

Capítulo VII

A defesa social no Brasil

Raymundo Nina Rodrigues

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

RODRIGUES, R. N. A defesa social no Brasil. In: *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, pp. 73-95. ISBN: 978-85-7982-075-5. <https://doi.org/10.7476/9788579820755.0008>.



This work is free of known copyright restrictions. <http://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/>

Este trabalho está livre de restrições de direito de autor e/ou de direitos conexos conhecidas.
<http://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/>

Esta obra está libre de restricciones conocidas de derechos autorales. <http://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/>

CAPÍTULO VII

A DEFESA SOCIAL NO BRASIL

Sumário – Causas de irresponsabilidade no Brasil; sua influência na extrema generalização possível da impunidade. Inconvenientes de uma modificação parcial do código para corrigi-lo; necessidade de uma reforma radical. Defeitos fundamentais da nossa legislação penal: a unidade do código. Menoridade. Dualidade da magistratura; seus inconvenientes. O júri na organização judiciária do estado da Bahia. Efeitos desastrosos da reclusão dos menores na penitenciária deste Estado. A pluralidade da legislação penal no Brasil; oportunidade das reformas da escola criminalista positiva.

I. A conclusão paradoxal a que cheguei na última conferência é de um rigor lógico indiscutível.

Ela se compreende. A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendê-la, não só contra os atos antissociais – os crimes – dos seus próprios representantes, como ainda contra os atos antissociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam ao contrário manifestações do conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas, ou submetidas.

Era, portanto, natural que o legislador brasileiro confundisse todos esses atos sob a rubrica geral de crimes, e os submetesse aos meios de repressão, que, a seu juízo, deviam garantir a ordem social sobre que repousava a civilização que ele tinha em vista defender.

Para abranger, porém, em uma formula única atos antissociais tão diferentes, fazia-se mister que o conceito fundamental da repressão fosse sobretudo bastante compreensivo e generalizado. Deste jeito, se algum dia se viesse a demonstrar que o critério escolhido tinha sido falso, ou mesmo apenas insuficiente, os ataques dirigidos contra a sua legitimidade deveriam

parecer trazer como consequência inevitável o compromisso, ou o aniquilamento de toda a ordem social a que ele servia de garante.

Foi o que sucedeu com o livre arbítrio. Se até hoje a sua eficácia pode parecer suficiente, é que os nossos códigos, impondo às raças inferiores o estalão por que aferem a criminalidade da raça branca, de fato, substituíram inconscientemente na aplicação prática da repressão criminal o livre arbítrio pela defesa social, punindo, com manifesta contradição, em nome da liberdade de querer, a indivíduos certamente perigosos, mas completamente inimputáveis.

Podeis agora compreender em que sentido exato considero os crimes das raças inferiores, do número dos crimes culposos ou involuntários. Menos por certo porque neles deixasse de ter havido uma intervenção da vontade, do que pelo fato de não implicarem sempre manifesta intenção criminosa, e ainda por importar a sua punição na escola clássica, do mesmo modo que nos outros crimes involuntários, palpável derrogação inconsciente ao princípio do livre arbítrio.

II. Todavia esta demonstração da incoerência e insuficiência da escola clássica, pelo absurdo das conclusões lógicas de seus princípios, aplicados à repressão dos crimes no nosso país, não nos deve levar a advogar ou pedir que o legislador brasileiro procure preencher a lacuna que, do ponto de vista do livre arbítrio, demonstrei existir na legislação penal pátria, e insira nos códigos uma escusa de qualquer espécie para os crimes cometidos pelas raças inferiores.

Por mais dura e iníqua que para os nossos hábitos mentais de hoje possa parecer esta defesa social pela aplicação absoluta dos princípios da escola clássica, sem a menor atenção aos modificadores da imputabilidade, em todo caso repousa por enquanto sobre essa aplicação a garantia da ordem social no país.

Mas nem tem isso sequer às honras de uma inovação. Em todos os tempos, à sombra, sob a tolerância e em nome do suposto livre arbítrio, se puseram em ação medidas repressivas, mesmo de extremo rigor que, de fato, nenhuma relação guardavam com a responsabilidade dos punidos.

Não nos ensina a história, escreve Coutagne, que em todas as épocas a administração do castigo tem variado, não de acordo com a noção abstrata da intenção criminosa, mas segundo os perigos que corre a civilização, ameaçada de momento em tal ou tal das suas bases? Os

suplícios dos heréticos na sociedade religiosa da Idade Média e as execuções dos suspeitos durante a Revolução Francesa eram inspirados por vistas opostas, mas igualmente lógicas e tendiam a corresponder às necessidades do momento.

A agravação particular que a nossa antiga legislação penal descobria na circunstância de ser o crime cometido pelo escravo contra o seu senhor, não se justificaria, por certo, pela admissão no criminoso de uma dose maior de livre arbítrio; mas tão somente pela intenção manifesta de prestar o legislador mais uma sanção e garantia à instituição servil, hoje condenada.

Enquanto aguardamos, pois, que o lento preparo, a evolução natural dos espíritos tornem possível uma execução completa e harmônica das ideias e princípios da escola criminalista positiva, maior perigo existe, como justamente ensinam Ferri, Puglia e outros, em entibiar ainda mais a repressão dos crimes, enxertando as ideias novas no velho edifício da teoria clássica, do que em deixar sem correção parcial defeitos de um sistema de repressão que reclama substituição completa.

Não importa isto reconhecer eu conceder que, mesmo com todos os seus erros e contradições, a escola clássica está habilitada a dispensar indefinidamente a adoção e execução das novas ideias.

De fato, entre nós principalmente o seu sistema de repressão não é só irracional e insustentável por se firmar em uma contradição manifesta que não poderá subsistir por muito tempo, ele é ainda de todo insuficiente.

Infelizmente o Brasil é país em que a constituição republicana cometeu o grande e duplo erro de adotar, com a unidade do código penal, a dualidade da magistratura; em que a velha codificação processual, toda remendada, prima atualmente pela desarmonia em que vive de um lado com o código penal da União, de outro lado com as organizações judiciárias dos estados; em que a execução das penas, os meios penais, nunca obedecem ainda hoje, a um sistema racional qualquer; em que o júri, com todos os defeitos que lhe são inerentes, achou meios, na indiferença e incapacidade da massa da população, de se tornar mais perigoso do que em toda a parte; em que os alienados, a não ser no Rio de Janeiro, estão em condições mais precárias do que os da França antes de Pinel; em que, além da ausência completa de meios educativos de eficácia real, a infância se acha de todo sem proteção contra a aprendizagem e a educação do crime.

Em tal país, o gérmen da criminalidade – fecundado pela tendência degenerativa do mestiçamento, pela impulsividade dominante das raças inferiores, ainda marcadas do estigma infamante da escravidão recentemente extinta, pela consciência geral, prestes a formar-se, da inconsistência das doutrinas penes fundadas no livre arbítrio –, semeado em solo tão fértil e cuidadosamente amanhado, há de por força vir a produzir o crime em vegetação luxuriante, tropical verdadeiramente.

III. Posso iludir-me, mas estou profundamente convencido de que a adoção de um código único para toda a república foi um erro grave que atentou grandemente contra os princípios mais elementares da fisiologia humana.

Pela acentuada diferença da sua climatologia, pela conformação e aspecto físico do país, pela diversidade étnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça mais acentuar-se ainda, o Brasil deve ser dividido, para os efeitos da legislação penal, pelo menos nas suas quatro grandes divisões regionais, que, como demonstrei no capítulo quarto, são tão natural e profundamente distintas.

Estamos habituados, diz Orgeas, a generalizar todos os fenômenos que observamos em torno de nós, e é da mania da generalização que provém todas as ideias falsas que tem curso através do mundo. O que é verdadeiro nos climas temperados é falso nos climas tórridos. Tudo o que se refere ao homem, na ordem física como na ordem moral, varia com a latitude, e não é preciso grande espírito de observação para perceber que os princípios, absolutos, gerais, abstratos, são falsos e conduzem a resultados absurdos.

Foi ao vez de generalizar em tudo que obedeceram os portugueses e seus descendentes com a ideia de um código penal único para o Brasil.

Também não é difícil salientar os numerosos absurdos a que essa ideia nos tem conduzido.

IV. Nenhum exemplo será ilustrativo do que o da menoridade no Brasil.

O código do império havia limitado aos quatorze anos as regalias da menoridade (art. 10, § 2); salvando a hipótese de se provar que o menor de quatorze anos, havia obrado com discernimento (art. 13).

Reconhecendo embora que o desenvolvimento psíquico varia consideravelmente de indivíduo a indivíduo, Tobias Barreto aplaude, como muitos outros autores, a praxe de se fixar um termo invariável à menoridade.

Pronunciou-se, por isso, fortemente contra a doutrina do art. 13 do código antigo, fazendo consistir toda a sua argumentação na dificuldade prática de se determinar se a criança obrou ou não com discernimento, como se; por acaso, fosse este problema de freniatria médico-legal mais difícil e insolúvel do que tantos outros em que, em nome do livre arbítrio, se questionava a integridade mental do criminoso adulto.

Ainda neste particular, Tobias Barreto, o iniciador no Brasil do estudo positivo do direito, não teve a intuição exata da lei histórica a que está obedecendo o desenvolvimento da prova em matéria processual. Escapou-lhe essa sucessão, tão bem estabelecida por Tarde e aceita pelos criminalistas italianos, por que tem passado à prova, desde os ordálios e os duelos judiciários, na fase teológica, da tortura na fase legal, e do júri na fase política, até o seu sucessor lógico e natural – a perícia científica na fase; positiva.

E então, se o preocupasse menos o receio da vitória dos *patólogos do crime*, teria ele compreendido que só o exame a fundo, só uma análise fisiopsicológica completa poderia fornecer ao processo a prova por excelência da incapacidade de adaptação social do criminoso, única base segura e indefectível de um sistema racional de repressão do crime.

Aliás bem instrutivos lhe deveriam ter sido os exemplos de Kant, Trolong e outros, pois as pretensões invasoras e descabidas de alguns médicos em nada poderiam comprometer a competência particular dos peritos, quando sabia e prudentemente circunscrita aos justos limites das suas legítimas atribuições.

No entanto, a este inconveniente, já muito sério, de se haver, num país como o Brasil, fixado à menoridade limite tão elevado, acrescentam Tobias Barreto e aqueles que entendem que só se pode ser adiantado exagerando as opiniões do mestre, pedidos insistentes para se dilatar ainda mais esse prazo, atendendo a que as nações mais cultas do velho mundo assim o tem feito.

Estranha contradição certamente! Pois, além das razões de nossa acanhada cultura mental, invocam precisamente em favor dessa ideia a diversidade de climas e de raças, que se nota no Brasil.

Mas nisto vai seguramente desconhecimento completo de dados biológicos fundamentais.

De todas as divergências apontadas, nenhuma neste particular poderá sofrer confronto com a que existe entre as raças que ocupam o nosso território, nenhuma que meça a distancia mental que vai do filho do europeu, do alemão civilizado, à do filho do guarani selvagem, ou quase selvagem ainda.

Pois bem, a observação, confirmando as induções da biologia, demonstra que o desenvolvimento mental é muito mais rápido, a maturidade muito mais precoce nas raças inferiores do que nos povos cultos ou civilizados.

Como todas as crianças das raças inferiores ou atrasadas, escreve o Dr. Letourneau, o menino polinesiano é precoce: porque nas civilizações inferiores, o desenvolvimento prematuro é uma necessidade, o homem não tem lazer para se demorar na infância; mas a inteligência deles é tão limitada quanto pronta em amadurecer. Segundo afirma o Tenente Walpole, os pequenos havaianos educados nas escolas inglesas mostram a princípio uma excelente memória, mas a instrução superior lhes é inacessível. Assim também, os meninos neozelandeses a princípio são mais inteligentes do que os pequenos ingleses, mas raramente são susceptíveis de uma cultura elevada.

O menino negro é precoce, afirma ainda Letourneau; muitas vezes excede ao menino branco da mesma idade; mas cedo seus progressos param: o fruto precoce aborta.

À respeito dos índios brasileiros encontro a sua precocidade nos sérios cuidados da vida, mencionada em mais de um autor.

Notarei, diz o Sr. Couto de Magalhães, que entre os selvagens o menino começa a cuidar da própria subsistência desde os dez anos, sendo contudo auxiliado pelos parentes até que baste a si mesmo.

Dos Chichaná, diz o Sr. Dr. Barboza Rodrigues (*Pacificação dos Crichaná, Rio de Janeiro, 1885*):

As crianças são transportadas às costas pelas mães, sentadas em uma *tipoiá*, feita do líber da *envira* (*guateria sp.*), a cavaleiro sobre os flancos. Os meninos de oito anos em diante usam pequenos arcos e flechas, em tudo semelhantes aos dos homens. Em ambos os sexos nessa idade começam a andar tangados.

Mas entre nós, desnecessários tais exemplos. A precocidade mental é a regra, e infelizmente também a precocidade da sua de cadência muito de

perto a acompanha. À um distinto professor isto fez dizer satiricamente – que somos um povo de meninos prodígios e homens toupeiras.

A explicação desta diferença entre os povos civilizados e bárbaros é a mesma para todos os autores e reside na herança de uma organização cerebral mais ou menos complexa.

Tem-se observado, escreve Sergi (*La Psychologie physiologique, Paris, 1888*), que os meninos do Taiti aprendiam tão bem quanto os pequenos ingleses; mas aos doze anos, mais ou menos o desenvolvimento detêm-se no menino taitiano, ao passo que o menino inglês continua a progredir até a idade adulta. Este fato encontra a sua explicação nas condições orgânicas das raças; é que o menino inglês herdou uma organização mais desenvolvida, a da raça inglesa, ao passo que o pequeno taitiano herda uma organização que não teve grande desenvolvimento nos seus antepassados e o seu desenvolvimento pessoal detêm-se por conseguinte nesse estado.

Em igualdade de circunstâncias, diz Spencer (*Principes de Sociologie*), os tipos de organismos menos desenvolvidos não exigem, para chegar à sua forma completa, tanto tempo quanto os tipos mais desenvolvidos; e esta diferença, evidente quando se compara o homem aos animais mais inferiores, encontra-se de novo quando se comparam as diversas raças humanas entre si. Esta diferença deve ser atribuída a uma diferença de desenvolvimento cerebral. Os gastos maiores que exige a formação completa de um cérebro maior, e que retardam por tanto tempo a maturidade do homem em comparação à dos mamíferos em geral, retardam igualmente a maturidade do homem civilizado além da idade em que “se faz a maturidade do selvagem”. Sem indagar das suas causas, é certo que, nas mesmas condições, clima e outras, as raças inferiores chegam à puberdade mais cedo do que as superiores.

E com grandes aplicações à nossa tese, acrescenta Spencer:

A terminação do crescimento e da estrutura em um período mais curto nos interessa, porque ela implica a existência de uma natureza menos plástica: a vida no adulto tem uma rigidez e uma imutabilidade que, desde muito cedo, opõem obstáculos às modificações.

É uma lei, diz ainda Spencer (*Essais scientifiques*), que os organismos gastam tanto mais tempo em se desenvolver quanto mais elevados são: por consequência – deve-se esperar –, as raças inferiores hão de chegar mais cedo ao termo do seu desenvolvimento mental, do que as

superiores; e é o que temos motivos para acreditar. Viajantes, de volta de todos países, nos falam ora da extrema precocidade das crianças nos povos selvagens e semicivilizados, ora da idade pouco adiantada em que se detém o progresso mental delas. Esta diferença é geral e temos provas bastantes para que seja inútil um acréscimo.

Não há, portanto, maior contrassenso do que pedir, em nome das nossas raças inferiores e da inferioridade da nossa cultura mental, que nos códigos penais brasileiros se marque a menoridade um prazo maior do que o aceito para as raças europeias.

Os povos civilizados mais cultos, o inglês, o italiano, o alemão, por exemplo, cujas celebrações devem ser de mais lento desenvolvimento, se contentam com sete, nove, doze anos; no Brasil, por causa das suas raças selvagens e bárbaras, o limite de quatorze anos ainda era pequeno!

Não se confunda o desenvolvimento natural, fisiológico, da inteligência humana, com os efeitos da instrução, cuja influência favorável ou desfavorável sobre a criminalidade é ainda tema de controvérsias.

Tobias Barreto havia afirmado, com efeito, que se a cultura mental da Itália lhe permitia adotar para a menoridade o limite de nove anos, o mesmo não se podia dar no Brasil. Entendia ele que a difusão da instrução, em um país onde ela é obrigatória e onde homens eminentes como Cazali, Cappino, de Sanctis tem sido ministros da instrução pública, autorizava a exigir de um menor de nove anos um desenvolvimento moral maior do que o que se poderia exigir de um menor de quatorze neste vasto país sem gente e dotado de péssimo sistema de ensino.

Mas a esta ilusão responde Garofalo com estatísticas e argumentos esmagadores. Mostra que, ao invés de diminuir, a criminalidade da Itália tem aumentado de um modo ameaçador a partir exatamente de 1860, época de que data a grande difusão da instrução pública naquele país. As estatísticas de d'Haussonville dão o mesmo resultado para a França. Em 1826 em 100 acusados 61 eram iletrados e 39 tinham recebido uma instrução mais ou menos desenvolvida. Atualmente a proporção se acha invertida: 38 iletrados para 70 letrados (na acepção mais modesta do termo). D'Haussonville explica esta inversão nas proporções pelo fato de haver aumentado o número dos letrados sem ter diminuído e até pelo contrário ter aumentado também o número dos crimes, naturalmente resultando apenas daí o aumento do número dos criminosos letrados. E nota

ainda o mesmo autor que os departamentos, em que há maior número de acusados, são exatamente aqueles em que a instrução se acha mais disseminada. Garofalo mostra com Tarde que na Espanha onde os iletrados representam *dois terços* da população, eles só entram por cerca de *metade* na criminalidade do país. E por fim conclui Garofalo: “Eis aí, pois, como a pobre arma do alfabeto de que se esperava maravilhas é feita em estilhaços pela estatística: a ideia de que “para cada escola que se abre, fecha-se uma prisão” é apenas um absurdo. Seria mesmo supérfluo estar a insistir nisso, porque ainda quando não tivéssemos algarismos em apoio, o simples bom senso nos havia de dizer que não há a menor relação entre a gramática e a moralidade. Pode-se acaso imaginar, por exemplo, que uma paixão qualquer, ou mesmo um prejuízo de honra, possa ser destruído pelo alfabeto?”

Poderiam objetar-me, no entanto, que, se a instrução não cria, nem melhora o senso moral, em todo o caso pode apressar o desenvolvimento mental do indivíduo, e influir por aí na maior ou menor precocidade do desenvolvimento psíquico.

Mas ainda assim a objeção seria improcedente. Porque, ou a instrução havia de influir por meio da herança nas gerações seguintes, e, como vimos, Spencer ensina que neste caso o desenvolvimento psíquico é retardado e não acelerado; ou havia de influir em cada menor individualmente, e como neste caso, não só no Brasil, mas em todos os países, a população pode ainda ser dividida em letrados e iletrados, o argumento tirado da situação intelectual da Itália e da Alemanha perderia todo o seu valor e não poderia justificar os limites de nove, doze anos adotados nos seus códigos respectivos.

Mas é fácil reconhecer que a opinião de Tobias Barreto é apenas filha legítima da sua teoria (já suficientemente refutada) da responsabilidade penal, baseada na liberdade da inteligência e não da vontade.

O grau e a cultura da inteligência influem, sem dúvida, decisiva e preponderantemente sobre a fase intelectual da volição, isto é, a ponderação, a comparação, a escolha dos motivos. Uma inteligência mais lúcida e cultivada há de, por certo, julgar e comparar melhor os móveis de ação, apreciar com mais clareza e segurança as suas consequências próximas e remotas, do que uma inteligência acanhada ou sem cultura. Pode-se mesmo conceder mais. Pois que os sentimentos desenvolvem-se paralelamente à perceptividade, o aperfeiçoamento da inteligência e o desenvolvimento da razão tornam-se

condição de aprimoramento dos sentimentos mais nobres, os sentimentos ego altruísticos ou indivíduo sociais, e particularmente dos sentimentos sociais, ou altruísticos. Assim, pois, o desenvolvimento da inteligência deve auxiliar o desenvolvimento dos sentimentos e concorrer para melhorar o homem.

Mas em que isso pode aproveitar à escola clássica é que eu não sei, nem compreendo.

A capacidade intelectual é uma função de organização cerebral, sobre a qual nada pode a vontade, que por sua vez não é mais do que outra manifestação dessa mesma organização.

A desigualdade na distribuição dos dotes intelectuais – todo mundo o sabe –, é fato totalmente involuntário. Por falta de inteligência nunca foram responsabilizadas as pessoas que são dela destituídas, ou quase destituídas, muito embora estas não possam pretender a estima em que são tidos os homens de inteligência superior.

Se, por conseguinte, apesar de tudo, insiste a escola clássica em distinguir entre menor letrado e menor iletrado, não se compreende que a mesma distinção deixe de existir no adulto entre a responsabilidade do homem inteligente ou instruído e a do homem sem inteligência ou inculto. E quando, como no nosso país, essa desigualdade mental é a consequência da desigualdade antropológica e sociológica das raças que compõem uma população, ela que é orgânica, involuntária e pouco modificável, exige, como já demonstrei, uma atenuação ou diminuição da responsabilidade penal, incompatível com a manutenção da civilização superior que nessa população se queira fazer vingar.

Mas a verdade é que, como demonstrou Garofalo, o crime é principalmente função do senso moral, e o desenvolvimento do senso moral precede o da inteligência, posto que esta possa concorrer para depois esclarecê-lo e aperfeiçoá-lo.

Não tem maior procedência a invocação da influência climatológica, pois que o desenvolvimento orgânico é muito mais rápido e precoce nos climas quentes do que nos climas frios.

Como Ferri, Vito Porto e outros, Alimena louvava o projeto Zanardelli por ter feito descer de vinte e um a dezoito anos o limite da responsabilidade completa na Itália; porque, dizia ele com razão, se países

do norte da Europa, como a Alemanha, a Holanda, cantões da Suíça, tem aceitado este e mesmo limites inferiores, não havia motivo para que a Itália, país meridional e portanto mais quente, não o adotasse.

O nosso código penal vigente, inspirado (perdoe-me o legislador), mal copiado do código penal italiano, trouxe-nos, portanto um progresso reduzindo a menoridade de quatorze a nove anos.

Progresso, porque a sociedade habilitou-se por esse modo a reprimir ações antissociais de indivíduos, que, mesmo no ponto de vista do livre arbítrio, já se deviam considerar responsáveis. Mas principalmente progresso, porque, de acordo com os preceitos da teoria positivista dos meios preventivos, ou dos substitutivos penais, quanto mais baixa for a idade em que a ação da justiça, ou melhor do Estado se puder exercer sobre os menores, maiores probabilidades de êxito terá ela, visto como poderá chegar ainda a tempo de impedir a influência deletéria de um meio pernicioso sobre um caráter em via de formação, em época portanto em que a ação deles ainda possa ser dotada de eficácia.

Com certeza os partidários da dilação do prazo da menoridade no Brasil, que são também os partidários do livre arbítrio, não cogitaram na rapidez da maturidade orgânica nas raças inferiores e na absoluta impossibilidade consequente de modificá-las então.

Não há, por conseguinte, maior absurdo do que o nosso código considerar o desenvolvimento no norte do país, situado em zona tórrida e onde predominam o índio, o negro e os seus mestiços, igual a desenvolvimento mental no sul da república, situado em zona temperada e onde dominam os descendentes dos colonos alemães e italianos.

Neste particular, o projeto do novo código penal, que atualmente se discute no parlamento, nem andou mais avisado, nem se mostrou mais instruído das nossas condições éticas do que os códigos anteriores.

O código de 1830 se havia elevado a menoridade há quatorze anos, tinha em compensação limitado a maioridade criminal aos dezessete. O de 1890, copiando o código italiano, reduziu, é exato, o limite inferior a nove anos, mas elevou, a certos respeito pelo menos, o limite máximo a vinte e um.

O projeto elaborado pelo Sr. Dr. João Vieira marca o limite mínimo de dez e o limite máximo de vinte e um anos. Por quê? A não ser pelo

desejo de tirar a média entre os dois códigos anteriores e escapar assim aos ataques dirigidos contra um e outro código, não sei que se possa invocar para isso razão científica e valiosa.

Respondendo timidamente a Tobias Barreto, escreveu o Dr. João Vieira (*Código Criminal Brasileiro*, Recife, 1889) que:

se é possível objetar terem a Itália e a Alemanha uma cultura própria da Europa, o que concorre para desenvolver mais depressa o espírito do indivíduo, nós poderíamos responder que a *raça* e o *clima* do país concorrem grandemente para o desenvolvimento precoce físico e intelectual.

Não sei, porém, o que sejam a *raça* e o *clima* do Brasil. Qual seja o *clima* do Brasil não nos poderia dizer nem mesmo o ilustrado professor, pois repudiando muito justamente o expediente absurdo de Kitka, mencionado e aceito por Tobias Barreto, escreveu:

Seja como for, o estado a que chegou a ciência atual não permite aceitar neste ponto, como se tem pretendido, que em Estados vastos como o Brasil, que conta regiões as mais diversas, *desde o clima ardente sob o equador da Amazônia até o europeu nas províncias do Sul, onde o termômetro desce abaixo de zero*, desde as cidades cultas do litoral e das margens dos grandes rios navegáveis até os mais ínvios e inóspitos sertões – se devam fixar em uma lei penal épocas de imputabilidade as mais elevadas possíveis, de modo que, se não abrangem elas todos os criminosos excluam sempre os inocentes.

Mas se pode-se atender às diferenças de clima com uma legislação penal regional, adversidade de raças, tão intimamente misturadas, em rigor não deveria consentir que se adotasse para a menoridade limites, substituindo-os pelo exame do discernimento. Nisto não haveria grande inovação, porquanto não era mais do que ampliar, estendendo a todos os casos, um exame psicológico, que em certas circunstâncias e para efeitos determinados, já os códigos tornam obrigatório.

Mas o que dissemos do desenvolvimento mental pode-se repetir de cada grande função orgânica das funções sexuais, por exemplo, de que dependem numerosos atos civis e a que se pode referir toda uma série de atentados e crimes.

V. Ora, não parece que valham aqui as razões invocadas a favor da unificação penal na Itália, que triunfou, apesar da falta de uniformidade da sua população, como deixaram demonstrado médicos eminentes e ilustres criminalistas. A situação política do Brasil é exatamente oposta à da Itália, por ventura muito mais fundas e cavadas às distinções étnicas e climatológicas que o dividem em certas zonas ou regiões.

Adotando a federação republicana como forma de governo e condição precípua da conservação da sua unidade política, o Brasil podia bem ter seguido o exemplo da confederação norte-americana, em que cada estado rege-se por um código penal próprio. Não era, pois, a unidade política que lhe impunha a necessidade da unificação penal, como para a Itália admitia o próprio Ferri, conspícuo chefe da nova escola.

Por outro lado, a dualidade da magistratura, como o concebeu e realizou o legislador brasileiro, compreendendo a faculdade de cada Estado adotar a organização judiciária que bem lhe aprouvesse, concedeu, de fato, liberdade maior do que a de possuir um código penal próprio. Aquela Liberdade implica a de adotar o seu código de processo, de fundar e dirigir livremente os seus estabelecimentos penitenciários, isto é, compreende o peão, a condição básica de êxito e de eficácia para qualquer legislação penal.

Eu, disse Tamassia (*Il progetto del codice penale nei suoi rapporti con la giurisprudenza medica*), na qualidade de antropologista que considera a criminalidade um fenômeno fatal da vida social e que não tolera a ditadura do convencionalismo político, preferiria que, em vez de um código penal único se tivesse pensado antes no código do processo penal, retocando especialmente a instituição dos jurados.

Mas, o código penal não basta, diz por sua vez um entusiasta do projeto Zanardelli. É indispensável um tribunal de cassação único, a fim de colocar a Itália na altura das outras nações civilizadas. É indispensável uma reforma do processo, sem a qual as leis permanecerão platônicas, uma reforma que cuide de uma indenização séria e pronta dia parte lesada. É indispensável colocar os juízes na altura da ciência moderna e para isso seria indispensável separar a magistratura civil da magistratura penal; teríamos assim especialistas.

Ora, a organização judiciária da Bahia, já promulgada, nos poderá dar a medida da latitude de atribuições que confere aos estados essa concepção de um código penal único com magistratura dupla.

Creio bem que a organização judiciária da Bahia seja excelente. Em todo caso falta-me competência para analisá-la. Mas sei que nada buscou atender às exigências e ensinamentos dessa poderosa corrente de reformas judiciárias a cuja benéfica influência procuraram, ou pelo menos desejaram atender os próprios legisladores do código italiano pelo qual pretendeu a União Brasileira modelar a sua legislação penal.

VI. Em matéria de júri, a situação agravou-se em vez de melhorar; substituí-lo foi em que não se pensou.

O art. 113 da lei da organização judiciária estadual (n. 15 de 15 de Julho de 1892) parece ter sido escrito de propósito para justificar a seguinte afirmação de Tarde:

O primeiro encontrado, qualquer que seja a sua profissão e contando de moralidade não esteja muito abaixo da media, pode ser jurado; que, por acaso, é suspeito de alguma competência judiciária, apressam-se a recusá-lo. O seu mérito está na sua incompetência.

Reza o art. 113:

§ 1.º Não serão inscritos na lista dos jurados: o chefe do poder executivo, os arcebispos, bispos e clérigos de ordens sacras, os pastores de seitas protestantes, comandantes militares dos corpos de linha, do regimento policial ou de outra força, em serviço ativo, oficiais da armada em efetivo exercício a bordo, os chefes de repartições publicas, magistrados, preparadores, membros do ministério publico, secretários do governo e dos tribunais, escrivães judiciais ou de polícia, os tabeliães ou oficiais de justiça.

§ 2.º Serão inscritos, mas não obrigados a servir: os senadores e deputados federais ou do estado, os advogados, professores públicos, e os empregados públicos, quando sua dispensa for requisitada pelos respectivos chefes.

Num país onde o funcionalismo público absorve quase todo o pessoal que possui certa dose de conhecimentos, onde a instrução publica está ainda tão pouco disseminada e em que tão grande é a repugnância a servir nos júris, esse artigo pode se gabar de ter conseguido retirar de todo destes tribunais, já não direi os de maior competência judiciária, porém apenas os menos incapazes, analfabetos e independentes. Quem conhece o nosso país, está plenamente habilitado a julgar agora o que há de ser o júri fora das cidades, nas comarcas do interior.

VI. Em matéria de especialização da magistratura criminal, se tivesse a mente deliberada de contrariá-la em toda linha, não era possível fazer mais do que ficou estabelecido na organização dos tribunais e juízos deste Estado.

Toda essa critica severa e implacável a que os Ferri, Garofalo, Tarde e tantos outros submeteram o enciclopedismo da magistratura europeia, ficou letra morta para o legislador brasileiro, que pretendeu talvez bem poder a nossa privilegiada superioridade mental desprezar esse dilema formulado por Tarde.

Agora ou nunca é ocasião de aplicar esse famoso princípio da divisão do trabalho, que a economia política, com tanto exagero, é verdade, preconiza em sua esfera. Separemos inteiramente, pois, as duas magistraturas, uma criminal e a outra cível: especializemos e localizemos cada uma delas em sua missão própria.

O que é a perícia científica, o que vale a organização médico-judiciário no Brasil, já eu o disse em um trabalho publicado no *Brasil Médico (O exercício da medicina pública)*: como está, ela é o compromisso dos créditos científicos da medicina brasileira, é a ameaça constante à liberdade e à honra do cidadão. Demonstrei-o então com alguns exemplos; já os possuo em maior copia para em breve voltar de novo ao assunto.

VII. A análise dos estabelecimentos penitenciários deste estado nos leva às mesmas conclusões. Aqui basta transcrever documentos oficiais. O Dr. António Pedro de Mello (*Mensagem do Governador à Assembleia Legislativa, Bahia, 1894*), encarregado de proceder um exame na casa de prisão com trabalho, assim se pronuncia sobre ela:

O regime da casa de prisão com trabalho não está de acordo com as exigências da penal o que a moderna e não satisfaz as condições exigidas pelo novo código penal. Não exagero dizendo que nem ao menos esse estabelecimento tem se conservado estacionário, pois, provarei que há ali alguma coisa em que, pior do que isso, ele tem retrogradado... Até agora não se cuidou do que, nos estudos penitenciários, tem a denominação de *instituições complementares*, às quais dever ser consideradas dependências desse estabelecimento, o que torna inúteis os artigos do código que falam em *penitenciárias agrícolas, estabelecimentos industriais*, etc. (Arts. 48, 49, 50, 53 e 54 do código.). Nem se diga que o que venho de dizer seja um sonho de mais um espírito amante de utopias; porquanto não sou eu, não é a ciência penal, não é a observação e a experiência, não é nada disto

somente; é mais o nosso atual código penal que está a dizer que a nossa penitenciária não pode continuar a ser o que tem sido até hoje, sob pena de inobservância de muito do que ele preceitua.

Ainda bem: a constituição federal entendeu que a importância dos sistemas penitenciários consentia que se fizesse aos estados a concessão de se ocupar delas, pois que, tolhida como estava aos estados a faculdade de possuir cada qual a sua legislação penal própria, todos os males possíveis haviam sido prevenidos. Eis, no entanto, que a penitenciária da Bahia, um dos mais importantes estados da União, torna o código federal um luxo inútil, uma criação altamente teórica e sem utilidade prática, e mais do que tudo isto, uma escola perigosa de criminosos temíveis.

O código do império estatua que só menores, que houvessem cometido crimes, obrando com discernimento, seriam recolhidos à casa de correção. O novo código, à semelhança do italiano, manda recolhe-los a estabelecimentos agrícolas especiais (art. 31). Tais estabelecimentos não existem, porém, e os menores continuam a ser recolhidos à penitenciária e à casa de correção. As observações seguintes, que colhi na penitenciária, referidas mesmo resumidamente, não testemunho eloquentíssimo dos efeitos dessa medida.

A. O menor José d'Araujo, de Santo Antonio das Queimadas, recolhido à casa de correção até completar dezessete anos (artigo 13 do código penal do império), por haver, na idade de nove para dez anos, assassinado o próprio pai, obrando com discernimento.

Há mais de quatro anos conheço este criminoso e tem sido sempre a mesma narração do seu crime, feita, aliás, sem revelar o menor sentimento de pesar. A mandado de um inimigo do pai, o qual lhe deu de recompensa uma moeda de quarenta réis, resolveu cometer o parricídio.

O pai estava ausente. Na noite do crime, deitou-se o menor, como de costume, numa mesma cama com os irmãos e adormeceu. Acordando alta noite, viu o pai que era chegado e dormia em uma rede no mesmo aposento da choupana que habitavam. Levantou-se então, foi a um canto, onde se achavam as armas de caça, tomou uma velha espingarda de pedra que sabia carregada, foi buscar um tição acesso e com ele fez disparar a arma, matando instantaneamente o pai, que foi ferido na cabeça.

Esta é a história que ele tem sempre referido, e sabida de todos na penitenciária. Interrogando-o convenientemente, verifiquei que ele não havia

dado desde começo esta informação às autoridades, e só acusou de mandante ao inimigo do pai dois meses depois de preso. Da guia que o acompanhou à penitenciária consta que não ficou provada a existência de um cúmplice, não havendo provas contra o acusado. Não pude consultar o processo.

Este menino, que já era órfão de mãe, morta de parto, vivia com mais cinco irmãos em companhia do pai que, sendo pobre, com eles se ocupava na pequena lavoura de que subsistiam. Nem ele, nem os irmãos, haviam recebido instrução de espécie alguma.

Transferido para esta cidade, foi colocado na penitenciária para aprender o ofício de sapateiro. O tratamento moral que devia receber naquele meio já produziu todos os seus efeitos naturais e lógicos, e a obra está completa. O criminoso tem dezoito anos, é ladrão, pederasta passivo, jogador, bêbado, um ser completamente desmoralizado, enfim, um incorrigível temível.

Há pouco tempo, servindo-se de chaves falsas, roubou matéria prima de arrecadação, a mandado de terceiro protesta ele. A administração está informada de que esteve amasiado com um companheiro como pederasta passivo durante dois meses. Por infrações disciplinares de toda a sorte, jogo, embriaguez vive constantemente em castigo. O administrador afirma que não sabe mais o que há de fazer ele.

Resolvi-me a completar o estudo deste criminoso. É um pardo em que os caracteres do mulato e do mameluco estão bem combinados. Ainda completamente imberbe, apenas ligeiro buço. Não apresenta deformação ou estigma físico, não é canhoto, nem ambidestro. As medidas cefálicas tomadas dão os seguintes resultados.

Diâmetro anteroposterior máximo	180
Diâmetros transversos máximo	155
Diâmetro frontal mínimo	110
Diâmetro frontal máximo	150
Altura nasal	52
Largura nasal	42

Donde calculamos um índice cefálico hiperchachycéfalo de 86,11 e um índice nasal de 80,76.

A fisionomia do criminoso é sem expressão, tem aparentemente um ar de submissão que parece convencional; de fato é ele impassível, referindo o crime em todas as suas minudências como se tratasse da coisa mais natural do mundo. Todavia nem faz garbo do crime, nem revela logo à primeira vista o cinismo do menor que fará objeto da observação seguinte. Porque parte entra nesta conduta a perversidade congênita e o lapidamento da prisão, é o que não posso dizer. Embora com dificuldade, consegui hipnotizar o criminoso e desde então procurei indagar que influência podiam ter exercido no seu espírito a suposta ordem do inimigo do pai e a do companheiro quem imputa a sugestão do roubo. Hipnotizado, revelou o criminoso que tal ordem nunca havia existido e que o verdadeiro motivo do crime havia sido a circunstância de ter ele, na ausência do pai, cortado um pé de mandioca e prometido um tio que assim que o pai chegasse lhe havia de comunicar o fato para que ele castigasse o filho. Foi, pois, para evitar o castigo que este cometeu o parricídio.

Daí em diante, mesmo em vigília, o menor passou a contar-me o fato por este modo, confessando que tinha sido falsa a invenção de um mandante. Também por este meio consegui a confissão completa dos seus hábitos pederastas que até então ele teimava em negar.

Nada indica que este rapaz tenha sido vítima de sugestões estranhas na prática dos seus crimes. Continuo a estudá-lo, mas não é de difícil hipnotização e opõe obstáculos às sugestões, aparentando aceitá-las, mas sendo realmente muito dissimulado.

Trata-se neste caso de um criminoso nato, ou de criminoso de hábito aperfeiçoado pelo meio? Esta última classificação tem em seu favor a falta dos grandes estigmas físicos do criminoso nato. Mas a precocidade deste criminoso, a natureza do seu crime em que se revela uma ausência completa do sentimento de piedade, ou pelo menos de simpatia para com o seu progenitor, a futilidade do movei, pois que para evitar um castigo, qualquer criança normal teria fugido ou procurado apadrinhar-se, a invenção mentirosa de um mandante, atribuindo o crime a um indivíduo que sabia inimigo de seu pai, a insensibilidade moral, a indiferença que revela em todos os seus atos, tudo enfim me faz crer que se trata de um grande criminoso da classe dos criminosos natos.

B. Ignácio José da Silva, condenado pelo júri de Brotas de Macahubas a oito anos de prisão com trabalho por ter assassinado um menino em 1889.

Diz este menor que tinha por ocasião do crime onze para doze anos, mas que, para poder condená-lo, o júri atribuiu-lhe quinze anos. Não pude examinar o processo, mas da guia que o acompanhou à penitenciária consta realmente que ele tinha doze anos e a julgar pela aparência não podia ter mais.

Pouco valor pode ter para nós a narração do crime feita apenas pelo menor, que pretexta como causa uma luta entre um irmão e a vítima. Mas o exame atual é bastante instrutivo.

É filho natural e tem cinco irmãos. A mãe havia abandonado o pai, que depois disso casou com outra mulher. Ele e os irmãos moravam com a avó materna, mas eram sustentados pelo pai. Ocupavam-se na lavoura e, como os irmãos não tinham instrução alguma, apesar de haver escola primaria na localidade.

É mulato claro, com uma conformação craniana facial assimétrica, hyperbrachycephalo com um índice cefálico de 88,13, as orelhas muito destacadas do crânio e mal conformadas, a abobada palatina profundamente escavada, gago em extremo.

É de um cinismo a toda prova; fala dos seus crimes rindo-se e comentando-os com pretensões a espirituoso.

Também é pederasta passivo, ladrão, jogador e bêbado. As medidas cefálicas dão as seguintes indicações:

Diâmetro anterior, posterior, máximo	177
Diâmetro transverso	156
Diâmetro frontal mínimo	105
Diâmetro máximo	125
Altura do nariz	42
Largura do nariz	40
Diâmetro bizigomático	135
Altura da face (do queixo à inserção dos cabelos)	165
Circunferência ofrioinaca	360
Transversa biauricular	370
Arco do ófrio ao couro cabeludo	45
Ófriobregmatico	140
Parietal (bregma ao lambda)	110

Este menor, apesar de muito claro, tem caracteres inferiores muito acentuados. Um índice cefálico hyperbrachycephalo (88,13), um índice nasal muito platirrino (105), um arco parietal muito fraco, etc.

C. José Joaquim Caetano, de dezoito anos, está na penitenciária desde a idade de quatorze anos, por haver assassinado uma mulher que o queria castigar. Mulato escuro e filho natural de escravos, este menor é considerado na penitenciária como o mais bem comportado dos seus companheiros de idade: aprendeu a arte de sapateiro e tem habilidade.

Viciado pelo meio, também é jogador e já se tem embriagado, mas não é ladrão e dizem-no sensível aos castigos.

Atendendo à sua origem, de pais escravos e negros ou mulatos escuros, atendendo aos vícios inerentes à sua condição de escravizado, é possível que este menor seja antes um criminoso de ocasião do que um criminoso nato.

De acordo com a escola italiana que pregou sempre a importância do fato individual ou biológico na gênese do criminoso, farei notar que, apesar da igualdade das condições de meio em que se acham colocados estes menores, a influência se faz sentir menos neste do que nos seus companheiros. O administrador, como os diretores da oficina em que trabalha, são acordes em considerá-lo melhor do que os outros.

D. Dois menores existem mais na penitenciária, um criminoso de ferimentos graves e outro lá colocado como vagabundo. Esses não oferecem o interesse dos precedentes, mas estão ambos em via bem adiantada de aperfeiçoamento na carreira do crime e da degradação.

VII. Eu não pretendo seguramente que cada estado brasileiro deva ter o seu código penal à parte. Nem há necessidade disso. Queria que, desde que se lhes concede que tenham organização judiciária própria, fossem igualmente habilitados a possuir a codificação criminal que mais de acordo estivesse com as suas condições étnicas e climatológicas. Nestas condições, diversos estados, os mais afins, poderiam adotar o mesmo código e as diferenças se fariam sentir apenas naqueles em que a divergência das condições mesológicas fosse mais acentuada. Se em rigor o Pará e o Amazonas se podem reger pelo mesmo código penal, é intuitivo, no entanto, que esse código não deve servir à Bahia e muito menos ao Rio Grande do Sul.

Eu sei bem que a tendência moderna é a unificar os códigos, que a Itália já o fez, que a Suíça está em via de fazê-lo, e que mesmo na América do Norte essa ideia tem partidários. Mas tudo isso prova apenas um fato que ninguém contesta o domínio, a influência diretora da escola clássica.

Para demonstrá-lo, se não bastava o código italiano, está agora aí o anteprojeto do código penal suíço, redigido por Stooss e que acaba de ser apresentado ao Conselho Federal. Entre outras inovações da escola clássica lá vem consignada a responsabilidade atenuada, isto é, a porta aberta para a impunidade ou semi-impunidade geral.

Se ao menos a unificação dos códigos tivesse, como afirma Alimena, a vantagem de unificar as populações, eu não duvido que a ideia pudesse ser advogada com vantagem.

Ao lado da adaptação natural, disse ele, se acha a adaptação artificial. O legislador pode e deve unir a população, para isto tem ele muitos meios dos quais, talvez, os dois principais sejam o ensino da mesma língua (é por isso que os vencedores sempre impõem a sua língua aos vencidos) e a mesma legislação.

Mas realmente esta pretensão não tem o menor fundamento. A menos que não se suponha e admita que os códigos podem modificar os climas, e com os climas as condições de adaptação dos grupos humanos, a menos que não se creia que os códigos possam modificar as raças, independente das adaptações mesológicas, eu não sei como se há de pretender que a imposição do código penal inglês à Índia, para me servir de um exemplo de Alimena, possa converter os índios em ingleses, e o clima da Índia no clima da Inglaterra.

Depois, para o Brasil a objeção de Alimena tem pouco valor, porque ele admite que, se as condições de clima e de topografia não justificam a adoção de legislações diversas entre a Lombardia e Roma, entre Roma e Nápoles, em todo caso elas o justificam entre a Noruega e a França, entre a Rússia e a Grécia, etc. Ora, a diferença entre a Noruega e a França será maior do que a que existe entre o Rio Grande do Sul e Pará? Não o creio.

Mas ainda quando esse efeito fosse verdadeiro e possível, ainda quando se deva atender a ele nos casos de populações quase homogêneas como a da Itália onde a unificação da legislação pode ter essa consequência, é intuitivo que a primeira condição para isso será abandonar o critério da uniformidade do livre arbítrio nas diversas raças, formalmente desmentido

pela biologia, e substituir por meios educadores, a estúpida panaceia da prisão celular, essa aberração do século XIX, no justo dizer de Enrico Ferri.

Esse resultado só o poderia alcançar um sistema racional de penalidade qual o que instituiu e propõe a escola positiva.

Para povos heterogêneos e novos, como o brasileiro, ele não é somente o mais adapta do, é ainda facilmente adaptável. E seria um erro perder a oportunidade de dar-lhe realização.

Não temos, como os povos que possuem uma velha civilização, o grande obstáculo das tradições e dos usos inveterados. Há, por isso, entre nós extrema facilidade na adoção de todas as novidades, porque, povo novo como somos, todas as instituições são novas para nós e só temos a dificuldades da escolha.

Se de algum exemplo se houvesse mister, aqui, nenhum teria o valor da facilidade com que se retocam, se renovam os códigos no Brasil, sem protesto, sem defesa, sem luta em fim.

O projeto do novo código penal que altera tão profundamente a legislação criminal vigente, passou em segundo discussão na câmara, sem provocar o menor reparo. E, fora da câmara, quer na imprensa médica quer na imprensa jurídica, não me consta que tenha provocado um só artigo. Onde os defensores da escola clássica?

Parece que no Brasil não se faz sentir sequer essa luta titânica que se trava a esta hora nos domínios do direito criminal e em que as ciência positivas tentam nada menos do que o assalto definitivo ao último reduto da metafísica – o domínio pratico das instituições jurídicas.

O fato não é novo, nem é desconhecido.

Comparando a luta porfiada, os combates tenazes que se travam no velho continente para fazer vingar as novas ideias científicas nos domínios da higiene prática, com a facilidade com que essa ideias são postas em execução no novo mundo, exclamava um distinto escritor:

Felizes os povos que não tem passado científico! Eles não tem que lutar com a tradição, com a rotina, não tem que destruir resultados materiais adquiridos, prejuízos enraizados!

Para aplicar as novas invenções e consagrar as teorias científicas modernas, os governos não vão de encontro a hábitos seculares, a interesses coalisados, ao espírito de rotina, a oposições sistemáticas. Observado já na Rússia este fato recebe nova confirmação no Chile: e a coincidência é tanto mais absoluta quanto um desses países é o governo mais absoluto e que o outro ao contrário é uma república onde o presidente nada pode empreender sem o assentimento dos representantes do país.

Oxalá a consciência exata da superioridade que nos assiste neste particular, possa guiar o legislador brasileiro na confecção da nossa legislação criminal, da qual não se possa vir a dizer nunca que mesmo para o seu tempo já era ruim e atrasada.