para quem a individualisação da pena ainda não deixou de ser um mysterio.

Casos ha em que a reincidencia nenhuma importancia pode ter; outros em que o seu desconhecimento seria a ignorancia do proprio crime e do criminoso.

O problema deve ser lançado num Código em linhas geraes, bastando-lhe algumas normas.

O resto será trabalho do juiz.

Esta entidade não pode ser posta de lado, quando se trata de applicar a pena, não ao crime, mas ao criminoso.

As formulas abstractas e os principios absolutos das legislações não resolvem um problema psychologico e social.

A anthropologia juridica lançou a fecunda semente da classificação dos delinquentes e da pesquisa do character e da individualidade do criminoso, até então desdenhados.

Si a ideia vinha de Aristoteles e Platão, que já distinguia entre os criminosos que considerava loucos e os sãos de mente e propu-

nha a eliminação dos atacados de *enfermidade insanavel*; si a theoria medieval da *consuetudo delinquendi* punia com a morte o réo de terceiro furto, porque, como dizia Farinacio—*delictorum frequentia delinquentis incorrigibilitatem denotat*; somente hoje, digo, o exame dos caracteres especiaes dos infractores da lei tem tomado vulto procurando-se reduzi-los a categorias discriminadas, como esgalhamentos da arvore sombria a que o genio de Cesar Lombroso chamou *uomo delinquente*.

E', sobre todas, conhecida a classificação de Ferri, a qual surgio do debate a este respeito havido no Congresso de Roma, distribuindo os criminosos em cinco classes: instinctivos, apaixonados, occasionaes, habituaes e alienados.

Garofalo, Benedikt, Marro, Lombroso, Virgilio, Bianchi, Puglia e outros fazem cada um a sua classificação, que deixo de citar extensamente para não alongar-me demais.

O que todos, porem, têm em vista é a affirmativa de que é absurdo punir do mesmo modo a individuos distribuidos em classes diversas.

Si o delinquente que commette um novo crime, diz Puglia, (28) pertence á categoria dos *loucos* ou dos *semi-loucos*, é necessario recolhel-o a um *manicomio* até completa cura; si se trata de um *nato*, o unico remedio é a *reclusão perpetua*; si de um *habitual*, deve-se aggravar-lhe a pena (embora o remedio não seja efficaz para todos); quanto aos *occasionaes*, já que o character da occasionalidade exclúe o

(28) *Studi critici* cit. pag. 31.

da habitualidade e que a reincidencia nelles é um simples *accidente*, que não mais se repetirá, deve-se apenas dar ao juiz a faculdade de não admittir circumstancias attenuantes em favor do réo; quanto finalmente, aos criminosos por *impulso ethico irresistivel* deve-se-lhes applicar as mesmas normas estabelecidas para os *habituaes*, *occasionaes* ou *incorrigiveis*, conforme os casos por que se revele aquelle impulso.

Sem discutir o merito dessas classificações, cada uma das quaes tem tido contradictores e defensores extrenuos, me parece que, em materia de reincidencia, a questão primordial é a de saber-se si ha criminosos incorrigiveis e quaes as medidas que contra elles se pode tomar.

Não hesito em affirmar, com os melhores mestres, a existencia daquelles, bem como entendendo que toda a sciencia penal deve orientar-se no sentido de resolver esse maior de todos os problemas.

Sei que a sabedoria popular ensina que a esperança é *a ultima flôr que murcha na existencia* ou como cantava Schiller :

- «Sie wird mit dem Greis nicht begraben
- «Denn beschliesst er im Grabe den müden Lauf
- «Noch am Grabe pflanzt er—die Hoffnung auf.

Si de um modo absoluto não se pode fallar de *incorrigiveis* e sim somente dos *não corrigidos* e si, como dizia o poeta dos *Miséraveis*, ha no fundo da alma humana uma primeira faísca que o bem pode ainda atizar e fazer irradiar resplandecente; não é menos verdade que ha individuos desprovidos de senti-

mento moral ou a quem o habito do delicto atrophiou-o.

A experiencia de todos falla tambem de loucuras incuraveis, de doenças mortaes para as quaes se não conhecem remedios e que constituem um perigo de vida imminente.

Pondo de lado qualquer theoria absoluta e abstracta da incorrigibilidade que se queira fundar em dimensões craneanas, appendices lemurianos, côr de cabellos, etc., a questão tem um ponto de vista pratico e é sob elle que é preciso encaral-a.

Os incorrigiveis diante de um Codigo são aquelles para quem a repressão commum não basta e a respeito dos quaes é preciso tomar medidas excepçionaes.

A ideia que a escola italiana aventou de transportar e abandonar em paragens desertas ou habitadas por selvagens aos reincidentes mais perigosos, seria um meio seguro de eliminação, equivalente a uma pena de morte desfarçada, selecção spartana que eu admitto, mas *cum grano salis*.

A relegação, porem, nos termos da lei franceza ou a transportação para as colonias podia ser aproveitada no nosso Paiz, adaptando-se-a convenientemente. Tivemos o presidio de Fernando Noronha, porem pessimamente organizado e para criminosos de toda a especie, que, alem do mais o governo deixava, quando tinham cumprido suas penas, infestar livremente o Estado de Pernambuco, que assim era convertido num *fiero pasto* de criminosos de todo o jaez.

Entretanto, nós temos ahi territorios incultos, ilhas abandonadas que para nada tem

servido, como a da Trindade, que a Inglaterra ainda ha dias entregou-nos num rasgo de generosidade christã.

(Quer dizer: dando com a mão direita, de sorte que a esquerda não visse; tanto que confiou a outrem o encargo de portador da esmola. A generosidade ingleza desconfia de si propria. A mão que dá a esmola sabe que não conta com a outra para bater palmas ao beneficio.)

Mas, dizia eu, a relegação franceza podia ser adoptada ao nosso Paiz, sem exclusão de outras medidas, entre as quaes, já se vê, a pena de morte em casos em que a sociedade não devesse arriscar uma unica probabilidade, como diz Garofalo, de reincidencia de actos monstruosos.

A reacção social contra os incorrigiveis deve ser feita de um modo excepcional e a incorrigibilidade, cujo principal indicio é a reincidencia, justifica o emprego permanente e a energia da eliminação.

O criterio da incorrigibilidade, porem, não deve restringir se áquelles que tenham attingido um maximo de condemnações; mas tambem, como quer van Hamel- (29) aos que com um unico crime revelem uma perversidade excepcional e aos que, sem terem ainda soffrido condemnações, hajam praticado em certo espaço de tempo uma pluralidade de crimes graves, porque isto já denota uma profissão criminosa.

Para os reincidentes incorrigiveis deve-se, pois, insistir em tornál-os inoffensivos.

(29) *Mitteilung* cit. erster Jahrgang, Heft 2, 94.

Para os reincidentes corrigiveis o autor, acima citado, propõe o emprego de medidas diversas conforme se trata dos malfetores por *energia criminosa* ou dos que soffrem de uma neurasthenia social.

Os primeiros são os culpados de violencias contra as pessoas, de delictos contra a autoridade ou ordem publica, emfim todos os que revelam uma tendencia criminosa cujo caracter é uma *energia*; os segundos são os culpados da maioria dos delictos contra a propriedade, os vagabundos, mendigos, etc., todos emfim que se caracterisam por essa falta de *energia*.

Para o primeiro grupo pode-se admittir o systema da aggravação das penas; para o segundo, deve-se estabelecer uma sequestração relativamente indeterminada.

Para os casos puramente pathologicos a sequestração ou eliminação deve ser feita em estabelecimentos especiaes, como os *manicomios*.

Estas ideias mereciam maior desenvolvimento, impossivel de dar neste lugar.

As theorias sobre a repressão dos reincidentes debatem-se ainda na effervescencia dos Congressos penitenciarios.

Mas o que está fóra de duvida é a insufficiencia da repressão que se funda na uniformidade de tratamento dos delinquentes de habito e de occasião e os abusos das penas de pequena duração, que fazem com que o individuo reentre na sociedade já inteiramente desmoralizado pela estada nas prisões e tendo adquirido na convivencia com outros delinquentes novas tendencias criminosas. O abuso

das pequenas penas é um flagello e uma das causas mais notáveis da reincidência.

O individuo, ao sahir da prisão, não encontrando meios facéis de subsistencia e como já vio de perto a cadeia, que não é tão ruim como de fóra parece, porque é cousa de pouco tempo, não hesita mais na pratica de delictos.

As sociedades de patronato são chamadas a representar aqui importante papel e aos governos cabe a obrigação de organisal-as e protegel-as.

A instituição dos *cahiers judiciaires* para constatação da vida dos delinquentes é tambem indispensavel toda a vez que se trata de reincidencia.

A França reconhece-os desde 1850 e os recentes *assignalamentos anthropometricos* de Bertillon vieram completar-lhes a vantagem.

Elles são verdadeiras biographias criminosas e o maior auxilio para a estatistica.

Por meio dos *cahiers* as disposições especiaes que os Codigos devem conter relativas aos *incorrigiveis* recebem uma applicação peculiar a cada caso individual.

Esta *individualisação*, fito supremo da pena, suppõe um conhecimento da pessoa do delinquente que só o *cahier* judiciario (*casellario giudiziario*, como se chama na Italia) pode prestar.

Essas *biographias* devem conter não só todos os dados criminaes, mas devem esforçar-se, como quer Köbner, (vid. *Mitteilungen* cit.) por conter tambem todas as indicações sobre a *existencia social* do delinquente.

Taes medidas que, com o auxilio dos que se preocupam com os problemas praticos do

Direito Criminal, tenho apontado, *currente calamo*, são indispensaveis auxiliares a qualquer systema de repressão e, por isso, eu devia lembrar-as aqui, mesmo apezar da restricção que o tempo obrigou-me impôr ao assumpto da reincidencia.

E' claro que não quiz senão fazer salientar os defeitos do nosso systema, bem como estygmatisar o absurdo da *reincidencia brasileira*.

Uma theoria completa, no ponto de vista geral, exigiria volumes, com que a minha incompetencia nunca sonhou.

Isto me servirá de desculpa, já que nem posso dizer como Dante, que de alguém tirei.—

Lo bello stile che m'a fatto onore.

Recife, 28 de Agosto de 1896.

Gervasio Fioravanti Pires Ferreira.



Da reincidencia doCodigo Penal.—Esta dissertação é aqui reproduzida por motivo de não existirem senão raros de seus exemplares. Versando elle sobre assumpto que constitue objecto do programma de ensino de Direito Criminal na respectiva Cadeira do 3.º anno, a Redacção desta *Revista* achou de proveito para os Snrs. estudantes reedital-a.— *Nota da Redacção.*