



A questão da pena; Theorias da punibilidade e da pena; Sua evolução; Suas classificações; Movimento humanitarista e sistemas penitenciarios; Individualisação da pena e liberação condicional; Patronato; Regimens penitenciarios.

### *Systemas de punibilidade*

A punibilidade do crime tem variado no tempo, mudando-se os processos, as provas, os crimes e as penas; mas chegou o momento da sua maior variação, trazida não pelos costumes mas pela interpretação radicalmente nova de todos os seus elementos, que é a da escola positiva.

Por menos procedente que ella seja, por mais antagonica que pareça ás tradições, foi iniciada por um homem de genio, Lombroso e collaborada por talentos de primeira ordem Ferri e Garofalo, e estudada por myriada de espiritos sadios e esforçados, que em todos os paizes civilizados, encantam-se com a innovação e cooperam na idea, esmerilhando a questão com os recursos mais consideraveis das sciencias biologicas e bastantes das psycholo-

gicas e sociologicas; e assim deve imprimir uma orientação nova ás questões que viviam entregues ás soluções quasi ingenuas da tradição.

Assim pelo systema tradicional da punibilidade punia-se o crime pela responsabilidade, excluindo-se da punição os auctores irresponsaveis, pela gravidade do delicto, punindo severamente os assassinatos etc e ligeiramente os espancamentos etc, e pelas circumstancias augmentando a pena na perversidade do agente manifesta nas circumstancias aggravantes e ao contrario reduzindo-a na falta desta perversidade manifesta em circumstancias atenuantes.

O systema revolucionario poz como primeiro lemma da punição, a natureza ou classe do criminoso, com que anda em volta um tanto obscuramente a temibilidade do criminoso pois não deriva só da classe mas tambem das circumstancias que deverão chamar aggravantes, e ainda o motivo determinante que se escapa das circumstancias' vai constituir o crime, sem attinencia com a materia especial da punição etc.

Por mais ingenuas porem que fossem as soluções da escola tradicional, desses tempos em que as sciencias ainda não se tinham elevado á altura de fornecer uma orientação scientifica ás questões penaes, é preciso reconhecer na tradição o character natural de todos os phenomenos sociaes, que não se cream d'uma vez como Minerva pela cabeça de Neptuno.

Si o Estado, si a sociedade, si a familia, si o direito em fim, ou o phenomeno que é por

elle regulado, tem uma vida que pode ser apenas melhorada por um processo de selecção artificial, a exemplo dos cruzamentos de animaes operados pela vontade do homem, isto tem um limite e não podem ser destruidos para ser reconstruidos porque tudo isto é parte ou circumstancia da vida humana, principalmente no seu aspecto psychico, que não pode ser alterado, a não ser por processo de educação, encaminhando as energias para um mais conveniente.

A consequencia é que a escola revolucionaria quando procede é que chega por processos diversos ao mesmo resultado da tradicional. Assim como a tradição ella não pune os irresponsaveis antigos, os loucos e as crianças, destinando os primeiros aos manicomios e os segundos, qualquer que seja a divergencia neste ponto ás casas de educação. O que ha é uma cousa que faz rir: o reconhecimento do facto, sem a denominação de responsabilidade que os positivistas repellem mudou-se para normalidade com Poletti, um tanto atrapalhada pela determinabilidade dos motivos em Liszt e cousas semelhantes em outros, como a normalidade dos neuronos de Grasset, etc; mas elles ainda recusam. Querem exceptuar os loucos e os menores da punição mas não querem que se diga que punem se os normaes ali comprehendidos os são e os plenamente desenvolvidos. Como se vê porem ninguem vae atraz dos cegos que não querem vêr e vão-se punindo os responsaveis.

Mesma cousa quanto á superposição da temibilidade do criminoso á gravidade do delicto

to; onde ha uma inferioridade na escola revolucionaria e o proprio Ferri reconhece que não se pode deixar de lançar a pena de accordo com a referida gravidade, ao contrario punir-se-ia de morte o furto d'um alfinete por ser perpetrado por um criminoso nato e punia-se por dias o assassinato dum homem, por ser realisado por um criminoso occasional, isto é, far-se-ia um disparate se não fosse uma crueldade que deveria ser punida. Logo antes da temibilidade do agente é preciso attender á gravidade do delicto como é tradicional. Depois essa temibilidade é o resultado da circumstancia aggravante da tradição um tanto atrapalhada pela classe de criminoso, de novo, de modo que uma vez é má e outra não, por exemplo, a superioridade em armas torna punivel o criminoso nato mas não o occasional!

O que se vê porem é que a escola naturalista, no seu afan, de combater a espiritualista, á que estava entregue a interpretação da punibilidade dos delinquentes, por falta absoluta doutra gente, nesses tempos de materialismo escasso e phenomenismo nullo, tomou a instituição social como seu producto, quando ao contrario o espiritualismo era effeito do meio, e atacou-a nas suas linhas sociaes, enquanto deveria atacar unicamente a sua interpretação espiritualista, deixando subsistir a tradição. Mais um pouco de extensão do processo ou de coherencia nos materialistas e teremos de assistir ao combate á familia porque o homem é polygamo como querem os physiologistas (Mantegazza etc) ou porque o amor ha de ser livre.... Mais outro passo adiante e assisti-

remos ainda ao combate contra o Estado já travado pelos nihilistas e anarquistas, communistas e certos socialistas.

*Theorias da pena, no seu conceito e fundamento: religiosa (expiatoria), juridica (repressiva), moral (emendadora), utilitaria (prevençtiva), repressiva (eliminatória).*

As ideias de conceito e de fundamento da pena apresentam phenomenos inversos nas escolas. Enquanto na classica o conceito pode-se considerar como uno —soffrimento infligido ao criminoso, —e as rasões ou fundamentos que dão a esta concepção são diversos, religioso, juridico, moral e utilitario, na positiva a rasão justificativa da punição é una, a defesa social, ao passo que o conceito da pena, um tanto incoherentemente, além da logica reacção contra o delicto, é também subsidiariamente o de remedio para curar o doente criminal que não é então o criminoso mas o organismo social, onde elle representa um organo gangrenado que é preciso ser extirpado.

A escola classica tem um conceito da pena que vale por todos os mais e é por isto geralmente reproduzido que é o formulado por Grotius: *malum passionis quod infligitur ab malum actionis* (mal infligido ao delinquente pelo poder social em rasão do seu delicto.)

Quando porem a escola procura justificar esse conceito ou pesquisa os chamados fundamentos da pena, que são antes as funções da

mesma, surgem divergências que costumam elegantemente distribuir em tres grupos, symbolisados pelas phrases latinas —*quid peccatum* —*ne peccetur*— e sua combinação —*quia peccatum et ne peccetur*, mas que em realidade abrangem mais duas formas uma que se pode representar por *ut emendatur* e outra por *quia damnatum est* que na ordem exposta são as theorias religiosa, utilitaria, mixta, moral e juridica.

A theoria religiosa justifica o mal infligido ao criminoso em expiação da sua falta para purificação d'alma, conforme á volição divina: *punitur quia peccatum est*.

Esta concepção deve ser primitiva porque a religião irrompe, entre os mais atrazados dos selvagens actuaes imprimindo aos seus phenomenos naturaes um character mystico, falseando sua interpretação e atrapalhando o seu curso natural, com as suggestões da superstição. Vemol-a consideravelmente avolumada entre os egypcios no julgamento dos mortos onde a casta sacerdotal arrogava-se a autoridade da justiça e exercia consideravel influencia sobre os reis que com medo da condemnação *post-mortem* deixavam-se governar pelos padres em vida. Segundo Liszt esta orientação influio ainda em Platão e Leibnitz que lhe deram roupagens pantheistas, tornando-se espiritualista em Protagoras, S. Coceçjii, Jarcke e Stahl. Foi a theoria dos padres da igreja catholica e reis auxiliares, nas perseguições religiosas, em que os barbaros da-idade media á moderna esquecendo a bondade a piedade e a probidade pregadas pelos marty-

res do christianismo inventaram os crimes phantasticos do atheismo, da heresia, da blasphemia, da simonia etc e com elles as penas que só os demônios do *Inferno* de Dante, lhes reservam queimando á fogueira, á oleo e á agua quente, esquarterjando, comprimindo, distendendo, como as de outras religiões tinham empalado, crucificado, arrastado etc, trucidando de mil modos a creaturas innocentes ou puras, só porque tinham a audacia de pensar, como foram Bruno, Campanella, Savonarola; Servet, etc ficando em meio o processo contra Galileu Kepler etc á exemplo do que o paganismô tinha feito com Socrates e iniciado contra Aristoteles, Protagoras, Anaxagoras, Theodoro o atheu, Diogenes de Apollonia, fugidos, ou porque tinham a coragem de reagir contra soberanos tão malvados como esses padres, o que então enche os annaes da Inquisição, o *livro negro da humanidade* onde não se contam só mortes de individuos mas de povos como aconteceu nos Paizes Baixos condemnados por Philippe II de Hespanha e executados pelos inquisidores, quando a rasão dessa ferocidade requintada do homem *civilisado*, não foi a hypocrisia dissoluta denunciada pelo historiadôr Alexandre Herculano em Portugal, para não fallar na universalisação do phenomeno em Mauricio de La Chatre.

Esta theoria porem tende a desapparecer porque a liberdade moderna vae alheando o Estado ás ligações religiosas, garantindo ao mesmo tempo aos individuos a independencia do pensamento.

A theoria juridica que indevidamente se

symbolisa no *quia peccatum* quando deve ser no *damnatum* justifica o mal infligido ao criminoso em castigo do seu crime, isto é, do soffrimento infligido a sua victima.

E tambem primitiva porque originou-se da vingança que é um sentimento animal que o homem tem desenvolvido portanto no seu estado primitivo, como o attestam os selvagens da actualidade e passou á justiça dos Estados constituidos como a antiga retribuição do mal pelo mal do talião que medio a ultima phase da vingança, tanto quanto é possível proporcionar a pena ao crime.

Parece ter essa idea apparecido com Pythagoras um tanto confusamente pelas suas theorias, religiosa da metempsychose e moral da virtude, harmonia do homem e imitação divina.

Socrates arreda-se disto fazendo a virtude consistir na sabedoria, mas Platão volta á idea pythagorica dando ás virtudes da temperança, da coragem e da rasão, por principio a sabedoria mas por unidade a justiça; e Aristoteles tambem classificando as virtudes em amizade e justiça. Zenon de Citium multiplica as virtudes, com resignação, piedade, cosmopolitismo, direito natural e justiça. Só d'ahi por diante a justiça deixa de ser uma virtude que é para Seneca a direcção da consciencia, para Marco Aurelio a resignação religiosa, para Bruno o amor, para Campanella a grandesa d'alma, para Deseartes a generosidade, para Malebrande o amor á ordem, para Spinoza a intrepidez, a generosidade e a liberdade (vi-

ver conforme á rasão) e para Leibnitz o amor ou gozo pela felicidade d'outrem.

Foi Dante que apoz Pythagoras conceituou a justiça como uma proporcionalidade; mas foi Kant que interpretou a punição, como uma retribuição á falta, sob a medida do talião, que foi eliminado por diversos Welker, Zacharise, Binding, Hepps, Wächter; Mammiani, Pessina, Guizot, Rossi, que a conceituou como a recíproca do crime mudada para estabelecimento do equilíbrio social por Loning e Herold e combinada com a theoria moral por Broglie e F. Helie.

A theoria moral que ainda indevidamente se symbolisa no *quia peccatum* quando devêra ser *ut emendatur*, pois visa a correção do criminoso, veio de Socrates e teve a collaboração accidental de Platão mas dominou em Paulo que disse *poena constituitur in emendationem hominum* e em Mancini para quem a pena restaura a ordem moral nos limites das necessidades sociaes.

A theoria utilitaria preventiva que ao contrario dá por fim a pena a prevenção do crime futuro, pela intimidação do criminoso e exemplaridade dos mais homens appareceu lateralmente é verdade com Platão e tornou-se definitiva em Aristoteles, Cicero, Seneca, Aulu Gele, Quintilianus e sobre tudo Ulpianus que disse *quod quidem faciendum est ut exemplo deterriti minus delinquant* donde veio a Beaunanoir, Ayrault, Bouteiller, Bentham, Servin, Romagnosi, Carrara, Luchini, Frenk, Schulze e Martin, segundo Liszt.

A combinação, da punição com a preven-

ção que foi realmente a idea de Platão, bem como a de Grotius não obstante seu lado contractualista, consiste em fundar a pena não só na expiação moral, como na restauração da ordem universal, dando-lhe ao mesmo tempo fins da intimidação do criminoso e da exemplaridade dos mais homens, ou simplesmente em combinar a prevenção com a retribuição como fazem Abegg, Grohmann, Henke, Trendelenburg, Geyer, Heffter Merkel, Loning, Berner, Zierbarth, Wahlberg, segundo ainda Liszt; é a justiça enquanto util. Rossi dá a utilidade social como limite a justiça; e como elle Rauter, Bertauld, Trebutien, Ortolan, Carmignani quer a utilidade moderada pela justiça e Carrara diz reintegração da tutela jurídica, não obstante ter como Rousseau, considerado a pena um meio de defesa individual que o contracto primitivo passou para o Estado, que em seguida a exerce directamente, o que porem não satisfez a Romagnosi, que viu na pena somente uma defesa indirecta ou mediata.

Alem dessas theorias existem excentricidades, de contracto do delinquente com a sociedade, originada de Aristoteles, resurgida em Grotius, e mais contractualistas, Rousseau, Beccaria, Fichte, Schopenhauer, Laistner etc, da negação do delicto pela pena, do mesmo modo que o crime é a negação do direito, d'onde resulta ser a pena reaffirmação do direito porque duas negativas valem uma affirmativa, que é a idea de Hegel; de seu character esthetico afinal que é o fundamento da pena para Herbart, etc; todas as quaes já são hoje ar-

chaicas, por ter passado a moda dessas phantasias nas sciencias, chegadas todas ao regimen do empirismo moderno; de modo que só estão de pé luctando pelo triumpho de suas veracidades as primeiras justificações da pena, as que não são aberrações das vias normaes do pensamento, ainda que aqui filiadas a uma doutrina que partiu antes do coração que da cabeça, o espiritualismo; porque fundamento é interpretação theorica da causa da punição.

A escola positiva por sua vez define a pena como um conjuncto de meios empregados pela sociedade na sua lucta contra o crime (Ferri), ou como um remedio do corpo social (Ferri ainda), reputado o criminoso um organo doente; e da-lhe como razão justificativa ora um principio harmonico com o primeiro fundamento, a defesa social, suggerida lateralmente por Aristoteles, e reproduzido por Beccaria, como directa e pelo Romagnosi como indirecta etc, ora um principio desharmonico com esse fundamento que é de todos os seus collaboradores, o qual é a natureza morbida do criminoso (Lombroso e Ferri), resalvada o salto pela molestia, conjuncta da sociedade.

Ferri, reputando futilidades todas essas ideas da escola classica, de castigo do criminoso por providencia divina, satisfação da vingança humana, emenda do criminoso, retribuição pela justiça, intimidação do criminoso e exemplaridade dos mais homens (prevenção), por inefficacia da punição e cousas semelhantes; e considerando a pena como um processo de reacção social em função da defesa da so-

cidade e ao mesmo tempo como um remedio dado ao organismo social que soffre com o criminoso como um grangenado com o organo apodrecido, depara-se unicamente com a eliminacão do criminoso pela pena, como se fora uma extirpacão, mas que não deve ser pela condemnação á morte, que seria a unica logica; e passando a sua orientacão therapeutica, sóbe logo á hygiene social, realisada pelas penas preventivas, que serão verdadeiros processos de preservacão social contra os crimes imminentes onde a sociedade em vez de punir o crime previne-o, como são a cunhagem da moeda metallica para o crime de moeda falsa, a pratica de medicina por mulheres para acabar os attentados ao pudor, o uso do divorcio para extinguir os uxoricidios, adulterios e bigamias etc; de modo que a pena deixa de ser um soffrimento (!!) do criminoso que a sociedade não procura, para se circumstanciar a impossibilitacão do crime pelo criminoso, e o individuo é encarcerado por toda a vida, transportado a uma colonia por igual tempo, não em castigo que se desconhece, não sabe o que é, mas para que não réproduza o facto criminoso! Ora isto é mesmo não querer ver! Porque nos crimes ligeiros procede-se ligeiramente ou encarcera-se o criminoso por pouco tempo? Será porque seu remedio é mais prompto elle fica facilmente curado, ou porque a sociedade não liga á molestia e não faz questão de receber novo ataque do seu inimigo?

Tudo isto era simplesmente ingenuo si não fosse teimoso, obstinado, resultante do propo-

sito unico de fazer systema, de innovar, de sobrepôr sua personalidade ás dos cultores da sciencia passada.

Garofalo, definindo a pena como uma reacção eliminativa, effeito socialmente necessario da acção do delicto, no que se justifica o principio *punitur quia peccatum*, porque a sociedade tem como os organismos phisicos, leis invariaveis que são condições de sua existencia, eliminação que tem por fim conservar o organismo social por extirpação dos seus membros indoneos, no que se justifica ainda o principio *ne peccatur*, da-lhe como problema distinguir os delinquentes typicos e inassimilaveis dos criminosos que são susceptiveis de adaptação, para eliminar os primeiros absolutamente e os segundos relativamente, mudando-os de meio; e em todos esses processos encontra intimidación, como acto reflexo producto da natureza das cousas, de modo que não é preciso recusar á pena toda acção preventiva, mas tambem não se deve preoccupar com isto d'um modo particular.

A questão entre as duas escolas está toda assim principalmente num ideal muito louvavel de combater as atrocidades commettidas pelas punições, baixando os Estados ao nivel de criminosos ainda mais perversos, temiveis e assim puniveis que os natos; e num ponto de vista divergente que é ora a inefficacia da pena para preservar a sociedade pela intimidación e pelo exemplo e efficacia para preservá-la pela defesa, ideas assim contradictorias; e ora a reproducção da excommunhão catholica (influencia do meio italiano) contra as no-

ções mais fundamentaes do direito, como é a idea da justiça e mesmo as da moral e da vingança, que são tão naturaes ao individuo quanto a defesa e a justiça são á sociedade, representando uma o legado animal que pelo menos até hoje vive ao lado da função de conservação e outra a aquisição humana que a sociedade sobrepoz á função animal da reprodução.

Passemos a escola critica.

Prins conceituando a pena como o soffrimento que o Estado impõe a quem violou as leis penaes e sempre realisa-se em proporção do estado economico e politico da sociedade, approxima-se da classica como tambem o faz nos caracteres da pena que deve ser pessoal, efficaz, exemplar, reformadora, reparavel, e ainda no fundamento da pena que para elle é complexo, cura dos doentes criminosos, repressão dos adultos maus, reforma dos adultos bons, emenda dos jovens; tomando aos naturalistas apenas a idea da superioridade dos meios preventivos que chama hygienicos sobre os meios repressivos, que denomina therapeuticos pois até as penas eliminatorias, a de morte de Garofalo e a de transportação de Ferri, elle combate.

Liszt, definindo a pena como um mal que por intermedio dos organs da justiça criminal, o Estado inflige ao criminoso, em rasão do delicto tambem se approxima da escola classica, o que mantem na theoria do fundamento da pena finalistica que é a prevenção dos classicos, isto é, a intimidación do criminoso mais a exemplaridade dos outros homens,

parecendo tomar á naturalistica a manutenção da ordem juridica, e portanto a conservação do Estado, bem como a consagração sem protesto da pena de morte, tudo o que entretanto já a mesma escola foi buscar na classica.

Só Alimena occupa aqui uma posição intermediaria ás duas escolas extremas, caracterizando a pena no *Direito penal*, como afflictiva, emendadora, individual, elastica, (adaptavel a todos os casos), reparavel, legal, igual (para condições identicas), certa e justa o que a aproxima da classica, dando-lhe por fundamento a defesa social nos limites da justiça, o que elle toma, como se vê a ambas as escolas, e assignando-lhe dois fins, o mediato da ameaça para exemplo de todos os homens e o immediato da segregação do delinquente para não lesar a sociedade que são o primeiro da classica e o segundo da positiva; mas neste ultimo caso mesmo elle liga-lhe o fim da emenda do criminoso.

Mesmo processo em Saleilles que define a pena, politica de defesa social adaptada á justiça... que deixou de ser um mal por um mal, tornando-se um meio para o bem.

O ecletismo de Alimena porem precisa ser mais estudado. Nos *Limites e modificadores da imputabilidade* elle funde a defesa social com a responsabilidade individual ou moral: "A penalidade é uma defesa social realisada mediante a coacção social, ficando na consciencia individual o sentimento desta coacção. A responsabilidade moral (imputabilidade) é assim o aspecto interno da responsabilidade social que tem os proprios irresponsaveis

moraes, com a differença apenas dos irresponsaveis moraes não terem a capacidade de sentir a coacção psychologica. Em seguida restringe (illogicamente) a punição aos responsaveis moraes (criminosos occasionaes, passionaes e habituaes), ficando aos mais apenas a applicação da defesa social porque são responsaveis e a responsabilidade não é attenuada pela semiloucura". Donde se vê que era melhor não ter admittido responsabilidade (social) do irresponsavel (moralmente).

"A defesa social, continua Alimena, differere dos outros meios de defesa social, em não agir como força material mas como determinante moral, na consciencia... pela ameaça que faz dum mal", de modo que a eliminação do louco nada tem que ver com a função juridica propriamente dicta que tem por objecto homens capazes de sentir a influencia dos motivos determinantes. Sua influencia não é tanto eliminar os delinquentes refractarios, como conter muitos homens que sem estes determinantes se deixavam ir a commetter delictos.

A sociedade se defende contra os loucos, mas não se concebe uma legislação que leve um determinante efficaz á alma perturbada dum alienado. Sem duvida o louco pode soffrer uma intimidação immediata sobretudo si é feita com um grande apparelho de forças, mas não sente a ameaça geral contida n'uma lei que prohibe certas cousas e permite outras."

A defesa social tem assim dois aspectos (meio confusos), um dos quaes age exteriormente contra todos os criminosos mesmo con-

tra os que são loucos, fazendo-os responsaveis sociaes; e outro age só interiormente, quero dizer na consciencia individual dos responsaveis moraes, ali não comprehendidos os loucos, pelo sentimento da coacção. E' o caso de puro ecletismo que nada adianta. Pune-se quando o individuo é responsavel e não se pune quando é irresponsavel pune-se porque deve soffrer quem fez soffrer; e cura-se o doente que pelo precedente ameaça continuar a fazer mal aos outros; e mais nada.

Melhor fez Dubuisson, segundo citação de varios auctores, julgando a punição causa da responsabilidade, pois ainda que ella seja coeffecto desta, a força de estar unidas, são correspondentes, e em seguida, pelo menos actualmente depois da correspondencia estabelecida, uma influe sobre a outra e com verdade elle pode dizer que o "homem é capaz de resistencia a suas inclinações precisamente porque elle pode ser punido, porque existe uma penalidade; e é porque existe uma penalidade que o homem sufficientemente intelligente deve ser considerado responsavel por seus actos esta penalidade sendo a influencia compensadora lançada pela sociedade na balança das inclinações humanas.

Si o alienado pudesse ser mantido no dever pelo temor não ha sociedade, por mais extranha que possa parecer que consentisse em poupal-o...

O que Dubuisson alcança pela lei, Liszt obtem pelo determinação: "Enquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possui o o homem normal não poder

ser contestada a possibilidade de determinar o delinquente por meio da pena fica subtrahida ao conflicto das opiniões e a culpa, a responsabilidade pelo resultado tem suas bases fixas e inattacaveis.

Mais um passo e cabe-se na theoria juridica da moral tão affirmada por Bain, derivando a consciencia moral dos sentimentos determinados pela acção das leis sobre os individuos, ao contrario da theoria moralista do direito affirmada por Affolter etc.

Para mim o conceito da pena não pode deixar de ser o classico do soffrimento do criminoso, infligido por auctoridade publica, em rasão do delicto, porque a pena representa a antiga vingança do offendido e dos seus parentes, que é um phenomeno deslocavel para a autoridade publica mas não eliminavel do homem, e sem este soffrimento a vingança que a pena calou resurge tremenda e anarchica como foi, e porque não pode haver pena sem soffrimento por minimo que seja pois a prisão, qualquer que seja a sua especie é um cerceamento da liberdade que para o homem civilisado que saborêa os gosos da vida é um dos peiores soffrimentos. Apenas pode-se eliminar das penas o character antiquado de tormentosas ou afflictivas, que é incompativel com o homem moderno moralisado, pelo menos numa parte da sociedade.

E' por isto que Guyau quer que ella realise o *minimum* de soffrimento e o *maximum* de defesa social.

Quando muito pode-se reunir a esta funcção primitiva da pena suas funcções posterio-

res e dizer que a pena é um soffrimento imposto ao criminoso não para tortural-o mas para reformal-o e si isto não é possível, para o impossibilitar de continuar a sua practica criminosa e exemplificar aos outros homens. E' a idea de Cuche no *Tratado da sciencia e da legislação penitenciarias* 1905, não obstante definir a pena como uma reacção da sociedade contra o auctor d'um crime, porque accrescenta que a reacção penal consiste essencialmente num mal infligido ao auctor do crime e o progresso nessa ordem de ideas tende não a supprimir o soffrimento mas em utilizar no interesse commum do delinquente e da sociedade... em conceber o soffrimento muito mais como um meio que como um fim... de modo a ser utilizado o mal da pena retirando-se outra cousa que um simples resultado de soffrimento e de punição... e preponderando a prevenção individual sobre a prevenção collectiva, pela maior somma de certeza e de precisão e pelo espirito publico... de modo que a intimidacção da pena vae decrescendo, mas o que a prevenção collectiva perde assim dum lado é obtido doutro lado pela segurança da repressão e a sciencia penitenciaria é o processo practico inspirado pelos varios ensaios de utilização de soffrimento penal.

Tudo isto é a verdade porque a pena quando maior soffrimento não seja é a privacção do patrimonio, o cerceamento da liberdade etc que infligidos aos criminosos os privam pelo menos durante o tempo em que estão presos continuar a pratica criminosa e dão a conhecer aos mais homens o que lhes acontecerá

em caso identico; mas a vista da moralidade moderna deve ficar nisto sem um elemento de tortura.

A divergencia da escola positiva negando á pena a funcção intimidante individual tem uma procedencia em relação aos criminosos incorrigiveis, que todos conhecem e onde a funcção desaparece, ficando apenas a collectiva de eliminação do criminoso, tem uma excepção admittendo-a nos criminosos menores que para ella devem ser educados e não punidos e tem uma contradicção em relação aos criminosos corrigiveis que todos os criminalistas da escola reconhecem e cuja punição deve consequentemente ser uma correcção para que a sociedade não precise mais tarde eliminá-los por ter perdido a occasião de reformar o seu character. A divergencia da mesma escola quanto á funcção intimidante social da pena, negando a exemplaridade, isto é, a influencia benefica da pena sobre os mais homens, quando reconhece que homens existem que não são fatalmente impellidos ao crime é mera teimosia, sem sentido.

O fundamento da pena deve ser distincto em positivo e racional.

O positivo é o crime cujos elementos ou caracteres determinam a punição:

1) Acto imputavel isto é, de sujeito responsavel que previa as consequencias do seu acto, portanto a sua punição e praticou-o, e que tinha o poder inhibitor ou detentor do mesmo acto e não o impediu.

2) Acto lesivo de direitos, isto é, da vida, saude, honra, propriedade, liberdade do ho-

mem, ou da existencia, conservação, integridade, propriedade etc do Estado e mais pessoas moraes, privando-os de direitos necessarios, fazendo-os soffrer por isto, levando á sociedade a que pertence a desordem, que si não é reprimido a destroe.

3) Acto doloso, isto é, feito com intenção criminosa de realisar a lesão, que o faz um individuo malvado, que se delicia com o soffrimento alheio, e que pode mesmo ser perverso por falta de todo sentimento ou mesmo por ferocidade nata e em seguida deve ser castigado desde que faltou um constrangimento.

4) A prohibição penal que advertia-o.

O fundamento racional da pena, é a rasão pela qual o auctor responsavel dum crime deve ser punido, desde que esteja comminada pena pelo codigo, ao mesmo etc. Ora isto é o mesmo que pesquisar a rasão pela qual a sociedade se constituiu em Estado, e os homens em outras associações e os seres de sexos diferentes em família: a necessidade natural, a finalidade funcional etc.

Então a historia da punição intervem e diz-nos que antes mesmo do Estado constituido, nas selvagerias primitivas como nas actuaes existe a punição, pelo sentimento da vingança; que o Estado submettendo os homens á disciplina dos costumes e leis substituiu-a pela composição e reapparecendo o brio e a energia do cidadão incompativeis com esta substituição operou-se a pena, alem disto necessaria á conservação social afrouxada na composição; que da pratica desses actos, como dos congeneres nos conflictos civis, surgiu a idea depois

transformada em sentimento da justiça; que do regimen das penas afflictivas com a formação da moral por esse e outros sentimentos, o homem passou ás penas strictamente cerecedoras da liberdade, mal necessario; que com o desenvolvimento da sciencia viu-se que as creanças em vez de serem simplesmente reprimidas, peiorando e na sahida das prisões tornando-se criminosos penitenciarios, é melhor educal-as e que os adultos tambem podem assim ser reformados; e desde que a sociedade sempre foi assim constituída é para temer-se que deixe de sel-o, abolindo a pena, parecendo que esta tem um effeito preventivo do exemplo sobre os mais homens, attestado mais ou menos por augmentos de delictos com a redução da pena; e conclue-se que tudo isto é verdadeiro, que a pena se funda na vingança, na justiça, na emenda do criminoso, no effeito da prevenção do crime, e na conservação social que se pode comparar á defesa do individuo mas sem seus caracteres, phenomeno *sui generis* consistente em actos preparatorios como a construção de navios de guerra, fortalezas, formações de exercito e previos armamentos.

Não sei é como sendo a sociedade um phenomeno complexo e natural se queira redusir a pena a mero phenomeno de qualquer especie e de character artificial, capaz de ser inteiramente modificado no sentido de realisar o pensamento dum auctor qualquer, aliás tão diversificado, de modo que a se attender a todos fica ella destruída pela impossibilidade do accordo.

Toda essa divergencia porem não tem

grande importancia até para a idea fundamental, a prevenção.

A prevenção que é o ponto capital da pena é mais ou menos reconhecida por todos, porque esta efficacia da pena não é absoluta como o mostrou Prins, dizendo que si ella fosse completa na prisão não haveria augmento da criminalidade na Europa actual, talvez devido ao conforto e ao luxo que tirou o character intimidante; e si fosse na execução da pena de morte, o crime teria desapparecido dos paizes barbaros, onde os corpos dos salteadores eram pendurados aos postes das estradas.

Ferri que diz a pena só ter utilidade negativa que é menor do que se pensa, convem em que as consequencias da impunidade são muito graves e lesivas; e Garofalo escreve que não é preciso recusar á pena toda prevenção geral ou indirecta, porque quando a pena responde ao seu verdadeiro fim de repressão, o acto reflexo da intimidação produz-se sempre pela natureza das cousas sem que seja necessario preoccupar-se disto dum modo particular.

Deste modo a pena é mau grado seu, da escola, um soffrimento infligido pelo Estado (em defesa propria), e que de algum modo (aliás imprescindivel) intimida.

A divergencia capital pois está na rasão justificativa da pena, nesta defesa social exclusiva que a escola positiva tomou á classica que a tinha sem exclusividade, e que repousa sobre tudo numa phantasia que ja sahio da moda a do organismo social que vive,

com reflexos, consciencia, defesa etc e que mostra o grau de seriedade da theoria.

Em conclusão, a pena surgida da vingança e passada na constituição do Estado ás auctoridades que representam a justiça, foi um castigo aos criminosos, como se impõem ás creanças e nos tempos primitivos ou barbaros aos escravos entre os quaes e em primeiro logar figuraram as mulheres. A differença é que nesses casos o despota estava de cima sem um embaraço que não fosse excepcionalmente já a passagem para um melhor estado social, onde a familia ou a tribu ou mesmo o Estado incipiente lhe impuzesse medidas e no excesso tomasse contas. Este castigo operou-se pela morte que é uma eliminação e depois pelo banimento (ostracismo helleno) ou pelo degredo ou relegação (actual transportação); mas com o apparecimento das prisões, tornou-se tambem a repressão, na accepção moderna, porque em sentido geral reprimir é conter e no caso, castigar, por qualquer modo. Deste modo as ideas de eliminação e de repressão são factos occorridos na punição e nada mais.

O fim ou função preventiva da pena porem é uma interpretação da mesma punição; mas uma interpretação verdadeira em parte. Tem razão os naturalistas quando affirmam que os criminosos incorrigiveis não se intimidam, porque a experiencia mostra que reincidem de qualquer modo, qualquer que seja a razão, má, insufficiente punição, ou falta de amor á vida livre de modo que a sacrificam a um momento de bestialidade;

mas não quanto aos corrigiveis, nem quanto aos individuos que ainda não praticaram crimes. Quem sabe até onde subiria o crime sem a ameaça da pena? O proprio Ferri reconhece que as consequencias da impunidade são muito graves e lesivas. Garofalo tambem dizendo como vimos que o acto reflexo da intimidacão se produz sempre pela natureza das cousas.

Entretanto a efficacia da punição não é absoluta, como diz Prins, porque sinão o crime teria desaparecido dos paizes barbaros alguns dos quaes penduravam os corpos dos salteadores nos postes das estradas, e a criminalidade actual não augmentava.

Só o principio moral da punição, a emenda ou reforma não se pode demonstrar assim precisa ser colhida na experiencia, das penitenciarias.

Como quer que seja e até que investiguemos essa prova, estão de pé os principios da escola classica da prevençã e da repressão, bem como o da positiva, da eliminacão; e si nesta da-se uma verdadeira defesa social, na repressão, ha ali uma verdadeira correspondencia entre o crime e a pena, uma especie de proporcionalidade approximada que é a justiça. Aqui não se tracta de commensuraveis, mas de probabilidades. Si a pena segue sempre ao crime e tanto maior quanto elle é mais grave, como não ver aqui a idea da justiça?

*Evolução da pena, do supplicio á repressão e á reforma ou educação, ladeadas da eliminação*

As escolas são accordes em assignar uma evolução á pena, mas ha uma divergencia na interpretação deste phenomeno que em parte independe das mesmas.

Assim Le Bon reconhece como phases dessa evolução a vingança, a composição e a pena, o que é reproduzido por Letourneau etc, ao passo que Cuche da-lhe por phases a vingança (comprehendendo a composição e a expiação que outros separam), a intimidação, a correcção e a eliminação, que ao mesmo tempo incorpora numa só phase, como differentes processos de prevenção individual, dizendo que tem se devido perceber desde todos os tempos que a reacção vingadora ou expiadora contra uma falta passada servia ao mesmo tempo para prevenir faltas futuras e a pena applicada *quia peccatum* operava no futuro *ne peccatur*.

Não posso concordar com isto. A punição tem as phases apontadas por Le Bon da vingança, composição e pena. O logar da pena, a sua origem é nas phases anteriores occupada pela composição e antes pela vingança, mas só isto, ella ainda não existia nas mesmas origens, a não se alterar o conceito da pena de mal ou reacção da sociedade contra o delinquente, pois no periodo da vingança a reacção ou o soffrimento imposto ao cri-

minoso éra feito pelo individuo e só algumas vezes pela familia e ainda mais raramente pela tribu. Só na composição a auctoridade social que se vac formando intervem junctamente com o individuo menos para assegurar a punição do que para recolher o tributo (*fred-dum*) que lhe pertence.

A vindicta mesma está sujeita a uma evolução, passando da indeterminação primitiva á certa organização pelo duello instituido naturalmente pelo sentimento e interesse de conservação da familia, passados de paes a filhos e irmãos ou si quizerem pelos affectos familiares, communicados até aos parentes mais proximos, que na incapacidade geral do offendido para a represalia tomaram o encargo, a obrigação de punir o offensor, a tal ponto que houve um vingador do sangue na Biblia, chamado pelos germanos de *goel*.

Depois esta evolução se aperfeçoou pelo talião, que foi uma medida, um limite a sua acção, resultando naturalmente da tendencia do vingador a exagerar o mal da punição e do interesse dos patricios de ambos em conservar os companheiros de defesa das aggregações para triumpho na incessante lucta pela vida internacional.

A composição que foi o restabelecimento presumido do direito lesado, pela indemnisação do prejuizo causado pelo crime, deve ter substituido a vingança quando os povos foram tomando uma organização politica, geralmente realosa guerreira, onde convinha ao chefe, alem dos braços que o defendiam os proveitos da compensação (*freddum*), da indemniza-

sação do crime segundo o valor do offendido (*wehrgeld*). É o que ocorreu entre os germanos, povos livres por excellencia, nesses tempos, caracterizados então pela energia dos individuos; e portanto deve ter ocorrido em todos os mais onde essa energia faltou.

As leis mais antigas dos germanos, diz Garofalo deixavam ao offendido a escolha entre a vingança e o *wehrgeld* ou compensação pecuniaria, porque se cria que em alguns casos está fôra insufficiente para acalmar a victima.

Deve-se considerar como uma persistencia da parte fiscal da compensação ou composição (*fredum*) a multa existente em todos os tempos e ainda hoje elogiada por Liszt e que para Bentham e Filangieri devia ser proporcional á fortuna dos condemnados, e que para outros deve substituir toda especie de prisão: bem como a confiscação, que no direito francez é restricta ás marcas de commercio e ás patentes de invenção, reproduzida pelo direito belga e allemão, e restricta aos objectos do delicto na Suecia e Noruega; e abrangendo ambas as hypotheses no Brasil.

A pena propriamente dicta, substituiu a composição quando os governos constituídos foram accentuando os seus fins internos de garantia dos direitos, pela punição dos criminosos quando o caso não admittia a sua restauração etc a par dos externos de defesa da sociedade e quiçá pesquisa de elementos economicos pela conquista; pelo menos quando não houve ali um desenvolvimento crescente da potencia duma realesa astuta, secundada

por auxiliares exploradores e apoiados por parvos que se satisfaziam com a posição de explorados, o que muitas vezes ocorreu na historia, especialmente dos povos do Oriente.

A evolução da pena pondo de parte sua origem na composição e na vindicta, deve ser da crueldade á benignidade e nesta ultima phase da subjectiva á objectiva.

Na phase da crueldade ou do tormento, a pena lançada por uma sociedade ainda barbara sem sentimentos de amor ao proximo, por individuos que as mais das vezes eram criminosos natos, ferozes, deliciando-se com os sofrimentos alheios de creaturas muitas vezes innocentes enquanto os criminosos tripudiavam impunes, não podia deixar de ser afflictiva supplicante.

Na phase da benignidade subjectiva, quando a sociedade foi ganhando caracteres elevados, almas piedosas, corações bondosos, pelo traquejo da familia, especialmente infiltrada pelas creaturas mimosas que tem o sexo fraco, appareceu o horror á vexação e a pena tornou-se mera repressão, abolindo-se a tortura concomittante a qualquer especie de pena, a morte e quando não tornando-a rapida pela forca, pelo fuzilamento ou mais ainda pela electricidade.

Na phase da benignidade objectiva determinada pelo echo das theorias longinquas, reavivadas pelo crescimento da piedade que funda no Estado a função da assistencia, e na sociedade as associações humanitarias, a repressão não basta é preciso que ella seja mais producente que os reprimidos em vez

de ficarem sempre nocivos voltem ao gremio social e surge a educação do menor, a reforma do maior, a cura do doente.

Concretisemos a cousa.

E' inutil descrever a crueldade antiga.

Recentemente era o mesmo ainda. Em Gand, Hessels, commissario do duque de Alba, em Paris, Laubardemont, agente de Richelieu, em Berlim, Carpzow, juiz de Frederico Guilherme, em Londres, Jeffrey, grande chanceler de Jacques II, diz Prins passariam hoje por tyranos freneticos, attingidos de loucura sanguinaria; mas eram simples magistrados, obedecendo ás leis do seu paiz e applicando o direito repressivo do seu tempo. A Carolina de 1533 sob Carlos V e a Ordenança criminal devida a Colbert codificaram este direito introduzindo a ordem legal nesse chaos.

Houve um povo que fez excepção á tanta crueldade que foi o helleno. Pelo menos instituiu o ostracismo para os crimes politicos que eram os mais frequentes e fez a mais branda das execuções, pela ciente. Também foi a patria da liberdade politica e da theoria da virtude e da justiça, do direito natural, do cosmopolitismo e da theoria da caridade.

No renascimento, diz Prins, com a nova situação economica um novo elemento surge ao lado da intimidacão torturante. Dum lado, apoz as descobertas geographicas e a extensão das relações commerciaes, as nações tem necessidade de homens e de braços. Doutro lado

em presença do numero crescente dos aventureiros vivendo de expedientes e de vagalundagem comprehenderam que ha uma força a utilizar e que em vez de se limitar a exercer crueldades sobre os culpados, podem elles ser aproveitados no trabalho. A pena tornou-se então trabalho forçado ou servidão penal em proveito do Estado que levou os criminosos a remar nas galeras ou a servir nas tropas de guerra ou a fazer trabalhos publicos, das prisões, dos navios (*bagnes* em França, *hulkes* de Inglaterra), que estendeu-se até fora do paiz na transportação."

Com o desenvolvimento das sciencias na epocha moderna ella tomou outra feição ou phase. Já Grotius, Thomasius, Wolff tinham combatido o formalismo estreito da justiça de seu tempo. Benthân D'Alembert, Diderot, Helvetius, d'Holbach, Voltaire, Beccaria, Filangieri, protestaram em nome da utilidade contra os horrores da punição. Kant e Ficht trouxeram a idea da liberdade moral. Frederico o Grande, Joseph II, Catharina da Russia, Leopoldo da Toscana e outros transformaram a punição dando por fim a emenda do criminoso, mudadas as prisões de logares de supplicios para Casas de correcção.

S. Vicente de Paula, desde 1619 esforçou-se por melhorar a sorte dos forçados. O philanthropo Howard foi no fim do seculo XVIII, afinal o verdadeiro promotor dos regimens penitenciarios, que se organisaram no seculo seguinte, completados pela individualisação da pena e sua condição, a indeterminação da sentença, pela liberação condicional, e

pelo patronato, tudo o que converge para reformar o criminoso capaz de emenda, conservando a intimidação que a pena exerce e dando assim satisfação ás exigencias do sentimento inextinguível da vingança humana.

Isto não quer dizer que prejudguemos a questão da reforma do criminoso corrigível, o que aliás seria logico, desde que elle pode melhorar; mas que a intimidação não é phase, caracteriza todas ellas; e a eliminação não ha de sel-o tambem, sempre ladeou a todas as mais funções da pena, como uma restricta, á morte e á relogação.

### *Variações da pena*

A questão da variação da pena separa ainda as escolas.

Os primeiros escriptores do direito penal, determinaram uma pena para cada delicto, segundo a sua gravidade, fazendo porem variar cada uma pelas circumstancias aggravantes que a elevam ao *maximum*, pelas atenuantes que a baixam ao *minimum*, pondo-a no grau medio quando concorrem umas e outras, conforme viu-se no estudo do delicto; d'onde se vê que a orientação juridica da escola é a dominante, porque em todas as mais orientações, economica, moral, etc, o criterio da gradação da pena é esse mesmo da justiça que Dante conceituou como uma proporção; e foi sem duvida por isto que um

pensador da ordem de Kant se decidiu pelo fundamento da justiça. Proporcional ao grau do desejo ou da impulsão criminosa, fazendo-a uma contra impulsão (Romagnosi e Feuerbach).

Os naturalistas invertendo os termos fazem variar as penas com a classe dos criminosos (Ferri) e depois com a temibilidade resultante da classe e das circunstancias (Garofalo) e com a temibilidade talvez e sempre com o motivo determinante (Ferri) alem da inadaptação á sociedade (Ferri e Garofalo) de modo que não se sabe em quem acreditar si em Ferri, si em Garofalo, mesmo porque as classes de criminosos de Ferri, são os natos, os habituaes, os loucos, os occasionaes e os passionaes, ao passo que as de Garofalo são os violentos os assassinos, os ladrões, cada uma das quaes para esse fim elle redistribue em temiveis e não temiveis.

E' notavel a flutuação dessas ideas. Em seu primeiro livro Garofalo fica na temibilidade: A ameaça das penas deve ser coherente com a temibilidade do reu.

No segundo vae para a inadaptação: O meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do reu, isto é, pelo exame das condições em que se pode presumir que cessa de ser temivel (!)

Para Ferri devem ser punidos os criminosos natos e habituaes pela colonia agricola, sendo improcedente a pena de morte; os occasionaes de crime grave com a separação e o exilio temporario nas mesmas colonias agricolas, e de crime leve com a reparação por

trabalho forçado, em exilio local, sem prisão, ou em fixação de domicilio si são mulheres ou creanças, o que é antes uma prevenção que repressão; os passionaes com a reparação do damno e exilios locaes, de modo a affastal-os do logar da victima: podendo a pena ficar indeterminada com libertação condicional ou suspensão condicional da sentença; contanto que se evitem as penas de curta duração contra a qual Ferri moveu terrivel campanha por levar individuos ainda bons á completa dissolução, effeito das companhias perniciosas.

Garofalo é o mais forte campeão da pugna contra as circunstancias aggravantes e atenuantes, desde a sua suggestão da temibilidade do criminoso para as substituir. A verdade, diz elle é que a gravidade relativa dos crimes não pode fixar-se de um modo absoluto porque ha de attender-se... á gravidade do damno, á da immoralidade, á do perigo e emfim á do alarma... A gravidade do damno material só serve para avaliar a reparação devida ao offendido... e o dever violado para determinar a immoralidade do agente e portanto a sua temibilidade. Ora reconduzida toda a theoria ao principio da adaptação resulta que o meio penal deve ser determinado pela possibilidade da adaptação do reu, isto é, pelo exame das condições de existencia em que pode presumir-se que elle cesse de ser temível. Outros o acompanham acatando a proporcionalidade da pena ao crime como quantidades (!) incommensuraveis.

A terceira escola que na questão da pena ora se aproxima da classica com a pena fi-

nalística de Liszt, ora da naturalista com o fundamento da defesa de Alimena, e ora se mantém num ponto mediano com Prins, nesta questão da variação da pena mantém a proporcionalidade da classica, com Alimena dizendo que a defesa social é limitada pela justiça, tal como a sociedade a concebe, com Liszt que quer o augmento da pena pela reincidência, pela superveniencia do resultado grave, pela profissão do crime, pelo emprego de armas, pelo amor ao lucro (como motivo) e pela offensa do ascendente, e a diminuição pela tentativa, pela adolescencia e pela cumplicidade por assistencia, além das attenuantes francesas, que são no homicidio a provocação, na injuria a offensa physica, e a excitação da parte contraria pelo ataque; ora faz variar a pena como a naturalista, mas com elementos proprios que são em Prins, penas educadoras dos menores, reformadoras dos adultos de bom passado, repressiva dos incorrigiveis e preservadoras da sociedade no caso dos anormaes.

E' o que repetem os penitenciariastas Cuche e Chaves, com ligeiras discrepancias e variantes, penas educadoras dos menores, intimidantes para os adultos occasionaes ou de crimes ligeiros, reformadoras para os adultos viciosos mas emendaveis, eliminatorias para os adultos incorrigiveis, pondo Chaves as intimidantes entre as reformadoras.

Maior discrepancia veriamos si apontassemos a divisão de Saleilles e outros que por vezes suggèrem um systema de variação nova pelas penas parallelas que o juiz applica cou-

forme a perversidade, em torno das quaes não ha questão.

Sou classico na questão da variação da pena como na de sua função, fim ou fundamento, ainda que com modificação trazida por parte das ideas da escola naturalista. Si existe um criminoso nato, manifesto pela physiognomia (va por conta dos sabios), si no seu crime elle mostra a perversidade inherente á raça e si a experiencia tem patenteado em casos semelhantes a incorrigibilidade, é o caso de eliminal-o pela relegação porque a morte é um assassinato praticado por quem se submete á ordem da lei e da justiça, um mandato criminal, mas é preciso que haja gravidade de delicto porque não se pune por uma alfinetada, como não se pune sem um crime um homem que apresente o typo criminoso. Fora disto porem não se pode deixar de augmentar a pena pela gravidade do delicto e dentro de cada gravidade pelas circumstancias manifestadoras (va essa concessão) da temibilidade do delinquente que entretanto segundo a escola naturalista (por espirito systematico) não existe mais, pois escapando de um criminoso nato não se é mais temivel, de modo que a ser logico, conclue-se que a criminalidade nata ou temivel só existe em si, no typo criminoso não é uma inferencia pelo menos na maior parte dos seus elementos, das circumstancias.

Não se pode inventar tanto em sciencia social. Tudo que a sociedade encerra é natural, producto de um desenvolvimento constante e que não pode ser alterado mas só pelo

mesmo desenvolvimento melhorado. Dahi essa balburdia da escola revolucionaria que quer imprimir a sua personalidade á custo da universalidade.

As circumstancias aggravantes estão de pé, ou sejam ellas que devidamente manifestem a temibilidade do delinquente, de qualquer typo, ou illogicamente dependão do typo criminoso que por si é insufficiente para o effeito referido.

Por que tanto horror a justiça? *Ubi non est justitia ibi non potest esse jus.*

A justiça que Pythagoras definiu como o aspecto da ordem universal, e Dante como uma certa rectidão que expelle o erro, não é uma concepção idealista do archaico direito natural; mas um phenomeno capital da sociedade, porque permittiu a sua formação e o seu desenvolvimento, deixando subsistirem os fracos ao lado dos fortes. Existe não só no Estado como na sociedade e até na familia, onde quer que hajam liberdades em associação, que ella limita e garante, virtude a premiar e vicio a castigar, merito a louvar e demerito a censurar.

No Estado sua importancia é de tal ordem que constitue um poder publico, porque é o processo, pelo qual o direito que o organisa, constitue-se forçando o individuo a respeitá-lo, já pela restauração ou consequente indemnisação, já pela punição nos casos graves (crimes) e consequente intimidação preventiva de novas perturbações juridicas; mas além disto é a chave dos bons governos pela entrega dos cargos publicos aos cidadãos que os merecem

exercer. Na sociedade em particular, é pela justiça que se levantam estatuas nas praças publicas aos seus maiores cidadãos. Infelizmente a opinião que é o orgam da justiça social dá ondulação a esse oceano popular. Na propria familia ella concorre com o sentimento da dignidade pessoal e interesses dos filhos para manter as boas relações dos conjuges; pelo reconhecimento dos seus sacrificios, depois que a excitação da belleza e da novidade tem passado. D'ahi a infiltração indelevel de sua acção constante na stratificação de todos os tempos, do character humano, na forma de sentimento. Ja os juizes de Israel, a frente dos quaes está pelo sexo (admiravel) a prophetisa Debora, eram delle possuidos nesses tempos primitivos da humanidade, governando a principio um povo, sem o appoio do exercito e depois afrontando as iras da realesa com as censuras ás faltas por ella commettidas. Onde quer que haja uma liberdade garantida, uma associação montada, é que existe a justiça estabelecendo o equilibrio entre as forças antagonicas dos individuos. A sua primeira forma foi a penal da vingança, sem a qual todos os fortes teriam feito desapparecer todos os fracos e depois destruido uns aos outros. Mas d'ahi para cá ella enche a humanidade civilisada. Não admira pois que Speneer que a define lei de igual liberdade a reduza a uma lei natural da animalidade, a de soffrer ás consequencias dos seus actos bons ou maus. Prefiro porem a idea de Sully Prudhomme, que a faz ideal da sciencia unida ao amor porque na natureza só ha lucta pela vida. Entretanto

Kuckuck a eleva a phenomeno cosmico, na symetria e faz nella consistir a belleza.

Que dizer do motivo determinante?

Procedente quando é social porque é então a justificação do acto criminoso, para o excluir dos crimes, pois o agente não podia deixar de obedecer-lhe, pelo perigo de vida etc, não tem o motivo determinante procedencia quando é antisocial, para variação da pena, desde que o mais antisocial é dos criminosos natos e dos habituaes e o menos antisocial é dos criminosos passionaes e dos occasionaes, porque então ou ha uma redundancia quando o motivo se accorda com a classe de criminosos que ja determinou a especie de pena ou ha uma contradicção quando a classe de criminosos determina uma especie de pena e o motivo outra, desfazendo com uma mão o que se fez com outra, que aliás não é o pensamento de Ferri.

*Classificação das penas pelo criterio objectivo, da especie de soffrimento, em corporaes, moraes, patrimoniaes, e privativos de direitos, especialmente da liberdade, cadeias e colonias agricolas.*

Os naturalistas não julgam esta materia digna de interesse, tractando accidentalmente, por entre outras, das penas que suppoem convenientes e das que consideram eliminaveis.

A escola classica porem iniciou este estudo que legou aos criticos; e Liszt distribue as penas em principaes e accessorias, subdividindo-as em relação á vida, á liberdade, ao patri-

monio e á honra; Prins classifica-as em corporaes, moraes, patrimoniaes e privativas da liberdade; e Alimena em corporaes pecuniarias, e restrictivas da liberdade e da capacidade civil e politica, artistica e scientifica.

A materia em si pois é extranha ás questões capitaes do direito penal, mas ha alguma cousa a examinar sobre a improcedencia de algumas penas que a antiguidade nos legou e que a tradição, o espirito de rotina mantem por entre institutos que lhes são incompativeis.

As penas corporaes ou torturantes são a de morte e as suppliciantes, entre as quaes a civilisação moderna que eliminou-as mantem o chicote.

Da pena de morte já dissemos que é uma das manifestações da criminalidade nata mantida pelos legisladores de muitos paizes. Si Garofalo é seu advogado com o assentimento de Lombroso, Ferri vinga a civilisação dessa injuria na mesma ordem de ideas da escola positiva. Folgamos de ver o argumento de Garofalo combatido por Chaves, entre nós: "Não é só o exemplo de Toscana, onde á cessação das execuções de 1774 a 1816 e de 1881 por diante, não correspondeu o augmento dos crimes.... Na Belgica.... a grande criminalidade está estacionaria desde 1831, sem que a grande diminuição, a principio, e depois a abolição de facto da pena de morte tenha determinado a sua recrudescencia. Na America do Norte, no Estado de Michigan.... a suppressão da pena de morte não acarretou o augmento dos assassinatos. Na Suissa se alguns cantões a res-

tabeleceram depois de revogado o art. 65 da Const. Federal, a maioria, representando 4|5 da população total da Confederação, não o fez, o que parece indicar uma diminuição ou pelo menos o *statu quo* da criminalidade. E é para reparar que o movimento abolicionista continua cada vez mais triunphante. Em todos os paizes, onde a pena de morte figura nas leis, as execuções, ou estão de facto supprimidas, ou tornam-se cada vez mais raras, com as commutações. Na Belgica data de 1863 a sua não applicação. Na Allemanha são executados apenas 5% dos condemnados á pena ultima; na Inglaterra 25%; na Austria 8%; na França de 1900 a 1906 9%. Foi abolida pelo Novo Cod. Penal da Noruega; o Russo diminuiu a sua applicação, restringindo-a a certos crimes politicos; e o projecto do Codigo Penal russo não a contempla. Entre nós, antes que o Codigo Penal de 1890 a relegasse já estava de facto extincta pelo direito de graça; e a Const. Federal no par. 21 do art. 72 excluiu a possibilidade de sua adopção.

Mesma cousa se dá com a pena de chicote, mantida na Inglaterra, Dinamarca, Montenegro e Russia, além da China e Estados barbaros como ella, do mesmo modo que entre os povos selvagens e como medida disciplinar além daquelles Estados, na Suecia, na Allemanha e nos Estados Unidos bem como na França para os *apaches*; o que é defendido por Cuche, Maxwel, Lacassagne.

Felizmente vemos em Prins ella ser qualificada de deshonorante e em desaccordo com as civilisações. Basta lembrar que essa pena

surgiu com a escravidão, a principio da mulher e depois dos vencidos na guerra, para vêr que por tão aviltante origem é indigna do homem moderno. Si o condemnado é incorrigivel que seja eliminado e nada mais.

Si é corrigivel ou si a sua incorrigibilidade é duvidosa, que não lhe arranquem o ultimo grao da vergonha, tractando-o como escravo, dando-lhe a consciencia de nada valer na vida e em vez de inocular-lhe no espirito a idea da necessidade de sua punição, fazendo surgir a da revolta contra o supplicio.

As penas patrimoniaes ou pecuniarias, originadas da composição são hoje a mula e a confiscação que nos Codigos modernos vae se tornando parcial.

A multa, não obstante a sua sustentação por Liszt, é uma pena para o pobre que não a podendo pagar tem de ganhá-la e nesse caso ferindo os interesses da familia, ao contrario da affirmação do mesmo auctor; mas nada para o rico, a não ser um golpe a sua paixão pelo dinheiro si é já usurario.

A confiscação está no mesmo caso, com a differença de ser uma extorsão do patrimonio porquem deve garantir a propriedade, que é o Estado.

Só uma rasão justifica a pena patrimonial, que é a indemnisação do damno causado pelo delicto, alem da confiscação dos objectos que serviram para a perpetração do crime, o que não precisa commentario.

As penas moraes em accepção restricta são a reprehensão, a condemnação condicio-

nal e a publicação da sentença de condemnação.

A reprehensão (admoestação ou reprimenda) apparece já em Roma contra o incendiario por imprudencia e está em alguns Codigos modernos, allemão, italiano, russo, espanhol, portuguez, para delictos ligeiros.

A publicação da sentença de condemnação, existe tambem em alguns codigos modernos como o francez o italiano e o norueguez, para delictos de injuria em Noruega, punidos com ergastulo na Italia, etc.

A condemnação condicional existe na Belgica, França, Allemanha, Portugal, Noruega e Suissa, em lugar das penas de prisão de curta duração, practicado o crime pela primeira vez (Belgica) havendo obrigação de reparar o damno causado pelo delicto (Noruega). Na Inglaterra e Estados Unidos a suspensão (probation) é anterior á condemnação, isto é, suspende o julgamento do indiciado.

A suspensão da condemnação ou da pronuncia parece-me boa, desde que appellando para a correção do individuo que protege com a não divulgação do crime satisfaz a indemnisação do damno da parte offendida e procura obter um homem que estava no pendor dum selerado; mas a reprehensão e a publicação da sentença condemnatoria me parecem contraproducentes. Reprehênde bem o pae ao filho menor mas isto mesmo deve ser de modo que lhe dê vergonha em vez de tiral-a, em particular e não em publico: ao contrario elle se deixa ir pelo pendor como a pedra que perdeu o ultimo apoio e rola para o abysmo.

Ora a publicação da sentença condemnatoria é o que ha de mais publico e feita alem disto sobre um homem que outra circumstancia não educa mais, tirando-lhe o estimulo da boa reputação e entregando-o ás vistas da curiosidade geral como um criminoso. E' uma queda de que não se levanta mais.

As penas moraes em accepção ampla (Prins) ou juridicas em accepção restricta (Alimena), são as privações de direitos. Roma teve ás suas *capiti diminutio, maxima*, da cidade, *media*, da liberdade e *minima* da familia, Depois os povos instituiram a morte civil; e afinal codigos modernos tem a de interdicção, como o italiano, o norueguez, principalmente como accessoria á pena capital. O codigo brasileiro e mesmo nossa Const. Federal é assim que a trazem art. 71 par. 1.

Neste aspecto não é uma pena é um reforço da pena, que só pode ser justificado quando o interesse publico o exigir. Assim pelo nosso Codigo penal art. 55 as penas de mais de seis annos de prisão celllular trazem a suspensão de todos os direitos politicos, a perda do officio electivo, emprego publico, respectivas vantagens e vencimentos; a perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas; e a perda de todos os *munus* publicos. Pelo Const. cit. toda condemnação criminal suspende os direitos politicos.

Entre as penas privativas de direitos estão as penas principaes que são as privações da liberdade: prisão, deportação e transportação. Pela impossibilitação em que se acham os punidos de continuar a offender a sociedade e em

certos casos pela possibilidade de sua reforma procurada pelo regimen da prisão e da transportação são as unicas penas dignas d'uma sociedade de homens modernos, amantes da liberdade e justos apreciadores do valor da vida humana.

A deportação ou expulsão do territorio sempre existiu. Na Grecia foi a pena dos crimes politicos, chamada ostracismo, que infelizmente feriu homens prestimosos como Themistocles que recusou a vingança proporecionada pelos persas morrendo das suas consequencias, Aristides que elle mesmo fizera deportar e que ao sahir da patria fazia votos pela sua prosperidade, alem de elevar as finanças e continuar pobre até á morte. Só teve a vantagem de affastar a morte pela cecuta que até então fazia estragos, como aconteceu com Phocion o homem tão superior ás approvações como aos clamores das multidões, que inflexivel ás censuras tomava os applausos, como originados de tolices do orador, para não fallar em Socrates etc.

A prisão tambem veio da antiguidade. A Grecia teve o *Circulo Noturno* por exemplo Roma deu-lhe trabalhos forçados (*ad malla*). A idade media serviu-a dos logares mais fortes e immundos dos castellos e dos claustros. Depois constituiram-se verdadeiras prisões. Veneza teve as *piombi*, Mantua as *forni*. Firenze as *Sturches* etc. No seculo XVI S. Carlos de Borromeu fundou uma em Milão. Em 1550 appareceram diversas em Londres. Em 1558 em Nuremberg. Em 1595 em Amsterdã. No seculo XVII a Franca tem as *bagues*, a Ingla-

terra os *goels*, a Allemanha e Hollanda suas *zucht-rapel e spinhauzer*.

Todas essas prisões são caracterisadas pela miseria, tortura, promiscuidade, febres infecciosas que se propagavam fora. Na India morreram duma só vez asphyxiados pela falta de ar sufficientemente puro, em uma só sala cerca de 300, trepando uns sobre outros para respirar na unica fresta existente, segundo Figuier relata no seu Tractado de physiologia.

Foucher e Richard auctores do trabalho sobre Habitações da *Encep. de Medecina e hygiene* dirigida por Jules Rochard, dizem a respeito. As prisões tem sido em todos os tempos os mais insalubres dos estabelecimentos publicos e isto se concebe. A gente que ahi se detem não é interessante e o espirito de justiça e de piedade que é o fructo de civilisação avançada, é só o que pode pleitear em favôr de semelhante pessoal. A idade media não conheceu esses escrupulos, legando-nos a lembrança de ferocidades inauditas e alguns specimens de masmorras cujos aspectos nos produzem arrepios... Recentemente ainda o grande Chatelet continha negros calabouços infectos onde o preso acorrentado não podia estar em pé nem deitado, com as infiltrações do Sena penetrando por todos os lados, banhando-lhe os pes e tendo por companheiros sapos e reptis. Villermé disse apoz sua inspecção de diversas que são logares onde se enterram vivos os prisioneiros, parecendo que a justiça quer que elles morram por um ar envenenado. Faziam da prisão um espantallo.

Só a prisão de Amsterdam em 1595 se ca-

racterisava pela ordem e disciplina e *separação dos detidos á noite*, porque era a cidade então o refugio da tolerancia e da liberdade diz Prins.

Entretanto já no seculo XII em Florença separaram-se os sexos. Mais tarde as prisões de Gand e de Vilvorde tinham instrução aprimorada, e S. Michele em Roma educava a infancia culposa.

Ao lado das cadeias, surgiu a colonia penal agricola, principalmente apoz as descobertas da Africa, Asia e America. Portugal por exemplo enviou para o Brasil seus condemnados... As principaes colonias agricolas porem foram as de Inglaterra, Russia e França.

A Inglaterra transportou para a America, depois para Australia e depois Tasmania. A França para Guyanna e Nova Caledonia, ora com liberdade (deportação) ora com trabalho obrigatorio (relegação). A Russia para Siberia e ilha Sakhalina, com trabalho forçado (katorga) ou livre nos governos de Irkutsk, e do Caucaso.

A de Inglaterra começou em 1718 sob Carlos II, como pena immediata á de morte, enviando os criminosos para a America, sem nenhum pensamento moralizador e sem prosecução de fim colonial e até mesmo sem apuramento duma classe de crimes ou de penas. Em 1775 a insurreição americana extinguiu a colonia; e Howard e Bentham propuzeram abandonar o systema e voltar ao das prisões metropolitanas.

A descoberta da Australia por Cook fez voltar a idea de desembaraçar se a metropole

de seus criminosos e iniciou-se nova colonia penal em 1787, que até 1820 foi um lugar de martyrio, com muito trabalho de desbravar as terras e sem alimento, alem de applicações frequentes de ferro e chicote, diz Cuche, pela preponderancia do elemento penal.

De 1820 a 1830 a colonia torna-se de elemento livre preponderante e o contracto de mão d'obra torna-se o elemento capital da pena, onde a existencia do transportado era facil ou miseravel segundo o character de seu dono, pois elle era o escravo temporario do que o explorava. O colono livre explorou resolutamente o trabalho do convicto e ninguem escandalisava-se com isto. Afinal com a prosperidade da Australia affluir a immigração livre e em 1825 apparece em Nova Galles do Sul opposição á transportação que se accentuou e generalizou em 1830. Desta data por diante a colonia penal é caracterisada pela lucta da colonia livre contra a metropole pela remessa habitual de criminosos; e na Inglaterra augmentava rapidamente a criminalidade suppondo-se devida ao systema repressivo, á inefficacia das penas. Afinal foi suspensa em 1840 salvo para os liberados condicionaes, o que acabou em 1868.

A Russia tem a colonia agricola penal com trabalhos forçados, chamada *Kartoga*, que desde tempos se faz no rio Amor e na ilha Sakhalina. Os transportados para Sakhalina vão para uma prisão melhor, onde gozam de meia liberdade e depois são enviados como colonos não liberados (*poselentsi*) ás cidades onde tem que construir sua casa e preparar

seu campo, tendo apenas uma foice, uma serra e algumas cordas, além d'uma provisão de farinha para um anno. O resultado diz Cuche é que só cuidam em evadir-se, a vagabundagem é seu genero de vida habitual e o roubo seu meio de existencia, sem fallar do alcoolismo que estraga aldeias inteiras e da prostituição de que só escapam tres mulheres por cento.

*Movimento humanitarista e systemas penitenciarios, cellular, mixto e progressivo.*

Afinal appareceu o humanitarismo que a par de outras cousas combateu o mau estado das prisões e reformou-as.

Em Italia os professores Tolosano, Bonavita e Bonacosta esforçaram-se pela ideia da pena ser destinada á correcção. Beccaria clamou contra os rigores da prisão, em face do proprio utilitarismo.

Em França S. Vicente de Paula estendeu aos presos sua caridade, o monge Mabillon combateu o mau estado das prisões dos claustros, Montesquieu bateu a practica das represões existentes, Mirabeau preconizou o isolamento com trabalho obrigatorio e afinal Lucas dedicou-se em toda a sua vida á melhora do systema penitenciario.

Onde porem o humanitarismo por assim dizer-se nacionalisou foi na Inglaterra e nos Estados Unidos, nesta raça que descobriu a attração universal e o cooperativismo, a selecção natural e o federalismo republicano e que a

par dos novos reinados da sciencia e da liberdade montou o da electrecidade e do dinheiro.

Na Inglaterra, pelo seculo XVIII, o philanthropo Howard, apoz suas viagens, não só escreveu dois livros, *Estado das prisões* e *Historia dos lazaretos*, onde censurou o mau estado dos mesmos, como influiu para se construírem cadeias em Horshan, Portsmouth e Gloucester de 1779 a 1785 e foi secundado pela *Howard Association*. Bentham occupou-se disto na *Legislação civil e criminal* e endereçou a Camara legislativa o *Panopticon*, memoria sobre uma cadeia modelo, onde um só funcionario, duma posição central vigiava todos os presos (e que foi realisado em França na cadeia de Mazas), tendo por obrigação o trabalho, e como regimen a separação com vigilancia rigorosa e semiliberdade posterior, origem da liberação condicional. Afinal Macnochie, por sua conta transformou o presidio da ilha de Norfolk, que vivia em constantes revoluções, punidas tão severamente que os presos mostravam preferir a morte, em uma população pacifica, pondo a sorte dos condemnados em suas proprias mãos por habitos de economia e previdencia; e Walter Crofton ponde montar o systema progressivo.

Nos Estados Unidos o *quaker* William Penn, fundador do Estado da Pensylvania tendo soffrido prisões por sua perseguição religiosa tomou a peito a reforma das cadeias, que outros *quakers* victimas eguaes continuaram ao ponto, de se tornar para os mesmos e em seguida para as colonias, um elemento religioso; diversas sociedades organisaram-se

nesse sentido; é afinal Franklin, tendo assistido na Inglaterra á propaganda de Howard, levou-a para a patria e fundou em 1787 a *Sociedade de Philadelphia* para alivio das misérias das prisões publicas, que manteve com Howard uma correspondencia assidua, e que conseguiu da Assembléa legislativa da Pensylvania a construcção, a titulo de ensaio de uma prisão cellular, no logar mesmo da anterior prisão chamada *Walnut street Jail*; e depois duas novas cadeias, uma em Pittsburg e outra em Philadelphia, etc.

Este movimento propaga-se a todos os paizes. Holtzendorff affirma que todo homem tem valor mesmo quando é criminoso. Gaukler que augmenta o sentimento de piedade e diminue a reacção contra o delinquente, dizendo Oreckanski que o odio é um sentimento do selvagem, Denoque que a pena deve deixar de ser um soffrimento e Ferrero que o progresso moral consiste na repugnancia crescente em infligir dor as creaturas humanas ou vivas, e o proprio Ferrì que á pena circumscripção á eliminacção e segregacção do criminoso, sem odio ao crime, porque este deve ser interpretado como uma molestia.

A reacção não se faz esperar, Garofalo lembra que esquecem os offendidos, outros, que as victimas tambem tem valor, e muitos que se favorecem os criminosos em escarneo aos individuos e familias miseraveis e honestas.

Dahi uma porção de congressos penitenciaros para resolver a questão delicada da punição, de Londres, Stocholmo, Roma, S. Pe-

tersburgo, Paris, Bruxellas, Buda Pesth, Washington.

Esse movimento humanitarista produziu porem os systemas penitenciarios modernos, todos os quaes, cellular, mixto e progressivo, pretendem corrigir os defeitos do antigo systema communista, desmoralizado pela experiencia de tantos seculos, na prostituição das mulheres e depois que estas se separaram, na corrupção dos homens que ainda tinham alguma cousa a perder ao contacto dos individuos completamente degenerados e sem que vigilancia possivel tivesse a força de evitar.

Os Estados Unidos produziram ou melhor aperfeiçoaram o systema cellular, que produzindo mau effeito foi logo abandonado. A Inglaterra ou melhor a Irlanda produziu o systema progressivo que tem approvado, principalmente nos Estados Unidos que o tornou reformatório.

O systema cellular consiste em isolamento absoluto e continuo de dia e de noite com trabalho obrigatorio.

Podem-se encontrar seus germens nas prisões de Florença no seculo XII onde separaram-se os sexos e mais propriamente nas de Hamburgo, em 1522, seguidas das de Bremen, Munich, Franchfort, em que apparecem as cellulas. Howard combatendo a transportação de que sua patria (Inglaterra) abusava, defendeu o systema, promovendo o levantamento das cadeias de Horsham e Gloucester, com cellulas e regulamentos disciplinares, aconselhando para suavisar o regimen a não continuidade, a educação profissional, moral e religiosa, alem

da hygiene e alimentação fortificante e do trabalho obrigatorio: Em 1790 fez-se em Philadelphia a cadeia de Walnut Street, e afinal em 1817 a *Eastern Penitentiary of Pennsylvania*, tambem chamada *Cherry-Hill*, por força da *Society Philadelphia* inaugurada em 1787 por Franklin, num terreno fertilizado pelos *quakers*, desde William Penn, fundador da colonia. Passou á Belgica, Allemanha, Hollanda, Suecia, Russia, França.

A França realisou na cadeia de *Mazas* a idea do Panopticon de Bentham com cellulas dispostas em galerias irradiando em torno dum ponto central, de modo que um só guarda fiscalisa todos, e com tal conforto que a temperatura é mantida a 15.º

O systema penitenciario mixto consiste em isolamento absoluto á noite, com trabalho em commum durante o dia e obrigação do silencio imposto a chicote classificados os presos pelo sexo, idade, culpa e aptidão para o trabalho. Elle surgiu segundo Cuche na prisão de Amsterdam seculo XVII quarteirão dos menores, no hospital de S. Michel e na prisão de Gand, seculo XVIII; mas foi realisado com relevo em Auburn, New-York em 1816, donde tomar o nome auburniano; e dahi passou á Genova, Saxe, Austria, Dinamarca, Suissa.

O systema progressivo, assim chamado porque contem quatro periodos, consiste no primeiro em isolamento absoluto de dia e noite por nove mezes, com obrigação de trabalho, como no cellular, para recolhimento e temor; seguido dum periodo mixto, de isolamento a

noite com trabalho em commum de dia e obrigação de silencio, dispostos os presos em grupos por sexo, idade, culpa e aptidão para o trabalho, continuado em terceiro periodo por uma instituição nova, trabalho diario, fora de estabelecimento ao ar livre para habituar os pulmões; e terminado por um novo periodo de libertação condicional apoz o cumprimento dos tres quartos de pena, pelos processos anteriores, ficando o liberado sob a fiscalisação da policia na Europa e dum encarregado disto na America, e deixando as vestes de forçado conversando, sahindo etc na Irlanda. Foi a systematisação feita na Inglaterra por Walter Crofton do regimen elaborado por conta propria na ilha de Norfolk pelo practico e capitão Maconockie em 1840. Seu espirito é uma instituição de marcas que o convicto obtem por trabalho e comportamento que não podem exceder a 8 por dia e em numero de 2920 o fazem passar da 3 classe á 2.<sup>a</sup> e desta á 1.<sup>a</sup> bastando 720 para sahir da classe de prova melhorando sempre de condições pois na classe inicial, de prova nada ganha, na 3.<sup>a</sup> um shilling, por mez, na 2.<sup>a</sup> um shilling e seis pence, na 1.<sup>a</sup> meia corôa, e o mesmo dá-se no alimento. Segundo Cuche existe na Europa um estabelecimento penitenciario onde o regimen inventado por Walter Crofton é applicado em sua integralidade, pois na Irlanda com a retirada deste homem das prisões, estas perderam a força no periodo da liberação condicional, que é o de Lepoglava na Hungria, onde durante a posição intermediaria, os condemnados são espalhados nas lavouras.

Ao systema progressivo deve-se ligar o Reformatório de Elmira junctamente educador de crianças e reformatório do adulto fundado em 1876 em New York, á instigação da *New York Prison Association*, e entregue ao humanitarista Brochway que o tem conduzido aos melhores resultados, e cujo exito parece devido ás sentenças indeterminadas, por que se bateu o director sempre, mas que em realidade é devido ao systema mais progressivo ainda que o irlandez, pois tem por traço característico segundo expõe Cuche o regimen da multiplicação das classificações e das gradações qualquer que seja o tempo da condemnação onde a cada esforço o condemnado sente que sobe e a cada fraqueza que cahe, passando por tres categorias, começando por sua classe de disciplina, onde accumulando marcas passa para a segunda, e accumulando outras *marcas* passa depois de seis meses a primeira e continuando a ter marcas sufficientes apoz outros seis mezes fica liberado condicionalmente, sendo geralmente entregue a um patrão que informa sobre sua conducta ao funcionario encarregado

O reformatório de Elmira foi imitado em muitos Estados, Massachusetts, Pensylvania, Minnesota, Illinois, Ohio, Indiana, Wisconsin, New-Jersey, dizendo Barrows na Sociedade das prisões que se pode considerar a instituição como implantada nos Estados Unidos.

Alem dos systemas penitenciarios existem as colonias agricolas que são regiões affastadas do paiz para onde são remittidos os condemnados por crimes graves em alguns paizes, como Russia, França e até bem pouco

tempo Inglaterra, de ordinario Estados que tem colonias. Ella existiu na Grecia, e em Roma apoz as proscipções de Sylla foi a relegação e sob Augusto a deportação sem liberdade, organisada sob Tiberio. Suas desvantagens já conhecemos.

*Individualisação da pena: sentença indeterminada e liberação condicional.*

Individualisação da pena é a adaptação da pena ao criminoso por certos processos entre os quaes estão a indeterminação da pena pela sentença e a liberação condicional.

Indeterminação da pena pela sentença indeterminada é o facto de ficar a pena sem duração predeterminada, podendo apenas assignar-lhe a sentença um *maximum* e um *minimum*; quando ora o criminoso é novo, de 16 a 30 annos e primario, não reincidente (Em Elmira), de modo que pela pouca idade e pelos bons precedentes mostra que é corrigivel, não obstante ser grave o crime, para ser reformado ou educado, ora o criminoso é velho de mais de 30 annos ou reincidente (em Ohio) de modo que pela grande idade ou pelos maus precedentes mostra que é incorrigivel, não obstante o crime não ser grave, e assim deve ser detido indefinidamente na cadeia, salvo si contra a inferencia aproveitar caso em que será beneficiado pela liberação condicional e afinal posto em plena liberdade.

A primeira hypothese chamada pena de reforma é a favor do criminoso e foi suggerida em New York em 1867 por Wines e Dwight que num Relatorio apresentado á legislatura daquelle Estado, concluíram: Muitos espiritos na Europa e na America foram conduzidos por suas investigações e reflexões a esta conclusão que as sentenças fixas são falsas em principio e devem ser substituidas pelas sentenças reformatórias. Em 1870 Brockway expoz no Congresso de Cincinnati suas ideas, onde está que as sentenças fixas devem ser substituidas por sentenças indeterminadas e a applicação da pena não deve findar por expirar um prazo mas pela prova devidamente estabelecida da reforma moral.

Devido a isto diz Cuche que a lei do Reformatorio de Elmira determina que a duração do internamento não pode ultrapassar a duração maxima estabelecida pela lei para o crime commettido e quanto ao minimo o regulamento prefixa doze mezes de sujeição á disciplina do reformatorio.

A segunda hypothese chamada pena de segurança é a favor da sociedade e surgiu em 1885 em Ohio mandando deter-se indefenidamente os criminosos habituaes. Nesta se converte a primeira hypothese si o condemnado não se educa porque não é posto em liberdade: e ha quasi a mesma cousa quando ocorre reincidencia na prisão porque esta fica prolongada por nova sentença: é, diz Ferri, a pena cumulativa ou progressiva de Murry e Brown e dos codigos da India e do Japão. E' tambem o que se pratica em Massachusetts e Illinois, no Uru-

guay apoz a abolição da pena de morte; na Australia, Nova Zelandia e Transvaal. Uma lei inglesa de 1908, e um projecto de codigo penal austriaco da mesma data applicam ao criminoso perigoso uma detenção supplementar indeterminada com o *maximum* e o *minimum* prefixados. O projecto suiso permite substituir a pena determinada pela prisão indeterminada no caso habitual. O Codigo noruego auctorisa pena supplementar no criminoso reincidente e incorrigivel.

Prins quer que se individualise a pena na medida do possivel, acha sua origem na distincção romana dos *humiliores e honestiores* e na distincção salica para a determinação da tarifa do *wehrgeld*, entre escravos, livres e nobres.

A differença é que a individualisação moderna não restaura privilegios mas reconhece differenças de natureza entre os delinquentes, de modo a cada grupo ter um factor psychico proprio a agir contra o criminoso, como pensam Wahlburg e Saleilles.

E' para isto que elle distingue os criminosos educaveis dos incorrigiveis e dos anormaes que dão tres ordens ás penas.

Afinal surge a theoria da individualisação da pena determinada pela criminalidade latente, virtual, do criminoso como ser perigoso e da criminalidade concreta do facto criminoso, em seguida as classes de criminosos que para Saleilles são tres, sem criminalidade propria, de criminalidade superficial e de fundamental a que correspondem penas intimidantes, reformadoras, eliminadoras; o que

foi desdobrado por Cuche accrescentando os menores e as suas penas educadoras; e ainda mais por Prins distinguindo-os anormaes (alienados e defeituosos) cujas penas devem ser preservadoras, e os normaes que si não menores devem ser educados, e si maiores reprimidos pela reforma si são corrigiveis e por eliminação si incorrigiveis; sendo ao contrario restricto por Chaves, que só admittete tres systemas, educativo dos menores, reformativo dos adultos corrigiveis e eliminativo dos incorrigiveis.

Liberação condicional é a suspensão da pena ou mesmo da condemnação nos crimes que tem penas ligeiras, por ter o criminoso boa conducta que no ultimo caso é anterior á practica do crime, ficando o liberado sujeito á fiscalisação nos Estados Unidos ou á caução na Inglaterra, ou sem esta sujeição na França e Belgica e não reincidindo no acto criminoso.

Tem assim duas hypotheses. A primeira das prisões longas appareceu em 1847 nas transportações dos condemnados em crimes graves para Australia e tem como rasão aproveitar-se a melhora do criminoso, animando-o a proseguir a correcção iniciada. Da Inglaterra propagou-se a Portugal, Saxe, Suissa, Servia, Allemanha, Dinamarca, Croacia, Hollanda, França, Belgica, Italia, Suecia, Noruega, Brasil (art. 50 do Codigo).

A segunda hypothese das prisões ligeiras appareceu em Massachusets em 1869, quando o preso era jovem e applicou-se em Boston 1878 aos presos adultos, suspendendo-se a con-

demnação para, evitar as prisões de curta duração e assim ganhar a sociedade em vez de perder um homem.

Tambem se propagou a varios paizes, como Inglaterra, Belgica, França, Genova; Luxemburgo, Portugal, Allemanha, Noruega e muitos cantões suissos e Sião.

Variam as especies de penas que ella evita com os paizes. Na Belgica deve ser de 6 mezes para menos. Na Suissa e Sião de um anno para baixo. Na Inglaterra e Estados Unidos de 2 annos para menos etc:

Tivemos um Projecto de 1906 modelado segundo Chaves pela lei francesa auctorisando a concessão da liberacção condicional por prisão de cinco annos para baixo não reincidencia e ausencia de perversidade ou corrupção de character no delinquente etc; e combatido por excluir as reacções moraes da pena, por diversos deputados; quando deveria ser apenas adaptado á experiencia dos povos civilizados, pela restricção aos dois casos conhecidos, prisão ligeira e bom comportamento anterior, ou prisão longa e bom comportamento posterior durante muitos annos, para em ambos os casos aproveitar um homem dentre os criminosos.

Essa questão ferida em nosso congresso é mais geral.

Os classicos em geral, pelo menos os sec-tarios do principio da justiça e do moral, para não fallar dos da expiação religiosa, repellem a liberaçao condicional que fere de frente a um desses principios.

Os utilitaristas, bem como os naturalistas

e criticos, a aceitam, excepção de Lombroso que vê nella um dos factores do augmento do delicto (!). Ferri por exemplo aceita-a como um dos processos punitivos convenientes para os criminosos occasionaes, de crimes ligeiros; e Garofalo apenas entende que deve variar com as condições sociaes e com os sentimentos moraes dos povos. Prins entre os criticistas a restringe dizendo que o preso cuja conducta em prisão fôr exemplar, mas que não possuir fora apoio moral ou material, não offerece segurança e no seu interesse mesmo deve se hesitar em liberal-o definitivamente. Va; mas não se dando este facto deve ser liberado.

*Classificação das penas pelo criterio finalistico ou funcioanal, em meramente repressivas e reformadoras ou educadoras.*

As penas por si são todas repressivas qualquer que seja o meio de repressão, eliminação ou segregação, reparação ou privação etc. E' o regimen que pode tornar a pena de prisão reformadora ou educadora.

Os classicos umas vezes levados pelo sentimento de odio ao crime outras vezes ao contrario pelo sentimento de piedade pelo criminoso e mesmo de dignidade social incompativel com as torturas impostas aos criminosos assignaram indevidamente a toda pena um fim ora intimidante ou mesmo repressivo (utilitarios e jurisdiccistas), e ora emendador (moralistas), para não fallar na antiquada expiação dos theologos.

O humanitarismo que não se filia a nenhuma das escolas criminaes, pelo menos nos seus ultimos representantes, a partir de Howard, foi que modificou essas ideas fazendo a educação e a reforma depender não da pena de prisão mas de seu regimen.

Os naturalistas, abandonando essas ideas, dictas chimericas, de odiosidade ao crime, porque elle é uma fatalidade organo-psychologica, contra a qual o homem tarado não pode ir, bem como a de humanitarismo e de dignidade social que só favorecem o criminoso, em um verdadeiro escarneo á miseria honesta, tem outras suggestões que entretanto são favoraveis ao criminoso.

Ferri tendo considerado a pena unicamente como um processo de defesa social e concommittantemente como um remedio á uma molestia da sociedade, *tomado pelo organismo social* (!), classifica esses processos defensivos ou remedios em *eliminatorios* dos criminosos incorrigiveis, ou natos que são as colonias agricolas e a morte enquanto existir, e cujo fim é evitar a reincidencia; *repressivos* dos criminosos corrigiveis em crimes graves, e que são as mesmas transportações a colonias agricolas, detenções em carceres etc, com certa temporariedade, *reparadores* quando possivel do damno causado pelo delicto nos pseudo crimes dos passionaes e nos crimes culposos e fortuitos; e *preventivos* que substituem as penas, evitando os crimes.

Garofalo labora nas mesmas ideas, definindo a pena como reacção social que é exclusão do membro cuja adaptação ás condições

do ambiente se revela incompleta ou impossível, dizendo que basta o individuo numa occasião unica não se comportar consoante aos principios de conveniencia, de honra e de moral para induzir-se que as sotopõe ao praser do egoismo; e em seguida deve ser *eliminado* pela morte ou pela mudança de meio, para que se effectue a boa selecção social; e em seguida classifica as penas em *eliminadoras* dos grandes malfeitores ou dos assassinos, *relegadoras* dos impulsivos, *deportadoras* dos ladrões, *reparadoras* dos crimes ligeiros, etc.

A terceira escola tem soluções divergentes e tomadas ás duas escolas extremas.

Liszt descortina em toda pena *segregação* do criminoso para não offender a sociedade, *intimidação* para revigorar as representações enfraquecidas que reprimem os maus instintos e *emenda* para modificar o character.

Prins distribue-as em *eliminadoras* dos adultos de mau passado, *educadoras* dos jovens e adultos de bom passado e *preservadoras* ou *medicadoras* dos anormaes em manicómio.

Alimena classifica-as em *repressivas* dos criminosos propriamente ditos *reformadoras* dos menores e vagabundos e *educadoras* dos surdos mudos e *medicadoras* dos alienados em manicómios, dando á toda por fim immediato a *segregação* do criminoso para não lesar á sociedade, tendo uma disciplina *emendadora* e por fim mediato a exemplaridade que age como motivo opposto ao crime na consciencia de todos.

A pena, pondo de parte o caso da repara-

ção do damno e da prevenção por processos previos, será simplesmente *eliminadora* dos criminosos natos ou incorrigiveis e *repressiva* dos criminosos occasionaes ou corrigiveis, operadas porem ambas pelas colonias agricolas, com variação do tempo de duração como, quer Ferri ou pondo de parte ainda as preservadoras ou medicadoras dos anormaes, será a pena *eliminatória* dos adultos de mau passado e tambem *educadora* ou reformadora dos adultos de bom passado e dos menores, como quer Prins, ou ainda pondo de parte as educadoras de surdos mudos e medicadoras de alienados, será a pena *reformadora* dos menores e vagabundos e *repressiva* dos criminosos propriamente dictos, como quer Alimena?

Ha ahi uma questão de criminosos e outra de finalidade da pena determinada pela solução da primeira, alem da questão nominal que não tem importancia mais.

A questão do criminoso nato sahe fora deste estudo e já foi por nós resolvida no sentido do reconhecimento, *siat in quantum* até que a biologia resolva-a com proficiencia, do criminoso ser uma persistencia da barbaria dos antecessores dos povos civilizados actuaes, não só nos sentimentos da ferocidade ou de indifferença ao valor da vida humana, como no *typo physio-gnomico* geralmente semelhante ao *typo mongolico* que é o representante actual do descendente do homem de *Cro-Magnon*, antecessor mediato dos amarellos pelo *typo* e dos europeus pela região, em que vivem e provavelmente se formaram as raças indoeuropeas de que provem, os celtas, depois hellenos,

depois italiotas, depois germanos pois todos elles desceram do norte para o sul, ficando na maior parte os ultimos em suas patrias ao lado dos slavos, e os indus a par de suas tradições emigratorias estão degenerados na Asia, provando pelas persistencias do typo primitivo, como a cor das creanças que foram irmãos dos europeus.

Tendo porem Ferri e como elle quasi todos os naturalistas reconhecido que existem criminosos natos incorrigiveis e criminosos occasionaes corrigiveis, devia ter logicamente concluido que os primeiros devem ser eliminados para não voltarem a estragar a sociedade e os ultimos reformados, porque não ha necessidade de eliminá-os desde que podem ser corrigidos e assim voltarem proveitosamente á sociedade; e em seguida as penas que são sempre repressivas tornam-se num caso eliminatorias e em outro reformadoras. E' a este resultado que chegam Prins e Alimena sob nomes differentes: eliminatorias (Prins), e repressivas (Alimena), dos criminosos adultos de mau passado (Prins), ou dos criminosos propriamente dictos (Alimena), e reformadoras (Alimena) ou educadoras (Prins), ou dos menores e dos vagabundos, o que desnatura a especie em questão, (Alimena).

Nossa solução da questão do typo criminoso não intervem aqui porque a corrigibilidade ou incorrigibilidade é phenomeno experimental que não pode ser resolvido deductivamente. Apenas pensamos que o criminoso nato é incorrigivel porque é um representante de antecessor mais antigo, lá para a selvageria

primitiva das raças actuaes que persistiu na barbaria e persiste na actualidade: sua característica é a ferocidade isto é, a inherencia de sentimentos maus; ao passo que é possível que homens das epochas transitorias, desses tempos barbaros ainda crueis (e talvez mais pela intelligencia desenvolvida á serviço dos sentimentos) mas em que já appareciam sentimentos bons em concorrência com os maus, se mantenham até hoje como criminosos passionaes, tambem gerados por cruzamentos de raças antagonicas; e ainda persistam homens de tempos em que acabavam os sentimentos ferozes e ainda não existiam os bons, que são os criminosos occasionaes.

Ora ambos estes têm condições para a reforma, a ausencia de sentimentos de qualquer especie no occasional, cuja reforma será o trabalho de lhe inocular um sentimento bom; e a coexistencia de ambos os sentimentos bons e maus no passional cujo trabalho de reforma será destruir o sentimento mau e fortificar o bom por exemplo mostrando-lhe que a mulher que elle offendeu é companheira e não escrava do homem (como elle sentia), portanto cooperadora indirecta da sociedade onde elle dignamente cooperava. Ambos esses grupos de criminosos (natos tambem, porque são hereditarios como os outros) que se podem chamar secundarios são reformaveis portanto e tanto mais quanto mais recentes ou novos até chegarem a educaveis na menoridade; mas os criminosos natos verdadeiros (os de Lombroso e sua escola) elles são unicamente eliminaveis porque não se destroe instincto.

Por outro lado os criminosos cujos actos provam a sua perversidade a ponto de dar-nos certesa de sua incorrigibilidade, não podem ser acompanhados por criminosos que por falta de manifestações de perversidade dão a esperança de ser corrigiveis, (não se devendo prejudgar uma questão de facto por uma hypothese de interpretação tão divergente como a do typo criminoso), sob pena de não serem os primeiros sufficientemente punidos ou de punir-se de mais aos segundos. A eliminação dos perversos faz-se por transportação ou cousa que o valha. ao passo que a punição dos não perversos faz-se por segregação ou prisão dentro da sociedade a que elle pertence.

Será melhor apagar sua differença, remettendo ambos para as colonias agricolas, como quer Ferri? Ainda o estudo não está sufficientemente feito, pela estatistica dos resultados do regimen reformador; mas por isto mesmo não se tem o direito de prejudgar a questão, e alem disto assevera-se a vantagem do regimen reformador.

Como quer que seja, no ponto de vista theorico a verdade é outra: Toda pena é por si repressiva, quando não se relacha ao ponto de tornar-se um gôzo; mas algumas se fazem por eliminação, affastando o criminoso do paiz, outras por segregação, mantendo-o dentro do paiz, a que pertence, e ainda outras pela privação de certos direitos entre os quaes estão os patrimoniaes que em certos casos effectuam uma *reparação* do damno occasionado pelo delicto, mas somente isto. O regimen da pena de prisão é que lhe dá outro character ou

modifica o caracter finalistico da pena. Assim a prisão mixta pode ser encarada como segregadora, a celllular como eliminadora e a progressiva como reformadora. Por outro lado, o regimen só, sem verdadeira pena, sem prisão pode ser educador, como é a entrega dos menores criminosos a casas de familias honestas, do mesmo modo que os paes o fazem muitas vezes sem ter havido crime.

O fim eliminatorio opera-se pela condemnação á morte e á transportaçã mas tambem pelo systema celllular.

A condemnação á morte não obstante ser ainda quasi universal, pois a tradicção e a rotina, si não a criminiosidade primitiva a mantem, ja está abolida em muitos paizes que tiveram a sua frente como legisladores homens já inteiramente evoluidos. Garofalo que a sustenta no caso do delinquente ser inassimilavel, por convir-lhe a eliminacão absoluta que é realisada pela morte, diz que é injusto fazer soffrer a um homem um mal mais grave que o que elle merece, unicamente com o intuito de exemplo servindo sem querer a ideada justiça e ao sentimento de piedade. Ferri vae adiante e conclue pela inutilidade da pena da morte. Afinal os humanitaristas, isto é, os homens que tomam a sociedade como ella é, uma cadeia de homens com consciencia e suas modalidades sobrepostas aos instinctos e reflexos animaes a repellem em nome dos sentimentos e da intelligência.

A transportaçã para as colonias agricolas pode ser tudo, condemnação á morte si a situaçã da colonia é má, mera eliminacão, si é

boa e eliminação repressiva si as condições são taes que haja ali uma verdadeira pena.

Tractando da *Penitenciaria* Cuhe diz-nos a respeito das colonias agricolas de França que existem duas uma na Guyana e outra na Nova-Calendonia, que ambas não preenchem o seu fim repressivo e Foucher e Richard secundaram-o.

A colonia guyanense é a morte dos presos; a da Nova Caledonia o seu paraizo, ao ponto dos criminosos natos d'aquelle paiz matarem afim de ser para la transportados.

O mesmo occorria quanto ás colonias penitenciarias inglezas quando existiam, pelo menos durante o tempo que se faziam na Australia.

De 1788 a 1820 a colonia australiana era o inferno dos presos, muitas vezes sem alimento, sempre com muito trabalho de desbravar as terras incultas e applicações frequentes de castigos, ferro, chicote etc.

De 1820 a 1830 a sorte dos colonos penaes variou, era miseravel ou feliz, segundo o character do senhor, pois elle era escravo temporario do colono livre que o explorava resolutamente sem que ninguem se escandalisasse com o facto. De 1830 a 1840 epocha em que a colonia foi suspensa salvo para os liberados condicionaes que foram até 1868, a lucta dos colonos livres contra a metropole pela remessa dos transportados, o espirito liberal dos mesmos, e seu patriotismo conducente a reerguer a patria nova, affrouxaram de tal modo a repressão que a criminalidade augmentou rapidamente na metropole, suppondo-se devido á

inefficacia das penas. Em conclusão diz Cuche: No ponto de vista repressivo a transporção australiana nunca foi uma pena reformadora, a Inglaterra parecendo se desinteressar pela regeneração moral de seus convictos expatriados." Nem tão pouco foi repressiva. Ella teve para os colonos penas inglesas a mesma attracção de Nova Caledonia para os francezes... Com um antigo governador da Guyana é preciso dizer que não ha colonisação penal ha simplesmente um emprego possível da mão d'obra penal aos colonos?... Falando da colonisação russa de Sakhalina continua Cuche: "O resultado é que só cuidam (os colonos) de evadir-se, a vagabundagem é seu genero de vida habitual e o roubo seu meio de existencia, sem fallar do alcoolismo de tal modo intenso que aldeias são estragadas e da prostituição a que só escapam tres por cento das mulheres.

A vista do exposto vê-se a que fica reduzido o elogio que dellas faz o Ferri fazendo nellas consistir a punição dos adultos incorrigiveis e corrigiveis de crimes graves, sendo perpetua nos primeiros e temporaria nos segundos, pelas vantagens do trabalho ao ar livre, hygiene e moral que melhoram as condições sociaes da lucta pela vida, conservam os laços da familia, e dão aos criminosos um destino natural, de colono da região onde cumpre a pena, sem as insufficiencias do patronato, e ao Estado as vantagens da colonisação de suas terras.

O systema cellular é uma condemnação á uma morte operada lentamente. A prisão de

Walnut Street em Philadelphia fez a experiencia do isolamento sem trabalho, livros e visitas e foi tal o resultado que ficou conhecida como prisão para os condemnados á morte. Ferri chama-a de maior aberração do seculo XIX porque elimina o instincto de sociabilidade, produz a tuberculose e a loucura; isto quando é verdadeira porque no caso contrario é um insulto atroz e revoltante á miseria honesta pelas suas sumptuosidades. Lombroso tambem a ataca nos seus *Palimpsestos das prisões*. Já Aristoteles disse que para viver preso é preciso ser deus ou bruto.

Dizem que Pelisson fez a educação duma aranha na masmorra da Bastilha. O medico Beauvais, que operou na prisão de Mazas em França julga que ella não convem aos sanguineos, plethoricos, apoplecticos, trazendo-lhes congestões cerebraes, hemorragias nasaes ou pulmonares; e aos anemicos e nervosos, a que trazem prostrações, palpitações, inapetencias e allucinações. Favorece a tuberculose e accelera sua evolução. Bonnet diz que ella exerce terrivel influencia sobre o physico e o moral, intimida pouco e não impede a perpetração do crime. O suicidio é frequente. A de Louvain leva ao embrutecimento visinho do idiotismo. O dr. Collineau affirma que traz alienação mental." Deste modo as suas vantagens que são a incommunicabilidade dos vicios e a libertação da influencia dos maiores é destruida pela molestia e pela incapacidade para viver fora da prisão. Gauthier no *Mundo das prisões* julga que na organização actual das mesmas, tudo é combinado para esmagar

e individuo e destruir seu pensamento e sua vontade. Prins diz que não se prepara o homem para uso da liberdade social, extinguindo-se do seu espirito a imagem da vida e da sociedade.

Não é só o systema cellular que é defeituoso, que não alcança o seu verdadeiro fim.

O mesmo acontece com o systema penitenciario communista e com o mixto; mas com uma differença, que é o communista ser francamente repressivo, e o mixto pretender erroneamente reformar o condemnado, alem do primeiro ser dissolvente ou corruptor de alguns detidos que ainda tenham possibilidade de emenda.

As prisões communistas dizem Faucher e Richard na *Encyclopedia de Medicina e hygiene* de Jules Rochar são escolas de crimes.

Os criminosos mais perversos fazem leis e seus discipulos são duma docilidade a toda prova. Já se vê que fora das prisões os chefes continuam a imperar e em suas mãos as naturezas instaveis se tornam verdadeiras manivellas.

As prisões mixtas ou auburnianas com o isolamento á noite não chegam a essa degeneração; mas tambem não conseguem melhorar os presos, porque não tem estimulos, limitando-se a não matal-os lentamente pelo trabalho em commum, cuja obrigação do silencio absoluto entretanto, revolta pela compressão da sociabilidade humana, enchendo a alma de constante rancor que estraga em vez de melhorar. Deste modo o systema fica simplesmente repressivo.

Entendido assim o regimen penitenciario é duplo, educador e reformador.

O educador está nos naturalistas; mas o reformador excepção de Lombroso é só dos classicos e dos humanitaristas principalmente, acceitos pelos criticos, Liszt chamando ambos, ao que parece, de emendadores, Prins denominando ambos de educadores. Já Ali-mena chama reformador ao regimen que educa os menores e os vagabundos, dando o nome de educador ao dos surdos mudos, mas quer que toda pena seja emendadora, como si a emenda viesse da pena em geral e não do regimen especial.

Entre elles salienta-se Prins combatendo a prisão cellular que pela uniformidade habitua a si os criminosos e pela curta duração algumas vezes, fica verdadeiro hotel, para passar alguns dias durante a má estação; e porque lhe faltam os verdadeiros requisitos da pena que são personalidade, reforma, exemplaridade, pois soffre a familia, augmenta o crime e só se emendam os caracteres corrigiveis ou indecisos, não tendo acção sobre individuos de character recto nem sobre os incorrigiveis perversos; nem a remissibilidade, porque ao sahir da prisão o criminoso não tem recurso para subsistir por si, honestamente, não obstante o desenvolvimento actual do patronato. Não admitte tambem a transportação para colonias agricolas porque si suas condições atmosfericas são más, é a morte lenta e si são boas, é o bem estar, quando os pobres honestos vivem na miseria, alem de ser um insulto e um perigo á colonia livre por cujos

protestos a Inglaterra mudou a transportação, da Australia para Portland, Portsmouth e Chatham. Entende que a pena deve ser adaptada á natureza do delinquente pela individualização.

*Regimens penitenciarios reformadores e educadores.*

A finalidade da pena cerceadora da liberdade e seus annexos, completa-se por outros processos, tudo o que constitue o regimen penitenciario.

Regimens penitenciarios são assim os conjunctos de meios empregados junctos á pena de prisão para a consecução do fim ou função da pena, a bem do criminoso e da sociedade a que elle volta.

Podem ser distinctos em positivos e negativos estes sendo uma especie de residuo operado pelos fins positivos que são a educação e a reforma do criminoso. Os fins puramente repressivos ( eliminatorio ou segregatorio), que são esses residuos, não são pois regimens e sim a sua ausencia, porque ahí não se procura conseguir a verdadeira função da pena que é a melhora do homem, satisfazendo-se com a impossibilitação perpetua ou temporaria da reproducção do ataque á sociedade pelo preso.

Empenhado neste estudo practico da função da pena pelo seu resultado, Cuche classificou a materia em *eliminadora* dos criminosos incorrigiveis, *reformadora* dos corrigiveis

e viciosos e emendaveis, alem da *educadora* dos menores e da *intimidadora ou repressiva* para os crimes ligeiros e outros de occasião; e Chaves em campanha identica reproduziu-o com modificações que são accrescentar aos emendadores ou educaveis, os vadios e vagabundos porque não são criminosos, e supprimir as penas intimidantes e seu regimen que collocou no reformador, taes são a pena de curta duração, a multa, a condemnação pronunciada com espera (*sursis*), que se substituirão pelo chicote e perdão com reprehensão, ou advertencia e interdicção do direito, pois ambos reconhecem que a prisão de curta duração está desacreditada como proporcionadora da corrupção dos criminosos de occasião ou corrigiveis.

O regimen educador não tem caracter punitivo, não é disciplinado por pena propriamente dicta mas caracterizado pela subtracção do menor ao meio que o estragou, sendo entregue a escolas ou casas de familia em boas condições e sujeitos a processos de educação moral... instructiva e profissional, com regimen disciplinar e liberação condicional, que variam com as series das creanças, classificadas pelo seu grao de perversão moral, tendo os institutos bons predios, em condições hygienicas, pessoal educador numeroso e escolhido, como fez Brochward no reformatorio de Elmira, duração prolongada da educação etc; e consistindo principalmente em recompensa e privações das mesmas bem como recreios e visitas, perda de empregos, de galões, de beneficios, reprehensões, isolamentos na refeição,

jejum a pão e agua etc internamente em cellulas, em colonias correccionaes etc, alem de tutellas e tribunaes proprios.

As creanças criminosas ainda que ajam com discernimento não podem sob pena de irracionalidade da auctoridade, ser submettidas ás penas severas dos adultos porque não tem a sua resistencia etc, do mesmo modo que estes não podem ficar em commum com as mulheres; e seu regimen deve ser de educação, qualquer que seja a idea a respeito porque não temos o direito de prejudgar uma questão de tal importancia que deve ter sua solução experimental, por ideas preconcebidas, e a experiencia ao contrario nos ensina que o homem aprende sempre, que até chegar a idade maior se educa, e muitas vezes até depois da maioridade porque a educação é um processo que é exercido em grande parte pelo proprio individuo quando se submete a uma norma de conducta.

O regimen reformador tambem é necessario porque a repressão não é um regimen, é o fim immediato de toda pena, qualquer que seja o resultado longiquo da pena ella tem este fim; e porque si certos criminosos não são educaveis ou reformaveis, e outros ao contrario são reformaveis e educaveis, sem isto não ha rasão para separal-os dos primeiros, pois eliminção por mais ou menos tempo lhes era applicavel. E' o que acontece com os criminosos occasionaes dos naturalistas e deve acontecer com os passionaes. Depois porque reconhecer os criminosos occasionaes como corrigiveis e não tractar de corrigil-os?

O que é corrigível se corrige; e desde que o criminoso pode ser correcto, seu regimen deve ser reformador, isto é, sua penitenciaria deve ter um regimen apropriado que não se limite a eliminar ou a segregar mas a reformar o adulto como o da creança se propõe a educal-a.

A razão de Ferri ficar na repressão geral para os criminosos que não menores nem eliminaveis, é dar-lhes a mesma pena de relegação nas colonias agricolas; mas é incoherente porque por mais vigilancia que haja põe individuos corrigiveis em contacto com os incorrigiveis, em detrimento dos primeiros e portanto da sociedade a que elles devem voltar apoz o cumprimento da pena temporaria. Bem andaram os penitenciariastas distinguindo os regimens pelos criminosos e seus crimes. Cuche considera como eliminadoras a pena de morte e a transportação (relegação) e principalmente esta porque a primeira é impropriedade, imposta aos criminosos profissionaes ou de crimes graves; e como reformadora as penas privativas da liberdade cumpridas em boas penitenciarias, em edificios proprios, tambem em boas condições hygienicas, conduzidos por um pessoal ainda apropriado, sendo os detidos sujeitos a um regimen conveniente, em condições hygienicas e boa alimentação, a um regimen moral educativo e instructivo e para isto ainda a um disciplinar; com organização de trabalho, com proveito parcial do detido, e sobre tudo com recompensas e punições por seus procedimentos bons e maus, e afinal pelas vantagens da liberação condicio-

nal quando ja inspiram a confiança; e Chaves ainda adverso á pena de morte como irrevogavel e não graduada, tambem caracteriza o regimen eliminatorio pela pena de transportação, devendo o criminoso corrigivel ser punido pelas mais penas, inclusive as de curta duração de multa e de liberdade condicional que Cucho separa para o regimen da intimidacão, confiscação e penas moraes de reprehensão, publicação da sentença de condemnação e a liberdade condicional, penas privativas de direitos com indeterminação da sentença, regimen educativo, moral, instrucção, trabalho, peculio, patronato em penitenciaria progressiva e só na falta auburniana etc.

E' verdade que Garofalo levado na sua *Criminologia* pelo principio da hereditariedade exclusiva disse que os menores não tem senso moral que Darwin derivou da sympathia pelos semelhantes e Spencer fez producto do raciocinio de conducta tornado habitual e depois hereditario; mas Lombroso no *Crime, causas e remedios*, influenciado pela accumulacão da adaptacão á hereditariedade, crê na nutrição moral desses criminosos, pelo convivio das familias honestas, pois nessa idade a suggestão é poderosa e pela actividade continua no sentido do bem, tudo o que previne os crimes occasionaes e alcança sinão a correcção a transformacão util dos criminosos natos. Lanessan tambem na *Lucta contra o crime* pensa que as qualidades moraes, virtude, vicio, etc não são hereditarias; e que a criminalidade decorre dos sentimentos e paixões produzidas pelas necessidades naturaes.

A educação é o áccrescimo feito á repressão dos menores não só porque quasi sempre foi a sua falta que determinou o crime, como porque em face da sua vida futura é melhor tornal-o um homem digno do que mantel-o no estado abjecto em que se acha ou peor ainda rebaixal-o mais pelo exemplo nocivo dos companheiros maus e pela falta da convivencia social e de outros estímulos do homem. Isto mesmo reconhece Ferri para quem tambem os menores devem ser entregues a casas de familias honestas, etc.

Persiste a questão em relação aos adultos corrigiveis de Ferri, de bom passado de Prins, vagabundos de Alimena, que por não serem criminosos propriamente ditos, faz que este auctor saia fora da questão da pena reformadora, mas só pode ser resolvida empiricamente. A sciencia que o estuda é a penitenciaria definida por Cuche com sciencia applicada cujo fim é alcançar pela practica uma organização racional e efficaz da lucta contra o crime; isto é, estudo das funções da pena e da organização practica da sua adaptação ás mesmas (*Sciencia e legislação penitenciarias*) ou como diz Chaves, sciencia da pena organizada como função da emenda dos criminosos e da segurança individual e publica, alem da neutralisação dos factores potenciaes da criminalidade (*Sciencia penitenciaria*).

Esta mesma que Liszt chama de penalogia ou politica penal e que Ferri põe na sociologia criminal como estudo ou meios para a defesa preventiva e repressiva do crime.

Lombroso foi cordato e no *Crime, causas*

*e remedios* fez o elogio do systema progressivo que é o processo capital desses regimens, como conciliador da economia que é possível com a psychologia criminal, porque permite a passagem gradual do criminoso á liberdade completa. . . dá meios ao publico para vencer as desconfianças para com os liberados e a estes a confiança em si.

A essencia si é possível dizer-se do systema progressivo é a reforma dos habitos psychicos do homem.

Deste modo, diz Cuche, Maconochie visava collocar a sorte do condemnado entre suas proprias mãos, impor-lhes como uma serie de multas. . . arrastando-o durante o cumprimento da pena a estes habitos de economia e de previdencia que o preservam duma queda em seu livramento.

O resultado foi maravilhoso transformando completamente esta população revoltada. . . O systema progressivo prepara a pouco e pouco o condemnado á sua liberação, creando entre a prisão cellular e a plena liberdade um ou dois regimens intermediarios. . . dois na Irlanda. . . sob Crofton e um na Inglaterra actual. Do reformatorio de Elmira continua Cuche, a parte a critica auctorizada da *Association Howard*, tem feito apreciação elogiosa e algumas vezes entusiasticas, todos os visitantes estrangeiros como Asschrott, Winter, Yvon. . . E' impossivel diz Winter que uma tão excellente disciplina moralisadora não tenha efficacia superiora. Narram-se numerosas e tocantes resurreições moraes cuja lembrança

é evocada com simplicidade por aquelles que tem sido testemunhas quasi sempre activas. E' conclue Cuche, o sacrificio de todas as funcções da pena á emenda: si acontece prisão antes da liberaçãõ condicional isto basta e a prevençãõ collectiva não terá a manter o emendado um dia mais no reformatório."

A melhor prova das vantagens do systema progressivo para a reforma dos criminosos corrigiveis porem é a confissão de Ferri, dizendo que não nega que elle seja melhor ou menos mau que os outros, *não obstante accrescentar*, mas não é preciso esquecer que um grande numero de effeitos quasi milagrosos de emenda e de reduçãõ no numero das reincidencias dos delictos, são devidos, na Irlanda á emigraçãõ consideravel dos liberados para a America... E na America a que é devido o benefico resultado si não ao proprio instituto? La não ha a emigraçãõ referida. Tem porem rasão Ferri quando o exelue da Italia, patria do crime, dizendo que em todo caso é inapplicavel ao referido paiz, onde ha um stock de malfeitores, como disse Renzis. Para os grandes males os grandes remedios e ahi só evoluçãõ social.

O que leva os naturalistas a repellir as penas reformadoras educadoras é a falsa idea do character. Tendo Ribot nas *Molestias da vontade* julgado o character uma stratificaçãõ successiva de elementos biologicos, psychologicos e sociologicos, sobrepostos uns aos outros, concluem que a educaçãõ não influe sobre o character já formado, agindo, sobre os amorphos que ficam instaveis.

De que valem as leis da adaptação de Larmarch e da selecção de Darwin, si a hereditariedade é a unica força despotica, absoluta do homem e portanto dos animaes?

E si a adaptação e a selecção (uma ou ambas, pouco importa aqui) são forças reaes, na animalidade e no homem, si foram os factores da evolução biologica e mesmo como muito se quer hoje da psychologica e da sociologica, porque estacar em frente dellas o character do homem com um limite intransponivel? A ser se logico, o character animal (desde que é stratificação é tambem animal), teria feito o mesmo e a animalidade não poderia ter variado, no terreno dos instinctos, tornando-se uns industriosos (castores, abelhas) ou simplesmente sociaveis (macacos, lobos). A mudança operada na especie ha de começar no individuo; e a questão das qualidades adquiridas pelo individuo fixarem-se na especie, o prova: Dir-se-a que a mudança de cada individuo é uma grão de areia na montanha do seu character? Não creio. A domesticação dos animaes, não lhes destroe os instinctos, mas aguça sua intelligencia, como é prova a maravilhosa delicadesa de acção do elephante e sua intelligencia é instinctiva. Depois homem não é animal, tem rasão e consequente vontade que podem ser educadas.

Povos de piratas, como foram os normandos e dinamarqueses, estão hoje civilizados, instruidos, moralizados, sendo os ultimos os mais abstinentes da Europa num clima em que os outros bebem dolorosamente; e povos cavalleirescos, como foi o polaco, onde os homens

eram tão corteses para as mulheres, que desciam as calçadas para dar passagem ás senhoras que encontravam, como ainda se faz na Hespanha, degeneraram ao ponto das suas mulheres encheram os mercados mundiaes da dissolução, desde a cessão feita a Napoleão.

Pode acontecer que Pedrito selvagem e educado na Europa volte á sua selvageria primitiva, e que as mulheres annamitas ou indianas etc deixem seus maridos europeus para voltar á escravidão de suas patrias; mas é verdadeira tambem a idea dos stoicos louvando a serenidade do sabio que se colloca no ponto de vista da necessidade e que se sente livre aquiescendo ás leis do mundo. Educar deve ser como queria Rousseau respeitar o character individual innato, porque é mais seguro; mas quando esse character é mau é preciso combatel-o, para melhora-lo; e isto tanto nos outros como em nós mesmos. A vontade se educa pela intelligencia: Schopenhauer.

A educação, segundo Dugas na *Educação do character*, determina as circumstancias proprias a favorecerem ou impedirem o desenvolvimento das qualidades moraes ou das formas do character vantagosas ou desejaveis.

Hoje existem innumeradas obras procurando disciplinar o character ou a mais forte de suas manifestações, a vontade. E si a vida é uma escola em que se aprende sempre porque não ha de ser tambem educadora, ensinando a respeito do character, isto é, do exito e das decepções do seu modo de proceder?

Trata-se porem especialmente dos caracteres instaveis ou amorphos, pois os crimino-

sos natos verdadeiros são apenas eliminaveis, para todos.

Si a Ethologia de Mill é uma verdade, se ha formação do character como theorisam Malapert e outros, os instaveis, isto é, os criminosos occasionaes, a que faltam os sentimentos bons como os maus, e os passionaes que tem ambos, devem ser reformaveis, incutindo-se sentimentos bons nos primeiros e eliminando-se os maus nos segundos.

### *Patronato*

A vista do exposto, da reforma dos criminosos adultos corrigiveis e da educação dos menores, é justo que a sociedade que se interessa pela sua sorte, não só porque tem o sentimento da piedade, tambem dispensada ás victimas pela condemnação e punição, como porque a si devem voltar os mesmos condemnados apoz o cumprimento de sua pena, levante associações que tomem aos hombros dos seus associados realizar esse interesse por todos os processos, secundando de alguma forma os meios empregados pelas auctoridades para a consecução da educação e da reforma referida, visitando os presos, proporcionando-lhes meios principalmente na falta, de instrucção e educação, e sobretudo dando-lhes a esperança de encontrar na sahida um amparo ás suas espectativas de miseria e realisando com effeito essa esperança quando elles se libertam da pena, ainda que seja pela emigra-

---

ção que então opera como uma amnistia apagando da memoria dos seus novos conterraneos a noticia do seu lugubre passado; e combatendo por este modo a reincidencia” Prius lembra que isto põe as classes directoras á par da miseria; mas deve ser commedido feito com todo o cuidado para não retirar o trabalho dos honestos”

Os naturalistas são-lhe infensos. Ferri julga-a insufficiente. Lombroso inutil para todos os adultos.

Maxime de Camp porem logicamente só vê sua inutilidade para os criminosos natos. Com effeito se os outros são corrigiveis, se devem ser reformados porque não serem amparados dentro e fora da cadeia, desde que não se prejudiquem os bons? Appareceu em em 1776 em Philadelphia, no anno seguinte em Dinamarca, em 1823 na Allemanha, 1857 na Inglaterra, depois na França, Hollanda, Suecia, Noruega etc e até no Brasil em 1810.

*Laurindo Leão.*

---