

Do Infanticidio

SUA EVOLUÇÃO NOS COSTUMES, NA DOUTRINA
E NAS LEIS. CRITICAS AO PONTO DE VISTA DOS NOSSOS
DOIS CODIGOS PENAES. OBSERVAÇÕES
A RESPEITO DA MINORANTE *causa honoris*.

Varios são os aspectos com que se apresenta no drama da Historia a entidade criminosa de que pretendo occupar-me, quer procure-se estudal-a nas phases primitivas da familia humana, quer nos textos das leis mais ou menos extravagantes dos povos em via de civilisação.

A principio mascara-se com o pretexto de tornar menos rude a lucta pela subsistencia material na communhão respectiva; depois, com o evoluir dos costumes, transforma-se lentamente, obedecendo ora a motivos religiosos, como em Carthago, ora a causas de ordem social, como em Athenas e em Roma.

Entre os selvagens o infanticidio é praticado em tão larga escala que seria fastidioso fazer a enumeração dos multiplos factos que o provam.

Não querendo, portanto, resvallar no terreno

safaro das minucias massadoras, procurarei limitar-me a alguns exemplos.

Uma das regras mais generalizadas é a que consiste em matar os filhos nascidos após o segundo parto, principalmente se pertencem ao sexo feminino, porque, vivendo as tribus ainda na phase militar das aventuras guerreiras, sem pouso fixo, consideram as mulheres como um entrave. D'este desgraçado uso fornece provas irrecusaveis toda a Melanesia.

N'outras regiões, na India, por exemplo, ou de Ceylão ao Hymalaia, o infanticidio é justificado pelas exigencias do culto, e isto não se dá somente entre os aborigenes de todo barbaros, mas tambem entre os Radypontes—o que nós chamariamos a *elite* social.

Os habitantes das ilhas Sandwich, os Boscurianos, os Hottentotes, os indios da America do Norte, praticam por sua vez o infanticidio, elevando-se, segundo Letourneau, a porcentagem das creanças assassinadas a dois terços dos recém-nascidos.

No Paraguay, onde as mulheres não toleravam mais de um filho vivo, o infanticidio constituia quasi a regra geral; e como, obedecendo áquelle vêzo, não poupassem senão o que nós chamariamos o *caçula*, succedia frequentemente ficarem sem prole.

Certas tribus africanas da parte meridional levam a paixão cynegetica a ponto de collocarem como isca nas armadilhas aos leões a carne tenra dos recém-nascidos; e algumas outras costumam ornar a mesa dos banquetes com as creanças reduzidas á posição obrigada das leitôas nos jantares campestres, o que se não é propriamente um festim de Trimalcião, capaz de satisfazer o appetite de epicuristas, é, em todo caso, para aquelles conviyas um delicioso manjar de cannibaes.

Chinezes, tasmanianos, pelles-vermelhas e esquimós costumam tambem matar os recém-nascidos quando perdem as mães, sob o pretexto de que estas não podem supportar a dor da ausencia na outra vida e ficam n'um desespero d'alma, emquanto não lhes levam os filhinhos ao *Killo* ou morada dos mortos para fazer-lhes companhia.

Em outros pontos é costume trucidar os gemeos em obediencia a meras superstições, ou por estarem convencidos de que um homem não pode ser pae de mais de um filho de cada vez.

Ainda ha outras causas de infanticidio entre os selvagens, dos quaes, para resumir, destacarei somente as duas seguintes: por nascerem em dias nefastos, como na Ilha de Madagascar,—ou nas grandes crises em que a communhão se julga sitiada pela fome, como entre os Bari, segundo refere Stanley.

E como eu não queira ser justamente accusado de ter percorrido com exagero de pormenores essa floresta negra, passo adiante.

A terra sacratissima da Hellade, tendo vibrado aos sons da musa phenomenal de Homero que ainda hoje accorda os echos sympathicos da admiração universal, tendo sentido a extranha vegetação da febre em todas as manifestações da arte admittiu, em todo caso, o infanticidio em leis positivas.

Obedeceu provavelmente ás obstrusas opiniões de alguns philosophos que não julgavam o recém-nascido um ser humano; ou cedeu ao prejuizo das crenças do vulgo para quem o infante só podia gosar das garantias sociaes depois de haver bebido o leite materno.

Certo rei de Pergamo, Attalus de nome ou cousa que o valha, chegou a julgar-se com o direito de tirar a vida a todos os seus filhos, logo após o nascimento, pelo poderoso motivo pessoal de ter resolvido transmittir por gratidão a corôa a um seu sobrinho.

Lycurgo oythorgou o *jus vitæ et necis* sobre os recém-nascidos aos anciãos de cada tribu.

Reuniam-se, diz Plutarcho, em concelho solemne, n'algum edificio de antemão designado para recolhimento das creanças e, se as julgavam debeis ou defeituosas, eram precipitadas no sorvedouro de *Apothetas*, no sopé do monte *Taygete*, pelo motivo de não poderem servir a patria, nem prover á propria subsistencia.

Era precisamente o que hoje se poderia com razão entender por um curioso processo de selecção militar.

Em resumo, a verdade é que em toda a Grecia antiga e paizes visinhos esse attentado era visto com indifferença absoluta, como pode succeder hoje n'uma horda de selvagens.

Que o espirito immanente da Arte me perdôe, se, por dever do officio, eu fui obrigado sacudindo a poeira de velhos auctores, a apontar friamente essa mancha que se occulta no resplendor das glorias hellenicis !...

Não resta duvida que em Roma o infanticidio foi praticado, mas estudar os seus contornos, a maneira por que conseguiu viver n'aquella sociedade culta, onde troyou o verbo de Cicero, ou os correctivos que soffreu no correr dos tempos, é questão mais difficil por causa da controversia dos doutores.

Disentem os sabios interpretes se a regra do *jus vitæ et necis* conferido aos paes era illimitada sobre os filhos ou somente podia ser exercida no caso de um delicto.

A qualificação de parricidio ao tempo em que abrangia o assassinato commettido sobre diversos membros da familia, designava tambem o homicidio do filho pela propria mãe, conforme se depreheende do texto seguinte: — *mater quæ filium filiamve occiderit, ejus legis penæ adficitur.*

Entretanto, se é certo que a lei, na disposição citada, apenas se refere à mãe, não ha duvida tambem que os vocabulos *filium filiamve* grammaticalmente só se podem applicar aos filhos adultos, e d'ahi o desaccordo.

Por outro lado erram os que acreditam sinceramente que a regra do *jus vitæ et necis* fortalece a opinião de que os romanos não punissem o infanticidio: porque, mesmo querendo admittir aquelle dispositivo no sentido mais lato, nada auctorisaria a d'elle fazer uso a mãe ou o pae natural, ou mesmo o legitimo que ainda estivesse *sub potestate*.

Parece fora de duvida que na legislação romana o infanticidio não teve um capitulo á parte, nem uma pena especial; mas o assassinato do filho pela propria mãe sendo punido como *parricidio*, os interpretes julgaram equitativo comprehender na regra geral o homicidio do recém-nascido.

Nem pode rigorosamente colher no caso a regra do *jus vitæ et necis* pelas tres razões seguintes:

— 1.º porque aquelle direito não era arbitrario; exigia uma razão determinante, um motivo justo, no qual não tivesse sido extranha a vontade da victima, o que seria impossivel admittir da parte do infante;

— 2.º porque só se considerava expressamente licito, segundo as leis de Romulo e das XII Taboas,

a respeito dos aleijões conforme se pode ver nas seguintes palavras :-- *portentosum vel monstruosum vel debile mulier ediderit, non humanæ figuræ, sed alterius magis animalis quam humanis* ;

— 3.º porque, tanto na primeira como na segunda hypothese, a decisão paterna não podia ser considerada absoluta, se não houvesse previamente sido consultado o concelho de familia.

Não ha, portanto, razão para crer que os romanos excluisssem da categoria dos factos delictuosos o assassinato do recém-nascido, antes parece licito affirmar que elles o contemplaram no titulo de *parricidio*, quando commettido pelos proprios paes, e no quadro geral do assassinato se praticado por extranhos.

Entretanto só no Codigo de Justiniano se encontra, porventura ainda em germen, o que no futuro deveria constituir a distincção famosa entre o assassinato do infante e do adulto, aliás baseada, não sobre os laços de sangue, mas sobre a fraqueza da victima, conforme dizem as palavras seguintes :

Si quis necandi causa infantis piaculum aggressus, aggressave sit: sciat capitali supplicio esse puniendum.

Do exposto verifica-se que a palavra *infanticidio*, como designativa de um crime especial, não foi usada entre os romanos.

Saber quando, em que lugar e por que motivo foi primeiro usado aquelle termo para dar a configuração propria de um crime totalmente destacado do assassinato e do parricidio, é um problema que, até mesmo ao sabio auctor do *Corso del Diritto Criminale*, se afigurou insolúvel.

A proposito diz Carrara : « O mais antigo traço

da palavra infanticídio encontro em Tertuliano—*in Apologia*—cap. 2; mas não sei precisar o momento em que surgiu entre os criminalistas o conceito da especialização do título. Outros de mais fortuna cortarão o nó. Ao meu ver, se não é possível dispor de um documento que o faça remontar a algum padre da Igreja, é preciso attribuir-lhe a origem á escola germanica subsequente á instituição Carolina. »

No emtanto a questão chronologica, por mais interessante que pareça, não é seguramente a que offerece maiores seducções aos espiritos indaga-dores.

Saber se foi um padre da Igreja, á sombra das Oliveiras, nas circumvisinhanças da cidade eterna, quem primeiro fez applicação do vocabulo *infanticidio* com o fim de designar o crime de morte praticado na pessoa do recém-nascido, ou se foi algum erudito nos confins da Germania, é assumpto capaz de satisfazer extraordinariamente á volupia intellectual de um nobre pesquisador de cousas mortas; mas não é cousa que sirva para offerecer incremento á questão ou dar-lhe o verdadeiro criterio da sciencia.

Outro tanto não se poderá dizer das pesquisas em relação ao desenvolvimento do conceito de infanticídio, á sua marcha no scenario da evolução juridica dos povos cultos, ao seu destaque como individualidade propria no texto das leis ou na elaboração da doutrina.

Importa saber como se destacou do conjuncto do homicidio na longa travessia dos seculos e por que causas constituiu o seu nucleo á parte no cos-mos juridico,

Dois motivos poderiam ter concorrido para a especialização n'aquella phase primitiva: o odio particular contra aquelle crime, para lhe servir de alvo um ser desabrigado que em nada influira para o barbaro castigo; ou uma tendencia á benignidade, algo suspeita, para a mulher illegitimamente fecundada que tivesse em vista salvar a honra do seu nome.

Não haverá razão para perfilhar a primeira hypothese, se attendermos a que, figurando já o assassinato do recém-nascido no capitulo do *parricidio* punido então com a pena do *culco* e outras ainda mais atrozes, difficil senão impossivel teria sido conseguir o augmento da penalidade.

Parece, portanto, em vista das penas em vigor, muito mais acceptavel a hypothese da menoração.

Foi talvez por influencia d'aquella corrente que os *costumes* da Idade Media, reprimindo com a maxima severidade outros crimes de sangue, se mostraram relativamente brandos quanto á punição do infanticidio e do aborto.

E a propria igreja que fez esforços no sentido de reprimir tão barbaros usos; ella que reprovava com energia o crime de infanticidio; concorreu indirectamente para a sua manutenção, porque, não admittindo em caso algum a pena de morte, limitava-se, todas as vezes que lhe era entregue uma mulher accusada do assassinato do seu proprio filho, a punil-a com uma simples reclusão temporaria ou alguma outra pena menos grave.

Les établissements de Saint Louis, aliás confeccionados com approvação da igreja, não applicavam pena á mulher accusada do homicidio do seu primeiro filho; mas prescreviam que no caso de reincidencia fosse queimada viva.

O mesmo systema foi depois seguido pelo *Li-*

vre des droits et des commandements, onde se preceituava que da primeira vez a mulher culpada respondesse pelos tribunaes da igreja; mas no caso de reincidencia deveria ser condemnada pelos juizes leigos á pena do fogo.

Esses esclarecimentos fornecidos por Glasson no seu precioso livro *Droit et Institutions de la France* auctorisam-me a pensar que o fim da especialisação do infanticidio n'aquelle periodo longinquo foi uma tendencia á benignidade na punição, por uma especie de atavismo juridico, ou, se quizerem, um phenomeno regressivo aos velhos usos em que os paes inham sobre os filhos o direito de vida e morte.

A campanha dos escriptores, as exigencias da boutrina foram pouco a pouco corrigindo aquella drandura exagerada, a ponto de se conseguir mesmo nas legislações o extremo opposto, isto é, um rigor desmarcado.

Torna-se *sui generis*, em quasi todos os paizes da velha Europa real, o crime de infanticidio, enkista-se nos antigos *costumes* francezes.

O edicto de Henrique 2.^o, publicado em Fevereiro de 1556, inaugurava um systema completo de repressão.

Dizia que *« toute femme qui se trouvera dument atteinte convaincue d'avoir celé, couvert et occulté tant sa grossesse qu'enfantement sans avoir déclaré l'une ou l'autre, ou avoir pris de l'un ou de l'autre temoignage suffisant, même de la mort ou de la vie de son enfant lors de l'issue de son ventre; et après se trouve l'enfant avoir ete privé tant du saint sacrement du baptême que de sepulture publique et accoutumée, soit telle femme tenue d'avoir homicidé son enfant et pour re-*

paration publique, punie de mort et dernier supplice, de telle rigueur que la qualité particulière du cas le mériterait, afin que ce soit accompli à tous et que ci-après n'y soit fait aucun doute ni difficulté.»

Segundo aquelle edicto confirmado por Henrique 3.º em 1556 e por Luiz XIV em 1708, a prova não precisava ser completa, bastaria basear-se em presumpções. Duas circumstancias seriam sufficientes para que a mulher fosse condemnada: 1.º *ocultação da prenhez e do parto*; 2.º *a falta do baptismo da creança e o seu enterramento em sepultura não sagrada.*

Na Germania onde tambem se deu a tendencia á benignidade, onde só as Capitulares constituiram uma excepção incluindo o'assassinato do recém-nascido na categoria dos homicidios voluntarios—*si quis infantem necaverit, homicida teneatur*—verificou-se por sua vez a contra marcha, chegando a punição aos extremos da crueldade.

Diz a respeito Franz Von Liszt :

« O infanticidio converteu-se no direito allemão, sob a influencia da Igreja, em crime distincto, mas, em contraste com as disposições brandas dos penitenciaes (que já indicavam a vergonha como o movel da mãe illegitima e contemplavam o infanticidio entre os crimes da carne), era punido com a pena de morte. » Tal é o ponto de vista da Carolina que no art. 131 assim se expressa : « as mulheres que matam secreta, voluntaria e perversamente os filhos que d'ella receberam vida e membros são enterradas vivas e empaladas segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam essas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso commodidade d'agua. Onde, porem, taes cri-

mes se dão frequentemente, permittimos, para maior terror de taes mulheres perversas, que se observe o dicto costume de enterrar e empalar, ou que antes da submersão a malfeitora seja dilacerada com ternazes ardentes. »

Era simplesmente barbaro. Entretanto ha quem affirme ter o legislador n'aquelle dispositivo obedecido ao pensamento de uma penalidade mais branda.

Mittermaier por exemplo demonstrou que aquelle artigo da Carolina contempla somente o caso da mãe illegitima e que a pena estatuida denuncia o pensamento da mitigação, si compararmol-a com a de morte por um meio mais atroz comminada pelo art. 137 contra o matador do filho adulto.

A lei prussiana (allg. Landrecht) recolheu com algumas alterações o pensamento do edicto de Henrique 2.^o na França, determinando que a occultação da gravidez e do parto seria punida com o encarceramento, por quatro a seis annos; que no caso do parto ser seguido de morte da creança, havendo presumpções mas não provas evidentes do infanticidio, a pena seria o supplicio das varas e a reclusão perpetua; que, finalmente, quando ficasse provada o desigño da premeditação, no parto ou pouco depois, para o effeito de matar o recém-nascido, a mãe criminosa deveria ser decapitada.

Ainda no seculo XVIII era este o aspecto da questão nas leis vigentes.

A doutrina, porem, desviou de novo a corrente, corrigindo as asperesas do direito barbaro e assignalando a serie de circumstancias attenuantes que, n'aquelle phase de transição, indicavam o exaggero das penas no crime de infanticidio.

O Codigo Penal Francez de 1791 não editou disposições especiaes relativamente á morte do recém-nascido que ficou litteralmente contemplado nas linhas geraes do crime de morte.

O mesmo não succedeu com o Codigo de 1810 que deu novamente ao infanticidio uma cathegoria propria equiparando-o, como o parricidio, ao assassinato e punindo-o com a pena ultima, apesar da grande opposição dos que achavam exagerado para o caso o gráo da penalidade.

Assim preceitua o seu art. 300 :

Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né.

Resulta d'estes termos, dizem Chauveau e Helie, que o crime só existe dado o concurso das tres seguintes condições : a *vontade de matar*, porque o assassinato é o homicidio voluntario; que a creança tenha vivido, porquanto não ha homicidio se aquelle a quem se pretendeu matar já estava morto ; emfim, que se tracte de um recém-nascido, pois se deixou de ter esta qualidade, o crime não poderá ser julgado um infanticidio, mas sim um simples assassinato. >

O art. 303 comminava a pena de morte. Tal rigor tendo produzido effeito contraproducente, porque na alternativa o jury preferia pronunciar-se pela absolvição, a reforma de 1824 declarou que, militando circumstancias em favor da mãe culpada, a pena poderia ser reduzida a trabalhos forçados perpetuos.

Por ultimo a lei de 1832, ainda em vigor na França, não admittindo differença entre mãe e qualquer outra pessoa accusada do crime de infanticidio, assim se exprime : « São passíveis da pena de morte, sem que o castigo possa, em virtude das cir-

cumstancias attenuantes, ser inferior a cinco annos de trabalhos forçados. »

Garraud, entretanto, procura provar, de accordo com a experiencia judiciaria de longos annos, que aquella attenuação é insufficiente, e considera a impunidade do infanticidio uma consequencia do gráo excessivo da pena, o que na sua opinião demonstra a necessidade urgente de uma reforma.

Na Allemanha a pena de morte, no caso de que nos occupamos, apezar das restricções do edicto prussiano de 1765 e da Theresina, publicado tres annos depois, só chegou a ser abolida pelos codigos da Austria e da Baviera no principio do seculo pasado.

Desde então, diz Franz Von Liszt, o infanticidio tem conservado nas leis allemães a sua posição privilegiada, accrescendo que só a minoria das legislações da Europa equipara em these a mãe legitima á illegitima.

—

Ao tempo da promulgação do nosso Codigo de 1830, o Brazil regia-se, mesmo em materia criminal, pelas ordenações do Reino, que, não considerando o infanticidio de modo especial sob ponto de vista algum, apenas no Liv. I tit. 15 § 4.º exigia vigilanciã da parte da policia no sentido de verificar *—se andando alguma mulher prenhe, se suspeitasse mal do parto, não dando d'elle conta.*

Nem se pode concluir de taes palavras que a occisão do infante estivesse contemplada na lei com especiaes cuidados, porque o systema de *presumpções*, arvorado rigorosamente em *provas legaes* e introduzido em França pelo edicto de Henrique 2.º para aquelle caso e outros meramente suspeitos, jamais foi usado em Portugal.

O infanticidio, portanto, achava-se comprehendido nas linhas geraes do Liv. 5.º tit. 45 sobre o assassinato, salvo ao juiz o direito de encarar como aggravante a circumstancia da idade tenra da victima.

Não fôra admittida ainda na legislação portugueza, que fizemos nossa ao tempo da independencia, a ideia da especialisação do infanticidio, nem fôra até então objecto de cogitação a minorante em respeito á *causa honoris*.

O legislador de 1830, tendo com certeza noticia dos impulsos reformadores da doutrina e dos termos em que foram attendidos no Codigo da Prussia por Feuzbadh, acceitou, entretanto, no art. 197 a noção lata e etymologica do infanticidio, comprehendendo n'ella, á guisa do Francez publicado vinte annos antes, a morte do recém-nascido, mesmo quando não praticada pelos seus progenitores ; mas, em vez de acceitar as consequencias juridicas da especialisação *lato sensu* punindo-o nas suas linhas communs com as penas do assassinato, deu-lhe um aspecto bizarro e sem igual em outra qualquer collecção de leis penaes.

E' certo que reduziu o castigo á mãe criminosa, talvez influenciado pelas doutrinas de Beccaria e de Bentham que elle, tão criterioso em outros pontos, não teve a fortuna de comprehender bem.

Beccaria na sua generosa iniciativa contra o empirismo feroz, por uma nobre reacção humanitaria contra as ideias e os sentimentos reinantes, dissera:

« O infanticidio é ainda o resultado quasi inevitavel da terrivel alternativa em que se acha uma infortunada que cedeu por fraqueza ou succumbiu á violencia.

« De um lado a infamia, do outro a morte de um ser em condições de não ter consciencia da vida.

Como não preferir esta ultima hypothese que furta os dois á vergonha e á miseria? O melhor meio de prevenir esta especie de delicto seria proteger por leis efficazes a fraqueza e a desgraça contra esta sorte de tyrannia que só se ergue contra os vicios que se não podem cobrir com o manto da virtude.»

Das palavras citadas, vê-se que o illustre criminalista não teve nem poderia ter, nos seus votos de misericordia e por vezes de justiça em favor dos criminosos, a extravagante lembrança de pedir a minoração da pena do infanticidio com o fim menos digno de amparar os matadores de creanças, quaesquer que fossem as causas geradoras da sua deliberação.

Por outro lado Jeremias Bentham, o valente paladino do systema panoptico das penitenciarias, sustentava, referindo-se ao mal de segunda ordem ou alarma produzido pelo delicto, que o homicidio do recém-nascido praticado pelos paes «deve ser punido mais como indicio revelador do character de seus autores do que como crime principal, e não merece pena quando commette a mãe por motivo de honra.»

Ora, o legislador de 1830 tendo mitigado a pena do infanticidio em geral, reduzindo-a a doze annos no grão maximo, não levando em conta o vinculo de parentesco do agente ou as circumstancias aggravantes que rodeiassem o caso, por que ordem de considerações foi seduzido?

Não seguiu simplesmente Beccaria, porque, então, se teria limitado á minorante *causa honoris*, contemplada no art. 198; não acompanhou Bentham *pari passu*, porque, se assim o fizesse, não deixaria de se referir expressamente aos paes do recém-nascido, no caso do art. 197.

Nem eu acceito o parecer do extincto criminalista brasileiro Carvalho Durão que a proposito disse

« Conhecida a fonte em que foi beber o legislador brasileiro, seria logica a interpretação que restringisse o disposto no art. 197 do antigo código ao homicidio commettido pelos paes do recém-nascido. »

E não o aceito, porque seria abusar de todas as normas da interpretação no Direito Criminal, em nome dos bons desejos de encontrar uma sahida para o legislador, esquecendo, provavelmente, que restaria a incongruencia de punir a mãe culpada no caso de honra, com a pena de tres annos, no maximo, e aos paes, em condições identicas, com a pena de doze, no mesmo gráo.

Para o commentador do velho código portuguez, o Conselheiro Ferrão, o nosso legislador teve em vista, punindo moderadamente o infanticidio, ou que o *mal material* resultante do crime não é tão grande como seria o de homicidio de outro ser humano que pelo estado do seu desenvolvimento offerece maiores probabilidades de vida ; ou que a vida do infante, se achando garantida pela compaixão, só circumstancias muito extraordinarias podem determinar tão execrando sacrificio.

Tambem não me quadra semelhante justificativa, porque, nas mesmas condições se acha um infante de oito dias, quer relativamente ao *mal material*, quer á confiança na compaixão humana, e no emtanto, o nosso legislador, para o fim de cercal-o das garantias da lei, equiparava-o ao adulto.

Prefiro aceitar aquella disposição aberrante das normas juridicas e do bom senso, como um erro de apreciação ou um falso supposto acerca das opiniões de Bentham ; mas, affirmando esta verdade com desassombro, não quero ser accusado de desrespeito e desamor a um dos mais respeitaveis documentos da nossa historia, áquelle que porventura maiores ensanchas fornece para affirmar aos posterors que ao

tempo da nossa desagregação da Metropole esta vamos no caso de ser um povo livre.

Se attendermos a que aquelle codigo foi discutido ainda na 3.^a decada do seculo passado ; que, conforme as leis portuguezas em vigor, viviamos no regimen atroz da Idade Média em materia penal ; que o nosso legislador em muitos pontos agiu por conta propria e levou a barra adiante das elaborações da doutrina na Europa ; se attendermos a tudo isto que a verdade dos factos impõe á justiça da Historia, o nosso amor proprio nacional não se sente melindrado por dizermos que o legislador de 1830 não comprehendeu Bentham e aberrou do bom senso ao traçar os contornos do infanticidio no art. 197.

Imperdoavel foi o legislador de 1890 que, devendo ter sciencia das criticas ao velho codigo, e tendo motivos para conhecer, sessenta annos depois, o ponto de vista vencedor na theoria e nas legislações contemporaneas, destacou o crime de infanticidio do quadro geral do assassinato com o fim de isem- ptar das aggravantes do art. 294 os matadores de creanças dentro dos *sete primeiros dias do seu nascimento*.

Por mais que pareça extranho, a verdade irrecusavel é que o vigenteCodigo Penal Brasileiro entendeu, no seu todo poderoso criterio, que as aggravantes qualificadoras do crime de homicidio,—a premeditação, o veneno, a asphixia, a paga, o motivo reprovado, a reincidencia—para não citar outras, perdem o seu character de hediondez no caso do assassinato d'aquelles seres humanos que o legislador julgou, de um modo originalissimo, *recemnacidos ou infantes*,

O art. 298 assim preceitúa :

« Matar recém-nascido, isto é, infante nos sete primeiros dias de nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir a sua morte. Pena de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos. »

Como se vê o codigo especializou o crime de infanticidio, mas não será ocioso saber os motivos que o levaram a assim proceder.

Tudo tem a sua causação n'este mundo, mas eu confesso em bôa e sã consciencia que ainda não me foi possivel comprehender a que causa obedeceu a especialisação do infanticidio em nosso codigo, se attendermos no que a respeito é corrente na litteratura juridico-penal e nas legislações de quasi todas as procedencias.

Sei que relativamente á posição do infanticidio entre os crimes contra a vida os codigos se dividem, mas sei tambem que qualquer das hypotheses obedece a causas conhecidas.

N'uns esse crime é sujeito ás regras communs e punido como assassinato simples ou qualificado, conforme as circumstancias com que se apresenta.

N'outros occupa um capitulo a parte, com fóros especiaes e caracter proprio, servindo a circumstancia da victima ser um recém-nascido para diminuir ou aggravar a penalidade.

A segunda modalidade obedece a dois motivos de origem diversa, isto é, ou a especialisação baseia-se n'um impulso de indignação contra o infanticida pelo motivo de recahir a sua actividade delictuosa sobre um ser sem defeza ; ou promana de um sentimento de commiseração pela mãe desventurada que se vê na contingencia de eliminar o seu filho para occultar a propria deshonra.

São tres, portanto, os modos de ver dos codigos com referencia á occisão dos recém-nascidos.

Deixando de parte as legislações em que o infanticidio não sae do quadro geral do assassinato, procuremos saber que motivo pode justificar a especialisação.

Antigamente dava-se como causa o *vinculo de sangue*, mas a explicação não podia satisfazer, porque os laços consanguineos entre a mãe e o filho recém-nascido são litteralmente iguaes aos que a prendem a um filho de um mez.

Procurando-se, então, uma razão de caracter politico, assentou-se que o infante estando desarmado para a sua propria defeza em frente dos seus assassinos, corre ás leis o dever de protegelo de um modo mais energico.

Resaltou immediatamente a fraqueza da justificativa, porque aos olhos dos legisladores tanto precisa de garantias sociaes um menino de um dia de nascido quanto o de quinze dias.

O mesmo fim teve a razão de caracter juridico, isto é, a que consistia em dizer que o recém-nascido não podendo ter dado margem ao odio dos seus crueis progenitores, o infanticidio devia ser considerado quasi sempre um crime com a aggravante da premeditação.

Ora, facil foi demonstrar, como nos outros casos, supra mencionados, que, na hypothese, as razões militantes em favor de um recém-nascido militam igualmente em prol de um menino a quem ainda não nasceram as presas.

As tres explicações ou justificativas da discriminação foram, portanto, despresadas por não resistirem ao rigor da analyse.

E' que tudo se restringe ao seguinte: « na hypothese do homicidio do recém-nascido a causa é ou

pode ser a necessidade de *supprimir os traços de sua existencia*; no assassinato da creança, cujo nascimento já é conhecido dos intimos e se fez notorio pelo registro civil ou assentamento de baptismo, aquelle motivo não pode ser allegado.»

D'ahi Carrara ter dicto com o excepcional criterio da sua competencia: « O motivo da especialisação restringe-se a um conceito essencial: que alguem tenha querido, não só destruir a existencia da creança, como tambem apagar os vestigios do seu nascimento para que o facto não chegue aos olhos do mundo. « Encontrada assim a razão da especialidade na *causa*, fazia-se preciso collocar o infanticidio na cathegoria d'aquelles assassinatos que em vista exactamente do motivo determinante podiam offerecer um caracter proprio, e um criterio de excepção na medida da sua quantidade politica.

« E aqui evidentemente se apresentavam duas hypotheses:—ou a causa de matar o recém-nascido procedia de um sordido fim de lucro e em tal caso não havia motivo para a especialisação, tractando-se litteralmente do *latrocinio*; ou, ao contrario, a causa de supprimir os traços d'aquelle nascimento promanava da necessidade de salvar a honra de uma mulher illegitimamente fecundada, e, então, cabia estudar se esta causa augmentava ou antes diminuia a quantidade politica do maleficio.»

Foi em vão que a doutrina e os codigos contemporaneos adoptaram aquellas razões claramente expostas pelo sabio professor do *Corso del Diritto Criminale*, porque o nosso legislador nem teve em conta o *vinculo de sangue*, nem os motivos de caracter politico ou juridico, nem a *causa* indicativa da deliberação criminosa.

Obedeceu unicamente ao desejo de favorecer os

matadores de creanças dentro dos sete primeiros dias de nascimento, não reflectindo que semelhante crime pode revestir as *nuances* mais graves do homicidio qualificado.

Nem lhe poderia servir de muleta o vigente codigo portuguez, porque se é verdade ter este no art. 356 especializado o infanticidio, independente da *causa honoris*, não é menos certo que no art. 357 assim preceitua :

« Se em algum dos casos declarados n'esta e na antecedente secção concorrerem outras circumstancias aggravantes, observar-se-hão as regras geraes. »

O nosso legislador esqueceu até mesmo aquelle correctivo, em sua tendencia á benignidade, deixando que as circumstancias aggravantes, em todo caso de infanticidio, ficassem occultas, não só pela figura *ellypse*, para fallar com os grammaticos, como tambem por sua escandalosa intenção de proteger os matadores de recém-nascidos.

E, senão, responda alguém que tenha recebido do saudoso auctor doCodigo o legado de honra de defendel-o perante a critica dos ignorantes :—que levou o legislador a diminuir a penalidade imposta aos criminosos no texto do art. 298 ?

A resposta só poderia ser uma escusa baseada na urgencia da *fabricação* do codigo, no louvavel desejo de offerecer ao ministro da justiça do governo provisorio um monumento legislativo que assignalasse pelo futuro a dentro o inicio da era republicana no Brazil.

Dobrada a pagina, vou tentar, com a paciencia proverbial dos beneditinos, a analyse do conceito do infanticidio exarado pelo codigo no seu art. 298.

Começarei pelo principio: matar *recemnacido*, isto é, infante nos *sete primeiros dias de nascimento* etc.

Quer me parecer que o legislador procurou dar nas palavras citadas o conceito juridico do vocabulo *recemnacido* e, ao mesmo tempo, o celeberrimo criterio chronologico ou a extensão d'aquelle crime no tempo.

O codigo de 1830 dizia simplesmente—*matar recémnacido*,—com certeza a exemplo do codigo francez que empregou o termo correspondente —*nouveau-né*.

Este modo laconico de exprimir um dos caracteristicos do crime de infanticidio despertou duvidas na doutrina e na pratica por suppor-se que não tinha um criterio fixo aquella expressão aparentemente vaga.

Alguns tribunaes em França estenderam os limites d'aquelle conceito ao prazo de um mez, emquanto medicos legistas ensinavam « que a creança deve ser considerada como recémnacida até a queda do cordão umbilical ou durante os oito dias do seu nascimento. »

Refutando esta opinião dos seus collegas, o Dr. Luccas Champoniere disse : « E'—nos impossivel comprehender como uma creança perde o character de recémnacido pela queda de uma parte que na occasião mesma do seu nascimento é de uma inutilidade absoluta para os seus orgãos. Uma creança recémnacida é aquella que acaba de nascer. Pode-se dizer que perdeu esta qualidade no quarto dia de vida, por ter-se destacado a parte do cordão umbilical adherente ao abdomen ? Que a conserva ainda no oitavo dia, porque a separação não teve logar ?

E' preciso limites exactos na applicação das penas e estes limites não devem variar segundo a

constituição da creança e ao sabor de uma multidão de circumstancias de que a maior parte nos escapam inteiramente. »

Alguns codigos posteriores, suppondo remover todas as difficuldades, estabeleceram um numero fixo de dias exigindo ao mesmo tempo a circumstancia do baptismo ou da inscripção no registro respectivo, consoante o arresto da Côrte de Cassação declarando precisamente—« que ha crime de infanticidio quando a creança não está cercada ainda das garantias communs e a acção dos seus matadores pode apagar de todo os vestigios do seu nascimento. »

O codigo bavarez abriu caminho designando o prazo *dos tres dias que se seguirem ao nascimento da creança*; e muito mais consentaneo com a jurisprudencia do arresto citado foi o art. 349 das leis penaes de Napoles que empregando a palavra *recem-nascido* accrescentava: *e ainda não baptisado cu inscripto nos registros do estado civil.*

O actual codigo da Allemanha preceitua:— « O infanticidio é o homicidio doloso do filho illegitimo pela mãe na occasião do nascimento ou logo após o parto »,—e o da Italia considera mitigada a pena quando *l'omicidio cada sopra la persona di un infante non ancora inscripto nei registri dello stato civile e nei primi cinque giorni dalla nascita per salvare l'onore.*

O codigo argentino, no seu art. 100, titulo especial, diminue a penalidade da mãe que para occultar a sua deshonra commetter o crime de infanticidio *en la persona de su hijo, en el momento del nacimiento e hasta tres dias despues*, sendo incluidas para os effeitos da minorante os avós maternos que tiverem agido pelo mesmo motivo.

O Chileno, sob titulo especial, constante unicamente do art. 394, assim prescreve: *Cometem in-*

fanticidio el padre, la madre e los demas ascendientes legitimos o ilegitimos que dentro de las cuarenta e ocho horas despues del parto matan al hijo o descendiente, i seran penados con presidio mayor em sus grados minimo a medio.

O hungaro preceitua no art. 284 : « A mãe que intencionalmente mata o seu filho, nascido fora do matrimonio, na occasião do parto ou *imediatamente depois* será punida com cinco annos de reclusão no maximo. »

O antigo codigo portuguez determinava no art. 356 : « Aquelle que commetter o crime de infanticidio, matando voluntariamente um infante no *acto do seu nascimento, ou dentro em oito dias depois do seu nascimento*, será punido com a pena de morte.

No paragrapho unico d'aquelle artigo contemplava a minorante *causa honoris*.

O actual, sob o titulo de homicidio voluntario aggravado pela qualidade das pessoas, tambem destaca crime de morte do *infante no acto do seu nascimento* ou *dentro em oito dias após o nascimento*.

Do ligeiro estudo de legislação comparada resaltam algumas noções que podem servir como elementos de critica ao nosso codigo.

Em primeiro lugar verifica-se que o nosso legislador conseguiu uma grande vantagem ao dar o seu conceito do infanticidio cortando um verdadeiro nó gordio que a medicina legal e os criminalistas tinham deixado estar, torneiando a difficuldade por outros meios.

E' assim que, segundo acabamos de vêr, após longas indecisões ácerca do termo *recemnacido*, a Côrte de Cassação em França, se afastando, por ventura, das fastidiosas discussões physiologicas, explicou o sentido d'aquelle vocabulo no ponto de vista da lei penal,

A questão não era de mais dias ou menos dias, nem de ter cahido ou não o cordão umbilical da creança, como entendiam alguns medicos legistas; a questão cifrava-se em saber se sim ou não o infante já se acha cercado das garantias communs e se a sua morte chega a tempo de occultar o seu nascimento aos olhos do mundo.

Em bom portuguez queria dizer que no caso não adiantavam nada as contendas dos medicos legistas, e que devia ser confiada aos juizes a incumbencia de verificar, se, para os effeitos legaes, a morte do recém-nascido poderia caber na moldura do crime de infanticidio, ou se, pelas condições em que se encontrava o infante no momento de ser eliminado, o crime apresentava o aspecto do homicidio em qualquer das suas diversas modalidades.

Assim o tinham comprehendido, por exemplo, os codigos do Hanover e do ducado de Hesse--Darmstadt que deixaram á apreciação dos juizes como se devia entender a palavra recém-nascido.

Os outros, os que determinaram um numero fixo de dias ou exigiram que a condição de não estar baptisada a creança ou inscripta no registro civil, suppuzeram assim remover todas as difficuldades dando ao crime o seu principal ponto de destaque, isto é, a circumstancia de não ser notorio ainda o nascimento.

O nosso legislador com uma ligeira pincelada apagou todas as duvidas, confundindo simultaneamente os medicos legistas e os simples jurisperitos.

Para o douto advogado, recém-nascido, em que pese á doutrina e á legislação, é pura e simplesmente o *infante nos sete primeiros dias do nascimento*.

Eis ahi em que deu tanto ruido e tanto gasto de palavras em derredor da questão,

Fez muito mais do que o antigo código de Wurtemberg que se limitava a formular um termo de comparação, dizendo :

« E' considerada como recém-nascida a creança que não tem *mais de vinte e quatro horas de nascimento.* »

Queimou os seus navios o nosso legislador e atirou-se ao mar largo, onde não pudesse ouvir o uivo das procellas que por tanto tempo haviam perturbado o somno dos mediocres.

Assim procedendo, esqueceu, no afan da victoria, duas circumstancias de peso.

Em primeiro lugar, não se recordou que, com aquella segurança de conceito, deixava nos limbos do esquecimento eterno a creança, desde a hora em que se desprende da placenta, pela força mysteriosa da natureza, até o instante em que lhe cortam o cordão umbilical e começa a viver por conta propria.

Até então não pode ser considerado recém-nascido, a este respeito não ha duas opiniões.

Temos, portanto, que o Código deixou litteralmente ao desabrigo da lei a creança que na occação de nascer tiver sido asphixiada, por exemplo, pela parteira ou mesmo pela puerpera, abrindo assim de *motu proprio* uma grande solução de continuidade entre o caso do aborto, contemplado no art. 300, e o infanticidio segundo o seu modo de ver.

Resultou do seu original criterio de infanticidio que, estando sujeito á penalidade aquelle que *provocar aborto, haja ou não expulsão do feto*, e o que matar *recém-nascido*, isto é, *infante nos sete primeiros*

dias de nascimento, logrará não ter um *padre nosso* de *penitencia* o que matar a creança na occasião de nascer.

Nem se pense que tudo isto é uma questão de *lana caprina*, ou uma tempestade n'uma bolha de sabão.

A prova de que não o pode ser, verifica-se no cuidado de alguns codigos em determinar que o infanticidio se pode dar no momento do parto ou logo depois.

N'este numero acham-se, o hungaro, os dois portuguezes, o argentino, o hollandez e o allemão que, segundo o art. 217 acima citado, considera como objecto do infanticidio, diz Franz Von Liszt, o filho, e não o feto, isto é, o filho na *occasião de nascer*, desde que cessa a respiração placentaria até á ligadura umbilical, ou logo depois do parto.

Ora, a juizo do nosso codigo, é recém-nascido o *infante nos sete primeiros dias de nascimento*, ou, em outros termos, desde a occasião em que lhe passam a facha circular para conter a ruptura do umbigo, até que o relógio collocado á cabeceira da puerpera tenha marcado sete vezes vinte e quatro horas.

Nem a questão que ora proponho é nova.

Duvida igual foi suscitada relativamente ao Codigo francez que se limita a dar na palavra *recém-nascido* todo o conceito de um dos característicos do crime de infanticidio.

E a Chauveau e Helie não pareceu desnecessario dar a explicação, que o caso pedia,—nas palavras seguintes:

« Seria impossivel admittir que entre o aborto e o infanticidio a lei tivesse deixado fóra de toda punição um acto que participaria, ao mesmo tempo, da natureza d'aquelles dois crimes. E' evidente, aliás, que no caso se tractaria de um verdadeiro

assassinato, porque, no momento mesmo de nascer, a creança deve ser considerada como já tendo nascido ».

Isto que na doutrina será uma verdade, não o pode ser n'um código em que está expressamente prohibida a interpretação extensiva, principalmente tendo-se em vista o modo preciso por que foi declarado o conceito do vocabulo recém-nascido, isto é, *infante nos sete primeiros dias de nascimento*.

Tanto não é uma ninharia a incongruência por mim apontada que Balestrini, o exímio criminalista que do crime de infanticídio se occupou n'uma monographia exhaustiva, dando a definição d'aquella entidade delictuosa referiu-se á creança no acto de nascer.

E' assim que elle diz: « infanticídio é a morte de uma creança na occasião de *nascer* ou *recém-nascida* praticada por actos positivos ou negativos para o fim de salvar a honra da mãe. » Não é, portanto, para desprezar o reparo que faço.

A segunda questão é a seguinte:

Qual o motivo por que o nosso legislador fez da determinação do tempo um dos característicos do crime de infanticídio, no texto do seu art. 298?

Com o elasterio que deu ao conceito do infanticídio, fico jejuando ao indagar dos motivos que teve para a fixação do tempo.

Sei que a determinação chronologica é exigida como um limite á minorante no caso de honra, emquanto o parto não é notorio.

Devia saber, porém, o nosso legislador que o lapso do tempo, que só tem significação na hypothese da minorante *causa honoris*, não exprime o conceito juridico exigido, porque o essencial é que o crime tenha por fim occultar o nascimento da creança, e assim se consiga evitar a diffamação da mãe.


Devia ainda saber que a fixação do tempo não preenche o seu fim, nem mesmo no caso de honra, tanto que os codigos mais modernos, com excepção do italiano e portuguez, resolveram despresal-a por julgarem-n'a um appendice que não corresponde á sua finalidade.

O nosso legislador, que, provavelmente, leu Balestrini, antes da confecção do codigo,—o que tanto mais me parece exacto quanto encontro na forma dupla do seu conceito do infanticidio pareença com a definição acima citada, isto é, descubro nos termos *directos e activos*, apesar da sua tantologia, uma recordação do vocabulo *positivos*, e, na lenga-lenga definindo n'aquelle caso o crime por omissão, reminiscencias mal disfarçadas do termo—negativos,—o nosso legislador, dizia eu, se não fosse a urgencia da encommenda, teria feito uso aproveitavel das suas faculdades de reflexão e melhor teria pensado nas opiniões do illustre criminalista italiano esclarecendo a sua doutrina no seu estudo substancioso sobre a penalidade do infanticidio.

Com um pouco de ponderação veria que, a juizo de Balestrini, deve ser muito branda em vista da pouca temibilidade da criminosa, sendo impossivel, na sua opinião, uma verdadeira e propria reincidencia na hypothese *honoris causa*, porque a divulgação do primeiro crime torna impossivel a legitima defesa de honra n'um segundo caso de prenhez illicita.

Verifica-se, então, que a mitigação da penalidade no infanticidio só é justificavel no caso de ser praticado para salvar a honra, e que a determinação do tempo é um berbicacho que a principio se suppoz sufficiente para evitar que o favor legal degenerasse em bandeira de misericordia concedida aos matadores de creanças.

Ainda mais. Chegaria á evidencia, conforme foi



dicto acima, que se a determinação do tempo não atinge o seu fim, não exprime o conceito juridico na excepção *causa honoris*, deve ser considerada uma verdadeira anomalia, um producto teratologico da ignorancia juridico-penal na hypothese comprehendida no texto do art. 298.

Chego, emfim, ao disposto no paragrapho unico do art. 298, ou, se quizerem, ao desdobramento da minoração da penalidade no caso do infanticidio, segundo a extravagante e original tarifa do nosso codigo.

Bastaria ao legislador, se tivesse querido andar com juizo na confecção da *encommenda*, incluir o dispositivo do paragrapho citado no capitulo do homicidio, em outros termos, aliás de modo que delles resultasse o seu pensamento claro e preciso ao traçar a configuração do infanticidio *causa honoris*.

Seguiria assim o exemplo de muito codigos que tendo contemplado o assassinato do recém-nascido na moldura geral do homicidio, não deixaram, em todo caso, de fazer referencia ao *motivo de honra* para os effeitos de ser mitigada a pena á mãe criminosa.

Bastaria, quando muito, ter seguido os passos de outros codigos que apenas especialisam o infanticidio, dando-lhes posição á parte, n'um capitulo proprio, para o fim exclusivo de tornar saliente a causa determinante do crime, cemo ensinou Carrara.

Mas não o entendeu assim o douto legislador e, se na hypothese não me sinto com forças para repetir as palavras do ministro de Luiz XVI a Maria Antonietta:—« *Madame, si c'est possible, c'est fait;*

si c'est impossible, cela se fera »—porque o código está feito e eu, na minha qualidade modesta de crítico, não posso alteral-o, acceitemol-o na sua plenitude ou *verbum ad verbum*, com se diz em phrase tabelliôa.

Determina o paragrapho: *Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a própria deshonra*. Pena de prisão cellular por tres a nove annos. »

E nada mais: nem a exigencia de que se tracte de um filho *illegitimo*; nem, *ad instar* dos códigos italiano, hespanhol, portuguez, argentino, chileno, a extensão do favor legal aos avós maternos do recém-nascido; nem um signal de sua magnanimidade em favor do irmão que de surpresa conhece a deshonra da irmã ou do esposo ultrajado que tem diante de si um filho adulterino da propria mulher; a cautella do código allemão que exige, de um lado, a força dos motivos impellindo a parturiente a occisionar a morte do seu fructo illegitimo, e, do outro lado, a diminuição da imputabilidade resultante de suas condições physiologicas no momento do parto.

De facto. Porque não estender o favor legal aos velhos avós, porventura na ignorancia absoluta do assalto á sua honra até a hora de vir ao mundo aquelle producto dos amores illicitos da filha?

Porque não tornar expressa a exigencia de que a creança houvesse nascido viavel, conforme entendem alguns medicos legistas ou como exige-se para os effeitos da lei civil?

Seria, aliás, do seu ponto de vista da complacencia incondicional para os matadores de creanças, uma equidade no caso excepcionalissimo da salvação da honra.

Digo do seu ponto de vista, porque, ao meu ver, o legislador andou errado em todo o seu conceito do infanticidio, umas vezes por conta propria, ou

tras por confiar demais nas abusões das velhas doutrinas.

Teria procedido com acerto, se conhecendo, como supponho, as opiniões de Balestrini, houvesse em boa hora se recordado de que aquelle eximio criminalista completou o seu estudo sobre o infanticidio *causa honoris* com alguns dados anthropologicos, dos quaes resulta que tambem ás mulheres infanticidas devem ser applicadas as normas geraes que servem de base ao estudo dos delinquentes communs.

No anno da graça de 1890, data em que foi promulgado o codigo, eram ou deviam ser conhecidas no Brazil as novas doutrinas da escola anthropologica, bem como o descredito em que havia cahido o modo de ver da velha escola, desprestigiada a tal ponto que o extraordinario esforço de Carrara apenas teve a virtude de evitar-lhe a corrupção dos tecidos, servindo-lhe de liquido para embalsamamento.

Consoante os dados anthropologicos colhidos pela nova escola penal não é possivel sinceramente admittir a minorante *causa honoris* nos termos latos em que se o fez no nosso codigo.

Tractando-se de um crime de aspectos fugidios, como esse de que me tenho occupado, releva ponderar que sob a epiderme da mulher tambem pode ser encontrada a serie de maus instinctos que são patrimonio da humanidade.

A phrase de Dostoiivshy :—« os instinctos de um carrasco existem em germen em cada um dos nossos contemporaneos », pode com inteira justiça ser applicada a ambos sexos.

Nem nós do sexo forte devemos nos deixar impellir n'este assumpto por motivos fidalgos de cortesia, com justo rigor exigidos da parte de um cavalheiro n'um salão, mas que não devem manietar-nos no terreno do direito,

Nem se diga que no caso temos deante de nós seres fracos arrastados pelo infortunio aos sorvedouros da deshonra, isto sem outro criterio de apreciação, porque facil seria responder com as palavras de Lombroso : « De facto, em todos os actos humanos, até mesmo nos dos loucos, uma causa, pequena ou grande, existe sempre ; todavia, não é senão a gotta d'agua que faz transbordar o vaso cheio.

E' facilimo fazer passar por crime occasional o que é effeito do organismo ou da hereditariedade, tanto mais quanto as causas organicas e congenitas poucos as apreciam, ao passo que as occasionaes todos as descobrem,—ainda quando faltam—e todos as computam—ainda quando a sua influencia é limitadissima. »

O legislador sendo obrigado a desprezar os velhos preconceitos em vista das novas tendencias que obrigam a dar como fundamento de toda a theoria sobre a funcção social de defeza contra os malfeitores a observação do individuo e da sociedade nas manifestações anormaes do crime, deveria ter pensado que no caso do infanticidio sob pretexto da honra a mulher culpada pode ser tambem incluída em: qualquer das cinco categorias dos criminosos scientificamente organisadas por Ferri; isto é, *criminosos loucos, natos, de habito, occasionaes* e por *paixão*.

Por outro lado julgo uma aberração do ponto de vista de honra ou de sua legitima defeza, mesmo conforme os dictames dos codigos a respeito, esse modo de ver relativamente á mulher infanticida.

Que se exige na hypothese de defeza da propria honra ou d'aquelles a quem o individuo tem obrigação de tutelar ?

Que o offendido não tenha sido connivente no assalto á sua honra e que a acção redemptora recaia directamente sobre o auctor do maleficio.

Ora, no caso temos que, em regra geral, a mulher participa do facto, figurando com os impetos de sua paixão, arrastada pelos impulsos carnaes do amor que infelizmente nem sempre ella pode açai-mar no tão fallado momento psychologico.

O seu infortunio é tão grande aos olhos da sociedade fementida que ella poderá dizer paraphraseando Job :—*a minha desdita é mais pezada que toda a areia do mar*; mas não resta duvida que a sua vingança recahindo sobre o seu filho recém-nascido reduzido ás proporções do cordeirinho da fabula e pagando a supposta culpa dos progenitores, inverte *de fond en comble* as noções fundamentaes do dever que no caso aconselharia o desforço sobre o Lovelace que tivesse sido o principal causador de tamanho desdouro.

Esse desforço, sim, seria cavalheiresco, justo, necessario.

O outro, sobre um pequenino ser desamparado e sem culpa, innocente e desprotegido, aberra de todas as normas da dignidade humana.

Accresce que não lava a nodoa, nem a vinga, porque a donzella que tiver um filho estará para todo sempre deshonorada se não houver o subsequente consorcio; e a esposa que conceber de um extranho só poderá viver na constancia do matrimonio ou cercada do respeito social, se militarem em seu favor circumstancias que provem a ausencia absoluta de sua vontade em todos os momentos do coito; e por outro lado, não evita que o agente principal do maleficio continue a conduzir os seus desejos libidinosos a todo lar pouco escrupuloso em que se lhe não feche a porta.

Temos, pois, que, na hypothese, os dois fins principaes deixam de ser attingidos com a morte do fructo illegitimo:—o desaggravo da honra e a punição do seductor.

Ainda mais: Figure-se que muitas vezes a mãe culpada age de parceria com o seu seductor ou de accordo com as instrucções d'elle recebidas de antemão, e veremos a que se reduz a tão famosa atenuante da honra, contemplada incondicionalmente no dispositivo do codigo.

Accrescente-se que a mãe infanticida encontra-se no momento da pratica do crime diante de duas correntes psychologicas que se contrabalançam: o instincto de conservação da especie e o sentimento da honra.

O primeiro é fundamental, muito mais velho que o outro na evolução dos instinctos, com raizes profundas e longas em todo o reino animal, raizes que em consequencia da maior somma de comprehensão e, portanto, de responsabilidade avultam no ser humano.

E' o instincto que entronca immediatamente no da propria conservação.

Os que conhecem a natureza desde os *psychodiaris* que Bory de Saint Vincent collocou entre os seres duvidosos e desclassificados, participando ainda, por sua dupla natureza, de elementos que compõem os reinos vegetal e animal, ou desde os Protistas que Kæckel classificou immediatamente acima dos mineraes—como vestibulo do reino organico—até o homem, podem verificar as phases evolutivas do instincto de conservação propria que, com o aperfeiçoamento dos

seres, attinge lentamente a essa defeza encarniçada e heroica da prole.

A proposito do instincto de conservação, diz Fioretti: «Como a resistencia que um corpo elastico oppõe a uma força que o comprima, distenda ou dobre vae-se tornando sempre maior á medida que augmenta a força, até o momento em que a cohesão d'aquelle corpo é definitivamente vencida ao romper-se-lhe a connexão molecular, assim a reacção que todo ser vivo oppõe a qualquer ameaça contra a sua propria existencia vae sempre crescendo na razão directa da energia do offensor até o instante supremo da victoria ou da morte. Esta lei simplicissima de conservação da integridade dos seres, este principio de *individualidade*, no sentido etymologico da palavra, manifesta-se em todos os estadios da evolução cosmica, seja nos simples corpos animados, seja no dos organismos humanos e sociaes, diferenciando-se e complicando-se como os seres nos quaes se manifesta. »

Em defeza da vida até os vegetaes luctam.

Brandis falla de um arbusto nascido sobre uma escarpa que, na impossibilidade de viver, destacára um ramo da sua raiz para um pequeno ponto cheio de terra fertil. Um camponez, passando por alli, perdera a sola do sapato, o que impedia o transito ao ramo explorador.

Este procurando superar os obstaculos, subdivide-se em tantas pequenas ramificações quantos eram os buracos dos pregos na sóla abandonada e assim atravessando o impecilho reúne novamente as ramificações em uma só e consegue chegar felizmente ao fim desejado.

Sergi, distincto philosopho italiano, vai mais longe e assim se expressa: «A tendencia dos organismos a conservarem-se, de modo mais ou menos

simples ou complexo, segundo o seu desenvolvimento e complexidade, deriva, como me parece, da tendencia primitiva da materia inorganica.

Estou, portanto, em boa companhia, nas minhas affirmações».

No alpendre de uma casa de campo em que morei no periodo roseo da juventude, viviam em certo esconderijo no beiral do telhado tres pequenas viboras brancas, que, ao cahir da noite, ao accender-se o bico de gaz, vinham alegremente, á cata dos insectos, caracolar nas proximidades da luz.

Em diversas noites tive ensejo de ver a rara solicitude com que as duas maiores distribuiam com a terceira, ainda inhabil nas manobras, a melhor parte do repasto.

De uma vez, porem, nas suas excursões se aproximaram tanto das minhas mãos encostadas á parede, sobre o espaldar da cadeira, a ponto de roçal-as com a sua pelle aspera, o que —*eu nem sei de nojo como conte*—levou-me a commetter a atrocidade de investir contra a mais nova, matando-a.

Pois bem! A angustia da que lhe fora mãe chegou quasi a ser a *tribulatio magna* de que fala o Apocalypse, e durante tres noites ella veio ao theatro do acontecimento, não já a procura de mosquitos, mas em busca do ser querido alli tombado, até que me desapareceu para sempre.

Não se limita, porem, a estas expansões de magoa a acção tutelar dos animaes em relação aos filhos.

As femeas tornam-se ferozes quando estão com os filhinhos recém-nascidos, do que se podem colher exemplos nos chamados animaes domesticos.

Se algumas são capazes de engeitar os filhos, ou de matal-os mesmo, outras levam a sua defesa até á furia.

Conheci na fazenda rural em que fui creado, uma vacca de verdadeiros instinctos maternos, excepcionalmente desenvolvidos.

De uma vez que o seu bezerrinho recém-nascido cahiu por uma ribanceira dentro de um valado, ella, desde que se conheceu impotente para salvar-o, começou a apparecer, vezes repetidas, no terreiro da casa de vivenda, porventura no intuito de pedir soccorro, e logo que, sendo conhecida a sua inquietação, o carreiro recebeu ordem para ver de que se tratava, tomou-lhe a frente e abriu o caminho até chegar ao local do desastre.

Os criadores sabem, porem, que nem todas assim procedem.

Sei de uma cachorrinha galega que após o parto recusa-se obstinadamente a prestar soccorros aos filhinhos; mas, em compensação, ainda guardo a amarga lembrança de uma dentada que, ha vinte annos, me deu uma cadellinha sertaneja em um rancho na serra das Russas por eu ter me approximado, talvez de mais, da moita em que estavam aninhados os seus filhos.

Entre os suinos, algumas femeas investem contra os recém-nascidos até devoral-os a todos; ao passo que outras andam ao sol, passeiando o seu gaudio, com uma recua de onze ou doze baccorinhos.

Tambem no genero humano ha exemplos de mães que se sacrificam heroicamente pelos filhos, capazes de abrir mão por elles de todas as vantagens do mundo, ou de arrostar o desprezo da sociedade que, não as cercado das garantias devidas contra as armadilhas da seducção, julga-se depois com o direito de tomar-lhes contas pelas faltas commettidas.

Entretanto existem outras que sacrificam descarovelmente o proprio filho, ainda tepido das suas entranhas, não em nome da propria honra que está

perdida, mas em nome da honra social—uma especie da loba encontrada pelo poeta da *Divina Comedia* na floresta escura, tão má e tão cruel que não saciava nunca os seus avidos desejos e após os seus repastos sentia mais fome do que d'antes.

Emquanto o instincto de conservação da prole tem as raizes profundas que acabamos de apontar, o sentimento da honra é uma conquista da civilisação, um fructo das convenções sociaes.

Deixando de parte os usos barbaros das regiões em que ainda não existe ideia da honra, como na Groenlandia, onde offerecer por uma noite ao forasteiro a esposa é um acto de delicadesa e quasi um dever de hospedagem; ou em que a esposa não se compromette a ser fiel, senão durante cinco ou seis dias da semana, reservando um ou dois ao amor livre, como no seio de algumas tribus africanas; deixando de parte esses usos, vejamos o que diz a respeito o criterioso auctor de *Criminologia*.

«Sobre o sentimento da honra, diz o projecto criminalista, não nos deteremos em reflexões, porque todos comprehendem que é impossivel achar n'elle a minima uniformidade: cada associação, cada classe social, cada familia, quasi cada individuo tem o seu especial *ponto de honra*. E em nome d'elle se tem praticado as melhores e peores acções; elle impulsiona tanto o punhal do conspirador como o sabre do soldado.

Nas baixas camadas sociaes, nos mais torpes agrupamentos, nas associações de malfeitos, nas colonias de condemnados, ahi mesmo existe o ponto de honra conduzindo ás vinganças mais atrozes e ács crimes mais execraveis.

Rudolph Von Ihering, no seu copioso folheto a *Lucta do Direito* que fez a volta ao mundo traduzido em quasi todas as linguas cultas, prova que o ponto de honra de um camponez não é o mesmo que de um commerciante, assim como o d'este não é identico ao de um militar.

O official que supporta um ataque directo á sua honra, sem a repulsa decisiva e prompta, é repudiado por seus irmãos d'armas, porque para sua classe a affirmação da personalidade é uma imprescindivel condição de existencia.

Com o commerciante não se dá a mesma ccusa.

Aquillo que para o militar é a honra, para o mercador é o credito. O seu maior esforço deve ser para conserval-o intacto; quem, portanto, põe em duvida a sua pontualidade em cumprir as obrigações commerciaes, fere-o muito mais do que aquelle que 'o offende nas suas relações particulares.

Para o camponez o ponto de honra é outro, porque, defendendo com a mais desesperada obstinação aos seus dominios, a terra que elle lavra com o suor do seu rosto, mostra, em virtude mesmo das suas especiaes condições de vida, a mais singular indifferença pelo que constitue o melindre do militar.

Garofalo vae mais longe estudando as inconstancias do sentimento de honra, mesmo em relação ás mulheres.

Depois de referir-se á seducção das donzellas nas classes populares, e nas classes superiores quando menos vigiadas, e até mesmo no seio das familias que mais alardeam austeridade, assim se expressa: « Precisamente porque não ha n'isto delicto natural é que a despeito das leis, dos costumes, da moral religiosa e mesmo dos perigos de toda ordem a que

expõe o amor livre, a maioria das mulheres continua e continuará a deixar-se seduzir. »

Accrescente-se que algumas vezes deixam de ser seduzidas para se tornarem sedutoras ; que infelizmente o exemplo da mulher de Putiphar não ficou enterrado nos hypogeus onde jazem as mumias dos Pharaós ; que se Shakspeare tivesse hoje de escrever de novo o seu *Romeu e Julieta* retocaria a scena do balcão trocando o papel dos namorados ; e o quadro estará completo.

Nem pareça exagerado o subsidio que acabo de acrescentar aos conceitos de Garofalo, porque eu poderei tambem pedir o auxilio de Gabriel Tarde, que, estudando as estatisticas de França, na parte relativa ao infanticidio e ao aborto, assim conclue : « Em summa, o que attestam todos estes algarismos, é a voluptuosidade, é a dissolução crescente dos costumes. »

Por que motivo, pois, abalar, no caso do infanticidio, as grandes raizes do instincto de conservação da prole em obediencia aos fugidios criterios da honra lembrados pela mãe criminosa somente volvidos os nove mezes da prenhez ?

Porque attenuar, pergunta o advogado Luigi Anfosso, a pena da mulher, quando emprega a sua actividade, não mais sobre um *quid* que juridicamente não existe, mas sobre a carne da sua carne, um ser que, ao soltar o primeiro vagido, ha manifestado o seu direito á existencia ?

O legislador criterioso deve ter pelo menos a suspeita de se achar diante de um ser tarado pelas suas hereditariedades ou por seus atavismos, e, por consequencia, em condições de exigir um rigoroso exame do seu caso,

A verdade é que diante da mãe infanticida alegando ter precisado sacrificar seu filho para a salvação da honra propria, o raciocinio de todos os espiritos bem formados é o seguinte : « Porque, collocadas em iguaes contingencias, nem todas procedem assim ? »

O bom senso humano foi o primeiro legislador do mundo, e não é razoavel esquecel-o na confecção dos codigos.

O bom senso pondera que existem ahi mulheres que no grande naufragio da sua honra preferem stoicamente surgir á tona dos escrupulos mentirosos da sociedade com o seu filhinho nos braços, a tel-o de afogar no rego da rua.

Esta consideração faz desconfiar da mulher que, sob pretexto de conservar as cinzas da sua honra sacrificada na pyra dos amores illicitos, mata o seu proprio filho, justamente na occasião em que as outras mães sentem as vibrações do amor materno sacudirem-na até ás raizes mysteriosas do seu ser.

Tudo isto leva a pensar que na hypothese do dispositivo de lei a que nos estamos referindo é preciso ter muito em vista a criminosa, estudando as suas origens, os seus habitos, as suas predisposições psychologicas, e toda a rede das suas hereditariedades.

A mulher verdadeiramente do seu sexo procede como aquelle extraordinario typo feminino que Alexandre Dumas Pae pintou na *mademoiselle* Andréa de Tavernay.

Violada infamemente, durante um somno cataleptico, por certo rapazelho a quem tinha todo o horror dos *Maison Rouge* pelos seres sem linhagem, chegou a conceber, sem que, entretanto, pudesse dar explicações do caso ao Dr. Louis, quando este con-

sultado no seu character de facultativo, lhe apontou as causas das syncopes e das nauseas.

Com o privilegio de enriquecer e dourar pela belleza *tout ce qui l'entourait*, suppunha-se cheia de odio por seu filho ao apparecerem-lhe as dores do parto, e assim fallava ao irmão:—« Eu vou ser mãe, Philippe; mas Deus quiz que a maternidade fosse para a creatura um estado analogo ao da fructificação na planta. O fructo não vem senão após a flor. Durante esse processo a planta se prepara e se transforma; porque a floração no meu entender é o amor. Mas eu não conheci nem preparo nem transformação; sou uma anomalia; tenho o espirito e o coração tão virgens como o corpo e sinto odio por este ser que é o producto de uma grande monstruosidade. »

Pois bem! Logo que aquella mulher, realmente extraordinaria na refinada comprehensão dos seus deveres de honra, ouviu os primeiros vagidos da creança, gritou, n'uma explosão de affectos até alli recalçados por seus longos dissabores: « *Deixem-me ver meu filho.* »

E' um trecho de romance, bem sei, mas o escriptor genial traduziu, n'aquella scena empolgante, com exactidão, os sentimentos da verdadeira mãe.



O codigo deixa de proteger a honra da mulher no caso de defloramento, si já se tornou maior de 21 annos. E, no emtanto, na hypothese do paragrapho a que me refiro só exclue a prostituta. Só esta não poderá allegar em seu favor a circumstancia *honoris causa* no infanticidio.

Todas as outras mulheres, casadas, solteiras ou

viuvas têm direito de soccorrer-se a ella, desde a puberdade até a menopansa.

Não parece de todo ponto exquisito que a lei abandone ao escarneo publico, dos desesete annos aos vinte e um, a virgem que cedeu expontaneamente aos impulsos do seu amor, e, após a maioridade, a que se deixou prender nas malhas da seducção, fraude ou engano, attenuando, ao mesmo tempo, o infanticidio commettido pela mulher viuva quarentona que já passou a idade das illusões, sob o irrisorio pretexto de que o fez em defeza da honra?

Tudo isto faz crer que a minorante exarada incondicionalmente no dispositivo do paragrapho unico do art. 298, é um modo hypocrita de comprehender a honra da mulher.

Se o parto fosse um factio repentino, surprehendendo a mulher logo após a syncope do goso, poder-se-ia admittir que a voz da honra, levasse, por uma resolução *repentinam atque inopinatam*, a puerpera aos extremos de estrangular o seu filho.

Mas c temperamento frio de que a mulher gá a amostra guardando o seu segredo e escondendo os signaes de gravidez sob as sete chaves das dissimulações, e, por outro lado, o periodo physiologico da gestação sendo relativamente longo, dão-lhe margem para conter os impetos que ainda lhe possam restar da honra, á medida que vão surgindo e avassallando-a os sentimentos caroveis da maternidade.

Fóra d'estas considerações tudo o que se disser relativamente á hypothese é ignorancia das causas a que a sociedade deve obedecer na punição do crime, ou pieguice dos cavalheiros andantes da causa

feminina, que estão a descobrir perseguição á mulher em toda parte ; ou talvez um residuo de superstição religiosa, por ter a minorante *causa honoris* sido sagrada pela auctoridade do Pontifice no art. 276 do Codigo Gregoriano ; ou, pura e simplesmente, manifestação idiosincrasica do misoneismo.

Achando-se a sociedade no infanticidio pela famosa *causa honoris*, em presença de uma mulher, em que, não podendo ser maxima a evolução do sentimento de honra, é, em todo caso, nulla a tendencia á conservação da especie,—e attendendo a que podem concorrer no caso os caracteres anthropologicos encontrados em todos os delinquentes communs,—sou levado a crer que o legislador obedeceu somente ao exemplo de outros codigos ou á qualquer das causas acima descriptas, que não resistem a razões moraes de bõa procedencia nem aos verdadeiros dictames scientificos.

Reconheço que a sociedade, não tractando de reorganisar as bases da familia e de premunir seriamente a mulher contra as armadilhas da seducção, recorda, ao tomar-lhe severas contas de sua deshonna, a hypocrisia do insidioso Iago dizendo a Othello na immorredoura tragedia de Shakspeare:—
« Meu Senhor, para as mulheres, do mesmo modo que para os homens, o primeiro thesouro da alma é uma bõa reputação. »

Sei que a mulher, ao tomar o caminho a que se refere Matheus—*lata porta et spatiosa via qua ducit ad perditionem*, pode, se ainda tem um resto de pudor, repetir o verso do poeta florentino ao chegar ao ponto do Inferno em que collocou os vencidos pelos appetites carnaes:—*Io veni in luogo d'ogni luci muto*.

Mas reconheço tambem que o Direito Penal, não sendo responsavel pelo atrazo das leis civis, não

deve se deixar prender por considerações piedosas, que, tomadas ao pé da letra, o afastariam litteralmente da sua grandiosa missão.

Entretanto não acredito que as minhas opiniões sejam bem recebidas.

Naville conta que certo professor, ao ter noticia por um seu discipulo de que a descoberta das manchas do sol estava feita, respondera-lhe :

« Meu amigo, eu li duas vezes Aristoteles, do principio ao fim, e sei por elle que taes manchas não existem. Limpae melhor os vidros da luneta de que fazeis uso. Si as manchas não estiverem n'elles, só podem estar nos vossos olhos. »

Ampliando o pensamento de Bridel ao fazer applicação do episodio citado á estreiteza de vistas dos historiadores da familia e das outras instituições primordiaes da humanidade, declaro que, ao traçar as observações que ahi ficam, não me preoccupei, de modo algum, com o seu exito, por saber que o velho espirito juridico, em toda a parte e principalmente no Brazil, tem pontos de contacto com o dogmatismo astronomico d'aquelle teimoso professor peripatetico.

Dr. PHAELANTE DA CAMARA,

