

O FUNDAMENTO DO DIREITO DE PUNIR

Pourquoi cette concordance si frappante, cette harmonie préétablie, si je puis m'exprimer ainsi, entre les hommes et les choses, entre la parole du poète et du philosophe et les révolutions qui leur succèdent?

G. TIBERGHIEU.

Quando o princípio, que anima a sociedade, já se não harmoniza com as necessidades da natureza humana desinvolvidas pela philosophia, uma dissolução inevitavel espera essa sociedade, no seio da qual o homem se acha comprimido. Nenhum esforço humano é capaz de prevenir a queda do edificio politico e social, minado pela base: se algum tempo oscilla no espaço, não é para se lançar sobre as ruinas de um passado esteril, mas sobre a estrada de um futuro esperançoso. Começa então a reforma; e a sociedade, assimilando-se os novos principios, que a sciencia derramou nos espiritos, restabelece e completa o seu organismo.

No meio da crise violenta, que no seculo 18 agitava a sociedade, era bem natural que a penalidade se prestasse com cedo a serias e profundas investigações, e fosse sujeita a uma reforma completa. Nem era possivel que assim deixasse de succeder: o caracter de barbaridade, que até esse tempo conservára o direito criminal, como que revelando o principio da vingança, d'onde dimanára n'essas epochas, em que a sociedade

apenas apresentava um character de formação *instinctiva*, era um resultado, tão funesto como inevitavel, de não ter sido profundamente, nem se quer comprehendida a idéa da punição em sua verdadeira natureza, essencia, e extensão.

N'essas leis crucis, n'essas penas atrozes, de que se acham ensanguentadas as paginas da historia, e que, a par dos *juizos de Deus* e dos *combates judiciários*, são um testemunho do estado deploravel da civilização passada, facilmente se reconhece que os antigos, posto que elevando-se já á idéa de delicto publico, e abandonando na concepção penal e esphera da individualidade, consideravam todavia a distribuição da justiça criminal como uma arma poderosa, opposta aos excessos dos individuos, e que não era mais, do que a força *physica* opposta, á força *physica*¹. E ainda mesmo depois que a sociedade assentou sobre bases mais solidas, toda a barbaridade da idade media se revela, como necessidade social, no systema penal, aonde figuram a cada passo a tortura, o luxo e atrocidade requintada nos supplicios; como se a sociedade, para conseguir seus fins, ou ainda sómente para manter sua segurança, carecesse de sacrificar victimas a uma justiça, que, por mal comprehendida, era desnecessaria, se não sanguinaria.

A intimidação revelada a todo o instante nos indigestos e revoltantes in-folios dos Farinacius, e nos escriptos fastidiosos dos Dias de Luco e dos Carpzow, era então na Europa o principio dominante, de cuja influencia entre nós são um testemunho, mais que sobejo, o 5.º livro das Ordenações Philippinas, e a *Practica criminal* de Ferreira.

Taes idéas não se podiam sustentar no seculo 18. Quando todas as outras columnas do velho edificio social se achavam prestes a desabar, as instituições penaes haviam necessariamente seguir sua sorte, pois lhes faltava o ponto de apoio: a cons-

¹ GUIZOT, *de la peine de mort*.

ciencia pública altamente se havia contra ellas revoltado; Beccaria, embebido nas doutrinas philosophicas da epocha, tornou-se organ d'esse sentimento; sua voz, secundada pela de tantos philosophos e jurisconsultos illustres, produziu effeito, e a humanidade começou a apparecer na administração da justiça, seguindo a idéa progressiva que revolvía a sociedade em seus fundamentos.

Toda a sciencia se funda n'um principio; o principio da sciencia penal é o *direito de punir*; e como este só então começou a ser verdadeiramente examinado em sua legitimidade, em seu fundamento, e em sua extensão, podemos sem exaggeração affirmar, que esta sciencia nasceu e despontou a nossos olhos, cresceu e elevou-se quasi como companheira e contemporanea da nossa geração².

São immensos os fundamentos que os philosophos teem assignado ao direito de punir. Mas a successão das theorias, mas a continuidade nos mesmos esforços não são uma prova de sua impotencia, antes um testemunho de sua vitalidade, o qual nos confirma na crença de que só gradualmente os povos marcham para a verdade: esta é uma e indivisivel em si, mas é múltipla em suas manifestações; cada uma d'ellas é uma verdade, porque provém da verdade, mas é uma verdade parcial que se traduz em erro, porque exclue todas as outras manifestações que coexistem com ella. Todas as concepções, que qualificâmos de erroneas, não exprimem sempre senão um erro relativo, uma verdade contingente; são erroneas porque não abrangem a verdade em toda a sua plenitude; são verdadeiras, em quanto reflectem essa verdade debaixo de uma ou outra relação.

Essas theorias podem reduzir-se a duas classes, *absolutas* ou *espiritualistas*, *relativas* ou *sensualistas*; aquellas justificam o

² D. JOAQUIM PACHECO, *Estudios de derecho penal*, Lec. 1.º (Madrid 1812).

direito de punir *em si mesmo*, tomando por seu fundamento a justiça, e tendo por legitima a punição, sómente quando parte d'ella; estas legitimam esse direito pelo *fim que o legislador se propõe*, achando justa a pena, quando produz esse resultado. Pertencem às theorias absolutas, entre outras, a do *contracto social*, seguida por Beccaria, Mably, e Richard Phillips, e as da *defesa directa e indirecta*, sustentadas por Schulze, Martin, e Weber: entram na classe das relativas a da *utilidade*, de Bentham, a da *intimidação*, adoptada por Hencke, e as do *constrangimento psychologico* de Feuerbach, e da *controspectiva* de Rumagnosi. Além d'estas, outras ha, que poderemos em certo modo denominar *mixtas*, e taes são as de Leyser e Welker³.

Berner, distincto escriptor da Allemanha, esse paiz do philosophismo e das methodificações, considera todas estas theorias por um lado inteiramente novo n'um artigo dos *Archiv. des Criminalrechts* de 1845. Cada theoria, diz elle, é um novo progresso sobre a precedente, e vem pelo seu lado negativo reduzir a anterior ao estado de *phenomeno*; e é este o motivo por que deu ao seu escripto o *titulo de phenomenologia*. Na marcha do relativo para o absoluto, segundo elle se exprime, é que reside o progresso, e por isso começa a sua *phenomenologia* pelas theorias relativas e acaba nas absolutas, reduzindo-as ao seguinte quadro:

I. Theorias fundadas nas relações da pena com outrem, que não o criminoso;

Intimidação.

³ Mittermaier nas suas notas ao manual de Feuerbach (edição de 1847) apresenta vinte cinco systemas! O trabalho mais completo sobre todos elles é o de Hepp, *Darstellung und Beschreibung des deutschen Strafrecht systeme*, (Heidelberg 1845), não fallando no de Abegg, *Die verschiedenen Strafrechts theorie* (Neust. 1835), e outros menos completos. A classificação das diversas theorias é bellamente exposta por Bauel, *Abhandl. aus dem Strafrecht*, Band. 1.

II. Theorias fundadas nas relações da pena com o criminoso;

A. tendo em vista os crimes futuros do criminoso,

(a) per meio da *aplicação* da pena;*melhoramento,**defesa,**prevenção:*(b) por meio da *ameaça* da pena;*constrangimento moral,**advertencia.*

B. tendo em vista o crime já commetido pelo criminoso, e taes são todas as que consideram a pena como a

reparação de um prejuizo ideal.

Berner viu com razão que no desinvolvimento do pensamento philosophico ha um verdadeiro progresso; a idéa desperta a idéa, a theoria gera a theoria; principios e consequencias eis a que se reduz a historia d'esse desinvolvimento, historia que é uma geometria inflexivel, no pensar de um dos mais celebres philosophos da França moderna, Mr. Cousin.

Sem entrar no exame de cada um d'estes systemas, o que nos levaria muito além do nosso proposito, e nos faria transpôr os limites, dentro dos quaes somos obrigados a dissertar, temos para nós que nenhum systema relativo pôde ser completamente verdadeiro. Pretender descobrir o fundamento do direito de punir n'outra cousa que não seja o principio absoluto do justo é insustentavel: o verdadeiro systema não pôde deixar de ser absoluto; se a punição é um direito, o seu principio forçosamente ha de ser absoluto; porque absoluto e universal é todo o direito em seu principio, em seu fim, e em seus effeitos.

Tendo que apresentar a nossa opinião sobre qual seja o fundamento do direito de punir, fal-o-hemos francamente, e procuraremos sustentá-la quanto em nós couber, não desconhecendo quanto isso seja arriscado n'uma questão de alta e transcendente philosophia, como são todas as primeiras questões das sciencias moraes e sociaes, as quaes, para nos servirmos das bellas expressões de Mr. Degerando, formam o ramo mais delicado e mais difficil de observar na arvore genealogica dos conhecimentos humanos, por se achar as mais das vezes, coberto com o veo de nossas paixões, de nossos habitos, ou de nossos preconceitos⁴.

Reconhecemos a difficuldade e importancia do problema que temos a resolver, não ignorâmos que elle é a pedra angular do edificio penal, e que é fertil em consequencias practicas, por ser o primeiro principio de interpretação dos Codigos; mas será por isso a origem do direito de punir um problema, cuja incognita nos seja impossivel descobrir? Será um problema tão insolavel como o da vida entre os physiologistas? Não o crêmos; e mesmo apezar da difficuldade, em que se acha envolvido o principio fundamental do systema penal, nem por isso a sciencia do direito criminal tem deixado de fazer rapidos e espantosos progressos. Nem isso admira; são manifestos os immensos progressos que desde Newton e Leibnitz tem feito esse ramo superior da *analyse mathematica*, o calculo infinitesimal, mas nem por isso os seus principios deixam hoje de ser questionados, como ha dous seculos.

Resta-nos agora dizer alguma cousa sobre o methodo que intentâmos seguir. O methodo para ser fecundo deve derivar da mesma natureza do objecto da sciencia, deve exprimir perfeitamente a relação que existe entre o espirito humano e esse objecto, fornecer os meios de o penetrar. Esta observação

⁴ *Hist. compar. des systèmes de philos.* 2.^a part. tom. 4. p. 202.

de um profundo theologo dos nossos dias, o Abbade Maret ⁵, é realmente verdadeira. É ao seu methodo que a geometria deve o rigor, o encadeamento de suas deducções; e quando as sciencias naturaes, debaixo da inspiração de Bacon, encontráram na experiencia e no raciocinio applicado o methodo mais proprio, avançáram então a passos agigantados, e tem chegado ha dous seculos a mais resultados, do que em todas as edades anteriores.

Na questão pois da origem do direito de punir é mistér descer á consideração profunda da natureza individual e social, e do principio geral do direito, pois qualquer que seja a idêa, que se ligue á punição, não a podemos considerar, senão como derivando de um poder justo, essencialmente inherente á constituição social; e nunca seriam verdadeiras nossas deducções, não havendo certeza nos principios.

Procuraremos na exposição combinar o methodo analytico com o synthetico. Não é esta a occasião de examinar as razões, que nos podiam levar a preferir qualquer d'elles. Condillac, que, como diz Cournot, parece ter unicamente lançado mão da penna para provar que o methodo analytico é o unico verdadeiro, nem por isso deixou de empregar o methodo inverso; e em particular o seu tractado *das sensações* é uma obra eminentemente synthetica. Concordâmos com Krause em que a synthese não é opposta á analyse, é o terceiro methodo, que reune o da analyse experimental e o da deducção metaphysica, e que dá a todo o systema o character de ligação organica.

⁵ *Théodicée chrétienne* (Paris 1850) p. 86.

Sans l'unité sociale, sans la solidarité entre tous les hommes, vous n'avez plus de notions exactes pour vous diriger dans l'investigation du droit, vous ne pouvez plus vous rendre compte du mouvement de la société.

RITTIER.

I.

Longe vão essas epochas, em que o isolamento foi considerado como *estado natural* do homem, como anterior á formação *humana* das sociedades. Esforçando-se por mostrar a realidade d'esse estado, que chegou a preferir ao social, Rousseau não fazia mais do que um vão protesto, aonde se resumia toda uma philosophia, que debaixo das formas do materialismo e mechanismo invadira as sciencias naturaes, que arvorára o sentimento do prazer e da pena em principio moral, que fizera pairar a incredulidade e o scepticismo nas regiões superiores da intelligencia, e que finalmente com suas idéas e tendencias contaminou uma sociedade, a qual não poude ser regenerada sem uma expiação terrível, sem um baptismo de sangue.

O estado natural do homem é o social. Homem e sociedade são idéas inseparaveis; a negação de uma implica a negação da outra. A sociabilidade é um principio insito e natural do homem, attestado pela experiencia, e pelo estudo de suas tendencias indestructiveis, de sua organização physica e moral, e que nos mostra ser a sociedade tão indispensavel á vida espirital do homem, como o ar á vida organica.

É por isso que a origem historica da sociedade escapa e ha de sempre escapar ás investigações ociosas dos publicistas, em quanto sua origem philosophica vem a confundir-se com sua natureza. O nascimento da sociedade será para a historia uma parte sublime, muito embora, assim como o é na

metaphysica ontologica a origem do homem e do mundo, a cosmogonia e a anthropogenia racionaes; mas é certo que uma nuvem impenetravel involverá sempre o cume d'este Ida, aonde os primeiros principios são um prelude da divina producção da natureza.

A sociedade é obra de muitos poderes reunidos. Formada pelo instincto natural de sociabilidade, á sua conservação, organização, e aperfeiçoamento presidiram todas as forças e faculdades da alma. Segundo as leis geraes que presidem á evolução de todos os seres do universo em formas e graus diversos, ellas deviam predominar mais ou menos, como predomináram, n'esse successivo e progressivo desinvolvimento. Assim como na organização dos seres são as funcções inferiores, que primeiro predominam na vida, assim na ordem moral e social tiveram immediata influencia as faculdades inferiores, os instinctos e paixões, ou as faculdades superiores ainda mal dirigidas. Mas como a razão é a faculdade mais elevada, e a liberdade a sua manifestação activa, a vida social vai-ser tornando tanto mais racional e livre, quanto mais progride em seu desinvolvimento.

A idêa da sociedade leva-nos á do seu fim. Uma vez admittido o principio absoluto da ordem, esse fundamento secreto de todas as nossas generalizações, é impossivel desligar da entidade humana a idêa de fim. A sociedade, cujos elementos constitutivos são entes racionaes e livres, e que nada mais é, em ultima analyse, do que a manifestação livre da natureza humana em todas as suas faculdades e tendencias, e nas relações que, por uma cadeia mysteriosa ligam o homem no tempo e no espaço aos seres desde o finito até ao infinito, não póde ter outro fim, que não seja fundado n'essa natureza, e d'ella deduzido pela razão.

O fim do homem é o desinvolvimento progressivo e harmonico da sua natureza (já em si harmonica) em todas as suas faculdades e nas relações com a natureza geral, com

os outros seres, e com o Absoluto; n'uma palavra é o desinvolvimento de sua essencia intima. O fim da sociedade pois, ou o fim d'actividade commum, como lhe chama Buchez, é o fim do homem verdadeiramente realizado por meio da associação, que é o unico instrumento de regeneração da raça humana: a individualidade se na natureza parece ser uma forma suprema, na historia é uma transição, é o modo de passar da unidade abstracta, inorganica e puramente natural a uma unidade concreta, organica e livre.

A vida do homem e da sociedade, considerada por este lado, é um reflexo da vida universal. Tudo se liga no universo por um principio harmonico, tudo se acha n'uma dependencia recíproca; nenhuma especie de seres póde viver ou desinvolverse isoladamente. O universo é um organismo perfeito; suas partes são todas igualmente essenciaes; todas se acham em relação intima; todas concorrem ao mesmo fim, a conservação da ordem e da harmonia, aonde cada ser particular tem uma esphera propria na communhão e solidariedade da vida universal.

A importancia do fim humano não póde ser desconhecida, senão pelo scepticismo; systema que parece destinado a esterilizar a intelligencia pela desoladora desanimação, de que repassa o homem, persuadindo-o que atravessa o vasto oceano da vida sem conhecer o ponto, aonde ella se dirige; como o navegante, que sem bussola se acha perdido na immensidade dos mares.

Ás idéas de ordem e de fim corresponde a idéa simples e irreductivel do bem, porque é no cumprimento do seu destino racional, que reside o bem do homem e da humanidade.

É pela liberdade, que o homem, synthese harmonica da criação ⁶, desinvolve sua natureza, e realiza sua essencia; é pela

⁶ A philosophia moderna, resuscitando em parte as doutrinas dos naturalistas do seculo 16, considera o homem como um *microcosmo*, como um resumo do universo; e esta idéa, em manifesta opposição com as *hypotheses*

liberdade que elle prosegue n'esse desinvolvimento; é pela liberdade, que as nações vivem, porque a vida não consiste só no sentimento ou no movimento, mas sim no progresso; e por isso Euler podia dizer com razão, que a liberdade é tão essencial ao homem, que a Omnipotencia divina não podia creal-o sem ella ⁷.

Mas para o conseguimento do fim individual e social carece o homem de condições, as quaes encontra em si, na natureza e nos outros seres da sua especie. D'essas condições as externas dependentes da liberdade humana constituem o *direito*: cada homem tem uma esphera de justa actividade ou efficiencia, dentro da qual é livre, dedusada pela razão, de seu fim e dos meios necessarios para a sua realização. Todos os homens são pessoas, todos têm um egual valor espirital, porque egual valor tem em toda a humanidade a vontade livre e intelligente: todos devem por isso respeitar o direito de todos, reconhecendo em si o mesmo fim, a mesma natureza ⁸. D'ahi vem a idêa de dever juridico, idêa que se confunde com a do direito, no seu ultimo fim, a sua realização.

O direito pois, na sua mais elevada e mais philosophica concepção, comprehende tres elementos distinctos, de cuja união resulta a substancialidade juridica, o individuo como ente intelligente, com um destino racional; os meios appropriados á sua realização, e dependentes da liberdade; e a vida de relação do homem com seus semelhantes. De modo que podemos dizer do direito o que Portalis disse da *physica* e da *moral*: ha *physica*, porque existem corpos, ha *moral* (e nós

extravagantes de Lamarck, que reputava o homem como o ultimo anel de um desinvolvimento progressivo da organização, levou Carus e Oken a considerar a especie humana como formando um reino distincto, o *hominal*.

⁷ Euler, *Lettres à une princesse d'Allemagne*, Letr. 21.

⁸ A. Humbold deduz isto mesmo do principio da unidade das raças 10 seu *Kosmos, Entwurf einer physischen Weltbeschreibung*.

acrescentaremos, direito), porque existem seres sensiveis, intelligentes, e livres. O solo, aonde germina a idéa de direito é a intelligencia, seu ponto de partida a vontade, seu theatro d'acção a liberdade.

O fim humano porém, *um* na essencia, é multiplo na modalidade, porque a sua realização depende da sua subdivisão final nos principaes fins particulares, religião, moral, sciencias, artes, industria, etc., correlativos ás diversas tendencias de *relatividade*, que no homem se manifestam ⁹.

A realização social e verdadeiramente completa d'esse fim exige essa mesma subdivisão, torna necessario na sociedade organismos ou esferas sociaes para cada um dos differentes fins particulares, que n'ellas devem ser realizados pelos homens, segundo as suas diversas tendencias de applicação individual. Estas diversas instituições são em ultima analyse funcções organicas do corpo social. A sociedade, organizada por esta forma, apresenta realmente, como já pensava Platão, o aspecto de um só homem, que se desinvolve na plenitude de suas faculdades.

De todos estes fins porém ha um, *o direito*, que exige um organismo constante, uma instituição especial, que tracte de o applicar e desinvolver, por isso mesmo que o direito, pela sua idéa de condicionalidade, se refere ás primeiras condições de existencia, não é uma pura abstracção, considerado mesmo no seu estado philosophico, *é a vida*¹⁰, é o centro commum, para onde gravita a humanidade. Á maneira do systema nervoso que liga todas as partes do corpo entre si, e faz de cada uma d'ellas a condição da existencia das outras, o direito, pelo principio da condicionalidade, estabelece uma solidariedade entre todos

⁹ A esta distincção de fim geral e fins particulares corresponde com pouca differença a distincção feita por Kant entre fins objectivos, e subjectivos no seu *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*.

¹⁰ Lermínier.

os membros e todas as funções do corpo social. Essa instituição ou antes constituição civil e politica da sociedade é o *Estado*, cujo fim se resume na manutenção e execução do direito, e na applicação e realização de seu principio. É só constituída por este modo que a unidade povo póde existir e desinvolver-se: a identidade de origem, de linguagem, de conformação physica, e de disposições moraes podem crear nacionalidades; só o direito póde produzir *Estados*¹¹.

¹¹ N'este primeiro paragrapho apenas apresentamos *per summa capita* as principaes noções sobre fim social, bem, direito, etc., d'accordo com as theorias da eschola allemã, para servirem de base à demonstração do paragrapho segundo. Maior desenvolvimento era incompativel com a natureza d'este trabalho.

Otez la justice, et vous détruisez la loi pénale.

COUSIN

II.

A Manutenção dos direitos individuaes e sociaes, como antecedente necessario do seu desinvolvimento e progresso, constitue o estado juridicamente normal da sociedade, *ou o estado-de-direito*, na phrase dos philosophos allemães.

Este estado póde ser perturbado, póde tornar-se anormal n'algum de seus elementos, uma vez que sejam offendidos os direitos abstractos dos individuos, ou os concretos da sociedade. E se esta offensa é feita livremente e com intencionalidade pelo individuo, que, abusando de sua espontaneidade¹², quer, por actos externos, á vontade juridica geral oppôr sua vontade particular, não respeitando, se quer, a *apparencia* do direito¹³, desde esse momento a par de um criminoso existe um crime.

Dous principios ou factores e uma resultante constituem a idéa de crime: aquelles são um psychico (a vontade humana livre mas *empirica*), outro physico, manifestação do primeiro (a acção, pela qual se violou o direito); a resultante é a violação do direito realizada. Da distincção dos dous principios se deduz a regra, que exempta da pena os actos forçados, e os commettidos no estado de loucura, demencia, etc., por lhes faltar o antecedente criminal, o elemento psychico. Dos

¹² Tomamos aqui a palavra *espontaneidade*, como synonyma de liberdade, a pezar de admittirmos a distincção entre acto espontaneo, voluntario, e livre. Vid. Ubaghs, *Anthropologia*, §. 171, etc.

¹³ N'esta determinação da idéa de crime vamos d'accordo com Hegel na sua philosophia de direito.

tres elementos constitutivos do crime, o segundo é a idéa intermedia entre a vontade e a violação; idéa necessaria para quem não identifica o pensamento e acção. Alguem, é verdade, tem considerado a violação, realizada no damno, e a vontade, como os dous unicos elementos da criminalidade; mas, se assim fôra, como justificar a punição da tentativa e do crime frustrado?

É excusado advertir que na sciencia penal partimos, como condição essencial, do principio da liberdade humana, que é para nós, não uma simples crença, como pretendia Kant, mas um facto, e um facto egual em certeza a tudo que ha de mais certo; os sentimentos do homem o suppõem, seus actos o explicam. Abstrahimos por isso completamente da theoria d'essa eschola, denominada phrenologica, para quem as circumvoluções da massa encephalica, séde e organ de nossas inclinações, são a razão suprema da conducta humana; e cujos sectarios se apresentam como oraculos infalliveis, que, se não predizem o futuro, absolvem como tantas victimas de uma fatalidade invencivel o assassino e o parricida. Taes doutrinas, cuja falsidade é hoje manifesta, abalam todos os principios em nome de uma sciencia chimerica, aviltam o homem a ponto de o reduzirem a machina, põem á mercê do primeiro scelerado a ordem moral e a sociedade, e ultrajam em fim a Providencia, fazendo recair sobre ella a responsabilidade, que pésa sobre os malfeitores. O problema moral, como observa E. Saisset, suppõe duas condições necessarias, a liberdade do homem e a existencia de uma ordem absoluta e de uma lei moral, pela qual elle deve guiar suas acções.

O delicto pois, contradicção do principio essencialmente harmonico do justo produz na sociedade um estado de perturbação juridica, ou de *não-direito*, na phrase de Hegel. Causa por isso um mal, porque sendo este, a idéa contraria ao bem, a sua negação, e consistindo o bem no desinvolvimento

humano, cujas condições são, em parte, subministradas e garantidas pelo direito, é fóra de toda a duvida, que tudo aquillo que se oppozer ao direito, que impedir e tolher a sua livre manifestação, é um verdadeiro mal, o qual com quanto muito embora seja um não-ser, é um não-ser de uma natureza particular, porque suppõe o grau mais elevado do ser, a liberdade¹⁴. Nem para chegar a este resultado é mister seguir a Hegel em sua metaphysica, mostrando que o delicto é a expressão de uma vontade, que se destroe no seu proprio conceito, negando a manifestação juridica de outra vontade.

A acção do mal produzido pelo delicto não é limitada a uma só relação, antes se estende ao individuo lesado, á sociedade offendida directamente em si, ou *indirectamente* em seus membros, e até ao próprio criminoso. Em relação, ao lesado ou á sociedade directamente offendida, ella se manifesta como *damno*; em relação á sociedade indirectamente offendida, manifesta-se como *alarme*, causado pelo desconhecimento do principio juridico; e em relação ao criminoso, revela-se na *perturbação do seu estado de harmonia*, como membro social, que impede pela sua acção a realização do seu destino racional. Todas estas manifestações se resumem na *perturbação do estado-de-direito*.

Se o delicto pois envolve a perturbação do estado-de-direito, deve este ser restabelecido, d'outro modo a sociedade não progrediria, como deve, em seu fim, em seu desinvolvimento. Este restabelecimento cabe sem duvida, por sua mesma natureza á instituição social, que tem por fim a execução do direito e a applicação da justiça, isto é, ao Estado por meio

¹⁴ Não consideramos o mal como uma cousa *em si*; pelo contrario pensamos com Altmeyer, que elle é filho ou das falsas relações, em que se podem achar cousas boas *em si*, ou da imperfeição produzida pela falta de uma cousa em sua *ordem propria*.

dos poderes sociaes legalmente constituídos, e sem os quaes é impossivel conceber a existencia social.

Para d'accordo com o seu fim restabelecer o estado-de-direito, perturbado pelo crime, carece o Estado de meios correspondentes. A esses meios é que o homem, a sociedade, a humanidade, em todas as epochas e em todos os tempos, tem dado o nome de *penas*, embora não tenha chegado á comprehensão de sua natureza intima e verdadeira.

Com isto não queremos por modo algum significar que o chamado *sensu communi* possa por si constituir um principio, ou um criterio solido: só da razão, fonte a mais elevada de toda a certeza, póde nascer um systema de principios e consequencias, verdadeiro por si mesmo e pela harmonia, que lhe é propria¹⁵. Assentar, um systema philosophico sobre o *sensu communi*, como fizeram Reid, Dugald Stewart, e a eschola escocesa, é dar-lhe uma base pouca solida e contingente, á qual podemos applicar o dicto de Mr. Dumas a respeito de certas theorias chemicas — «desconfiamos de uma theoria, que exige a admissão de corpos desconhecidos —»¹⁶; e na verdade o *sensu communi* é um Protheu, que reveste mil formas, e que não é possivel surprehender debaixo de nenhuma d'ellas. É condição mesmo dos progressos da sciencia collocar-se, para assim dizer, fóra do *sensu communi*, lutar contra o seu seculo, contra as crenças vulgares, e prevenir o futuro. Não era o *sensu communi* que Galileu invocava ao demonstrar contra a apparencia sensivel, contra a auctoridade e até contra a sciencia, o movimento da terra; e tão pouco era elle que inspirava Platão, quando este philosopho no meio das sociedades antigas proclamava a unidade, a immortalidade da alma, e todas as grandes verdades da philosophia.

¹⁵ TENNEMAN, *Gesch. der Philosophie*, Einleit. §. 45.

¹⁶ *Leçons de philos. chim.* Leç. 9.

Intendemos porém que uma idéa, que não se enfraquece pela transmissão tradicional, que se mantem ou reproduz mais ou menos livre de elementos variaveis, em todas as edades e em todos os povos, ainda os mais differentes nas formas da civilização, deve quasi reputar-se inherente á constituição natural da especie; muito embora procuremos, guiados pela razão, penetrar no amago d'essa idea, *constituir* o seu valor; pois é certo que as linguas não contêm muitas vezes as idéas e os factos do espirito humano senão confusamente e sem distincção precisa, sem appreciação rigorosa. Uma d'essas idéas é um dos primeiros elementos do direito penal, é a idéa de pena.

A difficuldade para nós não existe até aqui; o horizonte da sciencia apenas se nos offusca ao penetrar na natureza das penas, na sua *talidade*. É n'ella que vem a resolver-se todas as questões sobre os limites e extensão do direito de punir, d'esse direito, que Justiniano denominava *terrivel*, caracterizando n'uma só palavra toda a theoria penal da sua epocha¹⁷; e não poderíamos affirmar a existencia e legitimidade de um direito de tanta transcendencia, sem conhecer em que elle consiste, e a este conhecimento nunca chegaríamos, senão determinaríamos a natureza intima das penas; podendo dizer-se d'ellas o que Serres disse das sciencias anatomicas, posto que n'outro sentido — «a determinação é a base de sua philosophia —»¹⁸.

As penas não são mais do que *meios* para conseguir um fim; e por isso as questões sobre os seus fins ou são deslocadas, ou se reduzem a questões sobre a sua natureza». O fim, para cuja realização ellas servem de meio, é o restabelecimento do estado-de-direito perturbado *pelo crime*, é a negação do crime: o principio pois, que deve sempre dominar

¹⁷ Const. 2. Cod. de vet. jure enucl.

¹⁸ *Principes d'organogénie*. 1.ª part.

no exame ou determinação da natureza das penas, é que ellas devem achar-se d'accordo com esse fim.

O mal produzido pelo delicto obra, como já levamos dicto, sobre o lesado, sobre a sociedade, e sobre o proprio delinquente; e é material em razão do damno, e moral em razão do alarme causado na sociedade e da perturbação do estado harmonico do criminoso como membro d'ella. A pena por tanto, como meio de reparar esse mal, deve operar sobre o offendido, sobre a sociedade, sobre o delinquente, e deve ter effeitos materiaes e moraes.

A acção material da pena deve traduzir-se na *reparação do damno*, porque só assim se pôde restabelecer o estado-de-direito perturbado em relação ao lesado: a acção moral deve resolver-se na reparação da perturbação *toda moral* do estado-de-direito na sociedade e no proprio criminoso. A pena tem por isso dous elementos distinctos, a *reparação* (em relação ao effeito material do crime) e a *pena*, propriamente dicta (em relação ao effeito moral). A reparação porém não é objecto da sciencia penal, e os Codigos, que d'ella se occupam (como o nosso, a tantos respeito por certo defeituosissimo), não comprehendem verdadeiramente a sua missão, nem se elevam á philosophia da verdadeira penalidade¹⁹. Só a pena propriamente dicta é objecto do direito penal e outro não era por certo o sentir de Wolf (*Instit. jur. nat. et gent.*) quando fazia consistir a pena no — *malum physicum ob malum moralem*.

Toda a difficuldade pois vem em ultima analyse a residir na determinação da natureza da pena, *como pena*; mais claro, a difficuldade está em determinar a natureza dos meios, que devem ser empregados para reparar o estado-de-direito perturbado *moralmente* na sociedade pelo alarme, que n'ella produziu

¹⁹ A reparação regula-se pelos principios de direito natural e de direito civil.

o crime, e no delinquente pela perturbação da sua natureza harmonica. É verdade que se poderá dizer que esta perturbação no proprio delinquente não é effeito mas antes causa do crime; não é porém assim; póde existir a causa do crime (que é outra como adiante mostrámos), e nem por isso se perturba o estado-de-direito do individuo, como *membro do organismo social*, sem que o crime se tenha verificado, sem que essa causa se tenha realizado, e sem que, transpondo os limites da consciencia, se tenha manifestado no mundo exterior, porque é então que o homem, concentrando-se na sua individualidade, se desliga do complexo da vida.

Não é mistér grande esforço para chegarmos á convicção, de que esta duplicada perturbação moral do estado-de-direito é produzida pela violação intencional do principio juridico, manifestada na acção e reproduzida no damno, e é filha da vontade *natural* ou *empirica* do criminoso. Na verdade a razão ultima das determinações da vontade está n'ella mesma, porque a vontade é o facto primitivo do *eu*, como dizia Fichte, é o principio interno da actividade do homem, é a força radical do ser, d'onde partem seus actos, e seus movimentos; e se possivel fôra descobrir n'outra parte a razão d'essas determinações, uma tal descoberta seria a da fatalidade universal²⁰.

É a vontade humana que, desconhecendo o principio do justo, causa no individuo a desharmonia, é d'esse desconhecimento que nasce na sociedade o alarme, consequencia tão necessaria, como incontestavel d'esta desharmonia. É pois sobre

²⁰ Com isto não assentimos á opinião de A. Jacques, *Manuel de Philos.*, segundo o qual todo o acto da vontade é *essencialmente* livre; se assim fora, os animaes, que são dotados de vontade, seriam livres e eguaes ao homem. Fallámos da vontade *livre*, que caracteriza o homem, e que o faz escolher livremente entre os diversos principios d'acção — Javary, *de la certitude*, p. 518., Jouffroy, *cours de dr. natur.* t. 1. leç. 4.^a, H. Martin, *philos. spiritual. de la nature*, t. 2. p. 236.

a vontade que a pena deve dirigir-se, porque é ella a causa d'esta perturbação do estado-de-direito; e uma prova de que o character da penalidade deve ser todo moral, deduz-se mesmo das condições, que as legislações verdadeiramente philosophicas exigem para a incriminação dos actos humanos; a loucura suspendendo a vontade racional, destróe para logo a acção dos tribunaes, e as proprias penas são graduadas segundo o grau de intenção, que esses actos suppõem. Sem poder surprehender a intenção *em si mesma*, é n'ella todavia que a justiça humana faz residir o crime; é contra os actos materiaes que a sociedade se defende, mas é só a vontade que ella pune.

Mas qual a razão, por que a vontade humana desconheceu o principio do direito, e o violou? É porque, na passagem da subjectividade passiva á subjectividade activa, se guiou por principios extranhos á razão, ao sentimento moral, e á verdadeira liberdade²¹, é porque se deixou influenciar pela parte material da natureza: o mal veiu da relação entre a vontade e esses principios, que são, para assim dizer, os dous pólos electricos, cuja relação produz em ultima analyse o phenomeno de afinidade, chamado crime.

A destruição d'esse mal e d'essa relação (que constitue na sua *effectividade* o empirismo da vontade) restabelecerá a harmonia; logo a pena, como meio de restabelecer o principio da harmonia, perturbado no criminoso, deve destruir ou paralyzar esse mal, destruir ou paralyzar essa relação; e essa destruição ou paralyzação depende unicamente do melhoramento da vontade do delinquente, da sua moralização, pois quanto mais moralizada fôr a vontade, mais tenderá a desligar-se d'esses principios extranhos, menos se deixará attrahir, e influenciar por eles.

²¹ Admitindo a theoria de Reid, que reduz os principios das acções humanas a *mechanicos*, *animaes*, e *rationaes*, referimo-nos aqui aos *mechanicos*: *animaes*, quando *oppositos* aos *rationaes*.

Restabelecido porém o estado-de-direito no individuo ficará restabelecido na sociedade? Se attendermos a que a perturbação social é uma consequencia da perturbação do estado juridico do individuo, parece razoavel a affirmativa; não é porém verdadeiro este raciocinio; a causa do crime vem da relação, mais ou menos intima, entre a vontade do criminoso e os motivos extranhos de determinação; ora elevando essa relação a uma generalidade, á *possibilidade*, abandonando a concepção *individual*, facilmente nos convenceremos do contrario.

Qual foi a causa do alarme social causado pelo delicto? Não foi o desconhecimento *real* do principio harmonico do justo, e a sua possibilidade, *por isso*, futura e provavel? Não basta pois, para satisfazer a justiça social, que se destrua ou paralyze o mal *real* produzido pelo individuo; o restabelecimento do principio, que foi desconhecido, deve ter além d'isso um caracter preventivo. A moralização impedirá o *criminoso* de tornar a desconhecer esse principio, mas isso não destróe o alarme, porque não assegura á sociedade a *impossibilidade* da repetição de actos semelhantes na essencia.

É por tanto necessario que a pena, além do caracter de melhoramento e de moralização individual em relação ao criminoso, tenha um caracter de prevenção geral, isto é, seja de natureza tal, que afaste os outros homens da practica, do crime. Só assim póde o restabelecimento do estado-de-direito na sociedade ser completo; porque só d'esta forma póde completamente desaparecer o alarme.

Mas se a pena para restabelecer esse estado no individuo deve ser reformadora e moralizadora, e se amoralização só por si não destróe *toda* a perturbação do estado-de-direito na sociedade, filha do desconhecimento *individualmente real*, e *geralmente possivel* do principio do justo, qual deverá então ser a natureza da pena, para, em toda a sua plenitude, realizar o

fim do direito de punir? O alarme na sociedade nasceu, como já fica dicto, do desconhecimento intencional do principio juridico; e tem dous lados, por onde póde ser considerado, o da *realidade* e o da *possibilidade*; aquelle exprime o desconhecimento effectivo, e a probabilidade de que o individuo repita taes actos; este exprime a possibilidade geral de que outros individuos, levados do exemplo, entrem na estrada do crime.

O remedio pois do alarme, já paralyzado em parte pela moralização do criminoso, é de resto inteiramente preventivo. Para isto não é aquella só por si sufficiente; só os meios empregados para a moralização do delinquente poderão prevenir essa possibilidade (que para a sociedade nasceu com o crime), por isso que proveiu da depravação, que a moralização tende a aniquilar. Esses meios devem pois ser de natureza tal, que sem violarem a personalidade do delinquente, afastem todavia os outros homens da practica do crime por meio de uma *intimidação* racional. Se o exemplo tornou possiveis os crimes, seja elle tambem que destrua essa possibilidade.

O character, a natureza intima da pena deve pois ser o melhoramento do culpado, e a intimidação racional, resultado dos meios empregados para esse melhoramento. Virá esta intimidação a resolver-se no *constrangimento psicologico*? Será este systema verdadeiro em quanto determina só *parte* da natureza da pena? Não é este o logar de o decidir, e a pezar d'isso o fariamos, se isso nos não levasse além do nosso proposito.

A combinação dos meios d'esse melhoramento com a intimidação racional, mais claro, a descoberta de meios de melhoramento, que possam produzir a intimidação, será um problema difficil de resolver? Não o crêmos. A sua incognita facilmente se encontra no systema penitenciario verdadeiramente organizado, n'essa, como lhe chama Leyser, nova conquista da intelligencia humana, destinada a fazer novas conquistas

nas mãos da civilização moderna, cujo progresso indefinido é para a philosophia como um dogma, cuja origem se deve ir buscar talvez ao auctor da *Scienza nuova*. A organização do systema penitenciario fica além dos limites, dentro dos quaes somos obrigados a dissertar; esperâmos porém n'um pequeno opusculo, de que apenas havemos lançado os primeiros traços, desinvolver nossas idéas n'este ponto especial, e ahi veremos, se Zacharias tinha razão, quando ainda no começo d'este seculo não receiu dizer, que todas as penas se deviam reduzir á privação da liberdade, á prisão ²².

Esta determinação da natureza da pena não é *um sonho brilhante de uma credula philanthropia*, é o resultado da deducção logica dos principios, a qual o homem não póde desconhecer sem trahir o seu fim e o da humanidade de que faz parte. A nossa linguagem não é a do sentimento, é a da razão; posto que não duvidemos de prestar homenagem a esses generosos escriptores, que na relaxação dos costumes do seculo passado oppozeram o encanto e a força do sentimento á baixeza do calculo e do interesse; posto que preferâmos Hutcheson a Hobbes, Rousseau a Helvetius, e o auctor do *Woldemar* á moral do egoismo.

Se a sociedade proceder á reforma de sua penalidade, influenciada por estes principios, não só elevará suas instituições á altura de uma das mais bellas concepções moraes, mas até, garantindo sua segurança, servirá seus verdadeiros interesses ²³.

Para nós a pena, não é um mal, antes um bem, porque é o meio de reparar o estado-de-direito perturbado na sociedade pelo crime, e porque dá ao criminoso uma nova vida salvando-o

²² Elle deduzia porém esta proposição do principio, de que todo o crime é um ataque contra a esphera da liberdade juridica dos outros — *Philos. crim. Recht*, §. 44.

²³ *Dicc. des scienc. philosoph.* de Franck, v.º *pénalité*.

da depravação, que é, com o embrutecimento, o suicidio do ser moral. E este nosso sentir era já o de Platão ha mais de vinte seculos! D'este modo a penalidade vem a ser a expressão verdadeira do principio do direito, que tem por fim o desenvolvimento do homem e da sociedade, e não recçâmos então dizer com um grande philosopho nosso compatriota, o Sr. P. d'Amorim Viana, *o culpado tem direito á regeneração pelo castigo* ²⁴.

O mal pelo mal é o *oculum pro oculo* do direito mosaico, é o talião determinando a pena, é uma criação temeraria que installa na opinião e na sciencia essa superstição terrivel á qual se offerece em holocausto a razão, a consciencia, o sentimento, e, o que é mais, a vida humana! Chamem-lhe talião moral, chamem-lhe expiação, é a *vendetta* do curso elevada a principio social: mais franco é Bruckner, considerando a vingança como origem do direito de punir ²⁵.

Em conclusão pois, se o crime perturba o estado-de-direito; se o Estado, pela obrigação que tem de o manter, deve restabelecel-o quando perturbado; se para isso carece de meios ou condições, e estas são as penas, como nós as determinâmos, é certo que o Estado tem o direito de as impôr, tem o direito de punir. *O fundamento por tanto d'este direito é a natureza e fim racional do Estado*; o seu fim, o restabelecimento do estado-de-direito perturbado pelo crime ²⁶.

²⁴ *Peninsula de 1853* n.º 1.

²⁵ *Essai sur la nat. et l'orig. des droits*, §. 249. — O culpado será então uma victima sacrificada a essa vingança; a pena será um sacrificio; e De Maistre (*Soirées de S. Petersb.* 10.^a *entretien*) poderá dizer sem blasphemia que o cadafalso é um altar elevado na praça publica.

²⁶ O systema, que temos apresentado, é no essencial o mesmo de Roeder, philosopho allemão da eschola de Krause. A noticia, que d'elle tinhamos unicamente pela obra de Ahrens tinha-nos feito inclinar á sua idéa fundamental, desde que estudámos o direito penal; agora porem que podémos alcançar a sua obra. *Zur Begründung der Besserungs theorie* (Heidelberg

Estâmos intimamente persuadidos que mais cedo ou mais tarde estas idéas, seguindo o movimento da civilização, hão de vir a incarnar-se na penalidade de todas as nações. Estâmos n'uma epocha, em que a humanidade, cansada das aberrações do passado, tende a viver influenciada sómente por essas leis immudaveis, que presidem a seu desinvolvimento e destino na terra. Embora a queiram forçar a não abandonar as crenças erroneas de afastadas eras; embora nos queiram persuadir com Bentham, esse archi-patriarcha do individualismo, que apenas recolhêmos hoje os fructos da ultima civilização, um instincto irresistivel de movimento a impelle na reforma de suas crenças e de suas leis, na realização de sua essencia, no desinvolvimento incessante de sua vida, de sua natureza. E esse movimento se traduz no progresso, que com quanto seja a aurora resplandecente de uma luz mais viva occulta ainda no seio do futuro, não é todavia uma utopia, não sáe da realidade, não altera as leis e faculdades de nossa natureza, antes promette o seu desinvolvimento nos limites indefinidos que elas comportam.

1847) mais nos confirmamos em nossa opinião, posto que em algumas cousas discrepemos do illustre criminalista, que faz honra á sciencia d'além do Rheno.