



A INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR INFRATOR EM TOBIAS BARRETO: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DA HISTÓRIA DAS IDEIAS NO BRASIL

The Criminal Imputability of the Minor Offender in Tobias Barreto: an Analysis in the Context of the History of Ideas in Brazil

João Mauricio Leitão Adeodato

Faculdade de Direito de Vitória – FDV - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4290-7087>

E-mail: jmadeodato@gmail.com

Marília Quadros Ribeiro dos Santos

Faculdade de Direito de Vitória – FDV - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1315910006354587> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3584-0267>

E-mail: mquadrosadv@gmail.com

Trabalho enviado em 22 de outubro de 2021 e aceito em 20 de março de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2022, p. 1772-1790.

João Mauricio Leitão Adeodato, Marília Quadros Ribeiro dos Santos

DOI: 10.12957/rqi.2022.63104

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar, no contexto do estudo da história das ideias no Brasil, o tema da inimputabilidade penal do menor infrator, no pensamento de Tobias Barreto, em “Menores e Loucos”. Para tanto, apresenta a formação do autor, as principais influências na construção de seu pensamento e as ideias contra as quais insurgiu. Procura demonstrar como o autor utiliza argumentos originais em defesa dessa inimputabilidade, fundamentados principalmente nas grandes distâncias brasileiras, tanto geográficas quanto sociais.

Palavras-chave: História das Ideias - Tobias Barreto – Originalidade - Inimputabilidade Penal – Menores Infratores.

ABSTRACT

The present study aims to analyze, in the context of the study of the history of ideas in Brazil, the theme of criminal incrimination of the minor offender, in the thought of Tobias Barreto, in “Menores e Loucos”. For that, it presents the author's education, the main influences in the construction of his thought and the ideas against which he rose. It seeks to demonstrate how the author uses original arguments in defense of this non-imputability, based mainly on Brazilian long distances, both geographical and social.

Keywords: History of Ideas – Tobias Barreto - Originality - Criminal Inimputability - Minor Offenders.

INTRODUÇÃO: HISTÓRIA DAS IDEIAS NO BRASIL E A BUSCA PELO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente artigo é fruto estudos realizados acerca da história das ideias jurídicas no Brasil, os quais buscam identificar em fontes históricas, o que se poderia chamar de “pensamento jurídico brasileiro”. Com isso, procura demonstrar a existência de novas ideias na cultura jurídica brasileira, valorizando seu legado e desvelando suas influências até os dias atuais.

O estudo da história das ideias do pensamento jurídico brasileiro tem por objeto o passado, mas vai um passo além do estudo da cronologia histórica e dos ideais filosóficos. Procura o pensamento jurídico brasileiro nas diversas áreas das humanidades em que possam ter surgido. Dessa forma, há espaço para pesquisa não só no direito, mas também na literatura, poesia, política ou jornalismo, sempre com enfoque na experiência jurídica brasileira (ADEODATO, 2015, p. 29).

No presente trabalho é analisado o pensamento de Tobias Barreto de Menezes, expoente da Escola do Recife, o autor multifacetado que se enquadra em todas as áreas citadas acima. Político, jornalista, orador, professor de direito, crítico de artes, escritor, deixou um legado de inúmeros textos, livros, discursos e até mesmo poesias que possibilitam ampla análise de sua atuação no período do Brasil Império.

Com diversificada e instigante obra, aqui a análise será a partir do livro “Menores e Loucos em Direito Penal” lançado em 1884. Esta obra foi escolhida considerando que a questão da inimputabilidade penal do menor infrator ainda é tema de acirradas discussões mesmo quase 200 anos após a edição do Código Criminal do Império do Brasil, legislação criticada por Tobias. Por isso, o presente artigo justifica-se como tentativa de, tendo em vista o contexto da história das ideias jurídicas brasileira, buscar o que há de genuíno acerca do tema no pensamento jurídico produzido no Brasil.

Ao questionar se, nessas condições, há originalidade na obra “Menores e Loucos” de Tobias Barreto, principalmente no que se refere ao tema da inimputabilidade penal do menor infrator, o presente trabalho tem como objetivos apresentar dados biográficos formadores da personalidade e do pensamento de Tobias Barreto; apresentar e analisar a obra Menores e Loucos em Direito Penal; identificar a originalidade do seu pensamento; relacionar com a atualidade do tema.

Utilizando da metodologia retórica, o artigo é desenvolvido a partir da apresentação do contexto histórico e fatos relevantes vividos pelo jurista em análise, a retórica material. A retórica estratégica é utilizada para demonstrar como os argumentos de Tobias Barreto foram utilizados para transformar a realidade em que vivia. Por fim, com a retórica analítica, pretende-se demonstrar a



existência de originalidade no pensamento tobiático e seus desdobramentos nos dias atuais (ADEODATO, 2015, p. 24).

Na segunda seção apresentam-se elementos biográficos relevantes para a formação de Tobias Barreto e, destaca-se a influência de fatores como o local onde nasceu, sua cor de pele, e o momento histórico que o Brasil vivia na construção de suas ideias e personalidade. Na terceira seção é exposto como pensadores franceses e ingleses trouxeram o positivismo, o naturalismo e o determinismo, as principais ideias em voga no Brasil do Século XIX. Na terceira seção é apresentada a obra “Menores e Loucos em Direito Penal”, com destaque para a legislação vigente à época em contraponto com a originalidade do pensamento do autor. Por fim, em vias de conclusão, é apresentada a hipótese de que há originalidade em relação à doutrina e à prática da época, aos seus mestres, destacando-se que as condições sociais de seu tempo, permanecem no Brasil de hoje.

1. DE ORIGEM MISTIÇA E AUTODIDATA NA LÍNGUA ALEMÃ: A FORMAÇÃO INTELECTUAL E A ATUAÇÃO COMBATIVA DE TOBIAS BARRETO.

Tobias Barreto de Menezes nasceu na vila de Campos, município que hoje recebe seu nome, no interior do estado do Sergipe, no ano de 1839. Com origem negra e pobre, começou os estudos em casa com sua mãe, aprendendo latim muito jovem. Na juventude, teve breve passagem por Salvador, de março a dezembro de 1861, possivelmente onde se preparava para ser aluno da Faculdade de Medicina da Bahia (BARRETO, 1994, p. 316).

No ano seguinte, com seus vinte e três anos, jovem professor de latim, chega ao Recife e começa os estudos na Faculdade de Direito (BARRETO, 1994, p. 333). Neste momento a influência da igreja no ensino era fortíssima, pois possuía o controle da produção do conhecimento. A religião, guardiã da moral, era considerada a única capaz de garantir verdadeira ordem (BARRETO, 1994, p. 10).

Aos trinta anos, em 1871, mudou-se para a cidade de Escada, também em Pernambuco, por ocasião de seu casamento. Nesta cidade exerceu a advocacia, foi curador de órfãos e escravos, juiz substituto e eleito deputado provincial em 1878, pelo partido liberal.

Aos quarenta e dois anos volta para o Recife, para lecionar na Escola de Direito. Seu pensamento-vanguardista e marcado pela ruptura de paradigmas, é destacado por Luiz Antônio Barreto (1994, p. 27):

O concurso de Tobias Barreto, em 1882, representa, na opinião unânime dos historiadores das ideias do século passado, uma ruptura formal com o atraso, com o domínio das velhas teorias mofadas nos compêndios, da lavra de professores que bebiam no Catolicismo tradicional as “verdades” imutáveis que transmitiam aos jovens acadêmicos nordestinos.

Apoiado pelos estudantes, suas ideias construíram esse movimento de ruptura e de quebra de paradigmas no ensino jurídico no Brasil e ficou conhecido como Escola do Recife.

Morreu em 26 de junho de 1889 com apenas cinquenta anos, após um período acamado, em que não deixou de escrever.

Tobias Barreto atuou nas mais diversas áreas das humanidades. Como jornalista, crítico de arte, filósofo, político e jurista, Tobias posicionou-se sobre a maioria das questões sociais de sua época. Como professor e jornalista enfrentou a dominação da Igreja sobre a educação dos jovens. Como curador geral de órfãos e de escravos denunciou a condição de miséria, de ausência de cidadania dos moradores de Escada, além de ter conseguido a alforria de dezenas de escravos. Como deputado provincial defendeu a educação feminina e a revolucionária permissão para as mulheres serem admitidas ao ensino superior.

Enfrentou em diversas passagens a hegemonia da Igreja Católica existente nas publicações da imprensa, na educação e na cultura. Influenciado por seus estudos germânicos na obra de Ewald, “História do Povo de Israel”, publicou “Notas de Crítica Religiosa”, “Os Livros Mosaicos, ou Assim Considerados” e “Uma Excursão de Dileitante pelo Domínio da Ciência Bíblica”. Dessa forma, “Tobias se vale de Ewald para fixar seus novos horizontes na interpretação dos textos religiosos” (BARRETO, 1994, p. 20).

Com isso, questionou os intelectuais da época que não só apoiavam a Igreja, mas também utilizavam da catequese para explicar os fenômenos sociais e filosóficos. Dentre esses, a figura que se destacava era o Dr. José Soriano de Souza, que havia publicado em 1871 o livro “Lições de Filosofia Elementar; Racional e Moral”. Nesta obra Soriano apresentava a filosofia subordinada à teologia, defendendo que o poder político vinha de Deus, dentre outros ensinamentos eclesiásticos. Enfrentando-o veementemente, Tobias o via como “a encarnação das velhas doutrinas” (BARRETO, 1994, p. 19).

No período em que viveu em Escada, interior do Estado de Pernambuco, cidade que era um microcosmo da realidade brasileira como um todo, tendo em vista que o poder estava nas mãos dos donos de grandes engenhos e a população era em imensa maioria de miseráveis, “Tobias é capaz de

revoltar-se contra o desprezo com que os magnatas de Escada tratavam a localidade, o que expressa com exemplos concretos e não com recurso ao discurso liberal, enaltecendo os valores democráticos em termos teóricos” (HORA, 2015, p. 191).

Como exemplo desta luta não só teórica, mas aplicada à sua prática, é o trabalho que realizou de libertação de escravos e a defesa da organização da sociedade pela economia baseada no trabalho livre (BARRETO, 1994, p. 85). Ao alforriar todos os escravos que herdara de seu sogro, teve sua casa cercada pela polícia pelo delito de imprensa e precisou retornar ao Recife. Bem assim foi sua atuação como advogado e curador de escravos, pois precisou enfrentar tantas vezes a justiça dominada pelos escravocratas (BARRETO, 1994, p. 98).

Destaca-se da sua atuação como deputado provincial a defesa que realizou da educação feminina. Fato que ocorreu na ocasião dos debates para a aprovação de bolsas de estudos para que duas mulheres pudessem estudar no exterior. Vejam que, em 1879, por meio de seus argumentos, refutou a afirmação da inferioridade feminina apresentada pelo médico Malaquias Antônio Gonçalves, o que garantiu o benefício às jovens.

Defensor da igualdade intelectual entre mulheres e homens, Barreto ainda apresentou o Projeto de Lei n. 129 para a criação do Partenogócio do Recife, escola feminina inspirada nos modelos alemães. Ao contar com uma Escola Superior, o projeto procurava libertar a mulher por meio de uma educação completa e não só ligada às artes e idiomas. Avançado para as cabeças da época, o projeto nunca foi aprovado (BARRETO, 1994, p. 339-340).

Ainda que tenha participado de vários movimentos como jornalista, crítico de arte, difusor de ideias e da cultura germânica no Brasil, aqui interessa mais a atuação de Tobias Barreto como jurista e filósofo do direito.

Como então, nesse cenário, foi possível o jurista ter acesso a tantas ideias inovadoras? Uma das possíveis respostas está no acesso à língua alemã.

O estudo da língua alemã abre as portas de uma outra Europa, muito além do tradicionalismo da Escola de Coimbra, com outras bases teóricas e pensamentos muito distintos daqueles dantes praticados. Esse canal de acesso a novas teorias, arejadas e de vanguarda, fazem com que Tobias seja o responsável pela introdução da filosofia alemã no Brasil (HORA, 2015, p. 196).

As ideias tobiáticas, contra o pensamento de Auguste Comte, foram precursoras de uma linha de oposição ao positivismo francês. Buscava fundamentos novos para a filosofia do Direito. Nas lições de Luiz Antônio Barreto (1994, p. 25):

Charles Darwin, Ernest Haeckel, Rudolf von Jhering, Hermann Post, Eduard von Hartmann passam a exercer sobre o sergipano uma decisiva orientação, a partir da qual, em todos os campos em que atua, Tobias exporá o conjunto das novas ideias.

Dos mais variados autores germânicos em que Tobias se baseou, no Direito, a importância maior é de Immanuel Kant e Rudolf von Jhering. Com isso, sai da escolástica e do positivismo cego e traz o direito do céu para a terra, defende que o direito deve ir além da lei e que o dogmatismo não deveria cegar o jurista.

Não é demais dizer que, com estas ideias, entrou para a história do ensino jurídico brasileiro o concurso para professor da Escola do Recife, em 1882, no qual Tobias Barreto foi aprovado. Nas palavras de Fontes de Alencar (2003, p. XIV):

Poder-se-ia dizer então que, naquele celeberrimo concurso para professor da vetusta Casa, "as flamas de Febo" incendiaram velhas doutrinas e teorias e acenderam novas ideias no campo do Direito, distanciadas do dogmatismo conimbricense.

Tobias era admirado pelos alunos, a quem inspirava com as novas ideias. Por outro lado, enfrentava muitas desavenças com os professores que defendiam a velha escola mantida pela Congregação. No concurso dissertou sobre os mais variados temas, mas o que se destaca é a sua defesa do direito como produção cultural, criação humana, decorrente da forma de viver socialmente instalada, sendo passível de evoluções, adaptável ao momento histórico, produzido pela realidade social de um tempo, conforme destacou Graça Aranha (ALENCAR, 2003, p. XVIII).

Esta quebra de paradigma produziu tantas transformações filosóficas que se transformou num movimento para além do domínio de Tobias Barreto, “produziu uma geração de abolicionistas, de republicanos, de democratas, de socialistas, de agnósticos e materialistas que, de volta aos seus Estados, seguiam com a demolição de todas as velhas estruturas (BARRETO, 1994, p. 27).

2. POSITIVISMO, NATURALISMO E DETERMINISMO: AS IDEIAS PREDOMINANTES NO SÉCULO XIX

Os cinquenta anos de Tobias Barreto foram vividos durante o Brasil Império, sob a regência de D. Pedro II. Nascido no interior de Sergipe, distante da coroa, a paisagem era preenchida por grandes engenhos de açúcar e fazendas de gado baseados na economia escravocrata. Havia a hegemonia da Igreja Católica, em todas as áreas da vida social, principalmente no controle do saber. As escolas pertenciam às congregações e o lazer era frequentar as missas, teatros ou saraus de poesia.



Ainda havia no Nordeste os ares das revoltas separatistas, mas principalmente da Revolução Pernambucana de 1817 que, acrescida de ideais republicanos, foi deflagrada devido aos graves problemas econômicos e sociais da região, somados à insatisfação com a presença da Coroa Portuguesa no Rio de Janeiro, que onerava a população com o aumento de impostos.

Outras revoluções de cunho libertário, como a Confederação do Equador e a Praieira, davam ao Recife, como metrópole regional, “uma atmosfera de inconformismo e tradição liberal, sintetizada na metáfora que lhe atribui a alcunha ‘Leão do Norte’”(HORA, 2015, p. 192).

Além da realidade regional, dentro das dimensões continentais do Brasil, o período em que Tobias Barreto viveu foi marcado pela luta abolicionista, pela Guerra do Paraguai, pela modernização do país com as estradas de ferro do Barão de Mauá, pela ebulição cultural nas artes, literatura, teatro e também no Direito, que vieram a culminar na Proclamação da República, coincidentemente no ano de sua morte.

Como dito, a educação era dominada pela Igreja Católica, tanto ideologicamente como na condição de proprietária das escolas, seminários e instituições de ensino existentes no Século XIX. Além disso, “durante todo o período colonial, apenas as ideias vindas de Portugal chegavam ao Brasil, pois as outras influências estrangeiras eram sempre filtradas pela cultura lusa” (ADEODATO, 2015, p. 30).

Nesse sentido, o que predominava no ensino jurídico era o direito natural de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, sendo a escolástica o método principal (HORA, 2015, p. 192).

Não obstante a forte presença da visão lusa, cabe destacar também a predominância do pensamento francês e inglês na filosofia e no direito. Para exemplificar, é interessante que, com o advento da Constituição do Império em 1824, houve o nascimento de um constitucionalismo, forjado “não apenas com a importação de obras portuguesas e francesas, mas também com a produção dos publicistas brasileiros de formação coimbrã” (PENNA; ENGELMANN, 2017, p. 187).

Outro fator que contribuiu para a difusão massiva do pensamento europeu neste período foi a presença de editoras francesas no Brasil do Século XIX, como: De Plancher, Villeuneve, Laemmert, Garnier, Brigueit-Granier, Lombaerts, Louis Mongie, Casa Garraux (PENNA; ENGELMANN, 2017, p. 192).

Época em que, a razão positivista, o determinismo e as teorias raciais, baseados principalmente nas ideias evolucionistas de Auguste Comte e Herbert Spencer, faziam com que os fenômenos sociais fossem explicados dentro das dimensões naturalistas (BARBOSA, 2012, p. 49).

Neste sentido, cabe esclarecer a importância do francês Auguste Comte (1758-1857), cuja principal obra é o “Curso de Filosofia Positiva”, que abrange seis volumes publicados a partir de 1830 e é considerado o fundador do positivismo. O sistema comteano era estruturado em torno de três temas básicos: a filosofia da história, a ciência baseada na filosofia positiva e a sociologia. Para a filosofia da história, todas as ciências e o espírito humano desenvolvem-se em três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva.

Para Comte, em relação ao pensamento positivo, existiam leis que regiam os fenômenos observáveis e que estas eram imutáveis. Ou seja, assim como na física ou na química, os fenômenos psicológicos, por exemplo, eram regidos por relações imutáveis. Dessa forma, as causas dos fenômenos não eram levadas em consideração e havia forte presença da ideia de previsibilidade, sendo o lema do positivismo “ver para prever”. Palavras como certeza, realidade, indubitável, determinado e útil traduzem bem os ideais positivistas.

Importante destacar o conceito de sociologia em Comte, que era bastante amplo. Englobava parte da psicologia, da ética, economia política e filosofia da história. Em sua teoria, o autor diferenciava a estática e a dinâmica sociais: a primeira é composta das condições constantes da sociedade e estaria relacionada com a ordem; já a segunda estaria relacionada às leis e ao ininterrupto desenvolvimento, cujo princípio era o progresso (GIOANNOTTI, 1978, p. VIII-XI).

Impossível não mencionar o quanto importante para a formação da República brasileira, proclamada em 1889, foram essas ideias, levando essas palavras a estampar a bandeira nacional.

Em estudo comparativo acerca do positivismo no Brasil e no México, Szabo e Horváth (2005, p. 12) discorrem sobre como esta tendência filosófica foi marcante na terceira parte do Século XIX na América Latina. Afirmam que, entre os grupos políticos brasileiros, os conservadores eram partidários da ordem, com vistas a manter a unidade geográfica brasileira.

Naquele momento, os positivistas acreditavam que era necessário acabar com a anarquia e os conflitos políticos, mantendo ao mesmo tempo a ordem e o interesse pelo progresso, no qual estariam as bases para o gradual desenvolvimento industrial. Nesta nova etapa seriam os cientistas que ajudariam a direcionar o Estado, o qual deveria ser forte e até mesmo ditatorial para manter a ordem. A harmonia e o desenvolvimento evolutivo acabariam com as revoluções. Dessa forma, foi aceita a teoria dos três estados nos dois países. Inclusive acreditavam que a sociedade respaldaria a necessidade de passar ao estado positivo e, portanto, justificariam o protagonismo político dos positivistas (SZABO e HORVÁTH, 2005, p. 13).

Assim, o positivismo era constituído por “doutrinas e perspectivas que estavam assentadas na suposição que a natureza cultural dos fenômenos estivesse sujeita a certos tipos de determinismos e aprisionada a dimensões involuntárias” (BARBOSA, 2012, p. 52).

Outro filósofo que marcou os pensadores da época foi o inglês Herbert Spencer (1820-1903), que também era biólogo e antropólogo. Inspirado na obra “A origem das espécies” de 1859, utilizou a teoria da evolução do naturalista Charles Darwin para explicar as sociedades humanas, constituindo o que ficou conhecido como “darwinismo social”.

Para Marilena Chauí (2018, p. 297), Spencer levou a teoria biológica para o lugar de da explicação filosófica sobre a essência da sociedade. Dessa forma, transformou uma teoria científica em uma ideologia evolucionista, pois aplicou de forma genérica, para toda a sociedade, resultados de uma área específica do conhecimento. Além disso, para a filósofa, Spencer utilizou dados relacionados aos fatos naturais no campo dos fatos sociais, colocando em igualdade a natureza à sociedade. Esse fato fez com que fosse criada a ideologia evolucionista e, com isso, o evolucionismo tornou-se teoria da história e mitologia científica do progresso humano.

Cumprе esclarecer que na esfera criminal a presença do positivismo, do evolucionismo e do determinismo também foi marcante neste período. O positivismo penal, em contraponto à Escola Clássica de Francesco Carrara, iniciou-se em meados do Século XIX e teve como principal expoente Cesare Lombroso com o “L’uomo Delinquente”.

Esta obra, marcada pela antropologia criminal, foi posteriormente atualizada com um viés sociológico-positivista, com a sociologia criminal de autores como Enrico Ferri e Raphaelle Garófalo (SANTOS, 2014, p. 7).

Como se pode notar, a interferência de outras ciências na esfera jurídica era outro ponto importante do pensamento em voga. O próprio positivismo penal, em seus primórdios, teve forte caráter biologista, só tomado rumos sociológicos posteriormente. A medicina e a psiquiatria influenciavam as doutrinas jurídicas da época, com grande participação dos médicos na realidade da Justiça Penal. Assim, as doutrinas de natureza médico-naturalista ocupavam um papel relevante nas ciências criminais do Século XIX.

O criminoso, para o positivismo, era um indivíduo com uma predisposição nata para a delinquência, por ser a criminalidade uma questão atávica, ou seja, uma herança de características comportamentais, psicológicas e intelectuais. Dessa forma, era entendimento dominante que o sujeito nascia com a natureza humana deturpada, assim “nada seria mais natural que defender o controle

punitivo para todos os que fossem naturalmente delinquentes, em razão do grave perigo à sociedade” (SANTOS, 2014, p. 9).

Por essa razão, a imputabilidade penal dos menores infratores também era explicada com bases biológicas e deterministas. Com isso, houve um aumento no rigor em relação às penalidades impostas às crianças e adolescentes da época, ocorrendo uma ampliação do controle punitivo.

Logo, a seleção dos aptos e dos normais, não poderia ser feita a partir de algumas instituições sociais, como asilos para mentecaptos, doentes e leis de socorro aos indígenas (BARBOSA, 2012, p. 56).

Digna de nota também é a questão da dissimetria entre os gêneros, considerando que também estava baseada na argumentação de fundo determinista e de base biológica. Retomando a questão do estudo feminino e a luta travada por Tobias Barreto em favor do estudo feminino, enfrentando os argumentos do médico Dra. Malaquias, é importante destacar que “Deputado Malaquias pretendia demonstrar a inferioridade da mulher e atestar a sua dependência perpétua em relação ao homem, sobretudo, imputando às mulheres a condição de inaptas os estudos sérios. Tudo isso inscrito, como supunha, no próprio cérebro feminino (BARBOSA, 2012, p. 52-53).

3. TOBIAS BARRETO E A INIMPUTABILIDADE PENAL DOS MENORES INFRATORES EM “MENORES E LOUCOS EM DIREITO CRIMINAL”

A primeira edição de “Menores e Loucos em Direito Criminal” é de 1884, mas a segunda, que é a aqui utilizada, é de 1886 e contém o apêndice “Fundamento do Direito de Punir”. Tal acréscimo refere-se à dissertação apresentada por Tobias na ocasião de seu concurso para professor da Faculdade de Direito do Recife. Na advertência inicial a Typographia Central já destaca que o apêndice foi “o primeiro brado para a reforma da nossa antiga intuição jurídica, pondo-a de accôrdo com a philosophia contemporânea no que ella tem de mais elevado.”

O livro trata da análise do art. 10 do Código Criminal de 1830, elaborado em atenção à Constituição do Império de 1824, que no art. 179, inc. XVIII, dava o comando: “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

Assim, em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro, por Graça de Deus, sancionou o Código Criminal do Império do Brasil. O artigo 10¹, que é o assunto aqui discutido, preleciona que também não serão julgados criminosos: os menores de catorze anos; os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem momentos de lucidez e neles cometem o crime; os que cometerem o crime violentados por força ou medo irresistíveis e; por fim, os que cometerem crimes casualmente no exercício de um ato lícito. Este dispositivo permaneceu vigente até 1891, quando ganhou eficácia o Código Penal de 1890, o primeiro dos republicanos (ALENCAR, 2003, P. XVIII).

A obra é dividida em catorze capítulos, além da introdução, e o autor enfrenta, bem ao seu estilo, questões relevantes para a sociologia e a filosofia do direito, indo muito além das questões do direito penal. Afasta os direitos naturais da ciência social, trata da desigualdade social e sua relação com a aplicação da lei penal, defende a igualdade civil entre homens e mulheres, defende o estudo da psiquiatria para fins forenses, faz críticas contundentes a Lombroso. Para fins de delimitação temática, aqui é estudado aquilo que se refere à menoridade penal.

Respondendo à questão acerca do cabimento dos direitos naturais e originários nos estudos das ciências sociais, já na introdução, o autor trata de afastá-los de forma veemente. Demarca, dessa forma, o ponto do qual parte sua tese: a não existência de direito natural. Adotando o conceito de direito como construção social e não como algo caído do céu, defende o homem como ser histórico e em desenvolvimento.

Baseado em R. von Jhering, explica que o direito universal seria como uma receita universal a todos os doentes (MENEZES, 2003, X).

Aqui se faz necessária a transcrição literal das palavras do autor, como forma de apresentar a demarcação de toda a sua ideia:

Desde que na idéa do direito entrou a idéa da luta, desde que o direito nos gpparece, não mais como um presente do céu, porém, como um resultado de combate, como uma conquista, cahio por terra a intuição de um direito natural. Bem como as artes, bem como as sciencias, o direito é um producto da cultura humana; fora desta, em qualquer gráo que ella seja, nenhum direito, nenhuma disciplina das forças sociaes. Os chamados direitos naturaes e originários, como o direito à vida, á liberdade e poucos outros, nunca existiram fora da sociedade; foi esta quem os instituiu e consagrou. Parece absurdo, eu sei, exprimir me assim; mas não é tal. O direito que foi mui bem definido pelo illustre R. von Ihering como um complexo de condições existenciaes da sociedade, asseguradas por um poder publico, o direito, repito, nasceu no dia em que nasceu a mesma sociedade (MENEZES, 2003, XI)

¹ Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos. 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. 3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis. 4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.

A partir deste conceito de direito como construção social e que evolui com o tempo, no mesmo passo que a sociedade se transforma, Tobias Barreto constrói suas críticas ao dispositivo penal ora estudado.

Sobre o Código Criminal como um todo, o autor começa tecendo críticas ao legislador brasileiro por fazer uso do que chama de “psicologia de pobre”, que também seria praticada em outros países, que consistiria em copiar os institutos sem questionar o peso e a legitimidade (MENEZES, 2003, p. 6).

Acerca da teoria da imputação, coloca como fato empírico a afirmação de que quando o sujeito chega a uma certa idade, legalmente estabelecida, tendo adquirido a maturidade e capacidade necessárias para entender as consequências jurídicas de seus atos, pode haver a responsabilização penal. A partir disso, elenca as condições fundamentais para a imputação penal: conhecimento da ilegalidade e o poder do agente de deliberar sobre a ação ou omissão (MENEZES, 2003, p. 7).

Além disso, usa o conceito de imputação do jurista alemão Zachariae: “imputar é julgar autor de um certo fato, isto é, julgá-lo causa de um certo efeito, segundo as leis da liberdade” (BARRETO, 2003, p. 8). Nota-se no conceito de imputação escolhido por Tobias Barreto, além da influência dos autores germânicos, a ausência de qualquer citação relacionada à vontade de Deus, a possibilidade de existirem influências sobrenaturais, espirituais ou metafísicas no poder de ação do indivíduo. O conceito mesmo é baseado nas leis da liberdade de escolha em agir dentro dos limites da lei.

Interessante definição de Direito fortemente influenciada pelas teorias darwinianas: “direito é a disciplina das forças sociais, a disciplina da seleção legal na luta pela existência”. E continua baseado no monismo e na ciência moderna: “processo de adaptação das ações humanas à ordem pública, ao bem-estar da comunhão política, ao desenvolvimento geral da sociedade” (MENEZES, 2003, p. 11). A partir desta definição é que Tobias vê o sentido da aplicação da pena: a necessidade do indivíduo de se adequar livremente às exigências da dinâmica social.

Para o autor, para ser considerado criminoso o indivíduo deve ultrapassar quatro estágios de consciência, quais sejam: consciência de si mesmo, do mundo externo, do dever e do direito. Para ele, aqueles de tenra idade e que não atingiram o desenvolvimento suficiente estão encaixados na ausência de consciência de dever e, em alguns momentos, ausência da consciência do direito.

Após criticar o fato de o Código Criminal ter reunido em um único artigo os diversos tipos de irresponsabilidade penal, o autor passa à análise da situação da inimputabilidade penal dos menores de 14 (catorze) anos.

Em relação ao disposto no art. 13, que acolhe a teoria do discernimento, o autor discorda de sua aplicação. O citado artigo afirmava que, se fosse provado que os menores tinham discernimento ao cometer o crime, seriam acolhidos em casas de correção, pelo tempo que o juiz determinasse, com limite aos dezessete anos. Para o autor esta exceção poderia abrir espaço “a muito abuso e dar lugar a mais de um espetáculo doloroso” (MENEZES, 2003, p. 14).

Ultrapassada esta questão, o autor passa a discorrer sobre a necessidade de determinar uma idade certa a partir da qual é possível a aplicação da pena cominada. Para Tobias, apesar de estar presente em outras legislações penais no mundo, a fixação legal de uma idade para a imputação penal, não era consenso entre os juristas da época. Com isso, reconhece a relevância do argumento daqueles que afirmam a impossibilidade de fixação de uma idade, considerando as particularidades existentes no desenvolvimento de cada indivíduo. Apesar disso, posiciona-se contrariamente.

Para Tobias Barreto, pior seria deixar a critério dos juízes (a quem neste caso adjetiva de “espíritos ignorantes e caprichosos”) a definição da existência de má-fé pueril do que aqueles problemas causados pela delimitação da maioridade em matéria criminal. Para ele, mais justo seria ficar impune um aluno do ginásio que já faz “seus versinhos” “do que se expor ao perigo de ver juizes estúpidos e malvados condemnarem uma criança de dez annos, que tenha porventura feito uma arte, segundo a phrase de família, e isso tão somente para dar pasto a uma vingança” (MENEZES, 2003, p. 15).

Reconhece a possibilidade de algum caso grave ser encoberto pela inimputabilidade, assim como o risco de existirem maiores de catorze anos que precisariam desta proteção ficarem desguarnecidos, mas, ainda assim, posiciona-se a favor desta medida.

Aponta que, em um país com as dimensões do Brasil, deveria ser adotada uma idade penal em que todas as províncias, com graus diferentes de desenvolvimento, pudessem ser abarcadas. Considera que as grandes distâncias brasileiras, do litoral ao sertão, as diferenças climáticas, sociais e ambientais influenciariam no desenvolvimento psíquico dos indivíduos.

Diante disso, critica a idade escolhida pelo legislador, apontando a idade de 16 (dezesseis) anos como mais salutar. Ao finalizar esta questão, destaca a desigualdade existente entre o menino trabalhador de uma fazenda e os jovens estudados da cidade, que poderia levar a interpretações diferentes de uma mesma situação:

um pobre matutinho da mesma idade, cujo maior grão de educação consiste em estender a mão e pedir a benção a todos os mais velhos, principalmente ao vigário da freguesia e ao coronel dono das terras, onde seu pai cultivava a mandioca, se porventura perpetrar um crime de igual natureza, se por exemplo mata com a faquinha de tirar espinhos o moço rico da casa grande, que ele encontrou beijando sua irmã solteira, obre ou não com discernimento, será julgado como criminoso! (MENEZES, 2003, p. 17)

Outra questão que intrigava Barreto e que o mesmo escolheu tratar nesta parte de sua obra é o descompasso existente entre a capacidade civil e criminal da mulher. Como seria possível a mulher ser incapaz para o trato de sua vida, para estudar, para ter propriedades, para participar da política e, de forma contraditória, para ser recolhida ao cárcere seria capaz de entender a ilegalidade de seus atos?

Barreto expõe que, para aqueles que creem no dogma da diferença física e psíquica da mulher, ao ponto de isentá-la de certos direitos, seria o “cúmulo da inconsequência e da injustiça” não reconhecer essa diferença também na esfera penal (MENEZES, 2003, p. 27).

Apesar disso, Tobias não faz a defesa de que a mulher deveria ser inimputável penalmente, ao contrário, destaca a necessidade da igualdade feminina na esfera cível:

seja qual fôr o motivo, a verdade é que o nosso paiz, bem como todos os outros, quer cultos, quer semi-cultos, ainda conservam quasi no mesmo pé, em que a deixou a civilização antiga, a desigualdade civil e política da mulher em relação ao homem. Não é aqui o lugar próprio de levantar novos protestos contra esta anomalia, que se ha culminado no absurdo de negar-se a mulher até o direito de instruir-se, e na qual, por conseguinte, a sociedade moderna, em sua maioria, está muito atrás da igreja medieval (MENEZES, 2003, p. 29).

Insiste por fim que a medida legal da capacidade feminina deve ser uma só, evitando que de um lado a mulher se veja com a cara de uma criança e, por outro, de um homem.

4. CONCLUSÃO: A CULTURA COMO ANTÍDOTO.

O estudo da história das ideias procura encontrar no contexto da época em que um certo texto foi escrito não só uma base para sua interpretação, mas a compreensão da intenção do autor. No campo das discussões políticas é destacada a figura de Quentin Skinner, historiador inglês da Escola de Cambridge.

Para Skinner seria necessário levar em “consideração os eventos e os debates travados com as questões políticas formuladas em seu próprio tempo por outros pensadores. Assim, o texto assume a dimensão de uma resposta consciente, uma dimensão de ato linguístico, que revela seu sentido político quando focado em contraste com a sua própria época” (LOPES, 2004, p. 85-86).



Neste sentido para compreender um texto do passado é importante confrontá-lo com o tempo histórico em que foi produzido, procurando obter informações acerca da posição social do autor, qual o papel da religião em sua vida, suas opiniões políticas e os fatores econômicos em que estava inserido, por exemplo. Esse seria um escopo, um arcabouço para desvelar o significado de sua ideia ao escrever determinado texto (SKINNER, 1969, p. 3).

Neste estudo adotou-se este pressuposto para a interpretação e compreensão das ideias de Tobias Barreto, entendendo que o texto, autonomamente, não forneceria a chave para o entendimento daquilo que o autor queria dizer quando escreveu “Menores e Loucos em Direito Penal”.

Observa-se que a visão retórica coaduna este entendimento, na medida em que aceita que as ideias acompanham os acontecimentos da época que pertencem, tendo em vista que “são influenciadas por esses eventos do ambiente histórico (retórica material), mas também voltam a ele para modificá-lo (retórica estratégica)” (ADEODATO, 2015, p. 34).

A originalidade de Tobias Barreto na interpretação do art. 10 do Código Criminal do Império foi aqui investigada em contraponto com os pensadores mais influentes de sua época.

Tobias Barreto não acreditava no determinismo, afirmou claramente que o indivíduo ao alcançar uma certa idade, que seria imposta por lei, já conseguiria decidir sobre agir de acordo ou de forma contrária à lei. Dessa forma, defendia o livre arbítrio, a existência de liberdade era “um postulado de ordem social” (MENEZES, 2003, p. 27).

Ao contrário das teorias naturalistas do crime, por forte influência de Jhering, Tobias Barreto acreditava que o ser humano era produto da cultura em que estava inserido. Por isso demonstra na obra ora analisada que o agir do “matutinho” era diferente daquele esperado do moço letrado da cidade. Reconhecia a existência dos grandes sertões brasileiros e que isto era fator determinante para a produção de uma desigualdade nos estágios do desenvolvimento humano.

Tobias Barreto aproveitou o tema da imputabilidade penal do menor infrator para expor uma enorme contradição existente nas teorias naturalistas: a discrepância e incoerência existente no tratamento jurídico e social dado à capacidade civil e à capacidade penal da mulher. Escancarou, dessa forma, um dos pontos fracos da doutrina determinista: demonstrou que o ser humano é ser cultural.

Diante disso, defendeu que a principal diferença entre os homens e as mulheres da época estava no fato de que ao homem era dado o direito de estudar e, à mulher, não. Esta questão era fundamental para Tobias Barreto. Para o autor, estava na proibição ao acesso à educação feminina o motivo pelo qual muitas mulheres fossem mais imaturas que os homens da época. Ao passo que, os evolucionistas e adeptos das teorias naturalistas entendiam que os cérebros femininos eram menos desenvolvidos que os masculinos.

Por tudo isso é possível perceber que em Tobias Barreto a cultura era entendida como algo que foi construído de forma artificial e era “utilizada no combate das intempéries impostas à condição humana, emerge a possibilidade de identificação no universo das relações sociais, a chave para compreensão dessa desigualdade” (BARBOSA, 2012, p. 53)

Em Tobias Barreto é possível perceber que, contra o evolucionismo e o determinismo, o autor desenvolve a ideia de cultura como antídoto contra as mazelas brasileiras do Século XIX: contra a tirania da Igreja, contra o analfabetismo e a pobreza, contra os poderosos escravocratas, contra a estrutura social brasileira produtora de desigualdades e exclusões.

O autor não estava do lado daqueles que defendiam que pessoas escravizadas não tinham alma, ao contrário, acreditava no trabalho livre e que a forma como se produziam as riquezas dependia da escolha dos poderosos. Entendia que a delinquência era produto cultural, oriundo da pobreza extrema, da falta de escolarização da população, da imposição do poder dos senhores de engenho e fazendeiros sobre a grande massa populacional pobre e analfabeta. Refutou, com isso, o pensamento que tentava provar, com base na biologia, que havia seres humanos predestinados à criminalidade, em que havia o entendimento de que alguns já nasciam propensos ao crime. Para Tobias, o Direito e assim também a justiça, não estavam nas mãos de Deus, estavam nas escolhas produzidas como desdobramento da cultura de um tempo.

Por fim, além da originalidade de Tobias Barreto, também há que se destacar a reverberação de suas ideias ao longo do tempo. Não obstante a revolução criada pelos pensadores da Escola do Recife no ensino jurídico como dito acima, é importante destacar que, pelas razões acima apontadas, o positivismo praticado por estes pensadores era considerado culturalista e muito se diferenciava do positivismo ortodoxo difundido no Sudeste do país (SANTOS, 2014, p. 3).

É assim que até os dias bem recentes, pensadores como Miguel Reale e Antônio Paim (PAIM, 1995, p. 31 s.), dentre outros, apresentam-se como herdeiros do culturalismo e tentam ampliar as bases fixadas por Tobias Barreto e seus discípulos mais imediatos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. In: ADEODATO, João Maurício (Org). **Continuidade e originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas**. 1 ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 23 a 44.



ALENCAR, Luís Carlos Fontes de. Prefácio. In: BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 148 p. (História do Direito brasileiro. Direito Penal). p. XIII a XIX.

BARBOSA, Ivan. Tobias Barreto e a Sociologia no Brasil. **Cadernos de Estudos Sociais**. Recife, v. 27, n. 1, p. 049-064, jan/jun, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.fundaj.gov.br/CAD/article/view/1473/1193>> Acesso em: 16 de jun 2021.

BARRETO, Luiz Antônio. **Tobias Barreto**. Sociedade Editorial de Sergipe. 1994. Disponível em <http://cdpb.org.br/antigo/barreto_parte_1.pdf> Acesso em: 15 de jun de 2021.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em: 30 de mai de 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 30 de mai de 2021.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 14ª ed. 10ª imp. São Paulo: Ática, 2018.

GIANNOTTI, José Arthur. Comte (1798-1857) Vida e Obra. Consultoria. In: Comte, Auguste. Curso de filosofia positiva. Discurso sobre o espírito positivo. Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. Catecismo positivista. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).

HORA, Graziela Bacchi. Retórica e identidade nacional na Escola do Recife. In: ADEODATO, João Maurício (Org). **Continuidade e originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas**. 1 ed. Curitiba: CRV, 2015. p. 189 a 206.

LOPES, Marcos Antônio. História das ideias segundo Michel Foucault e Quentin Skinner. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**. Londrina: v. 9. n. 1/2004. p. 83-100. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9049>> Acesso em: 22 de jun de 2021.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Menores e loucos em direito criminal**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 148 p. (História do Direito brasileiro. Direito penal).

PAIM, Antônio. **Problemática do Culturalismo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

PENNA, Luciana Rodrigues. ENGELMANN, Fabiano. Doutrinas jurídicas como objeto das ciências sociais: publicismo e política no Império brasileiro. In: **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017. p. 175 a 196 Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/171478>> Acesso em: 17 de jun 2021.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Tobias Barreto e o Positivismo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 110/2014. p. 369 - 399. Disponível em: <https://www.academia.edu/38361817/Tobias_barreto_e_o_positivismo_penal> Acesso em: 23 de jun de 2021.



SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in history of ideas. **History and Theory**, v. 8, n. 1. 1969, p. 3-53. Disponível em: <[jstor.org/stable/2504188](https://www.jstor.org/stable/2504188)>. Acesso em: 24 de jun de 2021.

SZABÓ, Sára H. HORVÁTH, Gyulia. El positivismo em Brasil y México. Um estudo comparativo. **Tzintzun. Revista de Estudios Históricos**. Julio/diciembre. n. 042. Morelia, México. 2005. p. 9-32. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/898/89804202.pdf>> Acesso em: 25 jun 2021.

Sobre os autores:

João Mauricio Leitão Adeodato

Professor da Faculdade de Direito de Vitória (ES) e da Universidade Nove de Julho (SP). Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Professor Convidado da Fundação Alexander von Humboldt na Alemanha. Pesquisador 1-A do CNPq.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4290-7087>

E-mail: jmadeodato@gmail.com

Marília Quadros Ribeiro dos Santos

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Integrante do grupo de pesquisa “As retóricas na história das ideias jurídicas do Brasil – continuidade e originalidade como problemas de um pensamento periférico” da FDV. Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas. Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1315910006354587>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3584-0267>

E-mail: mquadrosadv@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.