

A questão do crime, conceito e caracteres, de sua justificação, de suas variações e de sua naturalidade, evolução e factores.

1) Conceito e caracteres do crime

A escola classica procurando interpretar o crime que vinha desde a antiguidade consistente em uma lesão de outrem, prohibida a principio por um costume e depois por uma lei penal que predomina nessas epochas, conforme Sumer Maine que profundamente estudou a historia do direito, e pela qual eram punidos os criminosos que não eram crianças, (e mesmo mulheres e apaixonados que não incorriam na punição total) pelo que se denomina hoje de imputabililale, não poude a mesma escola fazel-o de momento e assistimos a uma das mais bellas elaborações d'uma sciencia, ao nascimento e constante marcha do conceito e caracteres ou elementos do crime, elaborados numa especie de tacteamento nas trevas e que ao mesmo tempo dá a idea d'um rio que engrossa a pouco e pouco pelo incorporamento constante de novas fontes.

Nemo crimen sine lege e nemo pana sine lege, dizem os antigos juriconsultos romanos d'essa patria do unico verdadeiro direito antigo, querendo por isto expressar que não ha crime ou pena sem uma lei anterior que qualifique um e commine a outra.

Cogitationis panam nemo patitur acrescenta Ulpianus, para significar que o crime consiste na lesão de alguém porque a antiguidade não attingiu a idea da tentativa que é o crime sem lesão.

O dolo vê-se exigido na mais antiga definição do homicidio, dada por Festus: *Si qui liberum hominem dolo sciens morti duit paricida esto*.

A culpa tambem foi conhecida na especie negligencia, como o direito canonico conheceu a imprudencia.

Até o sentimento influio na punição romana, pois segundo Ihering no *Espirito do direito romano*, o cidadão odiado era punido severamente por crime ligeiro, ao passo que o estimado era punido brandamente por crime grave, allegados no preço do resgate, a lealdade da intenção e os serviços prestados ao Estado.

Tudo isto era até bem pouco tempo ignorado e foi a palmo e palmo que se reconquistou o terreno perdido.

Excepcionalmente, Carrara elaborou uma theoria que Ferri tomou para caracterisar a escola, a da entidade juridica do crime, resultante da contradicção do acto criminoso ao preceito legislativo, com duas forças organicas, uma physica e outra moral, cada uma com dois elementos, um subjectivo e outro objectivo, que são o movimento criminoso e a lesão, para os

primeiros, e a intelligencia e a vontade livre e o damno geral pelo mau exemplo, para os ultimos.

O que se vê porem é que isto é um elemento pessoal de Carrara, e que excepção dos ultimos tempos em que ha certo accordo de vistas, na reunião de todos os elementos do crime para o seu conceito e figura, cada auctor faz a sua suggestão.

A lesão impressionou a Rossi, como depois a Proal, que conceituou o crime violação dum dever para com a sociedade, exigivel em si, e util a manutenção da ordem publica; assim como a Franck que mudou para violação d'um direito individual ou collectivo, fundado sobre a lei moral.

A illegalidade impressionou a Filangieri que o definiu, acção prohibida pela lei, bem como a Carrara que disse, infracção da lei promulgada para proteger a segurança da liberdade dos cidadãos resultante d'um acto externo positivo ou negativo; e a Pessina que varia para falta do homem que a lei considera infracção do direito e vêda com ameaça de pena. Assim Haus.

A reunião de ambos esses elementos, foi exigida por Bentham que diz acção que se julga dever prohibir por causa d'algun mal que ella produz ou tende a produzir.

Um elemento psychologico qualquer foi accrescentado a um qualquer desses elementos, por outros:

A imputabilidade satisfaz a Beccaria, na acção qualquer opposta ao bem publico e moralmente imputavel.

A justiça (elemento theorico) alem da im-

putabilidade, satisfizeram a Romagnosi, no aeto de pessoa intelligente e livre, nocivo a outrem e injusto.

O dolo não entra em geral no conceito do crime pelos classicos mas todos elles, especialmente nos paises cujos codigos o consagram bem como a culpa fazem—o elemento do crime e mesmo do delicto quando os distinguem. Assim Haus no direito penal belga define o dolo com a resolução criminosa alem da intenção criminosa, phenomeno de conhecer o crime e querel-o; e a culpa a ausencia d'um desses elementos, que dá o delicto culposo, não intencional ou doloso alem de esmerilhar o dolo especial (malvadesa e fraude isto é o designio de procurar pelo crime vantagens illicitas) assim como estuda a falta com previdencia (imprudencia que tambem não tem precaução) e sem previdencia (negligencia) etc.

A escola positiva, filiando-se ao materialismo que nega a existencia da vontade ou pelo menos redul-a a um reflexo ou cousa que o valha, eliminou a *voluntariedade* do crime; e fazendo ella mesma a theoria da irresponsabilidade, consequencia desse fatalismo reflexo, eliminou ainda a *imputabilidade*; e foi mesmo mais adiante, considerando que se o crime fosse illegal seria arbitraria creação do legislador (Garofalo) e tornar-se-ia por uma mutação facil no que a divindade prohibia antigamente (Ferri), eliminou a *illegalidade*, ficando em um de seus collaboradores com um elemento *intellectual*, os motivos determinantes que substituiram o dolo, mas em outro collaborador só com o elemento *sentimental* novo de violação dos sentimentos fundamentaes, que com uns

acrescimos tornam-se *anti-social* o primeiro e *antimoral* o segundo.

Ampliando uma idea de Despinae, do crime ser uma anomalia moral, e outra de Chauveau e Helic, do crime natural ser uma perturbação da ordem social, que tambem existe em Romagnosi tomada a Ulpianus, dos delictos naturaes serem os que offendem ao senso moral e á consciencia recta, *quaedam natura turpia sunt*, como o furto e o adulterio, em opposição aos delictos occasionaes da segurança commun, *quaedam civiliter et quasi more civitatis*, mais ou menos reproduzida pelos inglezes como *mala in se e mala prohibita*, e naturalmente influenciado pela theoria da base ou medida moral do direito, que está em Françk, Vanni, Groppali, Wundt, Affolter etc e sobretudo Jellinek, que o chama minimo ethico, donde Marzini fazer do crime minimo do minimo ethico, Garofalo, procura na sua *Criminologia* de 1885 fundar o conceito naturalistico do crime, como Lombroso fez no criminoso e Ferri na responsabilidade, dividindo-o em natural que é a violação dos sentimentos altruistas fundamentaes de piedade e probidade, na medida media em que se acham na humanidade civilisada por actos *lesivos* á collectividade e para o qual deve haver um Codigo universal para todos os povos civilisados, como são universaes esses sentimentos; e o crime illegal que é a acção prejudicial á collectividade e que deve permanecer em Codigos nacionaes, e que são ameaças ao Estado, offensas ao poder social, violações dos direitos dos cidadãos, da tranquillidade publica etc, alem das violações dos sentimentos de honra, de pudôr etc que elle

não julga universaes mas variaveis na historia e na geographia e até em decadencia actual, pela occulta polyandria que Nordau denunciou; e em substituição dos elementos tradicionais, da intelligencia e da vontade, exarados no dolo, suggeriu desde 1880 no *Criterion positivo da criminalidade* a temibilidade do delinquente, a que na 2.^a edição de sua *Criminologia* 1891, accrescentou a *inadaptabilidade* do criminoso, de modo que a pena em vez de depender do tradicional dolo, depende do character temivel do criminoso e em seguida de sua inadaptação á sociedade, o que porem se tinha sentido na sua primeira classificação dos criminosos em fortuitos (ocasionaes) e incorrigiveis, perdeu a significação na sua nova classificação de criminosos em violentos, assassinos e ladrões, pois não se comprehende que os violentos sejam mais temiveis e inadaptaveis que os assassinos e estes que os ladrões, e si seu pensamento é este, de nada vale essa classificação que pula fora da esphera mais importante desse direito, a da applicação da pena ao crime; e não obstante elle distinguir bem o louco do homem normal, agindo este em actos motivados por excitação externa, (a que elle chama impulsões que sollicitam o homem normal a actos que o senso moral não oppõe resistencia) e agindo aquelle por excitação interna (que elle diz impressões exteriores exageradas em actos não motivados), como si tudo isto e mais que devia dizer não fosse processo psychologico differente e differente não fosse ainda o processo psychologico da criança em relação ao do adulto e mesmo neste o do dolo em relação á culpa, finda esquecendo-se

mesmo da differenciação por elle feita e considerando o crime do louco como effeito d'um character moral determinado por um estado pathologico transitorio, que o pode tornar perigoso ou inoffensivo, d'onde deve ser alternadamente curado e punido, pois não tem a causa permanente do normal, como se não houvesse louco eterno!!

Filiando-se nas primeiras edições de sua *Sociologia criminal* á idea de Ihering que o direito é o conjuncto das condições existenciaes da sociedade, coactivamente asseguradas pelo poder publico, Ferri, desejoso de encarar o crime sob um ponto de vista novo ou naturalistico, deu-lhe um character exclusivamente *social* (antisocial), definindo-o como ataque ás condições existenciaes da sociedade; mas esquecendo-se do que atirára aos seus adversarios, que o eelectismo é um predicado dos povos fatigados, amigos da vida tranquillã e do justo meio, uma das formas mais communs da timidez mental, fez o maior eelectismo do direito criminal porque na solução da irresponsabilidade só ha outra que é a da responsabilidade e na solução do criminoso nato só ha outra que é a da não existencia do mesmo, tudo o mais sendo apenas argumentações que affirmem essas ideas extremas; reune ao aspecto naturalistico o aspecto tradicional do elemento intellectual exarado no dólo, transformando-o apenas em motivos determinantes que entram em toda acção humana, comprehendendo intenções, ideas (e redundantemente depois) sentimentos, que podem ser distinctos em dois grupos criminaes, de mais antesociaes ou antejuridicos, como a vingança e a cubiça

que fazem o criminoso incorrigível (nato e habitual), a que se deve applicar o processo eliminatório; e menos antesociaes ou antejuridicos, como a imprudencia, a honra offendida, o amor contrariado, que fazem o criminoso corrigível e a que se deve applicar o processo reparatório no passional (com acquiescencia de Lombroso mas contra a opinião de Garofalo), ou os processos reparatório e repressivo no occasional; alem do motivo social que exclue o crime como ocorre na defesa; tanto assim que tendo um desses eclecticos (da 3.^a escola), o Colajanni, elaborado um conceito do crime com os elementos fornecidos por elle e por Garofalo, appressou-se a acceital-o (delle ou de Berinini pouco importa), o qual tem a formula de actos determinados por motivos individuaes e antesociaes que perturbam as condições de existencia da sociedade e offendem á moralidade media d'um povo num momento dado; ampliando ao contrario de Garofalo, a moralidade a todos os sentimentos, ali comprehendidos o pudôr e a honra, mas repellindo a idea do crime natural, no sentido de universal, com a sua consequencia idealista do codigo tambem universal, como repelle a idéa do crime artificial, momentaneo que era a dos classicos; e ao mesmo tempo louvando a idea da temibilidade e da inadaptabilidade que Garofalo põe em lugar do dólo dos classicos, como uma intuição singularmente feliz, sempre melhor confirmada pelas novas indagações, verdadeira pedra angular do novo edificio scientifico, e logo depois censurando-a como criterio insufficiente para resolver o problema criminal, porque deixa de lado os meios preventivos e não

dá a forma da sanção social dos meios defensivos que mais convem nos differentes casos, o que só é dado pelas classes de criminosos, servindo apenas a idea de Garofalo para dar o grau da penalidade já escolhida por força dessa classificação, mas mesmo assim, sendo preferível o criterio do motivo determinante ou ante-social, além do direito violado, já apresentado pelos classicos que entra de novo no seu eclectismo.

Lombroso não se occupa do conceito e caracteres do crime; mas no *Troppo presto* ao contrario de Garofalo combate a unificação do Código penal de Italia, proposta por Zanardelli, e accentúa a perturbação do sentimento, dá vontade e da intelligencia nos anormaes para a isempção da pena.

Outras definições se encontram nos sectarios da escola: Acto immoral ou nocivo á sociedade e que leza á integridade do individuo, para Mazel; acto antialtruista e artisolitario para Corre; dissolução do recente producto social chamado senso moral para Novasso; acto perigoso ao bem publico, provindo da corrupção e da falta de segurança para Kraepelin; expressão da impotencia em que se acha o individuo para renunciar ao cannibalismo consistente em satisfazer os instinctos e ás paixões sobre o homem, quando devia satisfazel-os na materia para Bahar; além de offensas dos estados vigorosos e definidos da consciencia collectiva para Durkheim, segundo Ferri e outros.

A terceira escola, como sempre não tem um ponto fixo, e ora se approxima de Garofalo e sobretudo de Ferri, com Colajanni reu-

indo suas ideas no conceito do crime, como actos determinados por motivos individuaes e antisociaes que perturbam as condições existenciaes da sociedade e offendem á moralidade media dum povo num momento dado;

Ora com Alimena define o crime com os classicos Carrara e Pessina, violação da lei penal, mas transige com a escola positiva reconhecendo que a definição formulada por Colajanni com elementos fornecidos por Ferri e Garofalo, e mesmo Liszt, entra na essencia do facto criminoso; mas em tudo o mais acompanha os classicos nos elementos psicologicos do crime, que são o dóllo e a culpa, na justificação do mesmo, bem como nas suas variações pelas circumstancias attenuantes e aggravantes, alem da theoria da imputabilidade que como vimos é a mesma responsabilidade classica, com um fundamento determinista, da coacção psychologica, tomada ao classico Feuerbach, e que Alimena faz expressão da relação intima entre a intenção consciente e o mal commettido, e symbolo da necessidade instinctiva, de reacção do mal contra o mal ou do bem pelo bem; affastando-se só na materia extranha á escola dos factores no que entretanto se affasta tambem da positiva;

Ora se aproxima da classica em Prins, descrevendo o crime, que não define, como a violação da lei penal, feita por sujeito responsavel (de liberdade relativa), e agindo com dóllo ou falta (culpa), acerca dos quaes faz uma theoria voluntarista, alem das theorias de justificação e circumstancias aggravantes e attenuantes; e sobretudo com Liszt, que então faz uma theoria systematica do crime, a que cha-

na de injusto, definindo-o como acção culposa e contraria ao direito, sendo culpa a responsabilidade pelo resultado do delicto, devido á imputabilidade do agente, e á imputação do resultado, pelo dolo ou culpa (*stricto sensu*), donde sahe ser o delicto acção contraria ao direito, ou a acção illegal e punivel, por ser practicado por agente imputavel e feito com dolo ou culpa; acerca dos quaes faz uma theoria intellectualista, concluindo que ha imputação quando o resultado foi previsto no dolo ou devia selo na culpa, não occorrendo portanto sem *previ-são*, alem das theorias de justificação, e circumstancias. Crime é a violação imputavel e culposa da lei penal diz nosso Codigo penal art. 7.

A voluntariedade é o elemento capital do crime para Tarde e Manouvrier que definem o mesmo, como acto voluntario que lesa o direito, um, e cousa equivalente, outro. Liszt que intercala na sua theoria do crime a voluntariedade, da-nos della uma definição, isempção da coação psychologica e mecanica, que independe de livre escolha ou arbitrio e que nesse sentido faz parte da actividade humana, caracterisando o verdadeiro crime; mas não precipitemos ideas.

A consciencia é ao contrario o elemento primordial para certos positivistas que nesta questão affastam-se da orientação geral da escola, encostando-se á classica, como Hamon que diz acto consciente que lesa á liberdade de agir d'um individuo, da mesma especie do agente e Paulo Blocq e Oranof, escrevendo, acto de sujeito consciente dos attributos das cousas que

em seu proveito deriva as forças vivas terrestres.

A causa principal d'essa divergencia sobre o conceito do crime é ter a palavra tres accepções.

Em accepção lata, crime é o acto lesivo real ou intencional provado, do individuo ou da sociedade. prohibido pela lei penal com a comminação d'uma pena. Nesse sentido ha crime punivel e impunivel, practicados os impuniveis por sujeitos irresponsaveis ou responsaveis mas forçados por constrangimentos exteriores. E' uma accepção que só tem importancia no ponto de vista sociologico da lesão.

Em accepção media, crime é o mesmo acto supra mas practicado ou auxiliado (cumplicidade), por individuos só responsaveis, agindo com conhecimento do resultado (intenção) e volição de realisal-o, tudo o que se chama dolo ou só com conhecimento sem volição e com culpa pela impericia que não podia ter, pela negligencia e imprudencia que não devia praticar. Nesse sentido ainda ha crime punivel e impunivel, por sujeitos forçados por constrangimentos exteriores. Seria logica se a justificação fosse do crime, como geralmente se entende, comprehendendo assim o genero crime species que são o justificavel e o injustificavel.

Em accepção restricta ou technica, crime é o mesmo acto anterior, determinado por falta de sentimentos (occasionaes), ou por força de sentimentos maus (natos), ou por motivos antesociaes, como diz Ferri, ou sem constrangimento exterior que o justifique conforme a idea de Romagnosi reproduzida por Liszt. Nes-

se sentido todo o crime é punível; e considerando que o crime é combatido pela pena e nesse combate não se poderia estabelecer excepção, sem prejudicar o instituto, pela revolta da indignação humana contra o privilegio em materia tão grave, que affecta á vida e aos direitos de todos, é preciso reconhecer que quando a pena não se applica é porque não ha crime, e em seguida a justificação não é do crime para permanecer justificado mas do acto para deixar de ser crime.

Para mim crime é o acto lesivo do individuo ou da sociedade, real ou intencionalmente provado (tentativa), prohibido pela lei penal com a comminação de pena, practicado ou auxiliado (complicidade), por individuos responsáveis tendo conhecimento e volição do resultado criminoso, ou somente culpa (impericia, negligencia, imprudencia), e alem disto motivos antisociaes de sentimentos perversos ou pelo menos falta de sentimentos e portanto sem motivo social justificativo, isto é, sem constrangimento exterior.

Si falta um desses elementos não ha crime.

Sem lesão real não ha rasão para a punição, a não ser que ella fosse tentada e só não realisada por circumstancias independentes da vontade do delinquente porque nesse caso previne-se e não pune-se, impossibilitando o autor de realizar afinal o que já tentára, ainda que se deva fazer certa redução, que é geralmente de $\frac{1}{3}$, da pena do crime, punido elle com $\frac{2}{3}$ da mesma, o que é batido....

Sem a prohibição da lei penal, sob a comminação de pena, não ha crime, *nulla pena sine*

lege e nulla crimen sine lege, pois ao juiz e ás partes não é dado crear materia tão grave que affecta á liberdade e portanto á propriedade e á reputação do homem que a custo de tanto sangue e innumerables soffrimentos foram garantidas pelo apparecimento do poder legislativo, sahido do povo e encarregado de legislar, especialmente sobre os direitos individuaes. Os sectarios da escola positiva impugnaram essa condição, proclamando um delicto natural que independe do código penal e da sua comminação de pena, esquecendo que tudo na sociedade é regulado pela lei, e que esta não é arbitraria nos povos bem constituídos, onde é interpretação dos costumes; e que si ha arbitrio ainda nos actos do poder legislativo, muito maior deve haver em actos d'outro poder.

Si não fôra isto muitos actos que não são crimes e por isto são practicaados, torna-se-iam taes d'um momento para outro, comprometendo a liberdade do cidadão. Isto não faz o crime arbitrario ao legislador porque este sabe interpretar o phenomeno criminoso, pelo ménos presume-se isto como presume-se saber o anthropologo fazer a sua theoria.

Depois o crime é muitas vezes um phenomeno evolutivo, que d'um momento para outro deixa de ser punivel, ou torna-se tal, por força da consciencia ou dos sentimentos da escol social, de que pelo menos nos governos bem constituídos que são só os que podem servir de regra para uma solução qualquer, devem fazer parte os governantes, pois a civilização no ponto de vista intellectual que é o que domina a questão é uma cousa restricta a certos nucleos sociaes e no ponto de vista sentimental que o se-

cunda ainda mais restricta é pelo acompanhamento longinquo de sua evolução a do primeiro phenomeno.

Sem responsabilidade ou imputabilidade do agente não ha crime, porque ellas indicam que o agente tem consciencia, rasão e vontade, que dão o governo da vida, onde o individuo sabe o que faz ou pode fazer o que sabe, sem o que é um juguete dos successos, uma victima dos acontecimentos. Não emprego o termo normalidade, porque ha um normal irresponsavel, o menor.

São irresponsaveis os que não tem consciencia (alienados) e rasão (delirantes) e sentimento (melancolicos), e vontade (maniacos), ou não tem apenas rasão (confusos) ou vontade, (impulsivos e abulhados), ou que tem tudo isto reduzido (cretinos, idiotas, imbecis), ou que perderam todas essas funcões (dementes precoces e senis) ou que tem a consciencia atrapalhada por outra (alternadas e substituidas). Nos dementes vão os amnesicos. Todas essas molestias tem marcha de modo que a irresponsabilidade é terminal. São tambem irresponsaveis os menores.

A irresponsabilidade da inconsciencia vem da lucta das consciencias uma das quaes guerra a outra sempre, levando o individuo talvez ao crime para regosijo proprio, a da rasão vem de não saber o que faz; e a da vontade de não poder fazer o que sabe, dominando pôr seu poder inhibitor as mas circumstancias que as previsões da rasão mandam affastar, e realisando acções de accôrdo com as circumstancias boas que as mesmas previsões mandam cumprir. Para saber-se o que faz é preciso ter

uma somma de experiencias que falta aos menores e ter um sentimento da realidade que dá a importancia social alem das previsões dos successos futuros, entre os quaes estão as consequencias dos seus actos, que ainda não tem os menores e faltam aos loucos puros ou tambem alienados isto é, faltos de consciencia, e nestes ainda que não loucos, os debeis, (cretinos etc) e os regressados (seris).

Nosso Codigo penal no art. 27 tira a responsabilidade aos menores de 9 annos e aos menores de 14 annos que agirem sem discernimento, o que tem sido impugnado, aos imbecis, aos dementes seris, esquecendo os precoces, faltando ahi os doentes da vontade impulsivos e de abulia, os doentes da rasão, confusos, e os doentes da consciencia com persistencia da rasão e da vontade que não são loucos, os de consciencia alternada ou substituida; ao passo que tira a responsabilidade ainda aos surdos mudos sem instrucção e sem discernimento e aos privados dos sentidos e da intelligencia que devem ser os alienados, sem consciencia nem rasão e vontade e talvez os bebados, os somnambulos e os hypnotisados.

Tem se pensado d'outro modo reconhecendo os loucos como criminosos quando practicam actos prohibidos pela lei penal, mas incoherentemente porque para o conceito do crime natural de Garofalo faltam-lhe os sentimentos reduzidos, e para o de Ferri faltam-lhe alem disto os motivos determinantes; alem de que para classificar-os entre os criminosos é preciso mudar o conceito do crime para acto lesivo e prohibido pela lei unicamente, o que é combatido pelos auctores citados e contraria a pra-

tica, que é que nos dá os factos sobre que inferimos os principios, além do que não ha sciencia. Acresce que o proprio Garofalo reconhece que o louco é accidentalmente criminoso assim como este não é louco, quasi como no dilemma de Falret. Depois os criminosos são punidos e os loucos que praticam esses actos internados.

Sem um elemento psychologico que vincule ao sujeito responsavel, o resultado criminoso, não ha crime, como quando o individuo faz uma lesão no exercicio d'um acto licito feito com attenção ordinaria, que está em nosso Codigo penal art. cit. onde não ha crime porque o auctor da lesão não pensava nella, não previa nem devia prevel-a e em seguida não tinha o que evitar.

Este elemento psychologico do crime porem é duplo, dolo e culpa, e talvez deva-se dizer triplo, abrangendo tambem o que Ferri, mau grado seu chama motivo determinante, no caso antisocial e Garofalo redução dos sentimentos, aquem do nivel commum dos homens civilisados.

O dolo é considerado, ora como um phenomeno exclusivamente intellectual, no Conceito de Liszt, representação do resultado e da relação de causalidade entre o acto e o resultado, tendo-se além disto previsão do mesmo, ora como um phenomeno exclusivamente volicional, como theorisa Prins, volição do acto e do resultado ou só do acto (dolo indeterminado), havendo porem laço de causalidade entre o acto e o resultado; ora como um phenomeno junctamente intellectual e volicional, que é o que faz Alimena, dizendo volição directa d'um

facto e representação d'um facto a que a vontade não foge; e também Cogliolo, especificando o motivo, ou intenção que leva o homem a agir... e a determinação que é a vontade resolvida a agir a ser causa do successo que offende um bem alheio protegido pela lei que se presume conhecida. Ferri substitue o dolo, (bem como a culpa), pelo motivo determinante, comprehensivo de ideas e sentimentos, e que pode ser social, caso em que não ha crime e antesocial em que este ocorre, por força delle.

Quem suprime inteiramente porem o dolo é Garofalo, substituindo pela temibilidade e mesmo inadaptabilidade do agente. De modo que um individuo que não inspire temôr e seja de bem dentro da sociedade, practique a lesão que practicar não é criminoso; ou então essa temibilidade conhecida pelas circumstancias do crime e a inadaptabilidade determinada pela mesma, a não ser posteriormente pela conducta do individuo já sentenciado como criminoso, é a mesma cousa, o dolo, com roupagens galantes mas compromettedoras, porque parecem patentear que Garofalo despresou a questão da actividade humana ou sacrificou a verdade á gloria da originalidade.

Para mim dolo é a previsão do resultado criminoso e a volição de realizal-o, que constituem para uns a intenção criminosa e para outros a volição criminosa, tendo o agente de tudo isto consciencia. E' indifferente á sciencia separarem-se esses elementos psychologicos ou absorver-se a volição na intenção ou a intenção na volição. Logicamente apenas a vontade se resolve a fazer alguma cousa que é então a intenção.

Deste modo a theoria psychologica do crime é a mesma da responsabilidade: ha crime onde ha responsabilidade e responsabilidade onde ha crime, pelo menos no aspecto actual porque no potencial uma é realidade e outro é mera possibilidade; ambas onde ha consciencia, rasão e vontade, formando harmonia sinão unidade. O dolo é a rasão conhecendo o mal que faz ao paciente prevendo as consequencias funestas ao mesmo, do acto a realisar e até as consequencias pessoaes ao agente, a incursão na pena e seus corollarios, do processo, da sentença etc; e é ao mesmo tempo a vontade que-rendo tudo isto, soffrimento do paciente, realisação do acto pelo agente e até o soffrimento pessoal da pena, muitas vezes para melhorar de condições numa penitencia confortada para subir ao patibulo dos heroes populares a não ser que a practica da impunidade, principalmente dos valentes patrocinados, nos povos barbaros, para guarda-costas seja o incentivo principal para a saciação do instinto de perversidade.

Os codigos não estão de accordo sobre a materia, descobrindo-se dois grupos atravez d'outra classificação feita por Alimena.

Um que caracteriza o crime por acto voluntario (Hungria, Croacia, Nicaragua, Equador, Projecto de Italia em 1886 e alguns cantões suissos, como Zurig), ou precedido da intenção criminosa (Argentina, Brasil, Alemanha, Hollanda, Luxemburgo, Appenzel), ou alem de voluntario consciente (Ottomano, Genebra, Ticino), ou voluntario e feito com malicia que é cousa ainda variavel, designio do crime (New York), fraude (Japão) ma fé,

malvadesa ou temeridade (Congo, Suecia, Dinamarca), malevolencia e proposito deliberado (Egypto), malvadesa (Montenegro), dolo (Toscana) ou culpa (Grecia) ou acto voluntario com admissão consciente das consequencias (Projectos russo e bulgaro).

Outro pelo acto consciente que deve conhecer as consequencias provaveis e materiaes (India), com deliberação ou determinação do crime (Austria, Lei federal suissa, Bosnia, Erzegovina, Turquia).

Sem dolo, isto é, sem conhecimento do resultado (intenção) e sem volição do mesmo, não ha crime propriamente dicto, que é a lesão prevista e querida.... Si falta tudo isto, previsão isto é conhecimento do resultado e volição de realisar-o, não ha crime, pelo menos o crime propriamente dicto, geral. E' preciso porem accrescentar um elemento, para pôr a theoria do crime de accôrdo com a da responsabilidade que é a consciencia. E' dolosa a acção que é practicada com consciencia normal, e alem disto com intenção d'uma intelligencia normal, que tem uso de rasão, e com volição d'uma vontade normal. Si a responsabilidade é um predicado da consciencia normal, está visto que o crime pelo qual se é responsavel ha de ser practicado assim, de nada servindo chamar-se crime ao acto inconsciente que não se pune, como será o acto instinctivo do individuo que á vista d'uma ameaça mortal vibra o golpe do instrumento que tem ás mãos ou que vendo-se morrer apêga-se á taboa de salvação d'outrem que então morre.

A volição porem tem suas modalidades que convem examinar a reflectida e a irreflectida.

Wundt entende pela vontade a forma complexa e superiora da actividade humana, a que é precedida de deliberação e resolução, função complexa que sahe das simples, exterior que sahe das interiores, reputando phenomenos irreduciveis do espirito, somente as sensações e sentimentos. Isto não o priva de considerar a vontade como o centro da vida psychica e até referil-a a vontade geral ou global, que lhe dá uns vestigios hylozoistas não obstante circumscrevel-a á humanidade e caracteriza-a pela espontaneidade (acção independente das excitações), pela consciencia subida ou apercepção, pela qual define-a poder de referir uma representação ao ponto de visão distincta da consciencia e ali mantel-a e dirigir os movimentos para um fim e pela liberdade (escolha entre as representações), sendo seus actos effeitos do caracter atravez dos motivos.

Höfdding ao contrario toma a vontade no sentido de actividade exterior do espirito, comprehendendo actos reflexos, espontaneos instinctos, actos irreflectidos e reflectidos, define-a como actividade concentrada e ligada ao conhecimento e ao sentimento, tendo por primeiro estadio ou phase, os reflexos e os actos espontaneos; e por segundo os actos semiconscientes; e por terceiro os actos conscientes, dizendo que a actividade é uma propriedade fundamental da vida consciente porque é preciso constantemente suppor uma força que mantenha junctos os diversos elementos da consciencia fazendo por sua união o conteúdo d'uma só e mesma consciencia, como se a consciencia, não fosse já o phenomeno unificador dos mais phenomenos esparsos, do espirito, porque elle não

resolveu pela unidade o conflicto desta com a multiplicidade de estados de consciencia; e tendo por symbolo a função de concentração a regularisação que possui nosso cerebro em relação ás outras partes do systema nervoso e do organismo... a historia da vontade é a historia inteira do homem... ha sempre (sinão no individuo, pelo menos na especie) uma força obscura que busca realisar, acima dos elementos esparsos, exclusivos e discordantes, a harmonia intima das tendencias fundamentaes do espirito; e quando é normal a evolução não consiste só em uma differenciação mas ainda em uma concentração que se exprime pelo harmonioso concurso dos elementos heterogeneos da vida consciente.' D'ahi ser a vontade phenomeno irreductivel para Höffding como para Jodl, Soult, Fouillée etc.

Infelizmente Höffding exagerou a cousa, abrangendo na vontade toda a actividade ali incluídas a reflexa e a espontanea, pelo facto de ser sectario do parallelismo do espirito ao systema nervoso, e tendo de permeio o instincto, que formam tres estados da vontade que fica assim o lado activo da vida psychica. O segundo estadio da vontade que é o instincto distingue-se dos phenomenos do primeiro estadio, (reflexo e espontaneo), pela consciencia, pois é um systema de meios combinados em vista d'un fim situado fóra do horizonte actual dos individuos... Como o espontaneo elle tem impulsões motoras depositadas no organismo e com o reflexo tem excitações exteriores ao ponto dos animaes errarem impellidos pelas primeiras... O instincto eleva-se a tendencia quando se forma uma representação do

acto, cuja execução torna-se para o individuo uma necessidade dominada pela impulsão immediata, determinada por uma serie de associações de ideas e de contrastes affectivos e substituições de motivos. O terceiro estadio da vontade é a reflectida e tem por elementos de-liberação, projecto e resolução.

A verdadeira theoria da vontade porem sem as restricções de Wundt e sem as ampliações de Höffding, considera-a como a actividade consciente, reflectida ou irreflectida, mas distincta do reflexo e do acto espontaneo que são physiologicos.

Vontade não é só a consciencia reflectida, determinando-se e agindo porque quando não ha conflicto de motivos não ha deliberação, a determinação é rapida; e mesmo no conflicto de motivos, o habito de agir apoz deliberação e mesmo a practica ainda que sem habito, elimina a deliberação pela experiencia dos casos passados. Quer-me parecer que é este phenomeno de volição prompta rapida, facil, que os psychologos interpretam mal como actos motores, no sentido casuistico, de productos de ideas e de sentimentos quando o acto é producto da consciencia, ou como dizem, do character, accitando o motivo ou adaptando-se aos factos. Tambem não é o acto reflexo ou espontaneo, que não é acompanhado de consciencia e constitue o trama das funções organicas dos nervos, nem o instincto a que a consciencia já assiste na pesquisa dos meios, mas resolve-se nelles.

Sendo a vontade tambem irreflectida, o que Ribot e outros psychologos chamam de phenomeno psychomotor, ella ainda que não

compreenda o instincto e o acto espontaneo, como pensa Höffding, irradia sobre elles, imprimindo-lhes o seu cunho, porque gera ao lado d'elles, das tendencias animaes que elles produzem, novas tendencias verdadeiramente humanas de agir em sentido determinado pelas conveniencias sociaes, si não pelas grandes ideas dos espiritos cultos no sentido das mesmas num ponto de vista mais elevado, de reformas julgadas necessarias; e essas tendencias recalcam as outras.

Si não se tomar a vontade nesta accepção generica de modo da actividade consciente, ainda que irreflectida não se pode caracterisar o crime, pelo acto voluntario, como querem Tarde e Manouvrier. Si o homem só agisse reflectidamente poder-se-ia; mas o homem normal mesmo age por outros processos, ainda que conscientes, que são os irreflectidos, fóra os actos reflexos, espontaneos e instinctivos. Lógo restringindo-se a vontade ao acto reflectido, ou não é preciso que o acto criminoso seja voluntario, ou todos os mais actos, especialmente os irreflectidos que são os mais communs na vida humana, não são criminosos, o que é um absurdo porque elles são muito frequentes na practica dos crimes. Isto força a uma solução differente para os actos inconscientes, reflexo, espontaneo ou instinctivo que já é semiconsciente.

Tractando dos actos reflexos e espontaneos, na questão da responsabilidade, tive occasião de dizer que elles são causaes, produzidos por antecedentes organicos, consequentemente fataes e portanto cunhados da irresponsabilidade (*siat in quantum*, pelo menos); mas

os actos intellectuaes e sentimentaes e sobre tudo os volicionaes (reflectidos), não, estes são finalisticos, productos de fins a realisar e desde que o homem age principalmente por fins conhecidos por sua intelligencia e buscados pela sua actividade, ainda que conforme ás attracções dos seus sentimentos, elle é mais finalista do que causalista; e como esta finalidade é mais consciente, operada pela intelligencia, do que inconsciente (a latente dos actos reflexos e instinctivos ou autonomos, onde anda ladeada de causalidade), faz o homem responsavel, porque o seu acto é um fim buscado por si mesmo, com consciencia do seu esforço, ou pesquisa qualquer, *antevistas as consequencias que pelo acto são procuradas*, com desprezo das outras que resultariam de actos differentes, si não por liberdade de escolha, de arbitrio, de poder da vontade, de ausencia de compressões interiores ou exteriores, mas em todo o caso por adherencia, amôr ou preferencia das consequencias previstas do seu acto, ou pelo menos pouco caso das mesmas, da sociedade que as repelle, e que não é tomada em consideração (no crime).

Hoje completo meu pensamento dizendo que mesmo no caso de actos causaes que em si são irresponsaveis o homem não é irresponsavel porque age tambem voluntariamente, porque por força desta actividade voluntaria, elle adquire experiencia dos modos de agir e mesmo nos momentos em que sua actividade instinctiva surge em campo (a reflexa e a espontanea escapando á consciencia), é embaraçada pela consciente pois alem disto o instincto é no homem a incitação espontanea ou excita-

ção reflexa, que leva aos centros respectivos a percepção illuminadora que dirige conscientemente os meios de realisal-o, e que pelo menos por força do habito desperta a energia da vontade que entra em campo de acção; e si não acontece isto é porque a actividade voluntaria então não tem um rumo certo e capaz de orientar inopinadamente á instinctiva e de modo que em ambos os casos elle é responsavel pelos maus actos da mesma, como exprimindo um modo geral de sua actividade.

Accrescento mais que o acto voluntario é condicionado ainda pelo acto reflexo que segundo dizem abre o caminho pelo qual elle ha de transitar e mesmo pelo acto instinctivo que por sua vez já transita pelo caminho do reflexo e mesmo compõe-se delles, tendo apenas a assistencia da consciencia, como mera testemunha do que se passa longamente em sua casa; mas ainda é de mais condicionado pelos movimentos autonomos do cerebro occorridos sem excitações externas, e notados por Jean Müller e que Bain suppoz resultarem da descarga da energia potencial accumulada pela abundancia do sangue que afflue aos centros nervosos e pela nutrição activa dos mesmos. São esses movimentos que explicam o despertar sem excitação externa, a viva necessidade que delle tem os jovens animaes e as creanças, a necessidade dos mesmos pela manhã e apoz as refeições e a energia excepcional dos homens de temperamento volicional, alem de serem os do fêto.

E' por esta condição differente da reflexa que a vontade se oppõe ao mesmo acto reflexo bem como aos seus desdobramentos ins-

tinctivos. Esses movimentos espontaneos por-
rem com o cerebro são apenas condições da von-
tade que é a potencia de querer, antes de ser
a de agir, isto é, a potencia de deter os re-
flexos, os movimentos espontaneos e os instinc-
tos e mesmo os habituaes para deliberar ou
mesmo para agir logo noutro sentido, muitas
vezes opposto a tudo, por qualquer rasão, até
pelo chamado motivo de contradicção de Spi-
nosa, que é antes pelo prazer, ou o que quer
que seja de se mostrar aos mais ou a si mes-
mo livre. Fazer da potencia inibidora ou de-
tentora, como fez Brown Sequard, um refle-
xo especial, que tem todo segmento nervoso de
inibir o acto de segmento adjacente, é uma
aventura na physiologia e um erro em psycho-
logia.

As theorias psychophysiologicas da inhi-
bição e da localisação estão em via de forma-
ção.

Desde que Gall fundou a phrenologia, pro-
fessando uma localisação muito minuciosa de
todas as faculdades d'alma que se combatê isto.
Flourens por exemplo mostrou que qualquer
região cerebral pode ser lesada sem que a func-
ção desapareça. Fritsche Hitzig sustentaram
que a excitação de pontos determinados
da superficie cerebral provoca movimentos
determinados em certas partes do corpo. Para
não alongar este estudo muito extranho a mi-
nha profissão direi que a final Flechsig impoz
sua opinião distinguindo no cerebro centros res-
trictos de projecção, onde se operam movimen-
tos, em quatro espheras, tactil, visual, auditiva
e olfactiva e centros geraes de associação des-
tinados ao pensamento. Munk porém que fez

um estudo detido do phenomeno só achou localisação nas comprehensões e reconhecimentos das impressões sensíveis elementares, concluindo de laboriosas observações que a intelligencia tem sua sede em todo o logar na casca cerebral e em nenhuma parte em particular; e Goltz que tambem experimentou achou apenas nas ablações das partes dos hemispherios enfraquecimentos de percepções nas posteriores e de movimentos nas anteriores. Entretanto Hitzig põe o pensamento abstracto nos lobulos frontaes, como Wundt colloca nelle a aperepção e a vontade que com ella faz unidade, ao passo que Bianche destina-o ao tomus psychico e Flechsig, á consciencia da personalidade levando a intelligencia para os lobulos parietaes e occiput-temporaes, conforme a suggestão de Rudinger, a vista do desenvolvimento lateral do craneo de Kant, Liebig, Lasaulx, Dollinger, Gauss, Dirichlet, etc a que se poderiam accrescentar o nosso Zacharias de Goes e Ruy Barbosa, com applausos de Jules Loury. Ora a vista d'isto não se sabe em que experimentador, por ora acredite.

O reflexo inhibitor é um phenomeno physiologico conhecido na acção que o pneumogastico exerce sobre os ganglios nervosos intracardiacos, bem como na acção dos nervos vaso dilatadores sobre a innervação propria dos vasos, o plexus ganglionar espalhado na espessura de suas paredes, alem da acção moderadora que os centros nervosos exercem sobre o poder reflexo dos centros subjacentes; donde se infere que a acção inhibitora é dum nervo sobre um centro ou parte deste, e ainda que este deve ser o processo da inibição operada pela

vontade quer duma função organica como a respiração, quer duma acção iniciada ou em tendencia por uma resolução tomada ou por uma idea de agir ou mesmo por um habito de acção; mas nada mais do que isto se sabe, sobre a veracidade por exemplo das fibras centrifugas de Ramon y Cajal que agiriam sobre as articulações dos neuronos ou das arborisações cellulifugas dos nerviuervorum de Manouëlian.

Só o reflexo escapa em absoluto a esta orientação geral da consciencia impressa a toda a actividade psychologica ao contrario do que pensa Romanes, (quando deriva o reflexo das formas superiores da actividade, como o habito é derivado da actividade consciente, e como um habito inventerado), porque o reflexo é um acto physiologico pelo qual o systema nervoso regula todas as funções organicas, tendo apenas algumas vezes concommittantes psychologicos, dos quaes ha consciencia, sem que esta porem tenha nada com o reflexo, que lhe escapa absolutamente. O erro de Richet, reconhecendo casos de reflexo consciente é palpavel, confundindo o phenomeno physiologico com o psychologico concommittante, pois se fosse consciente seria idea ou sentimento motor que chamo vontade irreflectida e não reflexo ou elle não teria criterio para separar esses phenomenos e o acto reflexo deixaria de ser a resposta a uma excitação para ser a acção duma idéa ou sentimento, que são cousas distinctas e inconfundiveis.

Mesmo porem que se quizesse alheiar ao crime o acto instinctivo, isemptando por elle o auctor da pena, seria preciso distinguir entre o

instincto fulminante, absoluto da conservação, que age como raio do instincto apenas pertinaz, da reprodução, que age como a agua cobre a pedra, para applicar a imagem de Sten-thal nas emoções. Na conservação o instincto age em defesa ou em necessidade que pode ser a primeira legitima e a segunda extrema e assim não sujeitas a pena. Só no caso de não attingirem esses predicados será possível cogitar-se da sua punição. Não occorre o mesmo com o de reprodução, pela sua falta de urgencia e de imperiosidade consequente, a não ser que uma Eva, em seu paraiso, sendo tentada pela serpente offereça o fructo prohibido, caso em que todo homem, com a onda sanguinea que lhe sobe a cabeça em prejuizo da sua consciencia será um novo Adam, a não ter a tempera de Socrates que recusou viver para não humilhar-se ou de Xenocrates...

Há ainda um elemento que tem passado geralmente desaperecebido ou que tem sido desviado de sua influencia e sem o qual não ha crime, que é a injustiça pela falta de compressão exterior ou o que é o mesmo pela liberdade (exterior) do agente, de modo que o acto fica determinado por motivos antesociaes como theorisa Ferri, ou pela redução dos sentimentos a quem do nivel commum da humanidade, como pensa Garofalo, não obstante darem-lhes amplitudes maiores que então são improcedentes, porque esses phenomenos são differentes do dolo que elles pretendem substituir em vão.

A injustiça do acto entrou no conceito do crime, formulado pelo Romagnosi. Liszt não foi tão explicito nem teve mesmo a intenção de accentuar este elemento do crime mas em

todo o caso, definiu o crime, atravez da culpa como o injusto a que a lei commina pena.

A injustiça resolve-se na liberdade exterior ou na ausencia de constrangimento, irresistivel, porque neste caso não ha justificação do acto geralmente dicta erroneamente do crime quando este desaparece com o desaparecimento da pena e então resolve-se ainda em motivos antesociaes de Ferri que é quando a sua theoria tem rasão de ser, ou em redução dos sentimentos aquem do nivel commum da humanidade, que é por sua vez quando procede a theoria de Garofalo. A prova que essas suggestões de Ferri e de Garofalo, aliás procedentes aqui, depois do dolo existente, só podem ter esse character restricto é que o dolo existe mesmo nos casos justificaveis por motivos sociaes de Ferri ou por sentimentos antagonicos aos de que falla Garofalo, pois esses motivos sociaes e esses sentimentos elevados não tem a força de apagar a intenção e a volição de lesar, apenas esse facto deixa de ser criminoso para ser necessario muitas vezes e uobre outras.

Sem falta dos sentimentos elevados, quer no grau da inercia que caracteriza segundo Ferri, o criminoso ocasional, quer no de perversidade que caracteriza o criminoso nato, e cu acresceto quer no concurso de ambas essas cousas existentes nos criminosos passionaes, de duas naturezas, uma boa com sentimentos elevados e outra má com sentimentos perversos, que agem esta pelo crime e aquella pelo remorso, ainda não ha crime; e então procure-se a causa que se encontrará na liberdade exterior; ou como esta é um phenomeno nega-

tivo cujo elemento positivo é o constrangimento, em sua ausencia pesquize-se a causa do crime que se encontra a falta de sentimentos referida. Como quer que seja este elemento da falta de sentimentos suggerido por Garofalo deve entrar na caracterisação do crime positivo, porque *primo* o selvagem e o barbaro não tem sentimentos elevados, *secundo* o proprio criminoso nato não os tem, *tertio*, os criminosos (todos menos os auctores de crimes justificaveis), são representantes actuaes desses barbaros que foram seus ancestraes e mantem-se atravez das civilisações na sua hereditariedade, ampliada pela restricção das civilisações de modo que não tem acções sobre elles e quando tenham, é com retardamento da evolução sentimental em relação á intellectual que é a unica beneficiada. E' porque não tem sentimentos maus, nem falta de sentimentos bons mas ao contrario agem por estes sentimentos elevados que não são criminosos os que agem por falta de liberdade exterior, e por motivo de conservação pessoal que justificam o crime devendo-se dizer justificam o dóló, apagando o character criminoso do acto offensivo de quem quer que seja. Essa reducção dos sentimentos é o factor psychologico profundo do crime, principalmente na ferocidade porque na inercia sentimental é uma predisposição á acceitação das circumstancias e na dubiedade é um factor contra o factor negativo.

A rasão dos positivistas excluirem a vontade do acto criminoso, levando aos adversarios certa hesitação sobre o reconhecimento da mesma no crime, é a crise que atravessa a theoria da vontade na psychologia actual,

d'onde ser conveniente, necessaria mesma a sua analyse.

Deixando de lado as orientações systematicas da materia que pouca vantagem terão aqui, e pondo de parte as concepções que nada explicam a espiritualista e a hylozoista, que amarram a vontade á alma immaterial ou á materia, como fazem, aqui Schelling, e Shopenhauer que a considera como o desdobramento no homem, como energia da representação, oriunda da impulsão inconsciente do inorganico, do vegetal e do animal, as theorias da vontade podem ser distribuidas em quatro grupos, que são o atomicismo, uma cousa que chamo casuismo, o atomicismo casuistico, e o enorgismo ou voluntarismo.

Para o atomicismo ou theoria do reflexo, vontade é a reacção do neurono cerebral ás excitações exteriores. Foi Spencer que a suggeriu, derivando todo o espirito do acto reflexo, ainda que a eleve a uma evolução phylogenetica do mesmo, passando pelo instincto intermediario, que serviu a Fortlage para origem. Büchner define-a como reacção ás impressões, reproduzindo a idea de La Mettrie, do acto producto do meio, especialmente nutrição que faz o temperamento intermediario e com elle Moleschott, Dastre, Laulanié, e sobre tudo Dallemagne que escreveu um livro especial a *Physiologia da vontade*, onde a caracteriza como um reflexo superior, o cortical. Nas ultimas evoluções dessa theoria existe tudo meros reflexo: o cerebro tem regiões hierarchicas e na superior que é a cortical, camadas pensantes e camadas volentes. Uma idea apparecida na

camada pensante excita a camada volente, que reage em vontade, neurono por neurono.

Para o atomicismo casuista, vontade é ao mesmo tempo a reacção do neurono cerebral e a acção do phenomeno psychico, uma verdadeira amalgama de elementos differentes sem ter quem a amasse!!

Maudsley diz reflexo com representação do fim (concepção do resultado do designio), o que a faz excitação operada pelas ideas (!) ao mesmo tempo que reputa o acto producto do character sem influencia do meio (desse fim). Herzen diz reflexo com representação motora forte que leva á execução (*Palestras...*) e reflexo com consciencia do motivo determinante, combinado com a imagem do acto (*Physiologia...*) Richet na *Psychologia physiologica* distingue entretanto dois momentos na vontade, o reflexo e o intellectual. No reflexo o acto é detenção ou inibição d'um reflexo commum por um reflexo inibidor. No intellectual a lucta dá-se entre as suas ideas que produzem os mesmos effeitos (!!) dos reflexos, pelas lembranças das imagens, com assistencia apenas de consciencia. De modo que a vontade é ao mesmo tempo a modificação da excitação pela potencia da inibição que tem os neuronos e o valor dado a uma idea qualquer pelo cerebro.

Para o casuismo vontade é a submissão absoluta, incondicionada, fatal do individuo á influencia d'um phenomeno psychico, influencia que o phenomeno tem muitas vezes por triumpho na lucta pela vida, como theorisava Taine, e que arrasta o individuo á practica do acto, impreterivelmente, sem que elle possa nada oppôr-lhe, porque a unica opposição possi-

vel seria d'outro phenomeno já vencido no conflicto e arredado, exanime, incapaz de levantar-se no sôlho da consciencia. A vontade é assim uma situação como diz Ribot, do cerebro que é theatro da lucta das sensações, imagens que as substituem ou mesmo ideas ou percepções que ellas geram. Yves Delage na *Hereditariedade* suffraga dizendo que nossos actos são dirigidos por moveis entre os quaes inertes como uma balança nós oscillamos enquanto elles fazem equilibrio, e pendemos fatalmente para os mais fortes.

A falsidade começa pelo motivo psychico volente. Sentimento para Hobbes que reduzio a amor com desejo e a odio com aversão, appetite pelo prazer e aversão pela dôr para Mill, desejos para Letourneau e sobretudo Veron em sua *Moral* e mesmo *Esthetica*. Horwicz vae adiante e deriva todo o espirito do sentimento. Gering diz sentimento em acção, Herbart e seus discipulos mudam para representação, dizendo Volkman que é esforço para a conservação propria pela representação vencedora na lucta pela vida, travada com outras representações. Tudo isto, conjuncto dos sentimentos e representações para Brentano; Reacção ou influencia motora das ideas e sentimentos para Lewes; Representação viva do acto e consequente começo de execução da corrente centrifuga, producto da desintegração molecular central para Manouvier; serie de representações e sentimentos particulares de innervação, que acompanham o esforço muscular para Munsterberg; phenomeno ideo motor, chamando-o reacção motora, (dos neuronos), que se torna poder inhibitor e acto de escolha e mesmo co-

ordenação na forma da escolha de tendências, imagens e ideas que trazem movimento e afinal paixão poderosa que põe as ideas a seu serviço para Ribot.

Para a theoria phenomenista que podemos chamar de energismo, vontade é uma energia, força, ou potencia qualquer, do que quer que seja, cerebro ou neuronos, consciencia ou espirito, pela qual o individuo age, por moto proprio, ainda que segundo o conceito que forma das cousas, por suas experiencias e hereditariedade. Benedikt por exemplo diz que o homem age segundo o seu caracter e por disposições intellectuaes e somaticas, hereditarias, alem das adquiridas pela alimentação, meio e educação. O proprio Ribot põe tudo o mais a serviço do caracter na actividade humana. Ora o caracter decidindo da actividade humana quer dizer agindo, interpretando pessoalmente os phenomenos psychicos, de modo a eliminar uns e acceitar outros. Isto constitue a actividade consciente que exclue a inconsciente, reflexa e espontanea que são apenas, a primeira seu arauto e a segunda seu incentivo talvez, abrangendo a irreflectida que dizem motora e a reflectida que Wundt considera unica vontade. São a mesma cousa, uma só vontade porque em ambas a consciencia procura realisar a idea lucida ou elucidada.

As outras theorias da vontade são erroneas.

Erram os atomicistas sectarios do reflexo volicional porque não se comprehende como tantas reacções reflexas de tantos neuronos podem dar em resultado a unidade da deliberação, da resolução, mesmo para o futuro no

projecto da acção, como tendo ellas sido operadas pelos neuronos o cerebro arrogue-se o direito de tel-as como suas, attestado o facto pela consciencia, já de si outro phenomeno de igual natureza; porque a vontade é uma energia tenaz, insistente, por toda a vida do individuo, sua resolução faz-se muitas vezes na infancia para durar até a velhice, cada vez mais forte, mais inabalavel, por entre as excitações mais variaveis e contrarias, essas mesmas que estão a cada passo provocando innumerous reflexos contrarios a acção da vontade resistente, como sabe de experiencia propria todo homem que quer dar a sua mulher a satisfação da fidelidade e deve acortecer o mesmo com todo o que contrahiu a paixão pelo dinheiro ou outro phenomeno que encontra a qualquer momento na vida. Então houve uma vez um reflexo que teve o poder de se fixar no organismo por toda a vida, eliminando os mais reflexos, mesmo attinentes á conservação da existencia, como na bravura do heroismo se verifica? Não, é preciso por em logar desse reflexo, dessa reacção cellular, uma condição fundamental, como o character para não cahir-se na futilidade.

Erram os casuistas porque os phenomenos mentaes, representações, imagens ou suas fontes, sensações, são productos dos phenomenos exteriores e em seguida manifestações das forças universaes no cerebro portanto todas ellas deviam produzir effeitos uniformes, regulares, o que não ha, tendo cada individuo sua preferencia por uma de cada modalidade e mesmo por uma modalidade de cada phenomeno, entre as quaes estão as da destruição mesma da sua propria vida, nos heroes, como Socrates,

Só o atomicismo casuista tem assim os visos de verdade amalgamando reacções de neuronos e acções psychicas porem; alem disto é incoherente, pois a reacção reflexa é a caracterisação da acção pela propriedade cellular de imprimir aos orgams sua energia, ao passo que a acção phenomenal, da imagem por exemplo é a caracterisação do movimento pela sua influencia pois se passar-se á reacção cellular feita sobre a excitação que a imagem á semelhança do phenomemo exterior produz, cahe-se no atomicismo puro, com a difficuldade enigmatica da excitação pela mesma que é cousa differente da excitação pelos phenomenos que concommittantemente produzem a representação de que é reprodução a imagem. Depois sobre vem as difficuldades já apontadas em cada um dos seus elementos, reacção atomica e acção phenomenal, dando em resultado cousas antagônicas, acção total do espirito ou cerebro e effeitos personalissimos de phenomenos uniformes na representação e sua restauração.

Tudo isto é enigma e portanto indigno da sciencia que experimenta e induz os principios: uma só cousa está de pé, é que a vontade como qualquer outro phenomemo psychico, opera-se no cerebro, estendendo suas relações a todo o organismo, mas é, caracterisada pela consciencia, phenomemo attestado por si mesma sem que haja processo de reduzil-a á movimento, que entretanto vê-se que a condiciona no sistema nervoso, especialmente no cerebro. Tanto valem essas explicações contradictorias, como as hypotheses espiritualista e hylozoista da vontade ou outro qualquer phenomemo psy-

chico, com uma differença que a espiritualista é edificante. Quando uma imagem produz a nausea ou certo phenomeno genesisico é porque ella restaura o agente exterior cujo reflexo se produz mas raramente. O desaparecimento da vontade pelos toxicos e pelas molestias da mesma, abulia e impulsão, onde o individuo mata com terrôr, sem poder inhibir o impulso, é devido á condição cerebral de vontade, sobre que não ha minima duvida, o espirito scientifi- camente considerado sendo um phenomeno ce- rebral mas que não se pode confundir com o physiologico, de que faz parte o acto reflexo, muitas vezes, como na nutrição, exclusivo, e ou- tras vezes, acompanhado, concommittante com os phenomenos psychicos, d'onde ter eu dicto em meus *Estudos de philosophia do direito* quanto ao seu character: Si por cerebro se en- tende um organ da vida, o espirito não é func- ção, porque os phenomenos de vida são de mo- vimento e elle é phenomeno de consciencia; se por cerebro se entende um organ do individuo, então o espirito é função, porque o cerebro envolve a vida e o espirito; deste modo o es- piritito é uma função do cerebro, mas a func- ção psychica distincta da função vital;... não é actividade nervosa do cerebro, é condiona- do por ella; resolve-se em estados de consciencia e esses são irreductiveis no movimento... conhece-se o movimento pelos sentidos e os fac- tos psychicos pela consciencia; esse templo de Janus de que nos falla Bain com duas frentes uma voltada para o movimento e outra para a consciencia, é um impossivel; não se argamassa movimento com consciencia; é pelas informa- ções da consciencia, quaesquer que sejam, sen-

sação, conhecimento ou energia que conhecemos o nosso espirito é por analogia conhecemos o espirito de outrem que por nenhum outro processo se nos revela; não ha meio scientifico para submeter a consciencia a observações e induções consequentes dos sentidos, para fazel-a entrar na esphera dos phenomenos objectivos, portanto no movimento; é ao contrario o movimento que entra na esphera da consciencia pelo conhecimento; a consciencia em qualquer de suas formas, sensível, cognitiva e volitiva, é um phenomeno irreductivel a qualquer forma de movimento attractivo, vibrativo, affinitativo.

Convem insistir.

Não se pode resolver essa acção em função dos neuronos multiplos, porque ella tem unidade que lhe dá a consciencia; em acção dos phenomenos variaveis, por que ella tem permanencia que lhe dá a mesma consciencia, a tal ponto que se falla nas leis do character, nas previsões da actividade social d'um homem. Ainda que por meio dos neuronos é a consciencia que nelles d'um modo desconhecido existe, que age, diz-nos ella mesma, unica testemunha do phenomeno. E' ella um enigma mas é menor que estê dos neuronos coincidirem os estados de suas consciencias em uma só cousa que é a consciencia. Ainda que por força dos phenomenos psychicos, ideas, sentimentos ou outra qualquer de suas modalidades, é a consciencia que age, diz-nos ainda ella, unica testemunha do phenomeno. Ao contrario disto teriamos de assistir continuamente, não ao conflicto dos motivos que a semelhança dos jurisconsultos de Napoleão discutiam as

materias do Codigo Civil para elle concluir os seus artigos, encerrando a discussão, mas á pluraridade de actos, cada um determinado por seu motivo, o que daria em resultado muitas vezes mesmo a inercia, agindo cada um como raios de força em torno dum centro; e no caso atomicista, pelo menos teriamos a disparidade dos centros psycho-cerebraes em acção, o visual querendo cousa differente do tactil, já não acceitas ambas pelo auditivo, gustativo e olfactivo, para só fallar nos sentidos classicos, quando a um delles agradasse um phenomeno que não conviesse aos outros etc. Ora não ha disto no espirito, havendo apenas satisfações incompletas pelo objecto agradar á vista mas não a outro sentido, de modo a mostrar que estão todos os centros sujeitos ao que quer que seja que é a consciencia, segundo suas informações proprias.

Dessas theorias da vontade fui obrigado a excluir a espiritualista originada de Descartes, pois Platão só conhecia o appetite e o desejo, alem da razão, e coragem e Aristoteles satisfiz-se com a actividade, posta ao lado da sensibilidade e da intelligencia e que era appetite racional com liberdade de escolha; como tambem a hylozoista proclamada por Schopenhauer como a força universal que é na materia inorganica a attracção, na organica o instineto é no homem a vontade. O herdeiro desta phantasia é Hochel que diz na *Perigenesis das plastidulas* que a affinidade chimica só se pode conceber como effeito de vontade dos atomos que se reúnem por suas impulsões motivadas por sensações, enquanto lhes nega memorias que são propriedades das particulas.

Admira é que espiritos de orientação psychologica suffraguem isto, achando a origem da vontade na propriedade da materia viva de reagir, tendo por fim, a outra propriedade de habituar-se. . . . A vontade de viver e o horrôr á morte são factos anteriores á intelligencia, universaes etc. (Ribot).

A culpa tambem é considerada ora um phenomeno intellectual como pensa Liszt, acto sem representação do resultado ou da relação de causalidade entre o acto e o resultado; mas variando para ignorancia contraria ao dever, da importancia da acção ou inacção como causa, com previsibilidade ou potencia de evitar o resultado, de modo que se sabe o que deve ou o que se pode mas não deve fazer; ora um phenomeno volicional, como ao contrario theorisa Prins como volição do acto sem volição do resultado, mas podendo este ser previsto e impedido e tendo por character a previdencia do homem commum, *bonus et diligens pater familias*, acabando pelo reconhecimento de duas culpas, uma que é acto feito com previdencia, mas sem cuidado ou moderação, isto é, com negligencia ou imprudencia e outra que é acto feito sem habilidade, por ignorancia ou impericia.

Segundo uma informação de Cogliolo no seu *Direito Penal* é a theoria voluntarista geralmente seguida por Chaveau e Helie, Ortolan, Thèbutien, Bertauld, e até Michelet na França, Haus alem de Prins na Belgica, Feuerbach, Klein, Haffter, Meyer, Binding, Berner na Allemanha, Nani, Carmignani, Nicolini, Carrara, Pessina, a que se pode accrescentar Lampredi, Simoni, Romagnosi na Italia.

Segundo informações de Alimena e Cogliolo muitas outras theorias existem da culpa, que não nos interessam, porque decididamente são a vontade e a intelligencia que a caracterisam psychologicamente. Assim Liszt synthetisa bem a materia concluindo: Dá-se culpa, quando o agente não impediu o acto que devia prevêr (negligencia), ou quando agir por inattenção ou descuido na falta de precaução do acto previsto; de modo que ha imputação quando o resultado foi previsto no dolo, ou devia sel-o na culpa, não havendo imputação sem previsão.

Guyau incrimina á attenção na culpa como á intenção no dolo.

Os Codigos não estão ainda de accordo sobre a culpa conforme vemos em Alimena, onde descobrimos atravez doutra classificação do mesmo auctor cinco grupos:

Que falla dos prejuizos causados a outrem (Austria, Bosnia, Erzegovina).

Que diz culpa sem malicia e sem quasi delicto (Chili, Nicaragua, Bolivia).

Que caracteriza a falta pela ignorancia do facto (Allemao).

Pela negligencia (Argovia, Lucerna, Lussiana, Croacia, Monaco, Noruega, Suecia, Turquia), ou pelo descuido ou desattenção. (Anglo saxonico, Portugal, Grecia, Grisões), mesmo quanto ás suas consequencias na medida que se impõe ao homem prudente (New York).

Pela imprevisibilidade (Argentina) com falta de precaução (Belgica, Luxemburgo, Monaco).

Alimena diz que não dá noção (França) ou dão noção geral (Austria, Russia), ou con-

sidera a culpa excepção expressa na lei para ser punida (Bavaro).

Para mim um desses elementos, referidos o voluntario, não caracteriza a culpa; o que a caracteriza é a imprevidencia inadmissivel por ser a previsão commun aos homens regulares e necessaria á quem vive em sociedade.

A impericia que se suppõe um caso voluntario feito sem intenção não tem voluntariedade, porque fêre-se para curar por exemplo e a morte sobrevem sem se querer. O que se pune ahí é a falta de habilidade no exercicio isto é, pouco caso do sujeito, quando elle devia ter mais considerações pelos homens, a imprevisão devida á incuria, em materia tão grave que devia ser mais trabalhada.

A negligencia ou descuido que se suppõe uma inacção voluntaria sem intenção ainda não tem este caracter, havendo apenas previsão tão fraca que não desperta as energias, de envolta com o referido pouco caso dos homens, ou talvez imprevisão indevida.

A imprudencia que se julga outro caso voluntario sem intenção, tambem não tem este caracter porque a volição não é da lesão é doutro facto com perigo da lesão que então occorre, contra a previsão imperfeita do auctor, que é então a rasão de sua punição, alem do pouco caso e talvez da presumpção de maus ou falta de sentimentos. O que se pune ahí é tambem o pouco caso da vida e direitos da parte lesada quando o auctor devia ter mais moderação, e a previsão atrapalhada pela crença na capacidade para evitar o resultado.

A previsão é generalizada por Maus, Bruno, Berner, Zanardello e Liszt.

Binding generalisa a inconsciencia da acção.

Winsinger generalisa a falta de impedimento do resultado.

Quem se approximou da verdade foi Feuerbach dizendo culpa inconsciente sem previsão do resultado na impericia (mas devia tel-a), com previsão do resultado mas com negligencia ou imprudencia nos mais casos. Volição não existe sem intenção.

Si falta o dóllo pode haver um pseudo crime, ou crime culposo, que é punido por certas razões especiaes, que são imprevidencias em actos graves que affectam á vida e aos direitos dos cidadãos e que podem occorrer ora no exercicio duma profissão mal encaminhada, constituindo a *impericia*, ora no exercicio de actos communs, quer positivos, constituindo a *imprudencia*, quer negativos constituindo a *negligencia* ou descuido. Em todos esses casos a lei pune a imprevidencia do auctor e certo pouco caso da vida e direitos dos mais que lhe permite a imprevidencia em materia tão grave, e que pode mesmo ser uma manifestação de sentimentos perversos ou pelo menos de falta de sentimentos bons. Previsão incompleta mas devendo ser completa é o character da culpa, completa é o character do dóllo, alem da involuntariedade na culpa e volição no dóllo.

As penas porem devem ser menores.

Punir com penas iguaes a consequencia criminosa dum acto, que não foi prevista e querida, que por tanto não podia ser evitada só porque devia ter havido previsão é um absurdo si não for uma iniquidade. Punir o descuido que não foi secundado pela vontade com

as mesmas penas severas do dóllo isto é do acto practicado com intenção e volição, quando nem intenção houve no primeiro caso mas só a imprevidencia, é outro absurdo e outra iniquidade. Mesma a impericia e a imprudencia não devem ter penas iguaes ao dóllo, não obstante ser muito grave a primeira, porque a sociedade confia a vida aos profissionaes de varias missões e ser muito mal vista a segunda porque si não fôra a actividade mal entendida e precipitada do imprudente, onde vae um phenomeno muito pessoal, uma volição, sinão do resultado criminoso, pelo menos doutro resultado que collide com o criminoso, não teria havido a lesão.

Nessas condições erram todos os que não consagram o dolo no crime, como fazem os positivistas, Lombroso, Ferri, Garofalo, como os que o limitam á intenção só ou á volição só, como fazem Liszt com o seu intellectualismo e Prins com o seu voluntarismo, e a unica theoria que acerta é a de Alimena pondo no crime o dóllo e neste a intenção e a volição.

Os motivos determinantes de Ferri são cousas differentes de tudo isto, e só comprehendem a intenção, quando muito, porque o motivo ou é o fim do acto que pode ser louvavel no acto licito ou é o antecedente psychologico ou physiologico do mesmo fim, como é o sentimento, a idea, ou é o phenomeno exterior que produz a sensação e a percepção e desperta o sentimento. O motivo pode ser social, caso em que o acto é legal, justificavel e não ha crime, ou antesocial, caso em que ha crime, mas este não é criterio de nada a não ser de attenuações e aggravações da pena.

Mesma cousa se dá com os sentimentos de Garofalo. Elles servem quando são bons para secundar os motivos sociaes de Ferri, (um tanto redundantemente porque já estão nos mesmos), e justificar o acto, retirando-lhe o character de crime; e quando são maus para determinar com os motivos antesociaes ainda as circumstancias aggravantes e attenuantes conforme seu grau; mas fazer depender delles, de ambos, sentimentos ou qualquer outro motivo, o crime, que tem a sua caracteristica no dolo e na culpa é baralhar ideas sem proveito e ao contrario com desvantagem da confusão em materia de tanta importancia porque ahi está implicada dum lado a segurança social e individual e do outro lado a liberdade, a fortuna e mesma a vida do homem accusado da practica dum crime.

2) *Justificação do acto lesivo*

Justificação é a exclusão do crime por motivo justo da practica do acto aparentemente criminoso, isto é, prohibido pela lei sob a comminação de pena, quando ahi ocorre a justificação do motivo. Não é sempre assim entendida, suppondo outros que a justificação é do crime, não o elimina, excluindo apenas a punição, tanto que a enrolam com os casos da imputabilidade; mas sem rasão, porque desde que não ha pena não ha crime.

A escola classica iniciou o seu estudo. Haus por exemplo nos *Principios geraes do*

direito penal, classifica as circumstancias que excluem, em causas que apagam a culpabilidade do agente, que são antes modificações da imputabilidade; e causas que destroem a criminalidade da acção, que são legitima defesa, actos ordenados pela lei e pela auctoridade, exercicio de direito etc.

A escola positiva eliminou esta parte do direito criminal. Apenas Ferri tractando dos motivos determinantes classifica-os em antesociaes que produzem o crime e sociaes que o excluem como é a legitima defesa e reclassifica os antesociaes em mais antesociaes que fazem o verdadeiro criminoso, o incorrigivel (nato e habitual) e menos antesociaes que produzem os criminosos occasionaes que ainda são reprimidos, mas tambem os criminosos passionaes, da honra offendida, do amôr contrariado que não são reprimidos mas só sujeitos a uma reparação.

Lombroso no *Crime, causas e remedios* não obstante elogiar o criminoso passional, como homem de linhas harmonicas do corpo, belleza d'alma, motivos nobres, dá-lhe tara epiletica, que o faz por tanto temivel para a escola e que força a punil-o severamente, ao passo que considera o occasional como um individuo innocente que cahio casualmente nas malhas da rede penal e assini não precisa quasi de punição mas só de guia ou remedio.

Garofalo por sua vez na *Criminologia*, vae ao encontro de ambos querendo contra Ferri a punição do marido que assassina a mulher ou a amante apanhadas em adulterio ou cousa que o valha, e contra Lombroso mesmo a punição do homem que mata outrem por pro-

vocação ou por offensa grave, bem como do que se excede na defesa e do cúmplice no suicídio ainda que para salvar a honra ou livrar da molestia, resalvando apenas a legitima defesa: mas aqui não é logico porque tendo dado como criterio da punição a temibilidade e depois tambem a inadaptabilidade do criminoso á sociedade, devia concluir que os individuos de que se não podia temer, e que se acham inteiramente adaptados á sociedade, os que practicam crimes provocados ou gravemente offendidos não são criminosos, e foge a essas consequencias, sem duvida porque teve a felicidade de nunca ter sido provocado ou gravemente offendido por um sicario; e para ser coherente, combate nas edições posteriores a sua primeira classificação dos criminosos em fortuitos e instinctivos, a que reduz os primeiros, classificando-os em violentos, assassinos e ladrões que ja não comportam os criterios da temibilidade e da inadaptabilidade.

A terceira escola desenvolve apenas as ideas da classica.

Alimena nos *Limites*... depois de estudar os casos de não imputabilidade especifica os de justificação, que são legitima defesa, estado de necessidade, execução de ordem legal, obediencia hierarchica, que repete nos *Principios* alem do delicto pelo temor reverencial, impeto de justa ira e de justa dor, socorro á justiça e ao interesse social que ora tracta nas circumstancias attenuantes ora consagra na justificação.

Prins na *Sciencia*... distingue causas de justificação subjectiva que são casos de não imputabilidade e causas de justificação objec-

tiva que são legitima defesa, actos auctorisados por lei e ordenados por auctoridade ou por necessidade, alem de causas que são attenuantes.

Liszt no *Direito*... reconhece não como justificação do crime, mas como acto legal a legitima defesa, desde que realise as exigencias da lei, a extrema necessidade (*necessitas non habet legem*) que define como a situação de perigo actual para a vida ou para a integridade do corpo e que só pode ser removida pela lesão de interesses licitos de outrem, alem do dever do cargo, do cumprimento de ordem superior e outros casos mais duvidosos ainda.

Para mim a justificação não é do crime que não existe desde que ella se produz, é do acto practicado por motivo justo, para excluir a idea do crime, pois desde que não ha punição não ha crime; e é determinada por tudo que força o homem bom e sociavel á practica desses actos prohibidos pela lei, como a legitima defesa, e a extrema necessidade.

A justificação é a incidencia do auctor dum acto lesivo numa situação antagonica á do crime, pela falta de liberdade exterior... Sem liberdade exterior ou sem ausencia de constrangimento irresistivel não ha crime, não obstante haver dolo, isto é, intenção e volição criminosa, e ser o sujeito responsavel, no caso d'uma lesão prohibida com pena, porque o individuo conhece o que faz e quer a lesão ou resultado criminoso mas por força desse constrangimento irresistivel.

E' o que se denomina mal dizendo crime justificavel, quando devera dizer acto justificavel, e onde se encontram duas ordens de cons-

trangimento: uma objectiva consistente numa offensa que si o individuo não repelle por outra succumbe, que é a legitima defesa, propria ou alheia, cujo limite fixado é ser necessaria e moderada, contra aggressão actual e extemporanea mas só no caso da voluntaria porque nos de reflexa e instinctiva nada se pode prefixar; e outra subjectiva, consistente em influencias irresistiveis de certos factos que são ordem de lei, commando de auctoridade superior, determinação de superior hierarchico, ou domestico ou parental sobre tudo.

Deixar-se matar ou ver pessoa cara ser morta por outrem, ou mesmo qualquer pessoa desde que a testemunha tenha a varonilidade perfeita não é para o homem que no momento do perigo sente a necessidade diabolica da conservação. Deixar-se morrer para não lesar a outrem, ainda que esta lesão seja a propria morte, é só para os heroes que entre as innumeras manifestações de seus desapêgos as cousas da vida, ou de suas bravuras espantosas, tambem se deixam matar como Socrãtes insultando ao tribunal dos heliastes e Cicero, pondo a cabeça fora da portinhola do carro para ser cortada; mas para o homem commum e da nossa epocha de garantias sociaes não, o instincto de conservação empina-se e age como na defesa.

E' um ponto em que a escola positiva, representada em Ferri teve uma idea feliz, a do motivo determinante, (na parte do motivo social) a que o agente não podia deixar de obedecer, como são o perigo da vida na legitima defesa, e na extrema necessidade, a concepção do dever na execução da lei, do direito no ex-

exercício do mesmo, de ambos no exercício do cargo publico, nos actos auctorizados pela lei e ordenados pela auctoridade ou necessidade, e a violencia dos sentimentos de submissão na obediencia a que accresce o ponto de honra, mixto de orgulho e altivez, desde os cavalleiros da idade media, até ao serviço militar da actualidade, que d'esses fócios mesmo irradiam para a generalidade dos homens, desde a antiguidade em que os defensores das Termopylas gregas não tinham outro mobil e ainda mais os romanos deram prova disto, até a actualidade em que a mocidade principalmente é educada nessa escola de bravuras.

3) *Variações do crime*

As variações do crime que são também da pena porque umas accarretam outras, começaram na escola classica por uma theoria das circumstancias aggravantes e attenuantes, que são determinadas ora pela importancia do dever violado, com os franceses, ora pelo damno produzido no crime, com os italianos, e tornaram-se na escola positiva uma cousa mais fluctuante ainda que ora é a temibilidade de delinquente, suggerida por Garofalo em 1880 no *Criterio positivo da penalidade*, e cujo grau determinará o da pena, accrescentando na *Criminologia*, pelo menos quanto á pena, um complemento que é a inadaptabilidade do mesmo criminoso; ora é uma duplicidade de criterios segundo Ferri. *Sociologia criminal* começando pelas classes de criminosos, cada qual é um

exponente da criminalidade das quaes arredado o criminoso louco, que doente não pode concorrer com os sãos, fica o criminoso nato como a ultima potencia do crime logo acompanhado pelo habitual, e o criminoso passional como a primeira potencia, de crime tão insignificante a seus olhos, bem como aos de Lombroso que os elogia mas contra o voto de Garofalo estando de permeio o criminoso occasional, punivel de reparação como o passional mas tambem de repressão; e acabando pelos motivos determinantes, aqui antesociaes, porque os sociaes são casos occultos, disfarçados de justificação do crime que a escola não se dignou tractar. A vista de tanta oscillação, sem um ponto fixo, de partida e de repouso para as cogitações sobre a materia a escola critica, ainda que umas vezes admitta a temibilidade com Alimena, e outras mesmo os motivos antesociaes com Colajanni, é até mesmo certo aspecto das classes de criminosos, pelo menos o *maximum* e o *minimum*, tendo de permeio o *medium*, com Prins professa geralmente a theoria classica das circumstancias aggravantes e attenuantes, mais ou menos systematisadas.

Alimena nos *Principios do direito penal* enumera entre as circumstancias que chama escusantes, que são as classicas attenuantes porque diminuem a pena, a semienfermidade da mente, a suggestão, o surdo mutismo, a cegueira, a embriaguez, a idade, o sexo fraco os excessos na execução da lei, na obediencia hierarchica, na legitima defesa, no estado de necessidade, nos affectos, emoções e paixões, nos motivos de conducta no impeto da ira ou de intensa dor por injusta provocação; e nas cir-

circumstancias aggravantes, a maior intensidade do dolo na premeditação, a maior intensidade da culpa na temeridade, e outras determinadas pela pessoa ou cousa, que é o objecto do delicto, pelo meio, modo, tempo e lugar, e pela repetição do crime, reincidencia, habito e profissão.

Prins distingue circumstancias attenuantes que são subjectivas e mitigam a responsabilidade, das excusas legais pela pouca idade e surdo mutismo, velhice, cegueira, e circumstancias aggravantes (reincidencia).

Liszt no *Direito penal allemão* diz que a relatividade penal, pode consistir: 1) em fixar o legislador o maximo e o minimo, deixando ao juiz a escolha entre os limites; 2) ou deixar ao juiz a escolha entre dois ou mais generos de penas. Em ambos os casos a escolha do juiz será determinada pela aggravação pela reincidencia, lucro do crime, emprego de armas etc. e pela attenuação no caso de adolescencia, de tentativa, de cumplicidade por assistencia, alem da provocação e outras circumstancias attenuantes francesas determinadas então pela severidade das penas.

Existem porem razões para se fazer escolha entre essas theorias.

Primeira cousa a notar-se é a divergencia das classificações dos criminosos: natos, loucos, habituaes, occasionaes e passionaes para Ferri, todos menos os habituaes que fazem parte dos occasionaes para Lombroso, e ao contrario assassinos, violentos e ladrões e quiçá dissolutos para Garofalo. Alem disto a benignidade dispensada por Ferri (e Lombroso) aos criminosos passionaes que este mesmo re-

conhece ter fundo epileptico como o criminoso nato e aquelle ter elle uma predisposição para o delicto como o outro e o occasional, só porque em geral são matadores das mulheres que esses auctores levados pela hereditariedade da barbaria ainda reputam seres inferiores, quando ao contrario são os superiores, pelo menos na materia dos sentimentos que ensinaram ao homem aprendendo de moto proprio na escola da familia, é uma cousa repellenta por odiosa, cruel, injusta, indigna do homem moderno, justo apreciador do valor de tudo.

Segunda rasão contraria ás soluções da escola positiva é a ligação da temibilidade de Garofalo ás classes de criminosos tanto que é assim que Ferri a incorpora ás suas ideas, de modo que não se sabe em quem se acredite, se em Ferri, na maior temibilidade dos criminosos natos, depois na dos loucos, depois na dos habituaes, depois na dos occasionaes e afinal na menor dos passionaes, si em Garofalo na maior temibilidade de qualquer classe assassino, violento, ladrão e depois que o criminoso está em punição nas casas da justiça, si na maior temibilidade dos inadaptados e menor dos adaptados, quando a adaptação ahi pode ser uma consequencia do character humilde, fraco, submisso, disfarçado, hypocrita, resignado, calculador e a inadaptação ao contrario o effeito duma indole altiva, independente, forte, intransigente, que leve até ao heroismo as manifestações de resistencia ás compressões disciplinares ou outras mal entendidas.

Depois como determinar essa temibilidade seductora de Garofalo? E' nas circumstancias objectivas do crime, diz o auctor, como damno

produzido, modo de execução do crime e nas circumstancias subjectivas, reveladoras da audacia e crueldade, que se conhece a temibilidade e a inadaptabilidade. Ora isso é comprar ferro ao ferreiro quando este já o obteve do industrial que o extrahiu da mina. Melhor é ficar nessas circumstancias aggravantes e atenuantes que tambem são as reveladoras dos motivos antesociaes de Ferri, e dizer quando as aggravantes sobrecarregam o criminoso que elle foi reputado temivel etc.

Sahe fóra do meu programma esmerilhar as classificações das circumstancias aggravantes e atenuantes porque não são objectos de questão e meu fito é unicamente pesquisar a verdade nos pontos em que está baralhada, sem pretensão a escrever um tractado de direito criminal.

4) Naturalidade, factores e evolução

A materia escapou inteiramente ás pesquisas da escola classica, notando-se apenas, como noticia Ferri umas referencias de Bentham a circumstancias que devem ser levadas em conta na legislação, como a saude, a molestia, a raça, a idade, o temperamento, a força, a educação, a cultura, a religião e o governo.

Foi a escola anthropologica ou melhor positiva porque Garofalo pôe se fóra da anthropologia, que culta como é desde o seu iniciador, Lombroso, levou para o estudo do direito criminal a orientação geral da sociologia, suggerida por Hippocrates, repetida por Bodin,

Vico, Herder, Pagano, Carlo Comte, Filangieri e sobretudo Montesquieu, Comte, Spencer e muitos outros da actualidade, como Quelelet, Greef, Maury, Guerry, Wagner, Taine, Quinet, Le Bon etc.

Garofalo em sua *Criminologia* põe-se mesmo num ponto de vista ultranaturalista, reputando o «crime um phenomeno natural universal a que deve corresponder um codigo penal tambem universal», quando a humanidade se distribue em grupos diferenciados por tantas cousas, entre as quaes está o interesse que os faz inimigos sempre armados para a prompta defesa e mesmo para o ataque facil; mas na questão dos factores que é a outra que o preoccupa sahiu-se logicamente reputando o criminoso um homem normal na especie humana e anomalo moral em relação á civilisação, de natureza congenita e hereditaria, sendo muitas vezes tambem um anomalo physico, de typo physiognomico, um degenerado por factores hereditarios ou mesologicos, mas sobre que não agem as causas sociaes, porque as difficuldades economicas existem em todas as classes e a estatistica mostra que o pobre não é mais criminoso que o confortado.

Lombroso no *Homem delinquente* 1876, collocou-se num ponto de vista perfeitamente naturalistico, affirmando que o crime é um phenomeno regular como o nascimento e a morte, mas exaggerou-o por sua vez, dando-lhe por germens os mecanismos das plantas insectivoras, que diz desenvolverem-se nos animaes por força da lucta pela vida (!), d'onde passou aos selvagens como regra e destes aos civilisados como excepção; e incoherentemente, depois de

approximar-se da verdade com a caracterisação do criminoso pela selvageria, reputa a perpetuação hereditaria de toda essa corrente natural, como um phenomeno pathologico, ao principio epilepsia e depois esta em concurso com a loucura moral, ladeadas ambas de atavismo, manifestas todas no typo anthropologico do criminoso nato e mesmo no passional, em parte, caracterisado principalmente o primeiro pela tendencia natural ao delicto; e ainda mais incoherentemente dá-lhe por factores no *Incremento do delicto na Italia* 1879 quasi todos os phenomenos sociaes, internacionalismo, associações, especialmente camorra, armas, alcoolismo, miseria, educação, instrucção, alem de influencias pessoaes de jurys, peritos, advogados, jornalistas, theoreticos, pretores e consequencias de certas instituções como appellações, direito de graça, carceres, pouco uso da pena de morte e ao contrario muito de penas desmoralisadoras, como a reprehensão o domicilio coacto, a liberdade provisoria; e só em 1899 no *Crime, Causas e Remedios*, accrescenta aos factores sociaes, os cosmicos, meteoros, climas (estações, meses, calores), geographicos (terrenos palustres etc), e os biologicos, como a raça (semita, judeu, bohemio, grego na Italia, na França etc), sexo, idade, hereditariedade, estado civil, a que faz seguir outros factores sociaes ainda, como densidade da população (imigração, emigração), alimentação, rebellões politicas, uso do tabaco, da morphina do *chanvre* (canhamo) e até da barbaria e civilisação, educação, religião, imitação, proseguindo ahi mesmo a idea do crime ser um phenomeno morbido epilepsia e loucura moral ladea-

das de atavismo, como si os phenomenos sociaes, os individuos e as instituições entrassem na etiologia das molestias, quando elle mesmo diz «que os mais terriveis crimes tem seu ponto de partida atavico nos instinctos animaes, de que a infancia nos dá um pallido reflexo, e que recalçados no homem civilisado, pela educação, pelo meio, pelo temôr da pena, repululam de repente, no criminoso nato, sem causa, ou sob a influencia de certas circumstancias como as molestias, os meteoros, a embriaguez erotica, o arrastamento da multidão. Insiste porem pela caracterisação dos criminosos (menos os occasionaes apenas) pelo atavismo e epilepsia.

A epilepsia dará aos criminosos natos asymetria exaggerada e capacidade, ora muito grande, ora muito pequena do craneo e do rosto, traços de meningite, fronte hydrocephalica, osycephalica, acrocephalia, depressões cranianas, osteophites numerosas synosthoses precoces, asymetrias thoracicas, canicie e calvicie tardias, rugas anormaes e precoces, thorax em funil, alterações de reflexos, desigualdade das pupillas, scotomas periphericos do campo visual que não existem nos selvagens, alterações do ouvido, do gosto, e do odorato, ergographia... paixão pelos animaes, precocidade sexual, amnesias, vertigens, complicações maniacas e paranoicas; aos criminosos passionaes excessos, impulsividade, instantaneidade dos accessos, amnesia frequente; e aos criminaloides maior proporção de anomalias absolutamente morbidas, dependentes do abuso das bebidas alcoolicas, como atheromas, paresias, cicatrizes, porem menor numero de anomalias psychicas

como do cynismo, da paixão por fazer o mal pelo mal, confessando facilmente o crime, não obstante ser mais lascivo e precoce menos encanecido e calvo e a impulsividade epileptoide que o faz cahir sem occasião que é a que em geral porem o leva ao crime, não falta absolutamente nelle, de modo que o criminaloide é uma attenuação, não uma variedade da especie... distinguindo-se quando habituaes por menores caractéres physicos; dará ainda aos criminosos loucos, cephalea, atheromas, allucinações, delirios, tendencias impulsivas obscenas e crueis, de modo que são um exagero da epilepsia, manifestos nesses caracteres como são outros exageros da mesma epilepsia o hysterico, o alcoolico, o monomano, homicida, o dipsomano, o pyromano, o cleptomano, o louco transitorio; e até influe no mattoide que já é tão affastado por sua calma habitual, pela ausencia de caracteres de degenerescencia e hereditariedade. Só não influe a epilepsia nos criminosos occasionaes, que não buscam a occasião do crime mas que por ella são arrastados cahindo nas malhas do codigo por muito pequenos incidentes... de modo que não deveriam ser chamados criminosos conforme Garofalo, e em seguida deve ter a menor punibilidade, ao contrario de Ferri que é mais sympathico aos passionaes. Lombroso entretanto, não obstante caracterisar pela epilepsia os criminosos passionaes os tem em grande conta, dizendo que elles formam o maior contraste com o criminoso nato, pelas linhas harmonicas do corpo, belleza d'alma excesso da sensibilidade e da affectividade, do mesmo modo que pelo mobil do crime, sempre

nobre e poderoso, como o amor e a politica; ao passo que é caustico com os criminaloides politicos, latentes e poderosos, diz elle, que nossa sociedade venera muitas vezes como seus chefes tendo do criminoso nato todos os caracteres, mas tendo um derivativo tão grande em sua posição poderosa, que não lhes permite manifestar-se, a não ser na familia, de que elles são o flagello, ou no paiz mesmo quando sua impudente energia, secundada pela cobardia e ignorancia da maioria, ou por tristes condições politicas, lhes permittem collocar-se a frente dum povo, que só muito tarde conhece a sua natureza criminosa.

O atavismo por sua vez da aos criminosos que são natos pouco pello, fraça capacidade craneana, fronte fugidiça, seios frontaes muito desenvolvidos, os wormiens mais frequentes, synstoses precoces; linha arqueada do temporal saliente, suturas simples, ossos craneanos mais espessos, mandibulas e zygomias enormes, pragnathismo, obliquidade das orbitas, peile pouco pigmentada, cabello espesso e carapinha (tonffue e crepue), orelhas volumosas, anomalas appendice lemuriano, diasthema dentario, grande agilidade, e acuidade visual, ao passo tem obtusidade do tacto e da dôr e das affeições, disvulnerabilidade, prazeres sexuaes precoces, maior analogia dos dois sexos, menor corrigibilidade da mulher (Spencer), preguiça, ausencia de remorso, impulsividade, excitabilidade physico psychica, e sobre tudo imprevidencia que assemelha-se algumas vezes á coragem que quando existe alterna com a cobardia, vaidade, paixão pelo jôgo e pelas bebidas alcoolicas, violencia e fugacidade das pai-

xões, superstição, susceptibilidade exagerada da propria personalidade, e mesmo a concepção relativa da divindade e da moral... falta de sentimento de piedade, de probidade e de pudôr, segundo Garofalo. Conclue que a epilepsia funde-se com o atavismo, como estados primitivos ambos, e como as rugas dos hottentotes, vem dos simios, os amores homosexuaes, dos molluscos etc, exagerando seu naturalismo ao ponto de admittir a *symbiose* já vegetal onde as leguminosas são ricas em azotos pelos schizomicetos das raizes etc, dizendo que os *dicterions* creados por Solon detiveram o numero crescente das violações em Athenas o que fez o povo render-lhe uma gratidão eterna; a pirataria dos anglo saxões foi a origem da frota deste paiz; as mafias e camorras de Napoles e Sicilia livraram a plebe do ataque dos outros bandidos; os solteadores da Sardenha, Corsega e Sicilia chefiaram suas revoltas como os *cleptes* da Grecia; os salteadores e contrabandistas franceses associados em armadas permittiram a Luiz XIV ter o monopolio do sal. E' uma verdade que o crime tem muitas vezes sido util e todos os despotismos tão glorificados pelos auctores retrogrados, de que se poderia dizer como Alvares de Azevedo "almas descerentes do sonhar primeiro, venderiam o beijo derradeiro (que é a liberdade) da virgem que os amou (o constitucionalismo), não deixam de ser crimes uteis; mas por força das outras criminalidades desses tempos lugubres, tudo o que não é admissivel hoje que o homem attingiu o sôlho da consciencia, a respeito de tudo.

Ferri na *Sociologia criminal* 1892, collabora com Lombroso na idea da naturalidade do

delicto, sem cahir no ultranaturalismo de Garofalo que combate, e depois de caracterisar o criminoso nato como um doente a exemplo do mestre mas de molestia differente, uma nevrose criminal, cujo fundo porem a predisposição para o crime é commum ás outras classes que não são nervroticas (!), os passionaes e os occasionaes, surge com a mesma idea delle do crime ter factores sociaes que são a densidade da população, o estado da opinião publica, e da constituição da familia o systema de educação, a produção industrial, a organização economica, e politica, a da administração, publica, da justiça, da policia judiciaria, e em fim o systema legislativo, civil e penal em geral; alem dos factores cosmicos que são o clima, o solo, as estações, os dias e noites, a temperatura, as condições atmosphericas, a produção agricola; e tambem dos factores biologicos, que são a constituição organica (sensibilidade e actividade reflexa), a constituição psychica anomalia da intelligencia e dos sentimentos e sobretudo o senso moral, a litteratura e o patoá dos criminosos e caracteres pessoaes (raça, sexo, idade, estado civil, profissão, domicilio, classe, instrucção, educação; e disserta sobre uma idea nova, a evolução do crime, dizendo que todo progresso num sentido é acompanhado de recuo noutro sentido, de modo que (com Messedaglia) cada civilização tem sua criminalidade propria, e que sua evolução é a passagem das formas materiaes da violencia ás formas intellectuaes da astucia, e da fraude, onde os delictos sangrentos raream e os furtos indirectos augmentam; mas tudo isto sem a estabilidade rigorosa que Quetelet suppoz.

¶ Especificando essa evolução, affirma que o crime augmenta sempre no Mexico e no nosso Brasil, augmenta nuns e diminue noutros Estados dos norte-americanos. No mais está um tanto embaralhado nas suas ideas: 1) Estado relativamente estacionario dos delictos graves contra a propriedade, ao mesmo tempo que o augmento constante dos delictos menores, na França, Inglaterra, Belgica, Allemanha, Irlanda. 2) Crimes contra a propriedade diminuem na França, Belgica, Inglaterra, Russia, e augmentam pouco na Allemanha. (Qual dos dois principios é verdadeiro?) 3) Estado ainda estacionario na França e Belgica e augmento na Inglaterra e mais ainda na Allemanha dos crimes graves contra as pessoas. 4) Augmento muito grande na França e menor na Inglaterra dos crimes leves contra as pessoas. 5) A criminalidade grave augmenta pouco (e Allemanha e Inglaterra?) e a pequena delinquencia muito. (e Inglaterra?).

A naturalidade não só do delicto como do delinquente, chega ao seu auge com o anatomista Albrecht, sustentando no Congresso de anthropologia de Roma, que todos os delinquentes representam a vida normal da natureza que em todo o lugar é morte e roubo, por suas tendencias, habitos e muitas vezes caractéres organicos do mundo animal, enquanto que a conducta do homem honesto deve ser tida como excepção e em seguida uma anomalia na ordem natural; e por Bonfigli que na *Historia natural do delicto* chegou a conclusão que não existem acções delictuosas por si mesmas, que sejam naturalmente taes, pois que são todas destinadas a satisfazer necessidades phisicas, a

violação correspondendo á necessidade de re-produção, o roubo á de nutrição, o assassinato á eliminação da concorrência etc.

A escola critica, chamando-se com Prins sociologica e dizendo-se originaria de Montesquieu que assignalou a influencia do meio, de Taine (que systematisou essa influencia em combinação do clima, da raça e do momento!), e sobretudo do belga Quetelet que na *Physica social*, mostrou em 1869, a constancia da inclinação ao crime, a regularidade da curva da criminalidade e acção sobre a mesma dos factos economicos e dos phenomenos naturaes, como as estações e o clima, estabelece com o mesmo auctor na *Sciencia penal e o direito positivo* 1899, que ha uma tendencia ao crime, uma impulsão instinctiva, manifesta em condições pessoas de idade, character, temperamento, disposições pessoas, que em um meio social normal, favoravel á saúde não produz estragos, mas num meio malsão, que é terreno propicio, se desenvolve: que esses dois factores, a impulsão e o meio se alteram com o tempo, produzindo transformações incessantes da criminalidade, de modo que cada civilização reage sobre seu genero de criminalidade: na India o roubo dos metaes, a insolencia dum sudra, no Egypto, a morte dum gato, a alimentação prohibida, são crimes punidos de morte; em Sparta ao contrario, o infanticidio e o aborto, como em Athenas a pederastia e a pirataria, eram factos tolerados. A lenda antiga glorifica Agamemnon sacrificando Iphigenia ou Abrahão sacrificando Isac. O augmento da criminalidade actual é devido antes de tudo ao enorme desenvolvimento das cidades, despoando os cam-

pos e attrahindo as energias para o mal como para o bem; a população urbana transbordou, e formou um proletariado que vive entregue á todas as fluctuações economicas e fornecendo á vagabundagem e á criminalidade um terreno propicio. Em seguida são para notar-se, os appetites enormes despertados na sociedade, a sensualidade excitada pelo desenvolvimento das riquezas, a avidêz, o gosto e a facilidade das especulações, o contraste entre o luxo e a pobreza, as necessidades inevitaveis do *struggle forlife*, em face da concentração dos capitaes...

Liszt no *Direito penal allemão 1811* labora nas mesmas ideas que parecem ter delle partido, affirmando que todo crime resulta de dois grupos de condições: 1) a natureza individual do delinquente, sua indole, ou disposições arraigadas, manifestas em rudeza brutal, crueldade destituída de toda sensibilidade, estúpido fanatismo, descudosa leviandade, invencível repugnancia ao trabalho, desregrada sensualidade que levam o agente por numerosas phases de transição a situações indubitavelmente psychopaticas, que constituem o crime por estado, que os positivistas reduzem a crime biologico, com um só typo anthropologico quando não ha um typo mas só existem atypias (desvios do typo normal), mas que são apenas *disposições criminosas*; 2) relações ou condições exteriores, sociaes e especialmente económicas que o cercam o attrahem, satisfazendo a sua indole, e produzindo a criminalidade por estado, ou chronica que pode tornar-se habitual, e mesmo profissional; ao lado da qual se deve reconhecer a criminalidade sem estado, ou aguda, dos criminosos chamados de occa-

sião, que são ora arrebatados por uma excitação repentina e apaixonada ora agem sob a pressão de uma oppressiva necessidade, tornando-se o crime episodio da sua vida, isolado e amargamente lamentado.

Alimena nos *Limites e modificações da imputabilidade* 1894, chega ao mesmo resultado, estabelecendo que em vez dum typo criminoso existe apenas a predisposição para o crime num homem com uma indole propria, predisposto pelas multiplas condições organicas especialmente pela degeneração, e quasi sempre completo ou formado pelo meio, sem que se distingua no ponto de vista physico e morphologico de qualquer outro degenerado, de modo que não é uma especie do genero humano, como tambem não existe o homem verdadeira e completamente normal, como querem os anthropologistas e que é uma abstracção, uma especie do homem medio de Quetelet; e proségue mostrando o predominio dos factores sociaes sobre os mais, physicos e vitaes, que agem por intermedio delles pois na evolução humana elles tendem sempre a se tornar mais prevalectentes em todos os phenomenos, *inclusi-ve* os delictos; e o predominio crescente das causas sociaes tende a vencer as causas physicas, a substituil-as; ou o que é o mesmo, os factores physicos tendem a se tornar factores sociaes, e os factores biologicos a se conciliarem com os sociaes, porque a criminalidade varia em diversas regiões e no mesmo tempo, como varia em diversos tempøs e na mesma região, e sobretudo augmentam do norte ao sul da Italia e Hespanha, do sul ao norte da Inglaterra, do oeste a este da Allemanha, e em tor-

no dos grandes centros na França; podendo-se apenas ligar a indole dos povos e o genio das nações á terra e ao clima.

Para mim o crime é um phenomeno natural, não pela rasão de Albrecht, de ser o criminoso uma normalidade biologica, reproductora das tendencias, habitos e mesmo caracteres organicos dos animaes, ao contrario do homem honesto que é uma excepção e assim uma anomalia, porque o homem vive em sociedade e não em plena animalidade e em seguida sujeito ás circumstancias da mesma que para subsistir comprime as tendencias da animalidade, prohibindo actos que essas tendencias realisam naturalmente, como a polygamia e mesmo a promiscuidade porque sem a monogamia não ha amor conjugal, fonte da vida de sacrificios da familia, surgindo em seu logar o adulterio e mais formas dissolutas, incompativeis com o ciúme e o sentimento da dignidade que a civilisação gerou, alem dos perniciosos effectos do desamôr, que refluem funestamente sobre os filhos, em todos os sentidos na incertesa da paternidade, no mau exemplo a seguir etc; tambem não pela rasão de Durkheim de ser o homem uma normalidade constante, cujo delicto é um factor da saude publica, uma parte integrante de toda sociedade sã, porque á vista do progresso effectuado na parte civilisada este normal biologico que se chama criminoso nato torna-se um anormal sociologico, um ser que é incompativel com a sociedade por esse delicto que justamente a mutila, estraga, embaraça, irregularisa, ainda que tenha consequencias beneficas de desviar o crime de outros centros, como os *dieterions* de Solon, ou de dar ao ho-

mem uma audacia conveniente a marinha como as piratarias fizeram; mas pela rasão de Lombroso, de ser um producto de factores naturaes, e de Ferri, de ter, alem dessa produção natural, uma evolução consequente, tambem natural; não procedendo a rasão exagerada de Garofalo, de phenomeno universal a que deve corresponder um codigo tambem universal, porque a humanidade tem muitos phenomenos communs, todos os quaes se differenciam pelas condições de vida e pelas tradições a tal ponto que parecem cousas antagonicas, agremiadas em torno de cada nacionalidade, associadas umas com as outras ao modo dos tibbus que se cumprimentam de lança em riste, sob o manto; nem o exagero contrario de Bonfigli, que os actos criminosos são acções naturaes, destinadas a satisfação das necessidades physicas, onde o roubo responde á necessidade de nutrição, a violação á de reproducção, e o assassinato á de eliminação dos concorrentes á lucta pela vida, e cuja criminalidade resulta exclusivamente da interdicção pela lei, paradoxos semelhantes ao de Montaigne que o animal é superior ao homem. O criminoso nato, disse-o bem Garofalo é um anomalo em relação ás civilisações não obstante ser um normal quanto aos seus iguaes; e seu crime deve participar de sua natureza, é uma anomalia para a sociedade civilisada mas uma normalidade para os criminosos, selvagens ou barbaros que se conservaram até hoje, ao lado dos civilisados, obedecendo as leis naturaes, cada um a seu modo como ao lado dos herbivoros de costumes doces vivem os carnivoros que não se toleram quando de adaptação a adaptação e de

selecção á selecção chegaram á feresa característica que os isola, como são os leões e os tigres.

Quanto aos factores, desde que o crime é um acto do criminoso nato, é preciso distinguir o factor originario que será o criminoso, do factor occasional, que lhe da o momento de agir, alem dos factores que actuam ao mesmo tempo sobre o criminoso e o crime.

Os factores da criminalidade nata são a animalidade primitiva que a gerou e a hereditariedade que a conserva, alem da adaptação do individuo, como nas emancipações occorridas entre os selvagens, pelo triumpho alcançado sobre um inimigo, constante de tropheus de cabeças decepadas entre os papuas, por exemplo, alem da selecção correspondente, da chefia confiada ao individuo que attinge o *maximum* da perversidade referida, origem desta sêde de sangue dos chefes dahomeyanos, nas hecatombes horriveis que deixam um valle da cidade cheio de destroços humanos de que os urubus de nova especie diliciam seu olfacto, como occorreu tambem no Peru. Este phenomeno transformou-se apenas nos povos barbaros, galgando-se em muitos Estados o poder pelo assassinato e nelle se firmando o criminoso pelo esbanjamento das rendas e liberalidade dos cargos publicos pelos camaradas, ao mesmo tempo que para os adversarios se institue o regimen do terror, como está occorrendo no Mexico, que invetéra cada vez mais a criminalidade nata, já de si favorecida pelo character sporadico da civilisação e pelo retardamento da evolução sentimental.

Os factores que agem ainda sobre o crimi-

noso, conservando a crimosidade nata, eliminando muitas vezes sentimentos bons que já apontaram em indivíduos que por força de hereditariedades contrarias (hybridismo de Lombroso), conservam ao lado desses sentimentos bons outros maus, antigas perversidades; ou despertando de novo essas perversidades em quem por força de bons cruzamentos successivos e outras influencias da civilisação, já chegou ao estado de inercia sentimental esses factores são alguns dos inumerados por Lombroso, associações de malfeitores, jôgo, ocio, (e tambem por Ferri), alcoolismo, miseria, uso de armas, ignorancia, com a plethora da riqueza e da instrucção pelo primeiro e por Garofalo.

A miseria é defendida por Garofalo, com louvaveis intuitos, e consôlo dessa infeliz maioria humana, mas com razões impropedentes, das difficuldades economicas existirem em todas as classes e duma cousa que elle chamou prova estatistica, e consistiu em separar o que lhe pareceu crime de pobre do que suppôz crime de rico, cuja rasão é de 88 para 12 ao mesmo tempo que na taboa da populaçãõ os pobres estão para os ricos como 99 para 10 donde concluir que os proletarios não dão maior contingente á criminalidade. Melhor é confessar que a estatistica ainda não dá meios para resolver este problema que a observaçãõ geral resolve de modo contrario. Ferri ao contrario põe entre os honestos e os indifferentes a estes sentimentos, os deshonestos, da mais baixa classe social, sem educaçãõ e sem recursos, em plena miseria material e moral na condiçãõ primitiva duma terrivel lucta pela vida, le-

gando aos descendentes um estado de selvageria, e dando assim o maior contingente dos criminosos natos, onde não podem entrar a travez da miseria material, moral e intellectual, as concepções ideaes, do honesto, nem mesmo as do interesse pessoal, segundo o qual em fim de contas a virtude é sempre o que há de mais util; e cuja miseria e fadiga constituem as condições sociaes do seu alcoolismo, como a ociosidade e a lucta febril pela riqueza são as condições do mesmo alcoolismo nos indifferentes á honestidade; e tem por expressão geral a vagabundagem cujo cacacter permanente é a falta de meios de subsistencia aliada á factores anthropologicos que são a neurasthenia e a psychasthenia que causam repugnancia invencível por qualquer trabalho methodico e que podem chegar ao automatismo ambulatorio, alem dos factores physicos da facilidade da alimentação pelo clima doce e dos factores sociaes da falta de trabalho assegurado a todo homem adulto e são.

Quanto a instrução Lombroso cita Seymour que diz ser uma potencia o conhecimento e não uma virtude, podendo servir tanto ao bem como ao mal e deriva da educação classica que venera a forma das obras primas até ao fetichismo, a adoração da violencia que foi o ponto de partida de todos os nossos rebeldes, de Colo de Rienzi á Robespierre, impregnados todos da glorificação da força, desde a apothese de Codrus até ao *urrah* dos clericos ao golpe de punhal de Ravailac; mas reconhece que ha uma instrução benefica adquirida como diz Taine ao contacto das cousas, no laboratorio, na usina, no tribunal, no hospital,

como se faz na Inglaterra. Rumelin cit. por Ferri, entende, ao contrario que a cultura intellectual só pode auxiliar á moralidade das massas, por uma influencia indirecta, sustentada, desde Socrates até Buckle, porque a ignorancia é uma fonte temivel da perversidade, a que Ferri acrescenta o effeito corrector ou diminuidor da imprevidencia que no criminoso nato é o estimulante mais efficaz da criminalidade.

Alem desses factores primordiaes do criminoso e do crime existem factores secundarios nesse sentido que encontrando homem predisposto para o crime proporcionam-lhe a occasião e que são os mais enumerados por Lombroso; os individuos perniciosos para este effeito (não obstante terem valor em outros pontos de vista), os advogados, os theoreticos, os policiaes, os peritos, os jornalistas, os *agentes do patronato*; bem como as instituições equivalentes que tendem a afrouxar a repressão do delicto, os maus systemas penitenciarios, as penas insufficientes, como o domicilio coacto, a reprehensão, a liberdade provisoria; as medidas dilatadoras das repressões, como as applicações; ou mesmo frustadoras, como o direito de graça e sobre tudo o jury, essa instituição que leva a humanidade de novo ao periodo do áuello primitivo, anterior ao Estado e seo primeiro factor, o mais imperioso, pelo menos, pela convicção da impunidade de todo criminoso patrocinado pela politica, e consequente necessidade da vindicta privada para a satisfação dos brios offendidos das pessoas da victima; a que elle acrescenta os phenomenos physicos, meteoricos, climatericos (estações,

meses, calores), geographicos (terrenos palustres etc), raças, barbaria, civilisação, (imprensa etc) densidade da população, alimentação, rebeliões, tabaco, morfina etc. religião, hereditariedade, imitação, idade sexo, estado civil; e Ferrí o estado da opinião publica, que não despreza o criminoso absolvido, a constituição da familia e o systema da educação, a produção industrial, a organização economica e politica, da administração publica (da justiça e da policia judiciaria, já em Lombroso), e o systema legislativo civil e penal; e os factores physicos, o clima, a natureza do solo, as estações, a temperatura annual, as condições atmosphericas, a produção agricola, (os dias e) as noites, e por espirito de systema as anomalias já caracteres do criminoso, bem como seu sexo, idade, estado civil, raça, classe, domicilio, profissão.

Do clima disse Montesquieu no *Espirito das leis* que ha no norte pouco vicio e muita virtude, sinceridade e franquesa, no sul o afastamento da propria moral, onde as paixões mais vivas multiplicam os crimes, cada um procurando tirar dos outros a vantagem que favorece as mesmas paixões, e nos paizes temperados, a inconstancia em tudo, nos vicios como nas virtudes, parecendo que o clima não tem uma qualidade muito determinada para fixal-os; mas estatisticamente não se sabe ainda o que ha, Garofalo referindo ao sul o predominio dos homicidios e ao norte o dos furtos, e Alimena vendo augmento do norte ao sul, na Italia e Hespanha, do sul ao norte na Inglaterra e Escossia, enquanto que o augmento da-

se na França em torno dos grandes centros, e na Allemanha de oeste a este.

Da estação disse Lacassagne que a criminalidade contra pessoas tem seu *maximum* em Junho epocha em que tem o *minimum* a criminalidade contra a propriedade; ao passo que Corre diz augmentar no verão das zonas temperadas e no inverno das regiões tropicaes.

Nos elementos estatísticos apresentados por Bertillon na *Encyclopedia de hygiene...* dirigida por Jules Rochard, encontram-se dados que expressam mais ou menos a influencia do clima, por entre influencias de raças e povos. Para cada um milhão de homens, os crimes effectuados em um anno, de datas diferentes foram:

Allemanha (1882 a 1883), 17 homicídios, 1964 ferimentos, 218 attentados aos costumes 3505 roubos, (excluidas Austria e Hungria).

Inglaterra (1880 a 1884), 9 homicídios, 45 ferimentos, 26 attentados aos costumes, 2608 roubos, (excluidas Escossia e Irlanda).

Escossia (1880 a 1884), 8 homicídios, 183 ferimentos, 20 attentados aos costumes, 4236 roubos.

Irlanda de fundo celtico, (1880 a 1884), 16 homicídios, 96 ferimentos, 13 attentados aos costumes, 101 roubos.

França, cujo clima é differente, como a raça (1879 a 1883), 21 homicídios, 87 ferimentos, 141 attentados aos costumes, 1528 roubos.

Belgica (1876 á 1880), 22 homicídios, 2634 ferimentos, 280 attentados aos costumes, 1660 roubos.

Italia, cujo clima ainda é differente, como a raça, (1880 á 1884), 141 homicídios, 2288

ferimentos, 59 attentados aos costumes, 2444 roubos.

Hespanha (1883 á 1884), 48 homicidios, 270 ferimentos, 6 attentados aos costumes, 373 roubos.

Austria que tem clima correspondente a França e muitas raças em confluencia (1877 a 1881), 37 homicidios, 3494 ferimentos, 141 attentados aos costumes, 3505 roubos, (excepto a Hungria).

Hungria, de raça mongolica e slava (1876 a 1880), 116 homicidios, 520 ferimentos, 95 attentados aos costumes, 1014 roubos.

D'onde se vê que o homicidio é menor no norte, entre germanos, franceses, belgas etc, mediano na Austria mesmo na Hespanha maior na Hungria e ainda maior na Italia, que é entre esses povos o mais criminoso; ao passo que nos delictos contra a propriedade, Irlanda tem o *minimum*, vem depois a Hespanha, em seguida a França, a Hungria, a Belgica, a Italia, a Inglaterra, para chegar ao *maximum* na Alemanha e na Escossia, etc.

Quanto á evolução do crime não me satisfago com a idea de Tarde, da civilisação absorver as formas da criminalidade anterior e determinar formas proprias; nem com as de Ferri, da criminalidade soffrer uma dupla evolução morphologica que faz della o expoente caracteristico de todo periodo historico para cada grupo social, de todo progresso num sentido ser acompanhado de recuo noutro sentido, etc.

Para mim a evolução do crime tem phases determinadas pelo apparecimento ou melhor desenvolvimento dos phenomenos sociaes.

guerra e economia, religião moral e direito e quiçá esthetica e cultura. No periodo barba-ro do militarismo predominam os delictos contra a vida e a integridade e liberdade physica do homem. No periodo industrial predomi-nam os delictos contra a propriedade. A re-ligião que tudo invade cria delictos novos por ali afora, desde os do *tabu* selvagem até ao famoso index da inquisição. A moral que sur-ge com as civilisações traz delictos novos. Afi-nal o direito que se affirmou com o constitu-cionalismo dilatou tudo isto, menos a religião que eliminou e novos delictos surgiram espe-cialmente contra o Estado que elle organisou. Até a esthetica e a cultura estabelecendo phe-nomenos novos deram occasião a novos delic-tos. Só depois de tudo isto desenvolvido po-de-se pesquisar uma formula geral da evolu-ção do crime que poderá então ser a de Ferri: a criminalidade passar de mais a mais das formas materiaes da violencia ás formas in-tellectuaes da astucia e da fraude, onde os de-lictos sangrentos raream e os furtos indirec-tos da propriedade augmentam, os sangrentos tornando-se mais intellectuaes e os homicidios mesmo fraudulentos; mas é o mesmo Ferri que ora diz augmentarem os delictos graves con-tra pessoas na Inglaterra e Allemanha e esta-cionarem na França e Belgica e augmentarem muito na França e pouco na Inglaterra os pe-queños delictos contra pessoas; e ora diz es-tacionarem relativamente os delictos graves contra a propriedade e augmentarem os pe-queños na Inglaterra, Allemanha, França e Belgica, ora diz todos os delictos contra a pro-priedade augmentarem pouco na Allemanha e

diminuirem na França, Belgica, Inglaterra e Russia; e ainda augmentarem pouco delictos graves contra pessoas; na Italia, Brasil e Mexico augmentarem todos os delictos; tudo o que não justifica a sua generalisação.

Não sendo meu proposito escrever um livro de direito criminal mas estudar as grandes questões entre as escolas respectivas, aqui fico nesta questão interessante, accetando a solução da naturalista sem adhesão a essa restricção dos factores do crime aos plênomenos sociaes quando ao contrario a sociedade é mais effeito do individuo do que seu factor.

Laurindo Leão

