

Série – MESTRADO JURÍDICO

R. GAROFALO

CRIMINOLOGIA

Estudo sobre o Delito e a Repressão Penal
Seguido de apêndice sobre
OS TERMOS DO PROBLEMA PENAL
POR L. CARELLI

DANIELLE MARIA GONZAGA
TRADUTORA

VAIR GONZAGA
COORDENAÇÃO

00494 4314



ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ped
PÉRITAS EDITORA

343.9
G 223c
f 117

CRIMINOLOGIA

R. GAROFALO

1997

Série – MESTRADO JURÍDICO

Coordenação Editorial
Edméia Gregório dos Santos

Tradução
Danielle Maria Gonzaga

Coordenação
Vair Gonzaga

Revisão
Prof^a Berenice Zanolli

Péritas Editora e Distribuidora Ltda.
Rua Sargento Laon Borges de Oliveira, 267
Parque Industrial - CEP 13032-250
Fone/Fax (019) 272-1595
Campinas - SP

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou recuperação total ou parcial bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração.

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

PRIMEIRA PARTE

O DELITO

CAPÍTULO I

O DELITO NATURAL

I

Estudado nos últimos tempos pelos naturalistas, o delinqüente foi por alguns, descrito anátomo-psicologicamente e apresentado como um tipo, uma variedade do *genus homo*. Certo é, porém, que os trabalhos neste sentido empreendidos não deram resultados aplicáveis à legislação e que, não se encontrando em um grande número dos que a lei considera criminosos o tipo descrito pelos naturalistas, se principiou a pôr em dúvida o valor prático desta ordem de estudos.

E, contudo, um simples erro de método explica o fato. Falando do *delinqüente*, os naturalistas haviam-se esquecido de dizer-nos o que entendiam por *delito*, deixando este trabalho aos juristas como competentes no assunto. Mas não terá a criminalidade, tal como o código a compreende, limites mais amplos ou mais restritos do que aqueles que a sociologia lhe concede?

Ora, precisamente a não determinação rigorosa do conceito de delito fez com que até hoje o estudo do delinqüente se tenha conservado nos domínios da pura especulação científica, sem resultados capazes de servirem de base à constituição do direito penal.

Nesta ordem de investigações, o ponto de partida, a meu ver, deve ser exatamente a noção sociológica do delito. E não se diga que esta, já os juristas a definiram, porque se não se trata aqui de um termo técnico, mas de uma palavra exprimindo um conceito acessível a todos – aos que conhecem a lei, como aqueles que a ignoram.

O próprio legislador não criou a palavra: colheu-a da linguagem popular, limitando-se a aplicá-la a um certo número de ações que reputava criminosas. E isto explica porque, em um mesmo período e por vezes em um mesmo país existem códigos

muito diversos, classificando uns como crimes atos que outros não consideram tais.

A conclusão a tirar é que a classificação jurídica não impede o sociologista de tentar a sua. Não podendo pedir ao homem da lei a definição do delito, como pediria ao químico a de sal ou de ácido e ao físico a de electricidade, de som ou de luz, o sociólogo tem de procurá-la por si próprio. Só quando o naturalista souber dizer-nos o que entende por *delito* é que nós poderemos saber quem são os *delinquentes*. A ele não ao homem da lei cumpre definir o delito.

Existirá o delito natural ou, o que vale o mesmo, haverá um certo número de atos que a consciência popular em determinadas condições considere sempre criminosos?

Será possível obter indutivamente o critério do delito?

Tentemos a solução destes problemas.

Nós não procuraremos indagar se *todos* os atos que o nosso tempo e a nossa sociedade consideram *criminosos* tiveram ou deixaram de ter em *todos os tempos e em todos os lugares* a mesma significação. Sabem todos que os costumes de muitos povos não só toleravam o homicídio por vingança de sangue, mas o impunham como dever sagrado ao filho assassinado; que o duelo, umas vezes sujeito a gravíssimas penas, era, outras, considerado pela própria lei uma das principais formas do julgamento; que a blasfêmia, a heresia, o sacrilégio e a feitiçaria, tidos outrora em conta de negros malefícios, desapareceram dos códigos atuais em nações cultas; que a pilhagem de navios naufragados era autorizada em alguns países; que a depredação e a pirataria foram, durante séculos, os principais meios de existência de povos hoje pacificados; enfim, que, fora da raça européia, existem sociedades meio civilizadas que toleram o infanticídio e a venda de crianças, que honram a prostituição e elevaram a altura de instituição cívica o adultério. São por demais conhecidos estes e análogos fatos.

O problema que nos propomos é outro: é o de saber se, entre os delitos previstos pelas nossas *leis atuais*, há *alguns* que, em todos os tempos e lugares fossem considerados puníveis.

A resposta afirmativa parece impor-se, desde que pensamos em atrocidades como o parricídio, o assassinio com um intuito de roubo, o homicídio por mera brutalidade. E, contudo, não será difícil encontrar fatos que nos obriguem a sustentar a negativa. Denunciam-nos, com efeito, numerosos relatórios de viajantes antigos e modernos, sobre os costumes de selvagens, que o parricídio existiu nos costumes em coerência com idéias religiosas. Em épocas muito remotas, o sentimento do dever filial impunha aos Massagetas, os Escandinavos e aos Sardos o dever de matarem os progenitores tornados inúteis pela velhice ou pela doença; e ainda hoje este horrível costume subsiste, no dizer de viajantes, entre os habitantes da Terra do Fogo e das Ilhas Viti, entre os Battas de Sumatra, os Neo-Caledônios, os Tehuthski, os Kamtschadali e algumas tribos de esquimós. O homicídio por mera brutalidade é eminentemente comum na Malásia e na África Central. Os chefes e guerreiros, sem que isto provoque indignação de ninguém, matam muitas vezes o primeiro que encontram por simples exibição de força e destreza, por mero capricho ou,

mais vezes ainda, para experimentarem as próprias armas.

O canibalismo por gulodice espalhará-se em toda a Polinésia e ainda hoje não desapareceu por completo nas tribos que vivem fora do domínio europeu, como sucede em alguns pontos da Zululândia e da Cafraria.

Enfim, matar um homem para roubá-lo foi sempre costume das tribos selvagens ou simplesmente a um grupo inimigo.

Parece, pois, necessário renunciar absolutamente a esperança de encontrar atos universalmente considerados criminosos e universalmente punidos. Não se conclua, ainda assim, pela impossibilidade de obter a noção do delito natural. O que importa é mudar de método, substituindo a análise dos atos pela análise dos sentimentos.

E, de fato, no conceito do delito aparece sempre a lesão de algum daqueles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano e no seu conjunto formam o que se chama *senso moral*. Ora, um tal atributo desenvolveu-se lentamente na humanidade, variando, ontem como hoje, no grau de perfeição, com as épocas e as raças, porque os instintos que o constituem ora se fortificam, ora se enfraquecem. Daí, variações consideráveis nas idéias de moralidade ou imoralidade e, naturalmente, variações não menores na idéia daquela imoralidade especial que dá a um ato o caráter de criminoso.

Importa, entretanto, investigar – e aqui solicito do leitor um momento de viva atenção – se, a despeito da inconstância das emoções provocadas por certos atos idênticos, mas *diversamente* apreciados nas diferentes sociedades, não existirá um caracter constante nas emoções provocadas por aqueles atos que são apreciados *identicamente*; porque, se assim for, é evidente que a diferença existe então na forma, não na essência da moral social.

Para resolver este problema, importa esboçar a evolução do senso moral.

Darwin atribui-lhe a origem à simpatia instintiva do homem pelo homem. Spencer, pelo contrário, refere-o ao raciocínio que, tendo feito compreender aos primeiros agregados humanos a necessidade de adotar algumas normas de conduta, se tornou depois um hábito mental, hereditariamente transmitido às gerações sob a forma de instinto.

“Algumas intuições morais fundamentais desenvolveram-se e desenvolvem-se ainda hoje na raça e, bem que resultados de experiências acumuladas de utilidade, são hoje, porque se tornaram gradualmente orgânicas e hereditárias, inteiramente independentes da experiência consciente... Todas as experiências de utilidade, organizadas e consolidadas através de todas as gerações passadas da raça humana, produziram modificações nervosas correspondentes, que por transmissão e acumulação contínua se tornaram em nós *certas faculdades de intuição moral*, certas *emoções* correspondentes a boa ou má conduta, sem base alguma aparente nas *experiências individuais de utilidade*... A preferência

e a *aversão* tornam-se orgânicas pela herança dos efeitos de experiências agradáveis ou penosas dos nossos progenitores”⁽¹⁾.

Como quer que seja, porém, – ou se aceite esta hipótese ou se aceite a de Darwin, – o que é certo é que todas as raças possuem atualmente uma certa soma de instintos morais inatos, não devidos ao raciocínio individual, mas, como o tipo físico, patrimônio hereditário comum. Alguns destes instintos observam-se desde a infância: revelam-se com o alvorecer da inteligência e, sem dúvida, quando a criança está muito longe ainda de poder fazer o difícil raciocínio que demonstra a utilidade indireta do altruísmo.

Nem de outro modo, a não ser pela existência de um senso moral, pode explicar-se o sacrifício voluntário e obscuro que alguns homens fazem de seus mais vitais interesses em homenagem ao dever. Sem dúvida, o princípio de que a ordem social só pode manter-se mediante recíprocas concessões de egoísmo e do altruísmo é capaz de explicar a origem utilitária das idéias morais⁽²⁾; não é menos certo, porém, que em alguns casos particulares o altruísmo produz muitas vezes o mal do indivíduo ou o impede de conseguir o que mais vivamente deseja e que poderia obter sem receio de próximas ou remotas conseqüências desagradáveis.

Se, pois o homem se sacrifica, é que nele existe um sentimento que o obriga a atuar sem consideração pelas conseqüências, conforme uma norma que tem dentro de si, a norma do dever que ele vê claramente sem o concurso do raciocínio. Eis o senso moral, no todo ou em grande parte, pelo menos, congênito e hereditário.

Isto não exclui, é claro, a possibilidade de que os instintos morais, hereditários para nós, tenham tido uma origem utilitária para os nossos remotos antepassados, como pretende a hipótese a que vimos de referir-nos. Darwin que, como vimos, recorre a uma hipótese diversa, chega, contudo, a mesma conclusão:

“Conquanto o homem de hoje tenha poucos instintos especiais, porque perdeu os que possuíam os seus primitivos progenitores, não é isso razão para crer que ele não tenha podido conservar desde remotíssimos períodos um certo grau de amor instintivo e de simpatia pelos seus congêneres... A imperiosa palavra dever parece apenas designar o íntimo conhecimento de um instinto persistente, inato ou adquirido em parte, que nos serve de guia, embora possamos desobedecer-lhe”⁽³⁾.

⁽¹⁾ Herbert Spencer, *Les bases de la morale évolutionniste*.

⁽²⁾ “Na família e nas tribos primitivas, os sentimentos de interesse comum e a reprovação que de ordinário acompanhava os atos individuais nocivos à associação deviam acabar por fazer nascer as idéias do bem e do mal, que, transmitidas de geração em geração pela hereditariedade, se tornariam um instinto mais ou menos pronunciado”. – Maudsley, *Moral responsibility in mental diseases*. Cap. I.

⁽³⁾ Darwin, *L'origine de l'homme*, cap. III.

Se a moral fosse o resultado do raciocínio individual, as pessoas mais honestas seriam as que, pela sua maior inteligência, mais facilmente pudessem elevar-se à concepção das leis de adaptação e de concordância entre o egoísmo e o altruísmo. Ora eu não quero sustentar que aconteça precisamente o contrário; mas é indubitável que muitos homens de medíocre espírito observam os mais rigorosos princípios de moral, não porque lhes venha daí utilidade, mas porque inconscientemente se sentem obrigados a respeitá-los.

O senso moral é, pois, ao menos em parte, orgânico. Criado em espécie, como todos os nossos outros sentimentos, por evolução hereditária, pode ser deficiente nos indivíduos de entendimento fraco, pode perder-se por doença ou pode ainda faltar inteiramente no indivíduo por monstruosidade de organismo que pode, a falta de outra explicação, atribuir-se em alguns casos ao atavismo. Como diz Maudsley, são inumeráveis as gradações “entre a suprema energia de uma vontade bem organizada e a ausência completa do senso moral”⁽⁴⁾.

E, assim, não admira que em uma sociedade culta, exista um certo número de indivíduos cuja moralidade não corresponde à da generalidade da população. São anomalias naturais de que em breve nos ocuparemos.

É mister, entretanto, investigar o grau das oscilações do senso moral no tempo e no espaço, o que ele é hoje na raça européia e nos povos civilizados de outras raças, enfim, o que ele pode tornar-se no futuro. Indagaremos em seguida quais são os instintos morais cuja existência se revelou desde a primitiva constituição das sociedades, quais os que dominaram em épocas de uma civilização inferior à nossa e quais, por último, os que, embrionários nessas épocas, se desenvolveram ulteriormente de modo a constituir na atualidade a base da moral pública.

Pondo de parte o homem pré-histórico, porque é absolutamente impossível conhecer a seu respeito o que seja de interessante para o assunto, e as tribos selvagens degeneradas ou insuscetíveis de desenvolvimento, porque constituem uma anomalia na espécie humana, prosseguiremos, tentando discriminar e isolar, de todos os outros, aqueles *sentimentos morais que possam considerar-se definitivamente adquiridos* pela parte civilizada da humanidade e que formam a *verdadeira moral contemporânea*, não suscetível de perder-se, mas, pelo contrário, de progredir incessantemente.

Considerou-se uma fantasia a *recta ratio* de Cícero, *naturae congruens, diffusa in omnes, constans*; e, contudo, estas palavras encerram a verdade, com a simples condição de que aquela *recta ratio* se considere um atributo primitivo e originário da natureza humana, mas um produto da evolução ou, que vale o mesmo, se não estenda às raças bárbaras e selvagens, nem, enfim, compreenda a moral como um todo homogêneo, mas somente *certas normas em que ela se decompõe* e que derivam de *alguns sentimentos* tornados orgânicos ou instintivos nos homens que hoje vivem dentro de uma *sociedade culta*.

⁽⁴⁾ Maudsley, *Obr. cit.*, cap. I.

II

É evidente que não podemos ocupar-nos aqui senão do senso moral de todo o agregado humano, isto é, da parcela *mínima* de moralidade que é comum aos que vivem em sociedade. Do mesmo modo que há indivíduos moralmente inferiores, assim os há e houve sempre superiores, esforçando-se por atingir a moral absoluta, que Spencer define como *ideal de conduta* só realizável em uma sociedade quando os sentimentos de um razoável egoísmo se hajam fundido com os de um bem entendido altruísmo.

Mas são pouco numerosos estes idealistas, incapazes, de certo, de exceder muito o seu tempo ou de acelerar grandemente p processo evolutivo. “O próprio idealismo ético-religioso do cristianismo, concebendo a humanidade como uma só família em Deus, apenas pode radicar-se, escreve Schaeffe, depois de reduzido o mundo a um império único, mercê das relações cosmopolitas criadas pelas armas e pela política de Roma. Sem esta condição preliminar, a moral cristã não teria encontrado terreno propício à difusão e consolidação prática das suas idéias”⁽⁵⁾. O conjunto das idéias morais de um povo, acrescenta o mesmo escritor, “não deriva de meros princípios filosóficos, pela maneira por que das idéias de especulação material derivam os estatutos de uma sociedade de comércio”⁽⁶⁾.

Este capital de idéias morais é o produto de uma elaboração de todos os séculos que nos precederam e que nos transmitiram pela herança e pela tradição. E isto explica porque, em todos os tempos, existiu uma *moral relativa*, consistindo na adaptação do indivíduo à sociedade, e uma outra *mais relativa ainda*, regional e de classe, formando aquilo a que se chama *costumes*.

Quando um indivíduo procede em conformidade com os princípios geralmente constituídos no povo ou na casta a que pertence, não poderá nunca afirmar-se que ele tenha atuado imoralmente, quaisquer que sejam sobre o caso as reservas da moral absoluta. Assim, por exemplo, a escravatura, idealmente considerada, é uma instituição imoral, porque não pode uma sociedade perfeita admitir o domínio do homem sobre o homem. E, contudo, ninguém se lembra de considerar imorais os que em remotos tempos negavam a liberdade aos servos. Concedendo a carta de alforria, como prêmio de serviços, aos escravos antigos e fiéis ou ainda aos que, pela instrução ou pela inteligência, mereciam elevar-se da sua humilde condição, os senhores romanos das épocas mais cultas não faziam senão mostrar quanto a moral de então tendia já parcialmente para o ideal.

É inútil multiplicar aqui os exemplos das diferenças consideráveis nas idéias morais de povos diversos ou ainda de um mesmo povo em épocas sucessivas, citando as tribos selvagens e os países bárbaros antigos ou modernos. Bastará lembrar certos costumes e casos do mundo clássico, tão próximo, aliás, do nosso pelo gênero e grau de civilização.

⁽⁵⁾ Schaeffe, *Structure et vie du corps sociale*. Vol. II, cap. V.

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

A ruidosa celebração de certos mistérios da natureza; o culto de Vênus e Priapo; os amuletos fálicos; a prostituição religiosa em Chypre e na Lydia; a cedência da própria mulher a um amigo, de que houve exemplos em Roma; o adultério da mulher sob o teto conjugal, ordenado pelo marido em casos de impotência, como se dava em Sparta; o amor pelos indivíduos do mesmo sexo, referido pelos escritores gregos como coisa não só tolerável, mas louvável mesmo ⁽⁷⁾; o matrimônio entre irmãos nas famílias faraônicas, continuado sob os Ptolomeus, que eram gregos; enfim, mil outros costumes, inteiramente diversos dos nossos, provariam, se fosse possível a dúvida a este respeito, que enormes variações se tem dado na moral européia em menos de vinte séculos.

A nossa moral hodierna procede da doutrina de Cristo. Deixemos, porém, de parte, alguns princípios do Evangelho que, embora pregados por toda a parte, não conseguiram germinar e tornar-se emoções, como o de suportar as injurias sem reação, o de pagar o mal com o bem, o de querer a felicidade dos próprios inimigos, e outros ainda que podem dizer-se absolutamente desconhecidos na época greco-romana. Tomemos, pelo contrário, qualquer das máximas geralmente admitidas na nossa sociedade contemporânea: o dever de respeitar a liberdade individual, por exemplo. Por longo tempo, como se sabe, a nossa própria raça contraditou este princípio, porque em toda a Europa existiu a escravidão, que só há vinte anos foi abolida nos Estados Unidos da América do Norte e há três no Brasil, assim como a servidão que só há poucos lustros deixou de ser uma realidade na Rússia. Ora, em nenhum desses povos era imoral que o senhor constrangesse a vontade do escravo, fizesse dele um instrumento, o separasse da família, o castigasse e mesmo o submetesse a tormentos.

Mas deixemos a história e a geografia e coloquemo-nos no ponto de vista de um a sociedade *contemporânea*, desvanecida do alto grau da sua civilização. Que se nos depara? Primeiro que tudo, algumas normas de conduta, formando o que se chama *costumes* – umas à sociedade inteira, outras especiais de classe, de associação, de grupo. Tudo se regula por leis, desde as cerimônias mais solenes até ao modo de cumprimentar e de vestir, desde a maneira de prestar e receber a hospitalidade até a de pagar um favor, desde a linguagem que importa empregar e das frases que em dadas circunstâncias devem ouvir-se até à expressão da fisionomia e a inflexão de certas palavras.

Os que se insurgem contra os preceitos chamados de *etiqueta* ou de *conveniência* são tidos em conta de excêntricos, de extravagantes, de grosseiros ou de mal educados; provocam o riso ou a compaixão, por vezes mesmo o desprezo.

Atos que muitas vezes se permitem em certos centros, classes ou assembléias, são em outros proibidos; por vezes mesmo, as simples circunstâncias de hora, de local, de fim de reunião bastam a dar a uma ação o caráter de proibida ou permitida. Assim, casos há em que uma senhora pode apresentar-se decotada, outros em que não poderia fazê-lo sem incorrer em um salão de baile dá a um cavalheiro o direito de enlaçar uma

⁽⁷⁾ Vid. Plutarco, *Vida de Solon*.

dama pela cinta, bem entendido, em secretas expansões de amor.

E normas semelhantes, mais ou menos gerais, mais ou menos absolutas dominam toda a nossa atividade: por tradição, por hábito, por exemplo, submetemo-nos voluntariamente a elas, sem mesmo lhes indagarmos o fundamento, e, para não passarmos por mal educados, forcejamos em todas as conjunturas por mostrar que as não ignoramos.

E estas variadas regras, superficiais e oscilantes, subordinam-se ainda a outras mais gerais, que penetram a sociedade inteira, de alto a baixo, como um raio de sol se projeta através de camadas líquidas, mas que sofrem notáveis variações nas diferentes classes sociais, do mesmo modo que a luz se refrata diversamente segundo a densidade das massas que atravessa. Tais são os preceitos que costumamos chamar *morais* e que mais facilmente que outros podem reduzir-se a poucos grandes princípios dirigentes da conduta.

As primeiras regras a que fiz referência, as que propriamente constituem o cerimonial, caracterizam-se por uma incessante mutabilidade. Mais constantes, mas de modo nenhum absolutos, são os preceitos de moral. Nestes, as variações são mais lentas e menos sensíveis, se circunscrevermos a nossa observação a um espaço restrito e a uma curta operação de tempo; para notar verdadeiros contrastes é preciso mesmo recorrer à tradição dos povos antigos e estudar aqueles cuja civilização é inferior à nossa. Mas, num *mesmo período histórico* e em um *mesmo país*, princípios há de moral cujo império é reconhecido em todas as *camadas sociais*, embora não tendo em todas elas a mesma expansão e o mesmo grau de *perfeição*, o que faz crer que nas diversas classes de que uma sociedade se compõe a moral apresenta aspectos em certos pontos diferentes. “Se alguma coisa há, diz Bagehol, em que os homens difiram profundamente, é na finura e delicadeza das intuições morais, qualquer que seja o modo de explicar a origem destas. E nem é necessário, para termos disto a certeza, empreender excursões entre selvagens; edifica-nos suficientemente sobre este ponto a simples conversação com um inglês pobre ou com um nosso serviçal. Evidentemente nos países civilizados as classes ínfimas são, como todas nos países bárbaros, destituídas da *parte mais delicada* dos sentimentos a cujo complexo damos o nome de senso moral”.

Mas não demos a esta observação um significado excessivamente largo e lembremo-nos de que o autor apenas nas classes ínfimas nota a falta da *parte mais delicada* do senso moral, o que supõe que esse senso, embora pouco desenvolvido e pouco utilizado, existe nelas: as camadas sociais mais baixas, essas mesmas tem alguma coisa de comum na ordem moral com as classes superiores. E há para crê-lo, uma razão evidente: se é certo que o senso moral é um produto da evolução, natural é admitir que ele seja menos aperfeiçoado nas classes que representam um grau inferior de desenvolvimento físico. Mas não quer isto dizer que os mesmos instintos na sua parte mais essencial não existem naquelas classes, como existiam, embora num estado mais elementar ainda, nas tribos bárbaras de um desenvolvimento muito inferior ao das nossas últimas camadas sociais.

Conclui-se daqui – nem mais exemplos são necessários para apoiar as nossas

reflexões – que *em todos os sentimentos morais* é possível distinguir como *estratificações* diversas e sobrepostas, destinadas a torná-los *cada vez mais delicados*; de modo que, fazendo abstração da parte mais superficial e mais recente da evolução moral, descobrir-se-á a parte mais *profunda e essencial dos mesmos sentimentos*, idêntica em todos os homens do nosso tempo e da nossa raça ou ainda de outras raças não muito diferentes da nossa e vizinhas do mesmo estado de civilização.

E assim, ainda mesmo renunciando à idéia de uma *universalidade absoluta* da moral, poderemos determinar a identidade de *alguns instintos morais* numa considerável parte da espécie humana.

III

Mas quais são esses instintos morais de que temos de ocupar-nos? Será a honra, o pudor, a religião, o patriotismo?

Por estranho que isso possa parecer, a verdade é que nas nossas investigações poremos de lado sentimentos desta ordem.

Pelo que respeita ao patriotismo, pode seguramente afirmar-se que ele não constitui em nossos dias uma condição absoluta de moralidade individual. Não se acusa, com efeito, de imoral aquele que à pátria prefere a um país estrangeiro ou se adapta melhor, por temperamento e inclinações naturais, aos costumes e idéias de uma nação que não é a sua. Se nestas condições o indivíduo desobedece ao seu próprio governo, se aceita um cargo, um emprego, uma graça do estrangeiro, decerto poderá ser mal visto como cidadão, mas não como pessoa. Ora nós pretendemos ocupar-nos, somente do que é imoralidade no indivíduo como membro da humanidade, não de um particular agregado social. Tal distinção não poderia fazer-se em Sparta ou Roma, mas pode fazer-se hoje, o que prova bem a separação atual entre o sentimento patriótico e a moral individual.

As mesmas reflexões podem aplicar-se ainda ao *sentimento religioso*. Em toda a Europa contemporânea ou, para melhor dizer, em toda a raça européia, os homens mais instruídos consideram a religião como alguma coisa que apenas pode servir de vínculo aos crentes, aos que comungam numa mesma seita.

No mundo antigo, os sentimentos religioso e patriótico andavam intimamente ligados, porque se cria que do culto dos Deuses dependia a salvação da pátria. Ainda hoje, em muitas tribos bárbaras, se observa um tal preconceito.

Na idade média, a idéia de que formavam a família de Deus, tornava os cristãos implacáveis inimigos dos heréticos.

A blasfêmia, a heresia, o sacrilégio, a magia e as ciências que combatiam os dogmas foram algum tempo abomináveis coisas. Os prejuízos religiosos, vivos então, conduziam às mais atrozidades carnificinas, às espoliações mais iníquas. Isto explica em parte a crueldade dos cruzados contra os sarracenos, a dos espanhóis contra indígenas da América.

Hoje, pelo contrário, separam-se como distintos os princípios religiosos dos princípios de conduta social, embora se reconheça que a nossa ética contemporânea deriva em parte da moral do Evangelho, que favoreceu o desenvolvimento do *altruísmo* pela repressão dos sentimentos egoístas. A justiça e a bondade encontram-se freqüentemente no coração dos que perderam a fé, de modo que a incredulidade – aquilo que para uma associação religiosa constitui o mais grave dos pecados – pode coexistir com as qualidades que fazem do indivíduo um benfeitor da humanidade.

Quanto ao *pudor*, poderá à primeira vista parecer que ele é um verdadeiro instinto humano. E, contudo vimos já quanto este sentimento varia enormemente nos seus limites e na sua significação.

Há tribos em que completa nudez é habitual, outras em que o coito se pratica publicamente. Cook revela-nos que a consumação de um matrimônio, ao ar livre, no Taiti, assistia a rainha, dando à noiva oportunas instruções. E, no dizer de um apaixonado entusiasta dos selvagens, costumes tais nada tem de repreensível, por isso que o próprio Código Civil dá ao matrimônio o caráter de *ato público*! Herodoto e Xenophonte referem que a cópula não era secreta entre alguns povos da Índia e da Ásia Menor. Em Sparta, como se sabe, as moças lutavam nuas no ginásio; e nuas se mostram ainda hoje, à hora do banho, as abissínicas, as núbias, as próprias japonesas. De resto, já fizemos notar que na raça européia mesmo e nas mais altas classes da nossa sociedade variam, com as horas e com as circunstâncias, as regiões do corpo que uma senhora deve cobrir. Não bastará isto para indicar que o pudor e o impudor nada tem de absoluto?

Há ainda uma outra espécie de pudor, aquele que leva a mulher a evitar a Vênus vaga, o amor livre, o que dispensa ritos. Este sentimento, porém, é menos um instinto do que um resultado do respeito aos deveres de esposa ou de família, ao ponto da virgem, e, por isso mesmo, variável com os costumes locais. Assim, nos países em que, como na Groenlândia, em Ceilão, no Taiti, oferecer por uma noite ao forasteiro a própria esposa é um ato de cortesia é quase um dever de hospitalidade, naqueles em que, como no Thibet e em Malabar, os irmãos se servem de uma mesma mulher, nas tribos em que, como nas do Hasani, a esposa guarda fidelidade apenas durante cinco ou seis dias da semana, reservando um ou dois ao amor livre, o conceito do impudor é bem diverso do que nós formamos. Mas o que verdadeiramente prova que a honestidade da mulher não é precisamente instintiva, é que na *nossa sociedade a poliandria é um fato*, exatamente como nas tribos africanas e polinésias; hipocritamente mascarada, entre nós, pelos progressos da civilização, – e toda a diferença está nisto – longe de afrouxar, ela invade, sob o nome de *galanteria*, todas as classes sociais. Pois não é verdade que entre as mais formosas e mais elegantes damas de todas as cidades dois terços tem amantes, ou, pelo menos, ao lado dos maridos, um eleito dos seus corações?

Sustentar que a poliandria desapareceu dos povos civilizados, não é senão sustentar uma daquelas mentiras *convencionais*, cuja análise constitui o grande prazer de Max Nordau.

Pelo que diz respeito às *donzelas*, de certo a sua reserva aparente é maior na raça latina, pelo menos porque na Alemanha e na América do Norte, gozando de maior liberdade, empregam menos a hipocrisia. E, contudo, a despeito da nossa implacável severidade para elas, não é verdade que com frequência se vêem nas classes inferiores raparigas de menos de dezoito ou vinte anos tendo perdido a castidade? E mesmo nas classes superiores não acontece muitas vezes que uma menina, menos rigorosamente vigiada, cede às solicitações de um amante? Mesmo nas famílias que mais alardeam austeridade, se tem visto moças educadas em severos princípios deixarem-se vencer pelos impulsos do amor ou de uma audaz e hábil sedução. E a isto se chama escândalo, porque, como diz Nordau, a civilização fez um crime de um ato natural e inocente. Mas precisamente porque não há nisso delito natural é que, a despeito das leis, dos costumes, da moral religiosa e mesmo dos perigos de toda a ordem a que expõe o amor livre, a maioria das mulheres continua e continuará a deixar-se seduzir ou a praticar o adultério. A mulher fiel, único *gaudens mulier marito*, que Juvenal procurava no seu tempo, foi e será uma exceção em todos os tempos.

Poderá, pois a castidade, que apenas existe em alguns indivíduos, mercê de um temperamento especial, chamar-se um instinto humano quando, pelo contrário, o que domina é a tendência à satisfação dos sentidos?

Exceção feita de algumas almas piedosas de uma excessiva pureza, pode dizer-se que as mulheres não encontram obstáculos ao amor livre senão nos próprios interesses individuais ou de família.

Do que levamos dito se conclui que o sentimento do pudor não é senão artificial e de convenção; de universal na espécie humana há neste sentido mais do que o instinto que nos leva a ocultar os órgãos da sexualidade e o fato de não ceder e fêmea às solicitações do macho senão depois de ter simulado uma resistência mais ou menos viva⁽⁸⁾.

Sobre o sentimento de *honra* não nos deteremos em reflexões, porque todos compreendem que é impossível achar nele a mínima uniformidade: – cada associação, cada classe social, cada família, quase cada individuo tem o seu especial ponto de *honra*. E em nome dele se tem praticado as melhores e as piores ações; ele impulsiona tanto o punhal do conspirador, como a espada do soldado. Nas mais baixas camadas sociais, nos mais torpes agrupamentos, nas associações de malfeitores, nas colônias de condenados, aí mesmo existe o ponto de honra conduzindo às vinganças mais atrozes e aos crimes mais execráveis. De resto, o que para uma sociedade é honra, para outra é a desonra. Nada, pois, de mais variável que este sentimento, que Spencer denomina *ego-altruísta*, mas que de outrem se preocupa somente enquanto ele nos dá a sua estima, o seu aplauso ou a sua admiração.

Dos nossos estudos importa excluir todos os sentimentos de que acabamos de falar. Mas que fica então, perguntar-se-á, do chamado *senso moral*? Apenas os instintos

⁽⁸⁾ Espinas, *Les sociétés animales*.

altruístas, isto é, aqueles que *tendem diretamente ao bem dos outros*, embora indiretamente possam também proporcionar-nos algumas vantagens.

Ora, esses sentimentos altruístas que, exceção feita de algumas tribos degeneradas, se encontram, embora em grau diverso de desenvolvimento, em todos os povos e agregados humanos, podem reduzir-se a dois tipos o da *benevolência* e o da *justiça*.

Aquele que queira considerá-los do ponto de vista da escola evolucionista, pode remontar à sua primordial, que é de uma extensão dos sentimentos egoístas. De fato, o instinto da própria conservação estende-se primeiro à família, depois à tribo daqui gera-se lentamente uma simpatia pelos nossos semelhantes, que são ao principio os membros da mesma tribo, depois os concidadãos, mais tarde os homens da mesma raça e que falam a mesma língua, por último, enfim, todos os homens, qualquer que seja a sua cor ou o seu estado de civilização.

Tal é a evolução do sentimento de estima e benevolência pelos nossos semelhantes, que primeiro aparece na humanidade sob a forma *ego-altruísta*, de amor pelos próprios filhos, que são quase uma parte de nós mesmos.

Este sentimento vai-se pouco a pouco estendendo até aos parentes mais remotos, mas só se torna altruísta quando deixa de ser motivado pelos vínculos de sangue.

Então, é primeiro determinado pela semelhança física ou moral dos indivíduos de uma mesma casta, de um mesmo país ou de uma mesma raça, que falam identicamente ou de modo pouco diverso, porque não podemos conceder simpatias por homens inteiramente diferentes de nós e cujo modo de sentir desconhecemos. E é esta precisamente, como nota Darwin, a razão porque as diferenças da raça, de aspecto e de costumes constituem o mais poderoso obstáculo a universalidade do sentimento de benevolência: só ao fim de muitos séculos se atinge o conceito de que são nossos semelhantes os homens de todos os países e de todas as raças. Acrescentaremos com o naturalista inglês que “a simpatia que vai além dos limites humanos, constituindo a piedade pelos brutos, parece ser uma das mais tardias aquisições morais”⁽⁹⁾.

Neste ponto, importa que nos detenhamos um pouco para analisar mais profundamente o instinto de benevolência, distinguindo-lhe os diversos graus e determinando a parte dele que mais freqüentemente se encontra nos agregados humanos e pode, por isso, dizer-se quase universal.

Notemos, primeiro, a existência de pessoas, cujo único pensamento é o bem dos outros, cuja única ocupação é tentar todos os meios de minorar as dores alheias, melhorar as condições morais e materiais dos pobres e abandonados, dos velhos e órfãos, sem ambições, sem desejos de recompensa, obscuramente, anonimamente.

Esses, sempre dispostos a privarem-se não só do supérfluo, mas por vezes mesmo do necessário, são os grandes benfeitores da humanidade, os *filantropos*, na mais

⁽⁹⁾ Darwin, *Descendance de l'homme*, cap. III.

pura acepção deste termo.

A esses seguem-se, em número muito maior, os que, sem fazerem profissão, de filantropia, se sentem satisfeitos todas as vezes que podem prestar um serviço e fazem o possível para aliviar as alheias desventuras. São esses os generosos.

Enfim, segue-se a grande maioria dos que, sem empenharem esforços e se impõem sacrifícios de qualquer ordem para melhorar as condições dos outros, se absterão, contudo, de todos os *atos capazes de produzirem no próximo uma dor física ou moral*. Este é propriamente o sentimento de *piedade* ou de *humanidade*: a repugnância pelas ações cruéis e a resistência aos impulsos de que derivaria uma dor para os nossos semelhantes.

A origem deste sentimento não é absolutamente altruísta. Spencer escreve: “Assim como o prazer, que se forma pela representação do prazer, é o sentimento que provoca as ações generosas, também a emoção que provoca a tentativa de minorar o mal é uma dor constituída pela representação das dores alheias... A simpatia pela dor produz na conduta modificações de diversas ordens. Em primeiro lugar *põe obstáculos aos atos com que intencionalmente se infringe um mal*. Este efeito observa-se em graus diferentes. Se nenhuma animosidade existe entre duas pessoas, o ato pelo qual uma incomoda a outra, entre adultos, um espontâneo sentimento de remorso a que só escapam os homens inteiramente brutais: a representação de um mal físico assim produzido é suficientemente vivaz em quase todas as pessoas civilizadas para induzi-las a evitar cuidadosamente esse mal. Naqueles em quem o poder de representação é maior, nota-se uma grande repugnância a infringir males, ainda mesmo que não sejam físicos”.

“O estado penoso de espírito que se provocaria num homem por uma palavra áspera ou por um ato ofensivo, desenha-se então com tão grande evidência que a sua imagem basta a exercer uma ação inibitória. Nas pessoas de caráter benévolo a representação da dor que podem vir a experimentar é mesmo tão viva, que muitas vezes as impede de fazerem ou dizerem aquilo a que, aliás, se julgam obrigadas: o sentimento de *piedade* impede, ainda quando não deveria fazê-lo, a produção de um estado doloroso”⁽¹⁰⁾.

“Em outros casos, acrescenta ainda o mesmo autor, a *piedade* produz modificações na conduta, determinando esforços para aliviar um mal existente: a dor que resulta de uma doença, de um acidente, da crueldade de inimigos, ou ainda da cólera do próprio individuo em cujo coração nasce a *piedade*... Se este possui uma viva imaginação e se, além disso, percebe que o mal de que é testemunha pode ser por esforços seus mitigado, nem mesmo afastando-se evitará a impressão desagradável, porque a imagem da dor presenciada, acompanhá-lo-á convidando-o a voltar sobre os próprios passos e a prestar o socorro”⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Herbert Spencer, *Principes de Psychologie*, vol. II.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

Destas observações deduz-se naturalmente que o sentimento de benevolência oferece graus diversos de desenvolvimento: a *piedade* que impede os atos eficientes de uma *dor física*: a *piedade* que põe obstáculos aos atos produtores de uma *dor moral*; a *piedade* que nos conduz a aliviar as dores de que somos testemunhas: a *benevolência*, a *generosidade*, a *filantropia* que nos levam a tratar com solicitude de quanto possa minorar os mesmos males que não presenciamos, mas de que temos notícia, ou a impedir males que podem prever-se. Destas manifestações, as duas primeiras são *negativas*, porque consistem na abstenção de certos atos, as outras, pelo contrário, *positivas*, porque não implicam simples omissões, mas atos.

Nesta altura é já fácil compreender a inanidade da teoria que distingue dos outros os atos criminosos apenas pelo seu duplo caráter de imoralidade e de prejuízo ao agregado social. Na verdade, este duplo caráter encontra-se inteiramente na falta dos últimos e mais elevados graus de *piedade*, na falta de *piedade positiva*, pois que pode fazer-se um grande mal a outrem negando-lhe um socorro, o que revela bem pouco desenvolvimento dos sentimentos altruístas. E contudo, a opinião pública não chamará criminosa a uma tal recusa porque a idéia do delito anda associada à de ações que não somente são nocivas e imorais, mas implicam uma falta *anormal* da parcela *mínima* e mais comum de tais sentimentos, mas não da que só é compatível com um desenvolvimento *superior* ou perfeito deles e que constitui um privilégio de raros espíritos de eleição.

Ora, por isso mesmo que só a *piedade* nas suas *primitivas fases* de evolução ou formas *negativas* é comum a todas as raças não selvagens, não pode considerar-se criminoso senão o ato que viola essa espécie de *piedade* ou, o que vale o mesmo, o sentimento que proíbe a produção voluntária de um mal.

E, mesmo desta *piedade negativa*, só a primeira das suas formas – repugnância a produção voluntária do *mal físico* – pode atribuir-se uma grande extensão. Pelo que respeita aos atos eficientes de uma *dor moral* importa estabelecer outras distinções. Destes alguns há cujo efeito depende inteiramente do grau de particular da sensibilidade individual: a ofensa que magoa profundamente uma pessoa bem educada, passará despercebida a um homem grosseiro. O poder de representação que possui a maioria é insuficiente para avaliar este gênero de dor. E é por isso que na plebe se ouvem com frequência os termos duros, grosseiros e ultrajantes e, mesmo nas classes mais elevadas, os *espirituosos* não vacilam em lançar palavras mordazes e referências as mais pungentes. Ninguém pensa no que podem sofrer com isso as almas delicadas porque a hipertensão moral é tão rara que muitos poucos a compreendem.

Eu não me refiro aqui às dores morais capazes de produzirem a doença ou a morte. Decerto, a consciência moral popular sobressaltar-se-ia gravemente, se a intenção de quem provoca essas dores não fosse sempre duvidosa, e se pudesse precisar-se o ato que as origina. Mas não sucede assim; e por isso o *homicídio moral* em que por vezes se fala é, para o criminólogo, absolutamente destituído de importância; para a nossa ciência ele representa apenas uma utopia.

Mas quando à dor moral se junta a dor física, como *no obstáculo posto a liberdade dos movimentos ou na violação de uma virgem*, ou ainda quando a dor moral se complica de um prejuízo de interesses, como acontece na *difamação*, na *calúnia*, no *incitamento à crápula* ou na *sedução de um menor*, o caso é diverso, porque tais atos podem originar males irreparáveis, degradando socialmente as vítimas. É a previsão destes efeitos que ofende a consciência universal e dá aos atos de que eles derivam o caráter de criminosos.

De tudo o que vimos de expor, parece-nos poder inferir-se que existe para todos os povos não selvagens um sentimento altruísta, *universal* quando se considera numa primeira fase de desenvolvimento: a *piedade* na sua forma *negativa*. Esse sentimento constitui uma *aquisição definitiva* para a humanidade que atingiu aquele grau de evolução a que apenas ficaram estranhas as poucas tribos dispersas que não representam para a espécie senão fenômenos excepcionais.

Nem esta restrição contradiz a doutrina evolucionista, como pretende insinuar De Aramburu nas palavras seguintes que me dirige: “Se a moral é evolucionista, porque variaria em parte somente? E, se variou no todo, porque se suspenderia e deixaria de variar indefinidamente?”⁽¹²⁾

A estas interrogações encontra-se uma decisiva resposta em Spencer, bem que este prosador não tenha formulado uma teoria do delito. “Concluir que o *processo evolutivo* não pode gerar *sentimentos estáveis*, equívale a supor que não existem *condições estáveis de felicidade social*. Entretanto, se as formas temporárias de conduta impostas pelas necessidades sociais fazem nascer idéias temporárias do justo e do injusto, com excitação dos sentimentos correspondentes, é claro que as formas permanentes de conduta, impostas pelas necessidades sociais, farão nascer idéias novas permanentes do justo e do injusto com excitação dos sentimentos correspondentes; pôr, portanto, em dúvida a gênese de tais sentimentos é por em dúvida a existência destas formas. Ora ninguém contestará a existência de formas permanentes de conduta, porque basta, para surpreendê-las comparar os códigos de todas as raças que ultrapassem a vida puramente selvagem. A *variabilidade dos sentimentos não é senão o inevitável acompanhamento da transição* que conduz do tipo original da sociedade, adaptado pela atividade *destrutiva*, ao tipo de *civilização*, adotado pela atividade *pacífica*.

Com estas palavras do grande filósofo contemporâneo creio responder triunfantemente às objeções de De Aramburu, não só as precedentes, mas ainda a esta outra: “Como é possível afirmar-se que o sentimento de piedade é instintivo no homem, quando na raça européia, já não selvagem, aparecem vestígios de banditismo e de pirataria, como meios habituais de existência de alguns povos; quando na China se vê tolerada a venda de crianças; quando nos Estados Unidos da América a escravatura só foi abolida há pouco mais de vinte anos e no Brasil recentemente; quando na idade média os cristãos

⁽¹²⁾ De Aramburu, *La nueva ciencia penal*, pag. 101.

infligiram suplicios horríveis aos heréticos e massacraram os árabes, e o espanhóis exterminaram os indígenas da América? E como pode, com um tal modo de ver, explicar-se que a lenda narre, sem indignação e sem mesmo esbater o perfil cavalheiresco do herói, o festim canibalesco de Ricardo Coração-de-Leão aos cruzados?”⁽¹³⁾

Mas nenhuma contradição há entre estes fatos e a nossa doutrina, antes é fácil conciliá-los. Com efeito dissemos que o objetivo da piedade são os *nossos semelhantes* e acrescentamos que o homem começou por considerar como tais os indivíduos da mesma tribo, depois os de mesmo povo ou que tinham uma fé, uma língua ou uma origem comum, e só mais tarde, nos derradeiros séculos, os de todas as raças e religiões.

Assim, o sentimento de piedade existia desde todo o princípio. Somente, nos tempos anteriores ao império romano e a moral cristã, tal sentimento não se estendia além dos estreitos limites da cidade ou do pequeno estado; na idade média não compreendia mais que o mundo cristão; e hoje ainda a piedade cosmopolita está longe de ser universalmente sentida, como o provam as crueldades infligidas, com menosprezo das leis humanitárias da guerra moderna, pelos exércitos europeus aos Berbéres e Indo-Chinas⁽¹⁴⁾. Que admira que em épocas menos civilizadas os indígenas da América não fossem homens para os espanhóis, se os Mouros, os sarracenos, todos os infiéis, os heréticos e os albigenses se tratavam como cães hidrófobos? Eles não eram para o católico *semelhantes*, mas, ao contrário, tão *diferentes* dele, quanto entre si o são os exércitos de Satanás e de Miguel Arcângelo: eram os inimigos de Cristo, e aos católicos corria o dever de exterminá-los. Não era o sentimento de piedade, mas a compreensão de que fossem *semelhantes*, o que faltava aos nossos antepassados.

Remontando o curso dos séculos para além do mundo clássico e penetrando na Abyssinia, depara-se-nos esta inscrição cuneiforme em que um grande rei celebra aos olhos das pessoas barbaridades tão atrozes e tão excessivas que nos fazem estremecer ao fim de três mil anos: “Matei um revoltoso em cada dois; ergui uma muralha em face das grandes portas da cidade; fiz arrancar as peles dos chefes de rebelião e cobri com elas essa muralha. Alguns foram emparedados, outros crucificados ou empalados. Fiz dispor as cabeças deles em forma de coroa, e os corpos à maneira de grinalda”⁽¹⁵⁾.

Calcule-se a imensidade do caminho que foi necessário percorrer para poder-se ouvir este moderno grito triunfante, bem que exagerado ainda, da piedade cosmopolita: “O herói é apenas uma variedade do assassino! Os povos compreenderam já que, matar é um crime, matar por grosso não pode ser uma atenuante; que, se roubar é um crime, invadir não pode ser uma glória; que o homicida é sempre o homicida, ou se chame Cezar

⁽¹³⁾ “Mata-se um jovem sarraceno, fresco e tenro, cose-se e salga-se-lhe o corpo; o Rei come e acha bom...o Rei faz decapitar trinta dos mais nobres, ordena ao seu cozinheiro que lhes ferva as cabeças e sirva uma a cada embaixador, e come a sua com excelente apetite”. – Taine, *De la littérature anglaise*, tom. I cap. II.

⁽¹⁴⁾ Leiam-se a propósito as soberbas palavras de Tarde nas páginas 188 e 189 da sua *Criminalité comparée*.

⁽¹⁵⁾ Fala assim Assur-nazir-habal, narrando a conquista de uma cidade de Mesopotamia que, depois de ter-se rebelado, se submettera, implorando perdão. – Maspero, *Histoire ancienne des peuples de l'orient*, cap. IX.

ou se chame Napoleão é que a figura do assassino não muda porque, em vez do barrete do forçado, se lhe põe na cabeça uma coroa de imperador⁽¹⁶⁾.

E, contudo, o sentimento que aqui se exprime, amplificado pela ação incessante do tempo, existiu ao coração humano *desde que se formou o primeiro agrupamento social*, isto é, *desde que o homem descobriu semelhantes em torno de si*. A contradição de que me acusam não é, pois, senão aparente.

Resta-me, contudo, explicar a origem de alguns costumes que, como o parricídio religioso, os sacrifícios humanos, a venda dos menores, o infanticídio e o abandono dos enfermos, se observam alguns pelo menos, entre povos semi-civilizados dos tempos antigos e da raça européia a que parecem estar em antinomia direta com os instintos piedosos.

Para fazê-lo, importa que tomemos um novo ponto de vista.

Não é certo que todos os dias homens civilizados e cultos, os cirurgiões, submetem a sangrentas operações os seus doentes, sem que os embarcem gritos ou convulsões de dor? E, contudo, esses homens tem uma clientela, são pagos, são aplaudidos e a ninguém ocorre a idéia de qualificá-los de ferozes. Dir-se-á por isso, que a piedade não é um sentimento fundamental da natureza humana?

Decerto não, porque não sendo o mal, ma a salvação do doente, o fim da operação dolorosa, seria absurda e pueril a piedade que desarmasse a mão do homem de ciência. A verdadeira piedade, excitada pela representação do mal futuro ou da morte do enfermo, quando não operado, vence a viva imagem do seu efêmero sofrimento atual.

É neste ponto de vista que devem considerar-se os costumes atrozes de alguns povos selvagens.

Algumas vezes, julgavam-se esses costumes necessários à salvação do povo, como no México, em grande parte da África Central e na primeira época romana, sucedia com os sacrifícios humanos; outras vezes, invocava-os a própria vítima, como nos casos de morte de velhos inúteis e doentes praticada publicamente pelos filhos que, em algumas tribos, lhes comiam o coração para dar-lhe sepultura digna e haurir-lhe as virtudes. A superstição impedia toda a revolta contra costumes desta ordem: a repugnância individual cedia o lugar ao cumprimento de um dever social, religioso ou filial. Análogas razões justificam ainda hoje no Dahomey os sacrifícios funerários; por elas imolaram Agamemnon e Jefté as próprias filhas. Prejuízos religiosos ou patrióticos, usos tradicionais que se explicam, umas vezes por utilidade de seleção, outras pela necessidade de impedir o crescimento excessivo da população, fizeram tolerar o infanticídio no Japão, na China, na Austrália, no Paraguai e na África Austral, o aborto voluntário em muitas tribos da Polinésia, e impuseram, por intermédio das leis de Lycurgo, a morte das crianças débeis ou mal formadas. Os altos interesses sociais forçavam os próprios legisladores a fazer calar os sentimentos de piedade. Não pode crer, portanto, que nos povos a que vimos de

(16) Victor Hugo, em um dos seus discursos políticos.

referir-nos fosse instintiva a crueldade, por isso que tinham de submeter-se a instituições e costumes já criados, embora isso lhes repugnasse. O altruísmo não impede senão a crueldade nociva; ora, o que esses povos criam nocivo era precisamente deixar de praticar os atos de crueldade reputados necessários.

Atos há, é verdade, a que uma tal explicação se não aplica: estão neste caso o *canibalismo por glutoneria*, o exercício, por parte dos chefes guerreiros, do direito de *matar por capricho, para mostrar destreza ou experimentar as armas*, atos de crueldade, estes, que, não sendo impostos por preconceitos religiosos ou patrióticos ou por instituições de caráter econômico ou social, não podem significar senão *completa ausência de piedade*.

Mas, como já notamos, são bem poucas as raças em que tais costumes se encontram, e essas das mais ínfimas, das mais degeneradas da espécie: os Fidjanos, os Neozelandezes, os Australianos e alguns poucos povos do centro da África. Vestígios de costumes desta natureza debalde os procuraremos nos povos superiores, ao menos entre indivíduos da mesma raça e das mesmas crenças onde as grandes atrocidades se explicam, como vemos, pela dissimilhança, verdadeira ou suposta, dos indivíduos ou ainda pelos preconceitos religiosos. Ora, as raras exceções servem precisamente de confirmação a um princípio; estamos, pois, nos exemplos apontados, em presença de verdadeiras anomalias sociais, que para a espécie humana representam o mesmo que para as raças ou as nações as anomalias individuais.

Penso ter demonstrado até aqui a existência de um sentimento de *piedade* inerente, na forma primordial ou *negativa* de repugnância a produzir uma dor, a toda espécie humana, com raras exceções; igualmente creio ter evidenciado que, em todos os tempos, se consideraram criminosos todos os atos ofensivos de tal sentimento, salvo os necessários ou supostos necessários à salvação pública – restrição esta que abrange e explica os casos de guerra e de crueldade impostos ou provocados por preconceitos religiosos e políticos ou por instituições e costumes tradicionais.

Passemos agora a forma mais acentuada do *altruísmo*, isto é, ao sentimento que mais do que todos os outros se afasta dos instintos egoístas: o da justiça. “Este sentimento, diz Spencer, não consiste na representação de simples prazeres ou dores provocadas nos outros, mas na representação das emoções que outros sentem quando se lhes impedem ou se lhes deixam livres as atividades *por meio das quais* se obtém os prazeres ou afastam as dores. O limite para que tende este sentimento altruísta superior é o estado em que o cidadão, incapaz de tolerar violações à própria liberdade, aceitará, contudo, voluntariamente as restrições dessa mesma liberdade tornadas necessárias pelos direitos de outra e as proclamara espontaneamente. Cheio de simpática solicitude pela integridade da esfera de ação alheia, como pela própria, o cidadão defende-la-á, então de todas as agressões, impedindo-se ele mesmo de violá-la por qualquer forma”⁽¹⁷⁾.

O sentimento de justiça neste grau de elevação constitui o que se chama

⁽¹⁷⁾ H. Spencer, *Principes de Psychologie*, vol. II, cap. VIII.

delicadeza e não pode, evidentemente, pertencer, senão às naturezas privilegiadas. Bem que possuindo muito desenvolvida a *idéia* de justiça, as crianças e os indivíduos das classes inferiores, raro atuam em conformidade com ela, tratando-se dos seus interesses pessoais. A criança e o selvagem sabem bem distinguir o que lhes pertence do que pertence aos outros e, não obstante, continuamente tentam apropriar-se daquilo que apetezem – o que prova que lhes falta, não a *idéia*, mas o *sentimento* da justiça⁽¹⁸⁾.

Os adultos de uma nação civilizada possuem em regra, por herança ou por tradição, um certo instinto que os impede de se apropriarem violenta ou fraudulentamente do que lhes não pertence. E este sentimento altruísta corresponde a emoção egoísta de *propriedade*⁽¹⁹⁾ que um filósofo italiano definiu lucidamente “uma forma secundária do instinto de conservação individual”⁽²⁰⁾.

Nós não temos uma palavra que represente com precisão o sentimento de respeito pela propriedade alheia. O termo *probidade* tem, seguramente, uma significação aproximada, mas é muito mais amplo, porque designa de um modo genérico o respeito a tudo que é dos outros, tanto na ordem material, como na moral: bens, direitos, reputação, honra, tranquilidade pessoal⁽²¹⁾.

O significado complexo da palavra indica-nos que, numa sociedade civilizada, o sentimento de respeito pela coisas de ordem moral, se junta ao de respeito pelas de ordem física e se funde com ele de um modo indissolúvel.

Mas ainda aqui há gradações correspondentes aos diversos estágios da evolução moral: no vértice está a delicadeza com as suas infinitas *nuances*, no fundo o simples *respeito pela posse alheia de um objeto*, manifestação a mais singela e primitiva do sentimento altruísta correspondente ao de propriedade.

É fácil observar que a parte do sentimento de probidade tornada instintiva e hereditária é muito menos firme, muito mais frouxa, nas maiorias de todos os países, que o sentimento de benevolência ou de piedade e que sobre ele tem muito maior influência

⁽¹⁸⁾ “A criança antipatiza com a injustiça, mas sobretudo com a que real ou supostamente, se lhe faz. Apaixona-se também pela igualdade, mas quando esta lhe lisongeia os caprichos, os gostos, as inclinações dominantes; quando a desigualdade se exerce em prejuízo dos outros, mesmo dos pais e dos amigos, deixa de senti-la, se nisso encontra uma vantagem qualquer”. Perez, *L'éducation dès le berceau*, pág. 109.

⁽¹⁹⁾ Spencer descreve assim a evolução do sentimento de propriedade: “O primeiro dos apetites é o da alimentação. Do prazer direto que promove o tomar alimentos, passa-se ao de possuí-los em reserva. Um e outro são comuns aos brutos. No homem primitivo acresce em seguida o prazer de possuir objetos que possam servir-lhe para obter alimentos, para preveni-lo contra o frio, para promover-lhe sensações estéticas.

No homem civilizado constitui ainda um prazer a posse dos objetos que são meios indiretos de provocar satisfações, quer materiais (ocupação do solo) quer imateriais” (direitos sobre as coisas representadas por títulos ou documentos) – Spencer, *Obr. cit.*, cap. VI.

⁽²⁰⁾ Sergi, *Elementi di Psicologia*, pág. 590.

⁽²¹⁾ Vaccaro no seu livro *Genesi e funzione delle leggi sociali* acusa-me de adotar este termo que, a seu ver, significa o *hábito da exata e continua observância no deveres sociais*. Fanfani, porém, no seu *Vocabolario della lingua parlata* define a probidade: *Bondade habitual por consciência e convicção de que o bem consiste no que é naturalmente honesto*. Julgue o leitor se o sentido em que eu emprego o termo não é muito vizinho do que lhe dá o *Vocabulário*. Como quer que seja, eu havia feito já a declaração de não adotar tal termo senão por falta de outro que exprimisse bem o sentimento de que me ocupo.

do que sobre este a educação dos primeiros anos e o ambiente moral.

Como o de piedade, o sentimento de probidade só tardiamente ultrapassou os confins da *tribo*, tendo ainda mesmo no seio dos grupos familiares pouca solidez e segurança. Para prová-lo, basta recordar os dolos nas famílias patriarcais: Jacob simulando, com a cumplicidade materna, em frente do leito do pai moribundo, a figura do irmão, Rebeca roubando, ao partir da casa paterna com o esposo, os ídolos preciosos de Labão, e outros casos ainda.

De resto, as leis dos povos primitivos não curavam da propriedade do indivíduo, mas somente da familiar ou comum. “O que nós hoje chamamos propriedade individual, escreve Bagehot, não existia então ou, se existia, não tinha importância: assemelhava-se aos brinquedos que se dão às crianças e de que elas não podem depois ver-se privadas, mas que conservam sem fundamento num sério direito. Assim era a lei de propriedade nos termos mais remotos: o indivíduo, como tal, não encontrava proteção para os seus bens, nem para a sua existência”⁽²²⁾.

O furto em Roma era delito privado: só a vítima podia trazer o ladrão a juízo. Só o salteador, causa de perigos comuns e de perturbações públicas, podia ser publicamente perseguido pela lei *Cornelia*, que punia *qui furti faciendi causa cum lelo ambulaverit*. E a nossa própria legislação a despeito de todos os seus progressos, não considera, ainda hoje criminosas as fraudes com que pode prejudicar-se alguém.

Evidentemente, o senso moral *médio* de uma nação não pode comportar todas as gradações do sentimento de justiça. Uma perfeita delicadeza, por exemplo, impedir-nos-ia de aceitar um aplauso que não tivéssemos absoluta consciência de merecer; mas, neste grau de subtilização, o sentimento de justiça pertence apens a minorias de eleição. Para que o senso moral da sociedade se considere ofendido é necessário que o sentimento violado seja quase universal. Ora um tal caráter, só o encontramos naquela espécie de probidade elementar que acabamos e definir⁽²³⁾.

Neste ponto de vista, a simples insolvença pretextada seria um crime. E não é improvável que cheguemos a este ponto, antes, talvez, iremos além dele e consideraremos im dia como crimes todas as fraudes que se encontram nos processos civis, a que se dá o nome de simulações, mas que não são em realidade senão meios de obter uma vantagem indevida com prejuízo de outrem. Seria, contudo, pouco prudente tomar por este caminho. Se se trata, com efeito, de processos civis, a má-fé, velada pelas sutilezas leais, é sempre muito contestável; se se trata de direitos imobiliários, a presença mesmo dos bens de raiz em litígio dissipa todos os receios. Isto explica porque a sociedade se não alarma grandemente com fraudes de tal natureza e as não qualifica de ações nocivas.

Enfim, convém, não esquecer que a probidade como já dissemos, é um

⁽²²⁾ Bagehot, *Lois Scientifiques du développement des nations*, liv. III.

⁽²³⁾ Eu nunca pretendi, como insinua Vaccaro, restringir assim o conceito de justiça. Afirmando apenas que a tanto se reduz a parcela do sentimento de justiça que corresponde ao de propriedade e que se encontra universalmente difundida como forma primordial, que anteriormente se desenvolverá segundo o grau de civilização.

sentimento que no nosso organismo tem raízes menos profundas que o da piedade que é menos instintiva do que este e muito mais variável segundo os nossos conceitos e idéias particulares: procede, menos do que a piedade, da herança natural, modificando-se mais, em compensação, pela influência dos meios educativos e de exemplo. Resulta daqui que é extremamente difícil traçar uma linha que nitidamente separe a probidade vulgar da superior, e que, por isso mesmo, somos forçados a não aplicar o conceito de crime senão a um pequeno número de atos bem definidos, de caracteres palpáveis e intenções manifestas.

Quando se pensa na tolerância excessiva com que se julgam as contrafacções industriais a má-fé na venda de cavalos, de objetos antigos e artísticos, os interesses ilícitos de que vivem numerosas classes, chega-se a duvidar por vezes de que um sentimento de probidade exista nas maiorias. A duplicidade, a deslealdade, a indelicadeza são de tal modo comuns que o caráter de verdadeira improbidade deverá reconhecer-se apenas nas formas mais grosseiras e mais evidentes de agressão à propriedade. Porém, o conceito de propriedade estende-se modernamente não só às coisas materiais, mas ainda às idéias, e aos inventos, como o denunciam as expressões de *propriedade literária* e de *propriedade industrial*. E por isso, embora a lei não ameace de penas graves senão uma espécie de contrafacção, a da moeda ou dos papéis de crédito, é certo que o senso moral se ofende ainda com outras contrafacções – a industrial, por exemplo, que, enriquecendo o contrafactor, despoja o inventor dos legítimos frutos do seu trabalho.

Sem dúvida, o perigo social infinitamente mais grave no primeiro destes casos, exerce já uma influência na opinião pública, e isto faz crer que um dia ela descobrirá o mesmo caráter de improbidade nas duas ordens de contrafacções, embora a primeira seja punida com trabalhos forçados e a segunda com uma simples multa.

Como quer que seja, porém, os melhores raciocínios não farão nunca com que se sinta a mesma repugnância pelo que compra a um contrabandista e pelo que compra a um ladrão, porque o contrabandista é simplesmente o homem que desobedece a uma lei do Estado, subtraindo-se ao pagamento de um imposto, ao passo que o ladrão é o que viola a propriedade individual, despojando outrem do que lhe pertence. Pessoas honestíssimas – vemos todos os dias – se fornecem de artigos estrangeiros, sabendo aliás que eles transitaram do local da produção ao de consumo sem pagamento dos direitos aduaneiros.

IV

De tudo o que acaba de ser dito precedentemente pode concluir-se que o elemento de moralidade necessário para que a consciência pública qualifique de criminosa uma ação, é a ofensa feita a parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade* e de *probidade* – não, bem entendido, à parte superior e mais delicada deste sentimento, mas à mais comum a que considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade. Essa ofensa é precisamente o que nós chamaremos de *delito natural*.

Seguramente, se isto não constitui uma verdadeira definição do delito, é pelo menos uma determinação dele que me parece muito importante. Assim não se dá uma idéia exata do delito definindo-o um ato nocivo e imoral, porque, como demonstramos, alguma coisa mais é precisa: a existência de uma *espécie particular de imoralidade*. Podem citar-se centenas de atos nocivos e imorais que, todavia, se não consideram crimes, precisamente porque o elemento de imoralidade que contêm não é nem a crueldade, nem a improbidade. Sem dúvida, poder-se-ia encontrar sempre um certo grau de imoralidade em todos os atos de desobediência às leis; e, contudo, nós apertamos diariamente e sem repugnância a mão de indivíduos que praticam ações legalmente qualificadas de transgressões e mesmo de delitos.

Não queremos com isto significar que não devam punir-se as rebeliões contra a lei, quando mesmo não ofendam os sentimentos altruístas. O fim prático da distinção que acabamos de fazer, diremos mais tarde.

Por agora, completemos a nossa análise, explicando porque as violações de sentimentos de ordem diferente dos de piedade e de probidade não podem ter um lugar no que traçamos da criminalidade.

O que dissemos do pudor e da castidade mostra bastante por que excluimos as ações que ofendam unicamente estes sentimentos. Os atentados ao pudor não são criminosos pela ofensa a esta emoção, mas pela ofensa à piedade, quando violentos, dolosos e seguidos de dor moral, de vergonha e de tristes conseqüências para a vítima. E tanto é assim que, provado o consentimento da mulher, a sociedade não se preocupa do ato impudico em si mesmo. Por análoga razão não pode atribuir-se o caráter criminal a certos atos de impudor, a certas depravações dos sentidos, embora os códigos de algumas nações lhes assinalem penas.

Pelo que respeita ao pudor público, a imensa variedade de costumes impede a existência do que seja de constante. Quando muito, pode dizer-se que uma sociedade civilizada não tolera os espetáculos de completa nudez e de união pública dos sexos. E ainda assim, se o caso se dá, grita-se contra o escândalo, não contra o crime: uma simples alteração de *local* basta para fazer reentrar tudo na ordem. A consciência pública recusa-se a ver um crime no que é apenas uma inconveniência ou, melhor, se tornou tal pela circunstância externa da publicidade. Qualquer que seja o lugar que ocupem nos Códigos, os atos de impudor não são considerados senão contravenções de polícia.

Passemos a uma ordem de sentimentos, outrora de uma extrema importância: os de família.

Sabe-se que esta constitui o núcleo germinal da tribo e, portanto, da nação e que o senso moral se manifestou nela primitivamente sob a forma de amor pelos filho, que é ainda, na essência, um sentimento egoísta. Entretanto com os progressos do altruísmo afrouxou grandemente a importância do grupo familiar os seus limites, ultrapassou-os a moral, como ultrapassou os da tribo, da casta e da nação, não reconhecendo senão e espécie.

Não obstante, a família persiste com os seus princípios naturais de obediência, de fidelidade, de assistência mútua. Não será, pois, um delito ofender os sentimentos da família? Responderemos sem hesitar: não, se ao mesmo tempo não ofendem os sentimentos altruístas de que nos ocupamos até aqui.

Um filho maltrata os pais, uma mãe abandona a prole: que sentimento se ofende nestes casos – o da família, enquanto agregado e organismo social, ou o da piedade, que é, em regra, maior pelos do nosso sangue? É, incontestavelmente, esta universalidade do sentimento de piedade pelos nossos pais ou pelos nossos filhos que dá o caráter criminal a ações que não seriam assim consideradas se tivessem por objetivo outras pessoas. Em compensação, a idéia da comunidade doméstica – idéia tradicional e que nenhuma lei conseguirá jamais destruir – tira o caráter criminal ao furto entre pais e filhos, entre marido e mulher ou entre irmãos. Não, decerto, por que o sentimento da família seja mais forte que o da probidade, mas porque a improbidade deixa de existir onde todos se julgam senhores.

Há muito tempo que deixou de considerar-se delito desobediência à autoridade paterna, mas o adultério conserva o seu lugar nos códigos, sem dúvida porque é nocivo à família e imoral. Contudo salvo casos excepcionais, o adultério não lesa diretamente os sentimento altruístas, constituindo somente o esquecimento de uma obrigação ou a inobservância de um contrato, o que deveria dar a parte lesada o direito de o dissolver. Ora, se é certo que não atingimos ainda este ponto, não o é menos que a história nos mostra uma constante diminuição das penas impostas ao adultério, desde a lapidação israelítica, a fustigação germânica, o pelourinho e outros suplicios medievais até aos poucos meses de prisão correccional dos códigos contemporâneos.

Numa palavra, a consciência pública nega-se a considerar um crime a violação de direitos, se ela não ofende algum sentimento altruísta. Isto explica porque a bigamia e o casamento obtido por fraude provocam uma indignação que o esquecimento dos deveres conjugais não é capaz de produzir. Debalde, se tentou comparar o adultério ao furto, porque o amor não constitui objeto de propriedade.

A violação de um contrato não dá à parte lesada mais que o direito de o dissolver ou de exigir um reparação pecuniária.

O adultério constitui de certo modo o crime *político da família*, podendo bem aplicar-se-lhe muitas das considerações que passamos a fazer sobre o delito político.

Observemos, antes de tudo, um fenômeno: a simpatia que geralmente inspiram os condenados políticos comparada com a repugnância que todos sentem pelos criminosos comuns.

Quando se diz somente “crime”, a ninguém lembra a idéia do delito político. E, contudo, é este o que mais direta e perigosamente perturba a tranqüilidade pública.

Decerto, corre ao Estado, ciente da própria conservação, o dever de reprimir energicamente os atentados que com aquele termo se designam. Contudo se analisarmos a especial imoralidade que eles contém, veremos que esta não consiste numa falta de

patriotismo, porque pode acontecer e acontece mesmo quase sempre que, à parte as diferenças de compreensão, este sentimento não é nos delinquentes políticos menos forte que nos outros cidadãos. Por outro lado ainda, a falta de patriotismo, como já mostramos, não imprime atualmente a ninguém o caráter de imoralidade. Um só elemento resta, portanto: a desobediência à lei, a revolta contra a autoridade.

Há, contudo, entre os chamados crimes políticos alguns que o são também socialmente, como o atentado contra a vida do chefe de estado ou de um funcionário público, as explosões e outros.

O intuito político não impede, nestes casos, que o sentimento de humanidade seja violado, pelo que não cremos que devam classificar-se à parte delitos desta ordem. A razão de Estado pode fazer considerar atentados ações que em circunstâncias normais não seriam punidas: é então que verdadeiramente se dá o crime político. Mas quando se matou ou tentou matar, quaisquer que sejam as causas, os sentimentos humanos foram, indiscutivelmente, lesados.

O crime político, a nosso ver, não é um delito natural, dada a condição de não ofender o senso moral da sociedade; o que equivale a dizer que se torna tal desde que por ele se encontra ameaçada a existência coletiva. O estado de guerra, semelhante ao da vida selvagem, relega para um plano secundário os sentimentos desenvolvidos pela atividade pacífica. Quando o principal cuidado de um povo é a sua própria independência, a mais grave das imoralidades para o cidadão é trair a pátria; quando todo o cidadão se considera um soldado, quando, numa palavra, impera a lei marcial, deixam de ter aplicação as considerações que fizemos e que só se referem aos países em condições de existência pacífica.

Mas o estado de guerra não é hoje senão uma crise passageira. Quando a atividade pacífica sucede a atividade selvagem, a moral da paz sucede à moral da guerra e o que é delito somente em relação a moral própria da guerra transforma-se em delito-político ou desaparece, não podendo nunca confundir-se com o delito natural, a não ser que ofenda o sentimento altruísta. Por esta última razão podem a espionagem e a revelação dos segredos do Estado considerar-se atos culposos, como quaisquer outras inconfiências prejudiciais pela improbidade que lhes é inerente.

V

Os atos ilícitos que aos Estados corre o dever de reprimir, não são somente os *delitos naturais*: há ao lado deles uma série de ações puníveis por imorais e nocivas, como são as *revoltas*, as *desobediências* e as *transgressões*. Certo é, porém, que hoje, numa sociedade civilizada, o caráter *criminoso*, o que dá ao delincente o cunho de malfeitor, se reserva apenas para os atos que contêm um elemento de *crudelidade* e de *improbidade*, porque são eles os que ofendem estes dois sentimentos sobre que essencialmente se funda a moralidade de um povo moderno.

Creio isto de uma verdade tão evidente que não posso explicar-me as razões por que a minha definição encontra tantos opositores. Desde 1885, data em que apareceu a primeira edição deste livro, até hoje não cessaram as críticas. A mais comum das objeções é esta: que o meu conceito de delito natural exclui muitas formas de delinquência. Isto me disseram, entre outros, de Aramburu⁽²⁴⁾, Luchini⁽²⁵⁾ e Colaianni⁽²⁶⁾. Mas de uma tal censura não tenho eu a defender-me. É precisamente como dizem os mesmos críticos: eu quis ocupar-me no meu estudo de *uma parte somente* das formas de criminalidade, a que dei, pelas razões já expostas, o nome de delito natural; e quis ocupar-me apenas dessa parte, porque só ela é suscetível de investigação no meu ponto de vista. Um outro dos meus críticos⁽²⁷⁾ reconhecendo-me um tal direito, declara-me, contudo que as minhas investigações sobre a matéria não tem mais que um *valor acadêmico*, por isso que, diz ele se as ações que eu congreguei sob a designação de delitos naturais são considerados crimes pelas leis positivas, a minha descoberta é póstuma, e, se o não as julgarão assim senão movidos de um grave interesse e podendo dispor de força para tanto. Ora, a mim parece-me que Vaccaro confunde aqui uma *distinção* feita para fins científicos como uma regra dada ao legislador para declarar puníveis ou não puníveis certas ações, o que eu nunca pretendi: a noção que expus do seu delito tem em vista *separar dos outros um certo número de atos puníveis* de que podem achar-se as *leis naturais*, porque revelam nos que os praticam uma *grave anomalia*, a *falta daquela parte do senso moral*, que a evolução tornou quase *universal* e que se forma à custa de sentimentos que são a base da moral moderna e que pelo progresso tendem a aperfeiçoar-se incessantemente. O fato de ter encontrado este caráter em um certo número de formas criminais, se é exata a minha observação, não terá antes uma importância *científica* do que um valor puramente *acadêmico*? Se por acadêmico se entende o que *não é prático*, o resto neste livro responderá, mostrando o alcance da minha distinção no estudo dos meios profiláticos e repressivos da criminalidade.

Mas Colaianni e Vaccaro não se limitaram a criticar o meu conceito de delito natural, antes, de um ponto de vista sociológico, contrapuseram à minha as suas definições.

O primeiro destes publicistas aceita alguns princípios essenciais da minha definição, com a qual reconhece ter-se dado “um passo notável”⁽²⁸⁾ e acrescenta mesmo, repetindo uma de Fioretti, que “nenhum dos elementos dela é nulo ou falso”⁽²⁹⁾. Crê, porém completá-la de modo a “congregar todas as formas de criminalidade”, dizendo que “são atos puníveis ou delitos todos os que, *determinados por motivos individuais e anti-sociais* perturbam as condições de vida ou violam a moralidade média de um dado povo num dado momento”. Mas não exclui também o nosso crítico por esta definição,

⁽²⁴⁾ De Aramburu, *La nueva ciencia penal*.

⁽²⁵⁾ Lucchini, *I semplicisti*.

⁽²⁶⁾ Colaianni, *La sociologia criminale*.

⁽²⁷⁾ Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*.

⁽²⁸⁾ Colaianni, *Obr. cit.*, pág. 52.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, pág. 53.

como eu o fiz, os crimes políticos, e não deixa, portanto, subsistir o que ele chama “dualismo irracional entre delitos e ações puníveis, mas não realmente criminosas?”

Por outro lado, se é verdade que todo o delito perturba as condições de vida social, o encontrar precisamente nessa perturbação o caráter principal do crime é inexato, porque, se assim fosse, tornar-se-ia o delito tanto mais grave quanto mais profundamente perturbasse a sociedade. Uma seita anarquista ou niilista *militante perturba as condições de vida de um dado povo num dado momento* muito mais do que um malfetor isolado, um parricida ou um falsário, por exemplo: e, contudo, se o anarquista ou niilista não é também um assassino, o seu crime, que não é um delito natural, será punido numa nação civilizada e por um governo liberal muito menos gravemente que os outros. Uma vasta greve pode estancar as fontes de riqueza de um país; os monopólios e os sindicatos podem arruinar o pequeno comercio e reduzir à miséria os consumidores; os jogos ilícitos de bolsa, mil outros fatos, podem conduzir a desastrosas conseqüências. Contudo, o fato isolado de parricídio, de assassinio, da falsificação, parecerá sempre mais grave, embora perturbando muito menos do que os citados as condições de existência de um povo.

Colaiani poderá replicar que acrescentou um outro elemento: a violação *da moralidade média* de um dado povo num dado momento. Mas, então, eu direi que esta é toda a parte essencial e que a primeira é superfina e muitas vezes em contradição com ela. Ora, sendo assim, não é verdade que tudo quanto se refere a condições materiais tem de ser posto de parte para dar lugar à violação ou ofensa dos sentimentos sobre que se baseia a moralidades média? E não será então necessário ver *quais são esses sentimentos* e refazer a minha análise para descobrir o que *hoje*, numa sociedade *civilizada* se entende por *crime*?

Pela sutileza de sua dialética, pela maneira arguta de contornar a questão. Vaccaro apresenta-se com todas as aparências de estar na verdade.

Segundo este meu crítico, o criminalista positivo não pode conceber o delito senão como *ação proibida* sob a *ameaça de uma pena*⁽³⁰⁾. “Para o sociólogo, diz ele, que não pode admitir liberdade alguma de eleição no corpo social, a investigação do delito natural, isto é, de alguma coisa independente das leis positivas, é absurda. Do mesmo modo que a explosão de uma arma obedece a certas leis de física, de química e de mecânica assim o poder

⁽³⁰⁾ Vaccaro, *Obr. cit.*, pág. 175. Note-se que este mesmo autor poucas páginas antes definira o crime “um especial sintoma de inadaptação que os poderes constituídos reputam muito perigoso para os interesses daqueles que representam”, ampliando assim e quase parafraseando o que eu disse na 1ª edição italiana deste livro, em 1885. A este propósito observa Scipio Sighele numa esplêndida defesa das minhas idéias publicada no *Archivio* de Lombroso, vol. X, pág. 410 e 411: “Vaccaro deve reputar novíssima a sua *Criminologia*”. E, com efeito, estabelecido como ponto de partida que o fenômeno criminoso, como eu escrevera, revela uma falta total ou parcial de adaptação às condições de vida coletiva ou, segundo as palavras de Vaccaro, significa um especial sintoma de inadaptação, importa considerar as coisas mais de perto e inquirir em que consiste *precisamente* esse especial sintoma. De outra forma, enunciam-se termos gerais, mas não se obtém a verdadeira noção desejada.

Pelo que respeita a crítica do mesmo autor à minha teoria altruista, Sighele responde por mim nas seguintes palavras: “Vaccaro afirma que homens *piadosos* e *justos* como os deseja Garofalo não existem na terra e escreve que, para segui-lo, seria necessário considerar o mundo uma *academia de bons e de probos*. Mas Garofalo está bem longe disto que se lhe atribui: é ele o primeiro a reconhecer que os sentimentos de piedade e de probidade, comuns à maioria, o são *somente em um limitadíssimo grau de elevação*”.

constituído, proibindo ou não este ou aquele ato, obedece a certas leis naturais da sociedade.

Daqui a conclusão de que todo o *ato proibido* com a ameaça de pena pelo poder constituído é um delito natural ou antes que o *único delito natural que existe é precisamente aquele que as leis consideram como tal*".

Parece-me evidente que o meu crítico altera nesta passagem o significado das palavras. Seguramente, para o positivista, toda a violação da lei é um *fato natural*, como são fatos naturais as próprias leis e as sanções inerentes. Pode pois o meu contraditor dizer que todo o delito é um fato natural; certo é, porém, que falando do *delito natural*, eu quis exprimir uma coisa bem diversa, e que não pode um simples jogo de palavras alterar o significado deste expressão.

Dos meus críticos, Vaccaro pode dizer-se o único a desdenhar do altruísmo, que para ele é uma palavra em significação, ou, pelo menos, sem importância social. A isto respondo com as palavras profundas de Fouillé: "A filosofia contemporânea, longe de ridicularizar o *instinto moral*, tende cada vez mais a justificá-lo, porque descobre nele *uma intuição quase infalível* das leis mais profundas da vida, *em lugar de ver na piedade uma ilusão, vê nela o primeiro e mais seguro meio de anular a ilusão do eu isolado e bastando-se a si mesmo*"⁽³¹⁾.

Mas – e é este o argumento mais sério – Vaccaro objeta-me ainda que não pode recorrer-se ao senso moral para fazer dele um critério dirigente em matéria penal, porque o senso moral é devido *em grande parte ao temor e a ação das penas*; tendo aparecido *depois destas* querer interrogá-lo para descobrir quais as ações puníveis, é, pois, um *anacronismo* e um *círculo vicioso*⁽³²⁾.

A objeção seria justa e não pensássemos que a reação, ao princípio individual e depois social, sob o nome de *pena*, contra *certas* ações se deu sempre *precisamente porque elas ofendiam mais vivamente o interesse ou a moralidade do agregado*. Que as penas a *seu turno* tenham cooperado para reforçar o senso moral e que a memória delas, hereditariamente transmitida de geração em geração, tenha convertido num instinto a abstenção do delito, que ao princípio era efeito somente de raciocínio, nada mais aceitável. Mas não é menos verdade que as penas *por si só* nunca tiveram o poder de impedir os homens, mesmo os honestos, de praticar certas ações que a opinião pública não considera desonrosas, como o duelo e o adultério, nem o de dar um caráter infamante ao delito político e ao de abuso da liberdade de pensamento. Como explicar que paralelamente a estes delitos, aliás punidos muitas vezes mais severamente do que outros, se haja constituído um senso moral?

De resto, qualquer que haja sido a sua origem, o senso moral é *hoje aquilo que é e existe independentemente das penas*. Ora, procurando o delito natural numa *sociedade civilizada contemporânea*, eu achei que, entre os *atos nocivos a reprimir*, a consciência pública distingue os que devem *atribuir-se a um homem de moralidade inferior*

⁽³¹⁾ A. Fouillé, *Les transformations de l'idée morale* (Revue des Deux mondes, 15 de Set. 1889).

⁽³²⁾ Vaccaro, *Obr. cit.*, pág. 176-180.

à *comum*. Observei que estes, embora possam perturbar menos do que outros a paz social, são considerados mais graves pela consciência coletiva. Conclui, pois, que há duas classes de atos puníveis: uns, que colocam os seus autores em *condições de inferioridade social*, e são designados na linguagem corrente pelo nome de *crimes*; outros, meramente culposos, como a revolta e a desobediência, que não implicam nos seus autores uma falta dos elementos *essenciais* da moralidade de um povo moderno.

Vejamos agora quais sejam as formas criminais que encontram lugar na minha definição.

O quadro que tracei da criminalidade divide-se em duas amplas categorias, segundo a ofensa se dirige principalmente a um ou outro dos dois elementos altruístas. E digo *principalmente*, porque há ações que os violam ambos ao mesmo tempo.

Em cada uma destas categorias serão, pois, colocadas ações nocivas que ofendem direitos muito diferentes e que nos códigos se classificam sob títulos bem diversos.

Na primeira categoria – ofensa ao sentimento de piedade – são colocados em lugar principal as agressões à vida e todos os atos que tendem a produzir um mal físico, tais como os *ferimentos*, as *mutilações*, as *sevícias*, os *maus-tratos*, as *doenças voluntariamente provocadas*, o *excesso de trabalho imposto aos menores*, ou simplesmente *o trabalho que por sua especialidade pode prejudicar-lhes a saúde ou impedir-lhes o desenvolvimento corpóreo*; ⁽³³⁾ em segundo lugar colocam-se os atos físicos que produzem uma dor *simultaneamente física e moral*, como a violação da liberdade do indivíduo com um fim *egoísta*, a *desfloração*, o *rapto sem consentimento*, o *seqüestro arbitrário de pessoa* e outros análogos; em terceiro e último lugar, vem os atos que por meios diretos produzem *necessariamente* uma dor *moral*, tais como a *calúnia*, a *difamação*, a *sedução dolosa* e outros.

Na segunda categoria – *ofensa ao sentimento elementar de probidade* – coloquei em primeiro lugar as agressões violentas à propriedade, como o *furto*, a extorsão, a devastação, e o incêndio; depois as agressões feitas sem violência mas com dolo e abuso de confiança, como a *escroquerie*, a *infidelidade*, a *insolvência simulada*, a *falência fraudulenta*, a *revelação de segredos artísticos ou industriais*, as *contrafacções de inventos*; enfim, as lesões *indiretas* à propriedade e aos direitos civis das pessoas por meio de mentiras em atos públicos, como o *falso testemunho*, a *falsificação de documentos*, a *substituição de menores*, a *supressão do estado civil* e outros.

Ficam fora deste quadro:

1º *As ações que ameaçam o Estado*, como combinações com governos estrangeiros em prejuízo do próprio país, fomentos de hostilidades contra este, comunicação de segredos diplomáticos, aliciação de militares, instigação ao ódio entre classes, à guerra civil, à revolução, às rebeliões, às reuniões subversivas, os gritos sediciosos, etc.

⁽³³⁾ Estes últimos atos ou não tem ainda lugar nos códigos ou apenas são por eles considerados contravenções, embora sejam para a consciência verdadeiros crimes.

2º *As ações que ofendem o poder social sem um intuito político*, como tentativas de impedir às autoridades o exercício das suas funções, usurpações de comando, de atribuições, de títulos, de dignidades, de cargos, desobediências ou resistências aos agentes do poder, exercício arbitrário da própria jurisdição, ultrajes e ameaças aos empregados públicos, recusa de um cargo a que se é legalmente obrigado, etc.

3º *As ações que violam o direito do cidadão à tranquilidade pública, ao exercício pacífico das funções políticas, ao respeito do culto e do pudor público*, como violações do domicílio por agentes da autoridade, desordens e tumultos nas ruas, rixas e duelos em público, apologia de delitos, vitupérios, violação de sepultura, ofensas ao culto, abusos dos ministros do culto, arrestos arbitrários, atos obscenos em público, lenocínio, apoio à prostituição, transgressão ao dever de subsistir num lugar de relegação ou de exílio, evasões, delitos por negligência, imprudência ou imperícia, etc.

4º *As violações à legislação especial de um país* como o porte de armas proibidas, a prostituição clandestina, as transgressões às leis que preceituam sobre os caminhos de ferro, os telégrafos, os correios, a higiene pública, o estado civil, as alfândegas, a caça, as florestas, os cursos d'água, etc.

5º *Enfim, as transgressões de estatutos e regulamentos municipais da ordem pública.*

Pelo que respeita à minha classificação dos delitos naturais, de Aramburu⁽³⁴⁾ e Lozano⁽³⁵⁾ afirmam que seria fácil mostrar como os delitos de uma categoria entram comodamente com uma outra, porque é injusto o que é cruel, e cruel o que é injusto. A mim parece-me, bem ao contrário, que os dois sentimentos podem existir inteiramente distintos, que um pode ser violado sem ofensa do outro e que, ainda no caso de lesados ambos pela mesma ação, um o será sempre mais do que o outro. Onde está em certas agressões à propriedade – no furto aos opulentos, na subtração ao Estado, por exemplo – a crueldade? E, contudo, há nestas ações manifesta improbidade. Pelo contrário, onde está a improbidade de certas vinganças excitadas pelo exagerado sentimento mesmo da justiça violada em prejuízo próprio ou de outrem? Seguramente, a ofensa, qualquer que ela seja, constitui um mal; mas pode ser um mal aquilo que não é injusto, ao menos naquele sentido restrito do sentimento da justiça que eu designei pelo termo probidade.

Observam-me, enfim, a pouca uniformidade e a desigual evolução dos sentimentos altruístas bem como o constante alargamento do domínio dos atos reputados criminosos⁽³⁶⁾. Mas que os sentimentos altruístas hajam sido mais restritos em outras épocas e em outras civilizações, não é consideração que abale a minha teoria, porque eu mesmo a tomei como ponto de partida ao demonstrar que tais sentimentos se tem desenvolvido e aperfeiçoado com o progresso moral da humanidade. Ora eu procuro

⁽³⁴⁾ De Aramburu, *Obr. Cit.*, pág. 102.

⁽³⁵⁾ Lozano, *La escuela antropologica y sociologica criminal*, pág. 98.

⁽³⁶⁾ Colaianni, *Obr. cit.*, pág. 54-55. De Aramburu, *Obr. cit.*, pág. 102-104.

determinar o que são *crimes* nas *nossas sociedades contemporâneas*, cuja moral se funda nos sentimentos altruístas, enquanto que a de outros povos e de outros tempos se baseava em sentimentos diversos: o patriotismo, a religião, a fidelidade ao rei, o respeito da própria casta ou o ponto de honra, por exemplo. Eu falo do que *hoje* é considerado *por nós* como crime; o desenvolvimento sempre crescente do altruísmo não fará mais do que dar *no futuro* o caráter criminoso a atos que hoje o não têm.

A evolução opulenterá, sem dúvida, o senso moral. “Se, diz Fouillée, a sensibilidade moral se aperfeiçoa, o que hoje é para nós simplesmente desagradável será amanhã odioso. A nossa simpatia abraça um número cada vez maior de seres, estendendo-se da humanidade à natureza inteira, o que a torna mais facilmente acessível a ofensas, sobretudo na sua forma moral”⁽³⁷⁾.

Assim como atos hoje considerados indiferentes serão amanhã imorais, outros, que atualmente são apenas censuráveis, tornar-se-ão criminosos, como o *abandono de filhos naturais, a negligência pela higiene infantil, a insuficiência da educação intelectual ministrada aos filhos* e ainda as *cruealdades infligidas aos animais, as vivisseccões, a engorda artificial* e outros contra que as sociedades zoófilas já hoje fazem ouvir indignadas reclamações. E, pelo que respeita à probidade, as chamadas fraudes ou simulações civis a que acima me referi tomarão, talvez, lugar junto das que hoje se punem, cessando entre elas toda a distinção, assim como deixará de tolerar-se a exploração, *sem compensações adequadas*, do trabalho do lavrador ou do operário.

Mas, como se vê, os sentimentos violados por estes novos delitos são sempre os *mesmos sentimentos altruístas* numa *altura de superioridade e delicadeza* que se terá tornado mais geral. Delitos de outra ordem, novos delitos, não podemos hoje imaginá-los porque não concebemos que a violação dos outros sentimentos possa tornar-se um crime.

Ora, pergunto, não constitui precisamente uma confirmação da minha teoria do delito natural esta maneira de encarar o futuro?⁽³⁸⁾

O criminalista sociólogo não pode estudar outra coisa: só os *verdadeiros delitos* interessam a ciência, à qual cumpre estudar as suas causas naturais e os seus remédios. Enquanto estes, os verdadeiros delitos, os delitos naturais, ofendem a moralidade elementar de um povo civilizado e revelam *anomalias* nos que os praticam, os outros atos puníveis violam apenas as leis de uma determinada sociedade, variáveis de país para país e relativas a condições particulares e necessidades de governo, pelo que não podemos procurar-lhes causas biológicas, ou imaginar para eles remédios que não sejam castigos também variáveis segundo é maior ou menor a necessidade de repressão.

⁽³⁷⁾ Fouillée, *Revue des Deux Mondes*, 15 de Março, 1888.

⁽³⁸⁾ Fioretti nota lucidamente que a minha definição deverá antes chamar-se uma “descrição dos elementos principais e mais comuns do delito”. O mesmo autor acrescenta que ela “tem, entre outras vantagens, a de estabelecer facilmente e nitidamente a distinção entre delitos políticos e comuns. Uma rigorosa separação destas duas espécies de delitos constituirá um elemento de força e aperfeiçoamento para o futuro direito penal que, liberto da romântica preocupação política, poderá mais segura e rapidamente proceder contra os verdadeiros delinquentes”. Fioretti, *Le ultime pubblicazioni dei capi scuola della dottrina positivista in Rassegna critica di Angiulli*, An. V Uso 2 e 3.