

“Menores e Loucos em Direito Criminal”

DE TOBIAS BARRETO – SEGUNDO LIVRO DA
COLEÇÃO HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO,
EDITADA PELO CONSELHO EDITORIAL DO
SENADO FEDERAL.

Tobias Barreto, considerado por alguns doutrinadores como o maior penalista do Império, foi um dos responsáveis pela influência que a “Escola do Recife” teve sobre o pensamento jurídico nacional. Obra à frente de seu tempo, *Menores e Loucos em Direito Criminal* mostra um Brasil numa fase de transição intelectual e um escritor ansioso para acelerá-la, para guiá-la até o seu ocaso. Tobias Barreto escreveu essa obra em 1886, ano em que ainda estava em vigor no Brasil o Código Criminal do Império, de 1830. Esse Código foi acolhido com grande interesse na Europa – já em 1834 era publicado, em francês, em Paris. Filho das idéias liberais e contratualistas do Iluminismo, esse Código teve larga influência sobre o código espanhol de 1848-1850, assim como sobre a sua versão de 1870, que se tornou fonte de inspiração para a legislação penal de quase toda a América Latina.

Na época em que *Menores e Loucos* foi escrito, o Direito ainda não era considerado uma ciência. Na verdade, as chamadas “ciências humanas” de hoje ainda lutavam por esse reconhecimento, pois, aos olhos oitocentistas, todas as ciências precisavam ter um método, e este era o da observação e da indução. Não foi por outro motivo que Barreto já iniciava a sua obra dizendo que a ciência social se encontrava em estado embrionário, ocupando o último lugar na classificação das ciências. O Direito era um “pedaço de metafísica”. David Hume inclusive já recomendava aos desavisados que, ao entrarem numa biblioteca, não perdessem tempo com livros que não tratassem de números.

Era senso comum na época que a observação e a experiência deveriam substituir a autoridade e a especulação filosofante (metafísica) como fontes do saber. Dessa percepção nasceu o Positivismo Jurídico. Essa tendência foi reforçada com o advento das Escolas Científicas no século XIX (Escola Histórica, Sociológica, Teleológica) – o formalismo epistemológico kantiano não conseguiu vencer o empirismo e o experimentalismo,

orientados pelos progressos das ciências química e biológica, que fizeram surgir um novo tipo de explicação finalista, proveniente, sobretudo, do darwinismo. Assim, os desígnios normativos foram sendo desvalorizados, pois o Direito passou a ser tratado como fato social.

Era uma época que ainda não conhecia Dilthey, cuja obra *A crítica da razão histórica*, do final do século XIX, mudaria essa concepção para sempre. Dilthey foi um “novo Kant”, para usar expressão de Josef Bleicher, o homem que fez ressurgir os conflitos metafísica/conhecimento, razão pura/razão prática, logos/ethos, reunindo aquilo que o Iluminismo havia separado. O Direito, a partir dele, passou a ser ciência do espírito, com método próprio e distinto do das imbatíveis ciências da natureza.

No entanto, Tobias Barreto não conheceu Dilthey, e, influenciado pelo evolucionismo darwinista da época, achava uma extravagância a concepção liberal e contratualista de um direito “natural”, superior e anterior à sociedade; para ele, o Direito não tinha sentido fora desta, era sempre um dado *a posteriori*. Na sua visão, o Direito era uma transformação da força, mas sempre limitado no interesse da sociedade – não era, portanto, produto natural, mas cultural. Percebe-se que ele negava o contratualismo, base filosófica do Código Criminal do Império. E ia mais longe: chegava a demonstrar uma postura claramente anti-liberal, pois, nessa obra, defende a aplicação da analogia e da interpretação extensiva em Direito Penal, mesmo que *in malam partem*, o que deixaria qualquer penalista dos dias de hoje, em que o garantismo penal virou moda, de cabelos em pé! Era um rebelde, a sociedade brasileira da época bem o sabia, por isso que, quando seminarista, não conseguiu ordenar-se, pois longe estava o seu espírito de se adaptar à vida sacerdotal.

Na verdade, Barreto, defendendo essas teses, já anunciava uma revolução, já antecipava a hermenêutica ontológica de

Heidegger e Gadamer, do início do século XX! Para ele, a interpretação da lei tinha que ser criativa, e não meramente reprodutiva – não se poderia, mesmo que em nome da liberdade do cidadão, restringir a liberdade de expansão da lei. E cita os romanos, para os quais também a letra da lei tinha pouca importância, mesmo na seara criminal, pois “o espírito era tudo”.

Sua grande crítica ao Código Criminal do Império: o legislador deixou de lado o conceito de liberdade. O Código, em seu art. 3º, anunciava que só haveria criminoso se houvesse uma aliança binária: “conhecimento do mal” e “intenção de o praticar”. E o momento da liberdade? – pergunta-se Barreto. A sua crítica é mais profunda do que aparenta ser: o nosso Código imperial havia adotado a tese platônica de que a vontade está intrinsecamente associada ao conhecimento (a vontade não pode ser livre, pois permanece ligada ao conhecimento). Sua mensagem é subliminar: apesar de liberal, nosso Código adotava elementos de um direito penal autoritário, pois carregava consigo um objetivismo valorativo.

E é justamente no art. 10 do Código Criminal, que trata daqueles que não podem ser considerados criminosos, que essa tese de direito exposta no art. 3º será aplicada e transformada, por um “processo mágico”, em questão de fato. Na linguagem de hoje, diríamos que o art. 3º encerra uma construção puramente normativa, mas que acarreta problemas quando aplicada na prática. É o que acontece com o nosso atual Código Penal, cuja Parte Geral foi reformada em 1984: o caput do art. 13 não se entende com o parágrafo segundo do mesmo artigo. As contradições normativas que incomodavam Tobias Barreto no século XIX ainda



atormentam os penalistas contemporâneos em pleno século XXI. São problemas filosóficos que sempre acompanharão a “ciência” jurídica.

Todo o livro se volta para o que hoje a doutrina defende ser um dos elementos da culpabilidade: a imputabilidade penal. Se todo criminoso é aquele, na visão platônica do Código Criminal do Império, que conhece o mal e tem intenção de praticá-lo, então não podem ser criminosos os menores de quatorze anos (art. 10, § 1º) e os loucos de todo o gênero (art. 10, § 2º). Presunção normativa bastante lógica. Mas por que os que cometem crimes por força ou medo irresistíveis (art. 10, § 3º) ou casualmente, sem querer (art. 10, § 4º), também não podem ser considerados criminosos?! Aí começa o erro de método que Barreto sublinha, principalmente se considerarmos que esse Código imperial ainda não conhecia os crimes culposos.

Seu exame da questão culminará, ao final do livro, numa interessantíssima análise sobre dolo e culpa, em que antecipará algumas das discussões que anos mais tarde seriam travadas entre o causalismo psicológico de Liszt e o causalismo neokantiano de Frank, e, décadas à frente, entre causalismo e finalismo. É um livro fundamental para todos os apaixonados por Direito Penal.



Tiago Ivo Odon é consultor legislativo da área de Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário do Senado Federal.