



“O POETA NUNCA ESQUECIDO”: OS VERSOS DE TOBIAS BARRETO SOBRE A IMPUTABILIDADE CRIMINAL EM *MENORES E LOUCOS*

“*The poet never forgotten*”: Tobias Barreto’s verses on criminal imputability in
Menores e Loucos

Alberto Hora Mendonça Filho* 

Evânio Moura** 

Resumo: O tema da inimputabilidade, muitas vezes relegado pelos juristas, foi objeto de preocupação de Tobias Barreto ao escrever referida obra, combatendo a responsabilidade penal para os maiores de 14 anos, sendo somente considerados inimputáveis pelo Direito Criminal do Império os menores de 14 anos. Muito embora breve, *Menores e Loucos em Direito Criminal* é um livro que apresenta um excelente recorte da visão de Tobias Barreto sobre a Ciência do Direito, permeado de duras e bem embasadas críticas à legislação criminal da época (em especial, sobre a imputabilidade), combatendo, ainda, o determinismo/naturalismo. Adota-se, portanto, uma pesquisa qualitativa, pois a intenção consiste em explorar o conjunto complexo de fatores que envolvem o fenômeno central. Quanto à abordagem, é bibliográfica-documental, na medida em que se vale tanto de artigos científicos e livros sobre o tema como de regras legais e constitucionais, notadamente as disposições do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1940. O objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar, criticamente, as contribuições ao estudo contemporâneo da imputabilidade penal do jurista Tobias Barreto em sua obra *Menores e Loucos*.

Palavras-chave: Direito Penal; imputabilidade; Tobias Barreto; maioridade; higidez biopsíquica.

Abstract: The non-imputability as a subject, often relegated by jurists, was the object of concern of Tobias Barreto when writing this work, fighting criminal responsibility for those over 14 years old, with only minors under 14 being considered non-imputable by the Criminal Law of the Empire. Although brief, *Menores e Loucos em Direito Criminal* is a book that presents an excellent clipping of Tobias Barreto's view on the Science of Law, permeated by harsh and well-founded criticisms of the criminal legislation of the time (in particular, on the imputability), also fighting determinism/naturalism. Therefore, a qualitative research is adopted, as the intention is to explore the complex set of factors that involve the central phenomenon. As for the approach, it is bibliographic-documentary, as it uses both scientific articles and books on the subject, as well as legal and constitutional rules, notably the provisions of the Criminal Code of 1830 and the Penal Code of 1940.

* Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Professor de Direito Penal e Processo Penal da graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Estácio de Sergipe.

** Procurador do Estado de Sergipe. Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Penal e Processo Penal da graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Direito 08 de Julho.

Submissão em: 03/02/2024 | Aprovação em: 16/01/2025 e 16/04/2025

Editora: Cristina Tereza Gaulia 



The general objective of this research is to critically analyze the contributions to the contemporary study of criminal liability by the jurist Tobias Barreto in his work *Menores e Loucos*.

Keywords: Criminal Law; imputability; Tobias Barreto; majority; biopsychic health.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca examinar um aspecto relevante da profícua produção acadêmica de Tobias Barreto, consistindo na sua análise da inimputabilidade penal, tendo como fundamento primordial seu trabalho *Menores e Loucos em Direito Criminal* escrito originariamente em 1884, com a publicação de uma segunda edição em 1886, acrescida, inclusive, de um relevante apêndice sobre “Fundamento do Direito de Punir” (Barreto, 2003, p. 03), promovendo uma percuciente análise do art. 10 do Código Criminal do Império.

Adota-se, portanto, uma pesquisa qualitativa, pois a intenção consiste em explorar o conjunto complexo de fatores que envolvem o fenômeno central (Creswell, 2010, p. 162). Quanto à abordagem, é bibliográfica-documental, na medida em que se vale tanto de artigos científicos e livros sobre o tema como de regras legais e constitucionais, notadamente as disposições do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1940.

A obra é escrita por um jurista e filósofo com alma e pena de poeta, tendo refletido sobre o direito e praticado seus ensinamentos, sempre com pensamento à frente de seu tempo¹. Acerca da veia poética do ilustre sergipano, destaca o catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife², Everardo Luna, que foi Tobias Barreto um “filósofo, cientista e poeta. Poeta, sim. [...] nunca tirou o seu nome da história da poesia brasileira, nome permanente como poeta nacional, poeta nunca esquecido” (Luna, 2012, p. 40).

Inclusive, Tobias Barreto é o patrono da cadeira 38 da Academia Brasileira de Letras, cujo assento já foi ocupado por Graça Aranha, Santos Dumont, entre outros, e hoje o é por José Sarney (Costa Filho, 2014).

Também realçando a verve poética, afirma biógrafo do célebre sergipano que Tobias Barreto, ao transferir-se para Recife no escopo de frequentar a Faculdade de Direito, “enquanto estudava, aproximou-se de Castro Alves e da poesia condoreira. Revelou-se como poeta afinado com o romantismo” (Godoy, 2018, p. 37).

¹ Como bem sintetizou o grande jurista sergipano Gumercindo Bessa, ao narrar em carta o desempenho de Tobias Barreto no concurso para professor substituto da Faculdade de Direito do Recife: “Tobias deixou deslumbrados os homens da ciência caduca, e na alma dos moços deixou a sede de ciência nova. [...] Venceu. Entrou para a Faculdade e com ele teve ingresso a ciência viva, até então banida pela ciência fósil ali ensinada” (Barreto, 2012, p. 321).

² Vale destacar que, em razão da relevância acadêmica de Tobias Barreto, “faculdade de Direito do Recife é comumente chamada de Casa de Tobias, em homenagem ao aluno e professor ilustre” (Costa Filho, 2014).

Ainda segundo Luna (2012, p. 40), Tobias Barreto “como penalista, inicia a primeira linha dos grandes penalistas brasileiros e, se não é o maior penalista pátrio, é sem dúvida o mais genial cultor, no Brasil, da ciência de Carrara” (Luna, 2012, p. 40).

Tobias Barreto critica a influência francesa na legislação imperial brasileira, especialmente pelo fato de que o primeiro Código Criminal brasileiro teve como inspiração o Código Penal Napolêônico³. Defende, desde seus primeiros escritos, que os principais e mais modernos conceitos jurídicos foram produzidos e aplicados pelo direito germânico⁴, inclusive com relação ao conceito de direito natural, à utilização do conceito de metafísica na interpretação jurídica e também em matéria de responsabilidade penal.

O tema da inimputabilidade, muitas vezes relegado pelos juristas, foi objeto de preocupação de Tobias Barreto ao escrever referida obra, combatendo a responsabilidade penal para os maiores de 14 anos, sendo somente considerados inimputáveis pelo Direito Criminal do Império os menores do referido piso etário, havendo, como disse Pierangeli (2001, p. 72) verdadeiro “arbitrio judicial no julgamento dos menores”, além de aquele censurar a expressão “loucos de todo o gênero” (art. 10, § 2º, do Código Criminal do Império) para se referir aos inimputáveis por doença mental.

Muito embora breve, *Menores e Loucos em Direito Criminal* é um livro que apresenta um excelente recorte da visão de Tobias Barreto sobre a Ciência do Direito, permeado de duras e bem embasadas críticas à legislação criminal da época (em especial, sobre a imputabilidade), combatendo, ainda, o determinismo/naturalismo.

Vale registrar, desde logo, que Tobias Barreto é ferrenho crítico do Código Criminal de 1830, pois este seria antiquado e incapaz de regulamentar, satisfatoriamente, a sociedade de seu tempo, mormente em razão das novidades científicas já implementadas na segunda metade do século XIX:

Uma lei, que é boa para seu tempo, é uma lei que já passou seu tempo, que não está mais em condições de satisfazer às exigências da sociedade, e que, por conseguinte, deve ser melhorada. Refletida ou irrefletidamente expresso, esse juízo encerra sempre uma censura. É o que sucede com o nosso Código. Não estou muito de acordo que ele tenha sido bom para o tempo mesmo da sua promulgação; mas dado que assim fosse, isto não é uma razão peremptória contra quem quer que hoje lhe note imperfeições e despropósitos. Se for perdoável a um escritor brasileiro de 1830, mesmo porque atualmente ninguém mais o lê, o acanhado de suas ideias, a estreiteza do seu horizonte, outro tanto não pode dar-se com o legislador daquela época (Barreto, 2003, p. 83).

³ “A despeito da colisão frontal entre o artigo 1º do código penal napoleônico, que estabelecia a divisão tripartida (contravenção, delito e crime), e o art. 1º do código imperial (que dispunham serem ‘crime e delito palavras sinônimas’), Tobias Barreto afirmava que o brasileiro ‘teve o *Code* como principal modelo’” (Batista, 2016, p. 43).

⁴ “A partir do germanismo de Tobias, e da luta pelo consequente afastamento da influência francesa na cultura brasileira, pode-se perceber a tentativa de construção de linha culturalista de compreensão do direito” (Godoy, 2018, p. 98).

Ademais, não se pode olvidar que as opiniões de Tobias Barreto sempre demonstraram a fortaleza de seu caráter e a independência de suas ideias, típico de quem sempre está disposto a pensar com ousadia e originalidade.

2 MENORES E LOUCOS EM DIREITO CRIMINAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A OBRA E O PENSAMENTO JURÍDICO DE TOBIAS BARRRETO

Inicialmente, Tobias Barreto (2003, p. 17) critica a concepção naturalista da sociologia e do direito, que seriam “um pedaço de metafísica, um resto de mitologia”. O ponto fulcral de sua crítica reside no estado embrionário das ciências sociais, o que obnubilaria a sua metodologia própria (Barreto, 2003, p. 18).

Afinal, Tobias Barreto, imbuído pelo pensamento germânico⁵, afasta a teoria (a seu ver, estática e obsoleta) dos direitos naturais e originários ao seu próprio e ultrapassado tempo, pois enxerga o ser humano como “*histórico*, o que vale dizer, que ele é um ser que se *desenvolve*”, cujos direitos nunca existiram fora da sociedade, mas foram sim por esta instituídos e consagrados (Barreto, 2003, p. 21-24). A propósito:

O direito universal, é um direito, que existe para todos os povos; um direito permanente é um direito imóvel, isto é, um direito que não se desenvolve/ mas, de acordo com as noções correntes da própria sociologia, que se forma, tudo está subordinado à lei do desenvolvimento, da qual não escapa o direito mesmo.[...] A universalidade do direito é simplesmente uma *frase* (Barreto, 2003, p. 22-23).

Em verdade, Tobias Barreto defende, enfática e contundentemente, a positividade⁶ de todo e qualquer direito, porquanto: “desde que na ideia do direito entrou a ideia da luta, desde que o direito

⁵ Em Pernambuco, ocorre, a partir de Tobias Barreto, lendo diretamente no idioma original, “uma recepção mais sistemática do pensamento de língua alemã, quase a título de programa intelectual” (Borrmann, 2018, p. 158). Dentre os principais autores que ganharam a sua predileção, “estiveram Ihering e Haeckel, seus verdadeiros heróis na batalha contra a metafísica escolástico-tomista, o jusnaturalismo, a retórica na formação jurídica e o apego às fontes romanas [...]” (Borrmann, 2018, p. 165).

⁶ Segundo Hora (2013), a Escola do Recife, da qual se destaca Tobias Barreto, aderiu ao positivismo como necessária contraposição ao *status quo* do naturalismo, de modo que logo cedo o comtismo será abandonado para a aceitação de uma nova formulação filosófica: o monismo evolucionista. No entanto, momentos depois, também criticará Haeckel, porém não o abandonando completamente, em razão da necessidade de se considerar também os fins. Nota-se também, a nosso ver, uma aproximação ao positivismo quando o autor Tobias Barreto, em resposta à crítica de que “a lei não deve nem pode ser *casuística*”, prontamente a rebate nos seguintes termos: “[...] ainda que tenha por si a autorizada opinião de todos os que inconscientemente o enunciam, não deixa por isso de envolver um grosso erro. A verdade está justamente na asserção contrária. Para prova-lo, basta lembrar que o mais completo sistema de direito, que conhecemos, é também aquele em que o caráter *casuístico* se mostra em mais alta escala. Refiro-me ao direito romano, que sem esse caráter, sem a riqueza dos detalhes e a variedade das hipóteses, não teria jamais levado tão longe o seu vigor e a sua influência” (Barreto, 2003, p. 81). Este excerto demonstra uma aproximação intelectual do autor sergipano à noção do dogma da completude, ou seja, “o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado um dos aspectos salientes do positivismo jurídico” (Bobbio, 2006, p. 119). Paes e Costa (2019, pp. 92-93) sintetizam as críticas tobienses da seguinte forma: “(a) a crítica de Tobias ao Naturalismo é uma crítica metodológica baseada nos pressupostos de Hume e com influências Kantianas; (b) a crítica de Tobias ao positivismo é

nos aparece, não mais como um presente do céu, porém, como um resultado de combate, como uma conquista, caiu por terra a intuição de um direito natural” (Barreto, 2003, p. 23). Como perceptível, luta é elemento protagonista no conceito tobiense do Direito:

É mister bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpentem comederit, no fit draco* (a serpe que não devora a serpe não se faz dragão); a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força (Barreto, 2012, p. 52).

Ao seu ver, portanto, o Direito é “a disciplina das forças sociais, o princípio da *seleção legal* na luta pela existência” ou, em outras palavras, “o processo de *adaptação* das ações humanas à ordem pública, ao bem-estar da comunhão política, ao desenvolvimento geral da sociedade (Barreto, 2003, p. 42-43) ⁷.

Após, Tobias Barreto envereda propriamente sobre o objeto de inflexão a que se propõe nesta obra: a roupagem legal dada pelo Código Criminal do Império à imputabilidade em seu artigo 10:

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 ordinária (Brasil, 1830).

Tobias Barreto (2003, p. 36) considera que “a três ou quatro noções tradicionais, que se recebem sem exame, como velha moeda, cujo peso e legitimidade ninguém se dá ao trabalho de verificar, a isto se reduz toda a despesa filosófica do nosso Código”.

Ao seu ver, a teoria da imputação ampara-se no “fato empírico, indiscutível, de que o homem normal, chegando a uma certa idade, legalmente estabelecida tem adquirido a madureza e capacidade precisas, para conhecer o valor jurídico de seus atos, e determinar-se livremente, a praticá-los” (Barreto, 2003, p. 38). Visto que:

substancial, pois ataca de frente um erro interpretativo, uma falha na compreensão da estrutura do pensamento neo-kantiano especialmente em Hegel. Acusar isso é esclarecer que, de fato, são pertinentes a adesão parcial e a crítica ao positivismo jurídico fundado a partir da premissa da morte da metafísica. Neste diapasão, Tobias (1977) está coberto de razão. Não podemos sistematizar e objetivar a ciência ao extremo acreditando que a simples alegação de não existência de uma lei natural implica, necessariamente, uma não existência de uma lei da natureza. Ao mesmo passo, de que o papel e a linguagem do cientista é uma linguagem da matemática e da certeza, da causalidade”. Para um aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura do referido artigo.

⁷ Por isso: “Quando se trata de lei ou de direito, o critério do seu valor não é o critério da verdade, mas o critério da conformidade ou não-conformidade ao fim que a lei se propôs. O direito é um regulador, não do pensamento, porém das ações; não se lhe deve, portanto, aplicar a medida teórica do *verdadeiro*, mas a medida prática do *conveniente*” (Barreto, 2003, p. 82). Como registra Menezes (1982), o pensamento de Tobias Barreto, avesso aos dogmatismos, influenciou juristas como Clóvis Bevilacqua.

São, portanto, condições fundamentais de uma ação criminosa imputável as únicas seguintes:
1º o conhecimento da ilegalidade da ação desejada (*libertas judicii*)
2º o poder do agente, por si mesmo, deliberar-se a praticá-la, quer comissiva, quer por omissão (*libertas consilii*). É o que resulta do próprio conceito da imputação (Barreto, 2003, p. 38).

A partir do referido binômio característico da imputabilidade, Tobias Barreto critica a redação dada pelo artigo 3º do Código Imperial, que diz: “Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar” (Brasil, 1830). Porque:

O conhecimento do mal, de que fala o artigo 3º, satisfaz à exigência da *libertas judicii*; mas o mesmo não sucede com a *intenção de o praticar*, que não corresponde exatamente à condição da *libertas consilii*. Como fenômeno intelectual, como sinônimo de desígnio, projeto ou intuito, a intenção não pressupõe necessariamente a liberdade de escolha entre caminhos diferentes. Como forma da vontade, como desejo ou propósito deliberado de obrar, também não exclui a possibilidade da falta de livre arbítrio. Sobre este ponto, a lacuna no Código é incontestável (Barreto, 2003, p. 39).

Quando o legislador incutiu a má-fé, enquanto conhecimento do mal e intenção de o praticar, no conceito de delito, limita-o tão somente ao dolo direto⁸, e, além do mais, no que diz respeito à intenção de praticar, ignora aqueles que agem deliberadamente, mas porque outra opção não lhe é possível.

Com relação ao artigo 10 propriamente, a sua primeira crítica concerne à disposição topográfico-normativa, já que:

O nosso Código, no art. 10, não fez mais do que reconhecer uma velha verdade, consagrada pela história em todos os períodos culturais do direito penal. Cometeu, entretanto, além de outros, que serão apontados, um erro de método: - foi reunir em uma só categoria diversas classes de sujeitos irresponsáveis, que não se deixaram reduzir a um denominador comum, isto é, a ausência do que eu chamei de *normalidade mental*. Em outros termos, o Código confundiu a *imputatio juris* ou *imputabilitas*, cuja falta caracteriza os menores e os mentecaptos, com a *imputatio facti*, que não se faz valer para com os mencionados nos §§3º e 4º do citado artigo (Barreto, 2003, pp. 45-46).

O artigo 10 do Código de 1830 torna inimputáveis os menores de 14 anos de idade. Tobias Barreto, mesmo ciente das contestações sobre o critério etário (notadamente, as diferenças culturais e de amadurecimento de cada pessoa), indica que:

[...] os males, que sem dúvida resultam de taxar-se, por meio da lei, uma espécie de maioridade em matéria criminal, são altamente sobrepujados pelos que resultariam do fato

⁸ Tobias Barreto (2003, p. 40) questiona e, ao cabo, refuta a indagação: “A *criminalidade* só chega, até onde chega a má-fé?”. Convém pontuar também a divergência de Tobias àqueles que consideram o artigo terceiro como apenas uma questão de direito, cuja doutrina se reproduziria no décimo comando legal do Código, o que lhe é totalmente descabido, na medida em que: “No art. 10 estão, por exemplo, compreendidos os loucos, como livres de imputação criminal; a apreciação da loucura, em qualquer de suas formas e sintomas diferentes, envolverá porventura o que se costuma chamar de *questão de direito*? Pergunto só para rir-me, visto que não há quem hesite seriamente em contestá-lo. Se, porém, me objetam que, não obstante o artigo 3º encerrar mera doutrina, são todavia as disposições do art. 10 que contêm aplicações positivas, resta sempre a demonstrar, por que processo mágico -, pois *lógico* não existe -, uma questão de direito naquele, sendo *reproduzida* neste artigo, se converte de repente em uma questão de fato” (Barreto, 2003, p. 41).

de entregar-se ao critério de espíritos ignorantes e caprichosos a delicada apreciação da *má-fé* pueril (Barreto, 2003, p. 48).

Cabe salientar que critica a ausência de distinção legal entre os homens e as mulheres, visto que, como a legislação da época não os tratava com isonomia, seria cruento igualá-los apenas como réus: “[...] enquanto a mulher não tiver, como o homem, o direito de subir à tribuna, ela não deve ter igualmente com ele, nas mesmas proporções que ele, o direito de subir ao cadafalso” (Barreto, 2003, p. 73).

Em seguida, o Código repele a responsabilidade criminal dos “loucos de todo o gênero”, salvo nos lúcidos intervalos em que cometessem o delito. De acordo com Tobias Barreto (2003, p. 79), cuida-se ali de regra geral que comporta uma exceção, de modo que, para ele, a primeira seria justa e humana, porém não assim reputava a segunda (Barreto, 2003).

Com efeito, o autor critica a simplicidade da expressão (loucos), incapaz de “abranger a totalidade não só dos que padecem de qualquer desarranjo no mecanismo da consciência, como também dos que deixaram de atingir, por algum vício orgânico, o desenvolvimento normal das funções, ditas espirituais, sendo uns e outros isentos de imputação jurídica” (Barreto, 2003, p. 80). Afinal:

O conceito de loucura é realmente um conceito genérico, divisível em espécies, que são como frações, de que ele é o denominador comum. Mas também, por sua vez, a loucura assume uma feição específica, em relação ao conceito superior da incapacidade psicológica de delinquir livremente, conceito, cujo valor excede a soma de todos os loucos e menores de catorze anos (Barreto, 2003, p. 84).

Arremata Tobias Barreto asseverando que a expressão “*Os loucos de todo o gênero*, a soma de todos eles, é sempre inferior ao total dos que são irresponsáveis em consequência deste desarranjo, e daí, podem resultar, como de fato têm resultado, não poucas injustiças no exercício da penalidade” (Barreto, 2003, p. 94).

Enfim, o diploma penal vigente à época cuida dos que cometem crimes por força ou medo irresistíveis, o que lhes afastariam a imputabilidade, havendo a impossibilidade de *imputatio facti*. Para ele:

É a sanção legal de um princípio geralmente aceito e reconhecido. A ideia de uma força, ou de um medo irresistível, isto é, de um medo ou de uma força que sobrepujam a vontade, exclui a ideia de ação voluntária e intencionalmente praticada; exclui, portanto, a mesma ideia do crime. Isto é, quase uma tolice, por excesso de verdade (Barreto, 2003, p. 122).

Relevante frisar a sua importante advertência no sentido de que inexistia lá a diferenciação entre a coação física e psíquica, às quais foram dadas, equivocadamente, os mesmos destinos teóricos (Barreto, 2003, p. 122).

Ainda quando do comentário ao art. 10, § 4º, do Código Criminal do Império, afirma Tobias Barreto que “o casualmente do § 4º equivale à involuntariamente; é uma negação do causalismo da vontade em relação ao facto acontecido” (Barreto, 2003, p. 113), inserindo na doutrina brasileira a ideia de involuntariedade do resultado, evoluindo para o estudo da *aberratio ictus* e da *aberratio delicti*, fazendo a necessária distinção, afirmando que “as questões da *aberratio ictus* e da *aberratio delicti* oferecem uma nova face, tratando-se dos crimes justificáveis” (Barreto, 2003, p. 120).

Neste aspecto, é imperioso enaltecer as grandes inovações do pensamento tobiense, fazendo jus aos elogios de especialistas, como sendo um dos grandes penalistas de todos os tempos, alguém disposto a debater temas espinhosos, criticar a legislação posta, preocupar-se com questões até então renegadas (como a crueldade na punição de jovens a partir dos 14 anos, na impropriedade da expressão “loucos de todo o gênero”, na igualdade de direitos – para se exigir a igualdade de punição – entre homens e mulheres e na utilização de conceitos até então desconhecidos de nossa doutrina, como *aberratio ictus* e *aberratio delicti*).

3 A IMPUTABILIDADE PENAL: O PENSAMENTO DE TOBIAS BARRETO E A LEGISLAÇÃO CRIMINAL VIGENTE

Segundo Bitencourt (2013, p. 473), a imputabilidade “é a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável”, sendo, portanto, um conceito biopsicológico, do qual se excepciona apenas a hipótese do menor de dezoito anos que é puramente biológico. A propósito:

Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a *imputabilidade*, sob a ótica do Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos. A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental *podem* levar (Bitencourt, 2013, p. 474-475).

De tal maneira, para a configuração do delito, não é necessário tão somente que o sujeito pratique, dolosa ou culposamente, uma conduta comissiva ou omissiva que ofenda um bem jurídico sem que esteja, de alguma forma, justificada ou permitida. É preciso ainda que o sujeito seja passível de reprovação jurídica, o que ocorre quando reúne as características básicas, ao que se denomina imputabilidade, e possa, dentro do contexto fático, perceber a ilicitude do fato (Busato, 2018, p. 497-498).

Muitas das críticas do autor sergipano foram canceladas pelo curso da história, pois houve mudanças providenciais na legislação criminal, especialmente: a substituição da expressão “loucos”; a reorganização da topografia legal, em que se afastou, por exemplo, o exercício regular do direito para o campo da antijuridicidade; e, finalmente, a defesa da menoridade (inimputabilidade com a utilização do critério biológico) como excludente de culpabilidade.

Com relação, ainda, à disposição do artigo 10 do Código Criminal de 1830, vale anotar que, acertadamente, Tobias Barreto criticou a reunião do que chamou de *imputabilitas* com a *imputatio facti* trazidas nos parágrafos terceiro e quarto.

Com efeito, as questões de exercício regular de direito e da influência de força e medo irresistíveis não integram a imputabilidade, mas sim o da antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade, respectivamente, o que será abordado mais adiante.

Pois bem, o Código Penal vigente traz, no artigo 26, a isenção de pena àquele que “[...] por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”⁹ (Brasil, 1940). Sobre o assunto:

O *critério biológico*, portanto, reside na aferição da doença mental ou no desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Contudo, mesmo que comprovado, ainda não será suficiente a fim de conduzir à situação de inimputabilidade. Será preciso verificar se o agente era, ao tempo da ação ou da omissão, *inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico)* (Greco, 2018, p. 500).

A expressão “doença mental”, em que pese mais adequada do que a antiga “loucos de todo gênero”, não escapou de críticas. Vale anotar que:

Esta expressão (doença mental) tem sido criticada. Não colheu a aprovação geral no seio da classe médica. Flamínio Fávero, Leonídio Ribeiro e Murilo de Campos entendem que se devia ter dito “alienação mental”. Pacheco e Silva opina igualmente que seria mais adequada a locução “alienação mental”, conquanto declare incompreensível a razão por que o legislador brasileiro não se utilizou do termo “psicopatia”, que por si só abrangeria as doenças mentais e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (Hungria, 1978, p. 334).

Com relação ao artigo 10, § 3º, do Código Penal de 1830, que excluía a responsabilidade penal de quem comete “crimes violentados por força, ou por medo irresistíveis” (Brasil, 1830); vale mencionar, comparativamente, que a legislação penal atual não isenta a imputabilidade penal daqueles que agem sob influência da emoção ou paixão.

No entanto, com relação ao medo e à força irresistíveis, podem vir a configurar a coação moral ou física irresistíveis. Vale pontuar que a última

[...] ocorre nas hipóteses em que o agente, em razão de força física externa, é impossibilitado de determinar seus movimentos de acordo com a sua vontade. Imaginemos, por exemplo, um sujeito, com dever de agir para impedir determinado resultado, é amarrado e, conseqüentemente, impossibilitado de evitar que ocorra o resultado lesivo. Em primeira análise, a sua omissão configuraria o crime omissivo impróprio decorrente de sua condição de garantidor, entretanto a ausência de conduta impede a caracterização do crime. [...] Na coação moral é conferida ao coagido a possibilidade de escolha, entre cumprir o ato

⁹ No parágrafo único do dispositivo, prescreve-se que “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Brasil, 1940).

determinado pelo coator ou sofrer as consequências danosas por ele prometidas. Diferentemente da física, na moral temos conduta, porém não livre, questão a ser analisada no campo da culpabilidade (Cunha, 2016, p. 193).

A partir do exemplo citado, poder-se-ia subsumir o fato à norma do artigo 10, § 3º, do Código Penal, o que ratifica a ocorrência do aperfeiçoamento da legislação, que aprimorou a definição de ambos os institutos e os alocou, mais adequadamente, nos elementos estruturais do delito.

Já sobre o artigo 10, § 4º, do Código Penal de 1830, que versava sobre o exercício regular de direito, vale notar que, na atual feição normativa, consiste em exclusão de ilicitude, conforme o prescrito no artigo 23, III, do Código de 1940.

Desde a época do livro de Tobias Barreto para cá, houve a alteração da maioridade penal. Agora, o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 expressa que: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (Brasil, 1988) - idêntica redação consta no Código Penal em seu artigo 27 (Brasil, 1940).

Não são, porém, poucos os intuitos de reduzir a maioridade penal. Vale citar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 171/93, que foi rejeitada pela Câmara dos Deputados em 2015 (Passarinho, 2015).

Tramita (quando da escrita deste trabalho) no Congresso Nacional a PEC n.º 115, de 2015, que visa a reformar o citado dispositivo para estabelecer:

[...] que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte (Brasil, 2015).

Para não desviar o tema aqui proposto, não será realizada criteriosa análise acerca dessa proposta, no entanto vale registrar que é, no mínimo, inusitada uma inimputabilidade *à la carte*, isto é, apenas para alguns crimes, o que é mais um dos múltiplos exemplos do punitivismo¹⁰.

Ousamos inferir que referida Emenda Constitucional em muito desagradaria o gênio de Tobias Barreto, sempre cioso da necessidade de discussão técnica de temas jurídicos, não permitindo que o propósito de ampliar a punição estatal se sobreponha à ciência do direito, neste caso do Direito Penal que deve sempre ser interpretado e aplicado de forma restritiva.

¹⁰ Segundo Zaffaroni, o (neo)punitivismo consiste em “*expresiones que, en general, designan a la tendencia, mediáticamente impulsada, a procurar resolver todos los conflictos sociales mediante la pena*” (2018, p. 1). Vale lembrar que, de acordo com Goldshmidt (1935, p. 67), citado por López (2010, p. 53), “[...] *la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”. No Brasil, observam-se os sintomas do punitivismo no protagonismo judicial a partir do abuso das prisões provisórias e da precariedade do sistema carcerário, por exemplo. Com relação ao primeiro, cabe repisar que uma figura jurisdicional excessivamente *ativa* acomete e inviabiliza o sistema acusatório, porquanto o macula, radicalmente, com a pecha da parcialidade, impedindo-o de, devidamente, fiscalizar as garantias e direitos do réu (Mendonça Filho; Jaborandy, 2019); enquanto o segundo se avisa na rotulação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/15, como um “estado de coisa inconstitucional” (Brasil, 2015).

Finalmente, cabe o destaque acerca da posição crítica de Tobias Barreto à novidade intelectual, à época, do pensamento de Cesare Lombroso e seu *delinquente nato*¹¹, que restou superada pela ciência criminológica.

Foi uma crítica pioneira ao pensamento lombrosiano, que “radicaria em uma utilização indevida de pressupostos da biologia e de outras ciências para o campo jurídico-social”, dado que a “conclusão por uma predeterminação biológica do agir humano importaria na absoluta impossibilidade da realização da missão do direito de influir ou dirigir o comportamento social” (Costa Filho, 2014, s. p.).

Eis um breve recorte das reflexões criminais do grande jurista Tobias Barreto, demonstrando seu pensamento crítico, inovador e alvissareiro, revelando a sensibilidade poética para tratar dos fundamentos do direito de punir nos estertores do império, antes de inaugurada uma nova ciência penal.

CONCLUSÃO

Considerando a breve análise de obra da lavra de Tobias Barreto, que enfrenta de forma sobranceira o tema da imputabilidade no Código Criminal do Império, permeado de apontamentos e críticas ao sistema vigente, aos equívocos normativos e interpretativos do Direito Criminal e principalmente, enfatizando a necessidade de se pensar o direito de forma científica, sistemática e com veia humanista e poética, pode-se afirmar que o pensamento do ilustre sergipano estava à frente de seu tempo, muito evoluído para os padrões da época, portando-se de forma combativa e sempre buscando contribuir para a evolução do direito.

A coragem argumentativa, o desejo de aprendizado, a análise comparada do direito e a negação ao *prêt-à-porter* interpretativo fazem de Tobias um verdadeiro monumento jurídico de seu tempo.

Não se pode olvidar a forte influência da doutrina germânica nas ideias de Tobias Barreto e na sua postura interpretativa do direito. Cuida-se de autor intrépido, capaz de se indispor com o *establishment* e expor livremente suas ideias. Combateu o preconceito de gênero, quando isso era total novidade, combateu o preconceito de classe quando esse tema era tabu, combateu a discriminação contra o doente mental (“loucos de todo o gênero”) em uma época em que os estereótipos interpretativos eram regra.

¹¹ O médico italiano Cesare Lombroso, depois de trabalhar por vários anos em presídios e manicômios em diversas regiões da Itália, sempre desenvolvendo pesquisas, lança em 1880 sua célebre obra *L'uomo Delinquente*. Afirma Lombroso ser possível catalogar/classificar os criminosos de acordo com aspectos biológicos, além de desenvolver o conceito de atavismo representados pelo criminoso nato e pelo louco moral. As ideias lombrosianas foram incorporadas em diversos Códigos Penais europeus e influenciaram fortemente a antropologia e a sociologia criminal (Lombroso, 2001).

Fez tudo com poesia, valentia e elegância. Após conhecer melhor as posições de Tobias Barreto, é mais fácil entender porque ele recebia tantos ataques, dentro e fora da academia. Cobra-se sempre um tributo pela altivez de expor francamente seus pensamentos.

Tobias nunca fugiu das boas contendas. Passados mais de 130 anos da morte do poeta, filósofo e jurista que deu nome à Escola do Direito do Recife, pode-se constatar que a verve de suas ideias, a paixão como expunha os temas e a forma desassombrada de encetar o debate acadêmico fincaram sólidas raízes, sendo relevante inclusive no estudo da culpabilidade e imputabilidade penal. Não é de forma graciosa que se considera Tobias Barreto dentre os grandes criminalistas brasileiros, verdadeiro fundador de uma ciência penal verdadeiramente crítica, que não se contenta em copiar teorias estrangeiras, sem maiores questionamentos.

Oxalá a semente da inovação do pensamento acadêmico de Tobias Barreto sempre dê bons frutos e temas caros ao Direito Penal passem de forma contínua por um escrutínio criterioso, científico e combativo, de forma a afastar as ideias punitivistas, excludentes e estereotipadas, sempre reinantes em nosso meio.

No artigo, que ora se encerra, buscou-se apresentar ao leitor o pensamento de Tobias Barreto, notadamente sobre o Direito Penal e a inimputabilidade, servindo não apenas como um registro de sua contribuição acadêmico-histórica, mas também e sobretudo como um convite para o aprofundamento no estudo de suas obras e, essencialmente, a inspiração na eloquência de seu exemplo, enquanto pensador crítico do Direito.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias (de Menezes). **Menores e loucos em Direito Criminal**. Campinas: Romana, 2003.

BARRETO, Tobias. A ideia do Direito. In: BARRETO, Luiz Antonio (org.). **Obras completas de Tobias Barreto**: Estudos de Direito I. Sergipe: Diário Oficial, 2012.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016,

BESSA, Gumercindo. Um Triunfo Esplêndido. In: BARRETO, Luiz Antonio (org.). **Obras completas de Tobias Barreto**: Estudos de Direito I. Sergipe: Diário Oficial, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BORRMANN, Ricardo. A recepção de autores de fala alemã no Direito brasileiro: Tobias Barreto, fundador das ciências jurídicas no Brasil. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 149-181. 2. sem. 2018. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume16_numero2/volume16_numero2_149.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 115, de 2015**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**. Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais. Procedência parcial dos pedidos [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSATO, Paulo César. **O Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. v.1.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Tobias Barreto e a questão racial no Brasil pré-republicano. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/venceslau-filho-tobias-barreto-questao-racial-brasil>. Acesso em: 23 fev. 2022.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**: métodos qualitativo, quantitativo e misto. Tradução: Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**: uma biografia intelectual do insurreto sergipano e sua biblioteca com livros alemães no Brasil do século XIX. Curitiba: Juruá, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018. v.1.

HORA, Graziela Bacchi. Tobias Barreto e a crítica moderada ao positivismo. **Revista Caderno de Relações Internacionais**, v. 4, n.7, p.97-121, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/214>. Acesso em: 14 fev. 2022.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. t.2.

LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Tradução: Maristela Bleggi Tomasini. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LÓPEZ, Ricardo León Molina. **La conformidad em el processo penal (análisis comparado de las legislaciones española y colombiana)**. 2010. 670 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Sevilla, Sevilla, 2010.

LUNA, Everardo. Tobias Barreto e o Direito Penal. In: In: BARRETO, Luiz Antonio (org.). **Obras completas de Tobias Barreto**: Estudos de Direito II. Sergipe: Diário Oficial, 2012.

MENDONÇA FILHO, Alberto Hora; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Medida por medida? O protagonismo judicial, o receio de Beccaria e o processo penal como instrumentalidade constitucional. **Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura**, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 253-275, 2019. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/478/pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

MENEZES, Djacir. A influência de Tobias Barreto na conceituação filosófica do direito de Clóvis Bevilacqua. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 25, n.2, p. 56-62, mai./ago. 1982. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60092/58417>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PAES, Alberto; COSTA, Paulo. Entre adesão parcial e crítica ao positivismo jurídico: a teoria e filosofia do direito em Tobias Barreto de Menezes. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 41, p. 71-96, dez. 2019. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/84017>. Aceso em: 23 fev. 2022.

PASSARINHO, Nathalia. Câmara rejeita reduzir a maioria penal em casos de crimes graves. **G1**, Brasília, DF, 1 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/camara-rejeita-reducao-da-maioridade-para-crimes-graves.html>. Acesso em: 21 fev. 2022.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Expansión del derecho penal y derechos humanos**. Roma: Sapienza Università di Roma; Associazione Silvia Sandano, 25 jun. 2018. Disponível em: <http://www.matiasbailone.com/dip/Zaffaroni%20-%20Expansion%20del%20derecho%20penal%20y%20derechos%20humanos%20-%20Roma%202018.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.