



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

José Rafael Fonseca de Melo

**Pena e guerra: Tobias Barreto e o horizonte teleológico do modelo negativo
para uma dogmática consequente e uma penologia crítica redutora de
danos**

Rio de Janeiro

2024

José Rafael Fonseca de Melo

**Pena e guerra: Tobias Barreto e o horizonte teleológico do modelo negativo para uma
dogmática consequente e uma penologia crítica redutora de danos**

Tese apresentada, como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor, ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro.

Área de Concentração: Cidadania, Estado e
Globalização.

Linha de Pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2024

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M528 Melo, José Rafael Fonseca de.

Pena e guerra: Tobias Barreto e o horizonte teleológico do modelo negativo para uma dogmática consequente e uma penologia crítica redutora de danos / José Rafael Fonseca de Melo. - 2024.

402 f.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Pena (Direito) - Teses. 2. Tobias Barreto (SE) – Teses. 3. Punição – Teses. I. Batista, Nilo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.1

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

José Rafael Fonseca de Melo

**Pena e guerra: Tobias Barreto e o horizonte teleológico do modelo negativo para uma
dogmática consequente e uma penologia crítica redutora de danos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Estado do Rio de
Janeiro como requisito parcial de obtenção do
grau de Doutor em Direito Penal. Área de
Concentração: Cidadania, Estado e
Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 09 de julho de 2024.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidade de Buenos Aires

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Universidade Federal de Pernambuco

Rio de Janeiro

2024

DEDICATÓRIA

Em meio ao desenvolvimento dessa pesquisa recebi a notícia da minha vida: a de que seria *pai* – o que tornou simultâneas as duas gestações para as quais me preparei por intensas quatro décadas. Esse trabalho se encontrava na metade – assim como metade fui até encontrar a mãe do meu filho – enquanto o término igualmente coincidiu com o seu nascimento. E foi só aí que vimos, eu e Luísa, que éramos apenas metade sem você. Para **Francisco** que, na escrita das conclusões, está aqui e agora em meus braços e já não sei quem está nas mãos de quem.

AGRADECIMENTOS

Nilo Batista que, apesar de orientador, diariamente orienta amor. Por ter me ensinado a ensinar e pelas tantas lições desde que, com ele, aprendi a aprender.

Luísa, minha dupla. A minha sorte em te ter na maior parte de minha vida só não é maior que a do Francisco – que te tem pela vida inteira.

Maria Izabel, lar, terno e eterno retorno. **Zé Bandinha**, filho mais velho que eu.

Priscila, **Izabelita** e **Berenice**: esteio – nenhum sentimento se iguala ao de irmão. **Giulia**, **Sergito**, **Matilde**, **Maria Fernanda** e **Maitê**: inspirações, quando o adulto balança eles vêm pra me dar a mão.

Tiago, **Graça**, **Marta**, **Beatriz**, **Joel**, **Diogo**, **Gabriel** e **Sérgio**: família unida e ouriçada.

Mailô Andrade, **Rômulo Moraes**, **Vinícius Romão**, **Guilherme Dutra**, **Rodrigo Barcellos**, **June Cirino**, **Diogo Flora**, **Edson Amaral**, **Luís Flávio Biolchini** e **Edgar Menezes**: companheiros de jornada da UERJ.

Davi Tangerino, **Christiano Fragoso**, **Patrícia Glioche** e **Vera Malaguti**, mestres que tanto contribuíram antes, durante e após esse percurso no PPGD.

Eugenio Raúl Zaffaroni, pelos diálogos e pela generosidade em aceitar o convite para avaliar essa tese. Nem nos meus sonhos mais otimistas imaginei ser lido em tão alto nível.

Juarez Tavares, desde sempre, do início ao fim, e além. Se cheguei aqui foi literalmente pela sua recomendação e afetivamente pelo seu estímulo e exemplo.

Cláudio Brandão, pelo que representa na minha formação e por estar em todas as etapas da minha caminhada acadêmica que completa duas décadas.

Angélica Zaquieu, cujo nome faz *jus* à etimologia celestial e cuja hagiografia ratifica sua missão em ajudar o humano em todo o tempo.

Alessandro Fraga, em nome de todos os abnegados servidores da UERJ que mantém a universidade pública em pé, ativa, produtora e um lugar que vale a pena estar.

Wagner Carvalho, por todo o empenho em me acompanhar exaustivamente no setor de obras raras da biblioteca da FDR e pacientemente ouvir e compartilhar histórias, checando veracidade e autenticando afetivamente os indícios. Pelas suas mãos, folheeí as páginas tocadas por Tobias e vi os sinais nos rabiscos e dedicatórias indicando pistas que trouxeram ineditismo e poesia a esse texto por meio do cheiro dos livros desesperados.

Espírito progressivo que sou, não concebo que se possa fechar
o cérebro à invasão das ciências novas,
para apegar-se eternamente a uma doutrina que não merece a
sanção da ciência e que se declare em rebelião insensata com a
poderosa injunção dos fatos.

*Tobias Barreto,
no concurso para lente da Faculdade de Direito do Recife*

RESUMO

MELO, José Rafael Fonseca de. *Pena e guerra: Tobias Barreto e o horizonte teleológico do modelo negativo para uma dogmática consequente e uma penologia crítica redutora de danos*. 2024. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

Trata a pesquisa, a partir da experiência de prisionalização e do impetuoso crescimento da população carcerária que consolida o hiperencarceramento, da reflexão do papel do discurso jurídico na contenção do poder punitivo e do reconhecimento da responsabilidade ética e social dos sistemas teóricos sobre a realidade na qual operam. Como hipótese central, é proposta uma releitura do modelo negativo como efetivamente redutor do punitivismo a partir do abandono das teorias idealistas da pena (absolutas, relativas e polifuncionais) em sua fundamentação (contratualista) e perspectiva social (consensualista). Superando o conceito de *ius puniendi*, fruto da renúncia categórica ao fundamento consensual da punição, critica-se o *potestas puniendi* (forma programada de violência e de função instrumental de controle social) e propõe-se uma penologia crítica condicionada à adoção de critérios interpretativos fundados na ideia de conflito – ruptura necessária em razão dos efeitos genocidas produzidos pelo punitivismo e encarceramento massivo. O resgate metafórico da pena como guerra de Tobias Barreto move a reflexão, definindo punição como manifestação concreta do poder político, negando justificação jurídica da sanção e cindindo com as tentativas de dar-lhe finalidade positiva e a ela associar virtudes civilizatórias em tom panglossiano, face à sua incontestável esterilidade. Em razão da sua pulsão violenta tendente ao excesso que necessita de contração (teleologia redutora), a investigação sustenta a capacidade crítica de uma dogmática consequente que transponha esse modelo, viabilizando a construção de novos referenciais e alternativas para uma atuação ética útil a salvar vidas e atenuar sofrimentos.

Palavras-chave: Pena; poder punitivo; modelo negativo; Tobias Barreto.

ABSTRACT

MELO, José Rafael Fonseca de. *Penalty and war: Tobias Barreto and the teleological horizon of the negative model for a consequent dogmatic and a critical damage-reducing penology*. 2024. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

Based on the experience of prisonization and the impetuous growth of the prison population that consolidates hyper-incarceration, this research reflects on the role of legal discourse in containing punitive power and recognizing the ethical and social responsibility of theoretical systems for the reality in which they operate. The central hypothesis is a re-reading of the negative model as an effective reducer of punitivism, based on the abandonment of idealist theories of punishment (absolute, relative and polyfunctional) in their foundation (contractualist) and social perspective (consensualist). Overcoming the concept of *ius puniendi*, the result of the categorical renunciation of the consensual foundation of punishment, the *potestas puniendi* (programmed form of violence and instrumental function of social control) is criticized and a critical penology is proposed, conditioned to the adoption of interpretative criteria based on the idea of conflict - a necessary break due to the genocidal effects produced by punitivism and mass incarceration. Tobias Barreto's metaphorical rescue of punishment as war advances the reflection, defining punishment as a concrete manifestation of political power, denying the power of the state.

Keywords: Pena; punitive power; negative model; Tobias Barreto.

RÉSUMÉ

MELO, José Rafael Fonseca de. *Pénalité et guerre: Tobias Barreto et l'horizon téléologique du modèle négatif pour une dogmatique conséquente et une pénologie critique de réduction des dommages*. 2024. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

A partir de l'expérience de la carcéralisation et de la croissance impétueuse de la population carcérale qui consolide l'hyper-incarcération, cette recherche réfléchit sur le rôle du discours juridique dans l'endiguement du pouvoir punitif et la reconnaissance de la responsabilité éthique et sociale des systèmes théoriques vis-à-vis de la réalité dans laquelle ils opèrent. L'hypothèse centrale est une relecture du modèle négatif comme réducteur efficace du punitivisme, basée sur l'abandon des théories idéalistes de la punition (absolue, relative et polyfonctionnelle) dans leur fondement (contractualiste) et leur perspective sociale (consensualiste). En dépassant le concept de *ius puniendi*, résultat du renoncement catégorique au fondement consensuel de la punition, la *potestas puniendi* (forme programmée de la violence et fonction instrumentale du contrôle social) est critiquée et une pénologie critique est proposée, conditionnée par l'adoption de critères interprétatifs fondés sur l'idée de conflit - une rupture nécessaire en raison des effets génocidaires produits par le punitivisme et l'incarcération de masse. Le sauvetage métaphorique de la punition comme guerre par Tobias Barreto fait avancer la réflexion, en définissant la punition comme une manifestation concrète du pouvoir politique, niant le pouvoir de l'État.

Mots clés : Punition ; pouvoir punitif ; modèle négatif; Tobias Barreto.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
Cf.	conferir
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ed.	edição
EResp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
FDR	Faculdade de Direito do Recife
JECrim	Juizado Especial Criminal
LEP	Lei de Execução Penal
NT	Notas do Tradutor
nº, nºs	número(s)
PL	Projeto de Lei
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
s.d.	sem data
ss.	e seguintes (páginas)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
trad.	tradução, traduzido, tradutor
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFPE	Universidade Federal de Pernambuco
USP	Universidade de São Paulo
v.	vide
v.g.	<i>verbi gratia</i>
v., vol.	volume

SUMÁRIO

NOTAS INICIAIS (À guisa de defesa prévia).....	15
INTRODUÇÃO.....	24
O HOMEM.....	43
ORIGINALIDADE E ROBUSTEZ ESPIRITUAL: A ANTROPOLOGIA DA TRAJETÓRIA INTELECTUAL.....	43
DAS RAÍZES DA CRIANÇA SERGIPANA AOS FRUTOS DO INTELECTUAL DO MUNDO: A GÊNESE DA MARCA DE TOBIAS BARRETO NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO NACIONAL.....	43
1.1 Da infância humilde do menino sergipano à maturidade polêmica do catedrático da Faculdade de Direito do Recife: uma biografia de sua personalidade inseparável da história do seu tempo.....	45
1.1.1 <u>Recife (primeiro período): o difícil começo do sonho feliz de cidade, depressa chamado de realidade.....</u>	51
1.1.2 <u>O movimentado e decisivo ano de 1869: entre os amores, a formatura e o casamento.....</u>	53
1.1.3 <u>A fase em Escada e a consolidação da carreira profissional.....</u>	56
1.1.4 <u>O concurso para lente substituto da Faculdade de Direito do Recife.....</u>	63
1.2 O gênio do gênio: a formação estudantil e a orientação vocacional.....	67
1.3 A Escola do Recife e a determinante influência de Tobias Barreto no pensamento jurídico: a liberdade como força e a igualdade como tendência.....	72
1.3.1 <u>Da oratória à retórica: os elementos discursivos e distintivos.....</u>	79
1.4 A superação do positivismo criminológico e as críticas aos excessos e ao método de investigação.....	81
1.4.1 <u>A superação do positivismo criminológico e as críticas aos excessos e ao método de investigação.....</u>	87
1.5 Rebelde, mas não revolucionário: a transformação estrutural e a polêmica questão da posição quanto à escravidão.....	98
1.6 A religiosidade independente e o sentimento anticlerical.....	107

1.7	O germanismo de Tobias Barreto.....	109
1.7.1	<u>A recepção do pensamento do “Sr. Nietzsche” no Brasil.....</u>	117
1.8	Tobias Barreto poeta: a poesia social do Condoreirismo.....	119
1.8.1	<u>A fase Condoreira: o hugoanismo da forma puramente poética.....</u>	122
1.8.2	<u>Tobias Barreto e Machado de Assis: separados no nascimento por uma semana e aproximados na eternidade pelas virtudes individuais.....</u>	124
1.8.3	<u>Tobias Barreto, Clarice Lispector e as “morfíneas punitivas”: para além da leitura comum sobre o chamado fundamento do direito de punir.....</u>	127
1.9	Tobias Barreto político.....	131
1.10	<u>A dificuldades no fim da vida: “tudo tem sua lógica, até a morte”</u>	142
	TOBIAS BARRETO E A DOUTRINA PENAL: O CRIMINALISTA DO BRASIL IMPÉRIO E O OLHAR INTUITIVO SOBRE CRIME E PENA.....	146
2.1	Dos prolegômenos do estudo do direito criminal aos comentários teóricos e práticos ao código criminal: o verdadeiro fundador da literatura jurídico-penal brasileira.....	146
2.2	A biblioteca de Tobias Barreto e suas fontes peregrinas.....	148
2.3	Tobias Barreto e os penalistas da Escola do Recife: a relação com João Vieira de Araújo e José Hygino Duarte.....	157
	A BUSCA DO FUNDAMENTO JURÍDICO DA PENA E O ENCONTRO COM A JUSTIFICAÇÃO HUMANITÁRIA DA GUERRA.....	167
3.1	Como prelúdio, por que existe a pena (por que se pune?) e por que deve existir a pena (por que se deve punir?): o confronto das questões científicas e filosóficas e a metodologia de Ferrajoli.....	173
3.2	Comunicar ou ameaçar? A projeção das “teorias expressivas” e a generalização os argumentos preventivos ignorando a diversidade da natureza dos delitos e dos potenciais autores.....	179
3.3	O abandono das teorias legitimantes e suas pretensões de racionalização: como a mente intuitiva de Tobias Barreto antecipou a crítica à Franz von Liszt.....	181

3.4	As teorias absolutas (ou retributivistas), o crime e o castigo: há pena justa e compensatória sem vínculo de efeito social que compense o delito?.....	194
3.5	As teorias relativas: inclinar o homem à universalidade da tábua axiológica e convencê-lo a consentir na troca do prazer pela dor.....	199
3.6	As teorias unificadas/mistas e a perversidade ecumênica da clivagem predominante na realidade penal ocidental: o milagre de castigar, intimidar e regenerar.....	216
3.7	A fábrica da Guerra: Massimo Pavarini e o novo emparelhamento entre cárcere/fábrica a partir da pena/guerra.....	219
3.8	Disciplina, dominação e poder político como guerra.....	224
	DESLEGITIMAÇÃO DA PENA E O MODELO NEGATIVO: O QUE SOBRA DA PENA DEPOIS DA ORFANDADE DE FINALIDADE E ESVAZIAMENTO DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA?.....	227
4.1	Aliada e ipsilateral na trincheira e as táticas de convergências e discordâncias de outras teorias deslegitimantes da pena.....	229
4.1.1	<u>“Teoria” ou “modelo”, “agnóstico” ou “negativo” da pena? O que a precisão do rigor terminológico do vernáculo auxilia na real contenção do poder punitivo?.....</u>	231
4.2	O fundamento político da pena: o potestas puniendi em pele de direito de punir.....	239
4.3	Função de controle social: coação, violência e domínio em troca de algemas, mortes e autoritarismo.....	241
4.4	O “fenômeno incancelável” da pena: nutrir e se alimentar do abolicionismo para superar a crescente onda punitiva.....	242
4.4.1	<u>Teorema de Thomas: “não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado”</u>	244
4.5	A teleologia redutora do poder punitivo frente à tendência ao excesso: a única (possível) finalidade atribuída à pena.....	245
4.5.1	<u>A falta de teorização e sistematização da métrica penal: uma moderação cultural a superar o raquitismo teórico dos discursos punitivos e a hipertrofia discursiva da dogmática.....</u>	247

4.5.2	<u>Em todas as utopias, os homens continuam morrendo: a abolição parcial da redução de danos para “salvar vidas, diminuir desigualdades e evitar sofrimento”</u>	251
4.6	Pena e Guerra: o discurso criminológico sobre origens, estratégias, táticas e contradições e um panorama da questão do outro.	254
4.6.1	<u>O discurso bélico da segurança nacional e a ideologia da guerra permanente.</u>	256
4.7	Hobbes, o soberano como gládio do castigo e o poder punitivo discricionário: não há poder maior que esse.	258
4.7.1	<u>O “direito” soberano de fazer sofrer e a teoria de Estado no Leviatã: uma crítica da perspectiva social (consensualista) e a fundamentação (contratualista).</u>	260
4.8	O princípio da <i>less eligibility</i> no território livre do Direito e o espaço de “não-direito” ocupado pelos cidadãos de “segunda categoria”: quanto pior, melhor (ou como fazer o bem com o mal).	263
4.9	Projeções político-criminais do modelo negativo: como a práxis pode viabilizá-lo e ser por ele influenciada?	266
4.9.1	<u>Do Reexame Obrigatório (Remessa Necessária) das condenações e a inclusão do Recurso de Ofício no ordenamento processual penal: um novo art. 574, III do CPP.</u>	270
4.9.2	<u>Reveladas a falsidade e o engodo da crença punitiva após a teorização sensibilizadora, outras propostas concretas possíveis e exequíveis do modelo negativo.</u>	272
4.10	O novo vocabulário punitivo e a deflagração da guerra consentida: renúncia a direitos fundamentais, pena sem análise da culpabilidade e sofrimento negociado.	274
	PROLEGÔMENOS DO ESTUDO DO DIREITO CRIMINAL	279
	“DOS DELICTOS POR OMISSÃO”	286
6.1	A escrita dogmática despida de poesia, isenta de aparato retórico e a voz oculta que animou a esperança de “criminalista”	286
6.2	Da teoria à prática: grupos de casos.	292
6.3	Da cumplicidade por omissão (art. 5º do Código Criminal de 1830).	294

	DA TENTATIVA: UM ENSAIO EM MATÉRIA CRIMINAL.....	297
7.1	A controvérsia das expressões “atos exteriores” e “princípio de execução”.....	299
7.2	O arrependimento e a impropriedade dos meios e do objeto.....	303
	DO MANDATO CRIMINAL: A TESE DE CONCURSO, OU UM COMENTÁRIO AO ART. 4º DO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO SOBRE COAUTORIA: “DA CO-DELINQUÊNCIA E SEUS EFEITOS NA PRAXE CRIMINAL”.....	305
8.1	Sobre a extensão da ideia do mandato, hoje tida como instigação.....	307
8.2	O ponto central da tese: do uso doutrinário da expressão mandato.....	308
8.3	O caráter acessório da participação e a co-delinquência.....	309
	IMPUTABILIDADE PENAL: MENORES E LOUCOS EM DIREITO CRIMINAL.....	309
9.1	Menores no Código Criminal de 1830.....	312
9.2	A medida legal da capacidade feminina.....	319
9.3	Os loucos de todo gênero.....	325
9.4	A crítica a Lombroso e a pioneira citação ao <i>L’Uomo delinquente</i>.....	335
9.5	A violência da força e do medo irresistíveis.....	341
9.6	Violência moral e sentimento de honra ofendida: a prática desmentida pela teoria?.....	343
9.7	A irresponsabilidade criminal na prática casual de ato lícito “feito com tenção ordinaria”	345
	TOBIAS BARRETO COMENTARISTA: DOS COMENTÁRIOS TEÓRICOS E CRÍTICOS NÃO CONCLUÍDOS AO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830.....	346
	CONCLUSÃO.....	349
	REFERÊNCIAS.....	363
	ANEXO I – Advertência que acompanhava a 1ª edição de menores e loucos.....	383
	ANEXO II – Advertência que acompanhava a 2ª edição de menores e loucos.....	384

ANEXO III – Obras alemãs da biblioteca de Tobias Barreto adquirida pelo governo de Pernambuco e doada à faculdade de direito do Recife, onde se encontra.....	385
ANEXO IV – Produção bibliográfica de Tobias Barreto.....	394
ANEXO V – Poesia inédita recitada de improviso em um jantar e publicada na seção “Gazetilha” do Jornal do Recife, na página 02 da edição nº 84, de 12 de abril de 1865 – ano VII (ao final erroneamente nomeado de Tobias Barreto de “Mello”).....	397
ANEXO VI – Edital público com aviso do correio geral da existência de carta registrada para Tobias Barreto no jornal do Recife, na página 03 da edição nº 84, de 03 de janeiro de 1868 – ano X.....	398
ANEXO VII – Divulgação na seção “gazetilha” do jornal do Recife intitulada “imprensa periodica” sobre o primeiro número do periódico científico e literário “a razão”, além dos números 9 da idéa liberal e 9 do “liberal”, na capa da edição nº 247, de 26 de outubro de 1868 – ano X.....	398
ANEXO VIII – Proclamas de casamento (primeira denúncia) entre Tobias Barreto de Menezes e Grata Mafalda dos Santos na capa do jornal do Recife de 25 de janeiro de 1869, nº 19 – ano XI.....	399
ANEXO IX – Proclamas de casamento (terceira denúncia) entre Tobias Barreto de Menezes e Grata Mafalda dos Santos na capa do jornal do Recife de 04 de fevereiro de 1869, nº 27 – ano XI.....	399
ANEXO X – Acto realizado na faculdade de direito – Tobias Barreto de Menezes no quinto ano. capa do jornal do recife de 16 de novembro de 1869, nº 263 – ano XI.....	400
ANEXO XI – Registro portuário de entrada em Recife, oriundos de Aracaju, de Tobias Barreto e família no vapor potengi. jornal do Recife de 25 de janeiro de 1870, nº 19 – ano XII.....	400
ANEXO XII – Publicidade do curso preparatório no colégio 25 de março que tinha como diretor Tobias Barreto, comprometido a limitar em 30 alunos a turma. detalhe para a divulgação logo abaixo da 2ª edição do livro “ensaio médico legal” de José Soriano de Souza, destinada às “pessoas entendidas do	

fôro criminal”. jornal do recife de 14 de abril de 1870, nº 85 – ano XII. o mesmo anúncio do curso se repetiu na edição nº 88 de 20/04/1870.....	400
ANEXO XIII – Divulgação do semanário “um signal dos tempos”, no período de escada. desejos de longevidade e prosperidade publicado no jornal do Recife de 13 de julho de 1874, página 4, nº 156 – ano XII.....	401
ANEXO XIV – Divulgação do curso de língua e literatura alemã em escada publicado no jornal do Recife de 30 de janeiro de 1875, página 3, nº 24 – ano XVIII. o anúncio se repetiu na edição nº 26 de 03 de fevereiro de 1875.....	402
ANEXO XV – Divulgação da 1ª edição dos “ensaio e estudos de filosofia e critica” no jornal do Recife de 12 de agosto de 1875, página 3, nº 182 – ano XVIII. o anúncio se repetiu nas edições nº 184 de 14/08/1875, nº 185 de 16/08/1875, nº 186 de 17/08/1875 e nº 187, de 18/08/1875.....	402
ANEXO XVI – Notícia sobre o “club popular de escada” na capa do jornal do Recife de 08 de novembro de 1877, nº 257 – ano XX. mais acima e no mesmo anúncio, a aprovação de João Cabral de Mello (o avô).....	402
ANEXO XVII – Resultado das eleições primárias publicado na capa do jornal do Recife de 13 de agosto de 1878, nº 184 – ano XXI. entre coronéis, comendadores e capitães, está o Dr. Tobias Barreto de Menezes.....	403
ANEXO XVIII – Resultado das eleições secundárias publicado na capa do jornal do Recife de 09 de novembro de 1878, nº 258 – ano XXI. Tobias Barreto é eleito na 38ª colocação com 735 votos.....	404
ANEXO XIX – Carta escrita por uma Josepha Agueda F. de Oliveira e publicada no jornal do Recife de 16 de abril de 1879, nº 86 – ano XXII.....	405
ANEXO XX – Carta aberta aos eleitores intitulada “ao corpo eleitoral” publicada no jornal do Recife de 16 de outubro de 1879, nº 238 – ano XXII.....	406

NOTAS INICIAIS (À guisa de defesa prévia)

Apenas a incomum genialidade justifica a curiosidade e o interesse desse trabalho que assume refutar os importados e efêmeros modismos temáticos de fascinada e considerável parcela da pesquisa jurídica brasileira, incompreensivelmente encantada e submissa aos caprichos eurocêntricos para, seguindo Liev Tolstói, obedecer àquela conhecida máxima de que “se queres ser universal, começa por pintar a tua aldeia”. Mas não é fácil a missão que se apresenta em revisitar a vida e a obra de Tobias Barreto e por isso inicio¹ esse texto reacendendo as palavras de Graça Aranha, para quem, “pela vastidão da intelligencia, pela actualidade da orientação, pelo realismo do pensamento, pela instrução dos novos valores científicos e literários, pelo desassombro, pela dialética, Tobias Barreto foi o maior homem do Brasil até hoje, não excedido, nem mesmo igualado por nenhum outro”, quando – desafiando a estrutura do tempo e antecipando profeticamente como ele sempre se colocou à frente da sua época – afirmou, acertadamente e tal como se disse de Kant, que “voltar a ele é progredir”².

Em tempos de **solipsismo do presente**³ e da sensação de que ele se autoproduz aprioristicamente e sem necessidade de revisitar ou questionar o passado, nada mais necessário que volver às raízes dos precedentes temáticos tão problemáticos quanto atuais, a fim de evitar a elaboração de um texto (aqui, uma tese⁴) que integre a massa de uma **contemporaneidade atemporal**, eludindo afastamentos, saltos ou enfadonhas abordagens pretéritas descomprometidas e deslocadas do momento em que vivemos e da realidade que vemos. Aliás, às vezes de nada adianta fazer um ótimo trabalho num contexto histórico errado, cilada de um ensino jurídico que prioriza o historicismo vazio.

¹ A opção por escrever essas *notas iniciais* na primeira pessoa – e apenas elas – é para, conhecendo a tradição da pesquisa em direito, evitar ao menos por um breve momento o excesso de formalismo que muitas vezes retira do texto a fluidez e a espontaneidade, colocando nele uma dose exacerbada de ênclises, próclises e mesóclises requisitadas pela regência e voz da forma indeterminada que faz desvanecer a emoção. Sendo esse o espaço e o momento de *defesa preliminar* eleito por mim (o autor) e sendo esse texto uma modesta contribuição pessoal no resgate do legado desse gigante chamado Tobias Barreto (o pesquisado), não conseguiria e nem poderia de igual forma assim me expressar nos demais momentos por limitação das normas técnicas e por questões metodológicas e estéticas, pedindo, desde já, *venia* à tradição jurídica de modéstia e imparcialidade quando nessas preliminares o ímpeto da sua lembrança falar mais alto que a expectativa e a liturgia dos bons costumes acadêmicos. Não estou sozinho, ver também, nesse sentido, a posição de Renato Janine Ribeiro sintetizada por RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das Ideias Penais?** p. 11.

² ARANHA, Graça. **O meu próprio romance**, p. 152-154.

³ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

⁴ Conceitualmente, parte-se da ideia de que tese é um “documento que representa (...) exposição de um tema único e bem delimitado” e que “deve ser elaborado com base em investigação original, constituindo-se em real contribuição para a especialidade em questão”. In: BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**, p. 17-18.

Mergulhar no profundo oceano das suas diversas facetas só é possível se, de largada, tiver a noção muito clara dessa tarefa e de que para entender “a mentalidade ciclópica do Norte, a figura grandiosa da ciência jurídica no país, o filósofo de alta expressão cultural cujo nome ultrapassou as largas fronteiras do Brasil”⁵ é imprescindível decifrá-la. Desafio esse que se amplifica e que pesa sobre as mãos de quem se dispõe a realizá-lo por vários motivos: seja por ser considerado por muitos o penalista do Brasil Império – o que explica a admiração nutrida por significativa parcela dos pensadores das ciências criminais dos séculos XX e XXI, seja pela versatilidade demonstrada em escrever com idêntica maestria sobre temas e áreas diferentes, ou seja ainda por não ter legado uma obra sistematizada – o que, se por um lado evidencia a forma particular e única de escrever e desenvolver suas ideias, traz consigo possibilidades criativas de se interpretar o ambiente vivido ao longo do século XIX e a trajetória que se inicia em Sergipe, passa pela Bahia e se desenrola na maior parte dela em Pernambuco.

Duas questões distintas e autônomas, embora também conexas, direcionam cientificamente essa pesquisa: a crise da penalidade coincidente com a do estado social de um lado e a emergência das políticas de segurança de outro, exatamente como se orientaram tantos pesquisadores ao longo do século XX⁶. Aliado a isso, a reflexão que nos move como observador é balizada pelas formas individuais de enxergar o mundo e, nesse sentido, tão importante quanto ler e reler a obra nada ordenada de Tobias Barreto – embora o esforço hercúleo de Sílvio Romero e de tantos outros em organizá-la – seja o de procurar entender como a sua trajetória influenciou e foi animada pela originalidade do seu pensamento.

Assim, cumpre registrar que revisitar as concepções de mundo de Tobias Barreto, além de repor um *déficit* no seu componente bibliográfico e acadêmico, é uma importante tarefa historiográfica, mas ainda mais **histórica**. Isso porque as constantes críticas feitas ao racismo de Nina Rodrigues ratificam o quanto isso, de alguma forma, envergonha a alvorada da criminologia brasileira e de algum modo constrange a história das ideias penais no Brasil. Essas escusas se somam a outros – e talvez os únicos – pedidos efetivos nesse sentido: i) Homero Pires no prefácio a “*Os africanos no Brasil*”⁷; ii) há também uma dura e acertada crítica, ainda que superficial, de Júlio José Chiavenato em “*O negro no Brasil, da senzala à Guerra do Paraguai*”⁸; iii) dentre os penalistas, uma rara crítica é feita por Nelson Hungria em uma

⁵ PICANÇO, Melchiades. **Aspectos da intelectualidade de Tobias Barreto**, p. 11.

⁶ De igual forma se posicionou Massimo Pavarini, tendo assim o declarado. In: PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**, p. 27.

⁷ PIRES, Homero. **Prefácio**. In: *Os africanos no Brasil*, p. XII.

⁸ CHIAVENATO, Julio José. **O negro no Brasil, da senzala a Guerra do Paraguai**, p. 171.

conferência em 1950 intitulada “*A criminalidade dos homens de cor no Brasil*”, posteriormente publicada em artigo⁹; e iv) na literatura, a melhor e mais ampla resposta está na obra de Jorge Amado¹⁰.

E quando Eugenio Raúl Zaffaroni, com sua atenta e sensível percepção desde a nossa margem latino-americana afirmou que “o grande debate sobre Tobias Barreto ainda não foi feito”¹¹, atizando em tom provocador que o penalista brasileiro do Império merecia uma lupa maior e um olhar mais cuidadoso e atencioso especificamente sobre sua produção nas ciências criminais, além de apontar a rota aqui seguida, alertou sobre os percalços da espinhosa (talvez impossível) caminhada a ser percorrida. Foram as pegadas de Tobias que deram início ao percurso de desvendar os modelos por ele concebidos e que deixaram os rastros que revelam invariavelmente a sua genialidade esculpida no resgate metafórico expresso na regra de três que, de tão moderna e atual, poderia futurologicamente ter sido escrita contemporaneamente ou ainda, em um *looping* temporal anacrônico, séculos adiante que sequer chegamos a vislumbrar, se mantidas as mesmas condições civilizatórias atuais e a operacionalidade das fantasias discursivas sobre a pena.

Antecipar tendências, essa a maior virtude dos homens como ele, à frente da sua era – motivo pelo qual essa pesquisa não tem o olhar apenas sobre o passado onde se lançaram as bases teóricas provocantes ou ainda sobre o presente onde se vislumbra o cumprimento profético de quem usou a luneta do tempo, mas, principalmente sobre o futuro, para que as próximas gerações interessadas tenham um documento idôneo a conhece-lo. Aprendi com Nilo Batista que, se não fizermos isso, ninguém o fará por nós. Diria um pouco diferente: talvez até alguém o faça, mas não terá tanto prazer como nós quando fazemos pela nossa história. E assim como não é possível precisar quando uma obra de arte está terminada – se é a última pincelada que dita o fim, se quando o pintor se afasta da tela, se quando se encerram os retoques ou quando os espectadores a ela acedem – a cada intérprete que tem contato com a obra de Tobias Barreto, ele renasce e suas ideais ressurgem. Daí a necessidade de bem decifrá-lo e serenamente contextualizá-lo, sobretudo por ter sido um homem do seu tempo, bem como aceitar as críticas de incompletude que porventura sobrevierem.

E se, mesmo depois de 135 anos do seu trânsito, sua saudosa memória ainda inspira e revigora os resistentes navegantes na luta contra as ondas embravecidas do poder punitivo e

⁹ HUNGRIA, Nelson. **A criminalidade dos homens de cor no Brasil**. In: *Revista Forense*, v. 3. Rio de Janeiro: 1956. p. 273-297.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 147.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Elementos para uma leitura de Tobias Barreto**, p. 184.

seus odores e horrores carcerários violentos, humildemente procuro atender aqui àquele dever oriundo da convocação inicial: reabrir um roteiro nosso e recomeçar (sim, é possível apenas reiniciar) o grande debate sobre Tobias, fazendo uma releitura da sua curta, mas valiosa, inconfundível e profícua obra, partindo sempre da deslegitimação por ele anunciada com sua dura (mas deliciosa e verdadeira) ironia de estilo. Pois, com as projeções imensas integradas no patrimônio futuro das gerações – esta continua “iniciando” – talvez seja possível pôr fim à demagogia galvanizada em torno da pena. Como é possível, diante de tanto sofrimento e penúria, acreditar e creditar algum mérito a inflicção de dor a alguém, fundamentando isso juridicamente?

Coube a Tobias Barreto em um país de população quantitativamente rarefeita cuja extensão já ocupara espaço de porte continental e emergindo de séculos de colonização, sendo autodidata na língua alemã, abrir uma nova época na inteligência nacional e emancipar a mentalidade brasileira. É preciso dizer que a adoção aqui de uma visão crítica da ideia de “atraso” nas formações políticas latino-americanas se dá pela exigência histórico-cultural de se questionar constantemente os aspectos eurocêntrico envolvidos nessa análise – o que coloca em questão disputas conceituais do que seja *centro*, *periferia* e *atraso* no plano cultural¹². E ora filósofo e poeta, ora um jurista e intelectual considerado em alguns aspectos até mais importante que Ruy Barbosa, foi na seara criminal que Tobias Barreto contribuiu com mais vigor, fertilidade e profundidade na ambiência do Segundo Reinado de “poucas escolas, nenhuma universidade, imprensa precária, maus arquivos, grande desnível entre o saber das elites e do povo”¹³, sendo por muitos considerado o verdadeiro fundador da literatura jurídico-penal brasileira¹⁴, o que seguramente o foi.

A dificuldade em categorizá-lo só o permite denomina-lo como um grande jurista, pensador e multifacetado estudioso das ciências jurídicas. Aliás, confessadamente ele admitiu ser volúvel – o que confirma a ausência de método e de sistematização dos seus escritos¹⁵. Nem advogado ou causídico, nem prático do direito – mesmo que, pontualmente e em diversos momentos da sua breve vida, tenha se preocupado com questões restritas e com o debate

¹² BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 157.

¹³ SALDANHA, Nelson. **A “Escola de Recife” na evolução do pensamento brasileiro**, p. 92.

¹⁴ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 239.

¹⁵ “O que eu podia dizer para justificar-me da exsquisite de dar ao publico um livro dessa natureza, aparentemente sem unidade e sem homogeneidade, – o leitor encontrará na *Introdução*. Continuam á vigorar as rasões ali expendidas. Julgo porém deve fazer uma advertencia: – em alguns dos artigos que compoem o presente volume, ha mais de uma ideia, nascida em outra época e sob outras influencias, com que já não me sinto de todo identificado. Eu sou um pouco volúvel”. In: BARRETO, Tobias. **Prólogo**. In: *Estudos Allemães*.

forense. De inteligência rara e refinada, ao tempo em que refutava o direito natural, não admitia isolar o direito como ciência humana e produto da cultura da imensa cadeia de conhecimentos, mas ligando-o às ideias propedêuticas. Ou seja: ao ser intolerante no trato do objeto de investigação, do qual não admitia afastamentos, não descuidou de compreender o homem e o seu lugar no mundo fenomênico, bem como o lugar que ocupa na natureza.

O pensamento refletido em sua obra e reflexo da sua vida fez de Tobias Barreto um intelectual que dividia (e ainda divide) opiniões. Ao mesmo tempo em que é inconteste sua rara capacidade de enxergar o cerne de todas as questões apresentadas como problemáticas e “com essa aguda capacidade de aprender e dominar os vários temas da cultura, doutrinou aqui em diversas cátedras, deixando em cada uma delas o traço acentuado de seu espírito renovador”¹⁶, ao despertar a fúria de opositores e o afeto dos seguidores acabou por receber – em vida e postumamente – julgamentos na mesma intensidade de lado a lado e, algumas vezes, até do mesmo leitor ou intérprete. Há quem negue a sua vocação de criminalista e, sem muita razão, até a de jurista – com o argumento de que “a ciência do Direito propriamente dita nunca se fez objeto pragmático de suas indagações, senão um tema abordado em vista a posicionamento conceptualístico no lastro geral da Sociologia” e que “numa palavra: Tobias não foi jurista, nem a ciência do Direito foi marca do relevo em sua escola”¹⁷. Também é o caso de Alceu Amoroso Lima que, ao mesmo tempo em que questionou se a segurança das lições de Tobias sobre direito penal mereceria iguais críticas dos seus escritos filosóficos e poéticos e se foi ele um pensador original ou um “espírito de seu tempo que passou com seu tempo”, reconheceu que ele “alargou nossas fontes de pensamento” e que “sacudiu violentamente o marasmo do nosso mundo colonial”, sendo detentor de “uma inteligência fora do comum, lastreada por uma leitura extensa e que reflete integralmente os preconceitos de sua época, a pretensão infinita do seu século, a segurança desdenhosa e tranquila do homem do século XIX”¹⁸. Dentre os seus contemporâneos, um meio-elogio (o que equivale a uma meia-crítica) foi feito por Clóvis Beviláqua a Tobias ainda em vida: “Assim como faltava-lhe o gosto para os detalhes, para as analyses morosas e percucientes, fallecia-lhe a tenacidade para levar a termo uma obra de certa amplitude, cuja construção demandasse uma contensão de espirito prolongada por longos mezes, a vista sempre detida num mesmo circulo de idéas. Surgia-lhe a concepção, a descarga das forças creadoras levava-o febril á producção, mais aliviado daquela necessidade psychica, enfastiava-

¹⁶ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 269.

¹⁷ CAVALCANTI, Manuel. **Tobias, não jurista**, p. 39 e seguintes.

¹⁸ LIMA, Alceu Amoroso. **1ª série de Estudos**, p. 345-393.

o prosseguir no mesmo caminho e ansejava por velejar em outros mares e aspirar outros perfumes”¹⁹.

Pontualmente, outro traço identificado em tom crítico é o da sua condição de pensador original, como já salientou Gilberto Freyre em diversas oportunidades²⁰, mesmo que estilisticamente. Monista e evolucionista²¹ no sentido de aceitar a evolução jurídica como resultado da cultura, Tobias Barreto não tinha o direito como algo inato, não advindo de inspiração divina e nem de força sobrenatural, pois a percepção humana do injusto era oriunda de uma intuição, do esforço próprio e independente de Deus. É preciso registrar que para se entender esse trabalho e, principalmente, a obra de Tobias é imprescindível ter por parâmetro constantemente a ambiência intelectual brasileira no segundo reinado e todas as dificuldades já mencionadas. Portanto, mesmo diante da centralidade dessa questão, o disciplinamento e a ausência de orientação metodológica eram correntes e até naturais à época, dada a dificuldade de vencer a oralidade e o verbalismo e ceder à cultura dos rigores intelectuais²² – daí a advertência de lê-lo hoje.

Portanto, sem querer ou poder adiantar muito do que se verá nesse trabalho, este introito em tom de defesa prévia tem por objetivo alertar o leitor que melhor do que defender o seu pensamento ou procurar revelar a face do **Tobias Barreto criminalista**, foi mergulhar fundo na sua obra e entender o expressivo tamanho da sua contribuição para as ideias desenvolvidas no século XIX, que acabaram sedimentadas no século XX e soam atuais e certeiras no século XXI. Assim, para os fins desse trabalho e pensando na fidedignidade das citações, adotar-se-ão os termos gentílicos para preservar a temporalidade e a história intrínseca que eles trazem, sendo mister ressaltar que, por opção, todas as transcrições seguirão a grafia do texto original

¹⁹ BEVILAQUA, Clovis. **Juristas philosophos**, p. 112.

²⁰ Em “*Nós e a Europa Germânica*”, de forma contundente, afirmou: “Ímpetos e dispersões de energia intelectual evidentes em Tobias Barreto, – que, entretanto, como germanizado e germanizante, se afirmaria na época da sua atuação e nas repercussões dessa atuação pessoal, personalíssima, até, depois de ele morto, como a maior figura a ‘Escola do Recife’; como a mais carismática. Como a última tocada – repita-se – de alguma coisa de genial. Inclusive no seu modo de interpretar, divulgar e até, pôr vezes, abrigar, autores alemães. Isto a despeito de não ter sido, talvez, rigorosamente, um *scholar*. Nem original nas ideias. Mas que importa, no caso de um intelectual tocado de gênio, ter sido ele, ou não, estritamente, um *scholar*? Ou um original nas ideias?”. In: FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa Germânica**, p. 135;

²¹ Como a maioria dos estudantes de Direito de então, Tobias Barreto leu com fervor os veículos internacionais franceses e, por intermédio da famosa *Revue des Deux Mondes*, entra em contato com as ideias evolucionistas do grande darwinista alemão Ernst Haeckel (1834-1919), outra grande influência de Tobias. Ver: WEIKART, Richard. **The origins of social darwinism in Germany, 1859-1895**. In: *Journal of the History of ideas*, n. 54, p. 3, jul. 1993. Também **Die brasilianische Rezeption Rudolf von Jherings und Ernst Haeckels durch Tobias Barreto und Silvio Romero: instrumentalisierung(en), Netzwerke und transatlantische Ideenzirkulation (1869-1889)**. Tese (Doutorado em História Cultural), Amerika Institut, Ludwig-Maximilian-Universität München, Universidade de Munique-LMU, München, 2016.

²² SALDANHA, Nelson. A “*Escola de Recife*” na evolução do pensamento brasileiro, p. 93.

e, conseqüentemente, respeitarão a linguagem e a escrita do momento histórico em que foram produzidos – o que, além de proporcionar autenticidade e insuspeição, reproduz com algum saudosismo a forma zelosa, poética, refinada e rigorosa como as leituras foram realizadas e referidas como fonte.

INTRODUÇÃO

Como dois círculos de igual diâmetro, pena e guerra são ideias que se tocam na plenitude, se cobrem alternada e mutuamente e se ajustam em todos os pontos. Uma e outra, como congêneres, provocam consequências nefastas e irreparáveis, revelando conclusões comuns: desde o fundamento político, passando pela idêntica incapacidade de controle jurídico e chegando à função de controle social. **Pena e guerra**, assim, são fenômenos incanceláveis na atualidade da perspectiva civilizatória – o que conduz à conclusão de que, se o direito é incapaz de conter a impetuosidade do crime e tampouco do conflito bélico, poderá ser útil apenas para atenuar os danos de ambos. E embora a retórica do inimigo²³ e opositor na guerra seja incompatível com qualquer esforço discursivo de defesa dos *direitos* do preso²⁴, a dependência intramuros do direito à vida e à integridade corporal em relação ao poder discricionário da autoridade se assemelha à decisão dos superiores hierárquicos quanto a vida dos soldados no campo de batalha, sendo certo que, assim como não é a qualidade do cárcere que aumenta a expectativa de vida do preso, não são os motivos da guerra que a tornam dotada de racionalidade.

Essa teleologia redutora frente à tendência ao excesso propõe uma **penologia crítica** desvinculada de quaisquer dos pratos oferecidos *à la carte* no cardápio das teorias idealistas, nunca atendidos pela cozinha do poder punitivo – seja pela ausência dos ingredientes mais básicos, seja pelo dissabor da combinação reiterada de receitas comprovadamente frustradas, ou ainda por ser a culinária do sofrimento irrealizável quanto aos fins e inconciliável com a promessa de prevenir indigestões. Isso porque a teoria da pena criminal (fundamentos, funções e legitimidade da punição), em toda sua *mise en scène*, atravessou os tempos sendo (re)construída e sistematizada a partir dos infecundos, surrados e moralistas modelos punitivos oficiais liberais (primeira modernidade penal), correcionalistas (segunda modernidade penal) e funcionalistas (modernidade tardia ou pós-modernidade), passando ao largo do ponto fulcral da sua razão, ignorando-se sua inverificabilidade empírica e estabelecendo uma insuperável irrefutabilidade argumentativa. Isso se deu ora pela míope e condicionada perspectiva jurídica

²³ Repetidamente se utilizará nesse trabalho a expressão *inimigo* por conta do paralelo estabelecido entre pena e guerra – e esta “como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade”. No entanto, a esse “outro” construído e constituído artificialmente pode-se dar, como idêntico significante, o nome de estrangeiro, dissidente, estranho, hostil ou qualquer tratamento diferenciado cuja essência consiste na negação da condição de pessoa. Ver: ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**, p. 18-25.

²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p.10-11.

de percepção da realidade por meio da legalidade, ora pela ausência de crítica ao conceito fracassado de *ius puniendi* como declaradamente um *direito do soberano* e ocultamente um *poder do gládio* (Hobbes).

Dentre muitos fatos sociais que adquiriram historicamente validade universal, nenhum outro está tão associado à retribuição vingativa como a pena criminal. A conclusão baseada na premissa de que nenhum povo pode dela prescindir – e, se prescinde acaba por se dissolver, como já observou MAURACH – reforça a sua justificação na *necessidade* e no plano imaginário da manutenção coativa condicionante da *disciplina* como face cruel e violenta da reação anticriminal, tornando-se instrumento indispensável para a conservação das comunidades sociais²⁵. Essa busca incansável (até insaciável) pelo atingimento forçado dos fins e/ou objetivos da pena que se utiliza das funções que lhes são atribuídas e que estão no cerne das teorias absolutas e relativas “é, sem favor, o capítulo mais comprometido ideologicamente de todo o direito penal”²⁶.

No esforço de defesa da orientação comportamental por meio da ameaça da punição, também não se pode ignorar a ausência de precisão conceitual da **pena**. Mais: não se pode ocultar a sua etimologia proveniente do latim *poena*, cuja origem é a voz grega *poné* correspondente à vingança e o “sentido que lentamente se foi acercando ao de dor, do *pain* inglês, através da dupla valência (ativa: castigar; passiva: sofrer), até que, em alemão abandonou-se *Pein* e, com isso, a denominação de *peinliches Recht*, e passou-se a *Strafe* e a *Strafrecht*, para mencionar a pena e o direito penal respectivamente”²⁷.

O transporte da punição para o plano sobrenatural promovido pelas concepções religiosas ou mágicas e a reações contra as graves transgressões consuetudinárias exercidas coletivamente em forma de escárnio, banimento comunitário ou vingança fora de medida que é fruto do duelo entre grupos nas estruturas sociais arcaicas não podem, nesse sentido e rigorosamente, serem reconhecidos com um caráter de pena às reações primárias. Isso porque, se por um lado o exercício emocional e coletivo afastava as formas ético-sociais de resposta à violação da paz, por outro lado as formas instintivas e, em geral grosseiras e violentas, evidenciavam já ali a desproporcionalidade entre o mau causado e a retribuição²⁸.

²⁵ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**, p. 379.

²⁶ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 257.

²⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**, p. 91, a partir de CASTELLI, Enrico *et alii*. **El mito de la pena**, p. 9.

²⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**, t.3, p. 22-25.

Eis então que a demanda cotidiana das práticas de controle social, ao mesmo tempo que ressignificou e atualizou um variado, incongruente e inconsequente repertório de teses, acabou por produzir inúmeras barbáries atentatórias à dignidade humana como resposta decisória (e não como solução) aos conflitos sociais²⁹ e permitir a manutenção de uma realidade crescentemente disfuncional e degradante, malgrado o contínuo esforço de mudança paradigmática fundamental em relação ao *sistema de aplicação de penas* que – no caso brasileiro e a despeito da reforma de 1984 tê-lo dotado de um método relativamente claro quanto ao conteúdo a ser apreciado e altamente regulado em suas fases – é paradoxalmente complexo e de alta indeterminação quanto aos elementos constitutivos. Ou seja: inobstante essas fases estarem relativamente bem reguladas e dispostas, o conteúdo que as integra é fluido e tende à instabilidade e insegurança, com relevo nos casos de natureza subjetiva das circunstâncias relacionadas ao apenado. A limitação do horizonte de conhecimento do direito penal e sua incapacidade de apresentar respostas coerentes relegou a rica antropologia das punições, homogeneizou o sofrimento e colocou no mesmo degrau manifestações díspares do poder punitivo, embora tendo no tempo e na limitação dele o mesmo insumo: a disparidade entre a integridade corporal na pena de açoites, da liberdade pessoal na privação de ir e vir e da vida na pena capital, assim, deveria incutir “alguma prudência diante da baixa fidelidade dessas classificações, que querem despejar milênios de práticas penais econômicas e culturalmente condicionadas em duas chaves pedagógicas no quadro-negro”³⁰.

Apesar da difusão no séc. XVIII da pena de prisão como meio de disciplina/correção e o desaparecimento do corpo como alvo principal da repressão penal, o que se observa na continuidade brasileira ao lado do crescimento da população encarcerada é o crescente aumento do vigilantismo com a elevação da quantidade de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas – já tendo estas, inclusive, ultrapassado o número de pessoas privadas de liberdade. O paradigma restaurativo, disseminado a partir da década de 80 do século XIX e alimentado pela incapacidade do sistema penal de produzir ordem social, consiste em um modelo autônomo onde a consensualidade e a informalidade aproximam os envolvidos no drama penal em torno dos seus sentimentos desencadeados e tem como proposta o compartilhamento social para procura diminuir o arsenal punitivo, muito embora esse modelo, ao tempo em que reafirma e

²⁹ A história da evolução das penas é mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos. Isso porque, enquanto o delito constitui normalmente uma violência ocasional e por vezes impulsiva, a violência afligida pela pena é sempre programada, consciente e organizada por muitos contra um. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**, p. 385.

³⁰ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 256.

reconhece a hegemonia normativa estatal, acrescenta novas ferramentas que acabam por ampliar o controle, pois une passado e futuro com a abrangência amalgamada da retribuição e da prevenção com a ampliação de possibilidades processuais de decisões conflituais.

Na segunda metade do séc. XIX, inspirado e inspirando a **Escola do Recife**³¹, Tobias Barreto inaugurou uma ideia genitora que alavancou uma teoria genuinamente brasileira denominada *negativa* ou *agnóstica da pena*, posteriormente aperfeiçoada por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista que começaram exatamente onde Tobias parou, inexoravelmente propondo um movimento oposto ao hegemônico e repressivo que se impõe pelo uso da força e do autoritarismo fundamentados em distorções funcionais e desvios semânticos cujo parâmetro é a biografia moral do acusado. A redução de danos inevitáveis e o ceticismo em torno do sequestro da liberdade como dispositivo disciplinar do proletariado passível de mensuração pelo tempo limitador frente à fatalidade do crime constituem um giro sobre a ideologia punitiva do capitalismo tardio e marcam um novo olhar sobre a ingerência das agências punitivas³², com reflexos irreversíveis sobre os discursos justificacionistas e de coação psicológica marcantes da primeira fase e as concepções correccionalistas (teorias da emenda) da segunda fase.

Desta forma, os rumos do papel da pena de prisão e a responsabilização individual na maximização do bem-estar apontam e refletem, sobretudo, a maneira como o modelo político-econômico percebe e lida com o crime como fenômeno, promovendo inadequadamente o direito penal a instrumento protagonista de política criminal e devedor inadimplente, com suas promessas socialmente tentadoras lastreadas em suas funções declaradas, mas conhecidamente contraproducentes. A **política criminal** como instrumento de transformação social e institucional acaba de forma enfadonha e monotemática reduzida à **política penal** que se limita ao exercício da função punitiva de definir crimes e aplicar/executar penas como cansativa resposta oficial³³. Essa relação de centralidade do cárcere provocada por essa política penal e realizada pelo direito penal que estrutura a ideologia penal nos discursos retributivos e preventivos da pena inviabiliza o insistente esforço histórico de legitimação do discurso da sua

³¹ Ao falar da Escola do Recife, pode-se ter em vista o movimento iniciado na década de 60 do séc. XIX e que repercutiu em outros centros culturais, abrangendo quase a totalidade das esferas da atividade intelectual (filosofia, direito, história, crítica literária e musical, etc.). A presença da Escola do Recife na formação das faculdades jurídicas brasileiras é potencializada no período republicano pela existência única de dois centros de formação de juristas durante a monarquia: Recife e São Paulo. Assim, a irradiação curricular promovida pelas bibliotecas levadas pelos professores a outras faculdades do país, com destaque para os Estudos de Tobias Barreto, foi representativa na nova concepção do direito no chamado século das novidades, das comparações, da vanguarda e do amor pela polêmica.

³² O sintagma *agências punitivas* será ampla e recorrentemente utilizado nessa pesquisa e deve ser interpretado no sentido amplo de *entes ativos*, sejam eles executivos ou políticos.

³³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 201.

*humanização*³⁴, demandando a realização de um aporte teórico aprofundado para a atividade sancionatória, além de perene crítica – dada a sua função estratégica para os sistemas econômicos que reivindicam a expansão do poder punitivo na lógica excludente e de manutenção das relações de poder existentes especialmente no modelo neoliberal, não obstante perceber-se também incremento da população prisional nos estados desenvolvimentistas que têm experimentado, mesmo que timidamente, avanços sociais, sendo certo que na periferia do capitalismo esse aumento é ainda mais profundo e dramático.

O presente trabalho se dedica essencialmente, sob uma perspectiva dogmática consequente e criminológico-crítica redutora de danos, à proposição de uma releitura do **modelo negativo** insinuado por Tobias Barreto na segunda metade do século XIX, além de revisitar todo o seu legado penalístico: sua contribuição dogmática sobre crimes omissivos e em relação à tentativa, das temáticas de coautoria e de imputabilidade e os seus prolegômenos e os comentários ao Código Criminal de 1830. É a partir dos seus ideais e postulados que será desenvolvida a temática que se inicia com sua consagrada regra de três, cuja ideia introduz o título deste trabalho³⁵: sistema penal, pena e guerra, desde a exposição das incoerências de uma lógica punitivista insustentável.

A deslegitimação da guerra e do sistema penal se inicia com a ratificação da conexão íntima entre eles, passa pela comparação da missão do direito frente a ambos os fenômenos – determinante na comparação entre o direito humanitário e o direito penal – e conclui com a constatação de que foram “(...) os instrumentos mais violentos de que se tem utilizados as civilizações mercantil e industrial para estender e exercer o seu poder no planeta, a ponto de o binômio *verticalização social/produção industrial* ser tão inseparável quanto *industrialismo/armamentismo* ou *tecnologia/armamentismo*”³⁶. A primazia de Tobias Barreto na descrença da pena e na impossibilidade da paz perpétua está geográfica e temporalmente comprovada: a título de exemplo, Sigmund Freud modificou radicalmente sua percepção sobre a guerra e suas intrincadas relações com a paz e a política, concluindo pela inevitabilidade das

³⁴ A promessa esculpida no padrão das técnicas de punição pautado nos rótulos/estigmas oriundos de julgamentos morais exerce grande influência (negativa) sobre decisões judiciais e revelam “(...) conteúdos moralistas, segregadores e racistas, carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social”. BATISTA, Vera Malaguti. **O proclamado e o escondido**, p. 77.

³⁵ “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também buscar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”. BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 149.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**, 229.

lutas armadas³⁷ – o que é confirmado em correspondências trocadas com Albert Einstein sobre guerra e possível prevenção, naquele contexto histórico de radicalização política com a ascensão fascista e nazista na Europa³⁸.

No terreno político-criminal, com a “naturalização” no mundo contemporâneo da guerra como fato social e a “confirmação” da catástrofe como elemento de restauração da ordem, surge a emergência de uma **guerra global permanente** projetada indistintamente nos âmbitos internos (reservado aos padrões normativos jurídico-penais e constitucionais) e externos (caracterizado pelos dispositivos militares bélicos) – o que acaba por produzir uma indiferenciação entre guerra e controle penal e a tendência de diluição das imagens que os percebem como ruptura da ordem e da coesão social. Esse distanciamento dos indivíduos promovido pela pena e pela guerra está no íntimo da crítica de Tobias Barreto que, lastimando a ausência de coesão e o desagregamento do corpo social, no campo da política igualmente lamentava a dualidade entre um Estado organizado e uma Nação dispersa onde o povo permanecia “amorfo e dissolvido, sem outro liame entre si a não ser a comunhão língua, dos maus costumes e do servilismo”, gerando subserviência aos funcionários da corte e sub-rogados do poder nas províncias que reduzia os indivíduos “ao estado de isolamento absoluto, de átomos inorgânicos, quase podia dizer, de poeira impalpável e estéril”³⁹.

Assim, com a verificação da dificuldade abolicionista face ao fenômeno incancelável da pena, há de se discutir a dogmática (como meio) de maneira *consequente* – daí a opção por essa expressão, aqui entendida por mais apropriada ao objeto de estudo em detrimento da também utilizada *realista*, posto que esta rivalizaria com a *utopia* que rotula e comumente se estabelece como ignomínia e pecha depreciativa aos ideais da abolição. Isso porque, se o afastamento do dogmatismo manualístico reinante implica por um lado em desconfiar do mito da experiência da prisão como pena que em mais de dois séculos não realizou (e nem realizará) seus propósitos positivos autodeclarados, por outro, honesta e realisticamente⁴⁰, seria ilógico omitir contemporaneamente o crescimento vertiginoso do punitivismo e suprimir as ações político-criminais populistas que se empenham cotidianamente em empreender, com doses demagógicas acentuadas, a relegitimação da pena – o que é evidenciado pelos discursos neoconservadores,

³⁷ FREUD, Sigmund. **Pourquoi la guerre?**. In: *Résultats, idées, problèmes*. Vol. II Paris: PUF, 1985.

³⁸ BIRMAN, Joel. **Guerra e política em psicanálise**, p. 19.

³⁹ BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**, p. 124.

⁴⁰ Segundo bem adverte Davi Tangerino, “(...) há que, todavia, neste momento, resistir à tentação para atentar ao estado atual, concreto, das coisas, sob pena de abandonar um elemento discursivo em prol de outro”. In: TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 54-55.

dos quais se discorda, por óbvio, sem tampouco ignorar sua crescente adesão, registre-se. Não se pode, portanto, optar pela retórica em detrimento da realidade com a proposição de um paradigma de superação e completo desaparecimento do direito penal – o que levaria fatalmente à negação irresponsável de uma realidade urgente em nome de um ideal cada dia mais distante e do qual, com esse modelo, se procura aproximar⁴¹.

Isso porque, *prima facie*, embora as esforçadas tendências abolicionistas tenham com destacados méritos proclamado as entranhas problemáticas e inviáveis do sistema penal que insiste no recurso às sanções tradicionais assentadas no sádico expediente da dor, ainda não foram suficientes a superar as disputas e muito menos esse sistema. Apesar de apresentar mais coerência discursiva operada em modelos ideais de estado e de polícia e, precisamente, para determinados tipos de criminalização (a exemplo da política criminal de drogas), recebem como principal crítica o déficit na apresentação de alternativas responsivas específicas e, após levadas ao extremo, caem no fatalismo de impor ao corpo social resignar-se aos inconvenientes do crime, possuindo, assim, *caráter utópico e eticamente paternalista*⁴². Vendo e vivendo a atualidade cruel e implacável da ação incontrolada do poder punitivo, assim como defendendo a inexistência de qualquer necessidade de um direito penal melhor – mas sim a indignação imperativa de algo melhor que o direito penal⁴³ – talvez a alternativa mais adequada para se salvar do direito penal⁴⁴ seja ele próprio, mesmo imperfeito, desde que acompanhado do cuidadoso e diligente reforço de garantias individuais⁴⁵.

Tobias Barreto, para muitos a grande voz herética e insubmissa dos dogmas sociais e políticos do Brasil liberal do século XIX e sempre à frente do seu tempo⁴⁶, introduz a discussão

⁴¹ Nesse sentido, destaque-se “(...) a importância que, para *evitar a cegueira frente à realidade* que muitas vezes tem a regulação jurídica, o saber normativo, ou seja, o jurídico, deva ir sempre acompanhado, apoiado e ilustrado pelo saber empírico, isto é, pelo *conhecimento da realidade*”. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à Criminologia**, p. 05.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, p. 20 e ss.

⁴³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 246.

⁴⁴ Aqui “direito penal” nas três acepções: em sentido objetivo, em sentido subjetivo e como direito penal-ciência. Para essa distinção, cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 48-49.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**, p. 342.

⁴⁶ Segundo Vicente Licínio Cardoso, “o que assusta em Tobias Barreto não é a originalidade, aliás escassa, do seu pensamento, é a robustez espiritual do mestiço de ascendência humilde repensando e criticando as ideias e os sistemas europeus”. In: CARDOSO, Vicente Licínio. **À margem da história do Brasil**, p. 256. Para Nilo Batista, Tobias Barreto “(...) se antecipava extraordinariamente às concepções jurídicas correntes no Brasil de sua época”. In: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 18. Já segundo Graça Aranha, Tobias Barreto foi “o grande choque mental da sua existência”. In: LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 216. Já para Melchiades Picanço, “(...) Tobias Barreto foi, no Brasil, um verdadeiro arquiteto do direito. E arquiteto moderno, arquiteto reformador, arquiteto que pôs abaixo construção antiquada, para levantar, no mesmo lugar, edifício surpreendente pela sua disposição, pelas suas linhas, pelo arrojo do seu traçado”. In: PICANÇO, Melchiades. **Aspectos da intelectualidade de Tobias Barreto**, p. 12. Como discípulo e principal difusor de sua obra, para Sílvio Romero “Tobias foi o mais esforçado combatente, com o senso de visão rápida do que era dotado”. In:

quanto à essência do próprio direito penal (origem e fundamento do direito de punir) com uma provocação sobre a convergência entre o sentido da pena e a racionalidade da sua aplicação⁴⁷. Tal constatação é perturbadora e atual: nada obstante o sentido da pena e o conteúdo do delito constituírem os pressupostos metodológicos fundamentais ao desenvolvimento teórico e prático do direito penal, ainda hoje não se tem claro nem um, nem outro conceito⁴⁸ – o que revela uma ciência jurídica atormentada ou doente⁴⁹. Também com uma indicação limiar em tom sedicioso⁵⁰, Tobias define a pena criminal como ato de poder político correspondente ao fundamento jurídico da guerra e renuncia à cognição dos seus objetivos ocultos, múltiplos e heterogêneos, propostos pelos que denominou **metafísicos do direito** – o que importa em tratá-los de maneira reducente face à tendência expansionista e à propensão aos excessos, em direção à redução da violência no exercício do *potestas puniendi*.

Conhecedor da realidade marginal latino-americana e na efervescência do pensamento irrompido na ambiência da Escola do Recife entre a terça e a quarta parte do século XIX, além de imune à influência do positivismo criminológico que substituiu a culpabilidade pela periculosidade como fundamento da pena⁵¹ e que nela objetivamente impregnava utilitarismo social, diminuir o sofrimento seria a única justificativa válida diante das condições em que se exerce a inflição do martírio. Foi exatamente nesse período da segunda metade do século XIX que a causalidade biológica do delito se consagrou academicamente como paradigma como uma *antropologia criminal* para, finalmente, depois se denominar com o nome de *criminologia*.

ROMERO, Sílvio. **Explicações indispensáveis**, p. 28-29. Outra efusiva memória é feita por Aníbal Bruno, para quem “Tobias Barreto foi um desses espíritos onde convergem as mais distantes correntes do pensamento e cuja curiosidade desperta conduz a diferentes rumos do saber”. In: BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 269.

⁴⁷ Com ácida crítica em fina ironia, afirma: “É uma espécie de adivinha, que os mestres se creem obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância; o que aliás não impede que os ilustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se felizes e orgulhosos, como os padres do Egito a respeito dos seus hieróglifos”. In: BARRETO, Tobias. **Menores e loucos e fundamento do direito de punir**, p. 131. É de Tobias também a frase de que “a nossa sciencia do direito, principalmente na esfera criminal, é a ignorancia ensinada com methodo, e ainda methodicamente aprendida”. In: BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 199.

⁴⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O sentido da pena e a racionalidade da sua aplicação no Estado democrático de direito brasileiro**, p. 2.

⁴⁹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**, p. 250.

⁵⁰ “Há homens que tem o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples deste mundo e que, ao conceito mais claro que se possa formar sobre essa ou aquela ordem de fatos, sabem dar sempre uma definição pela qual o axioma se converte de repente em um enigma da esfinge”. In: BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 131.

⁵¹ Ao contrário do que sucedeu em outros centros, na Faculdade de Direito do Recife o predomínio intelectual do positivismo foi efêmero – e isso deveu-se a Tobias Barreto, que promoveu a cisão do pensamento filosófico europeu de Augusto Comte por meio do evolucionismo de Ernest Haeckel e da interpretação mais sólida e em harmonia com a ciência, reorientando o meio intelectual recifense, então tradicionalmente relacionado com a Europa. LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 115-120.

Assim, a estratégia da doutrina penal para reconstruir o seu discurso sobre esta base é clara: “(...) salvar vidas, diminuir a desigualdade, evitar o sofrimento”⁵², adotando princípios humanistas do iluminismo de limitação do poder punitivo e cortando as raízes legitimadoras das narrativas justificacionistas. Assim, desprovida de fundamentação jurídica e órfã de qualquer finalidade, tal qual a guerra, expõe-se publicamente a pena criminal como manifestação extrema e cruel do poder punitivo, isenta de quaisquer justificativas ou idealizações (teoria *agnóstica* das funções reais ou latentes da pena) – motivo pelo qual sua contenção se torna imperativa.

Historicamente, foi a crença na dissuasão que reduziu a razão jurídica à razão política e, na prática, gerou como efeito o *terrorismo penal*⁵³. E aqui entra o primeiro pressuposto proposto pelo modelo agnóstico: o **fundamento político da pena** – já que, “(...) ao incorporar o papel de legitimação, o discurso jurídico cria uma situação na qual o *poder de punir* é confundido ou é afirmado como *direito de punir*, o que, em última análise, significa a redução da razão de direito à razão de Estado”⁵⁴. Tal deslegitimação consiste em uma radical virada na abordagem do fenômeno punitivo, pois transfere a pena do plano dogmático do direito para o âmbito da política – ou seja, ao *potestas puniendi* – daí a natureza política dos processos de criminalização fortemente denunciada pela criminologia crítica e que rompe a relação de dependência entre direito e pena. Para a teoria agnóstica, tal relação é comprovadamente vertical e a pena deve ser controlada pelo direito como uma decorrência política do processo de criminalização, e não mais percebida na horizontalidade como uma consequência natural do delito.

As heranças ibéricas⁵⁵ das matrizes inquisitoriais brasileiras, escravocratas e exterminadoras já denunciadas por Nilo Batista têm em sua gênese a disciplina e racionalização do suplício fundada em “uma ordem jurídica que não tolera limites, produzindo um sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo, e articulando tudo isso o dogma da pena”⁵⁶. Além das promissões nunca cumpridas de fim da conflitividade social por meio da punição e do fetiche moralizante da pena criminal, outro problema surge com a cultura do castigo: o gradativo distanciamento social que promove o processo inverso de evolução social humana com a *descivilização* e a demonização do outro

⁵² ZAFFARONI, E. Raúl. *La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria*, p. 393.

⁵³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 98.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 148.

⁵⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, p. 31.

⁵⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento*, p. 29.

que, marginalizado, desenvolve um *microcosmo paralelo* e uma *cultura unificada*⁵⁷. O resultado é a projeção dos locais urbanos cada vez mais isolados e segmentados com a identificação de elementos temíveis e incômodos, produzindo um paradoxo: diante da incapacidade de imposição da *ordem* individual no espaço público, vê-se o aumento da segurança por meio de muros e guardas privados como solução – o que leva à abolição da cidade e à degradação urbana, ao rompimento dos laços de pertencimento ao território e a perda de identidade comunitária.

A ruptura com os valores humanos por meio da punição provoca essa desarmonia – e, nesse instante, diante dos valores ameaçados há de se mudar as condições que os ameaçam, não os valores. Ou seja, dentre as várias formas de analisar especificamente essa relação entre crime e pena, alguns aspectos mais importantes devem ser identificados: os tipos de crime contra os quais se insurgem e reagem (condutas idênticas punidas severamente em alguns e indiferentes em outros); as formas de tomada de decisões utilizadas para a inflição de dor (métodos e procedimentos); a natureza dos destinatários da dor intencional (indicação de defeitos sistêmicos a partir do perfil de concentração da população prisional); e o volume e formas de punição (a quantidade e contornos da ministração intencional de dor)⁵⁸.

A crise inesgotável das teorias da pena tem seu epicentro na determinação do sentido e da finalidade, aproximando-os às próprias funções do Estado como tutor e mantenedor da ordem jurídica, do bem-comum e dos bens jurídicos – cuja preservação se pretende por meio da ameaça penal⁵⁹. As disfunções dos discursos de justificação e processo de racionalização, portanto, definem a tonalidade crítica da criminologia em relação ao direito penal e acabam por vincular este à teoria política tendo aquelas como ponto de convergência. Esta provocação desnuda o paradoxo promovido pelos discursos jurídico-penais justificacionistas que vivem um cotidiano marcado pelo contraditório, mas cuja ideologia conservadora está sempre reafirmando a harmonia do mundo.

Em relação à indicação de que a sanção criminal tem **função de controle social**, tem-se aqui um segundo pressuposto recuperado e trazido pela perspectiva negativa. Pois, se no

⁵⁷ WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**, p. 12. Nesse sentido, o mundo globalizado se utiliza da pena para descartar os economicamente inúteis, exclui-os socialmente e paradoxalmente desintegrar pessoas, como bem observa SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Exclusão moderna e prisão antiga**, p. 5-6. Para DE GIORGI, onde o castigo corporal se presta a preservar a força de trabalho, segue a lógica de “*mão de obra excessiva, encarceramento galopante*”. In: DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 51.

⁵⁸ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crimes**, p. 153-157.

⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, 546.

âmbito internacional a coação aos dissidentes é efetivada por intermédio da guerra, no interior dos Estados democráticos de direito a pena é concretizada nas intervenções violentas e exercida por meio do monopólio da coação legítima, se mostrando um poderoso mecanismo de controle da ordem social em forma de coação/ato de violência. Note-se que já no século XVIII, Feuerbach indagava sobre o fundamento do conceito jurídico da pena, partindo do pressuposto de que o fim não poderia ser correccional⁶⁰.

No entanto, o que se construiu por meio do justificacionismo das teorias idealistas, em pouco mais desses dois séculos, foi um arsenal léxico e uma gramática punitiva (estética discursiva) impregnados de diagnósticos classificatórios e prognósticos delitivos que universalizaram a imagem (estética fisiológica) de um paradigma inalcançável e – pior – indemonstrável no tocante ao status civilizatório revelado no conteúdo das decisões condenatórias, sempre permeadas por suposições que, encobertas pela imunidade/neutralidade da narrativa, exercem uma *futurologia pseudamente científica*⁶¹. Dentre tantos contrassensos identificados, estão a realidade que insiste em se fazer distinta daquilo que a linguagem (palavras e imagens) projeta para ela e a decretação da falência sem a empresa ter sequer existido, já que nada há de concreto senão os constantes adiamentos da agrura e o sincrético *punitur quia peccatum est et ne peccetur*.

No Brasil, em contraponto à teoria relativa que tinha por fundamento a prevenção especial da pena existente nos países de tradição jurídica romano-germânica e incorporava o correccionalismo e ideias de defesa social à legislação⁶², a teoria negativa surge para se opor com, pelo menos, três causas importantes que explicam suficientemente sua aparição: o fracasso, violência e deslegitimação do sistema punitivo; a percepção dos vínculos entre sistema penal e econômico; e a insuperável contradição entre o sistema jurídico-liberal e os seus processos de encarceramento. Aliás, foi Tobias Barreto que, adotando um critério então absolutamente inédito no Brasil, baseou o fundamento do poder de punir na noção de **defesa social** – o que ninguém fizera antes: “baseado na defesa social como justificativa da ação

⁶⁰ Segundo ele, já em 1798, “(...) o Estado não é tutor, mas protetor; não é preceptor, mas defensor; não possuindo como fim a moralidade e a cultura, mas a tutela e a liberdade”. In: FEUERBACH, Anselm von. **Anti-Hobbes**, p. 104.

⁶¹ RAUTER, Cristina. **Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo**, p. 74.

⁶² Em 1883, é a partir de LISZT e da incorporação da função protetora de bens jurídicos (finalidade) da pena que se constrói a efetividade teleológica a partir da correção, da intimidação e da neutralização. LISZT, Franz von. **La idea de fin en derecho penal**, p. 114. Para Tobias Barreto, o direito não é uma ideia apriorística, nem um postulado metafísico e nem também resultante das leis da evolução que ainda se acham em estado de incógnita, mas é a disciplina das forças sociais e princípio de seleção legal na luta pela existência. Ao contrário das teses do direito natural, opõe a do direito como fenômeno teleológico que se desenvolve com a civilização.

repressiva do Estado, Tobias vê no crime um fato humano em uma anomalia social, que se exprime no delinquente por uma agressão contra as condições vitais da sociedade, a que esta opõe, a sua reação, expressão em forma de direito por meio da pena”⁶³. É certo que, se por um lado a *função geral* de defesa social dá origem às variantes funções atribuídas à pena⁶⁴, por outro lado a noção de defesa social como *fundamento* do “direito” de punir já existente em Gian Domenico Romagnosi recebe da escola sociológica-naturalística um conteúdo e uma extensão até então não alcançada.

Logo, o desígnio constitucional atual de minimização dos danos sociais, morais e existenciais da experiência penal sobre o sentenciado na necessária⁶⁵ tarefa de aplicação da pena de privação de liberdade deve ser perseguido por ser o seu único fundamento de legitimidade, cumprindo à agência judicial não apenas a função de compensar os efeitos da seletividade, “(...) mas de restringir ao máximo a dessocialização causada pela imposição de extensos ou desnecessários períodos de encarceramento”⁶⁶. Afastando a pretensão de atribuir à pena um conceito jurídico, Tobias Barreto a afirma conceitualmente como política e “julga inadmissível que a pena seja regulada pela medida do direito, concluindo, categórico, que a pena nada tem que ver com ideia do direito, ela seria apenas instrumento de defesa social e só a necessidade lhe daria fundamento”⁶⁷.

O descortinamento promovido notadamente pela criminologia crítica sobre a experiência punitiva é que, na condição de instrumental da política, a pena é um **fenômeno incancelável** nas sociedades atuais. Aqui cumpre clarificar para não restar dúvidas quanto à posição adotada: a perspectiva do modelo agnóstico é nutrida pelo abolicionismo e dele utiliza o acervo crítico que arranca os disfarces legitimantes do sistema penal, assim como compartilha da expectativa de superação da pena criminal de privação de liberdade. No entanto, negar a forte correnteza punitivista e remar em sentido oposto, acreditando que o fluxo das águas será com isso pronta e abruptamente alterado, parece ser menos próximo que – não renunciando à

⁶³ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 277.

⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 114.

⁶⁵ Independentemente do escopo a que se propõe o Direito punitivo, as finalidades orientadoras na esfera criminal serão inexoravelmente propostas a partir da pena, daí a expressão *necessária* – que, mesmo não parecendo ser a melhor, é a que se adota considerando a adequação por meio da orientação imposta na matriz da teoria geral. Nesse sentido: RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel. **Función y aplicación de la pena**, p. 9. Historicamente e independentemente dos objetivos punitivos perseguidos – nada obstante a demonstração da criminologia crítica da inadequação dos fins sancionatórios à real experiência punitiva – o direito penal se instrumentaliza a partir dos fins da pena.

⁶⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**, p. 23.

⁶⁷ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 277, a partir de BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 149-151.

contestação das margens opressoras e nem tampouco à insanidade pluvial, com o desígnio de pôr fim ao poder destrutivo na sequência menos atribulada – lutar no resgate de náufragos, construir pontes possíveis e evitar afogamentos, tudo em nome da preocupação efetiva com o sofrimento nas intermitências criadas entre as grandes narrativas teóricas de justificação da pena e a experiência real, crescente e atual da aflição punitiva.

Quanto ao quarto e último pressuposto, a construção de um modelo negativo não poderia prescindir de apontar a única finalidade possível de atribuição de pena que é uma **teleologia redutora do poder punitivo frente à tendência ao excesso**. Essa finalidade mostra-se importante sobretudo diante das teorias mistas ou unificadoras, que são, talvez, as mais perigosas por habilitarem mais facilmente o *potestas puniendi*, utilizando-se da retórica face às antinomias dos fins da pena e unindo, inclusive, ideias do direito que são contraditórias entre si⁶⁸.

Nesse aspecto, há uma proposta de recapacitação do direito e do processo penal que, instrumentalizados estrategicamente em uma política humanista, se dedicam a atenuar indistintamente o sofrimento de todos os envolvidos no drama penal, sejam acusados, vítimas ou o próprio corpo social – diferentemente do movimento exclusivamente dedicado à satisfação das vítimas por meio da punição, hábil a transformar o significado do próprio direito penal que, de instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos, passaria a mecanismo destinado à reparação dos direitos dos padecentes. Essa expansão é responsável por introduzir conteúdos emocionais e orientar a pena desde as necessidades passionais da vítima⁶⁹, conduzindo a um retrocesso civilizatório na história das ideias penais – como ilustração, é exemplo a dedicatória a duas crianças vítimas de crimes violentos feita pelo relator geral do anteprojeto do novo Código Penal que tramita junto ao Congresso Nacional – sem falar nas inúmeras leis penais que, não bastassem bafejadas em pessoas vitimadas e inclinadas à vingança, levam consigo popularmente seus nomes civis como uma espécie de “homenagem a um mártir”.

⁶⁸ “As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão de cada caso”. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 140.

⁶⁹ Para ZAFFARONI e BATISTA, “(...) as teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o consequente direito do estado a desprotege-la. A evocação da vítima é discursiva, mas o modelo a abandona sem solução”. In: ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 110. Tais teorias operam uma espécie de inversão ideológica do discurso pois, ao mesmo tempo em que as evocam para legitimar a pena, a abandonam sem formas de proteção jurídica. Segundo Louk Hulsman, “(...) os estudos realizados até agora sobre as mudanças nos procedimentos jurídicos para reforçar a posição das vítimas, dentro do modelo de justiça criminal, têm revelado resultados extremamente decepcionantes”. In: HULSMAN, Louk. **Alternativas à Justiça Criminal**, p. 47.

Em outro momento da pesquisa, no tocante à proposta de uma **dogmática consequente**, analisando a tolerância corrente da pena mesmo a despeito das suas contradições irresolúveis, identifica-se uma elaboração/estruturação conformada quanto ao seu conteúdo, cuja interpretação autolegitimada produz um raciocínio normativo que distancia as razões jurídicas das razões e consequências sociais do ato (político) de punir. Se o papel da dogmática é, concomitantemente, limitar o poder de punir e fornecer os critérios por meio de enunciados para aplicação do direito penal, o direito posto e interpretado (*lege lata*) abre a perspectiva (*lege ferenda*), por intermédio dela, ao pesquisador se despir da toga, vestir o hábito do empirista e – analisando o impacto do modelo posto – projetar melhoras legislativas futuras com o olhar fito no humano. Assim, a estabilidade científica dada pela teoria do delito (mesmo com os defeitos que aqui serão criticados, sobretudo em relação à reprovabilidade) cria uma tradição e não simplesmente uma mera técnica que racionaliza os delírios do legislador, pois o discurso oferecido aos juristas na regulação do exercício do poder punitivo é “um projeto técnico-político de funcionamento do semáforo judicial de contenção do trânsito do poder punitivo”⁷⁰.

Isso revela uma incongruência, intensificada sobretudo ao longo do século XX: enquanto a teoria do delito se tornou mais complexa e refinada, desenvolvendo uma *hipertrofia discursiva*, a teoria da pena padeceu de um *raquitismo teórico* em relação à mensuração da pena⁷¹, evidenciado sobretudo no descompasso entre o *ser* e o *dever-ser* e na discrepância entre o gradiente da pena ficta e abstratamente cominada ao delito⁷² (quantificada moralmente no imaginário do legislador) e a pena real executada concretamente (atroz, nutrida e operada à base do terror e da tortura diários). E, nesse ínterim, seja em relação aos questionamentos quanto à previsão legal das penas, seja em relação à sua aplicação concreta, as dificuldades aumentam pois as considerações teóricas acabam por desempenhar papel secundário e cedem espaço a um

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano e poder no século XXI**, p. 30.

⁷¹ As expressões são de ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Derecho Penal**, p. 992-993. Aqui são indicadas as obras que expõem o estágio atual das investigações que, exitosamente, tem se dedicado a atualizar a crítica deste tema. Nesta toada e diante dessa constatação, renova-se aqui o interesse pela *teoria da pena* e, sobretudo, pelo diálogo entre os saberes penais.

⁷² Se sua origem está na razão dos *juízes delegados* ou na razão natural do *juiz supremo*, a pena nunca pode ser determinada pela lei da razão – pois, se assim o fosse, então para as mesmas transgressões deveria haver em todo o mundo e em todas as épocas as mesmas penas, porque a lei da razão é imutável e eterna. HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**, p. 159. Não é concebível, portanto, falar de uma lei da gravidade existente no Brasil e uma diferente em outro país ou lugar no mundo. Ao se indagar, por exemplo, “(...) *por que os delitos que se incriminam sob o título de terrorismo são diferentes de país a país e por que não se chega a um acordo satisfatório sobre o seu próprio conceito, as respostas são complementares: se cada legislador imagina um estereótipo diferente, será impossível chegar a um acordo de estereótipo comum no plano internacional, pois os inimigos de um não são os do outro*” (destaques nossos). In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Observações gerais sobre o mecanismo de deslocamento lesivos de Direitos Humanos**, p. 124.

esforço de racionalizar valorações arbitrárias e, como já dito, estereotipadas e moralmente condicionadas⁷³ – o que tem produzido uma névoa sobre a quantidade adequada em face da realidade. O máximo de tempo de privação de liberdade – que passou de trinta para quarenta anos após a alteração do art. 75 do Código Penal brasileiro pela lei nº 13.964/2019 – deixa a impressão de que a performance das penitenciárias brasileiras merece estímulo pelo bom desempenho e transforma o limite constitucional intransponível de perpetuidade das penas em adereço simbólico, já que concretamente as penas faraônicas brindadas pela grande mídia, de tão elevadas, de perpétuas só não têm o nome⁷⁴. Essa “desproporção enorme entre a gravidade do delito e a insignificância da pena” não passou despercebida por Tobias, sobretudo quando comparou as penas dos delitos sexuais – na época intitulados “contra a *segurança da honra*” (sic) – com as previstas para os crimes patrimoniais⁷⁵, o que deve ser hoje reconhecida como uma posição clara e bem firmada sobre a deslegitimação da pena como um imperativo ético-político diante da incompatibilidade e incongruência flagrantes.

Logo, indaga a pesquisa os motivos da despreocupação dogmática em relação à pena, pois integrada à história do discurso legitimante está a justificação – o que conduz à crítica da culpabilidade/periculosidade, que é o que a fundamenta. Identificado o abismo entre a pena aplicada e as finalidades perseguidas pelas teorias idealistas, volta-se ao problema do encerramento da dogmática em um mundo próprio e alheio ao real, alienação esta que revela a necessidade do modelo negativo que passa pela proposição agnóstica e por um outro conceito de culpabilidade, em uma nova estrutura dogmática aonde funcione não orientada à fundamentação, mas sim à constrição de práticas punitivas. Aqui é preciso lembrar que, no divórcio entre filosofia e dogmática penal, os fins da pena acabaram não fazendo parte das

⁷³ A constante e sucessiva criação de tipos penais e de penas a eles correspondentes, fruto de uma metralhadora legiferante oportunista e alienada, é responsável por incongruências de ordem prática no ordenamento brasileiro. Veja-se, a título de exemplo, os preceitos secundários dos crimes de concussão (cujo verbo é *exigir*) que prevê pena de 2 a 8 anos de reclusão e de corrupção passiva (que tem como núcleos do tipo os verbos *solicitar* e *receber*) que é de 2 a 12 de reclusão. A assimetria no grau de reprovabilidade foi criada pela lei nº 10.763/03 que majorou a pena para a corrupção passiva, olvidando que a *exigência* de vantagem indevida é mais grave, por questões fáticas de imposição, que a *solicitação* ou o *recebimento*. Já em relação à desproporcionalidade do *quantum* da pena, sobretudo quanto à oscilação do desvalor da ação em relação ao resultado, o crime de *Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*, a partir da lei nº 9.677/98, teve alterado o *nomen juris*, a descrição típica, a natureza (tornou-se hediondo) e a pena – esta última para o intervalo descomunal de 10 a 15 anos de reclusão. Não se apercebe o legislador que, quanto mais aumenta a pena em intensão e extensão, maior é a inviabilidade do sistema carcerário – claudicando com isso a pena em si e todo o discurso que a ela busque a dar alguma sustentação.

⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR, Alceu. **Teoria da pena**, p. 119. Ver também BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 263.

⁷⁵ Vide nota de rodapé nº 6 em BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 208.

preocupações da ciência propriamente penal, não passando a história dos modelos punitivos de ideal e escrita pela metade, com finalidades retóricas do arbítrio⁷⁶.

Além dos problemas de impossibilidade de exigência no contexto democrático pluralista de um ajuste de personalidade e de concepção de mundo adequadas à ideologia dominante e de contradição da busca de ressocialização por meio da pena, as teorias “RE” experimentaram o declínio com a conclusão de que, com o não funcionamento das atividades reeducadoras ou ressocializadoras propostas, a pena não pode ser benéfica para quem a sofre. Há mais de um século, no entanto, Tobias Barreto já renunciava a essa perspectiva quando afirmava que o melhoramento e correção do criminoso por meio da pena não viria por meio do ócio na privação da liberdade e que “o Direito não partilha com a escola e com a igreja a difícil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral”⁷⁷. A falência do modelo correccional vivido nos anos 50 do século passado, ao propor a **reeducação** como *novo direito* do condenado, promoveu também outra crise: a suposta inclusão social – que ficou restrita discursivamente à equiparação da punição à reeducação – deu causa à subordinação ao poder disciplinar, já que não renunciou ao “direito de punir”, mas seguiu o exercendo segundo o princípio de menor elegibilidade, “porém, com ganhos sórdidos: no 3º Mundo a população presa recebe pelo menos uma refeição por dia, tem assistência médica etc. –, que a população livre não tem, e ainda corre risco de morte e tortura pela polícia”, o que leva à conclusão de que “a crise da correção produziu a crise dos direitos dos presos”⁷⁸.

Nesse sentido, a culpabilidade deve assumir um caráter negativo/limitativo e funcionar restritivamente ao acesso do arbítrio, evitando a instrumentalização em favor de fins preventivos. Daí a exigência de sua vinculação à gravidade do fato e sua capacidade lesiva ao bem jurídico e não às idiosincrasias do julgador sob a perspectiva de projeção hipotética e histórica no âmbito social⁷⁹. Logo, a proposta de buscar alternativas menos dessocializantes na determinação da pena passa pela necessidade de utilização das cinco circunstâncias judiciais subjetivas relacionadas à vida do indivíduo⁸⁰ exclusivamente no sentido funcional de diminuir a sanção penal⁸¹, além do reforço da tese há muito já defendida de extinção do *quantum* mínimo

⁷⁶ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**, p. 30.

⁷⁷ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**, p. 179.

⁷⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p.10.

⁷⁹ TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**, p. 147.

⁸⁰ Sobre a filtragem hermenêutico-constitucional e a recepção e aplicação constitucional das circunstâncias judiciais, ver SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. **Aplicação constitucional das circunstâncias judiciais**, p. 191-216.

⁸¹ As consequências desse raciocínio são a aceitação da aplicação indistinta da pena aquém do mínimo legal abstratamente previsto (revogando a súmula 231 do STJ, atualmente rediscutida e cuja razão de ser está em

legal abstratamente cominado à pena⁸². Assim a subjetividade presente na culpabilidade, nos antecedentes⁸³, nos motivos, na personalidade e na conduta social do agente não podem, sob nenhum aspecto, militar em seu desfavor – já que, diferentemente das agravantes e atenuantes, não se tem definido se as circunstâncias judiciais são direcionadas a aumentar ou diminuir a pena-base. Aqui se revela um duplo problema: pior do que a conclusão de que, ao bel prazer do julgador, as circunstâncias judiciais podem ser interpretadas favorável ou desfavoravelmente, é a indefinição de não saber sequer qual o conteúdo valorativo de cada uma delas⁸⁴. Esse é, talvez, um dos espaços de maior permissividade à violência e os excessos punitivos, considerando estar a determinação judicial na primeira fase estrita e rigorosamente abalisada pelos limites abstratos legais – o que apenas o ferrenho e irrestrito controle revisional pode resolver.

O reconhecimento da dificuldade em determinar penas justas em uma sociedade desigual por meio de uma dogmática responsável e comprometida com o humano é determinante na conclusão de que o direito penal não pode servir de instrumento político de justificação de um poder arbitrário, mas sim como ferramenta crítica fundamental a serviço dos cidadãos e de sua liberdade. O expansionismo do estado penal é aqui contraditado pelas razões sólidas que demandam exatamente o inverso e implicam em resultados sequenciais, ou seja, apenas a oposição a essa tendência por meio da redução da ambiência criadora de

dissintonia com o sistema penal), a não-aplicação em casos de lesividade mínima ou desnecessidade, a ampliação das hipóteses de perdão judicial e a reorientação do sistema de penas, por exemplo, com o abandono da pena privativa de liberdade como sanção penal por excelência e a mutação da natureza substitutiva para exclusivamente autônoma e independente das penas restritivas de direitos.

⁸² Por todos, MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: EDJ Editora, 2009.

⁸³ Aqui a súmula 444 do STJ, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, impede que investidas das agências punitivas ao indivíduo maculem os seus antecedentes, tais como procedimentos de investigação preliminar arquivados ou tampouco em andamento, ações penais trancadas, processos judiciais em andamento (independentemente do momento em que se encontra) e arquivados (independente da fase em que se deu o arquivamento), decisões de extinção da punibilidade quando as formulações acusatórias ou as pretensões executórias tiverem sido fulminadas pela prescrição ou até sentenças absolutórias por ausência de provas já outrora (mal) utilizadas como (maus) antecedentes. Além de ferir de morte a *presunção de inocência* já tão desonrada pela própria jurisprudência do STF que a devia garantir, operava-se numa chave de extrema instabilidade e insegurança jurídica.

⁸⁴ Essa conclusão é incômoda e preocupante: muito embora a constitucionalização do direito material e processual penal tenha levado à impossibilidade de afrontar a *presunção de inocência* – já que não é possível discutir um conceito objetivo como o de *trânsito em julgado* – com a interpretação do que poderia ser tido por maus antecedentes, apenas com a súmula nº 444 do STJ se deu a imprescindível vinculação dos magistrados de 1ª instância e dos tribunais de 2º grau de jurisdição a esse entendimento. No entanto, embora constangidos por força da interpretação conforme a Constituição, nada impediria que, cruel e arbitrariamente, os procedimentos indicados na nota de rodapé anterior viessem a ser úteis a valorar negativamente, v.g., a conduta social e a personalidade do agente por meio de um malabarismo argumentativo. Vedar o agravamento da pena-base pôs uma pedra nos resquícios autoritários ainda existentes no Judiciário brasileiro nesse sentido.

comportamentos inaceitáveis levará à limitação do tamanho do aparato penal que, por sua vez, resultará na redução do volume de inflicção de dor⁸⁵.

Assim como em outras áreas – como é exemplo das ciências naturais – os efeitos devastadores da intervenção humana nos sistemas sociais e que inevitavelmente alcançam o outro (*alter*) são revelados tanto nas forças gerais que levam à conduta indesejada como à própria percepção desses atos. Tal agigantamento do estado penal acabou por colocar em risco valores basilares sobre os quais está erigida a responsabilidade pelo comportamento antissocial – e é aqui onde se deve fundamentar o mérito e seu correspondente negativo por ações socialmente úteis⁸⁶. O modelo de exercício vertical de poder do soberano, cuja letalidade punitiva se caracteriza pelo confisco da vítima, expropriando-a, institui um particular arquétipo inapto à solução jurídica de conflitos e que se ajoelha com grande fé no altar do dogma da pena. Assim, a antiga indagação acerca do *livre arbítrio* – problema inverificável e sobre o qual se ampara o juízo de reprovação individual, persistindo irresolúvel e com respostas insatisfatórias desde o limiar do movimento de normatização da culpabilidade até os dias atuais – se apresenta problemática porque é justamente o discurso da culpabilidade que legitima a pena pelo delito cometido/reparação do ato realizado e o discurso da periculosidade que convalida a neutralização de pessoas/delitos futuros e não-cometidos⁸⁷.

Com a verificação do abandono do projeto de inclusão social e o tratamento de inimigo dispensado ao criminalizado e, não por coincidência, a decadência do *welfare state* corresponder ao triunfo do *prison fare*, a ordem do dia estabelecida discursivamente pela necessidade de capturar, desarmar e neutralizar seletivamente o inimigo, aniquilando-o, transforma a natureza do cárcere e da pena: não basta apenas transformar as unidades prisionais em campos de concentração e aceitá-las indiferentemente como tais, agora o objetivo é também promover a guerra de todos contra todos e demudar os ambientes extramuros em verdadeiros campos de extermínio. Com o funcionamento do cárcere na neutralização de grupos sociais perigosos após o abandono da correção do condenado/prisioneiro de guerra ou da intimidação de potenciais desviantes/inimigos, diferencia-se a resposta penal pelo nível de periculosidade “segundo cálculo probabilístico de distribuição estatística do comportamento criminoso por segmentos sociais problemáticos” e “a linguagem abandona a retórica da responsabilidade

⁸⁵ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crimes**, p. 159.

⁸⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, p. 286.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SANTOS, Ilison Dias dos. **La nueva crítica criminológica**, p. 10.

pessoal e da correção individual, substituída pela retórica da utilidade social: o cárcere é usado para conter/incapacitar integrantes de grupos sociais de risco”⁸⁸.

Para concluir a exposição a título de introdução e após apertado esforço sintético para apontar topograficamente essa pesquisa, o que difere a teoria agnóstica das perspectivas absolutas e relativas é que estas, de maneira convergente, adotam de algum modo finalidade positiva à pena e a ela associam virtudes civilizatórias em tom panglossiano, mesmo em face à sua incontestada esterilidade. Em todas as funções manifestas, para essas teorias o cumprimento de um desempenho positivo representa invariavelmente um bem para alguém – no que acabam se contradizendo e se incompatibilizando entre si. Por tal motivo, em termos de sustentação dogmática (*realismo* aqui proposto) e fundamentação criminológica (desconstrução dos postulados metafísicos), é o modelo negativo o objeto da pesquisa.

⁸⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p.12.

O HOMEM

ORIGINALIDADE E ROBUSTEZ ESPIRITUAL: A ANTROPOLOGIA DA TRAJETÓRIA INTELECTUAL

DAS RAÍZES DA CRIANÇA SERGIPANA AOS FRUTOS DO INTELECTUAL DO MUNDO: A GÊNESE DA MARCA DE TOBIAS BARRETO NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO NACIONAL

A ambiência do século XIX vivido por Tobias Barreto guarda mudanças estruturais significativas para o país. Algumas dessas mutações pelas quais o Brasil e, particularmente, o Nordeste brasileiro passaram no período de transição da Independência até o Segundo Império estão latentes na sua narrativa e, embora seja possível identificar o quanto a sua vida foi influenciada por elas, é preciso situar no texto o quanto ele também foi persuadido pelos costumes do seu tempo e apontar como alguns influxos acabaram por serem decisivos na formação do seu caráter e pensamento. Felizmente, a superação do vezo polêmico e sectário que vigorou por muito tempo na história das ideias filosóficas no Brasil corrigiu paulatinamente, por meio de um simples ajuste de foco e do cuidado de situá-lo no contexto do desenvolvimento cultural, o julgamento sobre o pensamento de Tobias – de modo que não é possível escrever *a favor* ou *contra* ele, mas *sobre* ele e no que concerne ao seu pioneirismo⁸⁹ em vários domínios culturais, na esfera política e social, no campo da filosofia e, no que mais diretamente interessa a essa pesquisa, na esfera jurídico-penal.

O aumento do número de escravizados trazidos para os grandes centros aumentou drasticamente durante os anos seguintes à chegada da corte, devido ao medo da abolição do comércio escravagista e da demanda crescente pelo trabalho forçado para todas as construções em andamento⁹⁰. Em 1872, eram apenas três as cidades com mais de cem mil moradores e, dentre elas, Recife com 116.671 era a terceira mais populosa do país, atrás apenas do Rio de Janeiro (274.972) e de Salvador (129.109)⁹¹. Esse momento favorável da capital pernambucana – cuja descrição significativa na terceira década do século XIX desenhava uma cidade cujas ruas, apesar de não serem calçadas, “eram muito limpas” e o aspecto exterior era “de maior

⁸⁹ REALE, Miguel. *Tobias Barreto na cultura brasileira*, p. 44.

⁹⁰ KARASCH, Mary C. *A vida dos escravos no Rio de Janeiro, 1808-1850*, p. 60-65.

⁹¹ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*, p. 21.

ordem e mais agradável que o da maioria das cidades marítimas do Brasil, sem excetuar o Rio de Janeiro”⁹² – contrasta com o declínio econômico do século seguinte, quando dados de uma pesquisa realizada pelo estadunidense *Institute Population Crisis Committee* de Washington e divulgada em 1990 indicaram Recife como a quarta pior cidade do mundo para se viver⁹³.

Apesar de manter a terceira posição e estar entre as únicas três cidades com mais de cem mil moradores nos primeiros anos republicanos pós-abolição, Recife viu em 1890 sua população reduzir para 111.556 habitantes, enquanto São Paulo (64.934), Porto Alegre (52.421) e Belém (50.064) rompiam pela primeira vez a casa dos 50.000 habitantes⁹⁴. O movimento dos veteranos de guerra, escravos libertos, imigrantes europeus e outros que se dirigiram em busca de oportunidades reduzia à metade os habitantes nascidos nessas cidades e contribuiu para o aumento do número dos rotulados *sem profissão declarada* – o que leva à conclusão que as fileiras de pessoas desempregadas ou que se submetiam a trabalhos às margens da economia oficial parecem ter crescido significativamente, sobretudo uma vez desfeito o sistema escravista. Essa foi a cidade na qual chegou Tobias Barreto em busca de novas oportunidades e decidido a construir a sua trajetória.

Muitas são as biografias de Tobias Barreto e inúmeros foram os pesquisadores e estudiosos que sobre sua obra se debruçaram⁹⁵. No entanto, nenhum trabalho se dedicou com maior afinco ao criminalista e sua contribuição nas ciências criminais, embora tenha sido esse

⁹² Ainda segundo essa descrição, “depois da Bahia, Pernambuco é a cidade marítima mais importante do Brasil; é o principal entreposto de comércio com a Inglaterra e essa vantagem lhe assegura uma prosperidade que as perturbações políticas podem interromper, mas não destruir”. In: RUGENDAS, Johann Moritz. **Viagem pitoresca através do Brasil**, p. 57-60.

⁹³ **Jornal do Comércio**, de 26/11/1990.

⁹⁴ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**, p. 21.

⁹⁵ Além de 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, outros importantes trabalhos foram por ele destacados: AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**. Rio de Janeiro: Ariel, 1934; BARRETO, Luiz Antônio. **Tobias Barreto, a abolição da escravatura e a organização da sociedade**. Recife: Sociedade Editorial de Sergipe, 1988; BEVILACQUA, Clóvis. **Tobias Barreto**. In: *Juristas Filósofos*. Salvador: Livraria Magalhães, 1897. CAMPOS, Virgílio. **Tobias Barreto e a Revolução Jurídica Alemã: a influência de Von Jhering no Pensamento Tobiático**. Recife, 1988; CORTES, Paulo Campos. **Tobias Barreto, Antologia de Ideia, uma Revelação**. Rio de Janeiro: Radial, 1974; CORTES, Paulo Campos. **A concepção Filosófica de Tobias Barreto**. Rio de Janeiro, 1980; DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: 1952; FERREIRA, Luis Pinto. **Tobias Barreto e a Nova Escola de Recife**. Recife: Imprensa Industrial, 1953; GAMA, Affonso Dionyzio. **Tobias Barreto**. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925; LIMA, Hermes. **O pensamento vivo de Tobias Barreto**. São Paulo: Martins, 1943; LIRA, Roberto. **Tobias Barreto, o homem-pêndulo**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1937; MONT’ALEGRE, Omer. **Tobias Barreto**. Rio de Janeiro: Vecchi, 1939; MORAES FILHO, Evaristo de. **Medo à Utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Silvio Romero**. Brasília: Nova Fronteira, Rio de Janeiro: INL, 1985; PEREIRA, Virgílio de Sá. **Tobias Barreto**. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 1917; ROMERO, Nelson. **Tobias Barreto**. Rio de Janeiro: Of. Gráficas O Globo, 1943; PAIM, Antonio. **A Filosofia da Escola do Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 31.

ramo pelo qual mais se interessou, escreveu e queria ser por essa produção reconhecido adiante. Pode-se afirmar também que boa parte das suas preocupações eram sobre as deficiências do Código Criminal de 1830 e nas incoerências produzidas pela programação criminalizante de então. Assim, a idêntica importância em explorar suas raízes e sua história pessoal de vida está em procurar também os motivos que o levaram a optar por determinados temas que, inclusive, vieram a ser objeto de interesse não apenas dos seus alunos, mas também de leitores, pesquisadores e interessados em desvendar o seu pensamento posteriormente – o que aqui igualmente se procura fazer.

1.1 Da infância humilde do menino sergipano à maturidade polêmica do catedrático da Faculdade de Direito do Recife: uma biografia de sua personalidade inseparável da história do seu tempo

Tobias Barreto de Meneses nasceu no dia 7 de junho de 1839⁹⁶ na então Vila de Campos do Rio Real em Sergipe⁹⁷. Do seu pai Pedro Barreto de Menezes – um negro⁹⁸ humilde e muito espirituoso escrivão cartorário de órfãos, além de muito simpático e popular naquela região – herdou a cor e o jeito largo de homem do povo, o espírito rebelde e corajoso, além da vontade heroica de lutar e demarcar seu prestígio entre os homens de sua época, carregando no berço “dois anátemas que figuram no seu registro de batismo: filho natural e pardo” e com um detalhe particularmente raro e curioso para a época: “permaneceu filho natural até a idade de 9 anos,

⁹⁶ Tobias Barreto nasceu duas semanas antes de Machado de Assis, o que revela a prodigalidade do ano de 1839 – que ainda trouxe ao mundo Casimiro de Abreu (04 de janeiro), Floriano Peixoto (30 de abril), Francisco Belisário (09 de novembro) e Pedro Luís Pereira de Sousa (13 de dezembro).

⁹⁷ Localizada na região do Vale do Rio Real de Sergipe, a terra natal de Tobias Barreto com a emancipação em 17/01/1835 veio a se chamar Campos e, posteriormente, a cidade que o viu nascer passou a levar o seu nome em sua homenagem apenas em 31/12/1943. Antes, teve diversos nomes que foram, no decorrer dos anos, diminuindo: Passagem do Rio Real de Cima da Capela de Nossa Senhora Imperatriz dos Campos, Passagem da Fazenda de Nossa Senhora Imperatriz dos Campos, Rio Real de Cima, Vila de Campos do Rio Real, Vila de Campos até chegar ao atual que o reverencia.

⁹⁸ Opta-se aqui e em outros momentos do texto pela substituição da expressão “mulato”, muito embora mantendo-a nas citações diretas exclusivamente pela fidelidade literária, por reconhecê-la inadequada, inapropriada e que merece revisão. Isso porque, a partir das reflexões da filósofa Djamila Ribeiro, sabe-se que “a palavra, de origem espanhola, vem de ‘mula’ ou ‘mulo’: aquilo que é híbrido, originário do cruzamento entre espécies” e que “mulas são animais nascidos da reprodução de jumentos com éguas ou de cavalos com jumentas. Em outra acepção, são resultado da cópula do animal considerado nobre (*equus caballus*) com o animal dito de segunda classe (*equus africanus asinus*). Sendo assim, trata-se de uma palavra pejorativa para indicar mestiçagem, impureza, mistura imprópria, que não deveria existir. Empregado desde o período colonial, o termo era usado para designar negros de pele mais clara, fruto do estupro de escravas pelos senhores de engenho. Tal nomenclatura tem cunho machista e racista (...) A adjetivação ‘mulata’ é uma memória triste dos mais de três séculos de escravidão negra no Brasil”. In: RIBEIRO, Djamila. **Nem mulatas do Gois nem dentro da Grazi Massafra**, p. 99.

quando o casal legalizou sua união”⁹⁹. Sua mãe, D. Emerenciana Barreto de Menezes, era “meiga, de gênio suave e doce, temperamento melancólico e cheio de resignação”, passando sem favor algum por “fidalgamente branca em qualquer parte do Brasil”¹⁰⁰, tinha pelo filho imenso carinho. A família levava vida modesta, sobretudo por não ser populoso e nem tampouco abastado o município onde o patriarca e mantenedor exercia suas funções notariais.

A primeira cena da sua curta vida se deu em uma casa térrea humilde de uma porta e uma janela, em uma rua sem calçamento da sua aldeia natal. Embora contemplativa, a relação ingênua com a natureza naquele vilarejo não foi suficiente para amenizar a inquietude de um menino que parecia pressentir a grandiosidade do seu destino. O temor pela estreiteza daquele ambiente se evidenciava em um olhar vivo, penetrante, ativo e comovente que, inobstante a humildade do seu rosto de mestiço e de sofredor, apresentava uma aparência rústica, lábios grossos, cabelo enrolado sobre as têmporas largas e uma fronte mulata¹⁰¹. Introspectivo e estudioso desde criança, Tobias Barreto impressionava a todos pela sua preocupação com o saber e sua vontade de aprender, se revelando amante dos livros – algo raro dada as dificuldades típicas de um vilarejo afastado como o que vivia. Tobias era um negro escuro o suficiente para, mesmo na Bahia, ser chamado de preto e um pardo claro o bastante para, mesmo em Recife, ser chamado de branco. As impressões que causava com sua estética discursiva que não seguiam o “padrão social” praticados e exigidos na academia naquele momento foram, mais à frente, mais um problema a ser superado por não o enquadrar no perfil docente daquela tradição.

De gênio indomável, alguns traços característicos revelados na infância vieram a se tornar marcas da sua personalidade na vida adulta, desvendando que sua posição social o privaria de facilidades. Para alcançar seu intento de ascensão social, lutou bravamente e rasgou horizontes sem temer dificuldades, carregando o lema expresso em seu poema intitulado “*Anhélos*” escrito em 1860: “Nem tenteis impedir-me a passagem, que não curvo a cabeça a ninguém. Para entrar nos combates da sorte, tenho azas e garra também. (...) Os tormentos da vida me cabem, os espinhos da rosa são meus; Mas não posso encontrar quem me diga onde estão os thesouros de Deus!”¹⁰². Com um orgulho próprio de quem enfrentou dissabores e dificuldades desde cedo sem pedir favores ou se beneficiar de apadrinhamentos, desenvolveu

⁹⁹ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 17.

¹⁰⁰ Segundo escreveu Sílvio Romero. Ver ainda: LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 2; DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 9.

¹⁰¹ DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 13.

¹⁰² Como ressaltado nas notas iniciais, por fidedignidade, todas as grafias oriundas de citações foram mantidas no original do texto utilizado do qual se dispunha. In: BARRETO, Tobias. **Dias e noites**, p. 63.

uma personalidade crítica e ferina que testava os demais com quem convivia com um espírito permanentemente de gladiador. Não media esforços para cativar inimigos e os acumulou em grande número pela vida por amar as querelas, as contendas e as disputas.

Fazer menção à personalidade forte de Tobias é importante para entender, desde cedo, o quanto isso foi decisivo em alguns momentos da sua vida pessoal e da sua carreira, facilitando o entendimento de algumas polêmicas e, principalmente, a forma como escrevia e se portava em suas interações. A criança sergipana que se tornou o intelectual brasileiro de respeito se projetou, por méritos individuais, na história do pensamento nacional com talento ímpar e plural. Sempre extremo, ao mesmo tempo em que demonstrava sensibilidade para apreciar e se aprofundar no mundo das artes, da música e da poesia, também era um agressivo e áspero polemista. Simultaneamente, oscilava entre um bem dosado humor e uma acidez exagerada nas críticas que excediam às questões técnicas e alcançavam o lado pessoal dos opositores, compatibilizando ser bom filho, marido e pai de caráter à despreocupação e boemia que chega a confundir a interpretação até dos seus biógrafos mais cuidadosos e atentos.

De fato, a vila que o viu nascer era pequena para satisfazer os seus anseios culturais e de luta. O pai Pedro Barreto queria que Tobias fosse seu braço direito no futuro, ajudando-o a ampliar o cartório – mas foi frustrado pela revelação da alma de poeta¹⁰³. Iniciando inevitavelmente pela poesia panteísta, começou exaltando a natureza ao aliar rimas ingênuas de sua sensibilidade pueril às tradições das trovas sertanejas captadas pela pureza das lendas populares tradicionais da sua terra. Os versos de “*Cena Sergipana*”, escritos em 1857, revelam isso: “Chega-se à margem sombria, as auras partes de lá; Rolam na relva macia, trepam nas ramas da ingá... E, úmidas como o focinho de mimoso cachorrinho, farejam-lhe a nívea mão, e vêm ganir-me no ouvido, como um quebrado tinido, das cordas da solidão...”¹⁰⁴.

O lar em que cresceu Tobias era humilde, como dito, mas harmonioso e compreensivo. Ali foi forjada sua educação, baseada em equilibrado senso de responsabilidade e respeito. Seu pai era uma referência tanto em Vila de Campos do Rio Real como nas redondezas e, além de sábio e de muita leitura, detinha a confiança dos vizinhos a ponto de ler as cartas para os analfabetos e também por eles respondê-las, sendo por isso muito estimado naquela pequena e

¹⁰³ Sobre a releitura do percurso de Tobias Barreto pelo campo literário brasileiro do Segundo Reinado (1840-1889) ver: GENS, Armando. **Um mapa geoliterário para Tobias Barreto: escalas para um retrato**, p. 23-34.

¹⁰⁴ Na edição de 1881 (BARRETO, Tobias. **Dias e noites**, p. 43-44) não constam a primeira e a última estrofes (essa, inclusive, é a última). Vide nota na edição das Obras Completas: BARRETO, Tobias. **Dias e noites**. 1ª ed. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 124-125.

atrasada aldeia. Tobias, portanto, dá início aos seus estudos na cidade de Estância em 1850, onde também estuda música e latim.

Conhecedor das suas virtudes e feito pelo seu próprio esforço, orgulhava-se da sua força e do seu valor. Tobias Barreto desde a mais tenra infância nutria uma índole expansiva e disposta ao prazer, além de um amor quase esportivo ao saber – e tinha nele uma maneira de atuar e de querer as demais coisas. Além de muito estudioso, lia bastante e tinha por hábito tomar notas, fazer fichamentos e, principalmente, algo raro e marcante para sua época e que veio a diferenciá-lo depois: decifrar idiomas. O alemão foi a língua que veio a dominar a leitura e escrita com perfeição, com destaque para a produção do período em que morou em Escada – inclusive o periódico *Deutscher Kaempfer* publicado inicialmente em 1875, onde no segundo número exprimiu: “Agora, porém, não se admite dúvida, de que nós brasileiros, através da exclusividade da língua portuguesa, mais do que através da nossa própria situação geográfica, fomos isolados dos centros do movimento espiritual europeu e, de fato, apenas em detrimento próprio”¹⁰⁵.

Se por um lado não conheceu os privilégios burgueses dada a origem humilde, por outro não lhe faltou boa educação, já que as escolas públicas eram frequentemente melhores que as escolas privadas – naqueles tempos em que o privatismo ainda não era uma mania e nem sinal de status social ou de reafirmação de posição social. Um episódio narrado por Francisco Xavier Ferreira Marques¹⁰⁶ relata que em 1855 o juiz da comarca de Lagarto chamado Herculano Circundes de Carvalho, após receber uma charanga em sua residência por ocasião das festividades do mês de janeiro, ficou encantado com os dotes poéticos de Tobias Barreto. O magistrado, em tom de gracejo, ao pedir ao então jovem flautista uma prova de que era poeta após assim ser apresentado pelo diretor do rancho, viu Tobias se afastar com a devida licença para um corredor próximo, onde acendeu um cigarro e começou a escrever. Inesperadamente e pouco depois, adentrou na sala e entregou a composição ao Dr. Herculano que, ao ler, exclamou: “– Mas o senhor tem talento. Não há dúvida. E não estuda? Por que não vai para fora daqui aproveitar o seu talento?”, tendo respondido Tobias que não podia. “– É pena, insistiu o

¹⁰⁵ Tradução de: “(...) Nun aber kann es keinem Zweifel unterliegen, dass wir Brasilianer, durch die Exklusivität der portugiesischen Sprache mehr, als durch unsere geographische Stellung selbst, isolirt worden sind von den Centren der europäischen Geistesbewegung, und zwar nur zum eigenen Schade”. In: BARRETO, Tobias. *Deutscher Kaempfer*, nº 2, de 31 de agosto de 1875. Ver também: ROMERO, Sílvio. *A filosofia no Brasil*, p. 144.

¹⁰⁶ A narrativa está no Jornal *A Tarde*, da Bahia, de 24 de outubro de 1930 e foi contada pelo baiano Francisco Xavier Ferreira Marques (jornalista, político, romancista, poeta e ensaísta que ocupou a cadeira 28 da Academia Brasileira de Letras entre 1919 e 1942).

magistrado, deve prosseguir. Como se chama?”, “– Chamo-me Tobias Barreto de Meneses”. “– Pois, Sr. Tobias, tome o meu conselho: saia desta terra, com todo o sacrifício, e vá para outra província, onde possa ser aproveitado. Há de ser alguma coisa”. Em 1877, quando estava na Bahia, o Dr. Herculano Circundes viu sua profecia realizada quando ouviu falar insistentemente em um grande advogado da época que se destacava em Pernambuco: um certo Dr. Tobias Barreto brilhava em Recife. Quando procurou mais informações na Livraria Castilina, ligou os fatos e ficou comovido ao lembrar que aquele jovem tocador de flauta seguiu os seus conselhos e que seu estímulo não foi em vão.

A adolescência de Tobias foi por ele aproveitada em Lagarto com muita intensidade. Muito adaptado ao clima da cidade, fazia serenatas e tocava modas ao violão, apreciando a liberdade e o contato direto com os trovadores e homens que passavam pela cidade e dormiam nas rancharias, com eles aprendendo a contar histórias e lendas. Frequentava o Largo da Matriz, local onde punha em prática a oratória e a arte de recitar para os amigos e as moças. No entanto, sobreveio uma epidemia de cólera ao sertão sergipano que, se alastrando pela Vila de Campos do Rio Real, expôs os seus pais a perigo – o que fez com que Tobias fechasse o curso particular e deixasse Lagarto, regressando à sua vila natal e lá ficando até o ano seguinte.

No final de 1856, ano seguinte ao retorno, recebeu a designação para ocupar a cadeira de latim na Vila de Itabaiana após conquista da vaga por concurso, tomando posse em 21 de janeiro de 1857 e lá ficando até o final de 1859. Esse período é retratado com tendo sido de muito estudo e trabalho, fértil para juntar economias. Após aproveitar o ótimo clima serrano daquele lugar bucólico, Tobias se despede dos alunos por meio de uma elegia de estilo ovidiano escrita em latim e declara em uma carta: “Os anos de 57, 58 e 59 estive nessa vila, donde retirei-me em dezembro de 1859 em gôzo de uma licença de seis anos, que me concedera a província para estudar”.

No curto período entre março e dezembro de 1861 que morou em Salvador e licenciado para os estudos, o jovem Tobias passou apenas uma noite no Seminário Arquiepiscopal “às voltas com hinos e latinórios píos”¹⁰⁷, quando foi impedido de permanecer por ter executado uma canção ao violão – o que era considerada uma conduta escandalosa de boêmio. Sem vocação para a vida de padre, atraído pelo fascínio que a noite soteropolitana já naquele tempo provocava e desejoso por encontrar os parentes da família Muniz Barreto, o inquieto Tobias teve uma passagem relâmpago naquele casarão depois que, segundo relata Sílvio Romero, “(...)

¹⁰⁷ LYRA, Roberto. **Tobias Barreto, o homem pêndulo**, p. 10.

chegara à velha capital brasileira com a intenção de fazer o curso teológico e receber ordens sacras. Deu logo entrada no seminário, onde passou este dia e a noite apenas, retirando-se no dia seguinte pela manhã. Durante a noite passada naquele mansueto retiro, dizem as lendas correntes a seu respeito, cometera a imprudência de começar a cantar no silêncio do dormitório uma modinha do seu repertório sergipense”¹⁰⁸. Na manhã seguinte, em uma dessas coincidências que sua vida experimentou, subiu à procura de um quarto para alugar na rua Sodré – local onde, uma década mais tarde, morreria Castro Alves, de quem viria a se tornar amigo e também rival poucos anos depois em Recife.

Tendo se hospedado em um pardieiro com muito mofo, único local possível do qual davam conta suas poucas economias, foi acordado uma noite em seu quarto abafado e sem janelas com socos na porta que anunciavam um incêndio no local. Para fugir do fogo, Tobias desceu às pressas a escada em caracol apenas com a bagagem e deixando para trás o violão. Apenas quando saiu em busca de novo abrigo, caminhando pelas ruas a procura de parentes, é que ele encontrou seu tio paterno, o poeta Muniz Barreto – alentando-o e fazendo atenuar a solidão e o desespero que já o atormentavam. Na Bahia de Todos os Santos e quase Todos os Pecados¹⁰⁹ cursou várias aulas de preparatórios e, dentre elas, foi aluno de filosofia do Frei Itaparica no ano de 1861, famoso por ser um grande orador – por ele foi apresentado à poesia de Vitor Hugo¹¹⁰.

Nesse período baiano produziu pouquíssimo, talvez muito (e bem) ocupado pelas noites e serestas. Da escassez literária desse tempo se salvaram duas poesias: uma celebrando o 02 de julho e outra com sua própria narração: “(...) deitado em sua rêde, lia a coleção de trechos de prosadores e poetas de Charles André; a alma estava enegrecida, pelo desmoronar de todos os planos; num momento de impaciência atirou pelos ares o livro que foi cair esparramado a um canto da pequena sala. Levantou-se, apanhou-o, estava aberto numa página, onde se liam uns versos, entre os quais se achava este: On perd son avenir par trop d’impatience... Os temperamentos poeticos, quando atribulados, vêem presságios em qualquer coisa. Aquelas palavras foram um balsamo para esse espirito acabrunhado”¹¹¹.

Após o período em Salvador e retornando uma vez mais à vila de Campos onde permanece até outubro de 1862, surgem os planos em dezembro daquele ano de embarcar para Recife que, já naquele período, ostentava posição cultural de destaque no país. No meio da

¹⁰⁸ ROMERO, Sílvio. **Prólogo**. In: *Dias e Noites*, p. 5-30.

¹⁰⁹ Para usar a expressão de Gilberto Freyre. In: CHACON, Vamireh. **Gilberto Freyre**, p. 22.

¹¹⁰ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 17.

¹¹¹ ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**, p. 481.

viagem de navio com destino à capital pernambucana, a parada em Maceió para a pernoite trouxe um interessante episódio: Tobias vai ao teatro assistir a uma peça que encenava Luis de Camões e, no final, pede a palavra para recitar um poema “*Camões ao palco*” – o que foi divulgado nos jornais alagoanos locais de maior circulação na época. Dentre os elogios, Tobias recebeu os parabéns e foi chamado de “o próprio Camões” ao chamar a atenção dos presentes.

Tobias Barreto chega a Recife em 01º de dezembro de 1862 apenas com 95 mil réis e “um poema de louvor ao Recife, poema este feito a bordo ao divisar a cidade que escolhera para centro de irradiação da sua luta”¹¹². Dizia a ode “*À vista do Recife*”: “É a cidade valente/ Brio da altiva nação/ Soberba, illustre, candente/ Como uma imensa explosão/ De pedra, ferro e bravura/ De aurora e formosura/ De gloria, fogo e loucura.../ Quem é que lhe põe a mão?”¹¹³.

1.1.1 Recife (primeiro período): o difícil começo do sonho feliz de cidade, depressa chamado de realidade

A ambiência da segunda metade do século XIX na capital de Pernambuco ostentava a mais propícia conjuntura para o desenvolvimento intelectual dos estudantes. Era a fase das disputas orais e dos movimentos culturais da juventude que, em sua maioria, deixara sua família e sua terra natal para usufruir da plena liberdade. A fertilidade poética de Recife pode ser explicada não apenas por ser o destino das mentes brilhantes da parte de cima do país, mas, sobretudo, pelo lugar que a academia ocupava na formação cultural dos jovens intelectuais. A ausência de outros estabelecimentos de ensino superior no Nordeste tornou a capital pernambucana em um polo de movimentos intelectuais naquele período histórico, recebendo alunos interessados na pesquisa e formação jurídica e oriundos de todas as províncias da região, circunstância que “permitiu a irradiação das ideias da Escola do Recife, formando-se alguns núcleos de seus partidários no Ceará, em Sergipe e na Bahia”¹¹⁴. Como pertencente à “fulgurante plebe”, Tobias integrava um “grupo de homens de origem social humilde e mestiça, que, através das academias, invadiu a vida pública e a vida intelectual do Brasil, anunciando a sociedade diferente que vinha surgindo”¹¹⁵.

¹¹² DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 26.

¹¹³ BARRETO, Tobias. **Dias e noites**, p. 135-138.

¹¹⁴ PAIM, Antônio. **A filosofia da Escola do Recife**, p. 69.

¹¹⁵ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 1.

No entanto, o início não foi fácil. Já nos primeiros passos quando da sua chegada, sofre um inusitado acidente: após levar um coice de um burro, se lesiona gravemente e acaba sendo recolhido a um hospital de indigentes com muitas dores pelo corpo¹¹⁶. Logo em seguida no mês de março, contrai varíola e vê a morte de perto em um isolamento de hospital naquele que, segundo o próprio Tobias confessou mais tarde a Sílvio Romero, “foi o passo mais aflitivo da sua vida”. Sem muitos recursos financeiros, o que o privava de melhores condições gerais de vida e de saúde, apenas no final daquele 1863 – ano que foi, indubitavelmente, um dos piores e mais cruéis da sua curta existência – presta os exames preparatórios, só vindo a se matricular e começar a trabalhar no ano de 1864. Ou seja: precisou esperar dois anos pela oportunidade de ingressar na Faculdade de Direito.

Os primeiros anos no Recife, como dito, não foram fáceis – provas que, talvez, funcionaram “como que o destino queria experimentar melhor a medida de suas forças, a resistência do lutador”¹¹⁷. Persistente e sem alternativas para garantir a sua própria subsistência, Tobias Barreto passa a se dedicar ao magistério particular, no que já era experiente. Foi a vocação para o ensino nas exaustivas aulas ministradas dia e noite que garantiram sua manutenção nesse período.

Em 1864, finalmente, ingressa na Faculdade de Direito e – apesar de permanecer atribulado e, por dificuldades econômicas, dando aulas para pagar os estudos – candidata-se ao magistério do latim no preparatório Colégio das Artes, mas sem o mesmo êxito que obteve na academia, embora com boa colocação. Exercendo uma liderança nata e disputando com Castro Alves a popularidade entre os colegas da academia, inaugura a primeira fase denominada “condoreira” da Escola do Recife, cuja maior referência era Vitor Hugo – o mesmo que conhecera lendo na Biblioteca Pública de Salvador e que o levou a, intuitivamente, estudar francês. A exaltação às imaginações unia em um só coro Tobias Barreto, Castro Alves, Vitoriano Palhares, Luiz Guimarães, Plínio Lima e José Jorge, que formavam a plêiade *hugoniana*. O *hugoanismo* da forma puramente poética exercida sob influência do romantismo e que é marca da primeira fase da Escola do Recife se prolonga até 1870¹¹⁸. Aliás, os anos em torno de 1870 foram marcados por diversos eventos significativos, tais como a Guerra do Paraguai, a Lei do Ventre Livre e a fundação do Partido Republicano.

¹¹⁶ O episódio é retratado por DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 27-28; Também LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 7.

¹¹⁷ DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 27.

¹¹⁸ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 225.

Os anos na Faculdade de Direito foram intensos e agitados. A efervescência da vida social e intelectual de Recife e daquela academia jurídica tem motivos recíprocos de dívida e crédito a Tobias. Dentre os tantos golpes da vida que o atingiram, a morte do seu pai em 1867 foi uma das maiores – o que o levou, inclusive, a atrasar em um ano a conclusão do curso de direito após ter perdido o ano de 1866 em consequência das faltas¹¹⁹. É certo que isso se deu também pela necessidade de dar aulas particulares e trabalhar como jornalista¹²⁰, o que lhe garantia as receitas para o próprio sustento. Se os recursos eram parcos, a criatividade sobrepujava e, ainda como estudante de direito, pela sua capacidade poética e intelectual arregimentou admiradores que por ele torciam nas disputas com Castro Alves, se impondo pela inteligência e pelo magnetismo e fascínio exercidos nos alunos da Faculdade de Direito do Recife¹²¹.

Outro resultado negativo, ao lado daquele concurso para a cadeira de latim no Colégio das Artes, foi o da cadeira de Filosofia no Ginásio Pernambucano – esse já no ano de 1867. Há um registro que aponta os Drs. Cícero Oden Peregrino e Herculano Sousa Bandeira como examinadores daquele certame¹²². Ocorre que, mesmo obtendo a primeira colocação no certame e com méritos individuais que o distanciava dos demais concorrentes, Tobias Barreto não foi nomeado e viu o médico paraibano e neotomista José Soriano de Souza – a quem se opunha pela sua feição conservadora – ficar com a vaga, contando com o apoio da igreja, com uma justificativa baseada na “forma singular de se preencher vaga no magistério da monarquia”¹²³: apesar do nomeado já ser doutor em filosofia pela Universidade de Louvaina, a irregularidade apresentada era de que Tobias não era casado. Tal fato discriminatório de forma idêntica ocorrera entre Farias Brito e Euclides da Cunha no concurso de lógica no Colégio Pedro II – tendo sido Brito preterido pelos dramas conjugais, tendo a história corrigido o erro de forma cruel e apenas com a brutal morte de Euclides¹²⁴.

1.1.2 O movimentado e decisivo ano de 1869: entre os amores, a formatura e o casamento

¹¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 348.

¹²⁰ Foi dentro do contexto de crise do poder monárquico que, tanto Tobias Barreto quanto Sílvia Romero, em 1870 formaram-se e começaram a atuar no jornalismo.

¹²¹ SALDANHA, Nelson. **A escola do Recife**, p. 19.

¹²² **Jornal do Comércio**, edição de 07/10/1867.

¹²³ COSTA JR., Heitor. **Tobias Barreto**, p. 99.

¹²⁴ COSTA JR., Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto**, p. 11-12. Ver também GUIMARÃES, Aquiles Cortes. **Farias Brito e as origens do existencialismo no Brasil**, p. 16.

Após brilhante curso, Tobias Barreto se torna bacharel em direito em 15 de novembro de 1869 ao lado de valorosos colegas como Guimarães Júnior, Araripe Júnior e Anfilóbio de Carvalho. Não há dúvidas quanto à sua vocação jurídica, não sendo correta a afirmação de que buscava apenas cultura geral que não poderia ser adquirida por outra forma naquele Brasil Império¹²⁵ – a despeito da sua inegável pulsão para ascensão social. Antes de se formar, porém, contrai núpcias em 11 de fevereiro de 1868¹²⁶ com Grata Mafalda Félix dos Santos, filha do coronel João Félix dos Santos, um senhor de engenho muito próspero do município de Escada, cidade próxima a Recife. Fruto de um amor simples nascido de um namoro de pouco tempo que, mesmo sem juras e promessas, foi o desfecho de uma boa relação¹²⁷. Ao receber o grau de bacharel, portanto, Tobias Barreto já tinha o seu primogênito, então com poucos meses de vida.

Ainda na vida amorosa e também antes disso, porém, a primeira e marcante humilhação que sofrera se deu em 1868 com uma desilusão provocada pela não-aceitação da família de Leocádia Cavalcanti, por quem se apaixonou intensamente. De família pernambucana aristocrática, ela despertou a atenção de Tobias quando ele o conheceu dando aulas particulares para um dos seus irmãos. No entanto, sua condição humana de mestiço pobre criou um óbice intransponível pelo seu talento indiscutível: a oposição da família da moça por conta do preconceito racial e social contra acabou com os seus sonhos – o que concorreu “para marcar-lhe a personalidade com o azedume, o pessimismo e agressividade, que a caracterizam” e o fez cogitar até o suicídio¹²⁸.

Para Leocádia Cavalcanti, inclusive, Tobias dedicou um dos seus mais belos poemas. Chamando-a de “virgem serena a cujos olhos tímidos a lua gosta de fazer perguntas”¹²⁹, traçou em versos a idealização da sua amada e os intitulou “Leocádia”, concluindo: “(...) Fronte em que passam d’outro mundo as scismas/ Rosto banhado em matinais albores/ Peito onde arquejam do infinito as vagas/ Alma que dá-se em alimento às flores/ Mimo do sol, que vos attrahe os raios/ E as vossas graças pelo céu propala/ Vós sois a alvura dos eternos lyrios/ De cuja essencia a criação trescala...”.

E refeito daquela humilhação que, nada obstante ter-lhe causado sofrimento e dor, foi útil a inspirá-lo a beleza refletida em alguns poemas trazidos principalmente em *Dias e Noites*

¹²⁵ PAULO FILHO, Pedro. **O bacharelismo brasileiro**, p. 45.

¹²⁶ Os editais de “Proclamas de Casamento”, no entanto, curiosamente só são publicados em 25/01/1869 (primeira denúncia). In: **Jornal do Recife**, nº 19, ano XI (vide Anexo VIII) – e em 04/02/1869 (terceira denúncia). In: **Jornal do Recife**, nº 27, ano XI (vide Anexo IX).

¹²⁷ SILVEIRA, Junot. **O romance de Tobias Barreto**, p. 111.

¹²⁸ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 13-14.

¹²⁹ BARRETO, Tobias. **Dias e noites**, p. 92-93.

– mesmo que inúteis ao velho Cavalcanti, pai de Leocádia, que não dava ouvidos àqueles versos – Tobias procurou esquecer e superar aquela frustração. Dentre eles, o intitulado “Tu me entendes...” revela a sua desilusão: “(...) Mas querer que minha alma te esqueça/ Mas dar ordens ao meu coração/ Mas impôr-lhe que deixe de amar-te/ Proibir-me que sofra?.. isso não!”¹³⁰.

Uma marca da paixão por Leocádia Cavalcanti era a idealização da mulher amada – o que a difere, por exemplo, do sentimento nutrido por Adelaide do Amaral¹³¹ ou por Bottini¹³². Enquanto por aquela se revelou na demonstração afetuosa no embate do episódio do Teatro Santa Isabel com Castro Alves, por essa teve uma fugaz paixão quando a dançarina teatral passou rapidamente com um espetáculo pelo Recife.

A estabilidade amorosa, portanto, só foi alcançada com a Sra. Grata Mafalda Félix dos Santos – com quem casou aos trinta anos, conviveu maritalmente por duas décadas e de cuja relação foram gerados nove filhos – mostrando Tobias ser fecundo, também, no âmbito paternal. A marca dessa união foi o companheirismo e a lealdade, já que sofreram juntos tanto os períodos difíceis e de humilhação, quanto os momentos gloriosos e o final da vida, apesar dos interesses iniciais de que “tudo indica que ele pusera a esperança de grandes vantagens sociais neste casamento”¹³³. Após o nascimento do primeiro filho e envolto aos problemas de toda a ordem, o casal se socorreu ao pai de Grata e sogro de Tobias, o Coronel João Félix dos Santos – um liberal festejado que era proprietário e senhor de vários engenhos, além de influente político no interior de Pernambuco que prometeu estabilidade e uma vida com menos sofrimento à família da sua filha no feudo açucareiro e escravocrata da cidade de Escada, município a 50 km de Recife.

No entanto, dez anos depois, por conta da incompatibilidade de gênios e “por questões particulares e promessas não cumpridas pelo sogro”, rompe com toda a família da sua esposa e, poupando sua companheira, se dirigiu ao Coronel Félix como sendo “mentira a sua nobreza de caráter, como foi mentira tudo que ele me disse e prometeu, exceto uma só verdade que até hoje me tem compensado dessas mentiras: a minha mulher”¹³⁴. Ao sogro ainda dedicou uma

¹³⁰ BARRETO, Tobias. **Dias e noites**, p. 98.

¹³¹ Para Adelaide do Amaral foram três poemas dedicados: “Adelaide do Amaral” e “De novo Adelaide do Amaral” em 1866, além de “Ainda à Adelaide do Amaral” em 1867. In: BARRETO, Tobias. **Dias e noites**. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 234-237 e 243-244.

¹³² Em 1867 dedicou “À Bottini” um poema assim concluído: “(...) No vosso coração, que se entenece/ Das pátrias auras ao tocar sutil,/ Trazeis as vibrações de estranhos mundos,/ Onde aos olhos de Deus o peito abristes,/ E em místico himeneu, voando, unistes/ A alma da Itália ao gênio do Brasil”. In: BARRETO, Tobias. **Dias e noites**. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 245-246.

¹³³ A promessa era de que o sogro lhe prometera muitas coisas, inclusive um dote – o que não passou de vã promessa. In: LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 23.

¹³⁴ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 351.

quadra em tom de insulto intitulada “*O Coronel João Félix*”¹³⁵ e um epitáfio em latim¹³⁶. Com a morte de Félix em 1881, se travou na família um embate sobre o inventário e a decepção de Tobias com o genitor da sua esposa o leva a se queixar longamente, escrevendo que o coronel foi o “primeiro motor” de sua infelicidade – chegando ao ponto de escrever-lhe como epitáfio: “pobre pachola, que Deus haja em seu seio onde durma somente o sono dos tratantes”¹³⁷. Foram essas desavenças familiares por questões de herança, além do episódio do cerco em sua casa¹³⁸ que, decisivamente, definiram o retorno de Tobias Barreto para Recife.

1.1.3 A fase em Escada e a consolidação da carreira profissional

Seduzido pelas promessas da família de sua esposa e a possibilidade de usufruir do prestígio político e social dela, Tobias Barreto vai para Escada em 1871 com muitas indefinições profissionais. Se a sua personalidade já era polêmica em um grande centro como Recife, amplificadas foram as diferenças intelectuais com aquele pequeno povoado local. Envolto na publicação dos primeiros livros e artigos, Tobias era visto pela população simples e preconceituosa como um tipo estranho pela sua dedicação aos estudos e combates políticos. Embora transitasse bem no relacionamento com as autoridades religiosas e com elas mantivesse alguma amabilidade¹³⁹, tendo participado ativamente da vida política escadense e eleito deputado provincial¹⁴⁰.

Essa década em Escada, no entanto, não isolou Tobias dos debates na capital pernambucana. Com frequência média quinzenal, continuava a frequentar o Recife para ir ao Teatro Santa Isabel, visitar os amigos da época da Faculdade de Direito com quem manteve

¹³⁵ “Se o coronel fez prodígios/ De proeza verdadeira/ Então já sei que é mentira/ A tal revolta praieira”. In: BARRETO, Tobias. **Dias e noites**. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 367.

¹³⁶ “Vir jacet hic fortis, fama aui fertur ad orcum,/ Et cujus virtus fere ad assem sancta redegit./ Me miserum! Ille fuit celebris primusque gagorum/ Istius terrae, parvus vilisque Joannes/ Feliz de Sanctis, magnus Pachola vocatus,/ Qua non picarior qua non pacholior alter”. In: BARRETO, Tobias. **Dias e noites**. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 368. A tradução revela todo o furor de Tobias em relação ao sogro: “Aqui jaz um homem forte,/ Pela fama levado para o inferno,/ E cuja virtude as coisas santas/ Quase reduziu à ninharia./ Pobre de mim! desta terra pequena e vil/ El foi dos gagos o primeiro e mais célebre/ – João Felix dos Santos, chamado grande Pachola,/ (como) não (houve) outro mais tagarela nem mais gabola”.

¹³⁷ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 351. Ver também: DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 38.

¹³⁸ Sobre o acontecimento do dia 02/08/1881 – o cerco da casa de Tobias ver “O cerco de minha casa”, escrito em 1881. In: BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 351, além de ROMERO, Sílvio. **Machado de Assis**, p. 173.

¹³⁹ Tobias Barreto figurou em uma lista de devotos para festejo da Virgem Santíssima das Dores que eram chamados de “juizes”, nas categorias de eleitos, devotos e protetores. In: **Diário de Pernambuco**, de 12/12/1878.

¹⁴⁰ Depois de figurar dentre os 54 nomes indicados do Partido Liberal à Assembleia Provincial de Pernambuco e encerrada a apuração em 09/11/1878, Tobias obteve 735 votos e foi eleito em 38º lugar. In: **Jornal do Recife**, de 09/11/1878.

diálogos permanentes e reencontrar a sociedade recifense que sempre o recebia com entusiasmo, dada sua habilidade de circulação na alta classe e sua invejada cultura geral oriunda da sua educação artística plural – que, além de abrir-lhe as portas sociais mais importantes, o conduzia à aristocracia com maior abertura e respeitabilidade. As viagens à capital também eram constantes por motivos estritamente profissionais: como advogado, fazia-se necessária uma presença no foro onde mantinha clientes e demandas judiciais. Aliás, diferentemente das suas conflituosas preocupações filosóficas que o faziam de alguma forma um diletante, sua intensa atuação advocatícia em Escada revelou seu talento para a produção de convencimento processual e, simultaneamente, garantiu o sustento familiar com sua performance como causídico.

Há um episódio em que Tobias Barreto executa honorários não pagos, comprovando que era da advocacia militante que advinham os recursos para sua manutenção e de sua família. Assim peticionou o causídico Tobias: “Ilm. Sr. Dr. Juiz Municipal. O bacharel Tobias Barreto de Meneses, advogado deste fora, vem ante V.S. requerer um executivo contra Luís Francisco da Silva, morador neste termo, para pagamento de um resto de seus honorários relativos à causa-crime, tristemente célebre, de Jundiá-mirim, e isto pelas razões seguintes: Na qualidade de irmão do morto, Manoel Francisco da Silva, o referido Luís ajustou com o suplicante pela quantia de um conto e duzentos mil reis o patrocínio da causa; desta quantia ajustada deu ele, ao começar o feito, 500\$000, deu mais no mês de julho – 140\$000, e finalmente, no proximidade do Júri de setembro, 150\$000 – o que fez a importância de 790\$000, faltando para completar o ajustado... 410\$000. Ora, que Luís Francisco da Silva foi realmente quem tomou a si trator sobre todos os negócios tendentes à causa Jundiá-mirim prova-o não só o fato de acharem-se os seus sobrinhos então presos, como mais que tudo a carta que esta vai junta (...) verdade plena, e tem ainda o privilégio pessoal, inerente aos da classe, de ser crido na inteireza de sua confissão: recebeu tanto, e deve-lhe quanto; privilégio que se deduz da própria responsabilidade (...) corre ao advogado, o qual, sendo responsável por qualquer dano causado à parte por sua ignorância, dolo ou culpa, tem o direito sagrado de fazer-se pagar do seu trabalho, se não houve culpa, dolo ou ignorância. Por tudo isto, requer V.S. mandado de penhora contra o dito Luís pela quantia de 410\$000, depois da qual será citado para alegar os embargos que tiver (Pereira e Souza, §531), e nestes termos, e lembrando ainda o suplicante que não se

trata de custas, mas de honorários prometido. P. a V.S. deferimento. E.R. Mercê. Escada, 7 de dezembro de 1877. O Advogado Tobias Barreto de Menezes”¹⁴¹.

Diferentemente dos dias atuais, onde a exigência de altos níveis de especialidade por conta da elevada complexidade das matérias discutidas inviabiliza o exercício geral e indiscriminado dos diversos ramos do direito, Tobias Barreto foi um advogado militante que atuou com idêntica maestria tanto no juízo cível quanto no criminal – o que evidencia um profissional conhecedor e objetivo no múnus advocatício. Um valioso levantamento das suas petições¹⁴² demonstra seu rigor e sua preocupação humanística e libertária, enfatizando a busca da concretização de um direito dinâmico e rompendo com determinismos sociais e religiosos. Além de advogado, Tobias também foi juiz suplente e curador de órfãos. Em uma manifestação em procedimento de prestação de contas, demonstrou a forma elegante com que se dirigia ao juiz municipal destinatário daquela petição sem renunciar à emissão de parecer pessoal sobre a matéria em questão sob sua responsabilidade: “Tomando conhecimento da presente prestação de contas, não posso resistir à tentação de manifestar quanto me parecem louváveis a abnegação e o desinteresse com que ainda há quem cuide dos menores desvalidos. Resta animar o tutor para que continue na sua obra de dignidade e virtude, promovendo o bem possível de sua tutelada”¹⁴³.

Perpassando esse período, o decênio de 1868 até 1878 é, para Silvio Romero, o mais notável da vida espiritual daquela geração. Quando se mudou para Escada, Tobias também levou consigo a sua mãe, Dona Emerenciana. As virtudes da genitora já foram mencionadas inicialmente, bem como as suas características pessoais. O seu falecimento em 1873 foi um duro golpe para Tobias Barreto, que precisou enterrá-la naquele município e longe de toda a família no interior de Sergipe. Aliás, em *Um Discurso em Mangas de Camisa*, ao fazer uma observação preliminar para contar sua frustração em criar um grêmio político denominado Clube Popular em Escada no ano de 1877¹⁴⁴, revelou sua amargura dizendo, em primeira pessoa, ter sido essa “(...) uma das muitas ilusões, de que se tem alentado o meu espírito nesta bela terra, onde aliás vim sepultar os dois mais caros objetos do meu coração e da minha

¹⁴¹ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**, p. 215.

¹⁴² Realizada pelo organizador Luiz Antonio Barreto. In: BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**. Rio de Janeiro: J. E. Salomon. Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 39-362.

¹⁴³ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**, p. 54.

¹⁴⁴ “Club Popular Escadense – Com este titulo existe, vai já para algum tempo, na cidade da Escada, uma associação politica liberal organizada por iniciativa do ilustrado Dr. Tobias Barreto de Menezes. Até agora tem sempre funcionado com regularidade, e pela bôa marcha que leva, promete ser de vantagem real para o municipio”. In: **Jornal do Recife**, de 08/11/1877.

fantasia: – minha mãe e meu futuro”¹⁴⁵. De vida efêmera, o grêmio cultural tinha intuito revolucionário e serviu, além de divulgar e fomentar culturalmente suas ideias entre aquele povo, para ser palco do pronunciamento do *Um Discurso em Mangas de Camisa* que, para muitos e muito comentado à época, é um destaque de modelo da sua oratória – e sobre o qual será melhor e mais detalhadamente explanado mais à frente.

A imagem de intelectual aristocrático acaba substituída por outra sob o impacto germanizante, sendo possível afirmar que teria sido Tobias “a negação dessa imagem para constituir-se num novo modelo de intelectual ativista, inspirado em exemplos de agitadores alemães – os de 48 – de braço dado com o povo, com a massa, com operários, para reivindicações de plebeus contra elites de toda espécie”¹⁴⁶, como sugere *Um Discurso em Mangas de Camisa*.

Ainda em Escada, Tobias Barreto funda uma tipografia com o objetivo de imprimir e publicitar seus ensaios e escritos. Juntamente com um sobrinho e à míngua de ágoras ou palanques, chegou a escrever seis jornais, diversos folhetos e outras monografias para atacar o provincianismo daquela localidade e a mentalidade tacanha e limitada do seu povo. Isso porque, em uma sociedade eminentemente privada que substituíra os “padrões públicos de apreciação de ideias e valores” pelas relações familiares e pessoais e pela camaradagem, “debates e divergências travavam-se e resolviam-se dentro do círculo das relações e compromissos pessoais”¹⁴⁷. É certo que o objetivo de Tobias era difundir ideias e atizar o espírito crítico naquela comunidade, fazendo-a despertar da letargia para uma “consciência mais ventilada sobre os valores do espírito e os problemas políticos da época”.

Foi em Escada, ainda, que Tobias viu crescer a sua numerosa família. E para dar conta das demandas de sua parentela, a profissão de advogado – mesmo que sem muito retorno financeiro – era a única que o remunerava. Apesar de sua brilhante oratória, da sua afinidade com a polêmica e do seu perfil aguerrido – atributos de qualquer bom causídico – Tobias não gostava muito dos trabalhos burocráticos da profissão que elegeu para si, mas apenas de fazer uso da palavra para incendiar a todos com sua flama entusiasmada de amor ao debate. E, se por um lado a carreira advocatícia tenha lhe rendido antipatias e dissabores pela forma com que se conduzia profissionalmente, por outro esse labor não era suficiente para dar conta do seu sustento e da sua crescente prole. Ou seja: as habilidades que lhe sobrepujavam e o elevavam

¹⁴⁵ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 15-16.

¹⁴⁶ FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa germânica**, p. 128.

¹⁴⁷ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 25. Também DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 39.

diante dos demais, por serem executadas com ares de superioridade (autenticamente) e sua altivez, acabaram desagradando aos magistrados e colegas, além de afugentar os clientes¹⁴⁸.

Os encargos básicos da praxe jurídica não lhes foram sedutores e a aversão nutrida pelas obrigações cotidianas de atendimentos aos clientes, despachos e elaboração de petições ficou evidenciada ao ser procurado por certo senhor de engenho que necessitava dos seus serviços profissionais. Sem esconder sua desilusão, cravou uma ideia célebre – como tantas outras, já que era um exímio frasista: “Engana-se, meu senhor. Eu sou um advogado impelido pelas circunstâncias como os rapazes solteiros, sem fortuna, que se veem obrigados pela manhã a fazer o seu café”. A síntese expressiva escolhida para ilustrar o seu encargo diário de advogado por meio de uma imagem corriqueira de “fazer o café pela manhã” foi certamente escolhida para designar a sua obrigação sem paixão, evidenciando o binômio necessidade/desprazer do que praticara, “(...) dela servindo apenas para fazer frente às suas despesas de chefe de família”¹⁴⁹. Essa imagem, inclusive, foi também utilizada por Manuel Bandeira em seu “*Poema só para Jaime Ovalle*”: “Quando hoje acordei, ainda fazia escuro/ (Embora a manhã já estivesse avançada)/ Chovia/ Chovia uma triste chuva de resignação/ Como contraste e consolo ao calor tempestuoso da noite./ Então me levantei/ Bebi o café que eu mesmo preparei/ Depois me deitei novamente, acendi um cigarro e fiquei pensando.../ - Humildemente pensando na vida e nas mulheres que amei.”¹⁵⁰.

Alguns casos na década que passou em Escada são destacados por alguns biógrafos como decisivos¹⁵¹. Dentre eles, o mais curioso – e engraçado – foi a vez em que espalhou na cidade que iria armado de punhal à audiência para dar uma lição ao magistrado local que processou o seu sobrinho por injúria, por ser ele o responsável por imprimir os periódicos escritos por Tobias. Atuando na defesa do jovem, no dia marcado para a audiência, se apresentou com uma saliência no mínimo suspeita na altura do colete, o que fez despertar a desconfiança e o medo do juiz, sobretudo pela afamada maluquice de Tobias Barreto ostentada no município. No entanto, instado a entregar a arma, dando risadas retirou uma banana do paletó

¹⁴⁸ Sobre o Tobias Barreto Advogado, há uma passagem interessante citada por Celso Vieira na sessão da Academia Brasileira de Letras de 7 de junho de 1939. Em seu estudo para a sessão comemorativa do primeiro centenário da ABL, onde Tobias Barreto é o patrono da cadeira nº 38, ele narra com particular e apropriada riqueza de detalhes como Tobias menosprezava a chicana dos autos, perdia prazos fatais e detestava as praxes corriqueiras.

¹⁴⁹ DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 42.

¹⁵⁰ BANDEIRA, Manuel. **Belo belo**. In: *Poesia completa e prosa*. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1967.

¹⁵¹ Apenas com base nas informações limitadas e por vezes contraditórias disponíveis nos trabalhos biográficos, tornou-se um desafio quase intransponível reconstruir o aspecto geral e a estrutura social da década vivida por Tobias Barreto em Escada. Isso porque, quase sempre colocadas em primeiro plano, as tentativas de descrever um cenário isento de dificuldades se tornam ainda mais evasivas e dificultam a busca da precisão de informações.

e entregou ao Sr. Juiz. E apesar de pertencer à justiça local na condição de suplente de Juiz Municipal¹⁵², nem a ela poupava: afirmando o cinismo da Justiça de Escada, afirmou que “o Juiz de Direito e o Juiz Municipal faziam da justiça uma prostituta”¹⁵³. Nomeado pelo presidente da província e prestando juramento no prazo legal como suplente de juiz substituto de Escada ao lado do Comendador Antonio dos Santos Pontual, Tobias se deparou com um eventual conflito de interesses com sua carreira advocatícia, tendo, inclusive, autodeclarado suspeição em certo processo por já ter atuado anteriormente no feito: “Julgo-me impossibilitado de funcionar, como juiz, neste feito, por prender-se ele a outra em que figurei como advogado de uma das partes. Assim averbando-me de suspeito, mando que vão os autos ao meu substituto legal. Escada, 9 de fevereiro de 1881. Barreto Meneses”¹⁵⁴.

E se desse período se pode extrair algum avanço intelectual do curso vida de Tobias, foi o seu aprendizado autodidata da língua alemã. Digna de registro, há uma carta autobiográfica¹⁵⁵ escrita em 1880 em Escada e dirigida ao Dr. Carvalho Lima Júnior onde Tobias se refere à sua produção literária nesse período e se autointitula *mestre de si mesmo*¹⁵⁶. Para muitos, o seu germanismo assombrou: seja pela complexidade própria de se aprender alemão, seja a dificuldade natural dada a distância para os grandes centros e a raridade com que se chegavam os livros. Isso, inclusive, fez aumentar as incompreensões. Como alguém no interior de Pernambuco poderia ser despertado para se comunicar com Berlim? Manter os olhos na Alemanha acabava sendo um consolo e uma mania que o isolava¹⁵⁷, sendo esse certamente um dos sonhos que nunca realizou. Fora sua dedicação à língua alemã que o levou a receber elogios de Haeckel – a quem se socorria para esquecer a mediocridade das brigas pequenas de Escada:

¹⁵² Cargo do qual veio a pedir exoneração em 1881, por acumular as atividades de vereador e de juiz suplente, renunciando expressamente àquela. In: **Diário de Pernambuco**, 28/03/1881. Deliberando na seção 4ª de 29/03/1881, a Câmara Municipal de Escada atendeu a preferência de Tobias por exercer o cargo de suplente de juiz municipal, não podendo, por isso, ser juramentado no cargo de vereador. In: **Jornal do Recife**, de 01/04/1881, nº 74, ano XXIV, p. 1.

¹⁵³ MORAES, Evaristo de. **Revista Forense**, p. 153.

¹⁵⁴ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**, p. 313.

¹⁵⁵ Esta carta, com outra que a completa, foi publicada na *Poliantéia* dedicada a Tobias Barreto, em outubro de 1920, por ocasião de se inaugurar a sua estátua, em Aracaju; acha-se transcrita no livro de Affonso Dionísio Gama, *Tobias Barreto*, 1925, p. 115 e ss. e na *Revista da Academia Brasileira de Letras*, ano XVI, n. 43, p. 580-581. Ver nota em: BEVILÁQUA, Clovis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 348.

¹⁵⁶ “No ano de 70, estive em Sergipe, donde trouxe minha mãe viúva (meu pai morreu em 1867) para esta província, na qual morreu em 1873. Todo esse ano de 1870 passei no Recife, cheio de dificuldades e embaraços sobre o gênero de vida, que deveria abraçar. Pouco pude, então, cultivar o alemão. Redigi, porém, durante esse tempo, o jornal intitulado: – O Americano – de junho a dezembro. No ano seguinte, vim para a Escada e, entregando-me à profissão de advogado, entreguei-me também, de todo, ao estudo da língua alemã, na qual nunca tive mestre, sou completamente um autodidata – ou mestre de mim mesmo”.

¹⁵⁷ Ou “(...) a mesma velha *mania germanica* que é para mim uma espécie de *isolador* de qualquer comunicação mais íntima com o espírito geral da literatura pátria”. BARRETO, Tobias. **Prólogo**. In: *Questões vigentes*.

“Que frescura, que serenidade! Como se chamam os juizes de Escada? Nem me lembro mais”¹⁵⁸ – e o diferenciou, inclusive, dos seus contemporâneos que até menosprezavam o valor pelo aprendizado de outros idiomas¹⁵⁹.

Ainda sobre Ernst Haeckel, há registro de uma carta enviada por ele ao jornalista, publicista e escritor teuto-gaúcho Karl von Koseritz que colaborou em jornais de Porto Alegre, onde há demonstração de interesse pelo livro *A filosofia no Brasil* de Sílvio Romero, “principalmente na parte que trata de Tobias B. de Menezes, o qual me parece pertencer á raça dos grandes pensadores e incansaveis trabalhadores”¹⁶⁰ – o que levou Sílvio Romero, autointitulado o maior propagandista¹⁶¹ de Tobias, se referir a ele no livro mencionado, segundo Alfred von Wolzogen, como um ponto central no desenvolvimento brasileiro¹⁶². Aliás, foi por meio dos periódicos em alemão publicados nos anos 1870 quando viveu em Escada que suas ideias passaram a ser divulgadas para além das fronteiras nordestinas, conquistando novos leitores no âmbito nacional, com destaque dentre aqueles círculos de fala alemã no eixo Sul-Sudeste como foi exemplo Koseritz que, divulgando os escritos de Tobias em seus jornais e abrindo-lhe novos contatos com correspondentes de língua alemã, “possibilitou sua recepção no exterior como ‘germanista’ e defensor da cultura alemã em Pernambuco” – o que é comprovado por meio de um perfil publicado sobre Tobias Barreto no periódico *Die Gartenlaube*, destacada publicação da época¹⁶³.

Após dez anos em Escada e sonhando desde o início voltar para Recife, de onde saiu exclusivamente por necessidade, não se desfez do projeto que trazia algo de edipiano de ensinar na Faculdade de Direito onde estudou. A verdade é que o período em Escada estava esgotado, assim como Tobias em relação à cidade demais simplória para dar conta da complexa rede de conexões reprocessadas por ele e por sua habilidade extraordinária para manipular ideias e conceitos – talento que dominava como ninguém naquela região. Pavimentando o caminho de volta, embora não sendo um bom político e avesso a qualquer cessão ideológica, além de um difícil feitio para dialogar, tendo seu nome incluído pelo então amigo Barão de Nazaré e filiado

¹⁵⁸ BARRETO, Tobias. **Vários Escritos**, p. 126.

¹⁵⁹ Caso de Sílvio Romero que disse expressamente: “Não faço grande caso de linguas: o papagaio tambem fala linguas”. In: ROMERO, Sílvio. **Zéverissimações ineptas da critica**, p. 70.

¹⁶⁰ BARRETO, Tobias. **Estudos alemães**, p. 511-512. Ver ainda PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 28-29;

¹⁶¹ ROMERO, Sílvio. **Prólogo**. In: *Estudos de Direito*, p. XIII-XX. Ver, ainda, MENDONÇA, Carlos Sússekind de. **Sílvio Romero, sua formação intelectual 1851-1880**, p. 64.

¹⁶² ROMERO, Sílvio. **A filosofia no Brasil**, p. 173.

¹⁶³ BORRMAN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 161. Sobre a publicação do perfil, ver: WAELDLER, Alfred. **Der ‘deutsche Kämpfer’ von Pernambuco**. In: *Die Gartenlaube – Illustriertes Familienblatt*. Leipzig: Ernst Keil, Jahrgang, 1879, nº. 42, p. 700-703.

ao Partido Liberal em 1878, compõe a chapa para deputado provincial – cargo para o qual foi eleito para o biênio 1878-79, abrindo as portas para refazer o percurso de retorno para Recife.

1.1.4 O concurso para lente substituto da Faculdade de Direito do Recife

Veio o ano de 1882 e, já como deputado estadual da província, com ele o memorável concurso de lente substituto da Faculdade de Direito do Recife para preenchimento da vaga aberta com a promoção do professor Pinto Pessoa a catedrático. Perante a Congregação, Tobias Barreto se via diante do maior desafio da sua carreira acadêmica e envolto a um dos maiores eventos culturais da época na capital pernambucana. Ele não era desconhecido e, embora o decênio isolado em Escada que o afastava da frequência intensa das rodas intelectuais recifenses o tivesse colocado em relativo esquecimento, não estava afastado das correntes intelectuais daquele século e ainda havia a memória afetiva daquele que, em seu tempo de estudante, obteve destaque pela pujança do seu talento¹⁶⁴. O ingresso na faculdade que viria a ser chamada sua casa – como até hoje é conhecida e carinhosamente chamada nos corredores pelos estudantes de “Casa de Tobias” – ficou marcado por uma disputa entre o escolasticismo jurídico estático e as correntes laicas que ele preconizava¹⁶⁵.

Inevitavelmente, Tobias brilhou no concurso. Atraiu adeptos que por ele passaram a torcer e transformou os estudantes em uma claqué de verdadeiros fãs que ansiavam pelo seu êxito, arrebatando-os pelo seu estilo aguerrido e forma direta e objetiva com que se dirigia aos seus opositores e à própria banca examinadora. Tais características ainda eram lembradas pela comunidade acadêmica ainda do seu tempo de estudante, de quando se destacou naquela mesma faculdade pela pujança do talento. Segundo os anais do certame, aquele concurso “abriu-se como um clarão” para os espíritos da comunidade jurídica enjoada com a didática nada fácil e o ensino pesado de José Hygino e o calamitoso e pouco claro professor de direito romano Pinto Júnior – pelo que teria mesmo de ser o concurso de Tobias Barreto¹⁶⁶. Os depoimentos dão conta do seu brilhantismo intelectual em todas as etapas, desde as provas e arguições até aos discursos e improvisos orais.

As etapas que se seguiam foram muito disputadas – entre os concorrentes e a plateia que chegava cedo para ocupar os lugares. À mingua de notas taquigráficas, as memórias

¹⁶⁴ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 206.

¹⁶⁵ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 18.

¹⁶⁶ ARANHA, Graça. **O meu próprio romance**, p. 147-148.

conservadas por Gumerindo Bessa dão conta que o primeiro embate se deu com Drumond que, diante de Tobias e após ter sido arguido no primeiro dia, se dirigiu a ele ovacionando-o com honraria por dirigir-lhe a palavra – pelo que foi imediatamente interrompido e, vendo recusado os encômios, recebeu de Tobias Barreto a rejeição por se recordar da raposa da fábula que elogiava o corvo para fazer cair-lhe o queijo do bico. A arte do improvisado, o poder carismático da palavra e o talento verbal despertavam na plateia veneração e faziam com que só vissem nele virtudes, “o arrojado e o moderno das concepções, a irreverência do saber, a capacidade de demolir, a liberdade de dizer o que bem entendia e a flama capaz de comunicar a outrem o próprio entusiasmo”, além dos méritos e vantagens individuais creditadas ao seu talento de orador, decisivos em um concurso para a docência, “tinha um riso largo, sacudido, uma voz sonora e nuançada, uma simplicidade extrema de maneiras”¹⁶⁷.

Ainda segundo Graça Aranha, grande admirador de Tobias e que por ele guardava uma atitude de discípulo socrático, a expectativa pelo novo e pela redenção que surgia com a possibilidade de ver o seu mestre lograr êxito naquela disputa era a eletricidade da esperança que inflamava a todos que estavam à espera de sair do “martyrio, da opressão, para a luz, para a vida, para a alegria” – sobretudo porque, estimulando essa predileção, do outro lado havia o apoio de estudantes baianos ao candidato conterrâneo Freitas, cunhado do lente Seabra. Conforme relata Aranha com detalhes, “Tobias, mulato desengonçado, entrava sob o delirio das ovações” e “era para elle toda a admiração da assistencia, mesmo a da emperrada Congregação” – pois aquele “mulato feio, desgracioso, transformava-se na arguição e nos debates do concurso” e “os seus olhos flammejavam, da sua bocca escancarada, roxa, movel, sahia uma voz maravilhosa, de multiplos timbres, a sua gesticulação transbordante, porem sempre expressiva e completando o pensamento. O que elle dizia era novo, profundo, suggestivo. Abria uma nova época na intelligencia brasileira e nós recolhiamos a nova semente, sem saber como ella frutificaria em nossos espiritos, mas seguros que por ella nos transformavamos. Esses debates incomparaveis eram pontuados pelas continuas ovações que faziamos ao grande revelador. Nada continha nosso entusiasmo”, e arremata: “a Congregação humilhada em seu espirito reaccionario, curvava-se ao ardor da mocidade impetuosa. Proseguimos impavidos, certos de que, conduzidos por Tobias Barreto, estavamos emancipando a mentalidade brasileira, afundada na theologia, no direito natural, em todos os abysmos do conservatismo. Para mim,

¹⁶⁷ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 38.

era tudo isto delírio. Era a allucinação de um estado inverossímil que eu desejava, adivinhava, mas cuja realização me parecia sobrenatural.”¹⁶⁸.

Após a sua sustentação oral, recebeu a adesão unânime da banca composta pelos lentes e o apoio revelado em manifestação pelos estudantes, acrescentando às suas virtudes a atribuída “credibilidade de corredor”. Declarado vitorioso – como não podia deixar de ser – Tobias Barreto é nomeado professor da Faculdade de Direito do Recife e, apesar da conquista, continua ministrando aulas particulares aos estudantes para complementar os pequenos vencimentos que recebia. Estrategicamente, a faculdade passou a ser o marco de irradiação das ideias e de onde Tobias passou a despertar nos alunos, como precursor das ciências criminais, o sentimento de admiração. Era sua experiência e autoridade que faziam brotar nos estudantes o desejo pelos altos estudos. A adesão dos discentes não se dava pela apresentação pessoal de Tobias. Isso porque ele rompeu com a vestimenta clássica dos lentes e passou a usar um fraque cinza, calça branca e chapéu de palha, descuidando da aparência e causando impressão negativa – decepção que apenas era rompida no momento em que ele começava a falar.

Esse concurso rendeu por muito tempo, a ponto de anos depois ainda se ouvir ecos e comentários pelos corredores da FDR e nas rodas pela cidade de Recife. Uns episódios mais interessantes sobre o conteúdo das exposições e outros mais pitorescos ocorridos nos debates – já que os candidatos foram avaliados por meio de provas orais e escritas e, em síntese, escolhiam uma dos temas propostos para dissertar e as respostas seriam impressas e apresentadas à arguição recíproca por dois dos cinco¹⁶⁹ candidatos inscritos. Dois desses memoráveis debates foram travados com José Augusto de Freitas, quando mencionou os princípios de Direito Internacional. “‘Princípios de Direito Internacional?’, repetiu Tobias. Só conheço um, prosseguiu, ‘é a boca do canhão’” – no que redarguiu Freitas: “‘Incompreensível’, repetiu Tobias. ‘Ora, Sr. Doutor, não diga isto. O incompreensível, alguém por força é o incompreendente, e a culpa não é minha’”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ARANHA, Graça. **O meu próprio romance**, p. 148-150. Destaque-se a questão proposta na prova escrita: “Conforma-se com os princípios da ciência social a doutrina dos direitos naturais e origem dos homens”. In: COSTA JR., Heitor. **Tobias Barreto**, p. 101. Um outro importante documento é trazido como Apêndice do 2º volume dos Estudos de Direito. Intitulada “Notas do concurso em Recife”, a carta de Gumercindo Bessa dirigida a Luiz Mattos Freire traz detalhes do concurso e foi publicada originalmente no jornal “O Diário da Manhã” de Aracaju, nº 4 e 5 de novembro de 1924 sob o título: *Um triunfo esplêndido*. In: BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**, vol. II, p. 257-270.

¹⁶⁹ Além de Tobias Barreto (primeiro lugar) e José Augusto de Freitas (segundo lugar), participaram do concurso Lomelino Drumond, Machado Portela Filho e Gomes Parente.

¹⁷⁰ MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 267.

Ao tomar posse como lente substituto em 14 de agosto de 1882, apesar da maturidade consolidada que o levou a ser um intelectual respeitado pelo talento verbal e pelo poder carismático da sua oratória, a acidez nas críticas e as dificuldades de convívio resultantes dos traços fortes de personalidade o levaram a entrar em choque com a congregação. Segundo Gisele Bacchi Hora, “ao passo em que Tobias é amado pelos alunos e por seus discípulos, que representam a demanda pela renovação, é igualmente odiado pela congregação dos professores de sua época”¹⁷¹ – sendo inimaginável que fosse vista por Tobias, como hoje é, aquela como a “sua” casa¹⁷².

É que, embora tenha havido uma projeção nacionalmente recíproca entre Tobias Barreto e a Escola do Recife, ela como *movimento* rivalizava com a FDR e, conceitualmente, como *frente aberta* se voltava contra a Congregação e o que se havia estratificado do Direito e da vida. As queixas de Tobias contra a Faculdade eram recíprocas e na mesma intensidade. Quando direcionadas aos lentes que compunham a Congregação, as críticas de Tobias Barreto eram feitas por uma pretensa superioridade pelo fato de saber alemão ou porque seus pares ainda se mostravam presos à metafísica e ao direito natural¹⁷³ – expondo-os dogmaticamente a uma posição reacionária¹⁷⁴. Essa vinculação, no entanto, pode ser vista hoje como central na importância do pensamento de Tobias no contexto filosófico, já que foi a sua crítica radical aos pressupostos teológicos da metafísica uma marca indelével e que hoje está naturalizada com a superação da reflexão substancialista típica da filosofia como história da moral.

Ao todo, foram sete anos de magistério na Faculdade de Direito do Recife entre 1882 e 1889. O período pode ser considerado curto, mas foi significativo na nova compreensão do direito e na renovação da concepção exclusiva de um direito natural. Foram as lições de Tobias Barreto decisivas na demonstração do direito como manifestação cultural oriunda de trabalho humano e não divino ou da natureza. Sua doença, no entanto, o afastou fisicamente com frequência das aulas e dos alunos a partir de 1888, quando adoeceu.

¹⁷¹ HORA, Gisele Bacchi. **Tobias Barreto e a crítica moderada ao positivismo**, p. 106.

¹⁷² “Hoje, a Faculdade é a Casa de Tobias! Ele não acreditaria nisso. Acreditaria que fosse a Casa de Paula Batista. Ou de Lourenço José Ribeiro. Ou de Coelho Rodrigues. Dele, não”. In: PEREIRA, Nilo. **A faculdade de direito do Recife**, p. 163.

¹⁷³ “Coube à Geração de 1870 a introdução do Brasil na ‘modernidade cultural’, na medida em que se propunha o rompimento com o pensamento religioso em prol de uma visão laica do mundo. Com efeito, a partir desse momento toma força um movimento de contestação à teoria do direito natural (...) A recepção dessas teorias científicas deterministas significava a entrada de um discurso secular e temporal que, no contexto brasileiro, transformava-se em instrumento de combate a uma série de instituições assentadas”. In: SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças**, p. 197.

¹⁷⁴ PEREIRA, Nilo. **A faculdade de direito do Recife**, p. 162.

1.2 O gênio do gênio: a formação estudantil e a orientação vocacional

O primeiro professor de Tobias Barreto foi Manuel Joaquim de Oliveira Campos que, além de ensinar-lhe as primeiras letras entre os anos de 1848-1849, o inspirou os pensamentos e primeiros escritos por ser poeta, jurista e político. A velocidade com que aprendeu a ler impressionou o mestre, a ponto de, em visita a seu pai Pedro Barreto, exclamou que nunca teve um aluno como Tobias e que seu filho se tratava de um gênio, havendo de ir muito mais longe – mas que, para isso, precisaria sair dali e estudar em um meio mais desenvolvido. Orgulhoso e ouvindo as palavras do professor, juntou as poucas economias que dispunha e o mandou em 1851 para estudar em Estância – uma cidade maior e, na época, de grande movimento¹⁷⁵ – lá ficando até 1853.

Após o reconhecimento do seu talento musical identificado nas aulas pelo maestro Marcelo Santa Fé e já com grande conhecimento adquirido de latim devido ao aprendizado com padre Domingos Quirino de Souza com quem iniciou seus estudos de latim em 1850 na cidade de Estância e que mais tarde veio a ser bispo de Goiás, Tobias Barreto retornou à casa dos pais com o assombro de ambos os mestres pela sua versatilidade e particular talento. Em agosto de 1853, parte para Lagarto para completar seus estudos de português e aperfeiçoar o latim e passa a ter aulas em um curso ministrado pelo padre José Alves Pitangueira. Já em abril de 1854, se submeteu ao primeiro concurso da sua vida para o posto de professor substituto de latim. Aos quinze anos, pela força das próprias pernas (isto é, da cabeça) e após a realização dos exames em Moróim – que apesar de lhe valerem uma homenagem nunca foi nomeado para qualquer cadeira da Província – viu o caminho aberto para exercer o magistério ainda na plenitude da adolescência ministrando aulas particulares de primeiras letras a crianças, fazendo despertar a admiração e o prestígio intelectual. Embora pobre e “no sertão patriarcal, escravocrata e analfabeto de Sergipe”, foi a luxuosa língua latina a credencial para compatibilizar a dignidade de um homem livre com sua condição social¹⁷⁶.

Aos dezoito anos e iniciado no magistério, Tobias Barreto já se mostrava detentor de um espírito de vasta cultura e conhecedor de latim, francês e literatura inglesa e italiana¹⁷⁷. Em 1860, quando lhe foi concedida uma licença de seis anos para estudar e em regresso para a vila de Campos, Tobias iniciou a sua preparação para cursar direito. Foi para S. Salvador em 1861

¹⁷⁵ Anos mais tarde, Estância veio a ser chamada por Dom Pedro II de “Jardim de Sergipe”. In: DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 16.

¹⁷⁶ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 2.

¹⁷⁷ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Tobias Barreto**, p. 39.

e lá ficou de março a dezembro. Esse período é marcado por episódios curiosos e dramáticos, além da explosão de sua vocação literária e musical: amargurado e desorientado diante da vida e com reduzidos recursos financeiros obtidos das serenatas nas ruas onde tocava seu violão, foi na Biblioteca Pública da capital baiana que descobriu a obra de Vítor Hugo. Após passar apenas uma noite no seminário e desistir da intenção inicial de estudar filosofia e ser padre que o levou à Bahia¹⁷⁸, passou a conciliar a leitura dos românticos pelos quais se encantou e a preparação para o curso de direito. Em Salvador, passou a frequentar diariamente a Biblioteca Pública e aprendeu solitariamente a língua francesa, a partir da motivação em entender os originais de Vítor Hugo. Foi aluno de filosofia do renomado teólogo e orador sacro Frei Itaparica nos estudos para o preparatório de direito, objetivo inicialmente traçado que o fez sair de Sergipe.

A reação de Tobias Barreto contra a polidez e a falta de agressividade como caracteres virtuosos da vida elegante pode ser interpretada como expressão de uma tendência sádica produzida pelo regime escravocrata e, sob a pressão dos preconceitos, é fruto de um complexo de inferioridade manifesto em diversos momentos. Segundo Gilberto Freyre¹⁷⁹, uma dessas manifestações é o “enfático arrivismo dos mulatos, quando em situação superior de cultura, de poder ou de riqueza”, destacando Tobias Barreto como o “tipo novo em culto, que recorda em tantos aspectos a curiosa figura de Luciano estudada por Chamberlain”¹⁸⁰.

Inserindo-se nas camadas populares ao falar na primeira pessoa¹⁸¹, ao mesmo tempo em que criticou Joaquim Nabuco ao excluí-lo do contingente formado pelas “pessoas que trabalham”, Tobias Barreto ironizou a aclamação da opinião pública ao então jovem deputado federal pelo reconhecimento dos direitos dos escravos e se refere à Nabuco como um “filho mimado do deus *bonus eventus*, inimigo jurado da escravidão, da tortura e da fogueira; qualidade muito rara aliás que o recomenda à admiração da posteridade”, e continua: “Pois foi

¹⁷⁸ Tobias quase ingressou na carreira eclesiástica, segundo narra Sílvio Romero. In: ROMERO, Sílvio. **Obra filosófica**, p. 167.

¹⁷⁹ Aqui, uma vez mais e para que fique claro, a opção pela manutenção da expressão “mulato” se dá única e exclusivamente pelo zelo e fidelidade literários, muito embora a reconheça extremamente inadequada, deslocada e ultrapassada – pelo que, de tão inapropriada, merece permanente revisão pela sua carga pejorativa para indicar mestiçagem, impureza e mistura imprópria – inaceitável, portanto. Como essa pesquisa tem como terreno o século XIX onde o emprego desde o período colonial se dava para designar negros de pele mais clara, fruto do estupro de escravas pelos senhores de engenho, muitos biógrafos e comentaristas (para além, principalmente, dos autores contemporâneos a Tobias Barreto) se utilizavam recorrentemente dessa expressão. Assim, por ser uma denominação que sintetiza duas posturas das mais execráveis – quais sejam *machista* e *racista* – e por se revelar uma adjetivação de triste memória do tricentenário escravista brasileiro, nunca será pouco rechaçá-la com veemência, o que aqui se faz com todas as letras.

¹⁸⁰ FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**, p. 448.

¹⁸¹ Ao dizer “(...) nós, os homens do trabalho e não do emprêgo público”. In: BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 18.

ele com efeito que pôde empreender a difícil missão de nos convencer a golpes de bastão, o bastão da eloquência, que o escravo é um homem e a pele negra é um acidente. Que maravilha! Que triunfo da palavra humana!”¹⁸². Essa posição adotada por Tobias evidencia um pensador mais amargo que deselegante, revelando as marcas da sua história e posturas mais deselegantes que amargas.

Ao declarar que nem ele mesmo sabia direito a que raça pertencia, pode-se interpretar seu ressentimento como uma negação do oposto, assim como o uso de toda sua cultura e os ataques com a utilização do idioma alemão para corrigir pública e espalhafatosamente os “bem-nascidos” e pôr a lume a ignorância dos seus adversários, destruindo os pontos de vista políticos opostos¹⁸³. Nesse sentido, muitos foram os destinatários da sua acidez: o Visconde de Taunay, chamado por Tobias de ‘valente militar’, foi advertido a puxar um *frasquinho de cheiro* que prevenisse alguma síncope, pois passaria a ser merecidamente cruel com a sua posição, sua boa estrela, o seu orgulho e a sua ignorância¹⁸⁴.

A assunção das reivindicações próprias da sua condição de classe permeia boa parte dos seus escritos, sobretudo nos tempos de Escada, onde patentes estão seu espírito libertário e sua posição irredutível quanto aos sacrifícios pessoais e à meritocracia. Ao tempo em que reivindica a valorização da inteligência e do trabalho produtivo como propulsores da ascensão social, valoriza a proteção ao esforço individual e reconhece o valor da ciência e do talento, além de combater os privilégios¹⁸⁵. Seu inconformismo com a situação social desfavorável o impôs a necessidade de independência – o que ocasionou, em alguma medida, um orgulho que o levava a recusar os cortejos senhoriais para obter os favores que o levariam, por outra via mais rápida, à ascensão na hierarquia social bem delimitada em seu tempo. No entanto, se impôs por sua inteligência e, segundo Newton Sucupira, “por sua invulgar cultura para sua época e ambiente, por seu imenso talento verbal e pela agressividade de suas inúmeras polêmicas”¹⁸⁶.

Os conflitos em que se envolvia tinham quase sempre como pano de fundo a falta de reconhecimento alheio sobre o seu autêntico valor – o que fica claro em muitas passagens de autoanálise, dentre as quais, com destaque, Tobias chega a dizer: “A sociedade em que vivo não tem decerto fôrça bastante para levar-me consigo, como um madeiro arrastado pelas águas selvagens dos nossos rios; mas eu também, por minha vez, não sou bastante forte para desviá-

¹⁸² BARRETO, Tobias. **Estudos alemães**, p. 169.

¹⁸³ HORA, Graziela Bacchi. **A filosofia do direito de Tobias Barreto**, p. 152-153.

¹⁸⁴ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 135.

¹⁸⁵ CANDIDO, Antônio. **O método crítico de Sílvia Romero**, p. 213.

¹⁸⁶ SUCUPIRA, Newton. **Tobias Barreto e a filosofia alemã**, p. 95.

la do seu caminho, para fazê-la a minha imagem e semelhança; daí uma perpétua inconciliabilidade entre nós, daí alguma coisa de trágico na minha vida, que far-me-ia misantropo e infeliz, se a natureza não me tivesse investido de uma índole expansiva e mil vezes mais disposta ao prazer do que à tristeza”¹⁸⁷. Em outra passagem, ao comparar a sua trajetória de vida com a de José Hygino, Tobias demonstra enciumado como isso lhe era desconfortável. Ao invejar a consideração que a sociedade lhe negava – mas dispensava a Hygino – ele comparou a dificuldade com que as coisas lhe aconteciam à facilidade do seu contendor ao dizer que, enquanto fez a viagem da existência “sozinho e a pé”, José Hygino a fez, boa parte, “montado na garupa do avô” e o resto “na garupa do Instituto Arqueológico”, se referindo à missão dada a ele para pesquisar os arquivos holandeses sobre o domínio batavo no Norte. E arrematou: “Não se me tache de imodesto por falar de minha superioridade. Quando me julgo, sinto-me abatido; quando porém me comparo... não posso deixar de dar entrada a um certo orgulho”¹⁸⁸.

Sempre à disposição para o embate e muitas vezes diante da incompreensão coletiva a respeito das suas ideias, Tobias Barreto cativava inimizades e criava desafetos com mais frequência do que os evitava. Impiedoso e inclinado a competições mesquinhas e vulgares, talvez o maior traço de sua personalidade, ao lado exaltação, seja a profunda revolta com tudo e todos. Longe de ser aglutinador e irritado com a indiferença do meio, sofreu tal qual um “pregoeiro de novidades que não acha compradores, como o anunciante que não faz clientela”¹⁸⁹, nunca envidou esforços para cultivar amizades e não fez questão de manter aparências que garantiam o bom convívio.

É certo que a genialidade de Tobias era de todos conhecidas, mas igualmente não parece exato colocar os demais professores a ele contemporâneos e com os quais estabeleceu interlocuções e debates na condição de mediocridade, como em sua visão pessimista que justificava seu isolamento¹⁹⁰. Ao afirmar de forma arrogante, como já citado, que “a nossa sciencia do direito, principalmente na esphera criminal, é a ignorancia ensinada com methodo, e ainda methodicamente aprendida”¹⁹¹, ele dirigia sua acidez aos seus colegas que, na iminência de partilhar ou subtrair o seu sucesso, o enciumavam pelas virtudes que não dispunha ou provocavam-lhe a ira pelos valores que lhe sobrepujavam.

¹⁸⁷ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 78.

¹⁸⁸ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 325-324.

¹⁸⁹ AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**, p. 20.

¹⁹⁰ COSTA JR., Heitor. **Tobias Barreto**, p. 102.

¹⁹¹ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 199.

Uma prova disso são as polemicas travadas com José Hygino, a quem chamava *holandês* em tom pejorativo e fora um alvo frequente das suas provocações. Acusava-o de ser um espírito dedicado a estudar a dominação holandesa em Pernambuco e que achava esse um grande feito, mesmo sem nunca ter dito nada sobre a literatura da Holanda. Incomodava-o o simples fato de ver seu nome envolto e na companhia de Hygino e Vieira indicando como tendo sido os três iniciadores da reforma jurídica daquele tempo no Brasil. Em suma: nas palavras de Hermes Lima, “não havia ninguém para êle que prestasse na congregação” e “o desdém pelos colegas que lavravam na mesma seara jurídica, apenas se mitigaria pela consolação de saber que teriam com êle aprendido alguma coisa nova”¹⁹². Chegou a dizer que, em clara ideia fixa de perseguição, enquanto os “seus colegas lhe devotavam raízes de ódio”¹⁹³, os estudantes nutriam por ele simpatia enraizada profundamente – no que não estava no todo exagerado, tampouco equivocado.

É indubitável que os maiores níveis de reconhecimento da genialidade de Tobias Barreto só aconteceram após o seu falecimento e, mais precisamente, no século XXI – seja a nível nacional ou internacional. A prova disso é a sua inclusão entre os cinco únicos juristas brasileiros biografados no dicionário de Michael Stolleis no qual o historiador, ao explorar aspectos pessoais e acadêmicos de cada pensador, sintetizou a vida e a obra de grandes juristas desde a antiguidade até o século XX. Publicado em alemão, o dicionário¹⁹⁴ contempla desde pensadores antigos como Cícero e medievais a exemplo de Bartolo de Sasoferrato, como também modernos – caso de Belarmino e Beccaria – e ainda contemporâneos ou mais recentes, caso de Emílio Betti. Nele, Tobias é referenciado como germanista, além de ser mencionada sua influência na FDR e lembrado pelos discípulos que formou¹⁹⁵. Além de Tobias Barreto, foram citados Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Aliás, todos do Nordeste e todos da Faculdade de Direito do Recife¹⁹⁶ – e, embora a menção reforce ainda mais as tradições jurídicas nordestina e recifense, a importância de todos independe de validação estrangeira.

¹⁹² LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 36.

¹⁹³ COSTA JR. Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto**, p 17.

¹⁹⁴ STOLLEIS, Michael. **Juristen – Ein Biographisches Lexikon – von der Antike bis zum 20. Jahrhundert**. München: Beck, 2001.

¹⁹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 32-33.

¹⁹⁶ É certo que Rui Barbosa iniciou os estudos na FDR e concluiu no Largo de São Francisco e que Teixeira de Freitas iniciou em Recife, passou um período em São Paulo e retornou para se formar em Recife. Logo, nenhuma impropriedade, já que todos beberam na fonte da tradição jurídica recifense.

Outras relevantes referências são feitas na *Juristas Universales* (importante enciclopédia espanhola) e no *Diccionario critico de juristas españoles, portugueses y latino-americanos*, onde são destacadas as influências de Ernest Haeckel e Ludwig Büchner e, apesar de alguma imprecisão quanto a sua trajetória (O *Diccionario critico* se equivoca ao dizê-lo um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras, quando, a bem da verdade, foi apenas o patrono da cadeira nº 38, antecedido por Graça Aranha e sucedido por Santos Dumont), o faz figurar “como significativo jurista brasileiro em várias publicações internacionais”¹⁹⁷.

1.3 A Escola do Recife e a determinante influência de Tobias Barreto no pensamento jurídico: a liberdade como força e a igualdade como tendência

É corrente a afirmação de que não houve propriamente uma *escola* no sentido rigoroso/técnico contido nessa expressão, com homogeneidade e unidade de doutrina, com coerência teórica interna entre seus líderes¹⁹⁸ – chegando a ser, inclusive, qualificada em tom irônico por Carlos Laet de escola **teuto-sergipana** por conta do germanismo de ataque aos afrancesados da província fluminense atizado por Tobias¹⁹⁹. Sendo mais um *movimento*, não se afasta o tema de ser polêmico, sobretudo no que toca aos frutos produzidos até hoje, sendo certo que não foi um encontro accidental, mesmo que não tenha havido por parte dos seus integrantes a intenção declarada de transformar aquela efervescência em algo direcionado ou estrutural e institucionalmente organizado. O certo é que o nome batizado por Sílvio Romero foi forjado para polemizar com os escritores do Rio de Janeiro e diz respeito ao movimento de renovação cultural que teve início na década de 60 do século XIX e catapultou para outros centros do país as produções bibliográficas que se tornaram referências na formação jurídica nacional, influência potencializada no Brasil republicano pela existência de apenas dois centros de altos estudos durante a monarquia: a Faculdade de Direito do Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo. Há ainda quem separe entre primeira Escola do Recife, cujo núcleo esteve ligado a Tobias Barreto e Sílvio Romero, de uma suposta segunda Escola do

¹⁹⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 33-34.

¹⁹⁸ FILHO, Alberto Venâncio. **Apresentação**, p. 9-10.

¹⁹⁹ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 278. No limite, era uma tentativa de imposição da importância cultural de Pernambuco em relação ao Rio de Janeiro, ou um “movimento de intensa germanofilia temperada por inusitada francofobia”, onde se “adoravam os alemães e se execravam os franceses”. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto, o culturalismo brasileiro e a Escola de Recife**. Mais direto e, com maior propriedade, Spencer Vandré preferia denominar “Escola de Tobias”. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Escola de Recife**, p. 95.

Recife (também denominada “Nova Escola do Recife”), radicada em Gilberto Freyre e Ulysses Pernambucano²⁰⁰.

O movimento, portanto, não foi um acidente. O fato de nunca ter havido por parte dos envolvidos a intenção de transformar suas ideias em um roteiro comum também não afasta o objetivo geral do coletivo. Aliás, embora se diga que foi uma *tradição inventada* – como de resto todas são – denominar *Escola* pode até revelar pretenciosismo, o que poderia facilmente ser lembrado como uma *cena* ou algo mais espontâneo e menos formal que o valha, já que movimento pressupõe uma certa unidade – o que, a bem da verdade, era o oposto, já que a diversidade era mais marcante que a uniformidade. Pernambuco revelado por suas lutas libertárias que visavam a união com a nação constitui-se, sem favor ou bairrismo, no cérebro privilegiado do Brasil capaz de ameaçar quem pretendesse dominá-lo ou separá-lo da Pátria e isso refletiu diretamente nos espíritos formados nos bancos da Faculdade de Direito do Recife, produzindo inquietude, insatisfação e contestação. Assim, a questão da unidade da Escola de Recife é bastante discutida e relativizada já que pode se fundar em ortodoxias de conteúdos maiores ou menores ou ser considerada mais como grupo de estudiosos com independência de opiniões – da mesma forma que “se houve uma *Escola* romana na pintura do Renascimento, ou uma *Escola* verista na ópera italiana, houve variantes pessoais”²⁰¹. Ademais, analisando com mais profundidade e isenção essa interessante fase da vida cultural brasileira, o que se pode concluir sem esforço é que a assim denominada *Escola do Recife* acaba divorciada da Faculdade de Direito do Recife já que se tratava, na essência, um movimento contra ela e “contra o que se havia estratificado como conceito não apenas do Direito, mas da própria vida” – tendo sido Tobias Barreto o grande responsável pelo distanciamento do movimento que criou e da Faculdade que tanto projetou no cenário brasileiro, já que “as queixas que ele tinha da Faculdade eram, afinal de contas, as mesmas que a Faculdade podia ter dele”²⁰².

Sobre a heterogeneidade dos seus integrantes e o perfil dos seus líderes ou principais referências, a comparação feita por Gilberto Freyre não parece exagerada. Para ele, “talvez se possa dizer do movimento de renovação cultural conhecido como ‘Escola do Recife’ que foi um tanto, para a cultura brasileira na segunda metade do século XIX, o que, para a cultura portuguesa, no mesmo período, significou o movimento – também tocado de influência germânica – que reuniu os também diferentes, pela personalidade ou pelo feitio, Antero,

²⁰⁰ CHACON, Vamireh. *Gilberto Freyre*, p. 22.

²⁰¹ SALDANHA, Nelson. *A escola do Recife*, p. 110-111.

²⁰² PEREIRA, Nilo. *A faculdade de direito do Recife*, p. 161.

Oliveira Martins, Eça, Ramalho, Sabugosa”²⁰³. Muito embora minimizando a expressividade de Tobias e apontando a sua carisma como decisiva na definição da sua liderança, Freire denomina a Escola de movimento *teuto-recifense*, apontando a admiração pela cultura germânica e a influência dos juristas, críticos e filósofos alemães como determinantes no processamento de renovação da cultura nacional proposto pelo toque *científico* (ou *neurocientífico*), além de *neofilosófico* à sua erudição e saberes – seja pelos germanizados ou germanizantes, expressões utilizadas para apontar as aproximações pela personalidade que os unia, no caso de Tobias Barreto e Sílvio Romero, e de Martins Júnior e Clóvis Bevilacqua²⁰⁴. Como “pais intelectuais” do movimento, Tobias Barreto e Sílvio Romero fizeram parte da assim chamada “Geração luso-brasileira de 1870”, a qual também era integrada pelos portugueses Eça de Queiroz e Antero de Quental²⁰⁵.

Aqui é merecida uma digressão para tratar da história e criação dos cursos de Direito no Brasil por meio da Carta de Lei da Assembleia Geral em 11 de agosto de 1827 que representou um ato de afirmação da soberania pátria, um ato de vanguarda e de superação da tradição de Coimbra e de ter significado a autonomia nacional na formação de seus quadros administrativos e jurídicos – além de ser o embrião das futuras universidades nacionais, após se unirem à anterior Escola de Medicina e Cirurgia instalada na Bahia em 1808 e reformulada em 1815²⁰⁶. Promulgada cinco anos após a Independência, a Lei Imperial que criou os cursos jurídicos em São Paulo e em Olinda (depois transferido para Recife) atendeu às aspirações nacionais após tornar-se premente naquela quadra histórica a formação de pessoas públicas, diante da necessidade de assegurar a recém-conquistada autonomia do país e em condições de conduzir – sob a tutela do Imperador – os rumos do Brasil. A confiança atribuída com a missão fiada àquelas Faculdades de Direito inaugurou a tradição de formação de jovens acadêmicos vocacionados e fez nascer gerações de mestres e discípulos que se sucediam e disseminavam valores doutrinários que, focados na cultura e no idealismo, criaram diretivas políticas e uma consciência pública que acabaram incorporadas à tessitura da formação brasileira.

²⁰³ FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa germânica**, p. 132.

²⁰⁴ FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa germânica**, p. 133.

²⁰⁵ BORRMAN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 159 a partir de RODRIGUES-MOURA, Enrique. **Territorio, moral y nación em los pulpites de la Escuela. Olavo Bilac y Manoel Bomfim**. In: *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura* 183: 724 (marzo-abril, 2007), p. 227-241.

²⁰⁶ Embora ainda não possuísse o curso de Direito propriamente dito no século XIX, já que os quadros jurídicos formados deveriam escolher entre as carreiras de *leis* e *cânones* que funcionavam com autonomia e independência, a Universidade de Coimbra formava os quadros do império, mas não tinha em seu currículo o direito aplicável – ou seja, as ordenações e os decretos régios, mas sim o *corpus juris civilis* ou o *corpus juris canonici*. In: BRANDÃO, Cláudio. **Tobias Barreto e pena criminal**, p. 121-123.

Seja impulsionando a Abolição e promovendo a República, seja no parlamento ou na magistratura, foi a partir dessas duas Academias que muitos personagens foram revelados e participaram decisivamente dos momentos mais importantes da história imperial e republicana brasileira. O perfil de cada um foi sendo traçado posteriormente e, mesmo sendo irmãs gêmeas concebidas em março de 1827, o parto legislativo da Faculdade de Direito de São Paulo se deu com sua inauguração no dia 01º de março de 1828, enquanto que a de Olinda só veio a ser instalada em 15 de maio daquele ano²⁰⁷. Apenas a percepção da necessidade de uma consciência jurídica própria atrelada ao surgimento das novas leis seria suficiente para a criação de centros dedicados à construção do pensamento vinculado às tradições locais. Foi em Olinda, logo após em Recife, e em São Paulo que a intelectualidade traçou a elipse cultural brasileira, tanto no Direito quanto nas demais expressões humanas como na economia, literatura, jornalismo, diplomacia, parlamento, política, e até na música e no teatro, sendo decisiva no fortalecimento da unidade nacional. A libertação das perspectivas provincianas do Brasil foi, sem dúvida, a principal marca e característica das duas academias que viriam a dar novos rumos à cultura brasileira e, de ambas, “se pode dizer que foram ‘focos de coesão nacional’” – expressão cunhada por Phaelante da Câmara, “em palavras inteligentemente apologéticas, que ficaram célebres”²⁰⁸.

Destaque-se antes de adentrar na diferença dos perfis dos egressos das duas Faculdades que essa pluralidade estava relacionada com a falta de cursos próprios de Filosofia, Artes e Letras – condição que reforça a conversão das Escolas de São Paulo e de Recife em centros irradiantes da cultura humanística brasileira. Talvez por isso, a história da cultura brasileira não pode ser escrita à margem dos eventos e valores que compõem a tradição das Faculdades de Direito de São Paulo e de Recife – sendo a história delas confundidas com valores exponenciais da pátria. Antes, porém, à míngua de faculdades no Brasil até 1826, havia um monopólio do pensamento (e da pedagogia) exercido exclusivamente pelos centros eclesiásticos. Quem tivesse interesse em estudar antes disso precisaria se deslocar até Coimbra ou Lisboa em Portugal, o que inevitavelmente levava à europeização científica e também das artes (literatura, música, pintura, etc.). Apenas com a criação das Faculdades de Direito foi que discussões filosóficas começaram a ser travadas na Academia – o que não deixou de ser problemático, já

²⁰⁷ Enquanto a Faculdade de Direito de São Paulo se utilizou de um prédio colonial que servia de convento aos frades franciscanos – o casarão do Largo de São Francisco, – a de Olinda se instalou em salas do vetusto Mosteiro de São Bento, onde permaneceu até o ano de 1854 quando se transferiu para Recife.

²⁰⁸ FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa germânica**, p. 130.

que entre as décadas de 1850 e 1880, D. Pedro II tornou obrigatória a filosofia oficial do Império brasileiro o **Ecletismo Espiritualista**²⁰⁹.

Mesmo incontestado o pioneirismo creditado à Faculdade de Direito do Recife – do qual aqui não se discorda – há, no entanto, um precedente *seminário modelar* inaugurado solenemente em 22 de fevereiro de 1800 pelo jurista e economista D. José de Azeredo Coutinho²¹⁰ ainda quando bispo de Olinda e governador interino da capitania de Pernambuco onde se lecionava latim, grego, francês, geografia, retórica, história universal, filosofia, desenho, história eclesiástica, teologia dogmática e moral, matemática, física, química, mineralogia e botânica²¹¹. A influência de Azeredo recebeu menção do jornalista francês Louis-François de Tollenare que, em sua visita à Pernambuco em 1817, formulou comparação honrosa entre o seu seminário e os liceus departamentais da França e associando a *preparação* da independência brasileira àquele instituto pela promoção e difusão das ideias liberais²¹², e também de Manuel de Oliveira Lima, para quem o seminário “transformou as condições de ensino e, com este, as condições intelectuais da capitania”, além de João Capistrano de Abreu, quando este afirmou que “sem Azeredo Coutinho não surgiria a geração idealista e pura de 1817”, sendo ele responsável pela “extraordinária influência sobre a mentalidade pátria”²¹³. Além desse seminário e remontando ao período colonial, os inconfidentes mineiros ainda no fim do século XVIII igualmente cogitaram a construção de uma universidade a fim de dotar a *pátria livre*.

Esses antecedentes importam na medida em que se evidencia a atmosfera vivida em Pernambuco e o motivo de ser aquele estado o escolhido para ter lugar uma das duas Faculdades de Direito do Império. Plantada em um terreno e alcançando outras superfícies, ali estava “a

²⁰⁹ O Ecletismo Espiritualista, como o próprio nome sugere, agregava teses aparentemente antagônicas na busca de pontos de conciliação entre as diversas filosofias do espírito (tomistas por tradição) com as novas filosofias mais cartesianas e mecanicistas (física, química, etc.). PAES, Alberto de Moraes. **Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes**, p. 55-56.

²¹⁰ Sobre a notabilidade de Azeredo Coutinho e sua importância ver ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**, I, p. 450-458; PEREIRA DA SILVA. **Varões ilustres do Brasil**, II, p. 121-144; VARNHAGEN. **História geral do Brasil**, II, p. 1047; OLIVEIRA LIMA. **História da revolução de Pernambuco em 1817**, *Anotações*, p. 33-40; J. DA C. BARBOSA. **Revista do Instituto Histórico**, I, p. 272-274; HELIODORO PIRES. **Revista cit., tomo especial**, Parte I, p. 783-810; CARMO BARATA. **Um grande sábio** (conferência) e **História eclesiástica de Pernambuco**, Recife, 1922, p. 70-72; SACRAMENTO BLAKE, **Dicionário bibliográfico brasileiro**; ULISSES BRANDÃO. **A confederação do Equador**, 1924, p. 62 e segs. As citações são de BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 11.

²¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 11.

²¹² TOLLENARE, Louis-François de. **Revolução de Pernambuco em 1817**, p. 36. Já em suas “Notas Dominicaes”, Tollenare se refere a Azeredo como “um homem de grande mérito, protector das sciencias, amigo da ordem e gozando de uma grande reputação”. In: **Notas dominicaes**, p. 120.

²¹³ ABREU, João Capistrano de. **Um visitador do santo officio**, p. 15.

mente da instrução secundária, assim tão auspiciosamente lançada no solo pernambucano” e, apesar do descuido humano ou as paixões políticas, “o seminário preparou o advento do curso jurídico, já que não foi possível criar a universidade”²¹⁴. E apesar da proposta realizada por José Feliciano Fernandes Pinheiro na sessão de 14 de junho da Constituinte de 1823 que propunha a criação de “uma universidade pelo menos, para assento da qual parece dever ser preferida a cidade de São Paulo, pelas vantagens naturais, e razões de conveniência geral”²¹⁵, quando enviada à Comissão de Instrução Pública, acabou sendo elaborado o projeto de lei constando, já no art. 1º, a instituição de duas universidades²¹⁶. O ânimo dos autores do projeto que determinaram a quantidade e a localização das faculdades era claro: além da questão geográfica que foi decisiva e considerava, dentre outros fatores, a comodidade e a suficiência, servindo aos habitantes do Norte e aos moradores do Sul do país²¹⁷.

É indubitável que Tobias Barreto, não apenas por ter sido o fundador, foi o representante mais expressivo da Escola do Recife – que, desde a sua fundação e primeiros anos de existência, tornou-se célebre pelas discussões e polêmicas, sobretudo no Segundo Reinado, quando viveu tempos gloriosos e foi além de um centro de formação de bacharéis, mas também escola de Filosofia, Ciências e Letras. Daí porque abrangeu, sem incorrer em exageros ou ufanismos, quase todas as esferas das atividades intelectuais, desde a filosofia, sociologia, história e o direito até a crítica literária e musical, além do folclore, a poesia e o teatro. Como arauto da Escola do Recife, coube a Tobias a flama de boa parte da contribuição do enorme manancial, da promoção do centro irradiador dessa luta espiritual e da difusão dos novos métodos e perspectivas culturais nacionais, fazendo “emergir uma nova cosmovisão, uma nova ‘Weltanschauung’”²¹⁸.

²¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 12.

²¹⁵ O discurso na íntegra pode ser encontrado nos *Anais do Parlamento brasileiro*, Assembleia Constituinte, II, p. 63. Ver também VAMPRE, Spencer. **Memórias para a história da Academia de São Paulo**, I, p. 6; e BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 12.

²¹⁶ In: **Anais do Parlamento brasileiro**, Assembleia Constituinte, IV, p. 131-132.

²¹⁷ As ponderações dos então deputados Luís José de Carvalho e Melo, segundo registros nos *Anais*, eram tendencialmente nesse sentido: “A cidade de S. Paulo é muito próxima ao porto de Santos, tem baratos víveres, tem clima saudável e moderado e é muito abastecida de gêneros de primeira necessidade, e os habitantes das províncias do Sul, do interior das Minas, podem ali dirigir os seus jovens filhos com muita comodidade. O estabelecimento da outra (universidade), em Olinda, apresenta semelhantes circunstâncias, e é a situação apropriada para ali virem os estudantes das províncias do Norte. Com muita justiça e utilidade se estabeleceu a criação das duas universidades, porque, em tamanha extensão de território, que temos a fortuna de possuir, era impraticável que pudesse bastar só uma, como acontece em Portugal, que, tendo tão limitada extensão, a única de Coimbra, onde fomos beber os princípios, que desenvolvemos depois, era e é bastante para os habitantes de todo aquele acanhado-reino”. In: **Anais do Parlamento brasileiro**, VI, p. 199.

²¹⁸ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 26-27.

Nesse sentido, a alcunha de *Escola* dada por Sílvio Romero ao movimento recifense – talvez despretensiosamente – impôs homogeneidade onde não havia unidade teórica, já que as radicais divergências não permitiriam ver consenso entre os fundadores e os primeiros discípulos. Daí porque fala-se hoje mais em uma união meramente nominal oriunda do título comum, “com o qual, de natureza polêmica e como aríete de guerra, a batizara Sílvio Romero”²¹⁹. Apesar dos exageros recíprocos entre adeptos e adversários – ou, até mesmo, talvez *por isso* – Recife se tornou um epicentro de fomento e propagação das chamadas “ideias novas”.

Enquanto no norte e nordeste do Brasil imperial era a Faculdade de Direito do Recife que dava a nota intelectual, no sul e sudeste do país a Faculdade de São Paulo era a referência política nesse momento histórico – mas ambas, em mais de um século, se constituíram em polos da cultura humanística brasileira, levando-as à superação originária de suas destinações jurídica e política²²⁰. Nessa época, por exemplo, formando duas alas distintas estavam Tobias Barreto e Castro Alves em Recife e Fagundes Varela e Álvares de Azevedo em São Paulo. Mesmo diante desse dualismo e alguma rivalidade, foram o magistério e o vigor de Tobias surpreendentes e essa excepcional vitalidade que o erigiram à condição de genialidade manifesta. Isso porque, na cultura brasileira do Império, as Faculdades de Direito eram “centros dominantes na fisionomia espiritual do país e principalmente no cenário de cada uma dessas províncias”, fazendo “as vezes de escolas de estudos políticos e sociais, onde se formavam os futuros governantes, ministros, parlamentares, legisladores, em suma, a classe dirigente” – e “por isso mesmo, delas irradiava um prestígio singular como núcleos representativos que eram da vida intelectual”²²¹.

Eram reinantes na Faculdade de Direito do Recife o espiritualismo aristotélico-tomista (uma filosofia idealista eclética) e as ideias monárquicas e a tradição do feudalismo nordestino de exploração dos trabalhadores pelos senhores de terra, conviventes com um certo romantismo no plano intelectual e a prevalecente mentalidade geral conservadora, terreno fértil para “um surto de ideias novas a assolar o país”²²². É possível observar, a partir da indicação de Sílvio Romero, a identificação de três épocas distintas da Escola do Recife. Segundo ele, “a primeira época, puramente poética e ainda exercida sob influência do romantismo, iniciou-se nos fins de

²¹⁹ FILHO, Alberto Venâncio. **Apresentação**, p. 10.

²²⁰ REALE, Miguel. **Tobias Barreto na cultura brasileira**, p. 39.

²²¹ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 244.

²²² Nas palavras de Sílvio Romero citadas por ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**, p. 304.

1862 e princípios de 1863 e chegou até 1870; (...) a segunda fase ocorreu de 1870 a 1877 ou 78. Começaram as reações da crítica em face do romantismo em geral; e (...) a terceira fase vem de 1878 ou 1879 e continua ainda nos dias atuais. A crítica e os estudos jurídicos e sociais tomam a dianteira à poesia, que mostra também feições mais severas”²²³.

Assim, divididas ficaram essas fases e marcadas, respectivamente, pelo *hugoanismo* da forma puramente poética, pelo perfil crítico-filosófico e pelas características jurídico-filosóficas. A pretensão da Escola do Recife no campo filosófico era a defesa da teoria do conhecimento como a única a propiciar investigação autônoma, delegando à filosofia a tarefa de síntese dos avanços científicos.

1.3.1 Da oratória à retórica: os elementos discursivos e distintivos

Na intensidade dos discursos, Tobias Barreto demonstrava todo seu ímpeto para alcançar seus objetivos e demonstrar sua superioridade intelectual. Utilizava-se estrategicamente de gestos, fisionomias, modulações de voz e até giros dos olhos para produzir o convencimento que pretendia. Phaelante da Câmara Lima, que foi contemporâneo de Tobias, mesmo identificando capacidades de prender a atenção do auditório entre Joaquim Nabuco e Tobias Barreto, quanto à oratória os isola em polos diferentes na teatralidade. Segundo ele, Nabuco, embora também eloquente, “era frio, britânico e comedido nos gestos” e “brilhava na sua ‘altiva gravidade e na sua majestosa compostura’”, enquanto Tobias “era derramado, autêntico homem do povo, mestiço sem o aprumo da elegância”²²⁴. Ainda para ele, “se a palavra de Nabuco parecia descer, cantando, dos cimos da inteligência, iluminada pelo íris da abolição, a de Tobias se nos afigurava sair, bruscamente e aos jactos, do subsolo das suas resistências hereditárias”.

As divergências com Joaquim Nabuco não cessavam por aí. Por diversas oportunidades e sempre que podia, Tobias Barreto não perdia a chance de disparar contra ele. Em *Vários Escritos*, disse que “o Sr. Joaquim Nabuco, por que falou muito, e só porque muito falou, é hoje em Pernambuco uma notável creatura, uma personagem de... monstrari digito. (...) Mas ainda arrisco-me a redarguir: que fez o moço Joaquim? Discursos e mais discursos? Isto é pouco. Importa saber que impressão produziu, que grandes questões foram por elle postas a limpo, e

²²³ ROMERO, Silvio. *História da Literatura Brasileira*, t. 4, p. 1284-1285.

²²⁴ DANTAS, Paulo. *Tobias Barreto*, p. 42-43.

que idéas saídas da sua boca entraram na circulação e constituíram-se outros tantos motores do espírito nacional... Sem isto, um orador é um orador, como um palhaço é um palhaço”²²⁵.

O modo de escrever e o estilo se revelam vibrações efêmeras do espírito, trepidações da corrente elétrica das ideias que se passavam no século XIX. Como improvisações jornalísticas em tom de conversação, um timbre superior e uma tonalidade inconfundível que transpareciam por meio da espontaneidade e na facilidade da linguagem descuidada “um grande ar em que uma alma livre respira poderosamente”²²⁶.

É corrente a opinião de que Tobias Barreto, mesmo em face das consequências que a mudança discursiva promove no ambiente acadêmico, nunca teve compromisso com o erro. Ele não tinha “receio de mudar suas opiniões, e em várias oportunidades aceitou novas teses, quando essas se mostraram mais críveis do ponto de vista científico” – o que o levou a reconhecer as aparentes contradições em sua obra²²⁷. De fato, o exagero na retórica era uma característica da época, assim como o excesso nas metáforas, ambas as características discursivas marcantes dentre os bacharéis do seu tempo – o que fazia de Tobias Barreto um evangelista de ideia nobre que se reverenciava um guia daquela população não esclarecida e um “típico intelectual que se acredita vocacionado para guiar uma massa inculta”²²⁸.

Um recurso recorrente utilizado discursivamente por Tobias Barreto era a figura da acumulação como técnica de retórica, consistente na *adjectio* de membros de frase não entendidos como repetição de termos já empregados²²⁹. O objetivo do orador ao utilizar esse estratagema é claro: reforçando a entonação em determinadas palavras que se repetem diversas vezes e marcando a extensão e plenitude acústica do corpo de palavras, Tobias marcava território na mente dos interlocutores e era dificilmente esquecido ou ignorado enquanto falava, seja pela sonoridade agradável, seja pelo interesse crescente com a criação de expectativa em ver chegar ao final – o que, do ponto de vista semântico, se tratava de uma sequência amplificante chamada modernamente de *clímax*. Exemplo disso é o discurso feito no plenário da Assembleia Provincial de Pernambuco quando, por ocasião da 2ª discussão do projeto de lei nº 169/1879, condenou os privilégios fúnebres concedidos à Santa Casa de Misericórdia para

²²⁵ BARRETO, Tobias. **Vários Escritos**, p. 243.

²²⁶ AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**, p. 22.

²²⁷ “A minha maior virtude literária é não ter ideias preconcebidas, nem afagar um sistema querido; o defeito dessa virtude é viver constantemente em busca de novas e melhores teorias; donde resulta uma certa aparência de contradição”. BARRETO, Tobias. **Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações antissociológicas**. In: *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 361. Ver também SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues dos. **Tobias Barreto e o positivismo penal**, p. 370.

²²⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 54.

²²⁹ LAUSBERG, Heinrich. **Elementos de retórica literária**, p. 187.

os sepultamentos e enterros em Recife. Segundo o Jornal do Recife, “quando o Sr. Dr. Tobias acabou de pronunciar este discurso, o povo que apinhava as galerias, applaudio extremamente o orador, sobre quem atirou grande porção de flôres”²³⁰. Naquele dia 28/04/1879 tinham na plateia mais de mil expectadores interessados na temática e, após a fala de Tobias, a discussão foi adiada. Assim ele se manifestou: “(...) nós devemos a todo transe e a todo custo abolir o privilegio, (*alguns apoiados no recinto, applausos das galerias*), qualquer que sejam as bases que se deem para esse regulamento, existam ellas ou não existam; a nossa questão, questão de justiça, questão de conveniencia social, questão até de dignidade politica é a abolição do privilegio. (*Applausos das galerias*). Não é preciso, senhores, ter a vocação do martyrio, não é preciso ter o talento de agitar, de inflammar as massas, talento perigoso na epocha em que vivemos, talento que eu confesso cinceramente não possuir: não é preciso ter nenhuma destas qualidades, para comprehender, á prima vista, que o projecto de que se falla é um projecto digno de toda acceitação, por que tem por fim a abolição de uma lei pessoal, de uma lei de classe”²³¹.

1.4 A superação do positivismo criminológico e as críticas aos excessos e ao método de investigação

Como dito nas notas preliminares, as constantes críticas direcionadas à Nina Rodrigues e aos postulados que disseminava ratificam como o racismo, de alguma forma, envergonha a alvorada da criminologia brasileira e de algum modo constrange a história das ideias penais no Brasil. Nesse sentido, o objetivo desse resgate – fruto de uma preocupação insone em face ao doloroso e diário extermínio da população negra brasileira – é identificar na gênese dos estudos da criminologia brasileira o *ovo da serpente* no tratamento da questão criminal a partir da crítica de Tobias à escola positivista, endossando que enfrentar o racismo em nossas ideologias é a única forma de erradicá-lo. E, por isso, o propósito de resgatar Tobias Barreto é também histórico e não apenas historiográfico²³² – pois apenas com digressões se torna perceptível a importância dessa abordagem na “compreensão não só do agir (para uma reconstituição da linha entre ciência e empirismo), mas, essencialmente, para compreensão do próprio homem”²³³. Essa frente de resistência erguida por Tobias Barreto e a Escola do Recife contra a “Nova Escola

²³⁰ **Jornal do Recife**, de 29/04/1879, nº 97, ano XXII, p. 1.

²³¹ **Jornal do Recife**, de 29/04/1879, nº 97, ano XXII, p. 2.

²³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 148.

²³³ PAES, Alberto de Moraes. **Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes**, p. 47.

Penal” (criminologia positivista) foi um dos principais obstáculos teóricos à consolidação do modelo determinista pregado e utilizado por Raimundo Nina Rodrigues. Talvez esse seja o grande embate teórico da historicidade latino-americana do apagar das luzes do século XIX e que se arrasta até os dias atuais com outras facetas e de forma recorrente.

O conforto de analisar a questão criminal e o racismo se socorrendo da história e olhando para trás com a comodidade de olhar no momento é o que reforça a rica contribuição de Tobias no combate ao olhar ontológico positivista. E, nesse sentido – talvez pela sua origem e condição social – tenha se dedicado de alguma forma ao estudo do controle social a partir da análise racista. A invulgar criatividade (com relevo sobretudo para a época que teorizou e em face do poder condicionante neocolonialista do século XIX), defendeu a ideia de causalidade final para as ações humanas e o homem livre em sua essência – o que muitos dizem se tratar de uma contradição diante de algumas de suas declarações sobre direito penal, mas que merece uma correção e um ajuste de contas com a história. Além do próprio Tobias reconhecer algumas aparentes contradições em sua obra, ao confessar que a sua “maior virtude literária é não ter ideias preconcebidas, nem afagar um sistema querido; o defeito dessa virtude é viver constantemente em busca de novas e melhores teorias; donde resulta uma certa aparência de contradição”²³⁴ – o que em nada diminui sua genialidade – também é compreensível o fato de que dispôs de pouquíssimo tempo após a difusão das principais ideias positivistas para divagar sobre as novas teorias científicas que se apresentavam. Além de não apresentar qualquer receio de mudar suas opiniões e aceitar novas teses colocadas, “somente para exemplificar, Tobias Barreto não teve a oportunidade de ler textos posteriores à primeira edição do *L'uomo delinquente* de Cesare Lombroso, os quais amenizam certos radicalismos iniciais da antropologia criminal”²³⁵.

Esse ajustamento teórico é notado a partir do seu admirável dinamismo. A prova maior é que por meio do seu alemão autodidata e intuitivo se interessou inicialmente pelos fundamentos filosóficos do positivismo, adotando na sequência o monismo naturalista como premissa e se aproximado do kantismo perto de sua morte. Considerando a escassez material do seu tempo e o momento histórico-político do Brasil império e periferia neocolonizada do poder mundial de onde falava, isso era, de alguma forma, inevitável. O caminho apontado e aberto por Tobias Barreto para a construção de um humanismo merece destaque e, embora

²³⁴ BARRETO, Tobias. **Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações antissociológicas**. In: *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977, p. 361.

²³⁵ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues dos. **Tobias Barreto e o positivismo penal**, p. 370.

algumas vezes não tenha conseguido expressá-lo de forma coerente, tais pequenas contradições, como já dito, “refletem a rejeição natural que sua sensibilidade social elementar deve manifestar contra o positivismo, com sua acusação reacionária, elitista e racista”²³⁶.

O interesse inicial pelos fundamentos filosóficos positivistas e a adoção, logo em seguida, do monismo naturalista como premissa, para só então e finalmente se aproximar do kantismo nos últimos anos de vida demonstra um dinamismo em sua obra que merece destaque – percurso essencial para a conclusão acerca do livre arbítrio²³⁷. Vivendo em um tempo onde os penalistas alemães estavam filiados à corrente do positivismo jurídico de base histórica e em parte inspirada na Escola Histórica do Direito – exemplos de BEKKER e BIENER – ou, como LUDEN, se uniam aos ideais de KANT ou de HEGEL no endereço filosófico-especulativo, Tobias Barreto não estava isolado em suas desconfianças às premissas sociológico-naturalísticas, já que a divisão entre a tendência cultural valorativa de SAUER e o naturalismo crítico de MEZGER tornavam o rumo do positivismo de LOMBROSO e as restrições da subcorrente sociológica tomado por LIZST uma corrente secundária na Alemanha²³⁸.

O afastamento da linha filosófica metafísica se deu apenas em 1876, mesmo com a manutenção de alguns de seus postulados básicos: rejeitando a posição dos ortodoxos, adere ao monismo evolucionista de HAECKEL ao transferi-lo para o direito, “recusando a concepção mecanicista e não a colocando no mesmo plano do monismo que persistia em manter”²³⁹. A diluição da visão clássica do delito veio, assim, pela demanda oriunda da mudança do paradigma do método científico em meados do séc. XIX, por força do aumento das populações urbanas nos grandes centros e, como causa ou consequência, o crescimento da delinquência. A transição histórica brasileira igualmente foi o contexto de recepção e disseminação do positivismo do velho continente e viu a noção hegeliana de progresso se confundir com a de ciência no campo da filosofia (Augusto Comte) – o que pode ser confirmado pelas análises da influente corrente no Brasil do pós-guerra, marcada pelo trabalho de intelectuais ligados ao campo católico e de uma antiga forma de se escrever a história das ideias no país “que parte do pressuposto de uma evolução linear e positivista (em etapas) do pensamento” e que “analisou os autores e pensadores brasileiros em textos que se tornaram bibliografia básica da historiografia tradicional do pensamento no Brasil” utilizando-se de “categorias originárias do debate europeu em história da filosofia do século XIX, tais como ‘positivismo’,

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 152.

²³⁷ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues dos. **Tobias Barreto e o positivismo penal**, p. 370.

²³⁸ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 275.

²³⁹ ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**, p. 305.

‘evolucionismo’, ‘ecletismo’, ‘monismo’, ‘darwinismo’ etc., sem fazer a devida contextualização histórica dos respectivos processos de recepção e apropriação de ideias”²⁴⁰.

Tobias Barreto foi um crítico severo de muitas ideias tradicionais em matéria filosófica e, principalmente, religiosa e se voltou contra tudo aquilo que representava o *establishment* da cultura jurídica novecentista. Desenvolveu um profundo conhecimento e expos argumentos que, ao contrário do que afirmam alguns biógrafos mais apressados e não muito cuidadosos com a leitura integral e holística da sua obra, não se limitam ao ataque gratuito, mas tocam em pontos ainda desafiantes para o pensamento e a tradição da história filosófica – como é possível perceber o contexto nos quais revela a simpatia inicial pelo positivismo de Augusto Comte e as discussões contra o pensamento tomista de Soriano de Sousa, ambos correntes e em voga naquele momento.

1.1.1 A posição em face do biologicismo e do determinismo naturalista lombrosianos e do positivismo criminológico

No entanto, foi a sua crítica ao positivismo criminológico e ao determinismo naturalista de Cesare Lombroso que o destacou como o primeiro na América Latina a opor uma contraofensiva às ideias lombrosianas, compreendendo-o e formulando objeções que só mais tarde seriam apresentadas na Europa²⁴¹. No Brasil, a criminologia positivista da chamada “Nova Escola Penal” capitaneada por Nina Rodrigues teve em Tobias Barreto um dos principais obstáculos teóricos à consolidação do modelo determinista. Epistemologicamente, rechaçando o método psicológico, apontou a “inadequação da importação dos métodos das ciências naturais para o conhecimento de questões humanas”²⁴². A crítica ao positivismo lombrosiano era direcionada à metafísica e a transcendência do radicalismo de suas ideias ao debate político e sociológico, inclusive, alcançou essas questões no tratamento que o concebia como “religião da humanidade”²⁴³.

Em relação ao estilo, sua “índole iluminista e fragmentária, menos tratadista do que ensaísta”²⁴⁴, decorreria de uma atitude crítica personalíssima e marcante que, em auto-

²⁴⁰ BORRMANN, Ricardo. *A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro*, p. 155-156.

²⁴¹ AMADO, Gilberto. *Tobias Barreto*, p. 26-27.

²⁴² HORA, Graziela Bacchi. *A filosofia do direito de Tobias Barreto*, p. 170.

²⁴³ COSTA, João Cruz. *Contribuição à história das ideias no Brasil*, p. 143 e ss.

²⁴⁴ HORA, Graziela Bacchi. *A filosofia do direito de Tobias Barreto*, p. 144.

avaliação, dizia Tobias ser uma *questão de sentimento* expressa pela palavra alemã *Stilgefühl*²⁴⁵, apenas possível em face da inexistência, para ele, de ciência, filosofia, literatura e poesia próprias e bem acentuadas – arrematando que, à míngua delas e sem regras a serem respeitadas, não se podia ter um teto antes de possuir um edifício²⁴⁶. O nível de profundidade dispensado a alguns temas não era definido pela forma da escrita e nem tampouco ao tratamento dado nas citações que fazia e uma marca inconfundível disso era a maneira como fazia menção aos nomes e obras e apresentava as teorias: não os expunha comportadamente e nem os alinhava “como em um mostruário”, mas avançava em seus raciocínios em concordância ou divergência, “fazendo deles personagens de uma reflexão viva, ardente e envolvente”²⁴⁷.

Uma distinção entre o *Tobias filósofo* e o *Tobias criminalista* poderia ser, em última análise, até ampliada sem que isso importasse em prejuízo à sua memória, já que em vários outros ramos contribuiu com destacado e peculiar mérito, seja com seu magistério, sua poesia ou ainda sua visão política. A pluralidade de conhecimento e, principalmente, a diversidade temática foram responsáveis por um outro olhar, sobretudo dos seus contemporâneos. Segundo Clóvis Beviláqua, “como filósofo e como jurista foram as ideias gerais, os princípios dominantes que o seduziram. Mas nunca enfeixou, numa síntese completa, essas ideias fundamentais. Assim como lhe faltava o gosto pelas análises demoradas, não lhe aprazia deter-se em obras de grande extensão”²⁴⁸.

Foi exatamente no último quartel do século XIX que se deu o ápice da produção literária de Tobias Barreto. Muito debilitado e em boa parte do tempo licenciado do ensino, vivia seus últimos anos de vida – exatamente nos quais se deram profundas mudanças estruturais que corroeram lentamente os pilares de sustentação da sociedade imperial na qual a militância positivista se intensificou no Brasil. Segundo um levantamento²⁴⁹ realizado a partir de um resumo cronológico da evolução, “entre 1850 e meados dos anos de 1870, a presença da doutrina limitou-se a expressões acadêmicas avulsas” e que “só a partir de 1874, com a

²⁴⁵ Ou “sentimento do estilo”. In: BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 149.

²⁴⁶ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 149.

²⁴⁷ SALDANHA, Nelson. **Romantismo, evolucionismo e sociologia**, p. 60-62.

²⁴⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 363-364.

²⁴⁹ Com destaca Alfredo Bosi, essa pesquisa “lembra a tese de doutorado em matemática de Pereira de Sá apresentada em 1850 à Escola Militar; a correspondência de Nísia Floresta com o filósofo, que ela conhecera pessoalmente em Paris; o folheto do maranhense Brandão Jr. sobre a escravidão no Brasil, publicado em Bruxelas em 1865, que comprova o pioneirismo dos comtistas na luta pela abolição; enfim, algumas profissões de fé da parte de cidadãos ilustres como Benjamim Constant, professor na Escola Militar e repetidor convicto da *Synthèse Subjective*, e o conselheiro João Alfredo”. In: BOSI, Alfredo. **O positivismo no Brasil**, p. 19-21. Ver: MENDES, Raimundo Teixeira. **Resumo cronológico da evolução do positivismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Apostolado Positivista do Brasil, 1930.

publicação do primeiro volume de *As Três Filosofias* do médico paulista Luís Pereira Barreto e, em 1875, no Rio de Janeiro, com a adesão pública de Miguel Lemos e Teixeira Mendes à filosofia positiva, a propaganda ganha consistência grupal”²⁵⁰. A base dos positivistas nacionais era a doutrina comtiana que se orientava, na prática, na ciência como base de explicação da história e tinha como proposta política algo inovador para a época: republicana, abolicionista e “progressista” – para usar uma expressão positivista em uma realidade nacional fundada na escravidão e nas ordenações imperiais cuja sociedade se reorganizava sob a égide do trabalho livre, a industrialização e a República²⁵¹.

A crítica da superficialidade feita comumente e que pretende atingir diretamente a qualidade literária da sua produção se torna paradoxal diante da identificação do auditório que, ávida por novidades, encontrava em Tobias Barreto a versatilidade e uma inconfundível sensibilidade inventiva que acaba, por isso, contrastando com o rótulo de um autor apressado e superficial. Se é certo que os parâmetros que, vendo-o hoje, o fazem mais um polemista que um tratadista em sentido literal – já que nunca sistematizou ou organizou seus escritos programaticamente com divisões/subdivisões e ao melhor estilo do dogmatismo teológico – não é menos verdadeiro que reconhecia o sabor da provocação e da polêmica quando acentuou dolosamente, em tom jocoso, não ter sido constituído pela *verdade*, não possuindo dela procuração para que falasse em seu nome²⁵², assim como confessou duvidar da própria dúvida²⁵³. Ao duvidar, Tobias permite-se desconstruir a si mesmo por fidelidade à dúvida e reconhece aos seus opositores o direito de duvidar – e isso o animava, como “o menino provocador de vacas paridas que reaparece, subindo em árvores e se rindo dos riscos e de sua própria velocidade”²⁵⁴ – o que, sem que os oponentes se apercebessem com esse ceticismo, diluía a capacidade argumentativa e atendia a demanda da plateia por mais sensibilidade e menos cientificidade.

O que dividia os métodos de estudo do crime como fenômeno era, sem dúvida, o *signo diferencial* dos dois endereços: enquanto a escola clássica adotara o **lógico-jurídico**, a positivista acolhia o **experimental** – o que levou Tobias Barreto, como evolucionista

²⁵⁰ BOSI, Alfredo. **O positivismo no Brasil**, p. 21.

²⁵¹ SUPERTI, Eliane. **Positivismo e escravidão**, p. 1.

²⁵² BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 327.

²⁵³ “Kant proclamava só conhecer duas evidências: a do céu estrelado sobre sua cabeça e a da lei moral no seu coração. O mesmo poderia dizer Tobias. Mas, enquanto Emmanuel Kant se instalava em semelhante dualidade, Tobias jurava pelo monismo. Ele não vencera as esfinges, apesar dos entusiasmos que difundia. Por isso, confessou a Sílvio Romero que duvidava de suas dúvidas. Era a face atormentada do grande afirmativo”. In: DELGADO, Luiz. **Gestos e vozes de Pernambuco**, p. 205.

²⁵⁴ HORA, Graziela Bacchi. **A filosofia do direito de Tobias Barreto**, p. 173.

preocupado em responsavelmente encaminhar o direito no rumo das ciências naturais dominantes, a afirmar que estaria na mudança de princípio e de método a saída para uma nova intuição do direito que atendesse à necessidade de integrar os estudos jurídicos e assentasse em lugar apropriado no “sistema orgânico das ciências” a jurisprudência. Segundo ele, esse método era o *histórico-naturalístico*, então “commum a todos os ramos de conhecimento mais adiantados, a observação e a reflexão applicadas á esphera do direito, do mesmo modo que se applicam á outras ordens de fenômenos naturaes”²⁵⁵.

Diante do reclamo geral e fundamental era a aplicação dos métodos positivos ao estudo da criminalidade, “essas ideias estabeleciam uma larga base de contacto entre o mestre brasileiro e a corrente sociológico-naturalística da ciência criminal”²⁵⁶.

1.4.1 A oposição a Augusto Comte e as críticas a Nina Rodrigues: o pioneirismo na contraofensiva às ideias de Cesare Lombroso

No contexto do final do século XIX as ideias positivistas advindas da Europa, disseminadas por vezes acriticamente no Brasil, foram responsáveis por influenciar grande parte dos pensadores brasileiros. A filosofia positivista de Augusto Comte que reagia ao pensamento clássico, ao jusnaturalismo e ao uso do modelo lógico-abstrato, empregava o método de estudo onde o homem era considerado em sua própria natureza e relações sociais. Ao aportar no Brasil, esses pensamentos foram recepcionados com assentimento e rejeição, fazendo adeptos por um lado e recebendo uma contraofensiva de outro: no eixo Rio-São Paulo, com a afirmação do positivismo nos meios intelectuais onde se teve mais forte e difundida sua influência, e na Escola do Recife, onde o positivismo culturalista se distinguiu do positivismo ortodoxo praticado no Sudeste do país seguindo, a princípio, a ala dissidente inspirada em LITTRÉ – percebendo-se, no entanto, com clareza, “ortodoxos e heterodoxos defendendo em comum o abandono das velhas ideias”²⁵⁷. Em suma: nem todas as ideias de Comte e as variações de Taine, Noiré e outros foram assimiladas em solo nacional.

É certo que Tobias não manteve contato com autores alemães e, talvez por isso, não conseguiu transcender ao campo do kantismo justamente pela base nas leituras de Ludwig Noiré. Como seu germanismo era direcionado para autores pouco conhecidos na Alemanha,

²⁵⁵ BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**, p. 112.

²⁵⁶ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 276.

²⁵⁷ ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**, p. 304.

acabou ignorando por desconhecimento e dificuldades de acessibilidade outras contribuições mais importantes²⁵⁸. Ao optar pela cultura germânica e se afastar definitivamente das abstrações de “ordem e progresso” do pensamento francês dominante no cenário intelectual brasileiro, Tobias se encanta pelas conquistas das ciências naturais (Haeckel), pelos ensinamentos da “Filosofia do Inconsciente” (Eduard von Hartmann) e, por fim, acolhe a doutrina de Ludwig Noiré – “uma das mil luzes apagadas do pensamento alemão, mas em cujos escritos Tobias pensava poder encontrar satisfatória solução para superar o antagonismo, que o atormentava, entre o mecanicismo causal da natureza e o finalismo que lhe parecia essencial ao mundo do espírito”²⁵⁹.

Influenciados por Tobias Barreto, os juristas do Recife criticavam o antigo método abstrato, mas não evitaram a influência metafísica – cuja oposição à confiança na definição do absoluto e na afirmação de validade do ultra-experimental ficou clara na crítica feita à contradição recíproca e do que denominou como *simples hipóteses e conjeturas*²⁶⁰. Essa outra metafísica aceita por Tobias estaria relacionada ao método como acesso ao conhecimento, de ordem epistemológica – o que revela sua influência por Ernst Haeckel. Este entendimento era acerca da impossibilidade de que toda a realidade fosse explicada por meio de uma lógica causal mecanicista e determinista, pretendendo Tobias com isso a “comunhão entre as ciências naturais e a especulação filosófica” e que “só por meio das mais íntimas relações e recíproca penetração da filosofia e empiria é que surge o edifício inabalável da verdadeira ciência monística, ou, o que é o mesmo, da ciência natural”²⁶¹.

Diferentemente da Idade Média, onde a filosofia possuía caráter instrumental de serviçal da justiça, para COMTE ela estava alicerçada nas ciências exatas e embasava uma perspectiva orgânica da natureza e da sociedade, funcionando como um enciclopédia que sistematizaria e forneceria o sustentáculo científico²⁶². Augusto Comte (1798-1857), considerado o criador da **sociologia** como ciência tal qual ela assim foi batizada²⁶³, fundou o “positivismo” e, talvez por sua formação matemática, supunha que a precisão das leis deveria ser a mesma das ciências experimentais. A verificabilidade imposta por aquela epistemologia sociológica aproximava os

²⁵⁸ LOSANO, Mario G. **O germanismo de Tobias Barreto**, p. 273-281.

²⁵⁹ REALE, Miguel. **Tobias Barreto na cultura brasileira**, p. 40.

²⁶⁰ BARRETO, Tobias. **Recordação de Kant**, p. 376.

²⁶¹ BARRETO, Tobias. **O haeckelismo na zoologia**, p. 208.

²⁶² ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**, p. 306.

²⁶³ “Embora se diga que ele tinha intenções de batizar esta ciência de ‘física social’, mas logo a chamou de ‘sociologia’ para não repetir um termo já utilizado por Quetelet”. ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**, p. 287.

cientistas estudiosos despidos de espírito social dos políticos e empresários desprovidos de formação científica²⁶⁴. O conservadorismo das ideias filosóficas positivas estava baseado na *ordem* e, assim, como condição fundamental do *progresso*, criava um ciclo organicista retroalimentante e justificador do sistema dominante – não à toa o lema positivista indissociável “ordem e progresso” presente na bandeira brasileira condiciona o aspecto dinâmico dessa à estabilidade harmoniosa daquela, formando um consenso e “a submissão do múltiplo ao único”²⁶⁵. Assim, o método científico reduzido a uma regressão aos determinismos daquele século e ao “vezo factualista (...) que ignoraria o drama das relações intersubjetivas e, em escala maior, o movimento contraditório da História ao qual, desde Hegel e Marx, se dá o nome de dialética” acabou sintetizado à “hegemonia da coisa especializada, mensurável, impenetrável, portanto, opaca e inerte”²⁶⁶.

Há uma discussão, como já dito, acerca da posição aparentemente contraditória de Tobias Barreto no campo filosófico. A forma de escrever, os fatos que envolviam sua história pessoal, o modo como se chegavam as bibliografias naquela época e, principalmente, o espírito irrequieto, dão a entender que, dentre tantos méritos, não estava o de ser ele um autor sistemático – sendo melhor classificado como um **ensaísta**²⁶⁷. Segundo Clóvis Beviláqua, “dessa peculiaridade da constituição de seu espírito, comum a todos os ensaístas que o são por indole, resultou a obra fragmentaria que nos transmitiu”²⁶⁸. Como é compreensível no percurso de todo pesquisador, o pensamento de Tobias avançava na exata medida em que ia adquirindo e processando as informações que lhes chegavam. Ao falecer em 26 de junho de 1889 com apenas cinquenta anos de idade, a impressão que se tem hoje é que muito ainda teria para contribuir e aprimorar, ver e rever, romper e mudar. Como uma lente constantemente aprimorada e ajustada, Tobias parecia desconfiar de cada conclusão no mesmo momento em que a tinha, deixando a vida terrena na idade em que costumam ocorrer as expressões de maior maturidade criativa²⁶⁹. Por não ter tomado a distância necessária da influência metafísica e não

²⁶⁴ O governo deveria pertencer a essa segunda categoria que, segundo Anitua, foi conhecida por Augusto Comte enquanto secretário do Conde de Saint-Simon, filósofo e economista francês – com quem veio a romper posteriormente. In: ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**, p. 288.

²⁶⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**, p. 289-290.

²⁶⁶ Aqui cumpre destacar, como observou Alfredo Bosi, que “os lemas propostos vinham nesta sequência: o Amor por princípio, a Ordem por base, o Progresso por fim. O dístico de nossa bandeira republicana, *Ordem e Progresso*, sugerido por Benjamim Constant, reproduz a proposta que Comte fizera aos republicanos franceses em 1848”. In: BOSI, Alfredo. **O positivismo no Brasil**, p. 17-19.

²⁶⁷ LOSANO, Mario G. **O germanismo de Tobias Barreto**, p. 279. Nesse sentido, também CHACON, Vamireh. **O radicalismo crítico de Tobias Barreto**, p. 282.

²⁶⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Juristas philosophos**, p. 112.

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 157.

se desvencilhar totalmente das crenças religiosas, mesmo combativo do antigo método abstrato, Tobias Barreto recebe algumas acertadas críticas.

Lado outro, não parecem justas as críticas póstumas de Nina Rodrigues, sobretudo por se localizarem fora de contexto e não refletirem a magnitude do enfrentamento ideológico da questão. E aqui igualmente se assume o risco de uma simplificação que parece constante na obra de Tobias: “a busca de uma fuga do positivismo sem cair no espiritualismo metafísico tomista ou cair em um turvo ecletismo que parecia dominar o panorama do pensamento filosófico da sua época (ou talvez também no romantismo krausista)”²⁷⁰. Ainda que a doutrina do ecletismo espiritual vivesse seu apogeu entre os franceses – o que, inclusive, levou dois brasileiros (Salustiano Pedrosa e Gonçalves de Magalhães) a viajarem para a França a fim de beberem na fonte de Maine de Biran, Victor Cousin e Theodore Jouffroy – Tobias Barreto se posicionou pelo afastamento da incidência da filosofia moral espiritualista na compreensão do fenômeno jurídico, já que, para ele o naturalismo e o ecletismo espiritualista que estava sob o seu manto não se tratavam de ciências, considerando a subjetivização do objeto ao arbítrio do cientista. De fato, há uma grande distinção entre o olhar para a lua de um astrônomo e de um astrólogo ou do sentimento de um cientista e de uma bela moça ao receberem a mesma rosa²⁷¹.

A adoção das ciências empíricas como modelo de conhecimento ditada pelo positivismo de Augusto Comte – que Tobias rejeitou de plano – não impediu que a metafísica influenciasse as perguntas e respostas cuja origem está nas especulações de natureza metafísica. Aqui está a maior divergência entre as ideias de Tobias Barreto e de Augusto Comte: ao utilizar a metafísica, ele inadmitia que o conhecimento filosófico fosse superado pelo científico, negando a **lei dos três estados**, refletindo tal divergência na impossibilidade de aceitação determinista e do livre arbítrio. O postulado de COMTE era de que “a humanidade passara pelas etapas *teológica* (primeiro fetichista, depois politeísta e, enfim, monoteísta), *metafísica* e, finalmente, *positiva*”, onde “a última fora propiciada pelas duas revoluções modernas, a política (francesa) e a industrial (inglesa), mas só a filosofia positivista viera inaugurá-la”²⁷².

Além disso, houve um enfrentamento de Tobias à “religião comteana” que o levou a buscar fontes em outras vertentes a entrincheirar suas posições no germanismo. Nesse sentido, “a qualificação de *positivismo* parecia ser reservada neste tempo ao comtismo e contra este empunhou Tobias primeiro o *monismo* fundado em Haeckel. Spencer e Haeckel são citações

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 158.

²⁷¹ PAES, Alberto de Moraes. **Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes**, p. 56.

²⁷² BOSI, Alfredo. **O positivismo no Brasil**, p. 18.

recorrentes de Tobias Barreto, mas ele não era ingênuo e, como hoje é óbvio, ele logo percebe que no fundo estava lidando com diferentes versões de uma mesma ideia básica”²⁷³. Diferentemente da inclinação metafísica de Tobias, Sílvio Romero era filosoficamente mais próximo ao pensamento evolucionista de Herbert Spencer, cuja preocupação não era a filosofia, mas “a busca de tipos básicos que possibilitassem a explicação dos fenômenos sociais brasileiros, servindo a filosofia apenas de ponto de partida na procura da resposta a esta questão sociológica e epistemológica fundamental”, ponto em que “foi grande e inovador”²⁷⁴.

Importante destacar que as opiniões de Tobias Barreto que se aproximavam à existência de uma *metafísica* não implicavam na aceitação acrítica de um direito apriorístico ou de ordem natural. Isso fica claro com a aceitação do evolucionismo enquanto este, como ciência, inspiraria o direito no ingresso das ciências modernas. Nesse sentido, são encontradas algumas críticas às correntes da Escola clássica criminal e ao pensamento cuja base é do jusnaturalismo. Com sua característica objetividade e sem medir adjetivos, denominou Francesco Carrara, como “um penalista metafísico da pior espécie”²⁷⁵ que dizia “que o crime é uma *entidade jurídica*; o que aliás tem tanta graça, como se alguém dissesse que a doença é uma *entidade médica*”²⁷⁶. Logo, não fica muito clara nesse momento qual a posição de Tobias sobre o tema da *metafísica* – ora defendendo dos exageros, ora tecendo severas críticas – ainda que tenha se afastado das escolas filosóficas dogmáticas e dualistas.

O apego à metafísica, em tempos de positivismo extremado, gerou enormes críticas à sua obra. Com uma concepção de mundo muito distinta, Nina Rodrigues chegou a ironizar a defesa de uma espécie de livre-arbítrio relativo, alegando que “Tobias Barreto, o monista, o evolucionista, revolucionador do ensino do direito no Brasil, estacou ante a consequência fatal dos seus princípios filosóficos”²⁷⁷. A adesão pelas elites urbanas das ideias positivistas foi preponderante na recepção dessas ideias no Brasil. A representação política no Império e a simpatia ao movimento republicano que emergia acabara por trazer identificação ao positivismo. Nessa difusão, não se pode olvidar a contribuição dos graves problemas sociais brasileiros, mais visíveis após a abolição formal da escravidão e responsáveis por fortalecer as ideologias de defesa social e controle punitivo das classes tidas por perigosas. Não é

²⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 158.

²⁷⁴ ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**, p. 305.

²⁷⁵ BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em Direito Criminal**, p. 74.

²⁷⁶ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 33.

²⁷⁷ NINA RODRIGUES, Raymundo. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**, p. 51.

coincidência atribuir a isso o autoritarismo da primeira República, que encontrou nos penalistas um solo fértil para a propagação dessas novas ideias.

Segundo Aníbal Bruno, “mesmo antes do positivismo criminológico italiano, a nova metodologia positivista começou a ser ensaiada na seara criminal”²⁷⁸. Nesse sentido, “(n)o campo específico da criminologia, os positivistas fizeram sua a ideia de Comte de que o progresso científico se desenvolveria do estágio teológico para o metafísico, e deste para o estágio científico ou positivo. Tal implica a completa separação da ciência e do direito da moral, como também a prioridade da ciência, o repúdio do livre-arbítrio e da responsabilidade moral”²⁷⁹.

Convém ainda lembrar “que o positivismo foi a ideologia do neocolonialismo por excelência” e que “o *spencerianismo* foi sua versão própria do neocolonialismo britânico e que em toda América Latina se quis disseminar o falso dilema entre um positivismo filosófico, supostamente progressista, científico e ordenado ou a volta à reação, ao conservadorismo, à metafísica (que é entendida como espiritismo por Ferri), ao tomismo e à ideologia colonialista”²⁸⁰. Acertadamente, ainda segundo ZAFFARONI, “em termos políticos, isto significava que não havia mais alternativas: o colonialismo ibérico ‘retardatário’ ou o neocolonialismo britânico ‘progressista’. O evolucionismo, na forma em que o interpretaram estas correntes, levava a esse dilema”²⁸¹.

Com acerto, a volta a Kant de Tobias foi algo intuitivo – o que, por ser sugestivo, não pode em si mesmo ser desconsiderado, posto que significativo – já que, “de uma filosofia materialista-mecanicista, grosseiramente vulgar, que não passou de um cientificismo que leva a um reducionismo biológico da pior espécie, Tobias foi buscar urgentemente elementos de um filósofo preocupado com a dignidade do homem e não aceitou jamais o conceito de pena a que o conduzia diretamente sua primitiva admiração por Haeckel”²⁸². Lado outro, principalmente quando emparelhou pena à guerra, se afastou da tese kantiana oitocentista sobre a **paz perpétua** resultante do Iluminismo, já que descreu do irrestrito domínio da razão e a difusão do discurso científico como possibilidades para o fim dos conflitos bélicos e que poderiam indicar a inscrição humana na maioria da razão²⁸³.

²⁷⁸ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 270.

²⁷⁹ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues dos. **Tobias Barreto e o positivismo penal**, p. 373, a partir de MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**.

²⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 159.

²⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 159.

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 160.

²⁸³ BIRMAN, Joel. **Guerra e política em psicanálise**, p. 18-19.

Dois anos antes da sua morte em 1889, Tobias Barreto parece ter se aproximado ainda mais do pensamento kantiano por meio das versões neokantianas, mas não foi isso o que o levou a “rejeitar o conceito monista-mecanicista de Haeckel em seus mais difundidos trabalhos penais – que serão os que, justamente, o criticará Nina Rodrigues – já que a primeira edição de *Menores e Loucos* é de 1884, enquanto que a segunda edição é de 1886 e nelas Tobias expressa que o fundamento do direito de punir é uma “inolvidável brochura... aparecida pela primeira vez há mais de seis anos”²⁸⁴.

Ao mesmo tempo em que reconheceu que apenas aos médicos competia apreciar e dar a última palavra acerca do estado de (a)normalidade da constituição psicofísica do indivíduo criminalizado e ampliou as suas atuações então limitadas a atestarem esse estado, Tobias Barreto retirou dos juristas a possibilidade de julgá-los. Assim ele abre o capítulo em *Menores e Loucos* que analisa a obra *L’Uomo delinquente* de Cesare Lombroso – o qual considerou “italianamente escripto e germanicamente pensado” –, confessando que a leitura começara “doce como mel” mas acabou perturbada e amarga pelos exageros²⁸⁵.

A conclusão que Lombroso “alargou de mais as suas vistas” se excedendo nas suas apreciações termina com um desabafo, seguido da percepção comum de quem lê a inteireza daquela obra: “Tudo tem seus limites. O conhecimento exacto do criminoso não se compõe sómente de dados psychologicos, fornecidos pela observação interna, directa ou indirecta; mas é igualmente certo que não se compõe só de dados *craniométricos*, *dynamométricos*, *ophthalmoscópicos* e todos os mais epithetos sesquipedaes, de que sóe usar a tecnologia medical”²⁸⁶. Esse não foi o único texto em que Tobias disparou suas críticas a Lombroso, apesar de cortejá-lo com alguns pontuais elogios, o que igualmente foi feito por outros criminólogos contemporâneos, sobretudo quanto ao reconhecimento de que não negligenciava os fatores psicológicos e sociais²⁸⁷ e também pela inserção de método que promoveu – muito embora o rígido determinismo biológico e a explicação patológica da criminalidade formulassem conclusões equivocadas, porque errôneas também eram as premissas que as produziam.

Também em *Prolegômenos do Estudo de Direito Criminal*, e bem observando os riscos da perspectiva monocular do pesquisador sobre o seu objeto de análise, ele resgata o zoólogo holandês Petrus Camper que, por conta da sua dedicação exclusiva ao estudo da osteologia da

²⁸⁴ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. XI. Ver também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues*, p. 160.

²⁸⁵ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 65-66.

²⁸⁶ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 66.

²⁸⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 39.

cabeça dos cetáceos, qualquer ser humano que lhe aparecesse passou a receber a comparação com um mamífero aquático – e até as mulheres, fossem mais ou menos interessantes, eram aos seus olhos como golfinhos ou crocodilos. Ao que concluiu: “(...) Assim, pois, se a exclusiva ocupação com cetáceos pôde chegar ao ponto de fazer o sabio esquecer-se de tudo mais e reduzir até a fôrma humana, a propria fôrma feminina, á primitiva e grosseira morphologia dos peixes, não será pela mesma causa que a exclusiva ocupação com doidos, como *medico* e *director* de hospícios de alienados, pôde tambem acabar por gerar a convicção de que todas as anomalias da vida social são outros tantos fenômenos de loucura?...” – e arremata: “Lombroso e seus confrades não serão victimas de uma ilusão igual á de Camper?...”²⁸⁸.

Naquela crítica direta, inobstante indicar alguma aceitação metodológica inicial, Tobias também aponta um paradoxo no modelo adotado por Lombroso: em sua ideia capital e reduzindo o crime às “proporções de um fato natural, incorrigível, inevitável, tão natural e incorrigível como a doença”, ele ignora (ou julga inútil) a função da justiça pública – inutilidade provada pelo fenômeno da *reincidência*²⁸⁹. E é interessante observar que, ao indicar a identificação de nova prática delitiva, além de naturalizar este fenômeno repetido, ele esvazia a utilidade punitiva – ainda valorizada pelos “juristas teólogos que porventura ainda creem nos efeitos salutareos e purificadores da pena” – e conclui que se “os recidivos no crime só servem para dar testemunho da inutilidade das leis penais, os recidivos no vício atestam igualmente a insuficiência da lei moral, donde quer que ela provenha, e não deixam de arrastar as mesmas consequências práticas, que Lombroso põe somente à conta dos primeiros”²⁹⁰.

A chamada “*Escola do Recife*”, calcada no monismo e evolucionismo europeu, tinha um zelo menos ardente pelo passado e uma confiança mais séria no futuro. Não fixou princípios e não construiu sistemas, mas abriu perspectivas, rasgou horizontes, semeou ideias bebidas em fontes peregrinas, criou um clima intelectual. Sem sombra de dúvidas que foi Tobias Barreto o grande animador dessa ofensiva vigorosa contra os velhos moldes e os velhos rumos – dele a flama a que os demais se aqueciam, o ímpeto que a discípulos e seguidores se comunicava, o ardor combativo e o gosto pelos altos estudos.

Em relação à oposição feita à Nina Rodrigues que capitaneava à chamada “*Nova Escola Penal*” (criminologia positivista) é preciso que se diga que não houve um debate propriamente dito e direto (contemporâneo). Isso porque a crítica de Nina à ideia de responsabilidade penal

²⁸⁸ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 21.

²⁸⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 69.

²⁹⁰ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 69-70.

de Tobias só teve lugar cinco anos depois da morte de Tobias. A posição respeitosa de Nina Rodrigues a Tobias fica clara quando ele mesmo diz no “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*” que a “(...) memória será sempre recordada com respeito e acatamento por todo espírito liberal e emancipado”²⁹¹. Ou seja, a confrontação ideológica não excede a 10 anos (1884 a 1894) – o que corresponde da publicação de “Menores e Loucos” até “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*”²⁹².

Não se pode compreender esse enfrentamento ideológico aprioristicamente ou desvencilhado do marco social em que ele se desenvolveu: a ambiência da *abolição da escravatura* em 1888 e a *proclamação da República* em 1889, que foram consequências da transformação econômico-social que vinha se operando desde 1850 com os primeiros sinais da queda do preço do açúcar – o que levou à redução da escravidão (em Pernambuco, passou de 21% da população em 1850 a 4% no momento da abolição) e a industrialização e as novas relações econômicas como resultado das mudanças tecnológicas²⁹³. A restrição do embate ao campo ideológico em momento crítico da região (Pernambuco e Bahia) e a formação de uma ampla classe marginalizada do sistema produtivo, fruto das consequências da mutação no cenário regional, são evidenciadas na forma de enxergar a questão criminal e do mundo à volta – e aqui essa distinção fica clara: enquanto os acontecimentos de Canudos foram interpretados por Nina, claro, sob o ângulo da “*loucura epidêmica*”, Tobias Barreto, falecido em 1889, sequer chegou a conhecer.

Nesse sentido, demonstrar a relevância de Tobias Barreto na construção de uma filosofia jurídica original no Brasil e sua vanguardista oposição ao positivismo criminológico, além do seu pioneirismo frente ao pensamento alemão deve se basear nos três níveis retóricos (material, estratégica e analítica). A adesão parcial de Tobias ao positivismo é acusada pelo debate suscitado entre ele e Gonçalves de Magalhães que “configura-se numa das contendas mais importantes para a filosofia brasileira, na medida em que Tobias insere no pensamento acadêmico brasileiro uma crítica ao espiritualismo e ao Direito Natural através de um método reducionista”, ainda que “muito embora algum tempo depois critique a apropriação brasileira ao positivismo por acreditar existir uma incompreensão de Kant – dentre outros – no Brasil”²⁹⁴. Essa avaliação da dimensão subjetiva de Tobias Barreto e dos intelectuais a ele contemporâneos

²⁹¹ NINA RODRIGUES, Raymundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, p. 50.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues*, p. 154.

²⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues*, p. 155.

²⁹⁴ PAES, Alberto de Moraes Papaléo. *Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes*, p. 57.

integra uma historiografia a ser melhor explorada e que tradicionalmente não se foi capaz de realizar, já que investigar em “quais disputas político-ideológicas os autores estudados estavam envolvidos e também quais as múltiplas apropriações realizadas” vai além e até “não se trata de apontar *faltas* ou *falhas* nas distintas formas de recepção de ideias, mas de verificar diversas apropriações num processo transatlântico de circularidade cultural vinculado à conjuntura política” – logo, “diferenças nas formas de recepção relacionam-se, dessa forma, diretamente ao contexto e às disputas intelectuais dos autores em seus meios, bem como às subjetividades envolvidas”²⁹⁵.

Aqui é preciso traçar um paralelo do Brasil e da Europa do século XIX. Enquanto no continente europeu os fatores decisivos para a mudança do paradigma em relação ao controle da criminalidade foram uns, no nordeste brasileiro com a realidade escravocrata foi outra um tanto diferente. Isso porque enquanto o aumento da delinquência no velho continente estava relacionado ao incremento da população urbana nos grandes centros das metrópoles europeias – o que também relativamente podia ser visto no Brasil, particularmente no eixo Rio-São Paulo. Com o fim (ao menos oficial) da escravatura e do trabalho forçado (ao menos literal e escancaradamente), aumenta a quantidade do número de presos por *perturbação da ordem pública* e, nessa crescente, acompanha o número de negros – fruto da demanda dos agricultores que pressionaram pela criminalização da vadiagem, ou seja, para a instrumentalização do controle social em função do recrutamento forçado para o trabalho mal remunerado²⁹⁶.

Abrindo um breve parêntese, convém destacar que há um trabalho importantíssimo e profundo de uma professora estadunidense de sociologia da Union College de Nova York chamada Martha Huggins que estuda temas relacionados à polícia latino-americana e que foi publicado em 1985 sob o título “*Da escravidão à vagabundagem no Brasil: crime e controle social no terceiro mundo*”. Nessa pesquisa, ela aprofundou como em Pernambuco se deu esse formato de controle sobre os corpos nesse momento histórico que ficou caracterizado, segundo

²⁹⁵ Para entender seu posicionamento, faz-se imprescindível (re)ler suas análises ladeando-as ao contexto político-ideológico no qual se deu a recepção de ideias que, em grande medida, quase sempre é “deixado de lado ou analisado apenas secundariamente”, podendo-se dizer o mesmo da questão das disputas político-religiosas que, não apenas Tobias Barreto, mas todos os autores estavam envolvidos. Nesse sentido, BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 156-157. Como sugere o autor, para a análise da dimensão da subjetividade na teoria política e na análise da ideologia, ver: CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **A ‘questão social’ no Brasil: crítica do discurso político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982, além de CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Análise social da ideologia**. São Paulo: EPU, 1988.

²⁹⁶ HUGGINS, Martha Knisely. **From Slavery to Vagrancy in Brazil: Crime and Social Control in the Third World**. Rutgers University Press: New Brunswick, New Jersey, 1985. Também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 156-157.

ela, como *crimes de passagem moral: a prisão punitiva por recrutamento de mão-de-obra*²⁹⁷. E, nesse sentido, HUGGINS aponta que há "*ondas de crime*" de duas ordens: as que produzem a verdadeira prevalência do crime em questão, e as de passagem moral, que não são causadas por um aumento do desvio, mas por um reforço criminalizador do sistema penal sobre esses comportamentos.

Nesse sentido, "o desestímulo ao trabalho – fruto da abolição, ou seja, da redução factual e abolição formal do trabalho escravo – que fez desaparecer a coerção privada ou diminuí-la significativamente, provocou uma revitalização das disposições sobre a *vadiagem*, ou seja, o início do período em que o sistema penal exerce um poder que não perpassa os códigos penais, mas sim as legislações contravencionais, rurais, policiais, de perigosidade social, etc., que perduram até hoje. A justificação biológica dessas legislações baseava-se no racismo: a 'apatia natural' das nossas populações, sua 'escassa industrialização', sua 'falta de iniciativa', sua 'incapacidade para o trabalho' em comparação com a iniciativa e a competitividade das populações nórdicas europeias. Isso deve ser entendido no âmbito de uma *criminologia da dependência* e, nesse sentido, o trabalho quase pioneiro de Martha Huggins é claríssimo: uma massa populacional na qual se afrouxam as rígidas e brutais coações escravistas, enquanto se empobrece a economia primária, sem que ao mesmo tempo possa ser incorporada a uma economia secundária em expansão, gerou uma massa população livre que teve de ser coagida pelo sistema penal, o que foi justificado com argumentos extraídos da ideologia racista: sua inferioridade biológica inata os tornaria indolentes"²⁹⁸.

Dentre tantas provocações resgatadas a partir das ideias de Tobias Barreto, demonstrar as teses propostas ao mergulhar na sua obra talvez seja a maior, considerando algumas das aparentes contradições nas suas ideias e a vastidão do seu legado humanista. Quiçá dentre essas preocupações esteja em como combater o racismo e a seletividade de um sistema penal cada dia mais "racionalizado" que perdura tanto tempo, adquirindo contornos de enraizamento no seio de uma sociedade ainda mais desigual. O hiperencarceramento seletivo, a violência estrutural e a população empobrecida e negra que é vítima diariamente da violência policial estatal reforçam os estereótipos e insistem em racionalizar em forma de "ciência" o racismo, às vezes subliminar, às vezes descaradamente. Em suma: o cenário que se apresenta no nessa terceira década do século XXI é ainda pior do que aquele onde houve a transição do império para a república. E, diante dessa flagrante realidade, a "criminologia do *apartheid*" não parece

²⁹⁷ HUGGINS, M. K. *From Slavery to Vagrancy in Brazil*, p. 77.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues*, p. 156-157.

ter desaparecido. Tanto é assim que as soluções mirabolantes são ressuscitadas e requentadas na incessante busca de uma solução instantâneas para problemas, como demonstrado, que se arrastam por mais de séculos, sendo certo que “tratar de continuar buscando explicações fatorias individuais para a conduta ‘criminal’ neste panorama é atualmente o equivalente do velho reducionismo biologista”²⁹⁹.

1.5 Rebelde, mas não revolucionário: a transformação estrutural e a polêmica questão da posição quanto à escravidão

Uma grande polêmica – talvez das maiores que girem em torno da atitude política de Tobias Barreto – é a questão da sua postura em face da escravidão e do movimento abolicionista. Encontram-se em sua obra textos tanto a favor do escravizado e da sua emancipação como de aceitação ou, no mínimo, de indiferença à sua sorte³⁰⁰, o que não o faz, sequer de longe, um escravocrata, mas que não impede em reconhecer que “o escravo foi a nossa realidade social que Tobias mais deliberadamente ignorou”³⁰¹. O certo é que a crítica que o inclui entre os propagandistas da campanha abolicionista também parece incompleta e questionável. E, se por um lado, na escala que gradua os homens em escravocratas, emancipadores (moderados e adiantados) e abolicionistas haveria boa vontade em inclui-lo na penúltima³⁰², tamanha sua leniência ao apressamento do cativo e respeito ao direito de propriedade escrava, o maior argumento utilizado para provar sua passividade foi, além da omissão ou ausência na campanha libertária, o fato de ter Joaquim Nabuco como desafeto e tornar a questão pessoal – levando-o a ter uma verdadeira aversão àquele movimento.

Se é certo que, por não aderir aos ideais e nem tampouco fazer campanha a favor, não se pode dizê-lo republicano – apesar das impressões deixadas em seus primeiros escritos políticos, também não se pode confirmar seu direcionamento liberal contrário ao advento da República³⁰³. E se não foi um propagandista e nem adepto do Partido Republicano, ao se

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues**, p. 185-186.

³⁰⁰ BARRETO, Tobias. **A questão do poder moderador**, p. 50.

³⁰¹ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 71.

³⁰² MORAES FILHO, Evaristo. **Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional**, p. 50.

³⁰³ O “liberalismo mitigado” que pautou o pensamento filtrado pela censura religiosa da época era apropriado aos desejos da elite agrária e escravocrata no contexto da luta pela independência e “enquanto o referido liberalismo questionava o pacto colonial, não punha em xeque a monarquia, nem a estrutura social patriarcal assentada na escravidão”. In: BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 160. Ver também: NEDER, Gizlene. **Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

assenhorar das correntes do pensamento acabava naturalmente por se distanciar da aplicação social concreta. E isso fica claro quando criticava a sociedade do seu tempo sem, contudo, empreender muitos esforços para transformar estruturalmente suas bases e alicerces. A saída que encontrou como defesa para as acusações que começara a sofrer e para a fama de escravocrata que se iniciava em torno de si foi, para atacar a monarquia, igualmente tentar extirpar a escravidão como **instituição caduca** – tentando a velha fórmula “de apoiar um erro sob a aparência de condená-lo, eis que de sua eliminação se faz um problema ainda mais geral e mais difícil”³⁰⁴.

O espírito emancipado e revolucionário existente no pensamento de Tobias convivia com sua disposição à provocação, tomando os ataques contra si uma glória a ponto de afirmar que se deprimia quando se julgava, mas sentia orgulho quando se comparava³⁰⁵. O valor dado à sua concepção de liberdade o relaciona com a posição dos trabalhadores, “distanciando-se claramente do entendimento de liberdade relacionado à fórmula de distribuição e contenção perante a coletividade”³⁰⁶. Ao correlacionar a liberdade à luta e posiciona-la como opositora da igualdade, Tobias Barreto distingue em *Um discurso em mangas de camisa* a liberdade exercida ao falar, bradar, cuspir e macular o próximo da liberdade que se traduz em atos dignos e meritórios, se desvencilhando do que denomina “escola dos theoreticos paciente” que, segundo ele, “julgam o povo ainda não maduro para a liberdade” e concluindo, com rara capacidade de fazer analogias, ironizando: “Como se fosse possível aprender a nadar sem metter-se dentro d’água, ou aprender equitação sem montar a cavalo! – Dislates iguaes aos dos que querem que o povo passe por um tirocínio da liberdade, sem aliás exercê-la”³⁰⁷.

Já demonstrando uma ponta de reacionarismo ao que se apresentava em matéria de reivindicação abolicionista e democrática que então se processavam, Tobias Barreto, ao escrever para Sílvio Romero em 1885, demonstrou sua antipatia pelas agitações políticas daquele momento e disparou contra Joaquim Nabuco: “Temos tido por aquí muita retórica. O Nabuco deu variado concertos de palavras no Santa Isabel, terminando a comédia por uma cena de sangue, na qual foi herói o grande José Mariano. Dois assassinatos apenas e alguns ferimentos!... Que me diz a isto?... Estou suspirando pela ascensão dos conservadores. Só eles podem vir a restabelecer a ordem perturbada. Em Pernambuco, pelo menos, não há segurança;

³⁰⁴ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 71.

³⁰⁵ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 67.

³⁰⁶ HORA, Graziela Bacchi. **A filosofia do direito de Tobias Barreto**, p. 154.

³⁰⁷ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 299-300.

as facadas estão na ordem do dia. Posso lhe garantir que os deputados liberais desta província levam sangue nas unhas; fuja deles”³⁰⁸.

Declaradamente, Tobias não gostava de Joaquim Nabuco. Segundo Hermes Lima, comparando Nabuco a Castro Alves, eram igualmente “outro apolínio e feliz”. Em uma roda na qual se criticava a pose tribuniária do orador abolicionista, Tobias satirizou em versos improvisados: “O’ tú que vieste de Londres/ Com teu verbo eloquente/ A êste povo beócio/ Ensinar que negro é gente,/ Falando de mão na ilharga/ Qual figura de entremez,/ Como quem dança a Caxucha/ Ou quem bate o solo inglês,/ O que dizes não tem senso,/ O que escreves não tem suco:/ És um cômico medíocre,/ Não sejas bêsta, Nabuco”³⁰⁹.

No Brasil, penúltimo país do mundo a interditar juridicamente a escravidão, a questão do escravismo colonial – que supõe poder doméstico senhorial – é particular e legou ao capitalismo tupiniquim a produção à golpe de chicote. O poder punitivo doméstico estava entranhado e permaneceu como prática e estética. Quanto ao posicionamento (ou a ausência dele) quanto à escravatura que divide opiniões, muitas são as divergências. Situando-os historicamente, faz-se necessário posicionar os defeitos de Tobias Barreto e contextualizá-los no tempo, sem que isso seja propriamente uma defesa sua sem procuração para tanto, nem mesmo ainda substabelecido por Sílvia Romero. Portanto, sem poderes destinados a esse fim, tais posturas merecem ser analisadas à luz das ideias a ele contemporâneas e considerando a ambiência do meio em que viveu, podendo ser creditadas ora ao romantismo responsável pelos seus exageros e dos seus coetâneos, ora pelo temperamento dos reformadores dos métodos e dos conhecimentos – em quem se pode identificar, indistintamente, “uma certa muscularidade, uma certa bruteza, companheiras da sinceridade da crença e da força de sentimentos”³¹⁰.

Ademais, não se pode ignorar que a sua susceptibilidade produzida pela sua condição humilde que desencadeou ao longo da vida o permanente convívio com os preconceitos quase sempre mal dissimulados, aliada à miséria em que nasceu, viveu e morreu, foram responsáveis pelas explosões e manifestações violentas que revelavam seus ressentimentos. As nuances das suas ideias que, não raras vezes, apresentam diversas contradições e revelam sua personalidade controvertida, também foram responsáveis por inviabilizar “um entrosamento coerente no mecanismo político vigente em sua época” e, conseqüentemente, “nenhum pensamento político

³⁰⁸ BARRETO, Tobias. **Vários Escritos**, p. 305.

³⁰⁹ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 97-98.

³¹⁰ AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**, p. 28-29.

sistemático é encontrado em sua obra”³¹¹ – assim como ausente de sistematização foi toda a sua produção.

A convivência com o apagar das luzes da escravidão no Brasil e sua morte apenas um ano após a abolição legal não foram suficientes para um envolvimento mais aguerrido, senão em alguns episódios esporádicos como é exemplo o processo em que atuou como curador de um escravizado de nome Luís que tentara obter a alforria em uma nomeada “ação de liberdade” contra o seu proprietário (réu naquela ação) chamado Miguel Rodrigues Esteves³¹². A recusa na concessão da liberdade, apesar da disposição para o pagamento da quantia – faculdade legal existente à época³¹³ – originou o petitório no seguintes termos: “Diz bacharel Tobias Barreto de Meneses, como Curador do escravo Luís, pertencente a Miguel Rodrigues Esteves, deste termo, que não tendo o mesmo Esteves chegado a um acordo amigável sobre a alforria do dito escravo, pela quantia de 100\$000 que se lhe dava, o suplicante requer a V.S. que mande citar o mencionado senhor, para vir na próxima audiência louvar-se em árbitro, que com o do suplicante procedam à avaliação, segundo a disposição do art. 192 e ss. do Reg. n° 737, de 25 de novembro de 1850, relativamente ao art. 39 do Dec. n° 5.135, de 13 de dezembro de 1872. E como, segundo ainda dispõe o parágrafo único do art. 17 do citado Dec., em tais arbitramentos o preço deve ser taxado sobre as condições da idade, saúde profissão, o suplicante pede permissão para oferecer logo um documento atestador do estado mórbido do escravo – o que não será peso. Assim requer que seja feita a citação indicada, e sob pena de revelia. Pede a V.S. deferimento. E.R. Mercê Escada, 21 de abril de 1875. Tobias Barreto de Meneses”.

Portanto, embora não se possa concluir pela oposição bandeirosa e panfletária de Tobias à escravidão – o que contrariaria a sua posição neutra revelada pela sua produção jornalística de opinião – vê-se que alguma coisa naquele tema o incomodava e o fazia dirigir sua atuação profissional advocatícia em favor daqueles ainda não-libertos. E a cobrança corrente sobre o seu envolvimento mais efetivo à causa abolicionista parece desmedida e descontextualizada, ao menos na forma expectada para um professor da Faculdade de Direito do Recife que tinha o humanismo e a igualdade como parâmetros. A opção de Tobias Barreto, sobretudo quando se conhece a sua contribuição profissional no enfrentamento do escravismo, era atuar estrategicamente e não limitar o seu inconformismo ao discurso que tão bem utilizara em outros temas e ocasiões. Embora não tenha liderado ostensivamente grupos libertários que defendiam

³¹¹ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 26.

³¹² BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**, p. 173.

³¹³ MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A escravidão no Brasil – 1ª parte**, p. 144-145.

a abolição da escravidão, sua participação em comissões pró-abolição³¹⁴, suas defesas judiciais, alguns escritos e, principalmente, a alteridade fruto da sua condição racial mais próxima dos escravizados que dos senhores o absolvem das acusações de letargia ou indiferença. Em suma: ao falecer sem ver abolida, conviveu em toda a vida com a escravidão como “um fato social na vida brasileira, ainda que de triste memória, bem entendido”³¹⁵.

Em outra oportunidade, em defesa de outra escrava chamada Benta, Tobias requereu ao juiz de Escada tratamento humanitário, invocando a lei do ventre livre: “Ilm. Sr. Dr. Juiz Municipal e de Órfãos. A escrava Benta, pertencentes a diversos condôminos e alforriada por um deles, não podendo realizar o contrato de serviços que primeiro se lhe oferecera – razão por que mandou V.S. que a suplicante fizesse um outro -, vem declarar a V.S. que se acha gravemente doente e não pode, como tal, achar contratante à vista do seu estado; pelo que requer a V.S. para mandar examinar a suplicante por um profissional, que possa assim atestar o seu mau estado de saúde, que lhe priva já e já de poder prestar serviços, e por conseguinte de poder contratá-los com quem quer que seja, para indenização dos outros consenhores. Nestes termos e para garantia do seu direito. P. a V.S. se digne de mandar proceder ao exame requerido. E.R. Mercê. Escada, 26 de março de 1879. Pela suplicante Tobias Barreto de Meneses”³¹⁶.

Com o decreto de apreensão da escrava, Tobias se insurgiu com veemência e requereu àquele juízo tratamento humanitário diante da objetificação daquela escrava tratada como um bem de comércio passível de transação comercial, tendo ele por “premissa a indivisibilidade da liberdade, e o fato de que um dos condôminos agia com vingança e violência” – aqui talvez esteja uma das principais e mais contundentes provas da sua preocupação com a temática e sua oposição à escravidão, indo além para os padrões da época e, sobretudo, para o padrão das suas atuações judiciais³¹⁷. Como sua constituinte não era mais escrava e necessitava da validação judicial, assim peticionou o patrono Tobias Barreto: “Ilm. Sr. Dr. Juiz Municipal e d’Órfãos. A escrava Benta, por seu curador, sendo intimada do despacho pelo qual V.S. deferiu a uma petição de Ladislau Benvenuto de Barros, que requereu a apreensão de suplicante, como se continuasse ela a estar sujeita a todas as consequências e rigores da escravidão, vem ponderar a V.S. que é contra a lei semelhante apreensão. Para prova-lo, basta considerar que, sendo a

³¹⁴ Integrando uma comissão emancipadora plural composta por 45 pessoas (inclusive 3 portugueses e 1 suíço), Tobias Barreto foi citado na edição nº 101 do Jornal do Recife de 03 de maio de 1883 em uma matéria intitulada “*A oposição escravagista – ignorância ou má fé?*”, ao lado de João Thomé da Silva (lente da faculdade) e José Anstregesillo Rodrigues Lima (secretário do governo), dentre outros.

³¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 48-49.

³¹⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**, p. 235.

³¹⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 48.

liberdade indivisível, e achando-se a suplicante alforriada por um dos conselheiros, mal se compreende ser possível haver quem suponha que o senhor Ladislau tenha o direito de levar autoritária e violentamente a suplicante para sua casa, como o fito único de tirar as escondidas, por meio do azorrague, uma vingança há muito tempo prometida e jurada. Mas não fica aí. A suplicante, que em virtude da lei de 28 de setembro de 1871, art. 4º, § 4º, tem direito à sua alforria, sendo obrigada a indenizar os demais condôminos da quota de valor que lhes pertencer – para o que tem procurado celebrar contrato de serviços –, não pode de modo algum voltar ao cativeiro do Sr. Ladislau Benvenuto, por virtude de um simples traço de pena. A questão é séria e grave, e necessita de mais estudo, do que ela parece ter o requerido dedicado. Indivisível, como é a liberdade, e forra, como se acha a suplicante por um dos condôminos, ela só pode ser, no caso de omissão em indenizar os outros, compelida a prestar os serviços, ou nos estabelecimentos públicos, ou nos estabelecimentos públicos, ou por contrato de particulares, segundo a disposição do art. 63 do Dec. Nº 5.135, de 13 de novembro de 1872, porém nunca e nunca voltar para o poder daquele, que já não tem sobre suplicante direitos reais, mas somente o direito de exigir o cumprimento de uma obrigação, que já não tem em relação à suplicante um direito real, por cuja força pudesse apreendê-la, como coisa sua, onde quer e em poder de quem quer que ela estivesse, mas simplesmente um direito pessoal, em virtude do qual compete-lhe apenas compeli-la a suplicante a indenizá-lo, e isto pelo meio único determinado na lei: contratando serviços. Nestas condições, vem suplicante requerer a V.S. que se digne de prestar a esta questão a atenção que ela merece, para convencer-se de que a suplicante já não é uma coisa, um bem apreensível, nem pode voltar para o poder do condômino Ladislau, o que importaria reduzi-la à escravidão, a que ela já não está sujeita. Dignando-se V.S. de mandar unir esta aos autos, e refletindo sobre o assunto, verá que não se trata de uma chicana, como qualifica o requerente Ladislau, porém antes de uma matéria grave, pela primeira vez agitada entre nós, e que não bastam para esclarecer as considerações morais do mesmo peticionário. Se a suplicante, como diz ele, está prestando serviços a outrem – o que é falso –, poderia quando muito, o peticionário exigir a respectiva indenização de quem quer que se aproveitasse desses serviços, e desde modo estivesse, porventura, obstando a realização de contrato entre a suplicante e terceiro; porém exigir a apreensão dela é o que há de mais estranho. A suplicante tem tanta confiança no seu direito de requer ainda a V.S. para que mande o peticionário Ladislau

fundamentar seu pedido, citando a lei, em que se baseia, para pedir que a suplicante seja apreendida!... Nestes termos P. a V.S. deferimento. E.R. Mercê”³¹⁸.

O primeiro sinal que se tem notícia da posição adotada por Tobias Barreto em relação ao escravismo está assentado por meio de um registro portuário de entrada em Recife. Oriundos de Aracaju, quando trouxe a sua mãe para morar em Escada após visita-la, a sua chegada e da sua família foi assim noticiada pelo Jornal do Recife do dia 25 de janeiro de 1870: “Entrados hontem do Aracajú e escala no vapor *Potengi*: Dr. Tobias Barreto de Menezes, sua mãe, 1 prima, 1 sobrinho, 2 escravos e 1 criada”³¹⁹. Como principal meio de transporte para longas distâncias, tal qual hoje são feitos os registros em passaporte pela autoridade alfandegária, os navios levavam os passageiros aos grandes portos do Brasil e na chegada ao destino eram feitas as anotações dos viajantes – com a alcunha de “Doutor”, os bacharéis em direito tinham preferência no desembarque, assim como os seus acompanhantes. O que chama a atenção nos dias atuais era a divulgação pública dessa movimentação, além dos membros da comitiva, dentre eles *dois escravos e uma criada*.

Tobias nasceu e cresceu no sertão patriarcal e escravocrata sergipano. Se por um lado defendia a liberdade e adorava proclamar a verve hugoana e condoreira de voo livre, não conseguiu se posicionar abertamente contrário (ou nunca o fez com clareza suficiente) e acabara se utilizando da exploração escrava em benefício próprio – o que pode ser visto em todo o período que residiu no feudo açucareiro e escravocrata de Escada. Sua educação verbalista, escolástica e literária era uma agravante dos males de um tempo em que a sociedade engendrava mecanismo sociais que prezavam pela manutenção do status quo e que organizava de forma escravocrata. Isso não passaria incólume e “em Tobias haveria de fatalmente produzir-se entre as condições sociais em que se operou sua formação intelectual e a vida prática lhe cabia enfrentar, depois de formado, um desses desequilíbrios profundos de que êle pode aliás ser considerado, na história da educação brasileira, perfeito símbolo”³²⁰. Embora não tenha se notabilizado como abolicionista, alguns registros poéticos apontam como ele via a escravidão e a denunciava, como é a publicação póstuma e que veio à lume três anos depois do seu falecimento: “Se Deus é quem deixa o mundo sob o peso que o oprime, se ele consente esse crime, que se chama escravidão, para fazer homens livres, para arrancá-los do abismo, existe um patriotismo maior que a religião. Se não lhe importa o escravo, que a seus pés queixas

³¹⁸ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**, p. 235-236.

³¹⁹ **Jornal do Recife**, nº 19, Ano XII, de 25/01/1870 (vide notícia no ANEXO XI).

³²⁰ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 21.

deponha, cobrindo assim de vergonha a face dos anjos seus, em seu delírio inefável, praticando a caridade, nesta hora a mocidade corrige o erro de Deus”³²¹.

Aliás, o estopim para o seu retorno a Recife após a década em Escada foi um episódio envolvendo exatamente a posse de escravos. Em uma noite dramática, o seu cunhado Barão de Freixeiras, munido de um mandado judicial que determinara a busca e apreensão e a devolução dos escravos herdados do seu sogro João Félix e que, fugidos do seu titular, preferiam a guarda de Tobias (opção que não deixa de ser, de certa forma, sintomática) e outro cunhado que com ele convivia, foi-lhe cobrar a restituição. Após a madrugada chuvosa e depois de enfrentar seu cunhado e todos os asseclas que o acompanhavam, Tobias Barreto acabou vencido e alforriando os cativos em relação ao quinhão que lhe tocava, após esgotar os recursos judiciais e ver o juiz protelando a questão – não sem antes disparar contra o judiciário: “Não sei onde a justiça mora; e quando soubesse, não fica bem a um homem velho entrar de dia em casa de uma prostituta”³²².

Naquela sociedade aviltada pela escravidão e que via impedidos o desenvolvimento e a igualdade – o que se refletia nas condições sociais do povo – a prosperidade promovida pelo café escondia o atraso. Veja-se como, diante da aplicação no mercado interno do capital oriundo do comércio negreiro, algumas práticas provocaram medo e apreensão, deslocando a questão humana central do escravismo para a questão econômica periférica que eram os ganhos com a exploração.

Nas oportunidades públicas que teve para se posicionar politicamente sobre temas específicos, Tobias Barreto deixou algumas pistas sobre como os pensava e sentia. Ao se submeter à estrutura do regime monárquico, inobstante não declarar sua preferência por ele, Tobias se afastava do que pudesse vir a ser um obstáculo aos seus objetivos políticos para se aproximar de desígnios maiores que tinha como alvo – e isso fica claro no final de “*Um discurso em mangas de camisa*”, quando na iminência de receber as críticas oriunda de “uma ortodoxia liberal, que não tolera o menor afastamento da terra sancta de sua dogmatica”, assim se defende como um liberal heterodoxo: “A sociedade, em que vivo, não tem de certo força bastante para levar-me consigo, como um madeiro arrastado pelas aguas selvagens dos nossos rios; mas eu também, por minha vez, não sou bastante forte para desviar-a do seu caminho, para fazel-a á minha imagem e semelhança; d'ahi uma perpetua inconciliabilidade entre nós, d'ahi alguma cousa de tragico na minha vida, que far-me-hia misanthropo e infeliz, se a natureza não me

³²¹ Publicado na **Gazeta da Tarde**. Rio de Janeiro, 13/07/1892.

³²² LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 31.

tivesse investido de uma indole expansiva e mil vezes mais disposta ao prazer, do que á tristeza. Nem isto está em contradicção com as idéas anteriormente externadas: eu não ataco a sociedade em suas raízes, mas, se assim posso dizer, apenas em seus ramos; não faço guerra aos seus costumes, aos seus habitos moraes, porém sómente aos seus sestros politicos, que são, não sei se causa ou effeito de seus sestros litterarios, ainda não assás por mim combatidos”³²³.

Assim pode ser interpretado seu posicionamento – ou a falta dele – em alguns momentos em relação ao escravismo. Apesar da crítica aos costumes ter sido realizada de dentro do sistema social, Tobias Barreto nunca foi um escravocrata ostensivo, apesar de, como demonstrado, ter possuído escravos e, pior, ter permanecido “entre indiferente e hostil à campanha emancipadora”, enquanto, “pelo país inteiro, já se fazia da libertação uma causa humana, Tobias reservava-se para se condoer dos animais, achando que as sociedades protetoras dos mesmos, como existiam na Europa, encerravam muito mais ‘senso ético e religioso’ do que as sociedades abolicionistas entre nós”³²⁴. Essa observação encontra respaldo na confissão de Tobias em *Questões vigentes* quando, saindo em defesa dos animais e injustamente abrindo uma contraofensiva aos escravos, disse achar “mais attestador de um bom coração a compaixão para com certos irracionaes, do que mesmo para com certos individuos humanos” e que “o escravo, até um certo ponto, soffre por que quer, desde que pode reagir, ou evitar o martyrio pela fuga. Mas os pobres animaes não estão no mesmo caso”³²⁵.

Uma boa resposta ao silêncio de Tobias Barreto à questão da escravidão e do negro que ignorou pode ser dada a partir da constatação de que o casamento com uma filha de senhor de engenho, o ingresso em um grande partido monárquico e, nessa adequação e adaptação estratégica social, a ida para aquele *pequeno feudo açucarocrata* como denominou Escada teria o seu preço a ser pago – já que tanto o seu relacionamento afetivo quanto seu percurso político e seu próprio sustento eram dependentes da renúncia às indisposições que conseguisse evitar, obtendo êxito nesse esforço por breve período de tempo, já que sempre pesou em seu desfavor sua predisposição ao enfrentamento. Era o rótulo de socialista, comunista e anarquista com que se alcançavam os defensores da emancipação que queria eludir com essa postura isenta³²⁶.

Aliás, o receio de Tobias de abrir flanco para desafios familiares, partidários e profissionais pode justificar sua posição, muito embora sua postura mais neutra que proativa que o faz, talvez excessiva e injustamente, ser acusado de ter sido indiferente à causa

³²³ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 78.

³²⁴ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 70-71.

³²⁵ BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**, p. 286.

³²⁶ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 73.

abolicionista esteja baseada mais na sua concepção de cultura como instrumento de aperfeiçoamento social, ou a luta contra a luta natural pela existência, tratando de corrigir seus maus efeitos. Claramente, portanto, ele se posiciona e assume – ao menos nas palavras – que “assim, e por exemplo se alguém hoje ainda ousa repetir com Aristóteles que há homens nascidos para escravos, não seja motivo de estranheza. Sim – é natural a existência da escravidão. Há até espécies de formigas, como a *Polyerga rubescens*, que são escravocratas; porém é cultural que a escravidão não exista”³²⁷.

1.6 A religiosidade independente e o sentimento anticlerical

A reação ao terrorismo religioso experimentado na infância, cuja agressividade e intolerância eram marcantes nas flagelações e penitências, foi a forma que Tobias Barreto encontrou de se posicionar em meio às influências da época. As suas raízes católicas se mostram decisivas no conflito entre a fé (dogmática) e a razão (não-dogmática), bem como na dissociação entre a linguagem e os instrumentos dispostos e utilizados por uma e outra, firmando um pensamento receptivo às mudanças e progressos, ao mesmo tempo crítico e anticlerical – mesmo que sem adotar um comportamento combativo ou contrário à religião.

A necessidade de utilização da religião o fazia reconhecer a sua importância em comunidades carentes e, principalmente, aceitava que “a perspectiva de um paraíso diminuiria os sofrimentos terrestres”³²⁸. Qualquer tentativa de explicação ou esforço de racionalizar os complexos mecanismos da crença e da fé restaria frustrada e, portanto, como sentimento religioso não se poderia combater na medida em que não se poderia discordar.

Ao discorrer sobre o art. 5º da Constituição Política do Império³²⁹, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada por D. Pedro I ainda em 25 de março de 1824, Tobias Barreto identifica a obediência à continuidade histórica da nação brasileira e chega a elogiar o legislador, reconhecendo que “merece louvores por ter proclamado religião do Estado a que sempre foi seguida pela quasi totalidade dos brasileiros” pois “uma religião é um factor do

³²⁷ BARRETO, Tobias. **Glosas heterodoxas á um dos motes do dia, ou variações anti-sociologicas**, p. 55.

³²⁸ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 23.

³²⁹ “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.”

desenvolvimento social” e que “a Constituição aceitando o Catholicismo como religião dos brasileiros, fez um grande serviço, satisfazendo às exigências da epocha”³³⁰.

No entanto, ao mesmo tempo que devota ao catolicismo a influência no desenvolvimento do país, descarta-o e, reduzindo-o a um puro cerimonial, denomina-o uma “casca sem miolo”, levantando a hipótese de revogação da primeira parte daquele dispositivo por lei ordinária, mesmo que admitindo a impossibilidade de substituição da religião católica por outra: “A *interconfessionalidade* do Estado é o mais seguro meio de prosperidade publica. A sociedade pode ter a religião que bem lhe parecer, a mais absurda mesmo; mas uma religião é sempre um elemento da cultura social. A impiedade é uma tólce. O atheu é um ente mais theologo do que o próprio theologo; porque quem vive a fazer questão sobre a não-existencia de Deus, mostra-se mais crente nelle do que aquellos que o incensam”³³¹.

Há um provocativo artigo de crítica à religião intitulado “*A religião perante a psicologia*” e publicado por Tobias no periódico “*O Americano*”, do qual foi inicialmente colaborador³³². O ceticismo e a posição conflituosa firmada com a religiosidade lhe rendeu diversos problemas ao longo da sua vida e, embora se dissesse católico por carregar resquícios da sua educação infantil, seus artigos dão indícios de um pesado anticlericalismo marcantes da sua personalidade e revelador da ambiguidade que teve como pano de fundo a agitada e conhecida polêmica com os padres do Maranhão³³³: “Protesto contra o pretendido dogma da infalibilidade do Papa, tal como se acha no decreto do Concílio de Roma. E porque sou católico e quero sê-lo sempre, que recuso admitir, como própria para impor-se a fé dos fiéis, uma doutrina de toda a antiguidade eclesiástica, contestada hoje por numerosos e eminentes teólogos, e que implica, não um desenvolvimento regular, mas uma alteração radical na constituição da igreja e na regra imutável de sua fé”³³⁴.

A ambiguidade identificada entre suas posturas e declarações sobre a religião também é uma marca indelével em sua biografia e deve ser analisada levando em consideração os padrões de prática clericais vigentes à época. Ele nunca se afastou completamente da sua fé e das suas origens católicas e, mesmo no período de Escada, pode-se concluir que “a imprecisão

³³⁰ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito II**, p. 63.

³³¹ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito II**, p. 63-64.

³³² In: “O Americano”, Seminário Político e de Literatura, Recife, 08/05/1870.

³³³ Sobre o discurso que provocou a polêmica, sua origem (discursos contra Tobias Barreto), os artigos de Joaquim de Albuquerque e a réplica de Tobias e o pós-polêmica, ver MONTELO, Josué. **A polêmica de Tobias Barreto com os padres do Maranhão**. Rio de Janeiro: José Olympo Editora, 1978.

³³⁴ In: “O Americano”, Seminário Político e de Literatura, Recife, 04/09/1870.

religiosa de Tobias é um dos traços mais enigmáticos de sua personalidade”³³⁵. Segundo Affonso Dionísio Gama, Tobias Barreto humildemente pediu (e recebeu) os santos sacramentos, sendo-lhes ministrados pelo Monsenhor Joaquim Francisco da Silva, então vigário da Freguesia de Santo Antônio do Recife³³⁶.

A liberdade que frequentemente reclamava também procurou conciliar com o respeito ao sentimento religioso. Ao afirmar que a religião é “alguma coisa mais que o embalar do thuribulo, o cheiro do incenso, a voz do sacerdote; é o raio da consciencia divina atravessando a consciencia humana, é a penetração do ineffavel, é Deus”³³⁷, Tobias Barreto cinde a religião da ciência a partir da severidade da lógica e a frieza do raciocínio deste em contraponto com o sentimento e o amor daquela, afirmando que “aquelle que buscando a causa suprema tem a convicção de possuil-a, e aquelle que depois de a procurar declara não havel-a descoberto, são sábios da mesma sciencia, são irmãos”, e concluindo: “palmas a quem disse: o atheo é um theologo; porque disse uma estupenda, porém profunda verdade”³³⁸.

1.7 O germanismo de Tobias Barreto

No percalço de unir o regional ao universal, Tobias Barreto desenvolveu um peculiar talento para captar estímulos das fontes mais díspares. Suas faces plurais se entrelaçam socialmente e se alternam ao longo da sua vida, mesmo que sazonalmente pareçam distantes sob a ótica puramente literária. Foi na década em que residiu em Escada, entre 1871 e 1881, que se dedicou ao estudo da língua alemã³³⁹ com grande afínco – o que o fez grande propagador das ideias alemãs. Autodidata, característica peculiar dos grandes pensadores, esse empenho lhe valeu e o distinguiu, sobretudo, no estudo e no ensino do direito penal. No Brasil novecentista, como era natural, foram as culturas portuguesa as estudadas de modo geral e apenas o espírito crítico contrastante que submetesse essas ideias ibéricas à realidade local poderia acabar com a subserviência e promover “o debate sobre a fidelidade e acuidade das análises e discussões” – aspecto decisivo na originalidade do movimento recifense, em que pese

³³⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 41.

³³⁶ GAMA, Affonso Dionísio. **Tobias Barreto**, p. 8.

³³⁷ BARRETO, Tobias. **A propósito de uma theoria de S. Thomaz de Aquino**, p. 297.

³³⁸ BARRETO, Tobias. **A propósito de uma theoria de S. Thomaz de Aquino**, p. 297.

³³⁹ Aqui opta-se pelo sintagma “língua alemã” ou, às vezes, “fala alemã” pois alguns autores recepcionados e lidos por Tobias Barreto tinham origens múltiplas de outros territórios europeus cujo idioma era o alemão. Ressalte-se que a existência da Alemanha, como Estado Nacional unificado, se dá apenas a partir de 1871. Ver: BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 150.

seu caráter periférico em relação aos debates em outros centros³⁴⁰. Sem razões explicativas para o seu obstinado germanismo e algum sentido aparente desse idioma no pensamento jurídico brasileiro do último quarto do século XIX, esse enigma “pode ser uma das chaves interpretativas de sua trajetória”, já que “a influência mais específica do direito alemão no direito brasileiro foi explorada por Pontes de Miranda, para quem nosso direito não seria apenas de origem romana”³⁴¹.

A inquietação pelo estudo alemão teve início em 1868 e dominou-lhe o pensamento, impulsionado por meio da leitura de escritores franceses e ingleses. Essa curiosidade o fez ter interesse pelos originais na língua tedesca – daí a disposição ao estudo da literatura germânica na fonte – e o autodidatismo, portanto, foi a única alternativa, já que inexistiam professores preparados para ministrar aulas. Para tanto, adquiriu inicialmente um dicionário e uma gramática alemã³⁴² na livraria Laillacard e encomenda da Alemanha os oito volumes de *Geschichte des Volkes Israel*³⁴³ de autoria de Heinrich Ewald – obra que foi suficiente e responsável por introduzi-lo no complexo idioma de Goethe, mesmo que não conseguindo dedicar definitiva e exclusivamente à aprendizagem do alemão por força dos demais afazeres acadêmicos³⁴⁴. Tobias Barreto chegou a anunciar publicamente no jornal pernambucano de maior circulação da época as aulas de alemão³⁴⁵.

Muito embora, desde tempos anteriores, o pensamento jurídico e filosófico de fala alemã é objeto de fascinação na cultura jurídica brasileira – tendo provocado um fenômeno de idealização no direito brasileiro a ponto de muitos juristas, no afã de obter o reconhecimento dos seus pares, se sentirem compelidos a demonstrar familiaridade com teorias de língua alemã

³⁴⁰ Ver, por todos: ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**, p. 305, ao lembrar que Tobias teria lido Jhering “em diagonal”, isto é, superficialmente. In: VEIGA, José Gláucio. **História das ideias da Faculdade de Direito do Recife**. vol. VIII. A Escola do Recife. Recife: ed. do autor, 1997, p.178-179. Opinião bem mais favorável a Tobias defende LOSANO, Mario Giuseppe. **Tobias Barreto e a recepção de Jhering no Brasil**. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XLI, fasc.172. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1993, p. 335-356, e **La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife**. In: *Quaderni Fiorentini: Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n.21. Milano: Giuffrè, 1992, p.159-175.

³⁴¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 26. Sobre a influência do direito alemão no Brasil, em edição especial, ver ainda: **Revista Jurídica 123**, ano XVIII, out./dez., 1973.

³⁴² Ainda hoje, tanto o dicionário quanto a gramática integram a sua Biblioteca localizada na Faculdade de Direito do Recife, a quem foi doada após ter sido adquirida pelo Governo de Pernambuco (vide Anexo III).

³⁴³ EWALD, Heinrich. **Einleitung in die Geschichte des Volkes Israels**. Gottingen, Dieterichschen Buchhandlung, 8 v. 1864. Localização na estante: 296 E94e.

³⁴⁴ SILVEIRA, Junot. **O romance de Tobias Barreto**, p. 111. Ver também COSTA JR., Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto**, p. 13; e PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 20.

³⁴⁵ “Atenção – O bacharel Tobias Barreto de Menezes abriu em seu escriptorio, na villa de Escada, um curso de língua e litteratura allemã: quem se quizer dedicar a ramo tão util dos conhecimentos humanos, póde dirigir-se a mesma villa”. In: **Jornal do Recife**, de 30/01/1875 (vide Anexo XIV).

e seus conceitos, embora esse conhecimento não seja substancial³⁴⁶ – para situar cronologicamente essa influência germânica em Tobias é preciso voltar duas décadas daquele momento e estabelecer como se deu o seu pioneirismo e em qual contexto histórico-político se deu essa recepção. Em 1848, dentre uma série de insurreições que varreram a Europa, irrompia em Pernambuco a Revolução Praieira com suas ideias e ideais predominantemente socialistas e, após o fracasso do controle da província por parte dos conservadores, com a abolição do Poder Moderador após dois anos de intensa luta, respirava-se em Recife o que um autor anônimo e adversário das revoluções chamou de “maligno vapor pernambucano”³⁴⁷ – expressão que marcou aquela última revolução provincial, marcou o fim do ciclo revolucionário pernambucano e que encontrou força nas novidades trazidas pelas obras francesas que chegaram à capital pernambucana a partir das quais Tobias Barreto fez oposição em defesa do germanismo³⁴⁸.

É possível afirmar que a influência dos ideais franceses se deu também pela dinâmica de importação de livros e o desenvolvimento do comércio de livrarias no Brasil³⁴⁹, sendo poucas as livrarias existentes no Brasil e que distribuíam os títulos oriundos da França predominantes nas bibliotecas brasileiras naquela quadra do século XIX. Enquanto essas obras eram vendidas ao grande público nas Livrarias Laemmert e Garnier (fundadas respectivamente em 1833 e 1845 no Rio de Janeiro) e na Livraria Garraux (fundada em 1860 em São Paulo), em Recife a realidade não era diferente e os pensadores se dividiam: a Livraria Econômica (fundada em 1845) era frequentada por Artur Orlando, Castro Alves e Martins Júnior e a Livraria Française (fundada em 1865) era preferida por Tobias Barreto, Fagundes Varela e também Castro Alves – a Livraria Contemporânea foi fundada um ano antes da morte de Tobias e não o chegou a ter como frequentador e cliente³⁵⁰.

³⁴⁶ BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 150-152. Vale o registro de que esse texto, baseado na tese de doutoramento do autor em História Cultural defendida na Ludwig-Maximilians-Universität (Munique, Alemanha) em 2017, é norteado por essa perspectiva de identificar a origem e as raízes históricas dessa recepção.

³⁴⁷ Registre-se, como observado por Boris Fausto, que a Praieira não pode ser chamada de uma revolução socialista, pois “sua razão de queixa era a perda do controle da província para os conservadores”. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, p. 178.

³⁴⁸ PANTUZZI, Tiago Lemes. **O allemanismo em Recife e a primeira recepção de Nietzsche no Brasil**, p. 162.

³⁴⁹ Sobre a circulação do pensamento francês e a sua produção editorial em diferentes conjunturas do mercado brasileiro, ver: MARCHETTI, Fabiana. **Importações de livros franceses no Brasil: apontamentos para uma história da Livraria Francesa de São Paulo**. In: *Revue Étudiante des Expressions Lusophones*, nº 3, Dez./2019, p. 111-128.

³⁵⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 31. Ver, ainda, MACHADO, Ubiratan. **Pequeno guia das livrarias brasileiras**. São Paulo: Ateliê, 2008.

No entanto, conquanto os autores de fala alemã terem passado a integrar de maneira consistente o repertório jurídico por meio da atuação dos intelectuais ligados à Escola de Recife, de onde se difundiu nacionalmente e influenciou pensadores pelo país, não se pode afirmar que autores alemães não tivessem sido lido antes por aqui. E apesar da constatação de que Kant não era desconhecido já nas primeiras décadas do século XIX no Brasil, foi apenas a partir de Tobias Barreto que, ironicamente, o pensamento de língua alemã foi sistematizado “quase a título de programa intelectual” e não apenas na formação jurídica, mas na tradição intelectual brasileira de um modo geral³⁵¹.

A sua **teutomania** em tempo de absoluta predominância francesa também ficou marcada pela ocasião da visita do Príncipe Henrique da Prússia ao Brasil em 1883. Convocado por alemães “do feitio mais imperialmente germânico”, Tobias Barreto foi o único brasileiro a participar das homenagens no Recife³⁵². Enquanto em Recife, “por sua conta, Tobias incluiu um passeio à Escada, o lugar onde ele foi mais combatido pelo seu germanismo”³⁵³ – chegando a arrancar risadas pela forma como pronunciava o alemão, considerando que apenas lia e escrevia, mas nunca havia se comunicado naquele idioma – no Rio de Janeiro, com a pompa de visitante de honra da Corte de Dom Pedro II, constatou a construção naval brasileira e gerou desconforto por parte da embaixada britânica diante daqueles laços de amizade do Brasil Império com o ascendente império alemão e maior rival da Inglaterra. Esse episódio, inclusive, ativou a maledicente caneta de Machado de Assis, então colunista da Gazeta de Notícias, que não perdeu a oportunidade: “Temos príncipe e príncipe alemão na terra. O Paço foi varrido depois de não sei quantos anos e o jantar imperial juntou à clássica canja mais alguns pratos de ocasião. Nas cortes da Europa (D. Pedro II) vai passado como excêntrico, republicano, ateu, darwinista, e não sei que mais. Tudo quanto representa a monarquia tradicional tem medo dele, de suas ideias liberais, de suas relações com gente mais que suspeita. O Príncipe deve ter trazido instruções apropriadas para tais condições”³⁵⁴.

Como já dito, o domínio posterior do alemão – idioma que veio a redigir com perfeição, o fez publicar o periódico *Deutscher Kaempfer* no ano de 1875 e uma considerável produção, sobretudo no período em que residiu em Escada. Segundo Hermes Lima, o *germanismo* foi uma

³⁵¹ BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 158, a partir de REALE, Miguel. **A doutrina de Kant no Brasil**, p. 225-238. Ver também: COSTA, João Cruz. Tobias Barreto, Ein Verkünder des ‘Germanismus’ in Brasilien”. In: SCHADEN, Egon; FOUQUET, Carlos (org.). *Staden-Jahrbuch – Beiträge zur Brasilkunde*. São Paulo: Instituto Hans Staden, Bd. 5, 1957, p. 127-135.

³⁵² FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa germânica**, p. 128-129.

³⁵³ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 20.

³⁵⁴ LYRA, Heitor. **História da queda do Império, tomo II**, p. 323.

espécie de “lua-de-mel” com a Alemanha – aliás, para onde nunca foi – e, como um luminoso “leque de pavão” aberto com frequência³⁵⁵, causou muita irritação pelo ar mais ostensivo de superioridade. Já para Lilian de Abreu Pessoa, Tobias Barreto foi “um dos vultos mais representativos do chamado germanismo brasileiro, um dos primeiros do nordeste a vencer a barreira linguística e ir diretamente às fontes germânicas” e, através das críticas, revelava sua obsessão de renovação intelectual por meio da oposição às tendências francesas dominantes que influenciavam tanto a cultura nacional, quanto a universal no século XIX³⁵⁶.

A necessidade de livrar-se das “muletas francesas”³⁵⁷ o levou a empreender conscientemente um esforço de rejeição à imitação daquela cultura, corrente naquele período, iniciando suas leituras em língua alemã pelos autores de origem judaica e de corte liberal – o que reforçou e radicalizou a sua visão liberal³⁵⁸. No entanto, suas pretensões eram “a transformação da própria realidade nacional através do surgimento de uma cultura brasileira legítima” e, portanto, “seria oportuno tomar conhecimento das realizações culturais alemãs, cujo embasamento filosófico proporcionaria ideias, indagações e meditações capazes de dar origem a uma civilização e cultura próprias”, ou seja, “ao palavreado retórico dos franceses, contrapõe a reflexão, o raciocínio dos alemães” e “para tanto, passa a investigar várias áreas da manifestação cultural, quais sejam religião, política, direito, filosofia, literatura, música, etc.”³⁵⁹. A crítica expressa realizada aos ideais franceses, inclusive, levou Tobias Barreto a apontar a célebre trilogia do mote revolucionário como um princípio diretor que mais consistia em um “estribilho de moda” e que significavam “três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras”³⁶⁰. Era o ideário festivo em torno do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” que o incomodava.

Influenciados por Tobias Barreto, a frente aberta contou também com a adesão dos demais integrantes da Escola do Recife. Sílvio Romero – que foi o *apóstolo*³⁶¹, enquanto Tobias era o *profeta* – reforçou essa contraofensiva, afirmando que “a sciencia não é particularmente

³⁵⁵ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 26.

³⁵⁶ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 13-20.

³⁵⁷ “Qualquer dos nossos pretensos pensadores e escritores tem, por assim dizer, seu par de muletas francezas, com as quaes unicamente póde caminhar (...) O espírito nacional, alimentando-se da migalha franceza, produz somente fumaça e nada”. BARRETO, Tobias. **Estudos alemães**, p. 334.

³⁵⁸ Exemplo do orientalista Georg Heinrich August Ewald (1803-1875) que muito contribuiu para as ciências linguísticas. Ver BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 164.

³⁵⁹ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 13-20.

³⁶⁰ BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**, p. 125.

³⁶¹ Embora sergipanos, só se conheceram em Pernambuco. A estreita e complexa relação entre Tobias Barreto e Sílvio Romero não foi de professor-aluno, mas de amizade – já que contemporâneos da FDR: quando Romero se matriculou, Tobias já estava no quarto ano do curso.

de povo algum; é um feito comum da humanidade, e por isso justamente devemos abandonar nossa inventada *francezia*” e complementando que “as nações nos tempos de hoje, antes de atender aos seus instintos particulares, devem amoldar-se às necessidades e aos progressos da civilização, e concorrer para estes”³⁶². A marca cultural francófona das elites e na intelectualidade brasileiras foi filtrada pelo pragmatismo pombalista, cuja tradição absolutista é oriunda da Universidade de Coimbra denominada de “iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro”³⁶³. Ou seja: além da herança ibérica ligada à tradição política absolutista, onde o patriarcalismo e o autoritarismo eram a tônica, bem como ao regalismo da tradição lusitana, o “francesismo cultural” que dominava as elites políticas brasileiras e a retórica cuja influência está no gene jesuítico da formação jurídica brasileira atravessaram a cultura jurídica e intelectual por meio das Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo – apesar de que “o pensamento francês e o liberalismo que aportaram no Brasil estiveram longe de representar o laicismo dos enciclopedistas e o radicalismo dos jacobinos”, pois se tratou de “um pensamento filtrado pela censura religiosa e que desembocou no Brasil através de um ‘liberalismo mitigado’, bem apropriado aos desejos de uma elite agrária e escravocrata no contexto da luta pela independência do domínio colonial português”³⁶⁴.

Para “caminhar com as próprias pernas”, a ciência produzida no Brasil precisava se desvencilhar da dependência francesa, mas não poderia – sob pena de apenas substituí-la – passar a usar “muletas alemãs”. Uma interessante carta datada de 21 de outubro de 1882 redigida por Tobias, assinada por todos os professores e dirigida pela congregação da Faculdade de Direito do Recife ao professor Holtzendorff, presidente da Fundação Bluntschli em Munique na Alemanha, demonstra a sua admiração pela língua alemã e o quanto ela o ajudava a pensar, “trazendo-o para a luz”³⁶⁵. Em tom de súditos falando à majestade e com “desculpas pela

³⁶² ROMERO, Sílvio. **A literatura brasileira e a crítica moderna**, p. 88-90.

³⁶³ “Mesmo levando-se em conta a presença, na sociedade brasileira, das modernidades oriundas de diferentes partes da Europa (o francesismo nas atitudes e nos costumes da vida cotidiana – mais do que o elã revolucionário; os maneirismos que afetaram comportamentos e atitudes (...), pensamos ser possível identificar fortes laços que estabelecem um *continuum*, do ponto de vista ideológico-político e afetivo com Portugal”. In: NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**, p. 19-20. Ver, ainda: VILLAÇA, Antônio Carlos. **O Pensamento Católico no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975; BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 153.

³⁶⁴ BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 160.

³⁶⁵ Dizia a carta, dentre outras coisas: “*Es giebt etwas Besseres und Bedeutenderes als in der Armuth und Noth des Augenblickes auf Jemanden zu rechnen, der uns aus der Bedraengniss zu helfen kommt; – es ist im Draenge des nach Licht und Wahrheit strebenden Gedankens Jemandem zu begegnen, der uns denken hilft*” – em tradução livre, “Há algo melhor e mais importante do que, na pobreza e na necessidade do momento, contar com alguém que virá nos socorrer nas dificuldades; – é, na ânsia do pensamento em busca de luz e verdade, encontrar alguém que nos ajude a pensar”. In: BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**, p. 107.

ousadia de se escrever a carta, revela, porém, que apesar da grande distância cultural entre os professores de Recife e de Berlim, aqueles conheciam celebridades alemãs, tais como Bluntschli”³⁶⁶.

Estudar a influência da cultura alemã na formação da cultura jurídica brasileira nunca foi neutra e merece cuidado e atenção especiais, sobretudo para não ceder ao pensamento colonialista que seduziu alguns ao longo dos tempos e transmitiu a impressão de que em solo nacional não se produzia conhecimento, ou que bom era apenas o que atravessava o Atlântico e aqui atracava – o que não ficou naquele momento histórico, se prolongando e permanecendo até os tempos atuais³⁶⁷. Importante, assim, destacar os motivos que levaram Tobias Barreto a se interessar pela língua e pelos pensadores alemães, buscando novos conhecimentos e enfrentando as dificuldades idiomáticas e de acesso à época aos autores germânicos. Esse talvez o grande diferencial da obra de Tobias: buscar em fontes peregrinas, mesmo que para isso fosse necessário superar os óbices de um novo e complexo idioma, as bases filosóficas para traçar um caminho próprio que considerasse e respeitasse questões próprias locais da realidade nacional a partir de novas ideias.

Foi essa preocupação com a potencialização da própria cultura brasileira que o norteou e isso pode ser visto em toda as vezes que se socorreu da literatura estrangeira sem perder de vista os problemas locais do império, tampouco esquecendo de adaptar as soluções à realidade brasileira, e não o inverso. A predominância francesa e a influência de Augusto Comte sobre os juristas brasileiros faziam com que a preponderância dos autores alemães tornasse as fontes de Tobias radicalmente opostas, por exemplo, aos defensores do comtismo ortodoxo³⁶⁸. Apesar da difusão do ideal solidário convertido na “versão leiga do amor fraterno cristão” e praticado entre os indivíduos que convergiria para a integração ordeira e embora tenha cunhado o termo **altruísmo** por volta do ano de 1830, Augusto Comte defendia os valores distintos do chamado darwinismo social “que identificava na lei da selva o princípio motor de toda a evolução: *struggle for life*”, formulando, em contrapartida, “como norma de conduta a expressão oposta: viver para outrem, *vivre pour autrui*”³⁶⁹.

³⁶⁶ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 20.

³⁶⁷ Veja-se a utilização dos fundamentos da “Teoria do Domínio do Fato” (*Tatherr-schaft*) elaborada por Claus Roxin e amplamente utilizada na jurisprudência brasileira, notadamente a partir da Ação Penal 470 no STF.

³⁶⁸ Para acessar o pensamento do representante nacional e maior discípulo brasileiro de Augusto Comte, conferir BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Obras filosóficas de Luís Pereira Barreto**. São Paulo: Grijalbo, 1967; BARROS, Roque Spencer Maciel de. **A evolução do pensamento de Pereira Barreto**. São Paulo: Grijalbo, 1967.

³⁶⁹ BOSI, Alfredo. **O positivismo no Brasil**, p. 18-19.

Ainda hoje a obra de Tobias Barreto desperta os olhares atentos de pesquisadores por todo o mundo, o que revela o quanto o seu germanismo do século XIX foi profícuo a ponto de despertar a curiosidade de intelectuais europeus nos tempos atuais. Dentre os exemplos mais frutíferos está o do filósofo, professor italiano da Universidade de Turim e destacado germanista³⁷⁰ Mario Giuseppe Losano que, atraído pelo interesse de pesquisar o pensamento e o espírito jurídico local e por influência de Miguel Reale que o sugeriu quando indagado por um personagem ou jurista para acessar a história do Direito brasileiro, chegou à obra de Tobias pela primeira vez em 1971 e encontrou “elos que vinculam a expansão da tradição europeia pelo continente americano, em contexto que confirma a tese de Thomas Duve, diretor do Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu (Frankfurt) para quem não careceremos de uma *história total*, isto é, seria melhor nos preocuparmos com histórias locais, substancialmente abertas para perspectivas globais”³⁷¹.

Mario Losano publicou o primeiro trabalho sobre Tobias Barreto em 1974 e um importante livro publicado em 2000, mas nunca traduzido para o português³⁷². Nessa obra, ele busca os elementos europeus que possuíam uma conexão com Tobias em textos alemães publicados nas revistas alemãs no Sul do Brasil e em textos que, em geral, são pouco conhecidos e estavam disponíveis nas bibliotecas alemãs³⁷³. Por tudo o que soava diferente aos ouvidos da comunidade acadêmica recifense no período em que Tobias Barreto estudou e lecionou, saindo de sua boca ou escrito pela sua pena, pode-se dizer que “o germanismo parece ser a fonte de todas as suas ideias discrepantes do pensamento convencional brasileiro da época”³⁷⁴. Assim, há de se destacar a significativa inovação promovida no século XIX pela sua rebeldia também nesse aspecto: embora hoje “absorvido como signo de prestígio e distinção”, o germanismo de Tobias na época “inaugurava uma tradição liberal radical no direito brasileiro, a romper com a retórica vazia, a influência da religiosidade e a tradição autoritária na cultura política brasileira”³⁷⁵.

³⁷⁰ Sobre o germanismo, conferir LOSANO, M. G. **Il Centenario della morte di Rudolf von Jhering (1818-1892)**. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), p. 89-96.

³⁷¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 34-35.

³⁷² LOSANO, M. G. **Un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale**. Bari: Laterza, 2000.

³⁷³ **Mario G. Losano – Entrevista**. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, vol. 59, n. 2, 2014, p. 203-209.

³⁷⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 56.

³⁷⁵ BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 171.

1.7.1 A recepção do pensamento do “Sr. Nietzsche” no Brasil

A mais antiga e, portanto, primeira citação explícita do filósofo alemão Friedrich Nietzsche em solo brasileiro se deu em 1876 e “a compreensão do que se encontra acerca o pensamento nietzschiano nas citações dos alunos de Recife, do fundador Tobias Barreto e das gerações vindouras está conectada com a motivação intelectual que surgia naquele momento e que dá origem à Escola de Recife, palco de grandes debates políticos em que se discutiam o poder e a autonomia das províncias”³⁷⁶. Estava em jogo a unidade territorial do Brasil e, com Recife no centro do debate político, via-se o domínio dos “temas da centralização ou descentralização do poder, do grau de autonomia das províncias e da organização das Forças Armadas”³⁷⁷.

Dentre os livros de filosofia que integravam a biblioteca de Tobias estavam Kant³⁷⁸ e Shopenhauer³⁷⁹, tendo ainda ele estudado Nietzsche e Hegel por intermédio de Richard Haym³⁸⁰. Impulsionada no movimentado período regencial da história brasileira pela força do *maligno vapor pernambucano*, “a Escola do Recife está entre resultados e consequências desses acontecimentos e da turbulência política pela qual o país passava, pois estava em discussão a unidade territorial do Brasil e a província da qual Pernambuco fazia parte”, onde “as discussões filosóficas ganhavam a mesma importância que os assuntos jurídicos, retirando o direito do seu altar sagrado”³⁸¹.

Foi nos *Estudos Alemães* que Tobias Barreto, referindo-se ao texto “*Primeira consideração extemporânea*” datado de 1873 de autoria de Nietzsche, registrou pela primeira vez na literatura brasileira a obra nietzscheana³⁸² e a provável fonte que o levou ao autor alemão era originada do estreito e dinâmico relacionamento mantido por meio através do intercâmbio de ideias que promoveu quando remetia seu jornal e recebia de além-mar os textos que por lá então circulavam. Foi em resposta a uma dessas publicações – a revista *Novo Mundo* – que devolveu a crítica aos seus *Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica*. Foi nesse texto que Tobias

³⁷⁶ PANTUZZI, Tiago Lemes. **O almanismo em Recife e a primeira recepção de Nietzsche no Brasil**, p. 161-162.

³⁷⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, p. 139.

³⁷⁸ KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Leipzig: P. Reclam, Jun/1878.

³⁷⁹ SHOPENHAUER, Arthur. **Die Welt als Wille und Vorstellung**. Leipzig, F.A. Brockhaus, 1873, 2 v. 1º vol. – 633 p. 2º vol. 743 p.

³⁸⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 28.

³⁸¹ PANTUZZI, Tiago Lemes. **A primeira recepção de Nietzsche no Brasil pela Escola de Recife**, p. 5.

³⁸² “Assim Guizot achou quem dissesse que ele não sabia escrever bem o francês. Strauss, o sábio, o venerado Strauss, encontrou também o Sr. Nietzsche da Basileia que quis provar-lhe a sua ignorância da língua alemã!”. In: BARRETO, Tobias. **Estudos alemães**, p. 152.

contratacou “um redator que o acusa de não patriotismo e ataque a Deus, entre outras coisas”, refutando uma a uma as “posições contrárias ao estilo e ao conteúdo das obras”³⁸³. Prova dessa primazia em solo brasileiro é que essa citação é feita uma década antes da publicação de “*Assim falava Zaratrusta*” que, produzida entre 1883-1885, se tornou a obra mais popular e citada de Nietzsche e “uma das responsáveis por difundir os textos nietzschianos fora da Europa”³⁸⁴.

Essa proximidade de Tobias Barreto com os círculos intelectuais europeus, preponderantemente os alemães, chama a atenção mais uma vez dos estudiosos contemporâneos. E esse assombro tem razão de ser. Além das dificuldades naturais de comunicação nos tempos que inexistiam internet, computadores, telefones³⁸⁵ e a troca de mensagens por correspondência dependia do lento e demorado tráfego marítimo, pesavam a resistência e os custos de conversação já que, apenas com o plástico³⁸⁶ por exemplo, se dispôs de esferográficas – elemento da sociedade pós-industrial que hoje é despercebidamente cômodo – evidenciando-se também a dificuldade dos escritores de outrora que, nas grandes viagens, precisavam carregar consigo incômodas valises com tudo que necessitavam para escrever.

A despeito dessas dificuldades hoje superadas com o auxílio de variados e atualizados recursos tecnológicos, Tobias se mantinha atento, atualizado e em permanente diálogo com a Europa. Se na atualidade a praticidade otimiza essas trocas e reduz a complexidade das distâncias a nada, o esforço que ultrapassar os problemas de outrora pode ser considerado como mais um trunfo que o distinguia. Ou seja, a intrepidez da leitura nos originais e o acesso ao seio das mais nobres rodas do pensamento alemão que fizeram com que Tobias Barreto acompanhasse “com regularidade e sem grande atraso as publicações que ali se faziam”, sendo conhecido e recebendo “referência elogiosas à sua obra, entre outros, de Ernest Haeckel e Albert Lange”³⁸⁷.

³⁸³ PANTUZZI, Tiago Lemes. **A primeira recepção de Nietzsche no Brasil pela Escola de Recife**, p. 6-7.

³⁸⁴ PANTUZZI, Tiago Lemes. **A primeira recepção de Nietzsche no Brasil pela Escola de Recife**, p. 8.

³⁸⁵ Apesar de grande polêmica sobre a patente, credita-se a invenção a Alexander Graham Bell, sendo a primeira transmissão por telefone registrada em março de 1876 muito distante fisicamente do Brasil e, mais ainda, de se popularizar.

³⁸⁶ O primeiro plástico surgiu em 1862 com Alexander Parkes, a partir da necessidade de um material capaz de substituir a borracha – matéria prima utilizada em diversos produtos da época. Apresentada na Exposição Internacional de Londres naquele ano, a “parkesina” foi a precursora da matéria plástica, uma resina feita de celulose, flexível, impermeável à água e que podia ser moldada quando aquecida e mantinha a forma quando resfriada. Em suma: a substituta perfeita da borracha.

³⁸⁷ “Sílvia Romero faz notar que, em 1874, quando Tobias Barreto iniciou um artigo sobre a obra de Eduardo von Hartmann, não havia tradução francesa da Filosofia do Inconsciente, nem da obra de Schopenhauer, mencionada no texto com o intuito de ressaltar o conhecimento adquirido por Tobias da língua e do movimento intelectual alemão do período mencionado”. In: PAIM, Antonio. **A filosofia da Escola do Recife**, p. 43.

A pioneira menção à Nietzsche, portanto, foi cercada de pretenciosismo por parte de Tobias e se deu no campo estilístico. Isso porque, para rebater a crítica publicada na revista *Novo Mundo* de que chamara o escritor português Alexandre Herculano de *ignorante*, se defendeu tomando posição parecida com o filósofo alemão, dizendo que seus comentários eram direcionados ao estilo linguístico do jornalista vinculado à era do Romantismo – e, para isso, se refere a “Sr. Nietzsche” como exemplo que acusou Strauss pela forma ignorante, “a falta de preparo filosófico e a argumentação problemática cheia de falhas” dele na escrita da língua alemã.

Tobias Barreto fez com que o Brasil, metaforicamente e a milhas de distância, ficasse mais próximo geograficamente da Alemanha do que a própria França – onde a descoberta de Nietzsche só ocorre “após 1880 através dos círculos wagnerianos e tem sua característica literária ignorada”³⁸⁸.

1.8 Tobias Barreto poeta: a poesia social do Condoreirismo

Os autores da literatura brasileira do século XIX pecavam pelo excesso de otimismo e por um ufanismo patriótico que os isolavam e os impediam de interagir com os escritos e os escritores estrangeiros, limitando suas obras ao exame da crítica nacional e mantendo-a distante do que acontecia fora do âmbito local – o que provocava igual e inversamente, com exceção de um ou outro autor português ou francês, tratamento idêntico ao que vinha de fora. Propondo uma inovadora *reforma intelectual* – para usar uma expressão pretensiosa e proporcional às suas aspirações – Tobias Barreto se filia à *Aliança Internacional de Autores*, uma associação organizada com sede na Alemanha que recebia trabalhos de diversas partes do mundo para análise e julgamento e igualmente aponta a constituição de outra associação intitulada *Associação de literatura alemã* (“Verein für Deutsche Literatur”), cuja finalidade era de igual forma o fomento da pesquisa e a difusão do conhecimento³⁸⁹.

Criticado à época em artigo publicado na revista acadêmica intitulada “*Culto às letras*” por Albino Meira sob o pseudônimo “Carvoeiro” pela sua iniciativa e enfrentando a desconfiança acerca dos integrantes da organização e do processo de escolha dos seus membros,

³⁸⁸ “Na França, é em meio a um wagnerianismo fervoroso que se dá a descoberta do pensamento de Nietzsche. Embora o mundo literário parisiense continue a ignorar suas ideias, ele passa a ser conhecido nos círculos wagnerianos durante as décadas de 1880 e 1890”. In: MARTON, Scarlett. **Nietzsche, um “francês” entre franceses**, p. 21, a partir de PANTUZZI, Tiago Lemes. **A primeira recepção de Nietzsche no Brasil pela Escola de Recife**, p. 7.

³⁸⁹ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 30-32.

além da incongruência conflituosa das diversas correntes filosóficas (materialismo e espiritualismo) e literárias (classicismo e romantismo) existentes, Tobias sai em autodefesa contra-atacando: “Em começos do anno passado formou-se na Allemanha uma associação, com o título de *Internationaler Dichterbund* (Alliança poetica internacional³⁹⁰) ‘a qual, como diz o *Magasin für die L. des Auslandes* de 1874, n. 1, pag. 14, não só tem por fim a íntima união dos espiritos poeticos de todos os povos cultos, mas tambem se destina ao alvo pratico de contribuir para espalhar o conhecimento das produções de cada paiz, pelo *meio* da producção, da *analyse critica* (tome nota *Carvoeiro*), e da representação quanto ás obras dramáticas. A vantagem que d’ahi resulta para os poetas das diversas nações é evidente e só pode ter uma influencia benéfica sobre a producção poética em geral. Esta grandiosa associação ramifica-se por todas as partes do mundo culto e já existem secções della na Hespanha, França, Hollanda, Russia, Italia e Inglaterra. O Allemão Henrique Laube é um dos maiores promotores da idéa”³⁹¹.

A primeira manifestação poética pública de Tobias Barreto – aqui citada de maneira inédita – ocorreu em um jantar realizado no dia 11 de abril de 1865 e oferecido aos oficiais do corpo da guarnição da Paraíba que estavam de passagem em Pernambuco. Segundo a notícia publicada na segunda página da seção “Gazetilha” do Jornal do Recife do dia seguinte, anunciando o evento promovido pelo Sr. Antonio José Silva do Brazil “um esplendido jantar na casa da sua residencia á rua do Vigario”, aquela edição nº 84 do folhetim narra que “tomaram assento na lauta e extensa mesa, todas as principaes autoridades da provincia e outras pessoas de elevada posição social” – o que colocava Tobias, surpreendentemente aos 25 anos, em posição de destaque na social no seio da comunidade pernambucana. A coluna dizia ainda, grafando curiosa e erroneamente o seu nome ao final, que “fizeram-se muitos brindes importantes, com especialidades os que foram analogos ao assumpto da festa, pronunciando por occasião de um delles o Sr. Tobias Barreto, estudante da nossa Faculdade de Direito, a seguinte poesia, improvisada no momento, e que mereceu applauso geral, sendo o seu autor felicitado pelas pessoas presentes, que saudaram o seu tão fertil talento”. Foi a criação súbita assim pronunciada: “No coração dessa gente, o bravo suffoca o ai. Que ferros!! O cedro ingente, de um golpe derrêa e cái. Ceda a republica insana, se emfim não ao desengana, espada pernambucana desmbainha-te e vai/ Vai tu que não geras fraco, cidade que abres-te ao sóes, Cornelia mãi de cem Gracos, viuva de oitenta heróes. Quem ha que o collo te dobre, Terrivel,

³⁹⁰ Aqui, como bem observa em nota Lilian de Abreu Pessoa, “Tobias ignorava o sentido da palavra ‘Dichter’ que significa *autores*. A tradução correta é, portanto: Aliança internacional de autores”. In: PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 32.

³⁹¹ BARRETO, Tobias. **Polêmicas**, p. 52-53.

sincera, nobre, limpaste a faces de cobre das batalhas nos chrysóes!!/ É de uma canção magoada, que a Pernambuco votei; quando a luz de sua espada em prol da patria invoquei. Elle hasteou a bandeira diante da sua fileira. O Paraguay não sorri e ao grande leão do norte vem tornar inda mais forte mais leões – eil-os aqui.—/ Vão levantar-se altos feitos que esta idade inda não vio; e o palpar destes peitos o Paraguay já sentio, Elle fita os horizontes, Se debruça sobre os montes, Escuta um murmurio além... E ouvindo enormes rugidos exclama – estamos perdidos; São os do norte que vem! Tobias Barreto *de Mello*³⁹²”.

Tobias Barreto pode ser considerado um poeta precoce. Inicialmente enfileirou-se na escola romântico-sentimental de Lamartine para, apenas posteriormente e sob forte influência de Victor Hugo, inaugurar em solo brasileiro o Condoreirismo. E apesar de pouco expressiva em relação aos demais atributos que ostentou, “a sua poesia já revela algumas das intuições mais relevantes do futuro filósofo, sobretudo quanto à necessidade de não nos contentarmos apenas com a grandeza do rio Amazonas, ou com as beleza tropicais, cabendo à nossa gente afirmar-se no plano da cultura”³⁹³.

A perspectiva polêmica que o diminui nessa arte quando o compara aos poetas a ele contemporâneos – verdadeiros “excelsos usuários da beleza da linguagem” – está em não ver como incentivo ao acesso à obra de Tobias Barreto sua criação poética, não sendo nesse ramo que melhor usou sua sensibilidade e *iconoclasta inteligência*, já que “a perenidade de Tobias está no fundo e não na forma”, ou “melhor dizendo, na essência e não na estética”, sendo merecedora a busca nele do valor da sua criação “seja pelo culturalismo filosófico, seja, e aí o principal, pela mensagem de sua travessia”³⁹⁴.

Preocupado com a sequidão da escrita técnica e dos textos jurídico que considerava inodoros, Tobias Barreto se credenciou poeta e bordou com sua vida e seus textos poéticos usando a agulha do real nas mãos da fantasia. Um século depois, Roberto Lyra sabiamente afirmou que o quadro artificializado das leis, tratados e compêndios só poderia ser exibido ao natural por meio da literatura social dos romances, contos e crônicas, pois “as leis penais não retratam e não acompanham as realidades e singularidades” e “é na ficção que encontramos a

³⁹² Essa primeira aparição pública de Tobias Barreto a que se tem registro oficial termina com a grafia errada do seu nome (“*de Mello*”), por equívoco claro do editor ou do escritor que a reproduziu. Vide a notícia no Anexo V ao final. In: **Jornal do Recife**, nº 84, de 12/04/1865, ano VII, p. 2.

³⁹³ REALE, Miguel. **Tobias Barreto na cultura brasileira**, p. 40.

³⁹⁴ Além de “Castro Alves na cultura das musas”, “a exemplo de Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), Joaquim Nabuco (1849-1910) e, *tolitur quaestio*, Machado de Assis (1839-1908), não é pela atratividade literária que Tobias seduz”. GRILLO, Alexandre Rezende. **Prefácio**. In: MERCADANTE, Paulo. *Tobias Barreto – o feiticeiro da tribo*, p. 13.

realidade”³⁹⁵ – de fato, dentre os talentos de Tobias, não se podia deixar de analisar sua verve de poeta, a despeito de toda a acidez da crítica a ele direcionada. De fato: se conduzia profissionalmente como se posicionava poeticamente, o que aumentava a qualidade das suas petições enquanto advogado e seus discursos enquanto político, confirmando a feliz conclusão de que “somente a arte pode mergulhar de olhos abertos nas ondas sociais” e que “não se encontra no ‘ventre dos autos’ o que está nas entranhas da sociedade”³⁹⁶.

1.8.1 A fase Condoreira: o hugoanismo da forma puramente poética

Remonta ao período em Itabaiana, quando foi designado para ocupar a cadeira de latim, a primeira acentuação do caráter condoreiro da sua poesia, de maneira instintiva³⁹⁷. Na modinha intitulada “*Eu amo o gênio*”, Tobias cantava: “Eu amo o gênio cujo raio esplêndido/ Tirou-me o pranto no pungir da dor/ Há sempre um gôzo no correr das lágrimas/ Há sempre um riso no murchar da flor...”. No entanto, pertence ao período em que estudou na Faculdade de Direito (1864-1869) a melhor e maior produção poética de Tobias – que, reunida em livro, recebeu o título de “*Dias e Noites*”³⁹⁸. É também desse período a célebre e acalorada polêmica que se envolveu com o baiano Castro Alves, de quem se aproximou pessoal e poeticamente³⁹⁹. Aliás, a comparação entre Tobias Barreto e Castro Alves pode ser, a depender da temática que os emparelha, injusta. Isso porque, embora colocados lado-a-lado pela contemporaneidade e espaços comuns que foram por eles divididos, possuíam temperamento e personalidade muito díspares, o que refletia diretamente em suas produções.

Oriundo de Salvador, o ainda muito jovem Castro Alves com dezenove anos, ostentava beleza e particular capacidade de proferir versos geniais e agregar em torno de si os demais estudantes por meio de campanhas sociais – o que causou, de imediato, uma atração recíproca em Tobias Barreto, de quem inicialmente se tornou amigo. A veia poética que os uniu também os levou a frequentarem festas e recitarem em repúblicas de estudantes, rapidamente se tornando uma dupla popular e notável nos meios acadêmicos da época. Apesar da diferença de

³⁹⁵ LYRA, Roberto. **Direito penal científico (criminologia)**, p. 207-208.

³⁹⁶ LYRA, Roberto. **Direito penal científico (criminologia)**, p. 207.

³⁹⁷ DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 20.

³⁹⁸ A edição original tem o juízo crítico e o prólogo de Sílvio Romero. In: BARRETO, Tobias. **Dias e Noites**. Rio de Janeiro: Ed. Imprensa Industrial, 1881.

³⁹⁹ Há um emocionante artigo publicado por Sebastião de Vasconcelos Galvão em lembrança de Castro Alves após 13 anos da sua morte. Ele cita Tobias Barreto que, ao lado de Franklin Távora, integravam “uma falange valente de moços de talento, amigos de Castro Alves e seus irmãos de crenças e ideias”. In: **Diário de Pernambuco**, 06/07/1884.

seis anos que os separava, a idade não fora inicialmente um problema, mas fez surgir as primeiras divergências entre os dois: a experiência de vida de Tobias e os revezes suportados pelos sérios conflitos enfrentados provocavam reservas e recalques de lado a lado.

O episódio que mais tarde fez eclodir as divergências entre os dois se originou de questões menores de bastidores que se avolumaram. O ano era 1866 e o local foi o Teatro Santa Isabel, quando cada um tomou partido de uma atriz integrante da mesma companhia teatral: em um duelo de versos, divergindo na preferência e simpatia dos dois partidos teatrais, em honra a Adelaide do Amaral saiu Tobias e, lado outro, afeito a Eugênia Câmara estava Castro Alves. Alvejando a conduta fácil de Câmara, Tobias se levantou da plateia e disparou: “Sou grego, pequeno e forte/ Da força do coração/ Vi de Sócrates a morte/ E conversei com Platão/ Sou grego, gosto das flores/ Dos perfumes, dos rumores/ Mas minh’alma inda tem fé/ Meus instintos não esmago/ Não sonho, não me embriago/ Nos banquetes de Friné...”. No que foi replicado por Castro Alves, lembrando que Adelaide era casada: “Sou hebreu, não beijo as plantas/ Da mulher de Putifar”.

A aclamação desse embate poético foi feita por Sílvio Romero e, posteriormente, por Jorge Amado – que o incluiu na única peça escrita pelo autor baiano e intitulada “*O amor do soldado*”⁴⁰⁰. Esse duelo “entre o grego de Sergipe e o hebreu da Bahia”⁴⁰¹ elevou Castro Alves, naquele momento possuidor de maiores estimas populares que Tobias Barreto. Além de conquistar com aquela declamação a disputada jovem Eugênia Câmara, saiu ovacionado e levado nos ombros pelos amigos, diferentemente de Tobias que sofreu o dissabor da derrota naquela disputa – apesar do esforço minorante de alguns historiadores ao ocorrido⁴⁰².

A revanche viria em forma de prosa e publicada como ofensa ao jornal “*A Luz*” que, capitaneado por Castro Alves, fazia oposição às diretrizes editoriais de outro periódico de grande circulação chamado “*Revista Ilustrada*” que tinha como farol as ideias de Tobias. Nessa revista, um artigo apócrifo característico da época e cujo anonimato serviu apenas para inflamar

⁴⁰⁰ Escrita em 1944 por encomenda de Bibi Ferreira, o atormentado e trágico romance entre Castro Alves e a atriz portuguesa Eugênia Câmara é o tema desta única obra de teatro de Jorge Amado. O texto foi publicado em livro três anos depois, em homenagem ao centenário do nascimento do poeta dos escravos. A ação se concentra na última parte da breve vida de Castro Alves (1847-71), entre 1866 e 1870, em Recife, São Paulo e Rio de Janeiro. Em cenas rápidas e diálogos inflamados, alternados com versos célebres de combate, um poeta divide sua energia e sua inspiração entre duas paixões exigentes: Eugênia Câmara e a luta pela libertação dos escravos e pela instauração da República. Moderno para a época, o texto inclui peças dentro da peça e um narrador que fala diretamente ao público, além de traçar paralelos entre o movimento abolicionista e a luta contra o nazifascismo no século XX. Pressupõe ainda uma encenação ousada, com atores misturados à plateia. AMADO, Jorge, **O amor do soldado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴⁰¹ DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto**, p. 34.

⁴⁰² Para Alfredo Bosi, o episódio não passou de “rivalidades de estudantes sem maior significação”. In: BOSI, Alfredo. **História concisa da literatura brasileira**, p. 183.

o conflito, foi deflagrada a “ vaidade fofa ” da orientação de “ *A Luz* ”, sendo o estopim para novo confronto. Na apressada interpelação, Castro Alves escreveu para Tobias: “ Peço a V. S. tenha a bondade de declarar-me ao pé desta se é o autor do artigo da ‘ Revista Ilustrada ’, incluso no Suplemento, como fêz-me o obséquio de mandar-me dizer vocalmente ”, tendo recebido a resposta como solicitado e ao pé da carta: “ Justamente, Sr. Castro Alves. Sou eu mesmo. Quer responder-me? É um favor. Peço-lhe que em encare sob todos os pontos de vista, a fim de que depois não me chamem de generoso. Sim, senhor. Considere-me como homem, como escritor na prosa e no verso, como cidadão e até como filho... Dê-me por tôdas as faces... Assim espero ”.

Com a saída de Castro Alves daquele fogo cruzado por força da sua mudança para o Rio de Janeiro, as polêmicas cessaram. Enquanto foi brilhar na capital carioca e sob os elogios de José de Alencar e Machado de Assis, Tobias permaneceu em Recife com suas atividades jornalísticas e as aulas particulares, além de cursar direito, mesmo perdendo um ano e atrasando a sua formatura.

Um outro autor que influenciou o pensamento de Tobias Barreto foi o alemão Berthold Auerbach e acabou merecendo um artigo intitulado “ *Auerbach e Victor Hugo* ”. Auerbach, “ embora tenha escrito obras de conteúdos filosóficos, sociais e religiosos, é como romancista que se projeta no mundo literário, através das Schwarzwälder Dorfgeschichten (Narrativas das aldeias da Floresta Negra) ” e para quem, segundo Tobias, “ a França não tinha ninguém que se pudesse medir com o poeta da Floresta Negra ”⁴⁰³.

1.8.2 Tobias Barreto e Machado de Assis: separados no nascimento por uma semana e aproximados na eternidade pelas virtudes individuais

A comparação de Tobias Barreto a Machado de Assis scandalizou os devotos de ambos – e, como tais, “ cada qual acha mais milagroso o seu feitiço ”⁴⁰⁴. Para Silvio Romero, o método comparativo aplicado a todas as criações humanas, desde a religião, a moral, o direito e a mitologia, passando pela linguística, pela arte e a literatura, não é de todo falho, diferentemente das críticas que recebeu, pois se “ não se comparam duas coisas inteiramente semelhantes, inteiramente idênticas, se é que existem duas coisas de todo idênticas ” igualmente também “ não se comparam duas coisas inteiramente dissimilantes e antagônicas ” – logo, devendo-se admitir

⁴⁰³ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 33.

⁴⁰⁴ ROMERO, Silvio. **Explicações indispensáveis**, XIII.

também como uma terceira regra que “só se comparam coisas que, tendo muitos pontos de semelhança e analogia, têm outros de diferença e antagonismo”⁴⁰⁵.

Tobias e Machado são brasileiros, nascidos em junho de 1839, ambos mestiços, ambos poetas e prosadores, ambos críticos, ambos humoristas, ambos pessimistas, ambos chefes de escola – apesar de que um tenha sido jurista e o outro romancista. Machado de Assis foi igualmente “por longo tempo lido como um autor voltado para as elites e que evitava questões raciais”, tendo inclusive sido acusado de ser “visceralmente elitista”⁴⁰⁶. Embora seja necessário reconhecer que, “de igual forma, hoje é difícil sustentar que ele não estava em sintonia com a centralidade da cor da pele e de tensões de classe na vida social da corte, (...) Machado jamais é alheio às relações raciais, ainda que as trate discretamente”⁴⁰⁷. Foram duas personalidades contrastantes: Machado era tímido, recatado, introvertido e olhava o mundo com ceticismo e bonomia, enquanto que Tobias era impetuoso, irreverente, extrovertido e via o mundo como um espaço aberto a ser conquistado pelo pensamento e pela palavra. Em Machado eram ponderados os valores da cultura inglesa e francesa, enquanto em Tobias prevalecia o germanismo apaixonado – no que se concorda que “Tobias encarnou, com mais fidelidade, as qualidades positivas e negativas do povo brasileiro, desde a intuição tão própria de nossa mentalidade até a tendência ao ecletismo, que nos tem valido como forma de composição entre distintas e imprecisas posições filosóficas, sociológicas e até mesmo artísticas”⁴⁰⁸.

Sobre posicionamentos históricos, importante situar tanto Tobias quanto Machado, não apenas para absolve-los de acusações pautadas em critérios socialmente aprimorados e evoluídos por meio do debate e da luta contra preconceitos. Como bem observa Sidney Chalhoub, Machado de Assis se tornou profundamente envolvido com a aplicação da Lei do Ventre Livre – que passou a considerar livres os filhos de escravizados nascidos após a sua promulgação – quando trabalhou no Ministério da Agricultura⁴⁰⁹.

Não é possível comparar Tobias a Machado em relação à qualidade da produção de ambos em termos de literatura como modalidade artística que tem como matéria-prima a

⁴⁰⁵ ROMERO, Silvio. **Explicações indispensáveis**, XIII.

⁴⁰⁶ Tristão Athayde usa a expressão num artigo publicado no *Jornal do Brasil* em 1983 e reimpresso em BARRETO, Lima. **Triste Fim de Policarpo Quaresma: Edição Crítica**. Paris: Coleção Archives/Unesco, 1997, p. 508. Ver também. CARVALHO, Bruno. **Cidade Porosa: dois séculos de história cultural do Rio de Janeiro**, p. 102.

⁴⁰⁷ Para um estudo sobre os discursos raciais entre 1870 e 1930 no Brasil, ver SCHWARCZ, Lília M. **O espetáculo das raças**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. Também CARVALHO, Bruno. **Cidade Porosa: dois séculos de história cultural do Rio de Janeiro**, p. 102.

⁴⁰⁸ REALE, Miguel. **Tobias Barreto na cultura brasileira**, p. 39.

⁴⁰⁹ CHALHOUB, Sidney. **Machado de Assis, historiador**, p. 138-139.

palavra utilizada na construção de histórias ou na expressão de emoções e ideias – seja pelo maior tempo de vida, seja pelas características pessoais de Machado de Assis. A manifestação literária de Tobias, como algumas outras produções, ficou inacabada. Dois trabalhos que merecem destaque, que foram o “*Ensaio de pré-história da literatura clássica alemã*” e os “*Traços de literatura comparada do século XIX*”, nada obstante a incompletude⁴¹⁰ deste, provam o seu interesse no assunto e a forma característica e atraente com que expunha as questões.

Há um interessante estudo comparativo entre Machado de Assis e Tobias Barreto publicado em 1897 por Silvio Romero que é digno de nota desde a sua singela dedicatória “à grande memória de Tobias Barreto, nosso maior amigo morto da Escola do Recife” e “A Arthur Orlando, Clovis Bevilacqua e Martins Junior, nossos maiores amigos vivos da Escola do Recife”⁴¹¹. Em um artigo publicado em 1879 intitulado “*A nova geração*”, Machado de Assis criticou⁴¹² a fraqueza literária e a falta de estilo da poesia cuja referência era o entendimento científico do mundo, adotado por Romero e tudo indica que a razão de publicar essa obra tenha sido para responder àquela crítica machadiana formulada a seu livro intitulado “*Cantos e Contos do Fim do Século*”. No estudo comparativo, pela boca (ou, melhor, pela pena) de Silvio Romero há a defesa da sua opção, afirmando ele em primeira pessoa que “os anos de 1868 e 69 foram os da crise d’emancipação espiritual em Tobias e em nós. Por uma especie de divisão do trabalho e por diferença de indoles, elle se occupou de preferencia da philosophia e eu da critica litteraria”⁴¹³.

⁴¹⁰ Sua intenção era escrever cinquenta tópicos, mas logrou êxito em redigir apenas dez.

⁴¹¹ ROMERO, Sílvio. **Machado de Assis: estudo comparativo de literatura brasileira**. Rio de Janeiro: Laemmert e Cia. Editores, 1897. A segunda edição foi publicada pela José Olímpio em 1936 e, na contramão da lógica que vê crescer as edições posteriores, diferentemente da primeira que possui 347 páginas, foi reduzida e contém apenas 156 páginas.

⁴¹² “Os Cantos do Fim do Século podem ser também documento de aplicação, mas não dão a conhecer um poeta; e para tudo dizer numa só palavra, o Sr. Romero não possui a forma poética. Creio que o leitor não será tão inadvertido que supunha referir-me a uma certa terminologia convencional; também não aludo especificamente a metrificacão. Falo de forma poética, em seu genuíno sentido. Um homem pode ter as mais elevadas ideias, as comoções mais fortes, e realça-las todas por uma imaginação viva; dará com isso uma excelente página de prosa se souber escreve-la; um trecho de grande ou maviosa poesia, se for poeta. Que o Sr. Romero tenha algumas ideias de poeta não lhe negará a crítica; mas logo que a expressão não traduz as ideias, não importa as ter absolutamente (...) no livro do Sr. Romero achamos essa luta entre o pensamento que busca romper do cérebro e a forma que não lhe acode reversa e obscura; o que dá a impressão de um estrangeiro que apenas balbucia a língua nacional. Pertenceu o Sr. Romero ao movimento hugoista, iniciado no Norte e propagado no Sul, há alguns anos; movimento a que esse escritor atribui uma importância infinitamente superior à realidade. Entretanto não se lhe distinguem os versos pelos característicos de escola, se escola lhe pudéssemos chamar; pertenceu a ela antes pela pessoa do que pelo seu estilo”.

⁴¹³ ROMERO, Sílvio. **Machado de Assis**, 1ª ed., p. XXVI.

A crítica de Machado de Assis ao estilo de Sílvio Romero é ricocheteada, já que formulada para alcançar a supervalorização da obra de Tobias Barreto e ambientada no espaço onde predominavam os embates e as disputas orais, marcando os duelos entre as distintas perspectivas de mundo e de como se interpretavam determinados fenômenos. A resposta, no entanto, demorou dezoito anos e veio em tom excessivo com intensas ironias e sarcasmos, dizendo Romero que Machado fora “ajudado pelo carácter de sua raça e até pelas próprias falhas de seu systema nervoso”. Machado de Assis era mestiço, epilético e gago.

Essa intensa contraofensiva não ficaria impune e o saldo dessa intriga foi negativo para Sílvio Romero, pois já nessa altura Machado era um escritor amplamente reconhecido, admirado e, diferentemente da intensidade do ataque sofrido ao qual deu início, contido e moderado no debate público, além de fundador da Academia Brasileira de Letras, instituição que lhe trouxe respaldo, prestígio formal e capital intelectual e na qual “encontrou um confortável lugar na crítica literária brasileira, não arregimentando as máculas que as teorias raciais implicariam na vida póstuma de Romero”⁴¹⁴.

1.8.3 Tobias Barreto, Clarice Lispector e as “morfinas punitivas”: para além da leitura comum sobre o chamado fundamento do direito de punir

Muitos elementos biográficos (e bibliográficos) aproximam Tobias e Clarice. A atualidade de ambos, o efeito perturbador e a epifania de seus escritos, a pluralidade e intensidade das vertentes sobre as quais se debruçaram, a observação de assuntos cotidianos, a precocidade com que formularam ideias grandiosas e, principalmente ao que aqui interessa, a abordagem de um texto escrito por Lispector pouquíssimo explorado dentre os penalistas⁴¹⁵ e que integra como um tesouro perdido o seu *corpus* literário: a sua crônica intitulada *Observações sobre o direito de punir*, publicada originariamente na revista *A Época* do corpo discente da Faculdade Nacional de Direito no ano de 1941⁴¹⁶, onde externa, já aos 21 anos de idade, sua vontade reformista radical do sistema penitenciário brasileiro⁴¹⁷. Ainda cursando a Faculdade Nacional de Direito, Clarice produziu dois textos para a revista organizada pelos

⁴¹⁴ BARBOSA, Ivan Fontes. **A Escola do Recife e a sociologia no Brasil**, p. 276-277.

⁴¹⁵ Dentre as raríssimas exceções, sobretudo quanto aos elementos para a crítica aos fundamentos e justificações da punição, destaque-se o recente e excelente trabalho de FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Clarice Lispector, criminóloga**, p. 49-82.

⁴¹⁶ Em 2005 foi (re)publicado postumamente, reunida no livro “*Outros Escritos*”.

⁴¹⁷ Essa era, inclusive, uma das razões que a levaram a cursar Direito, segundo repetidamente declarou em entrevistas.

alunos do curso e que foram publicados em agosto daquele ano. Além do *Observações*, escreveu *Deve a mulher trabalhar?*, deixando refletir em ambos as suas preocupações centrais como jovem estudante de Direito. Uma outra interessante crônica é *Mineirinho*, esta publicada na revista *Senhor* em 1962⁴¹⁸ versando sobre um brutal assassinato que, tal qual o texto objeto da presente análise, revela as “feridas não cicatrizadas, tanto na imposição de um autoritarismo social velado, como na construção da identidade através da memória individual e coletiva”⁴¹⁹.

Clarice Lispector morou a primeira infância e foi alfabetizada em Recife, onde Tobias Barreto cresceu e se radicou, além de ter estudado no Ginásio Pernambucano, onde Tobias lecionou. É certo que qualquer conclusão a respeito desse encontro que desafia os desencontros geracionais pode ser obtida por mera especulação, muito embora em se tratando de dois pensadores sensíveis e atentos que pisaram o mesmo solo, frequentaram as mesmas salas e quiçá leram os mesmos livros na mesma biblioteca, não seria demais afirmar que seria mera coincidência. Clarice usa no seu *Observações sobre o direito de punir* os mesmos termos e expressões cunhados por Tobias em *Fundamentos do Direito de Punir* ao refletir sobre a essência da punição, a disputa entre o *poder/direito* de punir estatal e sua legitimidade que objetiva a ordem social. O artigo questiona o significado do crime e o sentido da pena, assim como o papel estatal e a (im)possibilidade de alcance das finalidades que tornariam legítimo o fenômeno punitivo⁴²⁰. É possível, portanto, apontar ao menos duas contribuições originais no pensamento de Clarice Lispector em relação à crítica aos fundamentos e às justificações da punição: “(i) a ideia de ‘suspensão do conflito’ como efeito da pena; (ii) a crítica à justiça penal retributiva e à racionalidade que a preenche de sentido, interditando outros modelos possíveis e adequados de solução de conflito”⁴²¹.

Após ter sido aluna da Faculdade Nacional de Direito da então Universidade do Brasil (que veio a se transformar na Universidade Federal do Rio de Janeiro) entre os anos de 1939 e 1942, colocou grau, mas não chegou a exercer profissões jurídicas. Clarice chegou a revelar, inclusive, que o direito não a ajudou sequer com questões ligadas aos direitos autorais da sua obra, muito embora sua experiência demonstre que tenha declarado que, desde a infância, era reivindicadora – o que levou a dizerem que seria advogada⁴²². Seu ensaio *Observações sobre o*

⁴¹⁸ Em 1999 foi (re)publicado postumamente, reunida no livro “*Para não esquecer*”.

⁴¹⁹ YOKOYAMA, Adriana. **Clarice Lispector: a legitimidade do Estado e o “dever de punir”**, p. 9.

⁴²⁰ Vale ressaltar o contexto histórico do Estado Novo (1937-1945) vivido por ela – a chamada Era Vargas – marcado pelo autoritarismo e a centralização política.

⁴²¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Direito penal, criminologia crítica e literatura**, p. 223.

⁴²² GOTLIB, Nádia Battella. **Clarice: uma vida que se conta**, p. 146-147.

direito de punir é uma exceção, pois se trata de um texto técnico dentre a sua produção predominantemente ficcional, embora contrariando a forma como habitualmente são estruturados os trabalhos acadêmicos em direito⁴²³. Não por coincidência, sua percepção sobre a guerra foi forjada em primeira pessoa e está aliada ao que sentiu na própria história familiar e aos motivos que a trouxeram refugiada para o Brasil: acompanhada da sua ascendência ucraniana⁴²⁴, fugiu dos tormentos da primeira grande guerra mundial e da Revolução Russa.

O interessante interesse de Clarice Lispector pelo direito penal⁴²⁵ pode ser explicado pelo estímulo da sua personalidade enigmática captada e cartografada na intensidade da sua vida e obra pelo citado ensaio biográfico-crítico de Natália Gotlib⁴²⁶, ao analisar as situações humanas específicas ligadas ao crime e o seu desejo adolescente de reformar as penitenciárias – o que explica “porque no tecido de artigos e leis punitivas uma romancista encontre não a letra, mas o espírito, as situações fundamentais que movimentam o homem”⁴²⁷. A visão estudantil de Clarice sobre o poder de punir revelada no seu ensaio discute a legitimidade do exercício, o reconhecimento da vulnerabilidade do que aceita a punição imposta em face da força opressora estatal e, segundo ela, “o homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte que ele, a guerra, grande crime, não é punida porque se acima dum homem há os homens acima dos homens nada mais há”⁴²⁸. Outro ponto interessante dessa perspectiva que aproxima Clarice a Tobias está na analogia feita por ela quando compara a instituição da pena a um medicamento paliativo incapaz de promover a cura da doença⁴²⁹ e, também, quanto à

⁴²³ Classificado por um colega como “sentimental”, ao final do artigo Clarice esclarece-lhe “que o Direito Penal move com coisas humanas por excelência” e que “só se pode estudá-lo, pois, humanamente”. In: LISPECTOR, Clarice. **Observações sobre o fundamento do direito de punir**, p. 49.

⁴²⁴ Clarice nasceu em 10/12/1920 na cidade de Chechelnyk, província ucraniana da Podólia, então pertencente ao Império Russo.

⁴²⁵ Foram nessa disciplina as melhores notas no seu currículo: oito no 2º ano da faculdade e nove no 3º ano. No 5º ano, foi em Direito Judiciário Penal (atual Processo Penal) que obteve oito e meio, sua melhor nota do período. Ver: GOTLIB, Nádia Battella. **Clarice: uma vida que se conta**, p. 104.

⁴²⁶ Publicado posteriormente, trata-se da tese de livre-docência da autora: GOTLIB, Nádia Battella. **Clarice Lispector: a vida que se conta**. 1993. Tese (Livre-docência em Letras) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, SP.

⁴²⁷ CAMPOS, Paulo Mendes. **Conversa com Clarice**. In: *Perto de Clarice (Catálogo)*. São Paulo: Instituto Moreira Sales, 2004.

⁴²⁸ LISPECTOR, Clarice. **Observações sobre o fundamento do direito de punir**, p. 45.

⁴²⁹ “Houve um tempo em que a medicina se contentava em segregar o doente, sem curá-lo e sem procurar sanar as causas que produziam a doença. Assim é hoje a criminologia e o instituto da punição. Surge na sociedade um crime, que é apenas um dos sintomas dum mal que forçosamente deve grassar nessa sociedade. Que fazem? Usam o paliativo da pena, abafam o sintoma e considera-se como encerrado um processo. (...) Só haverá direito de punir quando punir significar o emprego daquela vacina de que fala Carnelucci contra o gérmen do crime. Até então seria preferível abandonar a discussão filosófica dum fundamento do direito de punir, e de cabeça baixa, continuar a ministrar morfina às dores da sociedade”. In: LISPECTOR, Clarice. **Observações sobre o fundamento do direito de punir**, p. 48-49.

forma como transpõe para a política e para a vingança o seu fundamento, assim igual e firmemente se posicionou⁴³⁰.

O sonho adolescente de “mudar as coisas” foi substituído pelo desejo simples de “colocá-las para fora” e a aspiração de reforma penitenciária nutrida na juventude foi reduzida a um grito em favor dos marginalizados e punidos pelo sistema penal. Isso fica claro em dois momentos: no seu livro *A hora da estrela* e na sua identificação com a vítima no caso de José Miranda Rosa, o tristemente famoso bandido *Mineirinho* que, embora “integrado socialmente”, assim não foi percebido pela truculência policial e, após uma emboscada arquitetada pelos integrantes da “Casa do Diabo” (assim conhecida por conta dos policiais atrozinhos integrantes daquela delegacia de Olaria), fora assassinado com treze⁴³¹ tiros de metralhadora à margem da estrada Grajaú-Jacarepaguá no Rio de Janeiro. Aliás, a resposta à quantidade de tiros está não apenas na *comoção* captada pelos olhares psicanalíticos⁴³², mas também no *prazer na punição*, no “exorcismo exculpado da maldade sufocada” e como “há na repetição do ato de apertar o gatilho 13 vezes o mesmo prazer que leva uma multidão à porta de um tribunal num caso de grande repercussão e a faz vibrar de destemperado regozijo sob o anúncio de uma robusta condenação”⁴³³.

Como os livros e as ideias de Tobias Barreto irradiaram para outros centros do país além das fronteiras nordestinas com mais intensidade e vigor apenas no início do século XX, é possível insinuar que Clarice Lispector leu o apêndice da segunda edição de *Menores e Loucos* na biblioteca da FND – sobretudo pelos pontos em comum que ligam os dois textos, ou ainda que o acessou quando foi alfabetizada em Recife, o que não é de todo improvável: a rejeição de um propagado **direito de punir** a ser exercido sadicamente e a substituição pelo **poder de punir** a ser **contido** (Tobias) e **defendido** (Clarice); a instabilidade e relatividade da representação do crime na mente humana e a retirada de qualquer **pretensão ontológica** do delito; o uso frequente das expressões **guerra e vingança** como conceitos antigos e resquícios de um passado não tão distante; a construção **política** a partir de escolhas legislativas dos delitos

⁴³⁰ “Punir, é no caso, apenas um, resquício do passado, quando a vingança era o objetivo da sentença. In: LISPECTOR, Clarice. **Observações sobre o fundamento do direito de punir**, p. 47-48.

⁴³¹ “Esta é a lei. Mas há alguma coisa que, se me fez ouvir o primeiro tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina - porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro”. LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*, p. 178.

⁴³² CAVALCANTE, Lina et al. **Quem contou os tiros que mataram Mineirinho, quem conta os dias da morte de Marielle?** p. 47-59.

⁴³³ CHAVES, Anna Cecília. **Clarice Lispector e o fundamento do direito de punir**, p. 312.

que visam a resolução de conflitos por meio da pena; além da distinção entre **consenso** e **conflito** a partir do contrato social parecem estar reciprocamente interligados nos dois textos. Com características e personalidades diferentes, a sutileza que faltava algumas vezes a Tobias correspondia à força verbal bruta que não dispunha Clarice. O certo é que a sua conclusão é arrebatadora, elegante e surpreendentemente crítica – ou, parafraseando Nilo Batista, que a disse “radicalmente crítica”⁴³⁴ – quanto à imprecisão e a violência no momento de aplicação da pena: “a pena não é impessoal e científica, mas ‘nela entra muito dos sentimentos individuais dos aplicadores do direito (como sejam, sadismo e idéia de força que confere o poder de punir). E nesse caso até repugna admitir um ‘direito de punir’”⁴³⁵.

Tobias Barreto usou a lógica da regra de três para emparelhar pena à guerra. Clarice Lispector construiu a metáfora do terreno debaixo da casa onde uma nova poderia ser erguida. Aqui está a grande intersecção: apenas a refundação das bases punitivas pode, gradativamente, fazer brotar uma nova e segura construção conceitualmente inspirada em uma arquitetura renove o conceito de pena e cuja fundação se solidifique considerando as particularidades do terreno histórico brasileiro. Ambos queriam mexer com esse solo.

1.9 Tobias Barreto político

O pioneirismo de Tobias Barreto pode ser observado sob vários aspectos. A aplicação dos princípios e do método da crítica moderna à literatura política brasileira, na ambiência social do cientificismo que dominava, impôs aos jovens pesquisadores o desafio de compreensão da sociedade do seu tempo. Se para alguns o rigor na análise sobre a obra de Tobias é levado ao extremo, para outros a necessidade de tomar partido em todos os temas gerava afeição à polêmica com uma particular característica: os ataques e as defesas não eram insinuações, mas afirmações categóricas e veementes do seu ponto de vista. Ao afirmar, exprimia a verdade da sua existência.

É possível dizer que seu engajamento político foi responsável e, de alguma maneira, socialmente útil. Foi a partir das ideias liberais com as quais se identificava Tobias que surgiu no panorama político e econômico brasileiro mudanças significativas, consequência, dentre outros fatores, da abolição do tráfico negreiro. A ausência de vínculos com a aristocracia e sua condição humana e social o levou a se aproximar do partido liberal – e aqui cumpre destacar

⁴³⁴ BATISTA, Nilo; BARLETTA, Junya. **Uma conversa entre o Direito e a Literatura**, p. 84,

⁴³⁵ LISPECTOR, Clarice. **Observações sobre o fundamento do direito de punir**, p. 48.

um dos seus principais escritos sobre o assunto, intitulado “Os homens e os princípios” e publicado por Silvio Romero na edição póstuma de “Varios Escriptos”.

Se é certo que Tobias foi atraído muito mais para os altos estudos do que propriamente para a política em si (apesar da sua representativa atuação) e de não ter se envolvido diretamente na questão republicana, sua origem liberal deixava claro o seu posicionamento e, mesmo distante das questões sociais e dos problemas políticos da nação, procurava adotar uma atitude crítica, sarcástica e, de alguma forma, hostil – comodismo que acusava o imperador D. Pedro II pela mediocridade de um liberalismo que se assemelhava a uma atitude omissa conformada⁴³⁶. Tal alheamento também está associado, principalmente, ao momento em que volta para Recife após a década em Escada, quando passou a se dedicar exclusivamente ao ensino após a disputa da cátedra e, significando “o valor mais alto da missão intelectual que no novo posto se atribuía”, se tornar “essencialmente homem de doutrina”⁴³⁷.

Ainda sobre o liberalismo e a república, procurando se isentar politicamente por questões evidentemente pragmáticas e interessadas, Tobias Barreto se refere à *liberdade* como um “nectar espumoso dos sonhadores políticos, que aliás agrada mais pelo cheiro, do que pelo sabor” e à *república* como um “fructo do paraíso, mais precioso por fóra, do que por dentro, que tem casca de *ouro* e miolo de *prata*, – o *povo soberano*, os *direitos do homem*, a *revolução* e todas as mais tolices sacramentais da rhetorica tribunicia, já perderam aos meus olhos como phrases natas para arranjar uma *figura* e arredondar um período, o seu antigo e celebrado

⁴³⁶ Há um livro de Tobias Barreto intitulado “*Ein offner brief na Die Deutsche Presse*” (“*Uma carta aberta à imprensa alemã*”) que pode ser considerado inédito ao grande público, já que excluídos das Obras Completas com a justificativa dos editores que “por maiores pesquisas feitas não foi possível encontrar-se, nesta edição completa, nada do que Tobias Barreto escreveu em língua alemã”. In: BARRETO, Tobias. **Vários escritos**, p. 346. Naquele livro, Tobias Barreto “descarrega todo o seu ressentimento sobre a figura idosa de D. Pedro II, numa reação quase edipiana: ‘Assim compreendo certamente a profunda veneração e entusiasmo de um alemão por seu Guilherme, o de um russo por seu Alexandre, o de um italiano por seu *re gentiluomo* e invejo cada uma deles pela sorte, de ser súdito de um grande homem – também a loucura me lança certamente em excitação, de que devemos colocar D. Pedro no mesmo plano e portanto já saltar de alegria, porque ele manda sobre nós, ou guia-nos para o pasto. A diferença entre aqui e lá é uma muralha chinesa; e somente com demasiada frequência o espetáculo da sedução imperial fez-se cair em tentação de repetir, modificando, a palavra de D. Carlos, de Schiller: – por que, entre mil reis, coube exatamente este para mim?’”. In: CHACON, Vamireh. **História das ideias socialistas no Brasil**, p. 268.

⁴³⁷ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 24-26.

encanto” – para, adiante e usando a receita poética com verso em bom francês⁴³⁸, se abster de obedecer “ao gosto predominante”⁴³⁹.

O domínio das elites (às quais Tobias sempre pretendeu pertencer) que dominavam o país com rédeas curtas por meio de castas e classes sociais que subjugavam os andares sociais de baixo (de onde ele veio e o qual sempre almejou deixar), ao mesmo tempo em que não permitia uma crítica direcionada ao alvo proposto, forçava-o a ostentar posição neutra e isenção política em face dos interesses pessoais, o que fica muito claro em diversas passagens dos *Discursos*. Aqui se pode citar, a título de exemplo, sua crítica à sociedade de privilégios da qual a lei era cúmplice: “como far-se-ha que cheguemos ao alvo que nos propões, nós outros homens do quarto pela maior parte, do terceiro e segundo estado, operarios, artistas, homens de letras, que nada temos, que nada somos, visto como os nossos direitos se acham sequestrados nas mãos de meia duzia de felizes, constituídos nossos depositarios?”⁴⁴⁰, assim como em *Um Discurso em Mangas de Camisas*, quando contemporizou ao dizer “eu não sou socialista: não encaro o numero dos que cuidam poder, com um traço de pena, extinguir os males humanos, quasi irremediaveis. Mas tambem não faço côro com a escola de Manchester; não penso que a pobreza é sempre o castigo da preguiça economica, e que, como tal, qualquer medida de socorro ou allivio para ella, importa premiar os inertes e preguiçosos”⁴⁴¹.

A postura política de Tobias Barreto estava aliada à afirmação entre os seus semelhantes e, segundo Sérgio Buarque de Holanda, dentre os representantes dos indivíduos que assim se posicionavam ele era “indiferente à lei da comunidade e atento apenas ao que o distingue dos demais”, o que o evidenciava como “um caso típico dessa indiferença pelo seu meio”⁴⁴². É que as ideias socialistas veiculadas em Recife tiveram na origem uma motivação, no mínimo, curiosa. Como bem observa o historiador Boris Fausto, foi a pedido do então presidente da província que o engenheiro fourierista e político francês Louis Vauthier⁴⁴³ fora contratado para

⁴³⁸ “Voulez-vous du public captiver le suffrage/ Du mot de liberté soupoudrez votre ouvrage/ Ce mot magique et cher fait pétiller d'esprit/ L'ouvrage le plus plat et le plus mal écrit”. (“Você quer que o público cative o sufrágio/ Polvilhe seu trabalho com a palavra liberdade/ Esta palavra mágica e cara faz o espírito brilhar/ O livro mais raso e pior escrito”). Esse trecho mencionado por Tobias, apesar de não referenciado por ele, é da autoria de Georg Schirges. In: SCHIRGES, Georg. **Geschichte des französischen Theaters während der ersten Revolution**. Hamburgo: Meißner & Schirges, 1848, p. 84.

⁴³⁹ BARRETO, Tobias. **Discursos**, p. 118.

⁴⁴⁰ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 24.

⁴⁴¹ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 34.

⁴⁴² COSTA, João Cruz. **O pensamento brasileiro sob o Império**, p. 339.

⁴⁴³ O engenheiro francês Louis-Léger Vauthier viveu em Pernambuco entre 1840 e 1846. Formado na *École des Ponts et chaussées*, desenvolveu durante este período um intenso combate pela difusão dos escritos dos membros da Escola societária, movimento que reunia em torno das teorias de Charles Fourier indivíduos e personalidades

embeleazar o Recife e, além dele, também foi responsável por disseminar o socialismo o general Abreu e Lima que, anos mais tarde, veio a escrever um oscúpulo intitulado “O Socialismo”. No entanto, aquele não era o “socialismo de Marx, pouco conhecido naquela altura, mesmo na Europa, mas o de autores franceses como Proudhon, Fourier e o inglês Owen”⁴⁴⁴.

Nas eleições para deputado provincial em 1878 teve expressiva votação, contabilizada progressivamente e cuja apuração parcial fora publicada diariamente pelo Jornal do Recife entre os dias 13 de agosto e 09 de novembro de 1878, na medida que as províncias forneciam a contagem das urnas. Com 735 votos, Tobias foi eleito na 38ª posição⁴⁴⁵.

Em 13 de outubro de 1879, a partir de Escada, escreve uma carta aberta se dirigindo ao eleitorado – que é publicada na edição do Jornal do Recife de 16 de outubro de 1879⁴⁴⁶. Intitulada “*Ao corpo eleitoral*”, diz reconhecer que aquela mensagem era realizada já um pouco tarde, “como quem vai à missa depois da consagração” e que, se nada aproveita, “também não se tem o trabalho de se ajoelhar muitas vezes”. Embora em tom de arrependimento, já que afirmara que não mais aspirava ser deputado, Tobias expõe os motivos de sua aceitação após convite do diretório – apesar de, declaradamente, não ter “programas a desdobrar, nem promessa a fazer”, arrematou dizendo que não ousaria dizer o que fazia e o que pretendia fazer, limitando-se a declara o que não faria: jamais seria *ovelha de rebanho*.

1.1.2 Tobias e Marx: “nem política e nem religiosa, a questão cardeal do nosso tempo é eminentemente social e econômica”

Os posicionamentos vanguardistas de Tobias Barreto quando lidos hoje demonstram a sua singular capacidade de, há quase um século e meio, antecipar tendências e pensamentos interessantes. Prova disso é que são dele os primeiros ecos do marxismo no Brasil. Tendo sido um dos leitores pioneiros de Karl Marx em solo nacional, foi o primeiro intelectual brasileiro a realizar uma análise sobre o pensamento marxiano e a citar a sua obra oral e expressamente – muito embora, de alguma forma, imprecisamente. Isso porque, nesse pioneirismo, ao fazer menção à “*bella verdade*” dita por Marx, Tobias estava falando sobre o prefácio escrito e

bastante diferentes. Um combate que Vauthier registrou meticulosamente nas páginas de seu diário pessoal foi editado pela primeira vez no Brasil em 1940 por Gilberto Freyre.

⁴⁴⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, p. 178.

⁴⁴⁵ **Jornal do Recife**, edição nº 258, de 09 de novembro de 1878, p. 1 – vide o Anexo XIX.

⁴⁴⁶ **Jornal do Recife**, edição nº 238, de 16 de outubro de 1879, p. 2 – vide o Anexo XX.

assinado por Friedrich Engels⁴⁴⁷ no primeiro volume daquela terceira edição ampliada que dispunha. E é preciso que se diga que, apesar de ter escrito em *Questões vigentes*⁴⁴⁸, foi na ocasião da colação de grau da turma de bacharéis de 1883 que externou em seu discurso fazendo alusão de que Marx “diz uma bella verdade, quando affirma que cada periodo historico tem as suas proprias leis... Logo que a vida atravessa um dado periodo evolutivo, logo que passa de um estadio á outro, ella começa tambem á ser dirigida por leis diferentes”.

A hipótese de que teria sido Tobias Barreto “o primeiro brasileiro a vibrar com a descoberta de Marx” confirma que suas “ideias precursoras, embora vacilantes”⁴⁴⁹ acabaram repercutindo entre os bacharéis ouvintes daquela turma formada em 1883. Aqui se caminha entre incertezas e insuspeições quanto à primazia da leitura (já que, supostamente, outros estudantes o teriam acessado nas Arcadas do Largo de São Francisco no ano de 1875) e da referência mencionada no discurso de formatura (considerando a devoção a Tobias nutrida pelo corpo discente de modo geral).

Pertence a Tobias Barreto também a conclusão de que “a questão cardeal do nosso tempo não é política e nem religiosa: é eminentemente social e econômica”⁴⁵⁰. Mesmo sem ser adepto do marxismo e nem tampouco simpatizante das ideias socialistas ou aos menos sem tê-lo registrado – o que leva alguns historiadores a questionarem sua leitura de Marx e outros a associarem sua descoberta apenas à paixão pela Alemanha, “numa época de exacerbada francofilia”⁴⁵¹ – o comentário se baseou em um artigo crítico de *O Capital* escrito por um jornalista russo e publicado em maio de 1872 na revista *Mensageiro Europeu*. Não obstante as dificuldades impostas pela limitação de comunicação na época, por ser um intelectual atento ao que acontecia na Europa e ter seu pensamento influenciado pela filosofia alemã, Tobias mantinha contato com alguns editores europeus os quais eram responsáveis por lhe enviar livros com bastante frequência. Assim, teria recebido a segunda edição do primeiro volume em alemão, datada do ano de 1872⁴⁵².

⁴⁴⁷ Na 3ª edição ampliada (*Dritte vermehrte Auflage*) de “*Das Kapital*” de 1883 em dois volumes que dispunha, não teve Tobias Barreto o zelo necessário de indicar que as palavras por ele citadas como sendo de Karl Marx, na verdade, são de Friedrich Engels, autor daquele prefácio ao primeiro volume.

⁴⁴⁸ BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**, p. 217. Vide, nessa passagem, sua nota de rodapé nº 97.

⁴⁴⁹ CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **A influência das ideias socialistas no pensamento político brasileiro – 1890/1922**, p. 14.

⁴⁵⁰ CHACON, Vamireh. **História das ideias socialistas no Brasil**, p. 265.

⁴⁵¹ CHACON, Vamireh. **História das ideias socialistas no Brasil**, p. 265.

⁴⁵² KONDER, Leandro. **A derrota da dialética: a recepção das ideias de Marx e Engels no Brasil até o começo dos anos trinta**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. Esse dado é duvidoso e pode ser facilmente contraditado: embora seja certo que houve extravio nos traslados dos livros que integravam a biblioteca de Tobias Barreto, na parte do acervo acessado por essa pesquisa aqui realizada e que hoje se encontra localizado no setor de obras raras da

A crítica da sociedade do seu tempo estava sustentada na divisão da população que transcendia ao *sistema de classes* e se caracterizava como um **sistema de castas** (sociais e políticas), o que supostamente era muito mais estático, sintetizando a rivalidade entre os dois partidos que se alternavam no poder (liberal e conservador) onde o domínio de um equivalia à perseguição do outro – onde o enalço do vencido posterior moldava a vida política – e cujo modelo brasileiro conhecido como *parlamentarismo às avessas* era dependente da vontade imperial⁴⁵³. O certo é que, assim como em outros temas, Tobias Barreto não avançou nas leituras de Karl Marx, talvez por tê-las feito já no final da vida e, antevendo a proximidade do seu término⁴⁵⁴, mudou as suas leituras. No entanto, aquela referência não passou despercebida e nem caíra no esquecimento – pois “suas pioneiras referências a Marx aguçaram a curiosidade brasileira por êste nôvo alemão, entre tantos outros que Tobias descobriu para o nosso país”⁴⁵⁵.

Silvio Romero, embora considerando não estar o Brasil suficientemente preparado para as ideias socialistas – maturidade que, segundo ele, seria apenas alcançada com a experiência capitalista que a antecederesse – lembrou os estudos de Marx e Engels sobre as classes operárias na Inglaterra e afirmou que “a conclusão a tirar dos factos é que um partido politico e social operario no Brasil é uma crêação prematura, artificial, que póde aproveitar a alguns geitosos, porém, de certo, não vai aproveitar ao operario, ao trabalhador nacional”, arrematando: “Karl Marx dizia: ‘Uni-vos, proletários’ Nós dizemos aos nossos trabalhadores: ‘Abri os olhos, amigos!...’ Eis o caso”⁴⁵⁶. Por sua vez, Clovis Bevilacqua utilizou o argumento marxista de aumento progressivo da taxaço sobre os proprietários em proveito dos operários ao defender a criação do imposto sobre renda, afirmando que tanto Marx quanto Engels eram escritores que “se impõem á nossa sympathia, não tanto pela vida aventureira que levaram quanto pelo seu fervor em prol do proletario e pelo cunho científico que (principalmente Karl Marx) procuraram imprimir a seus escriptos. Marx queria um *socialismo científico*, tomando por base os trabalhos de Darwin, a anatomia, a anthropologia, etc., e distanciando-se muito das teorias

Faculdade de Direito do Recife, constam apenas os dois volumes da terceira edição de “*Das Kapital*”, datados de 1883 – o que põe em dúvida se ele acessou esse segundo volume da segunda edição de 1872.

⁴⁵³ BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**, p. 125. Ver também GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 35.

⁴⁵⁴ No prólogo de *Questões vigentes* escrito em 21/05/1888 e a pouco mais de um ano do falecimento, Tobias Barreto registrou que aquele livro o orgulhava, sobretudo, por um merecimento que afirmou em primeira pessoa: “haver sido composto na sua maior, e talvez até na sua melhor durante dias afflictíssimos, em que a ideia de uma próxima e inevitável morte, segundo a opinião dos competentes, estava constantemente á agredir-me e á perturbar a marcha regular do meu pensamento”.

⁴⁵⁵ CHACON, Vamireh. **História das ideias socialistas no Brasil**, p. 272.

⁴⁵⁶ ROMERO, Silvio. **Doutrina contra doutrina**, p. XLI.

anteriores de Saint Simon, Fourier, Cabet, Proudhon e Louis Blanc. Infelizmente suas doutrinas parece que têm mais um caracter revolucionario do que constructor”⁴⁵⁷.

Uma outra coincidência ideológica os aproximava e antecedeu à leitura por Tobias de “*O Capital*”. Na hipótese formulada por Hermes Lima, na primeira parte de *Questões vigentes* elaborada em 1871 e antes provavelmente da leitura de Marx⁴⁵⁸, ao contestar a afirmação de Braz Florentino acerca do caráter racional do poder moderador, discorria Tobias Barreto magistralmente: “– Quanto a mim, creio, que a cousa pode ser discutida, de um modo muito mais simples. Quando se diz que o poder moderador foi um fructo da razão e da logica, é mister não esquecer que esta razão e esta logica pertenciam á certos homens, e estes homens á uma certa época. Em outros termos, a theoria em questão não pode ser considerada á parte do espirito que a concebeu, nem do meio social, em que ella se produzio. As ideias tambem tem a sua biografia. O que se costuma ás vezes chamar a força da logica, é apenas a necessidade dos tempos”⁴⁵⁹.

Também nesse sentido, Vamireh Chacon relembra, ao citar *Um Discurso em Mangas de Camisa*, que “sua francofobia recorreu ao Anthiproudhonismo de Marx”, apontando que Tobias Barreto usou “uma clara linguagem de luta de classes”⁴⁶⁰ e não ficou apenas naquela referência das *Questões vigentes*. De fato, pronunciando-o em 1877 na fundação do Clube Popular de Escada, afirmou Tobias que “a França que tem sido, neste século, muitíssimo fecunda em construir *Filosofias* de tudo, da mesma forma que a sua *Exposição Internacional* do corrente ano foi fértil de Congressos sobre todos os assuntos, desde o que teve por objeto o direito das mulheres até o que se ocupou do direito dos cavalos e seus irmãos em sofrimento; a França que sabe filosofar *de omnibus et quibusdam aliis*, e tanto que lhe devemos até uma *Filosofia da Miséria*, que aliás somente serviu para pôr em relevo, como mostrou Karl Marx, a *miséria da Filosofia*; a França, enfim, que pouco falta se lembre de nos dar também a *Filosofia da Insensatez*, para ocupar lugar de honra entre as suas *Filosofias*... do *Direito Penal*, do *Direito Eclesiástico et reliqua*, mentiria à sua missão humanitária e civilizadora se não tivesse igualmente o seu sistema acabado, a sua *Filosofia da Revolução*, escrita nos livros e implantada nos espíritos”⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Estudos de Direito e Economia Política**, p. 22

⁴⁵⁸ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 137.

⁴⁵⁹ BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**, p. 196-197.

⁴⁶⁰ CHACON, Vamireh. **História das ideias socialistas no Brasil**, p. 266.

⁴⁶¹ BARRETO, Tobias. **Um Discurso em Mangas de Camisa**, p. 46-47.

Alguns trechos de *Um Discurso em Mangas de Camisa* foram suficientes para que Tobias Barreto recebesse, com entusiasmo, elogios efusivos fora do Brasil. Coube a Zhakob Bazarian enquanto colaborador da Academia de Ciências da U.R.S.S, em publicação na edição de 19/06/1959 do jornal carioca *Novos Rumos*, exclamar que “por suas razões filosóficas e políticas, Tobias Barreto se situava próximo dos democratas revolucionários russos; não por acaso simpatizava tanto com o radicalismo russo de Hertzen e seus adeptos” e continuou, para resumi-lo: “Tobias queria conciliar as aplicação mecânica com a explicação teleológica, as causas aparentes com as causas finais”, em outras palavras: “preconizava um determinismo com teleologia, um movimento com sentimento”⁴⁶².

Por fim – e para “deixar clara sua posição obscura” – embora leitor pioneiro de Marx no Brasil, Tobias foi um crítico do comunismo por compreendê-lo na chave de leitura da igualdade, pois para ele “o mais alto grau imaginável da igualdade – o comunismo – porque ele pressupõe a opressão de todas as inclinações naturais, é também o mais alto grau de servidão”⁴⁶³. Por outro lado, apesar de fazer número aos subscritores que “o socialismo é a luta contra a *luta pela existência*”⁴⁶⁴, também negou plena adesão⁴⁶⁵. É dizer: sua condição humilde e inferiorizado na ordem social estabelecida o fizeram se voltar contra os poderosos e, por isso, foi atraído pela leitura e pelos ideais de Marx – mesmo sem ter muito mais tempo de vida para melhor entendê-los e mais detidamente explorá-los.

1.1.3 Tobias feminista: a leitura da “alma da mulher” e a luta pela emancipação feminina

Tobias Barreto também foi o precursor intelectual da emancipação feminina em território nacional quando, em época escravocrata, apenas uma única pessoa – Nísia Floresta Brasileira Augusta, a primeira educadora feminista do Brasil – havia se insurgido contra a situação político-social da mulher⁴⁶⁶. Foi dele a proposta legislativa de criação de colégios femininos de estudos superiores⁴⁶⁷, além de firme e bem colocada crítica quanto à

⁴⁶² CHACON, Vamireh. **História das ideias socialistas no Brasil**, p. 267, a partir de BAZARIAN, Zhakob. **Tobias Barreto, ilustre pensador brasileiro**. In: *Novos Rumos*, edição de 19 de junho de 1959.

⁴⁶³ BARRETO, Tobias. **Um Discurso em Mangas de Camisa**, p. 23.

⁴⁶⁴ BARRETO, Tobias. **Socialismo em literatura**. In: *Ensaios de filosofia e crítica*, p. 113.

⁴⁶⁵ BARRETO, Tobias. **Um Discurso em Mangas de Camisa**, p. 34.

⁴⁶⁶ COSTA FILHO. **Tobias Barreto**. In: *Revista Trimestral do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe*. Aracaju, Imprensa Oficial, Anos XV – XXV (1930-1940) v. XI, n. 16, 1942, p. 93.

⁴⁶⁷ HORA, Graziela Bacchi. **A filosofia do direito de Tobias Barreto**, p. 128.

imputabilidade penal das mulheres – o que será visto adiante na análise de *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Além disso, defendeu o direito das mulheres à educação superior como etapa emancipatória, apoiando-se, para isso, nas teorias feministas de então, combatendo as ideias difundidas pelas teorias populares na época e que sustentavam a inferioridade da mulher lastreadas em estudos de medição craniana.

Em julho de 1874 escreveu “*A alma da mulher*”⁴⁶⁸, artigo inaugural que abre o volume dos *Estudos Alemães*, além de ter pronunciado dois discursos a respeito dos usos e costumes que foram responsáveis por influenciar a sociedade da época. Em tempos nos quais as mulheres sequer tinham direito ao voto⁴⁶⁹, enfrentava o conservadorismo dos seus pares com uma postura muito firme e exaltada⁴⁷⁰. A propositura inovadora da condição feminina na sociedade e a luta pelo acesso à cultura monopolizada pelo homem foram suas bandeiras e “com a facilidade de expressão que lhe é peculiar quando entusiasmado com o seu tema, Tobias pinta, em cores vibrantes e sabor feminista, o retrato da mulher na época, mostrando que devido a uma tradição de vários séculos a função da mulher a sociedade restringe-se a ser esposa e mãe”⁴⁷¹.

Quando eleito deputado provincial em 1878⁴⁷², Tobias Barreto ergueu, dentre outras, a bandeira da luta das mulheres e da inserção feminina no mercado de trabalho com a criação do *Partenogógio do Recife*, concebido, à época, como uma espécie de escola profissionalizante para moças. Esse instituto especializado na educação feminina levou a duas citações que merecem destaque pelo pioneirismo em defesa da mulher, referenciando-o pelas suas posições sobre o tema: i) assinando um artigo sobre o *pátrio poder*, Viveiros de Castro defendeu que a mulher merecera “instrução profunda e seriamente ministrada” e, citando Tobias, defendeu que isso iria “(...) despertar e acender no espírito feminino, em geral, uma centelha que raras vezes tem brilhado, isto é, o sentimento de personalidade, a consciência do próprio valor”⁴⁷³; ii) tratando sobre o voto feminino, Nilo Peçanha – para quem Tobias era um notabilíssimo escritor – o cita no artigo intitulado “O Sufrágio das Mulheres”, afirmando que “a mulher brasileira é

⁴⁶⁸ BARRETO, Tobias. *A alma da mulher*. In: *Estudos Alemães*, p. 7-43.

⁴⁶⁹ As mulheres brasileiras conquistaram o direito de votar apenas em 24/02/1932, por meio do Decreto nº 21.076 assinado por Getúlio Vargas e incorporado à Constituição de 1934. Embora facultativo – só veio a se tornar obrigatório em 1965 – essa conquista integrava a reforma eleitora como bandeira do movimento da Revolução de 30.

⁴⁷⁰ Vide o acalorado debate e a forma como defendia a igualdade de gênero nos seus discursos que, mesmo em leitura fria, parecem remeter àquela época onde o elevado nível dos temas e abordagens eram a tônica das discussões políticas. Nesse capítulo IV intitulado “*Educação da Mulher*” estão as notas taquigráficas da sessão de 22/03/1879 da Assembleia de Pernambuco. In: BARRETO, Tobias. *Discursos*, p. 41-42.

⁴⁷¹ PESSOA, Lilian de Abreu. *Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto*, p. 20-21.

⁴⁷² Tobias Barreto obteve 735 votos e foi eleito em 38º lugar. In: *Jornal do Recife*, de 09/11/1878.

⁴⁷³ *A Tribuna Acadêmica*, Recife, em 30/05/1886.

em geral, guardadas as proporções, mais inteligente do que o homem – nota-se-lhe um certo desembaraço, uma certa viveza de intuição, que não é comum ao sexo masculino assinalado por uma tal ou qual inércia, devida talvez ao acesso de calor, a cuja maléfica influência o homem está mais exposto”⁴⁷⁴.

Em um outro episódio específico, na sessão do dia 22/03/1879 da Assembleia Provincial saiu em defesa de duas pretendentes de bolsa de estudos para cursarem medicina nos Estados Unidos e Suíça, argumentando que “as mulheres tinham capacidade para participar da vida acadêmica e que havia necessidade de um incentivo”⁴⁷⁵. Aliás, sua atuação como deputado provincial se destacou pelas várias intervenções em favor da emancipação feminina e em diversas oportunidades defendeu, surpreendentemente, pontos de vista eminentemente feministas, “não poucas vezes enfrentando seus pares, que insistiam em posturas conservadoras e que matizavam a cultura brasileira do século XIX”⁴⁷⁶.

Demonstrando o conhecimento que dispunha e a cultura geral conquistada ao longo daquelas, até então, quatro décadas de vida, Tobias Barreto lembrou os exemplos da primeira e segunda mulheres a obterem o título de doutoras em medicina pela Universidade de Zürich: a russa Nadeschda Suslowa em dezembro de 1867 e a inglesa Elisabeth Morgan em 12/03/1870⁴⁷⁷, aniquilando todo o esforço em contrário que se utilizava de comparações fisiológicas para distinguir (e inferiorizar, consequentemente) as mulheres em relação aos homens e o contrariava a partir de exemplos supostamente científicos. Assumindo-a como questão central e principal, os estudos eram para Tobias um direito urgente que deveria ser facultado às mulheres, inadmitindo a incompetência delas para altos estudos científicos e creditando a essa (im)possibilidade à manutenção submissa da condição feminina⁴⁷⁸.

No entanto, assim como em outros temas, alguns pontos restaram contraditórios no pensamento de Tobias Barreto – e em relação à emancipação feminina não foi diferente. Ao mesmo tempo em que ironizou a impossibilidade de as mulheres cursarem medicina ao refutar o fundamento “descarnado e estéril” de que a diferença do peso dos cérebros poderia comprometer a atividade intelectual⁴⁷⁹, ele também separava os pontos de vista político, civil e

⁴⁷⁴ **A Tribuna Acadêmica**, Recife, em 30/06/1886.

⁴⁷⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 57 e 62.

⁴⁷⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 62.

⁴⁷⁷ BARRETO, Tobias. **Discursos**, p. 47-48.

⁴⁷⁸ BARRETO, Tobias. **Discursos**, p. 61.

⁴⁷⁹ Em relação aos debates sobre a mulher e a educação no século XIX, ver a excelente dissertação de BARBOSA, Anna Kristyna Araújo da Silva Barbosa. **Um iluminista nos trópicos: Tobias Barreto e a questão feminina do século XIX**, p. 83-104.

social quando “peremptoriamente afirmava que não julgava necessário a emancipação política da mulher, não a querendo por aquele momento”⁴⁸⁰. Em carta intitulada “À assembléa provincial de minha terra” e publicada no *Jornal do Recife*, uma estudante sem recursos e desejosa de estudar medicina chamada Josepha Agueda F. de Oliveira recorreu àquela assembleia a fim de obter subvenção, tendo recebido parecer desfavorável à concessão de dois membros da comissão – mas, em tom de gratidão, afirmou que “O Dr. Tobias Barreto tomou parte na terceira discussão, discutindo com proficiencia, provou com factos historicos e scientificos a capacidade intelectual das senhoras. Genio da intelligencia, verbo da palavra, o Dr. Tobias Barreto levou de vencida áquelles que condemnam a mulher como incapaz das concepções sublimes e dos commettimentos grandiosos. Honra e gloria ao ilustre Barão de Nazareth e ao insigne Dr. Tobias Barreto”⁴⁸¹.

Em tom de denúncia e com a autoridade de ser um parlamentar com sólida formação jurídica, Tobias Barreto chegou a discursar no parlamento de Recife sobre a (má) influência da cultura religiosa travestida de argumentos científicos existente na realidade daquela quadra político-histórica brasileira: “Pelo que toca (...) ao ponto de vista civil, não há dúvida de que se faz necessário emancipar a mulher do jugo de velhos prejuízos, legalmente consagrados. Entre nós, nas relações da família, ainda prevalece o princípio bíblico da sujeição feminina. A mulher ainda vive sob o poder absoluto do homem. Ela não tem, como devera ter, um direito igual ao do marido, por exemplo, na educação dos filhos: curva-se, como escrava, à soberana vontade marital. Essas relações, digo eu, deveriam ser reguladas por um modo mais suave, adequado à civilização”⁴⁸². Nada mais atual que isso.

Como a impossibilidade de as mulheres estudarem medicina estava fundada no exdrúxulo argumento de diferença de peso entre os cérebros em comparação aos homens e nos exemplos supostamente científicos tidos como princípios, Tobias Barreto denunciou o ciclo retroalimentante entre a falta de educação como condicionante da posição social feminina usando uma estratégia que pode ser vista em outros momentos da sua vida: tomando como principal a urgência em facultar os altos estudos às mulheres, evitava falar da emancipação feminina para não enfraquecer o pleito acadêmico e tirar de foco o que defendia naquele instante – o que explica a sua aparente posição contraditória, já que, nesse ponto, a defesa feminina não

⁴⁸⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Tobias Barreto*, p. 64.

⁴⁸¹ *Jornal do Recife*, nº 86, Ano XXII, de 16/04/1879 (vide notícia no ANEXO XIX).

⁴⁸² BARRETO, Tobias. *A Educação da Mulher II*. In: *Crítica política e social: edição comemorativa*. Rio de Janeiro: Record, 1990, p. 170.

era radical, mas política e oportunamente estratégica, apesar da acusação sofrida por outro deputado de ser “oportunista”⁴⁸³.

Já no leito de morte e em tom de desabafo, parece não ter digerido essa discussão política e, lembrando a discussão na Assembleia com o deputado Dr. Malaquias, pediu a um amigo que logo após a sua morte procurassem Constâncio Pontual para que fizesse a autópsia do seu crânio a fim de pesar-lhe o encéfalo porque, amante da verdade científica, queria ver verificada a hipótese biologicista pelo exame profissional defendida pelos seus opositores⁴⁸⁴. A erística de Tobias provocava nele muita amargura, a ponto de, nem mesmo nos momentos antes do apagar da última chama, se esquecer das lutas que travou na academia, na política, na sociedade. Na vida, enfim.

1.10 A dificuldades no fim da vida: “tudo tem sua lógica, até a morte”

Os últimos dias de Tobias não foram fáceis. Com sérios problemas de saúde, hipertenso e acometido de uma doença grave que o afastou das atividades intelectuais e sem muitos recursos para tratá-la, acabou padecendo. Mesmo despertando a admiração de muitas pessoas ao longo da vida – mesmo que em menor número que os desafetos – com as quais pudesse contar nos derradeiros dias e diante das necessidades naturais desse momento, foi certamente seu temperamento que tinha como característica a agressividade, a vaidade e a inveja fruto do complexo de inferioridade e “tornavam o seu relacionamento humano deveras difícil, o que muito contribuiu para uma vida atribulada e um fim solitário”⁴⁸⁵.

Após adoecer em 1888 e, combalido por uma nefrite renal (mal que o levaria à morte), ficar afastado do ensino, sua agressividade e faceta polêmica e crítica dominante das demais não esmoreceram, travando sua última polêmica com José Hygino, a propósito do *self-government*, onde Tobias, na condição de provocador e levado pela inveja e ciúme nutridos pelo colega, deu exausto o último suspiro de discórdia. A variação da sua posição entre

⁴⁸³ “Aqui falou-se da *emancipação da mulher*, com o proposito consciente de prejudicar a peticionaria, (...) mas essa mesma questão da *emancipação da mulher* não é uma cousa extravagante; é o nome dado a um dos mais serios assumptos da época, em toda sua complexidade. Ella oferece tres pontos de vista distinctos: o ponto de vista *politico, civil e social*. Quanto ao primeiro, a emancipação politica da mulher, confesso que ainda não a julgo precisa, eu não a quero por or. Sou relativista: attendo muito ás condições de tempo e de lugar. Não havemos mister, ao menos no nosso estado actual, de fazer *deputadas* ou *presidentas* de província” – no que foi interrompido para sofrer a acusação de outro deputado: “V. Ex. é oportunista”. In: BARRETO, Tobias. **Discursos**, p. 55.

⁴⁸⁴ PEREIRA, Nilo. **A faculdade de direito do Recife**, p. 162-163. Também MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 324.

⁴⁸⁵ PESSOA, Lilia de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 19.

provocado e provocador é confirmada pelas suas “*Polêmicas*” – que é uma das maiores das suas obras completas. Aliás, a provável causa sifilítica do mal que o acometeu, foi agravada pela sua “irritação quase permanente, durante esforço intelectual intensivo”, pois “abusara do uso desmedido de sua emoção, que já se tornara extrema como no caso da polêmica com José Hygino”⁴⁸⁶.

Com o ânimo e a força desfalecidos, desabafou a Sílvia Romero especificamente sobre sua (falta de) saúde em quatro oportunidades por meio de cartas – a última, inclusive, exatamente uma semana antes da sua morte. Desesperançado, traçou o quadro: “a minha moléstia acaba de revelar-se em toda a sua hediondez: uma horrível albuminúria. Tenho estado prostrado. O meu estado é tão grave que alguns amigos já promovem uma subscrição para eu fazer uma viagem à Europa!... Eis aí, meu caro amigo, a que se acha reduzido o velho Tobias! (...) Peço-lhe uma coisa: se eu morrer, salve a minha memória das garras de tratantes como Hygino e outros”⁴⁸⁷. Já em 1889, ano do falecimento, se dirigiu ao amigo: “a minha moléstia agrava-se de dia em dia. Já tenho por certa uma solução fatal. Quero pois fazer-lhe um pedido: dada a minha morte, salve a minha memória das garras dos infames. Não consinta que os Hygino, Vieira & Companhia se banqueteiem no meu cadáver”⁴⁸⁸. Um pouco mais confiante, um mês depois da desilusão conclusiva do termo fatal, escreveu a Romero para também disparar, desgostoso, contra a indiferença dos colegas que ostensivamente não o toleravam: “recebi sua última carta, que já encontrou-me um pouco melhor (...) Já vou tendo alguma esperança de restabelecimento, ou pelo menos de melhorar, que me permita fazer a minha viagem”, com uma advertência curiosa: “Devo previni-lo de uma coisa: se lhe mandarem alguma notícia ou telegrama dando-me como morto, não aceite logo. Há por aqui gente encarregada de espalhar notícias falhas neste sentido, a fim não só de me incomodar-me, como também de dificultar a arrecadação das subscrições!... Que gente! Consta que um desses miseráveis é um tal de João Elísio, concunhado de João Vieira, e pretendente de uma cadeira na Faculdade... A coisa é verossímil. Tenho estado prestes a morrer e os tais colegas nunca mandaram saber do meu estado. Eis aí”⁴⁸⁹.

Na última das correspondências – já desalentado, entregue ao abatimento e sem forças para sequer escrever – se despede em carta assinada pelo filho Pedro: “acabo de receber a sua carta e vejo o que me diz a respeito de 7 de junho. E engano seu: eu não me restabeleço mais;

⁴⁸⁶ MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 320.

⁴⁸⁷ Carta datada de 22/09/1887. BARRETO, Tobias Barreto. **Correspondências**. In: *Estudos Alemães*, p. 245.

⁴⁸⁸ Carta datada de 19/01/1889. BARRETO, Tobias Barreto. **Correspondências**. In: *Estudos Alemães*, p. 245.

⁴⁸⁹ Carta datada de 19/02/1889. BARRETO, Tobias Barreto. **Correspondências**. In: *Estudos Alemães*, p. 245-246.

a moléstia tem sido rebelde; o único remédio é morrer. Como estou reduzido a proporções de pensionista da caridade pública, e me fala nisto em sua carta, peço-lhe que dê pressa às entradas das contribuições da sua lista, visto como os meus últimos recursos estão se esgotando. Faço votos pelo seu restabelecimento e adeus; quem assina por mim é o meu Pedro. Do amigo velho, Tobias”⁴⁹⁰.

Houve nos últimos dias de sua vida humilhação e altruísmo. Enquanto a tristeza se abatia nos discípulos com a ordem de Tobias para que vendessem alguns dos seus livros com o objetivo de ser possível honrar com empréstimos ou despesas domésticas – justificando à família que aqueles exemplares não mais lhes seriam úteis – a benevolência de Rui Barbosa o levou a procurar Sílvio Romero a fim de subscrever a lista de ajuda elaborada pelo amigo no Rio de Janeiro oportuna para atenuar a penúria diante do estado calamitoso. No dia 23 de junho, após calar-se por alguns minutos e impacientemente após o breve silêncio afirmar tomado por certa inclinação kantiana que “tudo tem a sua lógica, até a morte”, passou a proferir palavras desconexas e causar a impressão de perda parcial da fala⁴⁹¹.

Morreu na miséria precisamente às 21 horas do dia 26 de junho de 1889⁴⁹², vítima, ao que tudo indica, de um acidente vascular cerebral, a pouco menos de cinco meses de ser proclamada a República. Segundo um dos seus filhos, antes de expirar, deitado e já combalido, Tobias Barreto exprimiu que queria sentar-se para morrer como um soldado prussiano – o que é inverossímil em face do quadro tumultuado daqueles dias, assim como pelo fato de que “o germanismo do pai era claramente voltado para a ciência e filosofia alemães” e que “deixara claro que nenhuma relação havia entre essa aptidão e a curiosidade intelectual voltada para a filosofia e a ciência”⁴⁹³.

Talvez fazendo cumprir a lei natural e universal da compensação e para recompor a perda de Tobias Barreto, Pernambuco viu nascer Aníbal Bruno quatro meses depois no município de Palmares (distante pouco mais de 50 quilômetros de Escada) e que veio a ser outro

⁴⁹⁰ Carta datada de 19/06/1889. BARRETO, Tobias Barreto. **Correspondências**. In: *Estudos Alemães*, p. 246.

⁴⁹¹ MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 323-325. Também: PESSOA, Lília de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 19.

⁴⁹² LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 35. A informação é de Abelardo Lobo, embora haja uma controvérsia suscitada pelo médico Luis Ferreira Nascimento, para quem Tobias faleceu às 10:16 na casa do amigo Alves Manaya, localizada na Rua do Hospício, nº 3. In: MONT’ALEGRE, Omer. **Tobias Barreto**, p. 295. Esse endereço, no entanto, é apontado com tendo sido Tobias levado no dia 03/04/1889, onde, no local contou com a generosidade de outras pessoas que “resolveram revezar-se no quarto do enfermo, uma vez que a mulher e os filhos se achavam tomados de extremo cansaço” já que teriam sido “dias e dias seguidos de dispneia e dificuldade de dormir”. Ver: MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 323.

⁴⁹³ Como João Barreto de Meneses “sempre fora dado a atividades militares (...) não é, pois, de estranhar que a admiração pelo progenitor o levasse a interpretar nas palavras derradeiras do moribundo alusão ao sentido da bravura militar prussiana”. In: MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 324-325.

penalista de destaque e referência nacional e internacional, também lecionando e se tornando catedrático da Faculdade de Direito do Recife, confirmando o idêntico fortalecimento entre a raiz e os seus frutos.

As despesas do seu funeral foram custeadas por Ovídio Alves Manaya, também responsável por cunhar os dizeres em sua lápide: “Aqui jaz o corpo inanimado de Tobias Barreto de Meneses e, com ele, o coração de sua mulher e filhos” e, no velório e enterro, José Joaquim Seabra, improvisando algumas palavras no discurso final foi o único representante da Congregação da FDR, ao lado de aproximadamente trezentos alunos, centenas de pessoas e duas bandas musicais⁴⁹⁴. O corpo foi levado em 1920 para Aracaju pelo governo de Sergipe onde permanece em uma urna de bronze e até hoje se encontra ao lado de uma estátua em sua homenagem⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 329.

⁴⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 349.

TOBIAS BARRETO E A DOUTRINA PENAL: O CRIMINALISTA DO BRASIL IMPÉRIO E O OLHAR INTUITIVO SOBRE CRIME E PENA

2.1 Dos prolegômenos do estudo do direito criminal aos comentários teóricos e práticos ao código criminal: o verdadeiro fundador da literatura jurídico-penal brasileira

A matéria penal, dentre todas a que se dedicou a pesquisar, foi indubitavelmente o ramo do direito com o qual Tobias Barreto mais se envolveu e – consequentemente – “para a qual com mais viço contribuiu”⁴⁹⁶. Conclusão idêntica à que chega Aníbal Bruno, professor catedrático de direito penal alguns anos depois da mesma Faculdade de Direito do Recife, quando afirmou que “neste forte pensador inquieto e dispersivo cuja estatura excedeu de muito as proporções de seu tempo, a feição mais interessante para o estudioso das questões jurídicas é a do mestre do direito penal. Foi aí que se consolidou o seu renome de jurista e criou as mais fortes expressões de sua obra na ciência do direito”⁴⁹⁷. Suas elaborações sobre as quais se dedica esse trabalho poderiam, sem qualquer favor, ter sido feitas nos tempos atuais e as tendências que antecipou são realmente extraordinárias, não se notando “nenhuma facilidade no sentido de condescendência com a improvisação e sacrifício do alcance e limpidez dos conceitos”⁴⁹⁸.

Demonstrando sua afeição e interesse pelo direito penal e animado com a expectativa de vir a ser reconhecido pelas gerações futuras na condição de “criminalista”⁴⁹⁹, revelando que por ela tanto aspirava – sua opção pessoal pelas ciências criminais, dentre os ramos particulares do Direito, foi determinante para que Tobias cultivasse mais detida e carinhosamente, tornando-se “um criminalista de ideias seguras e profundas”⁵⁰⁰. Em matéria criminal, Tobias antecipou muitas ideias, refutou Carrara em termos proféticos e compreendeu (e criticou) Lombroso formulando objeções que só mais tarde seriam apresentadas na Europa. Foi ele o primeiro crítico das ideias biologicistas lombrosianas e o pioneiro no Brasil a tratar dos crimes comissivos praticados por omissão, dentre outros tantos primados aqui resgatados.

⁴⁹⁶ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**, p. 239.

⁴⁹⁷ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 269.

⁴⁹⁸ O primeiro volume das Edições de Sergipe que reúnem – além do “Prolegômenos do estudo do direito criminal” e os “Comentários teórico e prático ao Código Criminal” – o capítulo sobre os “Delitos por omissão”, o “Ensaio sobre a Tentativa” e o “Do mandato Criminal”, “é rigorosamente clássico pelo equilíbrio da doutrina com a linguagem que aí é precisa e segura”. In: AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**, p. 27.

⁴⁹⁹ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 201.

⁵⁰⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 547-548.

De fato, mergulhando mais fundo nas profundezas do seu pensamento e produção bibliográfica é acertada a conclusão de que “bastariam os Estudos de Direito para colocar Tobias acima de todos os brasileiros de seu tempo” e que “tudo que ele escreveu sobre direito criminal ainda pode ser traduzido”, dando “a impressão no estrangeiro de trabalho feito agora pelos mais altos especialistas”⁵⁰¹. Note-se que essas palavras foram proferidas no ano de 1934, mas são válidas – sem qualquer favor, imparcialidade ou mero otimismo – ainda nos dias atuais, apesar de passadas nove décadas. Apesar do modo como as ideias em direito criminal no Brasil tenham seguido no século XX a lógica importadora europeia, repetindo – com raras exceções – a fórmula submissa de pensamento que muitas vezes ignorou questões próprias e particulares locais, vê-se que o frescor criativo de Tobias Barreto permaneceu soprando, já que a forma crítica com que explorava essas ideias considerava a efervescência, as violências e o dinamismo dos processos de formação da sociedade e do povo brasileiro daquele período.

Tobias Barreto enquanto escritor de direito criminal se utiliza recorrentemente de um recurso denominado de “técnica de contrapontos”, consistente em um método de explorar as referências cronológicas e toponímicas para buscar articular a maneira como determinados autores pensam determinados temas a partir do espaço social ou cultural que integram ou reproduzem. Sua nova compreensão do direito foi responsável por formar um novo pensamento jurídico que aniquilava a tradicional concepção de um direito natural. No entanto, apesar de atizador de novas ideias que vieram a reformular o próprio ensino jurídico brasileiro, foi apenas no início do seu professorado em 1882 que Tobias Barreto começou a ser lido, difundido e referenciado pela pesquisa em direito.

Aliás, mesmo com toda sua considerável produção bibliográfica já disponível, Tobias foi ignorado e desconsiderado pela Corte. Aqui não se tem notícia se essa resistência aos pensadores nordestinos e o abandono dos seus escritos a segundo plano se deram por preconceito regional ou ainda pelas dificuldades próprias de publicação, distribuição e disseminação dos escritos. O certo é que o primeiro a mencionar o desprezo sofrido por ele e praticado pelos intelectuais do Rio de Janeiro foi Sílvio Romero quando, por diversas oportunidades em *A filosofia no Brasil*, apontou o quanto as suas ideias “eram violentamente inovadoras, seus temperamentos eram polêmicos e principalmente Tobias não media palavras para porfiar em prol de uma causa por ele achada justa”⁵⁰².

⁵⁰¹ AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**, p. 27.

⁵⁰² PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 28.

Em suas pesquisas, Tobias enxergou no vazio jurídico no qual se fundamenta a pena quando formulou a analogia com a guerra e, com didatismo, traçou diagnóstico, plano de ação, objetivos e interesses. Deflagrou com isso a necessidade republicana justificacionista de, constatada a inexistência real das propostas legitimantes, validar sua existência, chegando à conclusão do seu “horror ao vácuo” que, à míngua de algo melhor, leva ao beco sem saída cuja única opção que resta é a pena – dado o imperativo de um objetivo, pelo que o discurso oficial sempre defenderá e “preferirá querer o nada a nada querer”⁵⁰³.

O ineditismo de suas ideias pode ser creditado em parte ao seu germanismo que, superando a literatura penal francesa e italiana frequentada pelos demais, ia além do simples enfrentamento de diversas questões criminais e o fez insuperável no enfrentamento de diversos problemas, pois “mercê da já aludida cultura alemã, foi extraordinário o seu avanço sobre todos os criminalistas contemporâneos”⁵⁰⁴. Isso levou Roberto Lyra a apontá-lo como divisor de águas e afirmar que antes dele “a literatura penal no Brasil é um mito” e que depois dele “se começava condignamente a tomar conhecimento da fase clássica do direito penal italiano, em pleno alvorecer da própria ciência penal”⁵⁰⁵.

Tobias Barreto, confirmando possuir uma lente aguçada para a doutrina estrangeira e ajustada às necessidades pátrias do seu tempo, teve reconhecido esse pioneirismo de ler autores de língua alemã sem a mediação cultural francesa, tendo introduzido a bibliografia alemã em solo brasileiro antes mesmo de outros países latino-americanos por Luis Jiménez de Asúa – indubitavelmente um dos maiores penalistas do século XX. Foi ele quem identificou a cultura germânica nas fontes da formação científica de Tobias e como ela influenciou profundamente seus livros, a ponto de terem seus próprios títulos formulados no alemão, língua que lhe permitiu alcançar horizontes técnicos até então invisíveis para a maior parte dos seus contemporâneos não apenas no Brasil, mas por todo o mundo⁵⁰⁶.

2.2 A biblioteca de Tobias Barreto e suas fontes peregrinas

A forma como o pensamento dos autores é edificada e o percurso dessa evolução podem ser obtidos a partir da análise das suas fontes de pesquisa, servindo como qualificado e

⁵⁰³ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*, p. 80.

⁵⁰⁴ LIMA, Hermes. *Tobias Barreto*, p. 240-241.

⁵⁰⁵ LYRA, Roberto. *Tobias Barreto, o homem pêndulo*, p. 36-37.

⁵⁰⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 1071.

insuspeito ponto de partida na revisão de suas ideias centrais evidenciadas pelos traços marcantes da sua personalidade a construção e a história da sua biblioteca, revelando algo inédito: a forma como a adaptação do pensamento europeu para a América Latina se deu e como “do ponto de vista metodológico, essas questões podem ser aplicadas em todos os exemplos de transposição de ideias e de arranjos institucionais”, sendo inegável também “que há um componente absolutamente aleatório que também rege escolhas que redundam em transposições e recepções de ideias, autores, livros e teorias”⁵⁰⁷. Importa aqui o paradigma da **análise indiciária** de suas fontes, bem como as suas **práticas de leitura** inovadoras iniciadas através de novos autores judeus e do campo liberal, colocando como centrais durante a sua trajetória as questões “o que leu” e “como leu”⁵⁰⁸.

Ao falecer em 1889, Tobias Barreto ostentava uma rica e, para os padrões do final do século XIX, extensa biblioteca. Curiosamente, dentre os 437 volumes que a integravam, 102 eram em alemão – o que representa algo de extraordinário para a época⁵⁰⁹ – além da superação de livros jurídicos por obras que versavam sobre outros assuntos, o que leva à conclusão que o arcabouço teórico de Tobias foi forjado pela leitura menos de direito do que das ciências humanas genéricas⁵¹⁰. Clóvis Beviláqua era o bibliotecário da Faculdade de Direito do Recife e intermediou junto ao Governo de Pernambuco a aquisição após atender pedido de Silvio Romero e Afonso Celso⁵¹¹. Em um esforço para ajudar os herdeiros – família composta pela esposa e por nove filhos que passavam por diversas dificuldades amplificadas pela doença e morte de Tobias – um grupo de amigos se reuniu e chegou a pedir donativos para os descendentes pelas ruas recifenses do bairro da Boa Vista⁵¹².

Com a compra da biblioteca pelo Governo de Pernambuco – que doou na sequência à Faculdade de Direito do Recife, onde até hoje se encontra – o dinheiro arrecadado serviu para ajudar a viúva e seus filhos que por consequência da orfandade ficaram paupérrimos. Um deles, João Barreto de Menezes, chegou a escrever uma pungente carta⁵¹³ pleiteando fossem

⁵⁰⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 35.

⁵⁰⁸ BORRMANN, Ricardo. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro**, p. 153-154.

⁵⁰⁹ No final da década de 1960, Vamireh Chacon, formado na Faculdade de Direito do Recife, catalogou as obras em alemão e, ainda que tenha localizado apenas 79 livros, organizou a primeira lista completa da biblioteca alemã e dividiu os títulos entre os vários temas que interessava a Tobias, nomeadamente: religião, ciências sociais, direito (subdividindo-os em legislação, filosofia do direito, direito constitucional, direito administrativo, direito penal e direito romano), filologia, ciências naturais, além de temas de literatura em geral. Ver: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 21.

⁵¹⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 28.

⁵¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 201.

⁵¹² **Jornal do Recife**, 10/07/1889.

⁵¹³ A correspondência data de 21/08/1903 e, para falar do “pagamento ainda não realizado pelo thesouro estadual” e “em vista de a isso se ter mostrado indiferente o governo”, João Barreto de Menezes atende à determinação da

envidados esforços e endereçou a Artur Orlando que, gozando de respeito e capacidade de influência junto ao governo de Pernambuco pela sua ligação política e pessoal com o ex-senador, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e então conselheiro Rosa e Silva, também teria participado das negociações de aquisição dos livros na tentativa de ajudar a família⁵¹⁴. A indiferença do governo de Pernambuco e a ausência de pagamento pelo tesouro estadual provocaram as dificuldades, amplificadas por parte do corte na pensão, motivou a aflitiva correspondência que se iniciava com a justificativa de que sua mãe, a Sra. Grata Mafalda, a quem afetuosamente chamou “minha velha”, determinou que escrevesse “algumas linhas mais, junto às muitas que lhe tem sido dirigidas, sobre a malfadada questão dos livros”⁵¹⁵.

A Biblioteca Geral de Tobias Barreto possuía 255 obras, em 437 volumes⁵¹⁶, e foi adquirida pelo valor de dois contos, seiscentos e vinte e dois mil réis. Segundo relata Clóvis Beviláqua, a quantia corresponderia a uma “somma insignificante, porém que prestaria auxílio à família do lente, que ficara paupérrima”⁵¹⁷. Mesmo tendo falecido em 26 de junho de 1889 e tendo sido a ordem de pagamento expedida em 1890, o valor foi pago à viúva e família apenas quatro anos após a sua passagem, sob forte apelo emocional dos herdeiros e a insistente solicitação de João Barreto de Menezes por meio da carta mencionada e datada de 21 de agosto de 1903.

Comparativamente a outras bibliotecas dos professores da congregação pode-se dizer que, além da predominância francesa no acervo e da abissal quantidade de livros que as integravam, o que distinguia as fontes de consulta de Tobias Barreto – onde a hegemonia da língua alemã entre os autores era patente – era a quantidade de obras no idioma original. Assim, enquanto as bibliotecas do século XIX, sejam públicas ou particulares, se orientavam pela produção francesa na composição dos seus títulos e mesmo os “autores ingleses e alemães (a exemplo de Spencer e de Nietzsche) eram lidos em francês, língua de cultura predominante até boa parte do século XX, como confirmam importantes escritores como Monteiro Lobato e Lima

sua velha mãe para se dirigir ao amigo Dr. Artur e “escrever algumas linhas mais, junto às muitas que lhe tem sido dirigidas, sobre a malfadada questão dos livros”. O direcionamento a Artur Orlando se deu pela sua influência “se não de todo política, mas pessoal, porque lhe sobram muitas, junto ao conselheiro Rosa e Silva, afim de ser ordenado esse pagamento”. In: PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 118-119.

⁵¹⁴ Artur Orlando, além de muito ligado a Tobias, atuou como deputado estadual e federal e gozava de amplo trânsito na política pernambucana de então. In: CHACON, Vamireh. **Da Escola de Recife ao Código Civil**, p. 356.

⁵¹⁵ Tanto a carta de João Barreto quanto outra de Sílvio Romero também dirigida a Artur Orlando que, além do pagamento dos livros e da pensão à D. Grata, tratava da publicação dos textos esparsos de Tobias Barreto estão publicadas em CHACON, Vamireh. **Da Escola de Recife ao Código Civil**, p. 318.

⁵¹⁶ FONSECA, Edson Nery da. **Bibliotecas e bibliotecários da província**, p. 15.

⁵¹⁷ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 117.

Barreto”, Tobias conhecia e lia Savigny no original e enfatizava na defesa dos seus próprios méritos “o desconhecimento ou pequeno domínio do idioma alemão por parte dos intelectuais brasileiros”⁵¹⁸.

Existem alguns registros exaustivos do acervo que integrava a biblioteca pessoal de Tobias Barreto. O primeiro foi realizado no final da década de 1960 por Vamireh Chacon (cientista político, egresso da Faculdade de Direito do Recife e exímio conhecedor do pensamento e do legado de Tobias) e indicou cento e dois volumes, ainda que tenha arrolado em seu levantamento apenas setenta e nove obras alemãs⁵¹⁹. No entanto, em trabalho mais extenso realizado em junho de 1978 pela professora da USP Lilian de Abreu Pessoa que igualmente explorou o assunto, há a indicação de cento e quatorze obras catalogadas e mantidas no acervo de Obras Raras da FDR⁵²⁰, ainda que muitos autores referidos por Tobias figurem na sua biblioteca, embora sem que as obras lá estejam. Mesmo que sem tradução para o português, há ainda uma lista atualizada em primoroso trabalho realizado pelo jurista italiano Mario Losano⁵²¹, com uma interessante curiosidade que torna esse trabalho definitivo: ele buscou na *Bayerische Stadtbibliothek*, em Munique, exemplares idênticos aos livros da biblioteca alemã de Tobias e compôs uma listagem com a correta identificação dos autores, complementando e “passando a limpo” os valorosos trabalhos então já realizados.

Aliás, diante do justificado grande interesse e curiosidade de diversos pesquisadores do Brasil e de todo o mundo, há diversas coletâneas organizadas em datas comemorativas pelos abnegados servidores públicos lotados naquele setor, dentre as quais se podem destacar: i) a “Coleção Alemã de Tobias”⁵²² na oportunidade das comemorações dos 150 anos do seu nascimento – neste catálogo estão reunidos 140 títulos em 250 volumes em alemão e teve início, diante da dispersão, por sugestão do Professor José Gláucio Veiga quando foram iniciados os trabalhos de reorganização da Biblioteca da FDR entre 1948 e 1950; e ii) em homenagem aos 170 anos do seu nascimento, sob coordenação da biblioteca da FDR foi realizada uma

⁵¹⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 24.

⁵¹⁹ Os baixos números se devem à dispersão do acervo por força das reformas no prédio da FDR que importou também em reorganização da biblioteca. A pesquisa foi publicada em 1971 na Revista Acadêmica LXVII da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Os dados também constam no seu livro “Da Escola do Recife ao Código Civil”, publicado posteriormente. In: CHACON, Vamireh. **Da Escola de Recife ao Código Civil**, p. 349-356.

⁵²⁰ PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 107-116. O Anexo III desta pesquisa relacionou todos esses livros. O levantamento foi feito em junho de 1978.

⁵²¹ LOSANO, Mario. **Un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile real e Germania ideale**. Milano: Laterza, 2000, p. 251 e ss.

⁵²² Compilação realizada por Leonice Ferreira da Silva: Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife – CCJ – Biblioteca. **Coleção Alemã de Tobias, pertencente ao acervo da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, 1989. 38 p.

publicação informativa⁵²³ que deu ensejo a uma mostra bibliográfica comemorativa onde restaram sistematizadas as informações sobre os autores alemães que compunham o acervo⁵²⁴, o que facilitou muito a localização e a confirmação do estado atual dos livros.

O que chama a atenção é o critério adotado pelos bibliotecários para a identificação dos livros. Primeiro, localizar livros em alemão editados entre 1872 e 1888 para, depois, encontrar neles os seguintes sinais: assinatura de Tobias, carimbo do seu escritório de advocacia, dedicatória nos livros a ele oferecidos por terceiros e, curiosamente, anotações feitas a lápis pelo próprio Tobias e assinalando o texto, destacando, como comumente se faz, a sua importância. A partir desses sinais e de páginas dobradas⁵²⁵ foi possível identificar o que chamava a sua atenção e, principalmente, o contexto dos temas por ele utilizados para citar e referenciar os autores lidos. Foram dedicados dias na consulta aos catálogos impressos, periódicos, coleção de referência, fichários e obras gerais.

De posse desse material, visando aferir com precisão todos esses dados e tocar nas obras com outros objetivos integrantes dessa pesquisa, este presente trabalho contou com o serviço de referência da Biblioteca da FDR e, em exploração *in loco*, se cercando das cautelas regimentais necessárias, contando com os préstimos heroicos dos bibliotecários e sob autorização da direção daquela instituição, foi desenvolvida parte da conferência daqueles livros que integram o setor de obras raras. A conclusão que se chega é que, após minuciosa análise bibliográfica, a quantidade de obras em alemão tinha um sentido: a serviço do pensamento germânico e em oposição à influência do pensamento francês, esse era o significado maior do diferencial entre Tobias Barreto e os demais juspublicistas brasileiros de então, em cujas bibliotecas preponderavam os autores franceses.

Por questões metodológicas e objetivando evitar fuga ao propósito central dessa pesquisa – que é revelar o Tobias Barreto criminalista – o recorte foi das obras citadas por ele em notas de rodapé dos livros que escreveu, o que se mostrou um trabalho mais simplificado, considerando que “os livros abrangem as mais diversas áreas do conhecimento e são vivo testemunho do grande estudioso, irrequieto e versátil Tobias: poeta, filósofo, crítico, jornalista

⁵²³ Coordenado pela bibliotecária Karine Gomes Falcão Vilela, o material está disponível física e digitalmente aos interessados. Ver Mostra Bibliográfica da exposição “**Tobias Barreto: as marcas de um homem: 170 anos de nascimento, 1839-1889**”. Recife, 2009.

⁵²⁴ A mostra catalogou descritivamente a Coleção Alemã de Tobias Barreto onde se encontraram autores dos mais diversos. In: **Coleção Alemã**, p. 17-27.

⁵²⁵ Um exemplo desse sinal está no livro “*System Der Gerichtlichen Psychologie*”, do médico alemão Johann Baptist Friedreich. Citado por Tobias em nota de rodapé na página nº 14 de *Menores e Loucos em Direito Criminal*, as páginas 256-257 daquela obra estão dobradas, em claro sinal que aquela passagem lhe saltou aos olhos.

polêmico, jurista, professor e ardoroso pensador, ‘arauto da Escola do Recife’⁵²⁶. Alguns livros anteriores a 1872 merecem destaque: em latim, o *Institutions Cananonicarum* de J. Devoti datado de 1831; o *Cours de philosophie positive*, datado de 1869, em 6 volumes; e o italiano *Memoria del Reale Institute Veneto de Scienze Lettere ed Arti* datado de 1868, o que demonstra a sua versatilidade em buscar em ter outros idiomas como fonte.

A disparidade entre a quantidade original de livros recebidos pela FDR em 1903 e o número atual catalogado pode ser explicada probabilisticamente de duas formas, ambas imprecisas e sem confirmação histórica: ou não acompanharam a biblioteca quando adquirida em 1889⁵²⁷, ou foram extraviados antes de 1949 – ano em que teve início o registro. Infelizmente, nenhuma das suas publicações em alemão integram esse acervo⁵²⁸. Esse pioneiro catálogo realizado pelo setor de documentação da Biblioteca Central seis décadas depois do seu falecimento supriu uma lacuna que já havia sido motivo de críticas de pesquisadores, como é exemplo do professor Joaquim Ignácio de Almeida Amazonas em 1933: “(...) que dos livros archivados na Faculdade que dos papeis nella existentes, se encontra a respeito do genio portentoso que a iluminou? Nada, absolutamente nada. Sobre o seu concurso famosissimo, que elle fez as provas; que foi classificado em primeiro lugar; que foi nomeado (...) nada pois existe nos livros desta Faculdade que relembre, que tenha ficado os traços indeléveis da passagem de Tobias”⁵²⁹. Há uma valorosa pesquisa sobre a história das bibliotecas públicas pernambucas que revela um fato curioso e, em parte, explicativo dos motivos de dispersão de parcela do acervo: na episódica compra dos livros pelo governo de Pernambuco e não dispondo de espaço na biblioteca da faculdade, as obras ficaram reunidas no Convento do Carmo, em Olinda. Um bibliotecário novato e disposto, se responsabilizou pela mudança a um prédio situado na Praça D. Pedro II, tendo ouvido a reação festiva de um frade carmelita que, comemorando, afirmou que “os livros já iam tarde”⁵³⁰.

Ao se negar folclorizar o subdesenvolvimento do país e principalmente o regional daquele momento histórico para, supostamente, compensar as dificuldades técnicas de acessar

⁵²⁶ SILVA, Leonice Ferreira da. **Coleção Alemã de Tobias, pertencente ao acervo da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife**, p. 4.

⁵²⁷ Não foram encontrados registros ou protocolos de cadastros da chegada dos livros à Biblioteca da FDR. Caso existissem, ter-se-ia a confirmação da vinda de parte significativa da sua coleção e aquelas que foram extraviadas – sobretudo das suas obras escritas em alemão.

⁵²⁸ Além do famoso jornal “*Deutscher Kaempfer*” publicado em 1875 e cuja edição chegou a cinco números, não existem os originais das suas monografias “*Ein Brief na die Deutsche*” de 1878 e “*Brasilien Wie est ist*” de 1878 – todos impressos na década que viveu em Escada (1871-1881).

⁵²⁹ AMAZONAS, Joaquim. **Tobias Barreto e o cinquentenário de seu professorado**. In: *Revista Acadêmica*, 1933.

⁵³⁰ FONSECA, Edson Nery. **Bibliotecas e bibliotecários da província**, p. 15.

as principais produções europeias, Tobias demonstrou o quanto enxergava adiante. Ninguém como ele, até a total consolidação dos cursos jurídicos no país, tocou com tanta precisão os pontos-chaves dos problemas específicos do Brasil Império de então. Essa clareza de enxergar esse panorama se mostra mais surpreendente quando se pensa que a impressão de distância que o tom dos seus escritos correspondia a uma condição real: ele não era apenas um escritor erudito em formação, como também – e, talvez, principalmente – mesmo longe fisicamente, não estava à margem das correntes dominantes da intelectualidade europeia. A sua biblioteca comprova que a radicalidade com que se dedicava aos altos estudos o levou a um outro patamar acadêmico, elevando-o a outros degraus não alcançados pelos juristas a ele contemporâneos. O nível de argumentação sustentado em suas respostas e defesas críticas era tão alto, sua cultura tão vasta e sua determinação tão inabalável que o enfrentar no campo das ideias se tornou uma missão complexa diante da imposição de respeito até onde não havia muita receptividade das suas ideias.

A partir dos livros que integravam sua biblioteca pessoal se pode identificar os caminhos da sua produção intelectual e os percursos traçados por conta própria, mas a sofisticação incomum das suas ideias colocadas nos textos e o seu vocabulário preciso na escolha das palavras, aliado à forma irônica e sarcástica de elaborar as críticas indicam um autor sempre muito rigoroso consigo. Aqui se pode até falar em coragem sob o aspecto do escritor que se negava a ser um filósofo que atendia o conselho de “calar o que não pode ser dito”, conforme o método de WITTGENSTEIN onde a linguagem é o espelho do mundo⁵³¹. Ridicularizando o misticismo do inefável e a transcendência do sublime, Tobias Barreto demonstrava mais coerências que contradições, além de algumas curiosidades, no mínimo, excêntricas até para os dias atuais, como é o caso de uma gramática russa a partir do alemão – o que comprova a informação de que se aventurou a adquirir alguns volumes das obras completas de Ivan Turguêniev, o que o pensando penetrar no russo como “sua última postura escravófila, no fim da vida”⁵³². Acessando a sua produção, a já citada ausência de sistematização dos seus escritos desaguou em uma enxurrada de artigos programadamente digestivos e pensadamente transgressivos, o que revela um fastio e um dessabor de um autor preocupado com muitos temas e, ao mesmo tempo, parecendo prever o pouco tempo de vida que teria para enfrenta-los.

Longe de ser um emblema nacional, como aconteceria com Castro Alves e Rui Barbosa, carregava consigo um estilo próprio, mas nunca monopolizou a brasilidade tanto quanto lutou

⁵³¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, p. 129.

⁵³² CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*, p. 355.

para que os alemães fossem mais do que desconhecidos pelos seus alunos e leitores. Nesse sentido, o mérito de criar uma tradição e influenciar seus precursores está em apresentar alternativamente ao francês a língua e os autores alemães para criar um caminho pátrio que considerasse as condições e história pátrias. Apesar de não tê-lo referenciado diretamente por questões temporais e “porque o auge do prestígio de Rui ocorreu quando Tobias já havia falecido”, esse esforço de inserção germânica se torna evidente na diferença das fontes utilizadas em suas pesquisas: enquanto Rui Barbosa, embora cultuado nacionalmente pelo conhecimento linguístico⁵³³ e ostentando uma opulenta situação financeira obtida pela próspera carreira advocatícia e política, acabava se socorrendo às traduções para o italiano e o inglês, Tobias Barreto, inobstante os poucos recursos de um professor que se mantinha com a remuneração das suas aulas e as dificuldades naturais de acesso, revelava “ vaidade incontida e soberba intelectual ilimitada” com o trunfo de dominar o difícil e pouco mais que desconhecido dos demais idioma alemão – o que levava os seus críticos a explorarem esse traço de personalidade como defeituoso⁵³⁴. A proposta de inovação cultural deve, portanto, ser avaliada a partir das limitações pessoais de Tobias que, embora considerado um germanista, nunca pôs os pés na Alemanha ou ainda saiu do Nordeste brasileiro pelas suas restrições financeiras pessoais que o privavam de viajar – embora isso não destitua de legitimidade e de consistência suas incursões teóricas.

Os livros sobre os quais Tobias Barreto se debruçou igualmente apontam a forma desequilibrada como tratava alguns assuntos, demonstrando alguma assimetria que o apresentava como um pesquisador e um escritor que exibía ora complexidade quando se esperava primarismo, ora ingenuidade quando a expectativa era de sofisticação. A certeza é que o seu germanismo que se estabelecia em confronto ao predomínio do pensamento francês era uma clara contraofensiva ao servilismo da cultura brasileira aos valores e ideais gálicos e sua biblioteca confirma a disposição das suas obras como um arsenal pronto a combater o apelo francês⁵³⁵ – o que o fazia incorrer, alterando a ordem topográfica, em uma outra versão de

⁵³³ Rui Barbosa era leitor de autores teutônicos por meio de traduções francesas e italianas, foi aluno de alemão (colega de turma de J. Capistrano de Abreu) e obcecado pelos autores norte-americanos (o que é confirmado pelas suas manifestações processuais e em sua participação no texto constituinte de 1891). Conferir em: CÂMARA, José Aurélio de Saraiva. **Capistrano de Abreu**, p. 143; VIANA FILHO, Luiz. **A vida de Rui Barbosa**. São Paulo: Livraria Martins, 1965. Sobre a prodigiosa biblioteca de Rui Barbosa, ver a publicação da Casa de Rui Barbosa: **Catálogo da Biblioteca de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Ed. Casa de Rui Barbosa, 2008.

⁵³⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 25-26.

⁵³⁵ Para melhor entender a hipótese de Tobias Barreto ter sofrido, inicialmente, a influência da mediação cultural francesa, ver: BORRMANN, Ricardo. **Die brasilianische Rezeption Rudolf von Jherings und Ernst Haeckels durch Tobias Barreto und Silvio Romero: instrumentalisierung(en), Netzwerke und transatlantische**

servilismo. Há uma curiosa dedicatória a Tobias da edição de 22/11/1870 do Diário de Pernambuco, onde é publicado um poema denominado “*A França*” que “se dá no contexto da guerra franco-prussiana e que enfatiza os aspectos culturais positivos de ambos os países”⁵³⁶.

Apesar da escassez de livros em língua portuguesa – sejam os raros editados em Portugal, seja ainda mais pelo incipiente mercado editorial brasileiro – a grande oferta de livros franceses não seduziu Tobias Barreto e algumas conclusões centrais podem ser feitas desde a sua biblioteca pessoal. A primeira é que a seleção dos livros que adquiria era intuitiva e realizada a partir das pistas deixadas pelas citações dos autores que começara a ler no intervalo após a aquisição da gramática alemã. Nem a dependência de importadores e as suas já conhecidas dificuldades materiais foram obstáculos suficientes para alterar suas opções de escolha e, apesar de o tema ainda ser pouco explorado, foi a frente por ela aberta contra a tendência dominante das ideias expostas pelos autores franceses lidos e divulgados na Faculdade de Direito do Recife que o fizeram explorar os livros e escritores alemães – certamente, também, com o objetivo de rivalizar com o monopólio que passara a dispor com o inexplorado pensamento jurídico germânico.

Assim, a maneira como os livros foram se unindo para formar a biblioteca definitiva e, ao mesmo tempo, em permanente transformação de Tobias Barreto importa no momento em que é possível a partir dela decifrar e descortinar a origem dos dados e conclusões por ele obtidos, já que bibliotecas podem ser, simultaneamente, reveladoras⁵³⁷ para inusitadas

Ideen-zirkulation (1869-1889). Tese (Doutorado em História Cultural), Amerika Institut, Ludwig-Maximilian-Universität München, Universidade de Munique-LMU, München, 2016.

⁵³⁶ “*A Alemanha não é Bismarck ou Moltke; Menos Guilherme e as legiões armadas; - Matilhas da realeza; É o sonho azul; (...) é Goethe; É o pensamento; é Kant, Strauss e Hegel; Ideia profundeza*”. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 23.

⁵³⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Tobias Barreto**, p. 35.

pesquisas⁵³⁸, fontes permanentes de revolução⁵³⁹, mistério⁵⁴⁰, coragem⁵⁴¹ e conspiração⁵⁴², além de afeto⁵⁴³.

2.3 Tobias Barreto e os penalistas da Escola do Recife: a relação com João Vieira de Araújo e José Hygino Duarte

A dogmática penal, tal qual delineada hoje, ainda estava em formação no século XIX. Os elementos da teoria do fato punível não possuíam autonomia e, somente a partir de JHERING, afirma-se o direito instrumentalizado aos fins⁵⁴⁴. No âmbito criminal, foi LISZT que, ao concluir pelo caráter finalista da pena, atribuiu meta e métrica à sanção – convertendo a violência punitiva em Direito penal⁵⁴⁵. Paralelamente a essa gestação, o positivismo criminológico italiano foi recepcionado por outro professor de direito criminal da Faculdade de Direito do Recife: João Vieira de Araújo foi o autor da primeira obra positivista-criminológica escrita no Brasil. Ao escrever um comentário ao Código Criminal do Império, ele afasta-se de Tobias e adere ao conceito da responsabilidade social ao justificar a pena não no livre-arbítrio, mas na periculosidade do agente – que, por sua vez, dependeria da classificação tipológica dos delinquentes⁵⁴⁶.

⁵³⁸ Como exemplo, sobre a vinda da biblioteca da família real portuguesa para o Brasil. SCHWARCZ, Lília Moritz. **A longa viagem da biblioteca dos reis: do terremoto de Lisboa à independência do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

⁵³⁹ Assim como Hitler queimou livros e o Nazismo se dedicou a minar a liberdade de expressão, ditando o que poderia ou não ser lido ou publicado, na intrigante passagem do capítulo VI da primeira parte da narrativa das aventuras do cavaleiro manchego Cervantes narra a impressionante justificativa de a biblioteca de D. Quixote ter sido queimada: era a metáfora denunciante da censura das ideias e o perigo do mundo dos livros. Ver: CERVANTES, Miguel de. **El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha**. Madrid: Anaya, 2005. p. 106-113.

⁵⁴⁰ Exemplo de CHRISTIE, Agatha. **Um corpo na biblioteca**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

⁵⁴¹ ZUSAK, Markus. **A menina que roubava livros**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

⁵⁴² Tema central do romance que gravita em torno de ideias reprimidas pela Igreja, escondidas em um livro de Aristóteles. O incêndio da biblioteca da abadia, no fim do livro, é também metáfora indicativa dos problemas que decorrem da livre circulação das ideias. ECO, Umberto. **O Nome da Rosa**. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010.

⁵⁴³ Vide o “*Prefácio Insubstituível*” de Nilo Batista que indica o melhor lugar da estante para estarem dois livros, lado a lado, unidos até o papel ser consumido e as folhas, entrelaçadas, sinalizarem que “ao contrário da vida, os amores podem ser eternos”. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, p. 9-11.

⁵⁴⁴ JHERING, Rudolf von. **El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano**. Buenos Aires: BdeF, 2013.

⁵⁴⁵ Concepção de pena (conteúdo e alcance) como proteção jurídica de bens. In: LISZT, Franz von. **La idea de fin en derecho penal**, p. 63.

⁵⁴⁶ ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro, comentário filosófico-científico**, p. 85. Também FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Condenados à civilização**, p. 371-372.

Aprovado no concurso para lente da Faculdade de Direito do Recife, Tobias Barreto se juntou a outros dois penalistas naquela academia: além de João Vieira de Araújo, como dito, José Hygino Duarte Pereira era o tradutor autorizado de Von Liszt, cujo trabalho alcançara a sexta edição do Tratado – ele, inclusive, a prefacia – e que veio a se tornar um clássico no Brasil. Tobias não podia, portanto, ser considerado uma porção grande de terra integrante daquela “ilha de letrados num mar de analfabetos” que integravam as elites imperiais brasileiras do século XIX⁵⁴⁷.

Considerado integrante da fase jurídico-filosófica segundo a divisão de Sílvio Romero, ou, “antes, aos que lhe prepararam, a princípio, o advento, e, depois, se deixaram arrastar pelo movimento”⁵⁴⁸, João Vieira de Araújo era um laborioso professor e muito dedicado à produção literária. Além de ter sido o tradutor em 1885 da palestra de despedida de cátedra em Viena de Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht* (“A luta pelo direito”) proferida em 1872 e de ter colaborado em muitas revistas acadêmicas, foi autor de, no mínimo, oito importantes obras dedicadas às ciências criminais⁵⁴⁹ – merecendo, inclusive, particular menção no Projeto de Código Penal e publicações posteriores sobre ele⁵⁵⁰, antes de falecer em 31 de maio de 1922.

Embora destacada e reconhecida produção que o especializou no direito criminal, a ele não se restringiu, tampouco – embora seguidor da orientação da escola de Lombroso, Ferri e Garófalo – fora um sectário intransigente. Com o pensamento da Faculdade de Direito do Recife marcado de forma expressiva pelo positivismo criminológico e fortemente influenciado por ela, João Vieira de Araújo publicou ainda uma série de artigos relativos ao direito comercial onde combateu, “com excelente lógica, a opinião dos que pretendem unificar o direito civil e o comercial”, atribuindo o título de *Estudos italianos* – pelo que foi levado à mal por Tobias Barreto que considerou uma imitação aos seus *Estudos alemães*, “supondo haver nela um remoque”⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem*, p. 65.

⁵⁴⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*, p. 340.

⁵⁴⁹ *Ensaio de Direito Criminal*, Recife, 1885; *Código Criminal brasileiro, comentário filosófico-científico*, em relação com a jurisprudência e a legislação comparada, Recife, 1889; *Código Penal brasileiro*, anotado teórica e praticamente, 2 volumes, Rio de Janeiro, 1896 e 1897; *Direito penal do exército e da armada*, Rio de Janeiro, 1898; *A revisão dos processos penais*, Rio de Janeiro, 1900; *Código Penal interpretado*, 2 volumes, Rio de Janeiro, 1901 e 1902; *Nova edição do Código Criminal de 1930 e Anteprojeto de 1889*, Imprensa Nacional, 1910; *O Brasil na legislação penal comparada*, Rio de Janeiro, 1911.

⁵⁵⁰ *Projeto de Código Penal*, vol. III, p. 49-213; *O Projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo*, vol. IV, p. 139-215; *Sobre o novo Código Penal*, vol. V, p. 3-18; *A co-pluralidade de delinquentes*, vol. VI, p. 19-40; *Revisão do Código Penal*, vol. VII, p. 3-42.

⁵⁵¹ BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*, p. 341.

No seu *Ensaio de Direito Penal*, João Vieira consagra ao estudo do crime e da pena em face do Código Criminal e tem como iluminação, além de Tobias Barreto por diversas vezes citado, Carrara, Pessina, Hauss, Tolomei e Buccelatti. Vieira traz cinco lições já na introdução, cujos elementos são inspirados por diversos autores italianos, com destaque para o estudo dos sistemas do direito de punir e as relações entre os códigos penais e as teorias filosóficas (segunda e terceira lições, respectivamente), ambos guiados por Francesco Poletti em sua obra *La teoria dellla tutela penale*. Nas demais lições, foram ainda oferecidos pelo antropólogo italiano Giuseppe Sergi na obra *La stratificazione del character e la delinquenza*, datada de 1883, os elementos de conservação no criminoso do caráter homem primitivo, onde não se sobrepôs o verniz envoltório da civilização e as camadas de aperfeiçoamento moral (lição cinco) e o direito criminal, em particular, como instituição social (lição um), este apoiando-se em Spencer, Letourneau e Bagehot – o que “acentua a orientação do seu espírito, mantida nos trabalhos mais modernos, que, se revelam maior erudição, e maior madureza mental, em nada modificam os princípios filosóficos”⁵⁵². A aproximação de João Vieira da doutrina nacional veio apenas em 1889 no *Código Criminal brasileiro*. Considerado um tratado – e não mais um ensaio – as suas ideias adquirem forma definitiva e traz Brás Florentino, Mendes da Cunha, Tomás Alves, Carlos Perdigão, Mafra, José Liberato e Silva Costa, embora assimilados, mantidos e difundidos os ensinamentos de Lombroso, Ferri, Garófalo e Krafft-Ebing, além de Garraud, Turatti Tarde e Alimena.

Uma ponderada e bem colocada crítica feita por Clóvis Bevilacqua à ausência de clareza de exposição de Vieira, ao dizer que “a sua frase, muitas vezes, se mostra indócil aos ditames do pensamento” parece certa. Muito embora fosse o representante mais conhecido da criminologia brasileira no estrangeiro, sobretudo na Itália – o que é confirmado pela aclamação da União Internacional de Direito Penal quando, sob a direção de Von Liszt, empreendeu a sua vasta obra sobre *Legislação penal comparada (Die Strafgesetzbund der Gegenwart)* e, olhando para o Brasil, enxergou em João Vieira o representante para que com aquela contribuísse, tendo sido ele “o principal elemento para a formação da parte relativa ao Brasil” – aquele defeito acabava prejudicando a sua autoridade⁵⁵³. Inobstante, como um *guia seguro* que foi, sua contribuição foi aproveitada pelo Dr. George Cruzen, com quem se comunicou⁵⁵⁴.

⁵⁵² BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 341.

⁵⁵³ BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 342.

⁵⁵⁴ As comunicações entre Vieira e Cruzen podem ser vistas em LISZT, Franz von. **O Brasil na legislação comparada**. Imprensa: Rio de Janeiro, 1911.

Por sua vez, embora tivesse tomado posse em 1878 após honrosa classificação em concurso para professor substituto, José Hygino foi nomeado apenas em 1884 como professor catedrático de direito administrativo da Faculdade de Direito do Recife com a dissertação intitulada “*Lições de Direito natural*”. A primazia no rol das traduções do Tratado de direito penal de Von Lizst era motivo de orgulho dos juristas lusófonos, mas ao lado de outras questões pessoais que envolviam a congregação gerava atritos com Tobias Barreto, com intolerâncias ásperas e intransigências ortodoxas de lado a lado. O furor aos neófilos germanizantes que alguns autores insinuam ter existido a partir de Hygino não passou, se existiu, de um choque em relação às novas ideias apresentadas. É certo que a conhecida intolerância sectária de Tobias, apesar das polêmicas por ele forçadas nos jornais de Recife, não encontrava recíproca em José Hygino – cuja personalidade, temperamento e comportamento de um perfeito *scholar* inviabilizava qualquer contraofensiva – quanto às polêmicas suscitadas⁵⁵⁵.

José Hygino herdou do avô homônimo as tendências belicosas e, interrompendo o curso de Direito no terceiro ano, chegou a se alistar como voluntário da pátria para o combate na guerra do Paraguai, mas, por conta da fraca compleição física, retornou do Rio de Janeiro e se formou bacharel em 1867, se doutorou em 1876 com a tese “*Lições de Direito administrativo*”. Republicano, integrou a “comissão dos 21” responsável por emitir o parecer sobre o projeto de Constituição enviado pelo governo, obtendo grande protagonismo político em face do advento da República – posição conquistada, também, pela postura resistente contra o autoritarismo. Autor do manifesto assinado pelos congressistas que se voltaram contra a dissolução do Congresso pelo General Deodoro, acabou sendo nomeado ministro interino da Justiça, pasta entregue por Floriano após a renúncia do general. Hygino foi ainda nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, onde permaneceu entre 1892 e 1897, foi advogado e integrou as comissões do governo de *Consolidação das leis da justiça federal* e representou o Brasil na 2ª *Conferência Internacional Americana* que se reuniu no México – onde faleceu em 10 de dezembro de 1901⁵⁵⁶.

Positivista no início, abraça o evolucionismo spenceriano posteriormente. O envolvimento político e o período que dividiu a academia com outras atribuições fizeram com que José Hygino, apesar de sua “inteligência fortemente aparelhada”, não deixasse “uma obra vasta e inteiriça, que nos desse toda a medida de sua capacidade mental”⁵⁵⁷. É o prefácio à

⁵⁵⁵ FREYRE, Gilberto. *Nós e a Europa germânica*, p. 134.

⁵⁵⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*, p. 342.

⁵⁵⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*, p. 343-344.

tradução do *Tratado de Direito Penal* de Fraz von Liszt a grande marca e, talvez, o que o faz mais lembrado nos dias atuais, sendo até hoje considerada uma das páginas mais significativas da literatura jurídica brasileira. Ali estão expostas “as suas ideias sobre criminologia, política criminal e direito penal, combatendo a escola antropológica de Lombroso, mostrando a insuficiência das concessões de Ferri, e o valor da crítica de seus adversários”, com o objetivo de “pôr em evidência o pensamento de Liszt e, pela simpatia, que, a favor dele, esperava despertar no ânimo do leitor, justificar o fato de haver traduzido o tratado do eminente jurisconsulto alemão” – o que levou Clóvis Bevilacqua a afirmar que aquela apropriação das ideias fundamentais de toda a escola era suficiente para “considerar o citado prefácio como feliz condensação dos princípios dela, apresentados com verdade e segurança, defendidos com vigor e competência”⁵⁵⁸.

A violenta polêmica envolvendo José Hygino e Tobias Barreto originou diversos atritos e dissídios e tem início com as divergências doutrinárias, mas se desenvolve com uma disputa egocêntrica e pessoal que exigiu mútuo e excessivo dispêndio de energia. As mudanças de mentalidade promovidas por Tobias dentre os alunos a partir dos ataques ao sistema filosófico de Spencer atizaram a rivalidade – tendo sido registradas em dois artigos a crítica ao evolucionismo. Tobias Barreto devotava aversão à doutrina spenceriana exatamente por identificar nela muitas semelhanças com o positivismo e, já nos últimos anos de vida, travou com Hygino renhida polêmica pela imprensa que, por sua vez, mantém-se inicialmente no embate para evitar a demonstração de fraqueza, mas ao retirar-se vê alguns dos seus discípulos comprarem a briga do mestre, passando ao ataque individual – o que levou a discussão ao nível pessoal, nada amistoso e pouco cortês⁵⁵⁹. Com os ânimos acirrados e a conhecida impetuosidade arrogante de Tobias nas disputas ideológicas ditando a tônica do debate, em “*Notas a lápis sobre a evolução emocional e mental do homem*”⁵⁶⁰ e em “*Glosas heterodoxas a um dos motes do dia*”⁵⁶¹ Tobias direciona aguda e magistral crítica “para combater o sistema evolucionista de Spencer, não tanto em atenção ao filósofo inglês, como principalmente para

⁵⁵⁸ BEVILACQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 345.

⁵⁵⁹ PAIM, Antônio. **A Escola do Recife**, p. 38.

⁵⁶⁰ Publicado originalmente na forma de artigo em diversos números do Diário de Pernambuco no mês de junho e figurando também na 1ª edição de “*Questões vigentes de Filosofia e Direito*” (1888), esse texto datado de 1884 encontra-se reunido dentre os “*Estudos de Filosofia*”, organizados e reunidos por Luiz Antônio Barreto. Vide nota em: BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia**, p. 292-308.

⁵⁶¹ Os cinco capítulos iniciais foram divulgados no Diário de Pernambuco (agosto, 1884). A parte restante foi elaborada durante o ano de 1887, segundo se pode ver da correspondência que o autor mantinha com Sílvio Romero. Tobias Barreto incluiu-o nas *Questões vigentes* (1888). Vide nota em: BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia**, p. 312-356.

desprestigiar a doutrina no Recife”, quando, “afinal o dique arrebentou-se, e, a propósito da doutrina de Lorenz von Stein e Gneist quanto ao *self government*, travou-se a contenda”⁵⁶².

⁵⁶² BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 346.

O MODELO NEGATIVO DA PENA CRIMINAL
PENA E GUERRA NO RESGATE METAFÓRICO DE TOBIAS BARRETO: O
HORIZONTE TELEOLÓGICO DE UMA PENOLOGIA CRÍTICA REDUTORA DE
DANOS

A projeção do exercício punitivo em linguagem bélica e violenta traduzida como uma **guerra** à criminalidade e aos criminosos é uma introjeção cultural da civilização industrial dos “critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico” e se encontra arraigada no imaginário popular, difundida por parcela da doutrina que a (dis)simula teoricamente, fomentada pelas redes comunicativas e implementada cotidianamente pelas agências oficiais (policiais e judiciárias) – tudo, ao final, se legitimando “socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação”⁵⁶³. A contemplação do **extermínio como tática** de difusão do terror com a exibição pública dos inimigos abatidos por meio de *execuções sem processo* é normalizada como um dissabor ou um inconveniente a ser suportado em prol de pífios resultados de apreensão de algumas armas e pequenas quantidades de entorpecentes. Por sua vez, a **estratégia sensibilizadora** de enumerar, ao lado dos corpos de populares vitimados em confrontos, o número de *soldados caídos* (mortos ou feridos) e atingidos em incursões desautorizadas judicialmente tem como objetivo publicizar como “signo de eficácia preventiva” e romantizar quando “descuidam da integridade de seus operadores” que vivem a rotina cruel de risco de morte, sobretudo na realidade latino-americana, providenciando-lhes quando vitimizados “um estrito ritual funerário de tipo militar”⁵⁶⁴.

Essa ambiência conflitiva, no entanto, possui algumas características específicas e comuns aos grandes embates entre nações ou grupo de nações, onde a supremacia e o que está em disputa os aproximam. Assim como na periferia latino-americana e na peleja da política criminal de combate às drogas, as articulações internacionais se apresentam para a guerra (i) por meio de operações militares especiais objetivando a ocupação do território estrangeiro, com clara definição acerca do grupo inimigo a ser superado e distinção clara e inequívoca entre as alianças e os opositores; (ii) através de grande articulação no plano internacional e constante

⁵⁶³ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 129.

⁵⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 58. Sobre os dados e os números de mortos em confronto entre a polícia e a população na América Latina (no Brasil particularmente o corte realizado é do estado de São Paulo) ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Muertes anunciadas**, p. 52-127.

intervenção diplomática na obtenção e troca de informações acerca de ações do contendor; (iii) a utilização de recursos astronômicos – úteis, inclusive, a serem justificantes dos elevados custos da luta – sempre direcionados à aquisição de armamentos, deslocamentos e manutenção de expedientes sem que haja um estudo prévio que aponte a possibilidade de saldo econômico positivo entre o que se apreende e o que se gastou a se confirmar com a ação; (iv) o uso retórico da diplomacia (no conflito bélico internacional em forma de tratados e no âmbito da política criminal de drogas sob as vestes de polícias pacificadoras) e a assunção de compromissos que invariavelmente vinculam os signatários ao endurecimento de penas e criação de tipos penais, além de erradicação de culturas e extradições; e, frequentemente, (v) a autorização para o acionamento das forças armadas na manutenção da segurança, desvinculando-as de suas funções precípuas e fazendo-as intervir militarmente na “garantia da lei e da ordem”⁵⁶⁵.

O trabalho braçal no prélio desses territórios é executado pelos soldados de baixa patente que são estimulados por discursos populistas e de defesa nacional a arriscarem suas vidas em nome de algo maior – tais como a autonomia de governar-se a si próprio e a liberdade de interferências externas (autodeterminação), marcas dos regimes totalitários. Para a execução da política criminal de combate às drogas, todos os aliciados para o enfrentamento do rival na trincheira são cooptados nos estratos sociais inferiores: os *policizados*, selecionados em certames que os avaliam e os aprovam pelo perfil predeterminado, acabam atraídos pela imposição da imagem honrosa e pela oportunidade do primeiro emprego – nada obstante a desequilibrada remuneração percebida, assim como os demais envolvidos e expostos como alvos pelo conflito: os *criminalizados* e os *vitimizados*, assim como os demais que sofrem, direta ou indiretamente, as consequências, apenas por residirem em comunidades empobrecidas. Isso leva à conclusão da necessidade de reconhecimento de que “o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma autodestruição”⁵⁶⁶.

No campo político, o discurso é articulado com base no medo e a penalidade funciona como objeto de troca entre eleitores e eleitos, onde “a inflação da penalidade define a era da democracia de opinião, dominada pelas emoções dos sujeitos” e a ilusão do **atalho repressivo** consistente na promessa de mais pena e mais cárcere é a resposta instantânea àquele medo da opinião pública, produzindo as políticas de lei e ordem engendradas pela exposição do cidadão

⁵⁶⁵ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 130.

⁵⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 58.

ao risco da criminalidade por meio de “velhas receitas para novos problemas”⁵⁶⁷. Assim como, para quem só sabe usar martelo, todo problema é prego – tal qual já ilustrou Abraham Maslow, a pena é apresentada como solução para qualquer problema e, “se já existe pena e não solucionou coisa alguma, mais pena certamente solucionará”⁵⁶⁸.

A pena criminal continuamente tem sido objeto de observação, mesmo que nem sempre criticamente (como se espera ser) e desconfiadamente (como se deve ser), sobretudo quanto as suas funções declaradas e integrantes do elemento analisado, atraindo uma ampla e atenta gama de investigadores que projetam suas lentes sobre a sua necessidade, aplicação, eficiência e consequências⁵⁶⁹. Esses estudos ultrapassam as divisas nem sempre muito claras – porque fronteiriças – da dogmática penal com a teoria política (e a política criminal como ciência política do direito penal), a teoria do estado, a sociologia do controle social, a criminologia, o processo penal e o direito penitenciário (como determinações da execução penal), levando à conclusão de que “a penologia, contrariamente às demais teorias que sustentam o direito penal, não se restringe, pois, à análise normativa, agregando ao campo de investigação importante e inevitável perspectiva empírica”⁵⁷⁰. Por esse motivo, analisar e descrever os modelos teóricos da pena só é possível se avaliada e delineada for a prática do poder punitivo que os realiza e os avaliza, nessa dupla dimensão da ideologia penal, onde “o discurso das funções *declaradas* da pena criminal legitima o poder punitivo”, enquanto “a realidade das funções *latentes* da pena criminal garante a ordem social”⁵⁷¹. No âmbito da execução penal, por sua vez, a adoção do modelo negativo se realiza igualmente desde uma dupla perspectiva: incorporação radical das garantias jurídicas formais com o afastamento drástico do meândrico *direito penitenciário* e a formulação de alternativas redutoras dos efeitos negativos da pena na busca da redução da incidência das consequências prisionais inevitáveis⁵⁷².

Considerando que o ponto de partida de uma teoria (ou, como aqui se defende, de um modelo) deva sempre ser a coerência metodológica que observe a realidade patente sem negá-la, devendo fugir de conceitos metafísicos e da inversão lógica de adequação da realidade à

⁵⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p. 13.

⁵⁶⁸ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 255.

⁵⁶⁹ Já no seu início, o objeto da execução penal é enviesado: ao dizer que “a execução tem por objetivo (...) proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, o art. 1º da LEP acaba por negar a si mesmo. Trata-se de uma incongruência pretender proporcionar condições para *integrar* socialmente alguém o *isolando* do corpo social. A execução da pena, segundo a lei, deve(ria) ser harmônica, integradora e individualizada, mas o espetáculo da punição, segundo a realidade, acaba por ser concretamente desequilibrado, excludente e universalizado.

⁵⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 45.

⁵⁷¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. V.

⁵⁷² FERNANDES, Daniel Fonseca; MATOS, Lucas Vianna. **Apesar da pena**, p. 160.

teoria, qualquer discordância que ponha em contradição o mundo concreto e o mundo visto e projetado pelas lentes ficcionais dos aficionados por preceitos indemonstráveis torna o observador um negacionista alienado cujas conclusões disfuncionais não merecem crédito. Apenas uma **penologia crítica** é, portanto, capaz de observar ampla e plenamente os modelos engendrados de punição desde as questões centrais presentes no alfa (fundamentação e aplicação) até aquelas existentes no ômega (execução e extinção) do sofrimento já que, diferentemente dos modelos dedutivos, busca em evidências fáticas e em dados empíricos as respostas que possam justificar a aplicação da pena.

Cumprir destacar, ainda, a ideia central da qual se parte e que deve alçar a um nível de abstração mais alto proposto pela criminologia crítica: o crime não é um dado social, mas fruto de construção política que excede ao conceito analítico. Isso é suficiente para negar a naturalidade de ambos os fenômenos – o crime e, principalmente, a pena devem ser questionados não como dados ontológicos, senão como se deram historicamente os respectivos processos de criminalização e de punição, sobretudo porque o positivismo ao qual se filiou inicialmente Tobias Barreto e sobre o qual se falará mais adiante, foi a matriz que legitimou as teorias construídas naquele século XIX vivido por ele e no século XX que o sucedeu e daquele herdou resquícios. Uma vez legitimado, o sistema criminal funcionava sobre essas bases: sem problematização, o crime encontrava sua expressão propriamente como ente jurídico – o que significava a dupla abstração “do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinquente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência”⁵⁷³ – e a pena, como consectário lógico ao crime e a ele ligado por um necessário nexos causal, era a solução para transformar homens violentos em indivíduos sociáveis. Nesse instante, distanciando-se do conceito “que Carrara havia feito a chave de abóbada do admirável edifício da sua dialética – o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico”, conclui-se que “nem apenas se apresenta com um sentido retributivo de mal pelo mal e com a missão de restabelecer o direito violado pelo delito”⁵⁷⁴.

Note-se, portanto, que não é nova a indagação sobre os pressupostos de legitimidade da ameaça por intermédio da pena, tanto quanto inéditas e mutáveis ao sabor de quem elabora são as propostas e respostas oferecidas pelas mais diversas abordagens sobre ela. Dessa forma, o objetivo de contenção do poder punitivo do estado de polícia intrínseco em todo estado de

⁵⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 38.

⁵⁷⁴ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 277.

direito “justifica a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal e a prática jurídico-penal na América Latina”, isso porque “definir pena como *ato de poder político*, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da *guerra* e rejeitar como *falsas* as funções *manifestas* ou *declaradas* da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de *lei e ordem* do poder punitivo”⁵⁷⁵.

A BUSCA DO FUNDAMENTO JURÍDICO DA PENA E O ENCONTRO COM A JUSTIFICAÇÃO HUMANITÁRIA DA GUERRA

Ao indicar que “o centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o do direito civil está na execução”⁵⁷⁶ – Tobias magistralmente indaga a seguir os motivos de não se buscar a razão filosófica do direito de *exequir* com a mesma intensidade com que se procura para o direito de *punir*. Aliás, em vários momentos de seus escritos, a sua intuição sobre a pena é infalível, como é exemplo a conclusão de que o exercício punitivo é meio de reação ou defesa integrante do sistema geral de instituições sociais incorporado ao grupo de condições estáticas e dinâmicas da sociedade, sendo a pena, ao mesmo tempo, uma delas e suporte de todas elas⁵⁷⁷. Aqui, ao reproduzir expressões como o **direito de punir** (e não um poder, como o entende), Tobias atende às referências do código criminal de 1830 e desvenda uma questão nunca suficientemente respondida: todos os sistemas de direito punitivo se propõem a resolver uma questão insolúvel, “que quando mesmo fôsse resolvida, não alterava em coisa alguma a pratica da justiça puniente”⁵⁷⁸. Seu gosto pela discussão em torno da punição o fez enxergar na guerra a analogia com a pena criminal e, com didatismo, traçou o diagnóstico.

Aliás, sem adotar clara e diretamente algum sistema filosófico a propósito de uma teoria da pena, o código criminal de 1830 “consciente ou inconscientemente, admitiu idéas de procedencia diversa” e, no art. 33⁵⁷⁹, mesmo quando “reconheceu o principio das penas *relativamente determinadas*, poz-se do lado das theorias *utilitárias*” – não aplicando “qualquer

⁵⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, **Teoria da pena**, p. 16-17 a partir de ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 98-100 e 108-109.

⁵⁷⁶ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 24.

⁵⁷⁷ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 8.

⁵⁷⁸ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**, p. 61-62.

⁵⁷⁹ Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no grão maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizes se permittir arbitrio.

principio das theorias absolutas”⁵⁸⁰. A sujeição do método de aplicação da pena ao processo de diferenciação *quantitativa* e *qualitativa*, segundo Tobias, “dá testemunho de um certo respeito pelo principio da *individualização*, que aliás se acha em estado de polaridade com qualquer idéa de justiça absoluta”⁵⁸¹.

Durante a preparação para o concurso de lente na Faculdade de Direito do Recife realizado em 1882 e, um pouco antes, no período final em Escada, Tobias Barreto se dedicou à elaboração de alguns textos jurídico-penais que vieram a ser de significativa importância. Destinado ao uso acadêmico, redige e publica em março de 1881, com 24 páginas, o texto seminal intitulado *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir* que, posteriormente, foi incorporado como apêndice à 2ª edição de *Menores e Loucos*. Essa doutrina, além de ter conduzido Tobias ao magistério da FDR, reflete com muita fidelidade a sua evolução filosófica refletida no rompimento com o positivismo e na adesão ao monismo de Haeckel⁵⁸².

Muito embora tenha estudado a obra de Immanuel Kant e ser um dos difusores do seu pensamento no Brasil, Tobias não se filiou à sua ideia sobre os *fins da pena* – sobretudo como uma *pena jurídica* oriunda da lei penal como um imperativo categórico de justiça⁵⁸³. E assim como a função preventiva foi declarada como finalidade justificadora de infligência de sofrimento muito antes de Tobias, a coação psicológica que visava proteger os interesses e concretizava-se pela ameaça decorrente da previsão legal (princípio da legalidade e prevenção) já era uma construção de FEUERBACH em 1801 – para quem o mal, como consequência jurídica necessária, se vincularia mediante a lei a uma lesão jurídica determinada⁵⁸⁴.

A fundamentação **política** da pena, portanto, da qual se aproximou a conclusão de Tobias Barreto ao se afastar da desnecessidade (porque inexistente) da fundamentação jurídica dela, foi cravada com a famosa regra de três que inspira, impressiona e dá título a esse trabalho que emparelha pena à guerra: “quem procura o fundamento juridico da pena deve tambem procurar, se é que já não encontrou, o fundamento juridico da guerra”⁵⁸⁵. Ou seja: de uma forma

⁵⁸⁰ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 24.

⁵⁸¹ Como exemplo, Tobias aponta: “a primeira fôrma do crime de homicídio (art. 192) é ameaçada com penas de tres naturezas: – morte, galés perpetuas, e prisão com trabalho por 20 annos, para ser uma dellas escolhida, não pelo juiz, e tão pouco pelo criminoso, mas pelo crime mesmo”. In: BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 25.

⁵⁸² Vide nota de rodapé do editor em BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 228. In: BARRETO, Luiz Antonio (org.). *Estudos de filosofia*. Rio de Janeiro: J. E. Solomon, 2013.

⁵⁸³ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos del derecho**, p. 195.

⁵⁸⁴ FEUERBACH, Anselm Von. **Tratado de derecho penal**, § 20, p. 63.

⁵⁸⁵ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**, p. 178.

aparentemente simples, coloquial e, para alguns desavisados que não se aprofundem em sua obra, podendo soar apenas sedutora, ao apontar como capital o ponto em que distingue o conceito não-jurídico da pena do conceito político, Tobias toca na superfície de uma reflexão profunda e aponta o defeito nas teorias correntes ao sintetizar “justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada; erro que é especulado por um certo humanitarismo sentimental, a fim de livrar o malfeitor do castigo merecido, ou pelo menos lh’o tornar mais brando”⁵⁸⁶.

Ante a verificação de que, invariavelmente e fundando-se em qualquer base indutiva (ampliada ou reduzida), os delitos são punidos desde sempre de modo distinto em todo o mundo – sejam aqueles de maior gravidade, sejam os de reduzido potencial lesivo – no propósito declarado de combater-los e preveni-los, os legisladores nacionais estabelecem os mais variados critérios para fixação do gradiente punitivo. Uma particularidade na comparação entre as penas previstas no ordenamento brasileiro e em outros países é a severidade com que se dimensionam abstratamente aqui, principalmente, as penas mínimas. A referência a aspectos da realidade de cada *locus* importa, mas não é suficiente, pois além das questões **fáticas** existem as questões **normativas** determinantes e que, em tese, justificariam a maior ou menor dureza de tratamento – provando que a vida de um brasileiro, aos olhos do legislador brasileiro, vale menos que a de um alemão, um francês ou um português, assim como, “da mesma forma que 10 reais não valem 10 euros, dez anos da vida de João não corresponderiam a dez anos da vida de quaisquer desses três europeus”⁵⁸⁷. Isso, de início, provoca duas indagações: (i) por que as penas são definidas e fixadas em patamares tão distintos de um país para o outro? (ii) assim como há uma universalização a respeito de gerações dos direitos humanos, por que não se chega a uma parametrização satisfatória sobre os limites da punição, reduzindo o seu máximo e exterminando o seu mínimo?⁵⁸⁸

As respostas são diversas. A verificação de que as escalas penais brasileiras são maiores do que os mais recentes e prestigiados códigos e legislações criminalizantes pelo mundo é obtida com a constatação de que *o céu é o limite* e que, “neste campo, o estrago gerado pela

⁵⁸⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**, p. 177.

⁵⁸⁷ Enquanto a pena para o *roubo* (art. 157, CP) no Brasil é de quatro a dez anos e a de *estupro* (art. 213, CP), é de seis a dez anos, ela é, respectivamente, na Alemanha de seis meses a seis anos (§ 249 Strafgesetzbuch) e mínima de um ano (§ Strafgesetzbuch), na França máxima de sete anos (art. 312-1 Código Penal) e máxima de quinze anos (art. 222-23 Código Penal) e em Portugal de um a oito anos para ambos (arts. 210º e 163º, 1 do Código Penal português). GRECO, Luis. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** p. 3.

⁵⁸⁸ Sobre o fim da previsão de pena mínima, ver MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: EDJ Editora, 2009.

legislação do oportunismo publicitário é assombroso, e a disparidade que as sanções ostentam – principal porém não exclusivamente com referência ao bem jurídico afetado – rompe desabridamente a racionalidade que o princípio republicano estaria a impor”⁵⁸⁹. Outras interessantes conclusões podem ser oferecidas a partir das promessas teóricas punitivas e da provocação exemplificativa de Luis Greco que, a depender da perspectiva adotada e aqui reproduzidas, só é possível se admitida “às custas de acolherem a escandalosa premissa de que a vida do brasileiro vale menos”⁵⁹⁰: (i) se **retributivista**, “isto é, partindo da teoria segundo a qual a pena se justifica por razões de justiça (...) como a vida de João vale menos, tem-se de privá-lo de mais anos de vida para satisfazer às exigências de justiça” – e, assim, “a comparação entre o Real e o Euro é perfeita: da mesma forma que dez reais não pagam uma dívida de dez euros, o brasileiro tem de pagar suas dívidas de justiça, isto é, expiar sua culpabilidade, com mais anos de sua vida se comparado ao que teria de pagar um europeu”⁵⁹¹; (ii) se de **prevenção especial**, “o brasileiro seria *mais perigoso* que o estrangeiro” e, portanto, “deixá-lo solto seria um risco muito maior que deixar um estrangeiro solto” – como “João é um perigo, o ideal talvez fosse eliminá-lo, mas porque ‘decapitar e enforcar não queremos e deportar não podemos’⁵⁹², resta-nos enjaulá-lo tanto quanto possível”, ou seja, “como um ano de vida em liberdade significa um perigo de, digamos, 2x, e não apenas de x como no caso de Fritz, Jacques ou Manuel, um ano de vida em liberdade para João vale, aos olhos da sociedade que quer dele se proteger, menos do que um ano para os europeus menos perigosos”; (iii) caso o argumento seja de **prevenção geral negativa**, “o brasileiro seria *menos racional* que o estrangeiro” e, por isso, “ele precisaria de mais contraestímulos para deixar de cometer delitos que o estrangeiro”, mas, “principalmente: ele daria menos valor à própria vida que o estrangeiro”, porque “enquanto o legislador português espera que Manuel dê valor suficiente a um ano da própria vida para abster de praticar um estupro, o legislador brasileiro pensa que João não tem tanta maturidade ou amor-próprio e precisa de seis vezes mais”⁵⁹³; e (iv) por sua vez, “um último argumento partiria

⁵⁸⁹ BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 90.

⁵⁹⁰ GRECO, Luis. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** p. 4.

⁵⁹¹ Para o autor, “outra possível explicação, que talvez não dependesse do apontado desprezo à vida do brasileiro, seria a de que a culpabilidade do brasileiro que comete um delito superaria à do estrangeiro. Essa afirmação é tão insustentável que sequer mereceria ser refutada. Pelo contrário: se levássemos a sério a ideia de culpabilidade, teríamos de nos perguntar seriamente quantos anos de prisão João e os outros *Joões* estariam dispostos a cumprir em um cárcere como os existentes nesses três países para não ter cumprir um ano em um cárcere brasileiro. Assim veríamos qual exatamente o câmbio de mercado entre um ano de prisão no Brasil e em um dos mencionados países europeus”.

⁵⁹² A partir de LISZT, Franz von. **Der Zweckgedanke im Strafrecht**. *ZStW* 3 (1883), p. 1 e ss., 39.

⁵⁹³ Embora aqui se discorde da relação direta e invariável com que afirma e associa peremptoriamente, aceitando como plausível, o aumento do *quantum* abstrato e a redução da criminalização, para Luis Greco, “é claro que meu oponente imaginário pode formular uma réplica, também preventivo-geral negativa: nos três países mencionados,

da **prevenção geral positiva**: o brasileiro seria menos sensível, *mais brutal* que o estrangeiro” e, “aquilo que lá fora basta para reafirmar a norma violada, aqui pareceria pouco”, pois “enquanto a população alemã, francesa e portuguesa já sentiria calafrios ao pensar em um ou dois anos de prisão, os brasileiros necessitariam de ao menos o dobro disso”, concluindo que “isso significa que, aos olhos do legislador, o brasileiro daria menos valor aos próprios anos de vida que o estrangeiro”.

O ensino e a pesquisa jurídica no Brasil quando se voltam ao estudo da epistemologia, comumente argumentam a premissa de pretensão de que todo conhecimento científico pretende se tornar empírico – o que faz mover o conhecimento crítico entre a ontologia (como interpretação da crise) e a epistemologia (como crise da interpretação) “sem que, contudo, lhe caiba decidir qual dos dois estatutos prevalecerá, e por quanto tempo”⁵⁹⁴. É a sutileza da inquestionabilidade que torna o conhecimento empírico uma pedra fundamental das críticas formuladas pelo modelo negativo da pena e seu ideal estratégico deslegitimante, utilizando-se de todo o acervo voltado a duvidar (e demonstrar) premissas falsas com promessas não-realizáveis para solução de problemas reais com consequências visíveis.

A forma de análise dos resultados sobre o material documental, portanto, tem aqui como subsídio as contribuições teóricas esparsas na doutrina nacional e internacional. Tal análise permite determinar tanto a autenticidade como valor como o grau de veracidade, sentido e alcance do texto analisado. Por isso a opção em utilizar o método clássico que se subdivide em dois procedimentos, a saber: i) no procedimento de **análise interna**, busca-se o conhecimento do conteúdo do documento, utilizando para isso uma base racional (captando as linhas

cometem-se muito menos roubos e outros delitos violentos que no Brasil. Seria, assim, no mínimo ingênuo de minha parte sugerir que nossas penas são elevadas demais. Pelo contrário, a quantidade de crimes violentos aqui cometida é prova cabal de que nem mesmo essas penas bastam. A isso não responderei que penas severas não intimidam, como têm feito penalistas liberais ao menos desde o séc. XVIII (referências em Greco, *Lebendiges...* cit., p. 382 e ss.). Concedo a plausibilidade de que a eficácia intimidatória de uma pena aumenta na proporção de sua severidade. Ninguém estacionaria em local proibido se essa infração fosse punida com prisão de cinco a dez anos. O que não parece plausível, contudo, é que esse aumento se dê numa proporção direta, linear; mais natural parece supor que ele tenha a forma de uma função exponencial descendente. Em concreto, uma pena seis vezes mais severa não intimida seis vezes mais, e sim bem menos do que isso. Isso quer dizer que também esse argumento vive do desprezo pela vida do brasileiro. Porque, se de um lado parece plausível que, ao cominarmos penas várias vezes mais severas, aumentamos em alguma proporção os efeitos de intimidação, do outro, o que João perde não é meramente plausível, e sim seguro, e, como ele só tem uma vida, o que ele perde cresce ou linearmente, ou mesmo em função exponencial ascendente em relação a esse aumento de pena. Concretamente e sem toda a matemática: não sabemos quanto exatamente ganhamos ao punir estupros seis vezes mais severamente que a Alemanha ou Portugal. Sabemos que não é muito. E sabemos exatamente o que perde João, e mais, sabemos que é muito. Se estamos dispostos a trocar o certo pelo duvidoso, é porque implicitamente o certo é tido por pouco valioso. O muito seguro que perde João, para nós, não importa, uma vez que vale menos que o pouco incerto que ganhamos”. In: GRECO, Luis. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** p. 4.

⁵⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**, p. 55.

fundamentais ou acidentais do conteúdo) e caráter objetivo (imparcialidade, evitando qualquer preferência pessoal); e ii) no procedimento de **análise externa**, busca-se reconhecer o grau de veracidade do documento por meio da análise dos elementos contexto, circunstâncias, autor(es) e repercussão.

Nesse sentido, a investigação à luz da realidade fenomênica e o saber empírico se debruçam sobre a explicação da realidade (ser) e promovem um diálogo interdisciplinar. É certo que não se ignora, nesse sentido, a tendência eminentemente metafísica da dogmática no tocante à perspectiva dos diálogos que promove, no entanto, não se pode também rejeitar sua validade em relação à sua influência na regulação jurídica dos problemas apresentados. Assim, assumida a opção pela análise das bases criminológicas das estratégias de legitimação do sistema penal centradas na dogmática das teorias idealistas em detrimento das formas abstratas de justificação da pena que promovem sofrimento como experiência real da aflição punitiva, apenas a ampla compreensão dos dados normativos e empíricos podem trazer coerência e evitar a ficção – o que é realizado a partir do referencial da teoria crítica do controle social. A utilização paritária de argumentos dogmáticos e criminológicos com o objetivo de adquirir o máximo de compreensão sobre os modelos de justificação tem também a finalidade de evitar que a realidade concreta não contradiga as indemonstráveis noções teóricas, sendo injustificável omitir as críticas às disfunções de tais modelos justificantes baseados em contundentes dados da realidade⁵⁹⁵.

O saber jurídico erra na formação quando apresenta a pena por meio de uma imagem filtrada da realidade, reduzindo “idealisticamente toda a complexidade do fenômeno punitivo a uma bisonha classificação atemporal, tendo por critério funções rigorosamente indemonstráveis, mas que outorgam à pena objetivos enaltecidos”⁵⁹⁶. Assim, considerando que, nesse aspecto, a pesquisa não pode se limitar à análise normativa sem dispensar sua aplicação, a abordagem não poderia ser apenas da pena em sua abstração, mas fundamentalmente quando aplicada, por isso a forma de análise dos resultados está dividida em três grandes segmentos. A primeira parte tem por objeto a reflexão sobre o sentido da pena a partir do limite democrático de respeito ao indivíduo e à liberdade, se iniciando com a indagação filosófica do *por que punir*. Na segunda parte, são reexaminadas as posições sobre a

⁵⁹⁵ Sobre a adoção da perspectiva criminológica e a confissão pelo *vício ideológico* (Ferrajoli), cumpre afirmar que não se ignora o histórico diálogo da dogmática penal com a filosofia, bem como sua validade, como dito. Nesse sentido, tem-se a mesma perspectiva adotada pela teoria crítica do direito e, em especial, pela criminologia crítica. Ver TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**, 174.

⁵⁹⁶ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 255.

individualização da pena e se sua configuração é suficiente (como princípio) a limitar a atuação judicial na determinação da pena. Por fim, a terceira parte se dedica à análise dos critérios para orientar democraticamente a aplicação da pena em face do sujeito.

Os resultados obtidos por meio da pesquisa do modelo negativo inspirado no enunciado de Tobias Barreto e aprimorado por diversas contribuições posteriores, então, serão sistematizados e as ideias e conceitos construídos a partir da leitura bibliográfica integrarão o texto a partir de críticas elaboradas sobre aquele objeto pesquisado. O documento referência de análise e objeto de cogitação e compreensão unir-se-á à bibliografia como fonte de ideias a serem ora reproduzidas, ora sofrendo contrapontos dialéticos. Cumpre aqui destacar que a ampliação do objeto de estudo e a utilização de elementos sociológicos, antropológicos, históricos e psicológicos não importarão em rejeição da cientificidade dogmática, nada obstante a crítica permanente promovida pela criminologia corresponder, nas palavras de Heleno Fragoso, a ligação da parte ao todo⁵⁹⁷ – considerando o direito penal integrante das políticas sociais.

O objetivo do modelo negativo da pena do ponto de vista político-criminal é claro: a ampliação da segurança jurídica por meio da redução do poder punitivo do estado de polícia, o que corresponderia à ampliação do estado de direito por meio do reforço do poder de decisão das agências jurídicas “fundado em conceito *ôntico limitador* do sistema punitivo –, capazes de limitar, mas incapazes de suprimir o estado de polícia, cujo poder maior transcenderia a pena criminal para vigiar, registrar e controlar ideias, movimentos e dissidências”⁵⁹⁸. O reforço do direito penal como um sistema de garantias do cidadão, assim, enfraquece o paradigma de militarização do direito penal estabelecido pela lógica de guerra que o transforma em potente armamento e o instrumentaliza juridicamente para a exclusão e a seletividade que mantem os inimigos nas últimas camadas da estratificação social.

3.1 Como prelúdio, por que existe a pena (por que se pune?) e por que deve existir a pena (por que se deve punir?): o confronto das questões científicas e filosóficas e a metodologia de Ferrajoli

⁵⁹⁷ FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal**, p. 17.

⁵⁹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 16 a partir de ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 99-103 e 108.

O controle social, até mesmo quando se discursa contrariamente, age segundo o dogma de que são as leis que modificam o mundo e, rejeitando o mundo contraditório e conflitivo, cai nos braços da tessitura harmônica das normas. A pena criminal imaginada pelos juristas está marcada por um paradoxo irresolúvel no qual eles também estão inseridos e onde o “seu cotidiano está marcado pelo contraditório, mas sua ideologia conservadora está sempre reafirmando a harmonia do mundo”⁵⁹⁹. Em suma: o mundo como concebido prevalece, ao menos ideologicamente e nas promessas, sobre aquilo que concretamente é observado na realidade e desvendado empiricamente – a validação se sobrepõe às descobertas.

A busca de justificação e legitimidade e o esforço de compatibilização do discurso jurídico-penal com os valores democráticos assumidos em nível infraconstitucional, constitucional e internacional se convencionou denominar **teoria da pena**⁶⁰⁰. Embora possuindo o mesmo objeto (a pena), a indagação acerca dos seus **motivos** e **objetivos** se desenvolve doutrinariamente como problemáticas distintas – enquanto as respostas quanto ao “por que punir” dizem respeito aos fundamentos intrínsecos ao próprio Direito Penal, a finalidade que responde ao “para que punir” recebe como atendimento as formas de adoção do cumprimento da meta fundamental que é o “sentido social que é empregado ao ato de castigar”⁶⁰¹.

Como condição básica de (sobre)vivência nos sistemas sociais, o disciplinamento e o controle utilizam mecanismos de limitação da esfera de disposição das liberdades que acabam adquirindo contornos de necessidade para o pleno atendimento dos interesses e se externalizam pelas normas de convivência que, uma vez frustradas, respondem com sanções a conformar as expectativas. Centrada na **pena** (e na privação/limitação de liberdade como sanção por excelência), a estrutura dogmática que envolve a teoria da norma penal, a teoria do delito e a própria teoria da pena a tem como epicentro e coração pulsante do sistema e dessa forma sancionatória de peculiar e radical característica. No entanto, no cenário real brasileiro que não se ilude pelo ideal, essa autorização que a habilita não pode ignorar que as práticas de violência não-integrantes das arbitrariedades diárias é uma constante estrutural.

O histórico das penas como violência pública potencializada pela letalidade da tecnologia punitiva produziu maior danosidade que o histórico dos delitos como violência privada – seja pela quantidade e crueldade, seja pela programação, consciência e organização

⁵⁹⁹ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O imaginário dos juristas**, p. 18-19.

⁶⁰⁰ MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena**, p. 61. Também CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, 441.

⁶⁰¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**, p. 161-162.

das agências que se legitimam (e são legitimadas) pela função de defesa social, tudo mediante um elevado custo sanguíneo⁶⁰². Assim, apenas o questionamento sobre os motivos de convivência das narrativas de violência estatal com as teorias idealistas (justificacionistas) que naturalizam as consequências negativas da pena pode alterar o cenário da penologia e do discurso jurídico-penal e orientá-los a partir de uma teleologia redutora de violências e danosidade a fim de conter o avanço do poder punitivo.

Se a busca de legitimação for realizada na Constituição Federal e os limites ao poder repressivo estatal⁶⁰³, maior razão assistirá às teorias deslegitimantes da pena. Diferentemente das experiências italiana⁶⁰⁴ e espanhola⁶⁰⁵, na Carta brasileira inexistia previsão de fundamentação que responda ao “*por quê?*” da pena, mas “referem exclusivamente formas de sanção e limites punitivos, ou seja, o constituinte, abdicando da resposta ao ‘*por que punir?*’, direciona os esforços para delimitar o ‘*como punir?*’ – o que revela uma substancial alteração no cenário punitivo pátrio, promovendo uma encruzilhada que bifurca os caminhos da Lei de Execução Penal e da Constituição Federal brasileiras: “a perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas”⁶⁰⁶.

Igualmente não faria muito sentido buscar em épocas remotas a fonte da legitimidade de incriminação de condutas específicas e dos fundamentos do castigo – isso levaria inevitável e invariavelmente ao encontro de construções e reconstruções com pretensões historiográficas, mas que sempre possuíram uma tendência autolegitimadora, porque apenas dessa forma o retributivismo pode integrar com alguma lógica o processo de racionalização (dominação) do discurso político pelo discurso jurídico. Aliás, foi a pretensão historiográfica de cientificidade e de racionalização do poder soberano que originou as modernas e pós-modernas teorias da pena criminal, elaborando esforços narrativos na intenção de agasalhar a punição e o sofrimento

⁶⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**, p. 355.

⁶⁰³ CARVALHO, Salo de. **Observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea**, p. 32-34.

⁶⁰⁴ “A Constituição republicana da Itália, seguindo a mesma lógica, igualmente determina como função da punição a reeducação do condenado – ‘*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*’ (art. 27). In: CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

⁶⁰⁵ “Na Espanha, a Constituição pauta como função da pena a reeducação e a reinserção social, condicionando a limitação dos direitos fundamentais do condenado àquela finalidade – ‘*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*’ (art. 25, 2)”. In: CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

⁶⁰⁶ CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

e permanentemente retrocedendo ao consequencialismo do pecado original⁶⁰⁷ para, com essas remissões, chegar posteriormente também à Antiguidade e identificar na rigorosa reciprocidade do crime e retaliação na mesma moeda a gênese taliônica dos sistemas punitivos baseados na vingança de sangue. É certo que não pretende essa pesquisa incorrer na mesma redundância (ou erro, afinal), mas a indagação inicial do capítulo tem como resposta preliminar essa tentação de retroceder ao infinito para devolver em forma de exatidão com que o castigo se ajusta ao crime como forma de punição pelos atos ou impulsos proibidos.

A pena existe a partir da centralização do poder político e nela está o fundamento de justificação da soberania dos Estados modernos que dispõem, exercem e legitimam o monopólio da força. E existe como um instrumento de violência legítimo para manter estável esse feixe mútuo de dominação humana – fundamentação teórica para a justificação do *poder de punir* incorporada pela idealização hipotética do contrato social e do exercício coativo da prática dos poderes estatais por meio da cominação *abstracta*, da aplicação *concreta* e da execução *real* de penas. Há aqui, portanto, uma necessidade clara de defesa do depósito do bem comum das usurpações privadas por meio da cessão de parcelas de liberdades ao soberano, agora depositário encarregado da defesa coletiva, tudo isso em um contínuo contexto bélico⁶⁰⁸ onde inutilidade da plena liberdade era oriunda da intranquilidade e incerteza de sua conservação.

A centralidade dos **fins** propiciados pelo Estado pauta a caracterização teórico-contratual do *poder punitivo* e usa o discurso jurídico-penal para proteção, ao menos discursiva, das liberdades e interesses individuais. Quando LISZT, sob influência de JHERING, inseriu a noção de fim no campo das ciências criminais⁶⁰⁹, acabou por formular a concepção da pena como instrumental da qual se dispunha o direito penal na defesa dos interesses da humanidade – que, embora construída a partir do pensamento *lisztiano*, encontrou em ROXIN o maior entusiasta na inserção à teoria do delito⁶¹⁰. Desse ajustamento surge a ideia protecionista de bens jurídicos escrita com todas as letras: *correção, intimidação e inocuização* como efeitos

⁶⁰⁷ MELO, Rafael Fonseca de. **Desobediência civil e culpabilidade**, p. 22.

⁶⁰⁸ Ou “*bellum omnium contra omnes*”. BECARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**, p. 43.

⁶⁰⁹ “O texto básico que transporta para o campo penalístico a categoria iheringiana de fim foi o *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (La teoria dello scopo nel diritto penale. Trad. A. A. Calvi. Milão, 1962, ed. Giuffrè), mais conhecido como Programa de Marburgo”. In: BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 79-82.

⁶¹⁰ Indagou ele: “Para que serve a solução de um problema jurídico que, apesar de sua formosa clareza e uniformidade, é do ponto de vista político-criminal equivocada?”. Cf. BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 79 a partir de ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del Derecho Penal**, p. 19.

imediatos da pena e forças propulsoras inerentes a ela⁶¹¹. Esse modelo teórico tinha por função a tutela dos interesses vinculados à fruição da vida social e se destinava a autolimitar a potestade punitiva e à recuperação do criminoso, tendo sido apresentado no **Programa de Marburgo** de 1882 que, por sua vez, aqui merece uma crítica pontual⁶¹²: segundo o Programa elaborado por LISZT, sobre a *eliminação da perigosidade*, o código penal deveria determinar, da mesma forma que os parágrafos 244 e 245, que uma terceira condenação por determinados delitos (furto, roubo, extorsão, estelionato, incêndio, danos, rufianismo, atentados sexuais e corrupção de menores) levaria à reclusão por tempo indeterminado. No entanto, a elaboração do Programa de Marburgo tem origem no período de transformação da Namíbia em colônia alemã, constando em muitos escritos de LISZT que a pena deveria perseguir algumas finalidades – para os “recuperáveis” ela poderia até deixar de ser aplicada, aos que cometessem crimes maiores a pena deveria ter um significado de ressocialização e para os namíbios apenas para a *prisão perpétua*, por que eles eram irreconciliáveis com a cultura da civilização ocidental alemã⁶¹³.

Essa lógica perversa de incapacitar seletivamente adotando como critério de decisão a presunção legal de periculosidade social ou criminal e não a culpabilidade construída sobre valorações estatísticas de risco por pertencimento a determinados grupos possui como finalidade a inviabilização da formação de carreiras criminosas com a identificação precoce nos futuros *high-rate offenders* obtida a partir da comprovação neles de quatro dentre sete critérios de predição da ação desviada⁶¹⁴. A seletividade na realidade americana a partir desses critérios de predição da criminalidade alcança 30% da população carcerária – elevando, assim, os níveis de segurança e segregando em estabelecimentos de “segurança máxima”, relegando penalidades *softs* e de menores custos aos 70% correspondentes aos demais condenados. Esses complexos modelos de predição de reincidência oferecidos pela criminologia atuarial⁶¹⁵ se

⁶¹¹ LISZT, Franz von. **A ideia do fim no direito penal**, p. 56.

⁶¹² Aqui cabe também uma outra crítica, agora à doutrina nacional: o Programa de Marburgo é, entre os brasileiros, muito exaltado, mas ninguém (ou poucos) o leram. Isso porque não há tradução para outros idiomas (nenhuma em português) e também não está no Tratado, mas no *Criminal of States* de Von Liszt.

⁶¹³ A história é cíclica e repete-se, com reminiscências pelo mundo: o programa de Marburgo foi incorporado pelos EUA na Califórnia pelo então governador daquele estado, Arnold Schwarzenegger, que estabeleceu o sistema de três faltas (“*three fouls*”), exatamente o que Von Liszt dizia em 1882. Ou seja: na Califórnia, três condenações por qualquer delito importavam em pena indeterminada (pena de reclusão de 25 anos, no mínimo, e prisão perpétua, no máximo).

⁶¹⁴ São eles: i) uma prisão por delito; ii) mais de um ano no cárcere, nos últimos dois anos; iii) ter sido encarcerado na menoridade; iv) ter sido monitorado por serviços sociais da justiça de menores; v) ter consumido heroína em idade de menor; vi) ter usado heroína nos últimos dois anos; viii) não ter tido trabalho em um ano, durante os últimos dois anos.

⁶¹⁵ Sobre o tema, ver DIETER, Maurício. **Política criminal atuarial: a criminalidade do fim da história**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

utilizaram de simplificações legislativas na aplicação e execução das penas e uma antiga regra trazida do beisebol, da qual a regra de *sentencing* é mutuada, ocupou progressivamente a primazia: *three strikes and you're out*, ou seja, prisão perpétua ou penas não inferiores a trinta anos⁶¹⁶.

O relativo funcionamento dessa incapacitação seletiva a partir do cálculo de risco ignora o fracasso na metade dos casos. Como 50% dos rotulados como perigosos não reincidem e a metade dos excluídos dos critérios de periculosidade não produzem reincidência criminal, a relativa funcionalidade abstrata voltada para o passado apresenta um erro preditivo crasso: estatisticamente, esse mesmo resultado poderia ser obtido com o sorteio aleatório de um condenado a cada três cidadãos, provando não funcionar concretamente para o futuro. O custo da ampliação da meta neutralizante de futuros e potenciais criminosos é altíssimo: a disposição de pagar o preço da incapacitação de futuros não criminosos (“falsos positivos”)⁶¹⁷.

Aqui está, portanto, a origem e relevância teórica do modelo que, ao reagir ao retributivismo, acabou por forjar o caráter finalista da pena e semeou a programação racionalizante da punição, orientando os modelos penológicos da primeira (liberal) e segunda (correcionalista) modernidades penais. É o **justificacionismo** originado na construção da ideia geral inscrita na sanção e na unificação do sistema que pretende se legitimar que fornecerá às teorias legitimantes e idealistas da pena o acervo teórico, ou seja, “as teorias da pena não passam, em última análise, de estereótipos abstratos de justificação ou, em termos *weberianos*, de tipos ideais teóricos”⁶¹⁸.

Os sentidos empregados por FERRAJOLI aos motivos do castigo podem ser científicos ou filosóficos. Logo, para a pergunta “*por que punir?*”, duas acepções podem fazer surgir duas respostas distintas: ao se indagar sobre a existência da pena e as razões de se punir alguém, pode-se admitir **empiricamente** respostas mediante proposições assertivas verificáveis/refutáveis a partir de dados fáticos tidos por verdadeiros ou falsos (sentido sustentado na existência do fenômeno pena/fato punição); ou **filosoficamente**, admitindo-se apenas respostas de caráter ético-político desde proposições normativas aceitáveis/inaceitáveis como justas ou injustas (sentido revelador do *dever-ser* jurídico da pena ou do *direito* de punir)⁶¹⁹. Considerando essa dicotomia e buscando evitar os equívocos metodológicos oriundos

⁶¹⁶ PAVARINI, Massimo. **O regresso a uma pena fundamentalista**, p. 158-159.

⁶¹⁷ PAVARINI, Massimo. **O regresso a uma pena fundamentalista**, p. 160.

⁶¹⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 47.

⁶¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**, p. 314. Também CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 48-49.

da cisão entre direito e sociologia resultante da firme delimitação entre um e outro, só é possível responder à pergunta “*por que punir?*” se essas respostas forem dadas separadamente no **sentido** das *funções* (histórico ou sociológico) ou das *motivações* (jurídico) e dos *fins* (normativo axiológico) – o que evitaria o erro de assumir a *explicação* da pena com a sua *justificação* ou vice-versa⁶²⁰.

A divisão entre função e finalidade pode ser enunciada no plano do “ser” ao se referir à problemática de cariz ontológico, empírico e descritivo (por que se pune?) quanto à sua função ou ainda no plano do “dever ser” sob uma perspectiva deontológica, valorativa e prescritiva (por que se deve punir?) quanto à sua finalidade. Enquanto a preocupação da função da pena é a de buscar as razões do emprego do modelo punitivo, a compreensão da finalidade está nos fins de outorgar ao Estado o poder de punir. Há ainda as consequências da pena como “as múltiplas decorrências, efeitos primários ou colaterais que se verificarão no plano empírico e que podem ser axiologicamente desejáveis ou indesejáveis”⁶²¹.

O formato metodológico irrefletido de estabelecer a inata relação de causa e efeito entre crime e pena a partir do estudo imbricado da teoria do crime antecedendo a teoria da pena se repete no frequente salto da indagação ao “*por que punir?*”, ignorando a reflexão sobre a efetiva necessidade da punição – premissa punitiva inviolável e constitutiva da base dos discursos justificacionistas⁶²². As teorias legitimantes, portanto, ratificam a obviedade da consequência punitiva, reforçam o ideal de pretensão racional e transformam o “*por que punir?*” em um “*porque punir?*”⁶²³.

3.2 Comunicar ou ameaçar? A projeção das “teorias expressivas” e a generalização os argumentos preventivos ignorando a diversidade da natureza dos delitos e dos potenciais autores

Os pressupostos de legitimidade entre a previsão abstrata ameaçadora e a aplicação concreta sobre sujeitos reais, além da preocupação sobre a melhor localização da *teoria da pena* na arquitetura do direito penal levou HÖRNLE, se debruçando em um plano mais conceitual e

⁶²⁰ Para uma leitura mais extensiva sobre a Lei de Hume e os impedimentos de que a crítica criminológica baseada em dados empíricos da realidade fenomênica invalidasse premissas normativas ou fundamentos dogmáticos, ver CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 48-51.

⁶²¹ VANZOLINI, Patrícia. **Teoria da pena**, p. 19.

⁶²² ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. **Teorias da pena**, p. 97

⁶²³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**, p. 95.

metodológico, a questionar “a divisão binária tradicional entre ‘teorias absolutas’ e ‘teorias relativas’ da pena” e falar “em uma ‘difundida fixação em Kant e Hegel’”, distinguindo “três grupos de questionamentos com os quais deve lidar uma teoria da pena, a saber: (a) a legitimidade da **edição abstrata** de normas proibitivas que preveem sanção penal⁶²⁴; (b) a justificação mais geral da condenação de **sujeitos concretos**⁶²⁵ e, por fim, (c) a **legitimidade da aplicação** de penas criminais diante do sujeito que violou a norma penal”⁶²⁶.

A generalização realizada pela autora acerca da rotulação de *absoluta* para todas as construções justificacionistas que não possuam um caráter “preventivo” é imprecisa conceitualmente, não parecendo no todo correta, “muito embora seja possível lançar mão de outros argumentos racionais, de caráter não preventivo, e que estão em condições de formular justificações para a pena diante do indivíduo e da sociedade” – e, como bem observa Alaor Leite, “estes argumentos podem ser melhor abrangidos pelo conceito de ‘teorias expressivas da pena’”⁶²⁷. A questão ali colocada diz respeito à impossibilidade de deduzir da teoria da pena articulada as regras de sua determinação judicial, já que seu objetivo é a justificação da sua existência e não a distribuição concreta da punição – o que é interessante, já que uma coisa é a **função** da pena quando aplicada/executada e outra é a sua **justificação** em abstrato que a fundamenta e, portanto, dada a complexidade⁶²⁸ da natureza desta, a sua disputa argumentativa não pode se limitar a simples descrições, mas precisa imprescindivelmente responder aos critérios claros de legitimação.

Em face da fluidez com sentido da punição como castigo, a reincidência como um dado que confirma a seletividade, mas que também demonstram a incongruência entre os ideais justificacionistas e seu caráter universalizante de perspectivas unilaterais, revela o quanto as finalidades de retribuição e prevenção geram aporias e dificuldades insolúveis, “pois além de não serem passíveis de comprovabilidade – e, portanto, de refutabilidade –, dependem indistintamente de como o sujeito concreto que sofre o castigo (ou sua expectativa) transformará sua experiência punitiva em ação”⁶²⁹. Aqui parece incontestável a falência generalizada às funções positivas universalizantes das teorias legitimantes, sobretudo por não

⁶²⁴ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**, p. 7 e ss.

⁶²⁵ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**, p. 15 e ss.

⁶²⁶ HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**, p. 45 e ss. As referências são obtidas da obra original a partir de LEITE, Alaor. **Resenha**, p. 299-300.

⁶²⁷ LEITE, Alaor. **Resenha**, p. 300 a partir de HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**, p. 3 e ss, e p. 29 e ss.

⁶²⁸ A natureza complexa das justificações é o que leva à impossibilidade de formulação de uma teoria unidimensional da pena. LEITE, Alaor. **Resenha**, p. 299-300.

⁶²⁹ CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

oferecerem resistência argumentativa à constatação de que produzem violência unilateral por meio da imposição decisória (que não foi uma solução), além de pretenderem impor concretamente estereótipos consensuais sobre o outro.

Se a avareza como mola motivacional patrimonial não é o mesmo sentimento da lascívia como estopim do impulso sexual, uma mesma pena de reclusão de oito anos para condenados por roubo e estupro não parece cumprir as mesmas funções prometidas, sejam elas destinadas à estabilização social, à dissuasão/intimidação, à correção ou à incapacitação. Muito embora o esforço de individualização também represente uma violência institucional e opere discursivamente em uma lógica proporcional, ele o é unilateral e realizado por muitos contra um – o que aniquila e inviabiliza suas pretensões humanitárias. Aliás, o equívoco de quem acredita importar ao direito penal outra coisa que não o equilíbrio da estabilização da norma e o conforto das expectativas sociais está na função precípua da pena de produzir um mal, “embora inexoravelmente o produza” – o que equivale a dizer que “o capitalismo vídeo-financeiro transnacional não tem por função produzir desigualdade, embora inexoravelmente a produza”⁶³⁰.

A vida moderna se utiliza indistintamente da punição como técnica de controle e a arrogância da ameaça penal que almeja determinar comportamentos ignora que uma sociedade democrática só pode ser assim denominada se for igualitária, livre e pluralista. O paradigma é familiar e o castigo é a resposta a um comportamento indesejado – seja a criança mau comportada que é espancada, o país dissidente que é bombardeado, o controle religioso exercido sob a coação de penitências, excomunhão e consignação ao fogo infernal e todas as punições em forma de multas, açoitamentos, encarceramentos, censuras, admoestações, desaprovações ou expulsões comprovam que “a educação não abandonou inteiramente a palmatória”⁶³¹.

3.3 O abandono das teorias legitimantes e suas pretensões de racionalização: como a mente intuitiva de Tobias Barreto antecipou a crítica à Franz von Liszt

A “grotesca concepção” já rotulada por FERRI ao tratar da atividade estatal como um direito subjetivo⁶³², entre nós encontrou pioneiramente em Aníbal Bruno a primeira crítica a

⁶³⁰ BATISTA, Nilo. *A pena nos tempos de cólera*, p. 259.

⁶³¹ SKINNER, B.F. *Ciência e comportamento humano*, p. 198-199.

⁶³² FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 116.

essa superstição de chamar de *direito* o que, de fato, é um *poder* exercido pelo estado. Em seu tratado, ao intitular o capítulo “*Do suposto Direito Penal Subjetivo*”, o professor pernambucano extirpou o eufemismo de chamar *faculdade* a atuação sobre os corpos dos criminosos na defesa social contra o crime e, ao denunciar tal concepção, pretendeu aplicar a fórmula exata de que normas de direito objetivo dão vida a um direito subjetivo e acabou aniquilando a tendência ortodoxo-dogmática de construir o **poder de punir** sobre o modelo da estrutura do direito privado⁶³³.

A desigualdade entre as partes juridicamente envolvidas no drama penal, em especial o poder soberano que submete o culpabilizado à aflição sancionatória, se evidencia com a elaboração das regras pelo Estado: o poder jurídico que prescreve a reprovação a ser aplicada é o mesmo que aplica a sanção por ele regulamentada. Logo, o que se manifesta com o exercício do *potestas puniendi* é uma disputa cujas forças são exercidas entre desiguais – o que incompatibiliza os grupos de normas jurídicas e equivocadamente o reduz a um direito subjetivo, pois “falsifica a natureza real dessa função e diminui a sua força e eficácia, porque resolve o episódio do crime apenas em um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado”⁶³⁴.

Desse modo, não se pode (tentar) explicar unicamente a teoria da pena pela história, nem inversa e igualmente a história pela lente da teoria da pena – como se não estivessem umbilical e intimamente inter-relacionadas desde o nascedouro ou indiferentes ao momento em que surgiram⁶³⁵. A monotonia do estudo das teorias legitimantes como quase uma pregação, levou Tobias Barreto a comparar seus defensores (e difusores) aos padres egípcios quanto aos seus hieróglifos e que prorrogavam em seus discípulos o estado de ignorância em que se encontravam⁶³⁶. E não há outro paralelo mais adequado: o método aplicado e as conclusões obtidas estão divorciadas da realidade na qual operam, além de deliberadamente preferirem desconsiderar que os resultados obtidos são, às escancaras, os inversos.

⁶³³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal – tomo I**, p. 19-20. Ver também BATISTA, Nilo. **Aníbal Bruno (Penalista)**, p. 20.

⁶³⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito penal – tomo I**, p. 19-21.

⁶³⁵ Fala-se aqui, claro, da pena de privação de liberdade como a pena do capitalismo industrial por excelência.

⁶³⁶ Relembrando: “É uma espécie de adivinha, que os mestres se creem obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância; o que aliás não impede que os ilustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se felizes e orgulhosos, como os padres do Egito a respeito dos seus hieróglifos”. In: BARRETO, Tobias. **Menores e loucos e fundamento do direito de punir**, p. 131. É de Tobias também a frase de que “a ciência do direito principalmente na esfera criminal é a ignorância ensinada com método e ainda metodicamente aprendida”. In: BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 199.

O projeto de reação realizado pelas grandes narrativas penológicas ocidentais em forma de elaborações teóricas encontrou na racionalização do poder soberano a melhor estratégia de enfrentar o legitimado poder clérigo no medievo europeu, pois apenas com essa (des)centralização do poder político seria possível submeter o corpo social ao domínio da autoridade reivindicada pelos dominadores. O reforço teórico na elaboração do modelo erigido pelas teorias absolutas, então, se dedicou discursivamente à legitimação do confisco do poder decisório e evocava permanentemente para si o êxito de intervir nas relações sociais que atribuisse proibição, ao mesmo tempo em que negava às partes voz ativa sem atribuir diretamente quaisquer finalidades à pena, prorrogando a violência horizontal com outra violência, agora verticalizada. Essa renúncia ao conteúdo empírico/pragmático levava à construção e manutenção de um **estado ético mínimo** pautado na preservação da vida em sociedade e conduzia, mesmo que por via indireta, à ideologia da defesa social⁶³⁷.

Apesar de VON LISZT ter atacado a pena como retribuição por um lado, por outro sustentava o seu conteúdo teleológico preventivo (geral e especial) e, sobretudo, defendia a ação terapêutica sobre o próprio delinquente e sua função de prevenção especial – teoria da pena enunciada por ele no que se conhece como o já citado (e criticado) Programa de Marburgo⁶³⁸ e onde estava o foco perigosista do proletariado antes de ser deslocado pelo discurso penal “para o conjunto de grupos sociais cotidianamente marginalizados pelo empreendimento neoliberal que, para usar os termos *liszbianos*, ‘costumamos reagrupar sob a compreensiva denominação’ de excluídos”⁶³⁹.

Tobias Barreto tinha pleno conhecimento de todas as teorias da pena correntes e sobre cada uma delas se debruçou com particular interesse, ensinando-as com fina didática. Os códigos penais por ele analisados – não apenas o brasileiro de 1830, mas os demais de todo o mundo – não aderiam ou seguiam abertamente uma daquelas teorias, combinando harmonicamente “consequências deductíveis, se não de todas, ao menos da maior parte dellas” e trabalhando-as não apenas na divisão conhecida (absolutas, relativas e mistas), mas desde “a designação de philosophicas puras e philosophico-positivas”⁶⁴⁰, o que comprova os motivos que o levaram a se interessar filosoficamente pelo tema e a criticar ácida e minudentemente cada uma delas naquilo que falsamente anunciavam.

⁶³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 114.

⁶³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 263-264.

⁶³⁹ BATISTA, Nilo. **Apresentação**, p. 3.

⁶⁴⁰ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 22.

3.3.1 Punir: um direito penal subjetivo?⁶⁴¹

A centralidade e o poderio estatal inviabilizam qualquer tentativa de atribuir à punição o status de **direito** a ser exercido por quem o detém e suportado por quem dele é desprovido e a quem é dirigido – o que acaba suavizando e, de algum modo, se torna um eufemismo com a ideia de capacidade/virtude substitutiva do conteúdo despótico e sempre verticalizado que amalgama o **poder**. Isso porque a origem latina da palavra *faculdade* (*facultas*) atribui uma possibilidade diante da capacidade natural ou adquirida para realizar algo, a ser exercida ou não – o que, por questões democráticas, só pode ser aceito no momento legislativo da criação criminalizante, levando à conclusão que apenas a análise apartada dos instantes que antecedem o exercício concreto de aplicação das sanções pode pôr fim à confusão terminológica.

Esse fenômeno já fora dissecado em cinco momentos gerais e distintos por GRISPIGNI: i) antes da positivação das normas penais; ii) após a positivação das normas penais e antes do cometimento do crime; iii) posterior ao cometimento do crime; iv) verificação jurisdicional-penal; e v) a execução da pena⁶⁴². E admitir um direito penal subjetivo construído antes do momento legislativo, “configurando um ‘direito de punir’ meta-jurídico, só é possível por duas vias: a do contrato social e a do direito natural”⁶⁴³. No entanto, para desconstruir o espírito iluminista e se afastando de ambos os caminhos, faz-se necessário destacar a posição ainda mais extrema de inadmitir o *jus puniendi* como subjetivo até mesmo antes do momento legislativo – seja pela impropriedade técnica de atribuí-lo ao Estado-legislador⁶⁴⁴, seja pela possibilidade de, antes do surgimento da norma penal, se falar exclusivamente em direito natural⁶⁴⁵.

Eis o paradoxo originado pelos defensores da punição como um direito subjetivo: uma **faculdade** rotulada como *jus puniendi* de um lado que faz nascer uma **obrigação** de sofrimento do destinatário visto como devedor por outro, tudo engendrado metaforicamente pelo mesmo poder que cria o formato e as consequências punitivas para em seguida também aplicá-las e

⁶⁴¹ Esse subtítulo é homônimo daquele capítulo lapidar do curso que introduziu criticamente nas ciências criminais mais de duas gerações de estudantes de direito e que os adverte, já no *batismo* penalístico, sobre como “as perplexidades e contradições permitem entender a teoria crítica como poderoso instrumento metodológico, para o conhecimento do direito penal e para a correção de deformações ideológicas que a reflexão jurídico-penal comumente apresenta”. O mérito, além das citações, é devido a Nilo Batista. Ver: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, § 14, p. 103-107.

⁶⁴² GRISPISNI, Fillippo. **Diritto penale italiano**, v. I, p. 277.

⁶⁴³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 103.

⁶⁴⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**, v. I, p. 193.

⁶⁴⁵ FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal**, p. 275.

executá-las. Mesmo superada argumentativamente essa contradição, outra permanece irresolúvel: a elaboração da *obrigação jurídica* como *obrigação de sofrer a pena* – o que equivale dizer, nas palavras de ANTOLISEI, que “o réu não tem o dever de submeter-se à pena, e sim é a ela submetido”⁶⁴⁶.

É certo que a noção apresentada pelo modelo sinalagmático das relações estabelecidas nas sociedades capitalistas, onde a oposição de interesses se utiliza de um aparente (mas falso) equilíbrio para viabilizar sua manutenção, se compatibiliza com a ideia privatista obrigacional que pressupõe duas partes reciprocamente envolvidas em direitos e deveres. O problema é que a pena é uma **decisão** e não uma **solução**. E essa deliberação vertical, portanto, independe do conteúdo da vontade do apenado e ignora a sua opinião, esvaziando qualquer cota do réu que vê o Estado acumular o monopólio da coação – o que muito difere de uma *facultas agendi*.

3.3.2 As atitudes do estado de polícia e do estado de direito frente aos conflitos

O aprofundamento dos modelos ideais de estado de polícia e estado de direito é imprescindível na análise da função política do direito penal e, apenas a partir dessa cisão, se pode conceituar a pena e classificá-la como política e não como jurídica. Como imposição oriunda de uma decisão política, a pena no estado de polícia atende à determinação administrativa, já que a sua regência se dá por deliberação do governante cujo modelo restringe ao acatamento legal como obediência ao governo (que pode ser um grupo, uma classe social ou um segmento dirigente). Essa submissão difere no estado de direito, onde a sujeição segue às regras pré-estabelecidas.

As diferenças não param por aí. Enquanto a tendência a uma justiça substancialista do estado de polícia advém da construção pela classe hegemônica que incute o acerto de suas imposições como algo bom a partir de uma postura paternalista (castigo como ensino e punição como educação), o estado de direito pressupõe uma igualdade que conduz a uma justiça procedimental e de espírito fraterno (autonomia e consciência para tomar decisões), ou seja, “a tendência substancialista do primeiro o faz pender para um direito *transpersonalista* (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado, etc.); o procedimento do segundo, para um direito *personalista* (para os humanos)”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 103, a partir de ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**, p. 37.

⁶⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 94-95, a partir de MAYER, Max Ernest, **Filosofía del derecho**, p. 156.

Com atitudes flagrantemente antagônicas em face dos conflitos, enquanto o modelo ideal de estado de polícia, portanto, se caracteriza pelo poder verticalizado e autoritário exercitado pelo grupo dominante, além da supressão dos conflitos humanos por meio das funções manifestas positivas da pena (retribuição e prevenção) e cujas agências realizam a vontade supressiva, o modelo ideal de estado de direito se distingue porque exerce o poder horizontal e democraticamente em conformidade com regras públicas prévias, claramente estabelecidas e que reduzem ou limitam o poder punitivo do estado de polícia, buscando resolver os conflitos sociais por meio de agências provedoras de soluções⁶⁴⁸.

Aqui é preciso definir e distinguir os dois modelos ideais⁶⁴⁹ conservados nos estados históricos, quais sejam: o (i) **estado de direito** que, na impossibilidade de ser dotado de pureza dada a inviabilidade de estados de direito reais perfeitos, “não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior”, onde se submeter à lei significa acatar as regras anteriormente estabelecidas e cuja justificativa é a sua função de contenção/redução do direito penal, nisso consistindo “um componente dialético indispensável à subsistência e progresso”⁶⁵⁰; e o (ii) **estado de polícia**, enclausurado no estado de direito e cuja pulsão pela autonomização só pode ser controlada pela indistinta e invariável submissão de todos à lei (como sinônimo de obediência ao governo), já que neste há a subordinação à autoridade do poder de quem o detém.

As atitudes de ambos são claramente antagônicas. Enquanto na verticalidade do **estado de polícia** a classe hegemônica define o que é *bom* e *justo*, produzindo uma justiça *substancialista* que pende para um direito *transpersonalista* que persegue objetivos *metafísicos* e que acaba por ser *paternalista* quando pretende ensinar por meio do castigo, na horizontalidade do **estado de direito** é ínsito a todos igualmente e se inclina a uma justiça *procedimental* voltada ao humano e para um direito *personalista* que, articulando decisões de conflito, o faz de modo cauteloso a afetar o mínimo possível a individualidade difundindo a *fraternidade*⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 15.

⁶⁴⁹ Sobre essa passagem do *estado de polícia* para o *estado de direito*, cf. ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 41, a partir de MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**, t. I, p. 73; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, p. 20 e ss.; MERKL, Adolf Julius. *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 325 e ss.

⁶⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 41; p. 93-94; p. 121.

⁶⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 93-94.

Nos estados de polícia e de direito quanto mais controlada for a engenharia institucional (política de freios e contrapesos), mais difícil é o desgoverno e a desobediência aos limites por parte das agências que os integram. No inverso, constatado o excesso ou o desequilíbrio entre os poderes que se controlam mutuamente com uma tendência de negação das regras, há uma usurpação da competitividade inerente à dinâmica do poder que é estimulada permanentemente a eludir as regras pré-estabelecidas e os riscos tiranos dos excessos se apresentam. Na combinação dos elementos de ambos os estados, se mostram como tendências: (i) a conservação e o reforço do poder vertical arbitrário; e (ii) a limitação e a horizontalização do poder⁶⁵².

Como a tarefa do jurista está sempre inconclusa por conta da ausência de realização integral de um estado de direito, identifica-se com clareza “um íntimo intrincamento entre *exercício de poder punitivo* e os modelos de *estado de polícia*, onde, a partir disso, à função do personagem jurídico importará renunciar de pronto às teorias da pena que, em maior ou menor escala, legitimam a *potestas puniendi*”⁶⁵³.

3.3.3 A deslegitimação da pena a partir das grandes narrativas da penalidade: a contradição entre um máximo (*in the books*) e um mínimo (*in the facts*) de direito penal

O distanciamento do mundo real projetado pelas lentes da legislação criminalizante provoca um fenômeno perceptível em qualquer sociedade que se utiliza da punição como resposta ao crime: a pena é uma decisão e não uma solução. A ilusão de que a criminalização de condutas por meio da elaboração de tipos penais abstratos que, uma vez praticadas, importarão na consequência punitiva geral e infalível que os acompanham confirma que o direito anda sempre a reboque da vida. E a programação criminalizante está sempre um passo atrás das respostas que ela mesma pretende dar aos conflitos humanos, ou seja, o simbolismo do alcance abstrato de um *direito penal máximo* acaba perseguindo um *mínimo percentual das condutas criminalizadas* – o que “não levaria, automaticamente, a uma redução da punição ou transformação dos critérios de seletividade”, tratando-se, portanto, da “hipótese de que um direito penal mínimo e subsidiário deve ser construído no caso concreto e não apenas em

⁶⁵² ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 95.

⁶⁵³ AMARAL, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena**, p. 1594-1595.

abstrato, o que hoje se pode (tentar) fazer através de sua constitucionalização pela interpretação”⁶⁵⁴.

A explicação dada por Massimo Pavarini dessa distância ilustra que, enquanto a previsão legal italiana excede os 6.000 delitos e os Tribunais reprimem cerca de 100 deles, as condenações – e o sequele delas, que quase sempre é a prisão – se dão “apenas” por 10 ou 20 desses delitos. No Brasil a lógica se repete com um acréscimo (ou decréscimo proporcional): em 2016 havia a previsão legal de 1.688 modelos abstratos de comportamento proibido, sendo que desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o mês de agosto de 2015 foram editadas 77 leis ordinárias e complementares criando novos crimes – seja em leis extravagantes ou em artigos do Código Penal – e, no mesmo período, outros 21 diplomas legais previram o aumento nas penas cominadas a tipos penais já existentes ou determinações de aumento das penas aplicadas, por meio da inclusão de majorantes ou qualificadoras.

No entanto, Tobias Barreto, já em 1885, cômico de que as escolhas legislativas sobre “o que” punir eram uma “pura questão de política social” e depois de elaborar a conhecida indagação da busca pelos fundamentos de *punir* que não encontra correspondência no direito de *exequir*, suscitou algumas questões merecedoras de lembrança. Sobre os critérios de escolha legislativa dos bens jurídicos, questionou: “Qual é então o motivo, porque a lei, ao passo que pune certas acções, que estão em antagonismo com ella, deixa outras sem punição? (...) Se os contractos de compra e venda não forem satisfeitos, se os debitos não fôrem pagos, a sociedade fica por isso tão ameaçada em sua existencia, como por efeito de mortes ou de roubos. Por que razão a pena aqui, e não alli?” e assim resumiu a sua ideia programática para a legislação criminalizante na seguinte máxima: “impor pena em todos os casos, em que a sociedade não pôde passar se ella”⁶⁵⁵.

Essa política criminal (ir)responsável pela substituição do Estado do bem-estar social pelo Estado penal poderia paulatina e facilmente ser aprimorada com a inclusão de critérios objetivos sempre que uma iniciativa de projeto de lei versar sobre a criação de novos tipos penais, aumento de pena ou aumentasse o rigor na execução dela: (i) a análise real do **impacto social e orçamentário** como *conditio sine qua non* à propositura de projetos de lei que pretendessem a criminalização primária, neles sendo exigidas a verificação real do custo operacional e a viabilidade/disponibilidade de dotação diante do iminente aumento de processos

⁶⁵⁴ GIAMBERARDINO, André. *A parte especial do direito penal entre a codificação e a descodificação*, p. 159-60.

⁶⁵⁵ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, p. 35.

de conhecimento e de execução; (ii) a exigência de um **quórum qualificado de parlamentares** (já que um *quórum de parlamentares qualificados* seria mais difícil) na aprovação dessas leis; (iii) a revisão periódica e permanente da manutenção criminalizadora de determinadas condutas, com destaque para aquelas de penas maiores.

No Brasil essa ideia já foi materializada. A iniciativa de criação de uma *Lei de Responsabilidade Político-Criminal* foi realizada por meio do PL 4.373/2016, mas a tramitação está paralisada desde dezembro de 2018, o que correspondeu ao fim daquela legislatura. Tencionando alguns filtros condicionantes, essa proposta, dentre outras previsões, envolve a análise de impacto social e orçamentário por um conselho de composição plural e tem por base um estudo elaborado pela Associação Latino-americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC) sobre tendências legislativas do Direito Penal e Processo Penal Brasileiro do ano de 1985 a 2015 preocupado com a vulgarização promovida pela franca expansão do processo de criminalização primária brasileiro. Segundo a proposta eticizante e tomando por base o estudo, uma preocupação nele indicada é interessante: entre 1940 (data da edição do atual Código Penal) e 1985 (fim da ditadura militar), foram editadas 91 leis com conteúdo penal, ou seja, uma média de 2,07 leis penais ao ano – enquanto no período de março de 1985 a dezembro de 2011 foram editadas 111 novas leis penais com conteúdo penal, o que resulta numa média de 4,27 leis penais ao ano. A conclusão é estarrecedora: o Brasil, após a democratização, criminalizou mais que o dobro em praticamente metade do tempo, em comparação com o período dos anos de chumbo da ditadura militar. Tal constatação coloca em cheque a própria efetivação do regime democrático e revela o quão verdadeira era a comparação de que “derrotar politicamente a ditadura talvez fosse um tarefa mais simples do que controlar a expansão ‘democrática’ do sistema penal, à qual historicamente sempre correspondeu a expansão do fascismo”⁶⁵⁶.

A construção de um direito penal mínimo e subsidiário, portanto, deve se dar na concretude do mundo fenomênico, praticado de todos atores quando transformado em processo e não apenas existir na abstração das leis. Isso porque a proposta de centralização/unificação por meio da plenitude codificadora não seria garantia de contenção da profusão criminalizadora, mas poderia servir, inclusive, de ferramenta útil a aumentá-la por meio da amplificação do alfabeto⁶⁵⁷ criminalizante como já se vê em alguns casos, onde cada artigo se bifurca, trifurca

⁶⁵⁶ BATISTA, Nilo. **Pavarini no Rio de Janeiro**, p. 21.

⁶⁵⁷ Veja-se, a título exemplificativo, o art. 359 do Código Penal brasileiro que, com a lei nº 10.028/2000 e sob a nomenclatura de “*crimes contra as finanças públicas*”, ganhou oito letras (do art. 359-A ao 359-H) e, com a lei nº 14.197/2021 cujo potencial criminalizante é direcionado a tipificar os “*crimes contra a soberania nacional*,”

e se ramifica em tantos tipos penais quantos a natureza se assemelhe e a mente criativa do legislativo seja capaz de se aproveitar da oportunidade, e que estariam, como hoje estão, na legislação extravagante (ou extracodificada)⁶⁵⁸. Mais importante do que os debates sobre a topografia punitiva e a rejeição da despenalização na reflexão político-legislativa é, sem dúvidas, o combate à intensificação dessa propagação, pois “mesmo tão radicalmente distantes, tanto a política inflativa como a deflativa do direito penal restam por reproduzir (...) a ilusão do primado da lei penal, ambas confiando que mais ou menos justiça penal dependa simplesmente da escolha legislativa por penalizar ou despenalizar”⁶⁵⁹.

Para se reduzir a intervenção penalística do legislador (controlando e mitigando o amplo universo de criminalização primária ao estritamente referenciado constitucionalmente) e do julgador (monitorando posturas autoritários, sobretudo no momento de fixação da pena-base e na interpretação e adequação casuística das circunstâncias judiciais), algumas sugestões a partir de uma perspectiva crítica e redutora são possíveis e passam “(i) pela compreensão dos fenômenos de *codificação* e *descodificação* nos sistemas de direito europeu-continental e a peculiaridade da história legislativa penal brasileira sempre marcada por vasta legislação extravagante; (ii) pela crítica atual da profusão de leis penais ligadas a um direito penal cada vez menos atento ao princípio da lesividade; (iii) pela reflexão sobre a hipótese de que um direito penal *mínimo* no plano prescritivo não basta, sendo indispensável sua concretização por meio de uma interpretação constitucional atenta à perspectiva hermenêutica, e que realize constante e rígido controle de legitimidade a partir da verificação de qual bem jurídico (ou direito fundamental) é protegido pelo tipo penal”⁶⁶⁰.

3.3.4 O rei está nu: existem razões de expor em detalhes os ideais das teorias legitimantes em um trabalho sobre a deslegitimação da pena?

contra as instituições democráticas e o seu funcionamento no processo eleitoral e dos serviços essenciais”, se avolumou com mais nove letras (do art. 359-I ao 359-N, além do 359-P e 359-R). Sobre os crimes contra o estado democrático de direito, cf. BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. **Crimes contra o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Revan, 2023.

⁶⁵⁸ Caso dos crimes eleitorais que, deixando o estatuto próprio da matéria, passaram a figurar nos arts. 337-E a 337-P por força da lei nº 14.133/2021.

⁶⁵⁹ PAVARINI, Massimo. **Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?** *Discutendo con Luigi Ferrajoli*, p. 151. “A reflexão é sobre a realidade italiana, mas pouco diverge da brasileira”, como bem observa GIAMBERARDINO, André. **A parte especial do direito penal entre a codificação e a descodificação**, p. 167.

⁶⁶⁰ GIAMBERARDINO, André. **A parte especial do direito penal entre a codificação e a descodificação**, p. 160.

A formulação interrogativa enunciada aqui revela, na verdade, uma afirmação em si mesma, seguida de uma conclusão: há inúmeras razões para se fazer referência às principais teorias e modelos de discursos legitimantes do poder punitivo em uma pesquisa que se dedica à defesa do modelo negativo/agnóstico da pena criminal, já que a oposição às funções positivas só pode ser realizada por meio da exposição das razões negativas ou da negação das promessas que aquelas falsamente anunciam e propagam. Mas não apenas isso. A principal razão talvez seja a escassez na literatura jurídico-penal de anúncio das teorias deslegitimantes da pena, o que notadamente priva os interessados pela temática de acessarem os contrapontos do pensamento que se recusa a negar a realidade. Assim, para contrariar a exortação regente de JAKOBS⁶⁶¹ e ao avesso do que pretendem esconder os manuais oferecidos aos consumidores mais apressados da literatura jurídico-penal e seduzidos pela corrente neotecnista que adentra candidatos a concursos públicos⁶⁶², evitando assim uma equiparação ética a eles, faz mais sentido expor as muitas construções teóricas omitidas, mesmo que execrando publicamente as propostas legitimantes em suas incompatibilidades com a realidade sobre a qual operam. Se o conceito da pena, como o da guerra, é político (e não jurídico), melhor então é, “distinguindo-a da coerção direta e explorando não somente o fracasso das funções proclamadas como também a irracionalidade de algumas das ocultas”⁶⁶³, coloca-las frente a frente – não sem antes posicionar as teorias legitimantes e suas indumentárias diante do espelho e esperar a reação oriunda do julgamento de si mesmas.

A criação metafórica realizada por Hans Christian Andersen (1805-1875) dos modismos sociais não-questionados e que criam padrões comportamentais inexplicavelmente desprovidos de sentido – mas assimilados pela repetição e pela imposição – é apropriada. O conto do escritor dinamarquês relata a história de um rei egocêntrico e vaidoso que, autoritário e severo, inadmitia ser contrariado. Sua ostentação o fazia insistentemente gastar com novos trajes, o que

⁶⁶¹ **“Strafe muß positiv definiert werden: Sie ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen”** (ou, ***“A pena deve ser definida positivamente é uma demonstração da validade da norma às custas de algum responsável”***). In: JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, p. 6.

⁶⁶² “Cabe mencionar a aparição difusa de estudos que poderiam caracterizar um *neotecnismo jurídico*: completamente desinteressados da filosofia, da história e das ciências sociais, em geral legitimantes do direito positivo (cujas contradições aspiram dissolver), redutores da reflexão dogmática a simples dissensões conceituais e ajustes lógico-formais; tudo isso – ou este pouco – quase sempre destinado à aprendizagem”. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro II**, I, p. 56.

⁶⁶³ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 260.

levou dois vigaristas sabedores do gosto do monarca a tramarem um golpe: se passando por tecelões, se apresentaram no palácio prometendo costurar as melhores vestes usando os melhores tecidos do mundo, os quais seriam assim reconhecidos apenas por pessoas entendidas e de muito bom gosto. Decidido a, de uma só vez, nutrir sua vaidade e distinguir os tolos dos inteligentes em moda, o rei encomendou-os um desses trajes, pagando-lhes uma grande soma em dinheiro como adiantamento e acomodando-os em um atelier cercados de seda pura, fios de ouro e diamantes valiosos. O custo altíssimo do retorno que teria justificava todas as expectativas naqueles desconhecidos. Embora a mesa vazia, os charlatões encenavam movimentos de corte e costura, esticando no ar falsamente os tecidos, pelo que recebiam elogios do rei e dos súditos, todos mantidos no mesmo estado de incompreensão. Para não transparecer ignorância, apesar de não haver um único fio nas lançadeiras e temendo ser tolo ou incapaz de exercer as funções reais, todos enalteciam o nada que (não) viam. Diante do êxito no engodo, a dupla pedia continuamente mais dinheiro – no que era atendida – recebendo, por fim, a condecoração do título de Cavaleiros Tecelões. No dia do desfile, como se segurassem no ar peças da roupa, entregaram simbolicamente ao rei as calças, o colete, o casaco e, finalmente, o manto, pesando tanto quanto uma teia de aranha, fazendo que as “usasse” mal sentir o seu peso. Completamente despido e cercado de bajuladores que simulavam carregar o manto que, inclinados, fingiam recolhê-lo do chão, o rei e aquela comitiva não se atreviam a dizer que não viam coisa alguma para não correrem os riscos da incompreensão. Subitamente, uma criança grita do meio da multidão: *“O rei está nu!”* – o que levou imediatamente a um frisson coletivo, unindo o povo em um estrondoso coro.

Assim como foi necessária a autenticidade do olhar puro e inocente de uma criança à encenação promovida pelo egocêntrico e vaidoso rei quando, não admitindo ser contrariado e cercado de súditos, insistiu em uma farsa adotada publicamente que, apesar de vexatória, procurava negar a realidade flagrante aos olhos, apenas a abertura às presunções teóricas de matriz axiológica que procuram legitimar a pena pode também encorajar novos estudiosos a ver um novo mundo possível a partir das lentes das teorias deslegitimantes que as negam ética e esteticamente.

Além disso, outras duas razões básicas podem esclarecer os motivos de, mesmo que brevemente, dedicar a falar de belas representações sem existência real: (i) essas teorias **conservam vigência** e estão presentes na doutrina acrítica que reproduz a ilusão propagada massivamente no ensino jurídico e nas fundamentações condenatórias judiciais, fazendo surgir construções ecléticas que se justapõem aos enunciados originários, “formulando-os sob novas

formas enunciativas”, ou seja, “a rigor, não há novos discursos legitimantes, mas sim novas combinações e formulações dos tradicionais”; e (ii) é da **pluralidade** de discursos legitimantes – que chega a sufocar o conhecimento dos discursos deslegitimantes da pena – que surgem as construções conjuntas que, mesmo incompatíveis entre si, acabam racionalizando qualquer decisão *a la carte* por meio de um cardápio infinito de opções onde, por mais rica e hipertrofiada que seja a elaboração teórica, “termina em uma prática tópica (porque permite que o operador escolha primeiro a decisão e, depois, procure o fundamento)”, levando ao “descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade”⁶⁶⁴.

Além do oportunismo dos corifeus que sustentam insistentemente a validade das construções legitimantes – presas fáceis da “fé inabalável no sofrimento como remédio para todos os males, pessoais ou sociais” e reféns da “dependência química da pena”⁶⁶⁵ – porque delas se utilizam em seu cotidiano punitivo e vingativo para muitas vezes justificar suas próprias atuações no estado policial, ignorar os discursos críticos das teorias criminológicas, por exemplo, acaba sendo estratégico. Essa desonestidade, ao mesmo tempo em que reforça o imaginário popular as funções manifestas positivas de retribuição e prevenção, também se hegemoniza e isola a ponto de mantê-las pouco mais do que desconhecidas da realidade criminal.

Como o enfoque sociológico do diálogo sobre a pena acabou excluído, as teorias tradicionais legitimantes da pena ocuparam espaço e afastaram do debate as vertentes abolicionistas⁶⁶⁶ e passaram a condicionar as ciências criminais a operarem fundamentada nos castigos, jogando sozinhas uma partida sem os indigestos e inconvenientes adversários que insistem em mostrar e demonstrar a verdade sobre a punição, se autodeclarando vencedora por W.O. sem marcar sequer um único gol.

A conclusão de que, reduzindo em um primeiro momento para abolir *a posteriori*, bastaria a crise das grandes narrativas da penalidade não se mostrou suficiente. Isso porque habilitar minimamente o poder punitivo e limitar a pena aos casos de violação a valores constitucionais basilares e significativos sob o ponto de vista da vida humana e da democracia para, posteriormente, transferir à sociedade civil a responsabilidade de solucionar os conflitos remanescentes – reducionismo que levaria, pela demonstração exitosa, à abolição – consiste estratégia interessante na redução da criminalização (porque importaria em uma solução), mas

⁶⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 114.

⁶⁶⁵ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 254.

⁶⁶⁶ CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

apenas o reconhecimento da insuficiência das respostas apresentadas (e não apresentadas) pelas teorias idealistas contra as quais se insurge (porque importam em uma decisão) pode efetivamente dar início à aceitação, mesmo que crítica, das propostas deslegitimantes do modelo negativo/agnóstico.

Tão importante para um viajante quanto saber quais os locais a serem conhecidos e visitados em algum lugar do mundo é o valor que se dá ao que lhe é apresentado, por isso que a função do guia é determinante em uma excursão e as lembranças e a percepção dos guiados estão diretamente relacionadas com a experiência obtida a partir do que conheceram. Também denominada *excursus*⁶⁶⁷, a explanação sobre a necessidade de sua menção e explicação geral das teorias criticadas importa, ainda, para advertir os turistas ou marinheiros de primeira viagem que nem tudo o que é apresentado condiz com a realidade e se realiza na prática. Não é porque o teórico cria em seu imaginário idealista um mundo que só ali tem existe, e muitas vezes apenas em sua mente criativa há, que a negação operada no mundo fenomênico e claramente visível, por si só, seja suficiente para negar validade ao seu pensamento. Eis alguns motivos de trazer à tona, mesmo que descrente de todas, suas incongruências e contradições internas, variações externas e, principalmente, a facilidade com que sua capacidade de fazer brotar rapidamente algumas ervas daninhas consistentes em outras propostas legitimantes a partir dos seus equívocos.

3.4 As teorias absolutas (ou retributivistas), o crime e o castigo: há *pena justa* e compensatória sem vínculo de efeito social que compense o delito?

O primeiro grande grupo de modelos justificacionistas da pena engendra modelos de retribuição e são pautados na gestão do contrato social que enxerga no indivíduo criminoso uma parte doravante denominada violadora do pacto social pré-estabelecido e descumpridora de obrigação imposta, atribuindo-lhe uma sanção como medida e resposta justa ao dano causado, dela precisando arcar e que importa em prejuízo concreto para o corpo social. Logo, o signo retributivo do direito penal clássico atribuía a pena como **expição** (no sentido religioso de *purificação* da alma do apenado, como nos suplícios e fogueiras medievais) ou como **compensação** da culpabilidade (no sentido jurídico, atualizando o instinto vingativo humano) e estava marcado pela necessidade de realização da justiça e de reestabelecimento do Direito e

⁶⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 114.

representado, confessadamente, pela “imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime” – o que consistiria em necessidade para a realização de justiça e restabeleceria o direito violado⁶⁶⁸, tudo de acordo com a fórmula de SÊNECA: *punitur, quia peccatum est*⁶⁶⁹.

Tobias Barreto conhecia a fundo o que cada grande grupo das teorias idealistas pregava. Quando afirmou inexistir filiação ou apego doutrinário dos códigos penais de então a alguma delas, mas que as combinavam em harmonia a partir das consequências deduzidas, asseverou que “as theorias filosoficas puras, aquellas que têm o nome de *absolutas*, porque consideram a pena como *res absoluta ab effectu*, hão tido uma influencia, quase nulla nas codificações penaes”⁶⁷⁰.

Desprovida de qualquer sentido ou fim socialmente útil – o que leva, inclusive, a discussão se a retribuição pode ser qualificada como um “fim” da pena – mas, ainda assim, conhecida desde a antiguidade, a naturalidade da permanência histórica no imaginário popular profano da função retributiva pode ser explicada antropologicamente pela necessidade de correspondência da sua duração e intensidade com a gravidade do delito, compensando-o⁶⁷¹. O esforço de validação da retribuição como justiça promovido por KANT (1724-1804) na sua *Metafísica dos costumes*, obra de 1798, estava fundamentado contra todas as interpretações utilitaristas e afirmava a lei penal como um **imperativo categórico**, levando ao extremo calamitoso de afirmar que o perecimento da justiça esvaziaria qualquer valor humano de sobrevivência sobre a terra. Por sua vez, HEGEL (1770-1831) em seus *Princípios da Filosofia do Direito*, livro de 1821, interpretava o crime como negação do direito e a pena como **negação dessa negação**, onde a reafirmação e o restabelecimento do Direito se dariam apenas com a anulação do delito sendo retribuído com uma lesão da lesão⁶⁷², considerando essa a única justiça digna do ser humano.

As ideias *kantianas* oitocentistas de uma sanção pautada na justiça retributiva que, como dito, revigoraria o imperativo categórico violado⁶⁷³ e *hegelianas* novecentistas de restauração

⁶⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, p. 461-462.

⁶⁶⁹ “Punido, porque pecou”. In: SENECA. **De ira**, livro 1, 16, 21.

⁶⁷⁰ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 22.

⁶⁷¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 81-82.

⁶⁷² A ideia da pena como “afirmação da validade da norma” que estará na base da prevenção geral positiva de JAKOBS era aqui antecipada em dois séculos, como bem lembra CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, p. 463.

⁶⁷³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**, p. 174-180. Sobre os impulsos, inclinações e afetos determinantes da vontade e a impossibilidade da previsibilidade das ações humanas ainda que apenas próximas da certeza, Tobias reconhece o valor de Kant e suspeita que nem ele acreditava nessa possibilidade – “sob pena de pôr em duvida o valor e importancia de um de seus grandes feitos philosophicos” que era justamente “o imperativo categórico do dever”. In: BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 31.

da ordem jurídica negada⁶⁷⁴ estão na base dessa perspectiva penológica. Tais narrativas filosóficas inspiraram as teorias absolutas que, em se tratando de efetividade da lei penal na tutela de bens jurídicos, são incapazes de justificar os esforços empreendidos no *confisco do conflito* – único possível e passível de verificação. Isso porque, contrariando o discurso oficial hegemônico, a premissa de que o poder político é exercido em nome do povo e segundo a sua vontade se aproxima da vingança e se distancia da promessa protetiva, constituindo uma crença ou um ato de fé e não algo democrático e científico⁶⁷⁵. Nesse sentido, as teorias absolutas “tendem a retribuir para garantir externamente a eticidade quando uma ação contradiz objetivamente a mesma, inferindo uma dor equivalente ao injustamente produzido (talião)”⁶⁷⁶.

Etimologicamente, a expressão “**absoluta**” deriva do latim (*absolutus*) e significa *desvinculado*, ou seja, o fim da pena é independente e não possui qualquer elo teórico com seu efeito social. Conhecida desde a antiguidade, ainda permanece viva no imaginário e na consciência de muitos e, com alguma naturalidade, hasteia a bandeira do seu ideal compensatório do mal causado⁶⁷⁷ e se estruturam na premissa irrenunciável de imposição do mal pelo mal. Sustentada no consenso e no modelo contratualista que direciona a pena à contraprestação pelo mal praticado, sendo esse mal a ruptura com o dever que, sob a ótica obrigacional, dá origem a uma *dívida* a ser paga pela violação às regras sociais, acaba por habilitar o poder punitivo na execução de um crédito estatal a ser satisfeito em forma de ritual expiatório, expropriando forçadamente o tempo ou algum bem do *devedor* nessa relação. Poder-se-ia falar aqui apenas na pena de privação de liberdade, já que o cárcere como aparato administrativo destinado à servidão é uma território sem Direito que possui como principal característica a sujeição e a livre dominação do homem pelo homem⁶⁷⁸. No entanto, apesar dos paradoxos do cárcere como pena, a realidade brasileira gradativamente e sob o pretexto retórico de desencarceramento, vê crescer a quantidade de penas pecuniárias que alcançam o patrimônio dos apenados – sobretudo aqueles que, mesmo indiretamente, possuam mais do que simplesmente os seus corpos a serem oferecidos ou alcançados pela navalha punitiva⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ HEGEL, Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**, p. 83-95.

⁶⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, p. 463. Também ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 84.

⁶⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**, p. 57.

⁶⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 81-82.

⁶⁷⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p.10.

⁶⁷⁹ As massas criminalizadas possuidoras unicamente dos seus corpos, desde os modelos punitivos do medievo, passam a devedoras pelo descumprimento da obrigação contratual e a lógica sinalagmática impõe que esse inadimplemento prescinda de reparação. Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 263.

Na transição do medievo para a modernidade, o exercício da punição direcionado aos corpos por meio da destruição física promovida pelos esquartejamentos e mutilações passa a alcançar a alma, substituindo-se o suplício e a expiação que tripudia o corpo pelo “castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”⁶⁸⁰ – o que transformou o aprisionamento de períodos livres na típica sanção moderna, já que “a função de expropriação da pena se materializa no sequestro do tempo, pois a capacidade de trabalho e a liberdade do culpado seriam os únicos objetos passíveis de conversão da dívida em um bem tangível”⁶⁸¹.

O retributivismo ético e moral proposto por KANT que, ao levar ao extremo do extermínio do último assassino violador do imperativo categórico de inobservância do contrato em caso de dissolução do poder político atribuído pela sociedade civil, atribuiu soberania plena ao poder punitivo e esvaziou quaisquer utilitarismos à pena, inadmitindo a instrumentalização dissuasória humana que levava à sua objetificação, não tinha pudores de afirmar que a finalidade exclusiva da pena era impor um mal merecido, pretensamente proporcional e justificador decorrente do ato que violou o dever. Já para HEGEL, havia um ideal de recomposição da lesão ao direito por meio da pena, onde apenas a punição equivalente à força a ela correspondente poderia promover o (re)equilíbrio – e, igualmente sem qualquer receio, vinculava o reconhecido mal que causava a outro mal (considerado um bem), tudo com esteio no medo difundido pela ameaça da intimidação – deslocando para o debate jurídico e para o plano da racionalidade e da reafirmação da ordem a questão da justiça. Isso porque, na lógica hegeliana, o crime não era considerado como a produção de um mal (que seria reparado com outro mal), mas tido como a violação de um direito a ser suprimido por uma pena justa *em si* e *para si*.

Esse discurso retributivo alheio a qualquer fim diferente da própria pena talional em si mesma estruturou os modelos jurídico-penais e foi responsável por guiar o pensamento dogmático no século XIX no qual viveu Tobias Barreto. No entanto, contrariando a corrente punitiva, sua intuição sobre a (des)necessidade da pena sob esse aspecto pode ser encontrada em diversos dos seus escritos, principalmente quando fazia menção à doutrina *kantiana* (ou *kantesca*, como algumas vezes denominou). Em *Menores e Loucos*, por exemplo, ao afirmar que “a pequena dose de verdade, que ha nas pretenções dos pathologos do crime, não chega, para desmanchar a impressão do que ellas têm de exagerado e erroneo” ele qualifica as ideias

⁶⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 18.

⁶⁸¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 54.

de Kant sobre a imputabilidade absoluta como característica inteligível da liberdade, a partir de SCHOPENHAUER, de “desazado pedantismo moral”⁶⁸². Das leituras kantianas de Tobias, em sua biblioteca destacam-se dois livros⁶⁸³, acredita-se tenham sido os mais lidos, de onde extraiu as citações de *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*: elogiando HUME, a quem atribuiu mérito na crítica de KANT sobre a posição em relação à metafísica, cita na sequência o prólogo da “*Crítica da razão pura*” para dizer que a moda da época era desprezá-la⁶⁸⁴.

Apenas a posterior inserção de elementos que tornaram incompatíveis a manutenção deste modelo é que os discursos absolutos perderam a sua legitimidade, sobretudo com a expectativa normativa voltada à proteção de bens jurídicos (e ao próprio conceito de bem jurídico), sobretudo porque as teorias absolutas estariam “assentadas em uma interpretação normativista (jurídica) da natureza na qual a sanção representaria a restauração, o remédio ou a reafirmação da ordem natural violada; a contraposição ou a purificação por meio do castigo; ou a negação do certo pelo errado”, levando a conclusão, por fim, de que além da inexistência de demonstrações da capacidade neutralizante do delito pela pena “a pergunta que deve ser enfrentada é a da validade ou da plausibilidade de uma fundamentação de pena estruturada em um princípio de vingança que se instrumentaliza em um cálculo sempre impreciso que é o da justa retribuição pelo dano causado”⁶⁸⁵.

Algumas explicações para a sobrevivência histórica da função retributiva da pena merecem destaque, assim como são dignas de críticas: i) a base **antropológica** da psicologia popular da retaliação talional do olho por olho, dente por dente é um “mecanismo comum dos seres *zoológicos* e, por isso, atitude generalizada do homem, esse *zoon politikon*”; ii) de origem mais **social** que biológica, a imagem retributivo-vingativa da justiça divina apresentada pela tradição religiosa judaico-cristã ocidental que influencia cultural e poderosamente aquela psicologia popular; iii) a **filosofia** idealista ocidental considera a justiça retributiva a única digna do ser humano; e iv) a consagração da retribuição como um *princípio* consagrado na **lei penal**,

⁶⁸² BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 12.

⁶⁸³ As duas obras de Kant ainda existentes na Biblioteca de Tobias Barreto na Faculdade de Direito de Recife são: KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Leipzig, P. Reclam Jurn/1878/110 K16k; e KANT, Immanuel. **Kritik der praktischen Vernunft**. Leipzig, P. Reclam Jurn/1878/110 K16k. Ver também: PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 111.

⁶⁸⁴ BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 126-127.

⁶⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 59.

quando determinado pelo legislador⁶⁸⁶ (no caso brasileiro, no art. 59 do CP) e aplicado pela jurisprudência que enxerga no sintagma necessário e suficiente para reprovação do crime também a retribuição na imposição de um mal⁶⁸⁷. A crítica, assim, pode ser sintetizada na constatação de ausência de cientificidade da retribuição do crime pressupor a *liberdade de vontade* do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade, sendo um dado indemonstrável. Esse “mito da liberdade” desloca, por meio de “uma mudança de sinal dotada de óbvio significado político”, a função atribuída à culpabilidade – passa de *fundamento* para a de *limitação* da pena⁶⁸⁸.

Por fim, a incapacidade do Estado, como instituição humana, de realizar a ideia metafísica de justiça impõe outro limite ao *poder punitivo*: qualquer argumento compensatório de supressão de um mal por outro mal esbarra no seu dever de proteção, já que recebeu do povo (e não de Deus) a tarefa de ampará-lo e não de sacrificá-lo. Além disso, sem a aceitação interior do destinatário da pena, a **teoria da expiação** não consegue justificar a *compensação da culpabilidade* (sobretudo usando o conceito de *expiação* como sinônimo de *retribuição*) porque seriam raros os casos de experiências expiatórias individuais de assimilação moral da conduta delituosa, seguido da purificação de um ritual reflexivo de autocobrança – o que corresponderia a um “ato moral autônomo da personalidade” no qual a aceitação interior da pena é impassível de ser imposta pela força e que “pode ser motivado muitíssimo melhor por uma pena que não retribua, mas que ajude”⁶⁸⁹. Assim, confirmando o fingimento das teorias absolutas em olhar para trás e contemplar o passado, e demonstrando que elas também miram propósitos futuros, uma questão intrigante encerra a exposição: “não parece estranho abrigar sob o mesmo guarda-chuva analítico a retribuição expiatória e purificadora grega e a retribuição como imperativo categórico moral prussiano, só porque *aparentemente* ambas as inflições do sofrimento não teriam a pretensão de produzir qualquer efeito futuro?”⁶⁹⁰.

3.5 As teorias relativas: inclinar o homem à universalidade da tábua axiológica e convencê-lo a consentir na troca do prazer pela dor

⁶⁸⁶ No caso particular brasileiro, o legislador “resolveu essa questão milenar consolidando a pior concepção, a combinatória, no dispositivo que manda o juiz aplicar quantidade de pena suficiente ‘para reprovação e prevenção do crime’”. In: BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 261-262.

⁶⁸⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, p. 463.

⁶⁸⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**, p. 464.

⁶⁸⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 81-82.

⁶⁹⁰ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 257-258.

Historicamente, existem dois grandes grupos de modelos justificacionistas (legitimantes) da pena pautados em funções manifestas: i) as teorias de prevenção geral, fundadas em um valor positivo da criminalização voltado aos que **não delinquiram** e que se subdividem-se em *positivas* (reforço) e *negativa* (dissuasão); e ii) as teorias de prevenção especial, que destinam os efeitos positivos da criminalização **aos que delinquiram**, subdivididas em *positivas* (cuja base são as ideologias “*re*” incidentes sobre a pessoa) e *negativas* (neutralizantes) – cada grupo merecendo a submissão à crítica segundo duas perspectivas, quais sejam a partir (i) do conteúdo dos dados sociais a respeito da função concedida (ciências sociais) e (ii) das consequências de sua legitimação para o estado de direito (política), onde em cada grande grupo teórico se faz necessário deter-se na *função manifesta* atribuída à pena, dela deduzindo suas consequências quanto à *forma em que concebem a defesa social* por eles postulada, à *essência do delito* como contradição com tais valores e, finalmente, à *medida da pena* para cada caso⁶⁹¹.

Os discursos de maior amplitude e influência dentre todos aqueles operados na penologia contemporânea são, indubitavelmente, os que se apoiam no seu caráter preventivo. E, dentre os dois grandes modelos legitimantes construídos a partir das funções preventivas declaradas da pena, a ideia de finalidade social opositora às ideias meramente retributivistas é a tônica desses modelos – daí a terminologia pela qual são conhecidas: teorias **relativas** da pena. Enquanto o valor histórico dos sistemas retributivos é revelado no refinamento teórico e dogmático promovido no percurso da penologia, desde a forma tradicional, o esforço racionalizante que domina as teorias relativas está na atribuição de valor positivo à punição, embora essa atuação se dê sobre pessoas não criminalizadas (corpo social) e a aspiração de efeitos positivos (o sonho prevencionista) incidentes sobre os criminalizados selecionados e submetidos às punições formais e informais das agências punitivas.

A necessidade de resposta aos efeitos práticos que decorrem da pena, como uma cobrança silente (mas exigente) de quem anseia desesperadamente por algo que lhes dê credibilidade, produz a elaboração e difusão de lendas urbanas preventivas que não conseguem alcançar e dar conta da dura realidade das suas próprias ineficiências. Essa busca por credibilidade que a justifique encontra como saída às reivindicações sobre os efeitos práticos decorrentes da pena mentiras anestésicas, ou “dribles discursivos” como fuga de uma explicação objetiva e aberta consistente naquilo para o que realmente serve e que “deveria

⁶⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**, p.115.

aflorar antes de qualquer outra, provinda da própria essência e significado da pena” que é “impor sofrimento, compelir à dor, suprimir ou mutilar bens jurídicos do réu”⁶⁹².

Com o ideário de evitar a reincidência, as divergências da forma de atingir esse objetivo levam os seus teóricos a procurarem na neutralização, na intimidação, na correção, no temor, na reforma moral e no imaginário de reinserção/ressocialização a rota para o destino da terra prometida por meio da adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica coletiva em um cenário consensual. Operando em tom lírico e optando sempre por minimizar suas inconsistências por meio de promessas sedutoras e que flertam com o autoritarismo no oferecimento das suas respostas, quando “espremidos os discursos, restam duas grandes estratégias a eles subjacentes: ou bem a pena, como violência, inclina os homens à obediência (seja por que intimida o indivíduo a não reincidir, seja porque encoraja os demais cidadãos a não cometer um delito, sob pena de receber a mesma reprimenda), ou bem, como exteriorização inevitável da decisão judicial condenatória, reaviva a vitalidade do bem jurídico protegido pela norma penal (seja perante o delinquente, seja difusamente no corpo social)”⁶⁹³.

Assim, (i) a universalidade dos valores e (ii) a racionalidade dos sujeitos que integram a comunidade – além do (iii) sopesamento entre o *prazer da lesão* e o *desprazer da pena* – se tornam, portanto, condições sem as quais a pena, para esses teóricos, adquire coerência, viabilidade e sustentabilidade. Claro que essas premissas são insustentáveis não resistem às primeiras críticas da criminologia, seja pelas particulares instituições dos grupos que atribuem valores distintos (subculturas) às formas de perceber e de estar *o* e *no* mundo (cosmovisões); seja pelo princípio da autonomia que faculta diferentes códigos axiológicos; ou ainda por serem aplicadas em sociedades pautadas na pluralidade, diversidade, heterogeneidade e multiplicidade de formas de enxergar a vida e, pautado nesses valores, nela se posicionar.

Moralidade e racionalidade tentam equalizar os níveis valorativos heterônimos, além de buscar padronizar e pautar um homem inexistente segundo as expectativas das teorias relativas, cujos traços são inatingíveis: a mediatrix axiológica que unifica a ética e a estética comportamentais projeta um “sujeito que sempre se pergunta como agir (logo, é um sujeito

⁶⁹² Destacando essa natureza maléfica da pena”, Nilo Batista relembra a “*tradição irrefutável no pensamento político e jurídico ocidental*: de Pufendorf (‘a pena é um mal que é sofrido em retaliação a um outro que foi feito’) a Feurbach (‘o mal cominado por uma lei do Estado’) a Grócio (‘pena [...] é um mal sofrido e infligido por causa de um mal feito’) a Bauer (‘pena [...] é um mal cominado em lei pelo Estado’). In: BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 258.

⁶⁹³ TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 51-52.

moral) e sempre busca a inspiração desse agir no ordenamento jurídico, composto de valores universais, a que ele conhece pelo mero viver em sociedade (logo, é racional)”⁶⁹⁴.

3.5.1 Prevenção especial: a intervenção na identidade do condenado e o falso humanismo da psicologia dos melhoradores da humanidade

O domínio da função de prevenção especial na segunda fase da modernidade penal⁶⁹⁵ é marcado pela dedicação em eliminar a *dimensão pulsional* da configuração do sujeito – já que, sendo ou não sendo possível educa-lo, o controle incidiria naquilo e sobre aquilo que nele havia inscrito resistente à pedagogia da disciplina. A evitação da reincidência opera na lógica da eliminação ou, no limite, da neutralização do apenado e, por não serem excludentes, acabam concorrendo mutuamente na projeção preventiva.

A crítica criminológica demonstra, com muitos méritos e sem muito esforço, que promoção da incapacitação seletiva de indivíduos eleitos como perigosos é contraditória, pois enquanto a privação da liberdade (i) produz maior reincidência e, conseqüentemente, maior criminalidade – seja pela nocividade prisional em seus efeitos reais, seja pela seletividade provocada com a *prognose negativa* da condenação anterior, (ii) exerce influência negativa na vida do apenado por meio da *desclassificação social* objetiva, reduzindo suas chances futuras de comportamento legal e formando subjetivamente uma *auto-imagem* criminosa que o habitua à punição, (iii) a execução da pena corresponde à máxima desintegração social do apenado, privando-o não apenas da liberdade, mas da colocação no mercado formal de trabalho, a dissolução dos laços familiares e afetivos, além da estigmatização social, (iv) a produção de deformações psíquicas e emocionais pela subcultura prisional por meio da exclusão de reintegração social e da realização da chamada *self fulfilling prophecy*, dada a inevitabilidade da carreira criminosa, (v) desencadeamento de estereótipos justificadores de criminalização por meio de prognoses negativas lastreadas em indicadores sociais desfavoráveis (miséria, desemprego, precariedade na habitação, saúde e educação) que justificam o cárcere e, por fim, (vi) a estreita e proporcional relação entre o período de encarceramento e o grau de periculosidade criminal do apenado – já que “quanto maior a experiência do preso com a

⁶⁹⁴ TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 53.

⁶⁹⁵ Período que se estende até o final dos anos 1970, sendo predominante em mais da metade do século XX.

subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labelling approach*”⁶⁹⁶.

O imaginário do julgador como **ator habilitador** integrante da instituição ativa na distribuição social da criminalização, assim, projeta no **criminalizado** a sua forma de ver o mundo e pretende, em menor ou maior grau de consciência, recompor o *déficit* identificado no sujeito por meio com a finalidade terapêutica consistente na razão correccional. Ou seja: o que define a valoração das circunstâncias judiciais, sobretudo de natureza subjetiva, no *momento decisivo do processo de criminalização* são “mecanismos psíquicos de natureza emocional atuantes no cérebro do operador do Direito, constituídos de estereótipos, preconceitos, traumas e outras idiossincrasias pessoais do intérprete (...) capazes de esclarecer a concentração da repressão penal em fatores sociais marginalizados ou subalternos”⁶⁹⁷.

Nesse sentido, o apenado mau-afamado comunitariamente por não atender as pré-determinações e os paradigmas ali preponderantes alinhados com os do juiz, filiando-se a outra subcultura com a qual se indentifica, acaba tendo analisada negativamente a sua **conduta social** pelas suas opções pessoais de modo de vida, assim como vê exasperada sua pena-base em função dos limites imprecisos/difusos que sintetizam qualitativamente o padrão da mente julgadora sobre os atributos morais individuais, predicados da sua índole e intensidade da sensibilidade ético-social, atravessando a análise da sua **personalidade** a partir de complexas definições fornecidas pela psicologia, psiquiatria e antropologia das quais não dispõe o magistrado de elementos interpretativos para sua identificação e parametrização.

Ao longo dos séculos XIX e XX, a particular relevância da prevenção especial é creditada ao esforço das Escolas Sociológicas Positivas italiana e alemã, passando a povoar o fictício arquétipo popular e rompendo com o formato da Escola Clássica – quando, nesse momento, “o projeto iluminista e puramente humanitário do punir menos converte-se naquele disciplinar e tecnológico do punir melhor”⁶⁹⁸. Essa noção de criminalização como problema individual (e individualizado) e de punição como tratamento curativo foi dura e acertadamente objeto de crítica criminológica quando se demonstrou o retumbante fracasso do projeto técnico-corretivo da prisão quando introduz o apenado no duplo processo pessoal transformador que, irreversivelmente, o insere na tecnologia da “*desculturação* pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social e de *aculturação* pelo aprendizado dos valores e normas de

⁶⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 24-26.

⁶⁹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 27-28.

⁶⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**, p. 213.

sobrevivência na prisão” – e, ao retornar para o convívio social cujas condições adversas foram determinantes na criminalização anterior após ter aprendido a *viver na prisão*, concretiza a previsão de auto-realização (teoria da construção da personalidade no processo de interação social) e realiza a antevisão da auto-profecia: como “a prisão *prisionaliza* o preso”, a (re)adaptação após a (re)orientação pelos valores necessários de sobrevivência intramuros enfrenta agora o olhar arrogante materializado na expectativa de que rótulo se cumpra, encerrando o ciclo da carreira criminosa – confirmando o fracasso consagrado da prisão em suas funções manifestas, cuja raiz está no esforço funcional de **correção** expresso nas ideologias “RE”, ao lado do incontestável êxito histórico vislumbrado em suas funções latentes de controle seletivo fundado em negativos indicadores sociais que garantem a desigualdade das relações sociais⁶⁹⁹.

3.5.1.1 Prevenção especial positiva: a cilada altruísta e humanitária da finalidade terapêutica

Pautada nas principais reformas penais nos países ocidentais vistas a partir do processo de transnacionalização realizado pelos partidários da nova política penológica dos anos 1960, a ideia de **ressocialização** é inspirada no programa político-criminal do movimento da Nova Defesa Social – perspectiva essa previsível na reforma proposta com o advento da Lei de Execução Penal brasileira de 1984, já que seus redatores eram dela adeptos⁷⁰⁰. Com a promulgação da Constituição Federal quatro anos depois da LEP, aquele projeto sancionatório que trata o delito como um déficit e que diz fazer o bem com o mal não é por ela recepcionado, sobretudo quando são explícitos princípios que negam a configuração da reforma.

Pode-se dizer por ausência de recepção a falta de um princípio, garantia ou de alguma regra a ser realizada por lei infraconstitucional que, mesmo minimamente, legitime a pena na direção de **corrigir** o condenado ou por meio de algum fim terapêutico. O **fazer sofrer** inexorável à sanção penal fora concebida como medicina da maldade por Platão e “ao lado de uma *poena vindicativa*, que reagia, independentemente de qualquer propósito ou de qualquer sentido, à infração da lei ou à perversão da fé, emparelhava-se uma *poena medicinalis*, atenta ao ‘melhoramento interior’ e que teria sua duração prolongada, subsistindo até a emenda do

⁶⁹⁹ Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 28-29, a partir de BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 191-196, e FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 244-248.

⁷⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

culpado”⁷⁰¹. Ao tratar do método utilizado pelo código criminal de 1830 sobre o modelo penológico, Tobias Barreto afirmou que “quanto aos alvos especiaes da prevenção, do terror, da segurança, da emenda... é concebível que o código os admittisse como razões cooperativas, não assim porém como unicas ou precípua” e que “a emenda, sobretudo, é difficil que entrasse nos calculos de um legislador, que no seu aparelho penal deixou subsistir a *força* e a *calceta*” – no que arremata: “não se corrige o homem *matando-o*; ainda menos, *aviltando-o*. No primeiro caso há uma antinomia natural; no segundo, uma antinomia moral”⁷⁰².

Além de desrespeitar a autonomia do apenado, os programas ressocializadores vão de encontro à voluntariedade de reivindicação/aceitação/disposição da auto-ajuda, uma vez que estão ligados à compensação dos danos colaterais e fundados “na premissa de que a pena criminal preserva todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade” – logo, como o apenado não é consultado ao tratamento penitenciário, mas a ele é compelido e compulsoriamente submetido, não possui o Estado a prerrogativa de melhorá-lo a partir de critérios morais próprios⁷⁰³. Aliás, sob os olhares e o julgamento dos critérios de coerência, ao primeiro caso de reincidência na história da humanidade, deveriam os corifeus da prevenção especial positiva se negarem a permanecer nessa ordem de mentiras.

Ademais, a discrepância existente entre a **pena ficta** (abstratamente cominada) e a **pena real** (concretamente executada) – “sobretudo na realidade brasileira, onde o sistema carcerário é mantido na base do terror e nutrido com torturas diárias”⁷⁰⁴ – confirma o fracasso do projeto técnico-corretivo de prevenção especial positiva e a crise instalada a partir da contradição entre o discurso do devido processo legal “regido pela dogmática como *critério de racionalidade*” e que “vê o crime como realidade ontológica preconstituída que o sistema de justiça criminal identifica e processa” e a realidade do exercício seletivo do *potestas puniendi*, quando, “encoberta pelo discurso do processo legal devido, permite (a) compreender o crime como realidade social construída pelo sistema de controle social, (b) definir criminalização como um *bem social negativo* distribuído desigualmente pela posição social do autor e (c) identificar o

⁷⁰¹ BATISTA, Nilo. **A lei como pai**, p. 22 a partir de NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**, trad. P.C. Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 55; PLATÃO. **Górgias**, trad. M.O. Pulquério, Lisboa, 1997, ed. 70, p. 109; e SCHIAPPOLI, Domenico. **Diritto Penale Canonico**, em Enciclopedia Pessina. Milão: Ed. Libreria, v. I, 1905, p. 776 e ss. Também BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p. 163 e ss.

⁷⁰² BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 25.

⁷⁰³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 8.

⁷⁰⁴ MELO, Rafael Fonseca de. **Toda vingança é contra o tempo**, p. 98.

sistema de justiça criminal como instituição *ativa* na transformação do cidadão em criminoso”⁷⁰⁵.

Descrever a pena como um bem e anunciar as propostas de ressocialização, reinserção, reeducação, reintegração ou quaisquer outros “res” perseguidos por essa ideologia tem como sórdida finalidade esconder por detrás do suplício a angelical e sedutora ideia de tratamento/cura pela terapia pseudo-médica de melhoramento, aprimoramento ou evolução do humano. O critério de definição de (a)normalidade está diretamente relacionado às convenções sociais afrontadas pelo desvio, levando à conclusão que não aceitá-las implica ao mesmo tempo em se tornar merecedor de “cuidados paliativos” ou “tratamentos de choque” por meio do tempo de privação de liberdade por força da patologização do crime. Nenhum sentido resta a essa finalidade após a *desontologização* do crime e do criminoso, justamente pela ruptura por meio da compreensão do funcionamento dos processos promovidos pelas instâncias formais de controle que exercem concretamente a violência punitiva.

O limite ao máximo ou ao indefinido também está no espírito da finalidade de prevenção especial positiva, considerando que, enquanto tratamento custodial, não cessariam até que seja alcançada a cura. Apenas a dolorosa experiência secular do cárcere como pena seria suficiente para esvaziar qualquer argumento favorável à pretensão de prometer “reintegrar socialmente” por meio de adaptações quando o indivíduo nunca sequer foi “integrado socialmente” – portanto, não podendo voltar melhor para onde nunca esteve. Mas é pior: essa promessa começa retirando o sujeito dessa ambiência à qual quer fazer voltar *a posteriori*, afirmando que dela será privado para, fora dela, se submeter a um processo aculturação e para a ela voltar e se conformar plenamente – o que é ilógico e paradoxal, para dizer o mínimo. Jurar preparar alguém para a liberdade privando-lhe exatamente dela é irônico e, como disse Tobias Barreto, “como se fosse possível aprender a nadar sem metter-se dentro d’água, ou aprender equitação sem montar a cavalo”⁷⁰⁶.

Além da perspectiva de **tratamento**, a imposição de adesão está na ideia de um **programa máximo** ainda mais perigoso e que pretende a emenda moral do apenado por meio da incorporação de valores e paradigmas desejáveis a uma parcela da sociedade. Como uma espécie de cura espiritual, o apenado é convencido da sua inferioridade ética e precisa, por meio do processo restaurativo, assimilar os preceitos morais que não possuía ao tempo da conduta

⁷⁰⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 9, a partir de ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 49-53.

⁷⁰⁶ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**, p. 299-300.

criminalizada, para que não volte a delinquir. A escola **correcionalista**⁷⁰⁷ que referendou teoricamente esse programa se autoapresenta como *piedosa, humanitária* e disposta a *ajudar* o apenado integrante do corpo social, mas em desarmonia com ele⁷⁰⁸, pregando que a pena é uma expiação que emenda, mas que também educa⁷⁰⁹ e que ela, a pena, é um instrumento de reabsorção e readaptação dos inimigos internos, de eliminação ou expulsão em face da desconfiança na adaptação e, inacreditavelmente, para ganhar almas para o céu terreno – o que correspondia à *ordem social*⁷¹⁰.

Por fim, após a exposição das perspectivas de tratamento e do programa máximo, a orientação da pena cuja finalidade é a prevenção especial positiva enquanto **programa mínimo** se aproxima da limitação à intervenção na esfera da intimidade do indivíduo e consiste em um freio de contenção ao potencial dessocializador da pena/cárcere⁷¹¹ – que, embora possua supostamente um ideal nobre pavimentado na ausência de prejuízo aparente, permanece fundamentando a pena juridicamente, prometendo fazer o bem com o mal e insistindo em impor verticalmente formas pessoais, políticas ou culturais de enxergar o mundo, deixando de ouvir o apenado sobre o seu interesse à ela se submeter, já que à sua aplicação sequer pode consentir. Trata-se de uma ficção e, portanto, questionável pelo desprezo à autonomia individual que é signo da dignidade da pessoa humana – já que é inimaginável se falar em voluntariedade diante do controle e dominação absolutos⁷¹².

A busca pelo consenso em uma sociedade conflituosa coloca o Estado em contradição quando executa penas e o faz tendo por fim a prevenção especial positiva: sendo-lhe exigido o estímulo e a preservação do pluralismo em todas as suas manifestações e orientações, opera-se um descompasso onde a adesão é automática na medida em que se pune severamente algo que viole o que se acredita e a rejeição é imediata no momento em que se perdoa impunemente tudo o que se harmoniza com o que se vê no espelho – como um narciso que desaprova a feiúra do que não tem suas características.

⁷⁰⁷ Prediletas dos sistemas totalitários, as doutrinas correcionalistas tiveram como principais expoentes o espanhol Pedro García Dorado Montero (introdutor do positivismo na Espanha), o alemão Karl David August Röder (fervoroso defensor da teoria do aumento penal e um igualmente vigoroso oponente da teoria da retribuição) e a espanhola Concepción Arenal (que, embora denunciante árdua da situação carcerária espanhola no século XIX e visse a pena como ato de força, defendia a presença da religião cristã nos estabelecimentos com fins sociais). Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**, p. 87.

⁷⁰⁸ RÖDER, Karl David August. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**, p. 235-236.

⁷⁰⁹ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**, p. 200.

⁷¹⁰ MONTERO, Pedro García Dorado. **El derecho protector de los criminales**, p. 164.

⁷¹¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**, p. 88.

⁷¹² VANZOLINI, Patrícia. **Teoria da pena**, p. 59.

3.5.1.2 Prevenção especial negativa: o ardil intimidatório na agonia da inocuização e a seleção artificial do indivíduo inapto e perigoso

A compreensão dos fins dissuasórios da pena de que a racionalidade depositada na punição reside na ameaça como meio ao desestímulo da prática de condutas delitivas está estruturada nos fundamentos contratualistas já citados e viabiliza a coação psicológica e utilitária exercida pela pena. A finalidade de prevenção especial negativa incide diretamente no corpo do apenado com o objetivo declarado de neutralizá-lo para, uma vez anulado, se impedirem as práticas delituosas extramuros, artificialmente garantindo a redução da criminalização.

As críticas a essa teorização são inúmeras e, em certa medida, óbvias. Frágil e não comprovada empiricamente, a associação entre o sofrimento extremo e a evitação da reincidência ignora que não é possível dotar de racionalidade todas as decisões tomadas e orientadas à maximização do prazer e da felicidade a partir do juízo analítico de vantagens e desvantagens das condutas. De igual forma, ao se admitir a legitimidade da mera neutralização e intimidação por intermédio da pena para prevenir novos crimes, “não haveria limite para o sofrimento a ser imposto, assim como permaneceria sem resposta (i) a medida de sofrimento necessária para desestimular cada indivíduo, (ii) a quantidade de sofrimento devida a cada crime e (iii) o limite temporal da pena”⁷¹³. Embora inscritas sob a rubrica de *preventivas*, as penas que assim o prometem ao serem aplicadas no corpo do apenado acabam por praticar um exercício de futurologia: incapazes de voltar no tempo e evitar o crime pretérito que as ensejaram, acabam por olhar para frente com um olhar pessimista e arrogante de que novos delitos não serão praticados por méritos da sua intervenção.

A finalidade preventivo-especial em sua versão negativa, ao afastar o apenado do seio social para que não o coloque novamente em risco ou lesione novos bens jurídicos, assume as vestes de defesa social e se torna em violenta ferramenta de inocuização. A adaptação da lógica genérica de prevenção geral – que será tratada adiante – para a de prevenção especial negativa aqui discutida se dá por meio da intimidação individual por meio da evitação de novos delitos direcionando ao apenado a incapacitação temporária (privação de liberdade), permanente

⁷¹³ MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena**, p. 155.

(eterna), irreversível (castração) e definitiva (capital), inviabilizadas respectivamente pelas vedações constitucionais⁷¹⁴ de penas de banimento, perpétuas, cruéis e de morte.

Aqui um novo e curioso encontro: segundo esse mesmo dispositivo, a interdição da pena de morte é flexibilizada – admitida⁷¹⁵, portanto – em caso de **guerra declarada**. Talvez fosse hora de abolir, inclusive, essa excepcionalização constitucional letal já que, muito embora seja autorizada apenas para os crimes militares em casos de agressão estrangeira⁷¹⁶, acaba sendo uma permanência do século XIX vivido por Tobias Barreto, momento em que se deu a última execução brasileira autorizada por crime comum, realizada em 1876⁷¹⁷. Entre 1969 e 1978, acabou ressuscitada pelo Ato Institucional nº 14 como forma de punição por crimes políticos que resultassem em morte – intervalo suficiente para que um militante do Partido Comunista Revolucionário Brasileiro tenha sido condenado à pena de morte após acusação de ter disparado contra um sargento da Força Aérea, matando-o, e um policial federal, ferindo-o⁷¹⁸.

Vê-se que o constituinte de 1988, buscando o fundamento jurídico da pena (de morte), certamente a autorizou por encontrar o fundamento jurídico da guerra.

3.5.2 Prevenção geral: a difusão do medo e a atuação psíquica do fantasma da pena

O objetivo declarado da função de prevenção geral atribuída à pena está na evitação de novos futuros crimes a partir da utilização de “uma forma negativa antiga e uma forma positiva

⁷¹⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

⁷¹⁵ Limitada aos crimes militares como traição, homicídio, crimes contra a humanidade e de guerra, genocídio e terrorismo durante a guerra, cuja única permissividade legal é a morte por pelotão de fuzilamento (art. 56 do Código Penal Militar), só pode ser aplicada em casos extremos, podendo o presidente conceder anistia ou indulto ao militar condenado.

⁷¹⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

⁷¹⁷ Em 28 de abril de 1876 foi realizada a última execução no Brasil do escravo Francisco, em Pilar, Alagoas, enquanto que a última execução de um homem livre foi, segundo os registros oficiais, de José Pereira de Sousa em Santa Luzia (atualmente Luziânia, em Goiás). A partir de 1876 até o fim do período imperial, apesar de condenados à pena capital, D. Pedro II operou a comutação de todas as sentenças de morte indistintamente para escravos e homens livres. Para crimes comuns, a abolição se deu apenas com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889.

⁷¹⁸ Teodomiro Romeiro dos Santos é reconhecido como a única pessoa condenada à morte durante a história republicana brasileira, mas sua pena não chegou a ser executada, mas comutada para prisão perpétua em 1971. À míngua de registros oficiais e dada todas as dificuldades de assentamento das mortes e suas causas e modos, não se tem a quantidade de execuções ocorridas no período, estimando-se que o regime militar tenha sido responsável pelo homicídio extrajudicial de, pelo menos, trezentos dissidentes políticos.

pós-moderna”⁷¹⁹. A redução dos delitos, para essa proposta, seria consequência natural da função preventiva, mesmo confundindo-se diminuição real com sensação de declínio, o que comprovaria a sua efetividade e instrumentalidade.

A consolidação da concepção combinatória realizada pelo art. 59 do Código Penal brasileiro – dispositivo impregnado de elementos normativos característicos dos tipos abertos como espaços ambíguos e lacunosos, cuja possibilidade de resolução é delegada à doutrina e à jurisprudência – quando determina que o juiz estabeleça a pena, seu *quantum* e o regime inicial do seu cumprimento conforme seja necessário e suficiente para reprovação e **prevenção** do crime, parece ignorar (talvez por ausência de uma crítica doutrinária menos conformada com o esqueminha idealista das funções legitimantes) que esse magistrado não poderá prevenir o crime ocorrido que se pune e, em respeito à anterioridade da lei penal, praticado há meses ou anos. Logo, a interpretação desse dispositivo só pode fazer sentido se direcionada ao corpo social não submetido à pena, portanto, por meio da exemplaridade prometida pela **prevenção geral**. Embora flagrante e demonstrada a inconstitucionalidade desse artigo, considerando a impossibilidade de utilização pelo legislador de palavras inúteis ou de proposições de tarefas inexecutáveis, não se veem reclamos nesse sentido, sequer dos neokantistas, que com ele parecem conseguir conviver sem maiores problemas⁷²⁰.

Direcionar a exemplarização àqueles que não cometeram qualquer ilícito teve início com a dissuasão (viés *negativo*) e passou, apenas posteriormente, a incorporar promessas estabilizadoras e consensuais (viés *positivo*). Construído na ambiência iluminista, as bases contratualistas da prevenção geral negativa são lançadas na ruptura com o retributivismo e fundadas na finalidade dissuasória da pena, onde cada cidadão anui em conceder parcela da sua liberdade em prol do soberano – que passa a ser o responsável, como novo garantidor da ordem social. Como se a pena não bastasse a quem a sofre, essas teorias se voltam ao porvir e à busca da finalidade que seja socialmente útil, mas também tem o ideal de que o *fundamento real* repousa no passado (culpabilidade), mas o *fundamento final* se encontra no futuro⁷²¹.

Nesse sentido, como discurso liberal engendrado pelo iluminismo, a discussão penológica deixa o campo filosófico e se volta integralmente para a prática. Ao romper com o retributivismo e inserir alguns elementos garantidores do cidadão em face ao poder punitivo, Cesare Bonesana, o “Marquês de Beccaria”, difunde em sua obra clássica⁷²² a dissuasão com

⁷¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 9.

⁷²⁰ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 262.

⁷²¹ LESCH, Heiko. **La función de la pena**, p. 21.

⁷²² BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Livorno: Ed. de Harlem, 1766.

base na teoria contratualista. Estava no bem promovido ao corpo social a legitimação da intimidação e do exercício do poder punitivo operado no lombo de alguns poucos escolhidos para exemplarização, desde que parametrizada em respeito à proporcionalidade, a necessidade e a culpabilidade⁷²³. É dizer: no projeto político-criminal da primeira modernidade penal não se dirige a punição ao indivíduo praticante do delito, inexistindo, pois, nessas teorias justificadora da pena “qualquer fim educativo ou moral” e a “ideia estritamente jurídica de sanção exclui a prevenção particular, negando qualquer conteúdo pedagógico ou perspectiva de melhoramento moral do autor do ilícito”⁷²⁴.

Aqui, e desde já, faz-se necessário separar duas questões distintas existentes nas etapas de **cominação** e de **aplicação** da pena onde, na primeira se persegue a necessidade intimidatória em relação aos eventos que se desejam evitar a partir da perspectiva do legislador e, na segunda se materializam pelo juiz tais exigências cominadoras ante o fato ocorrido – dando cumprimento à ameaça – cuja consequência é a necessária distinção basilar sobre imparcialidade que “uma coisa é que a decisão judicial tenha efeitos preventivos gerais e outra muito distinta é que o juiz deva persegui-los como objetivo específico e considera-lo como uma questão de seu conteúdo”⁷²⁵. Em ambos os casos, a pretensão de intimidação psicológica possui ingredientes subliminares autoritários quando atribui legitimidade ao poder punitivo estatal na gestão da liberdade sem que exerça interferências morais ou culturais sobre o indivíduo, rejeitando assim o correcionalismo e a vulgarização da moral que estaria separada, e não unida ao direito.

3.5.2.1 Prevenção geral positiva: a ilusão da legitimidade convertida em necessidade

Além de aumentar o raio de alcance do direito penal e o espaço de atuação arbitrária do poder punitivo, o incremento da intensidade punitiva promovido pela teoria relativa em sua finalidade de prevenção geral positiva revela a demagogia no seu estado de maior cinismo: a busca consensual pela estabilização social, atravessada pela seletividade, se torna responsável por uma guerra de todos contra todos ou, no mínimo, da maioria contra a minoria oprimida – já que a pena se torna um símbolo do poder utilizada na produção e reprodução da violência e as

⁷²³ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, p. 46-47.

⁷²⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 64-65.

⁷²⁵ ARAN, Mercedes Garcia. **La prevención general en la determinación de la pena**, p. 513.

distorções sociais são ignoradas em função do crescimento da pressão popular por mais penas e mais cárcere.

A reafirmação de determinados valores sociais e o reforço do respeito aos bens jurídicos lesionados estão no cerne da prevenção geral positiva. A conservação e o robustecimento da força vigente normativa, portanto, ganha contornos de instensificação na consciência do corpo social, sobretudo, no século XX. Essa difusão tem raízes sociológicas e pode-se atribuir ao sociólogo Émile Durkheim o esforço inicial de difundir na sociedade alguns valores úteis a exercitar a fidelidade ao direito, com o objetivo declarado de promover a integração social. A quebra do vínculo de solidariedade social por meio da ofensa a determinados sentimentos coletivos geraria, para essa teoria, um crédito para a sociedade (agora dotada de personalidade moral situada níveis acima das personalidades individuais) consistente no poder de qualificar, a partir da consciência coletiva dominante, o que seria crime ou não. Tal conjunto de crenças e sentimentos comuns adquiriu *vida própria* e produziu o conhecido silogismo de que “não se deve dizer que um ato ofenda a consciência comum por ser criminoso, mas que é criminoso porque ofende a consciência comum” e que “não o reprovamos por ser um crime, mas é um crime porque o reprovamos”⁷²⁶.

Além das raízes sociológicas do funcionalismo sistêmico que estão em Émile Durkheim e de Niklas Luhmann com a teoria dos sistemas, a visão de outros três autores esclarece com maior profundidade os ideais da prevenção geral positiva, quais sejam Günther Jakobs, Claus Roxin e Winfried Hassemer, cada um ajustando essa teoria à teoria da pena que melhor se adequa à sua visão⁷²⁷.

Há em Günther Jakobs três fases determinantes, desde a influência de Hans Welzel, cuja primeira fase é marcada pela publicação em 1976 do seu livro “*Culpabilidade e prevenção*”, onde a prevenção geral positiva o fundamento da culpabilidade, a segunda já na década de 1990 a partir da obra “*Sociedade, norma e pessoa em uma teoria de um direito penal funcional*” onde intensifica sua filiação ao funcionalismo e a terceira com o seu “*A pena estatal: significado e finalidade*” – todas desaguando no nascimento do direito penal do inimigo. Por sua vez, enquanto Winfried Hassemer a análise das finalidades da pena se dá “dentro do sistema de

⁷²⁶ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**, p. 52.

⁷²⁷ Para uma leitura completa e aprofundada sobre o funcionalismo a partir de uma análise crítica da prevenção geral positiva, ver CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

controle social necessário para a manutenção da vida em sociedade”⁷²⁸, em Claus Roxin, conectando “todo o sistema de direito penal à política criminal e aos fins da pena, que, por isso mesmo, passa a receber uma importância que até então restava em segundo plano frente ao interesse predominante dos penalistas no estudo da teoria do delito”, há a proposta do “resgate valorativo político-criminal no sistema do direito penal como resposta ao positivismo herdado de Franz von Lizst que banira deste ramo do direito as dimensões sociais de políticas e, consequentemente, a própria relação direta com a política criminal” quando atribui como finalidades da prevenção geral positiva: (i) o efeito de aprendizagem/motivação sociopedagógica; (ii) o reforço na confiança jurídica que surge da aplicação da pena; e (iii) o efeito pacificador gerado a partir da tranquilização em virtude da solução (sic) do conflito por meio da pena”⁷²⁹.

Essas perspectivas validam a expansão do direito penal e habilitam o seu avanço autoritário em áreas de intervenção bastante fluidas, facilmente atribuindo o rótulo de inimigo àqueles que não aderem a essas expectativas a partir dos seus critérios éticos próprios e da busca pela estabilização social por meio do consenso, confundindo constantemente direito e moral por força da ausência de demarcação clara entre eles e os demais critérios de valoração – sejam penais ou extrapenais. E como a **legitimidade** do sistema se converte na **necessidade** dele, “esta tendência representa uma grave decadência do pensamento, pois se desembaraça da verdade para substituí-la pelo funcional, através do qual, ainda quando não o confesse ou o negue expressamente, a verdade é uma questão de funcionalidade” e “isso é tao perigoso para limitar garantias do poder estatal repressivo e do exercício do poder arbitrário dos órgãos do sistema penal que se revela como um equivalente central da chamada “doutrina de segurança nacional” periférica, com a qual apresenta apenas as diferenças lógicas derivadas da distinta posição de poder planetário de ambas. Não se pode negar que é uma resposta à deslegitimação do sistema penal e, ainda, que é completamente sincera”⁷³⁰.

3.5.2.2 Prevenção geral negativa: o medo do espantalho da pena como um monstro infecundo que só sabe olhar para trás

⁷²⁸ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, p. 136, a partir de HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**, p. 414.

⁷²⁹ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, p. 139-140, a partir de ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 12, 91-92.

⁷³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En buca de las penas perdidas**, p. 91-92.

O primeiro momento de grande expressão da **intimidação** por meio da pena criminal se dá no direito penal setecentista – radicalismo que, embora sucedesse ao ineditismo da promessa, não representou unanimidade, já que a adesão predominante às sínteses ecléticas que se virão adiante incluíram também a retribuição⁷³¹. Diante da impossibilidade de se apagar fatos pretéritos, vestir no castigo as vestes da justiça levaria ao cumprimento da finalidade de prevenir a prática de novos crimes por meio da dissuasão do destinatário da punição. Quem ergueu a bandeira desse utilitarismo onde conter o mal era mais viável que repará-lo foi BECCARIA, preservando o corpo social de maiores e futuros sofrimentos e imprimindo uma verdadeira e cansativa obsessão.

Protagonista do discurso penal iluminista, o rompimento com o retributivismo vem com a dissuasão da pena e, lastreado no contrato social, o poder punitivo soberano era viabilizado com a cessão parcial das liberdades individuais com a promessa de garantia da ordem social hábil a conter os atos bárbaros – ou seja, a promoção do bem comum ao corpo social vem atrelada ao mal individual consistente na intimidação coletiva dos cidadãos, tudo sob o auspicioso argumento de parametrizar a punição em possível incômodo proporcional. Como essa métrica até hoje nunca foi alcançada dado o seu caráter retórico, a pretendida utilidade social da pena promovida pelo almejado constrangimento em face do arquétipo sofredor se esvai no instante em que a tendência inata para gerar imagens com intensa carga emocional não se concretiza. Se a inibição dos membros espectadores do suplício os fizessem não incidir naquela conduta com base no espetáculo intimidatório punitivo, os delitos não se repetiriam e os tipos penais seriam descartáveis, já que só seriam praticados uma única vez na história da humanidade.

Embora o ideal humanitário do clássico “*Dos delitos e das penas*” tenha trazido alguns parâmetros utilizados até hoje como princípios e inserido a proscrição da pena de morte até então amplamente aceita e aplicada⁷³² – o que notadamente ampliou as garantias individuais frente ao poder punitivo, foi com FEUERBACH que o efeito psicológico de intimidação direcionado abertamente ao corpo social e visando a evitação de novos crimes, cerne da teoria da prevenção geral negativa, ganhou densidade⁷³³. A impossibilidade de interferência moral ou cultural no indivíduo, acompanhada de uma clara rejeição à intromissão correcionalista, ao

⁷³¹ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**, p. 20-21.

⁷³² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**, p. 62.

⁷³³ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**, p. 52 e ss.

tempo em que promove a consequente separação entre direito e moral, também condiciona a legitimidade do monopólio punitivo ao Estado⁷³⁴.

A aproximação das teorias absolutas pelos modelos de FEUERBACH e ROMAGNOSI propostos por meio das teorias de prevenção geral negativa ocorre em duas versões e o distanciamento em uma versão⁷³⁵. Na primeira, tem proximidade pela pretensão de: i) dissuasão com a finalidade de ii) proteção daquelas potenciais vítimas futuras de outros colocados em risco pela possibilidade de imitação da iii) lesão aos direitos da pessoa vitimizada que, por isso, é iv) carente de retribuição na exata medida da injustiça e da culpabilidade pelo ato. Na segunda, se aproxima quando aspira à i) dissuasão para ii) introduzir obediência ao estado iii) lesionado por uma desobediência objetiva iv) apenada na medida adequada à retribuição do injusto.

Já em relação ao distanciamento das teorias absolutas, em uma terceira versão as teorias de prevenção geral negativa sustentam que i) a dissuasão persegue ii) tanto a obediência ao estado quanto a segurança dos bens dos não-vitimizados, sendo iii) o delito um sintoma de dissidência (inferioridade ética) e iv) a medida da pena deve ser a retribuição por essa opção/condução desobediente da vida. Comum às três versões, “a medida da pena é uma moderação da **exemplarização**”.

A principal crítica às teorias de prevenção geral negativa, no plano normativo, está nos problemas éticos existentes na cisão do imperativo categórico *kantiano* para o qual “o homem é um fim em si mesmo, pois a partir da teoria da coação psicológica o homem passa a servir como mero instrumento para atingir os fins do Estado, ou seja, deixa de ser um fim em si mesmo para constituir-se em meio para prevenção do delito” – no que a prevenção geral negativa “realizaria, então, um processo de coisificação do sujeito, que para realizar os fins preventivos no corpo social seria transformado em mero objeto de exemplaridade da pena”⁷³⁶. No plano abstrato e alheio à complexidade nas sociedades do conflito, além de sedutora na adesão e extremamente atraente do ponto de vista da segurança social, a teoria de prevenção geral negativa parece ser irrefutável: em uma relação necessária de causa e efeito, bastaria a simples previsão de penas (de preferência muito duras) para que novos crimes fossem evitados, já que o homem, livre no direcionamento de suas condutas, sofreria a inibição suficiente a sopesar entre o delito ou o não-delito unicamente pelas consequências que a primeira opção lhe traria.

⁷³⁴ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, p. 47.

⁷³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, p. 115-116.

⁷³⁶ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, p. 48.

O rompimento com o caráter retributivista se dá com a mudança paradigmática que deixa de olhar pelo retrovisor para os fatos pretéritos que não pode refazer e passa a enxergar com um preço necessário que é cobrado e mau pago, sustentado na justificativa de impedir danos maiores, o discurso de prevenção geral negativa adquire legitimidade por meio da ideologia do direito penal máximo e da aceitação corrente e generalizada do senso comum que o informa e nele acredita – muito embora sua performance histórica e seu fracasso retumbante, sob essa e todas as perspectivas legitimantes, demonstrem sua falência.

3.6 As teorias unificadas/mistas e a perversidade ecumênica da clivagem predominante na realidade penal ocidental: o milagre de castigar, intimidar e regenerar

Dentre todas as modernas teorias da pena, as mais perigosas formulações podem ser consideradas as opções **ecléticas**, como fruto adaptado das mutações genéticas da clivagem⁷³⁷ que as produziram, representando combinações das teorias isoladas e cujo objetivo está na superação das “deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal”⁷³⁸ – reunindo em pluralidade todas as promessas singulares da primeira e segunda modernidades penais. Apenas a revitalização e a ressignificação dessas narrativas, mesmo que a partir de hipóteses distintas e quase sempre incompatíveis, seria possível enfrentar as incongruências denunciadas pelas pesquisas acadêmicas que se utilizaram, principalmente, do arsenal das diversas tendências abolicionistas⁷³⁹.

Esse processo de readequação e readaptação surge com a necessidade teórica de conformar novas justificativas como fuga do paradigma correccionalista que, em bancarrotas, precisara se refazer abandonando a tradição iluminista e buscando algum refúgio em novas formulações que as viabilizem. A ideia é rápida, sedutora e situacionista: reunir os fragmentos e sintetizar posições esparsas, embora insistentes e reticentes na renúncia às velhas fórmulas salvacionistas, potencializando diferentes propostas (polifuncionalismo) e gestando novas hipóteses a partir de velhas e surradas teses, no esforço universalizante de criação de sistemas

⁷³⁷ Muito embora a combinação e o emprego de termos médicos nas ciências criminais, com razão de ser, nunca tenha soado bem e tampouco conviva sem a desconfiança da intromissão de um saber dedicado à precisão em outros que são influenciados socialmente pelas mais ambíguas e inexatas determinações, o termo aqui parece exato: a *clivagem* é um processo que ocorre no início do desenvolvimento embrionário, no qual o zigoto ou a célula ovo efetuam um série de divisões mitóticas consecutivas, dando origem a multicelularidade do embrião.

⁷³⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 12 a partir de EBERT, Udo. **Strafrecht**, p. 235.

⁷³⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, p. 125-132.

legitimantes dotados de harmonia e completude e desprovido de contradições e lacunas, a partir do “padrão das metanarrativas, ou seja, em maior ou menor grau de complexidade optam pela criação de discursos altamente abstrato de justificação dos quais deriva cadeia de princípios e de pressupostos delineadora da intervenção punitiva em todos os níveis do direito penal”⁷⁴⁰.

Tobias Barreto classificava as teorias mistas, ao lado das teorias absolutas, em filosófico-positivas, “pois que em ambas procuram beber na experiência o fundamento da penalidade” e cuja diferença estaria “em que as mixtas dão maior espaço ao elemento apriorístico, aos princípios abstractos”⁷⁴¹.

O predomínio contemporâneo das teorias unificadas é assustador: está não apenas na **literatura penal** e em **posições acadêmicas** – veja-se, por todos, “as tendências neorretributivistas da teoria do *merecimento* (Tonry, Hirsch e Ashworth), a perspectiva neoutilitária da teoria *garantista* (Ferrajoli), os modelos preventivos especiais da teoria *neocorrecionalista* (Garland) e as teses incapacitadoras e dissuasórias da teoria *funcionalista-sistêmica* (Jakobs) e das teorias atuariais do cálculo racional (Wilson e Keeling)”⁷⁴² – mas também na **legislação**, como é exemplo o direito penal alemão, onde “o §46 do *Strafgesetzbuch* define *culpabilidade* como fundamento da medida da pena (retribuição), determinada conforme os *efeitos esperados para a vida futura do autor* na comunidade (prevenção especial), enquanto o §47 menciona o objetivo de *defesa da ordem jurídica* (prevenção geral)” e no direito penal brasileiro, quando “o Código Penal consagra as *teorias unificadas* ao determinar a aplicação da pena ‘conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal”⁷⁴³, e ainda na **jurisprudência** em reiteradas posições dos tribunais brasileiros.

As críticas mais contundentes promovidas em face da (i)legitimidade das teorias retributivas e preventivas deram origem às teorias mistas, ecléticas ou unificadoras da pena que, partindo da premissa que o problema estaria atrelado ao desenvolvimento teórico a partir da orientação de uma finalidade isolada, passaram a acoplar, aditiva ou dialeticamente, diferentes finalidades⁷⁴⁴. Não é difícil entender porque são as teorias mais difundidas na atualidade,

⁷⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 93.

⁷⁴¹ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 23.

⁷⁴² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 92-93.

⁷⁴³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 12-13.

⁷⁴⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**, p. 99.

considerando suas habilidades de condensamento teórico em busca das mais diversas soluções e cuja expectativa responsiva é de suprir as falhas diante das vicissitudes apresentadas isolada e destacadamente pelas teorias absolutas e relativas.

A articulação de fundamentos retributivos e preventivos compatibiliza político-criminalmente as teorias absolutas e relativas de tal forma que, originando as teorias combinatórias, atendem a todos os reclamos, sem se dar conta das contradições existentes, “na mesma lógica do lobo com o cordeiro: se não for por justa expiação do delito, que seja pela prevenção especial negativa neutralizante; se não for por prevenção especial positiva, que seja para restaurar-se a vigência da norma; e assim *ad aeternum*”⁷⁴⁵ – sintetizando em uma pérola que confirma as simpatias pelo fascismo em ascensão: “não há dúvida alguma, ademais, de que a pena possa ser, sucessivamente, vingança, retribuição, expiação, intimidação, emenda e também todas essas coisas em conjunto”⁷⁴⁶.

Situadas entre os extremos – daí o seu maior perigo – as teorias ecléticas se apresentam como respostas na superação dos antagonismos retributivos e preventivos, unificando os pontos *unificáveis* e pregando a defesa social com a doutrina positivista perseguidora da prevenção especial, “incubindo às penas e às medidas de segurança o duplo fim: de curar o condenado, no pressuposto de que é um indivíduo doente e/ou de segregá-lo e de neutralizá-lo, no suposto de que é perigoso”⁷⁴⁷. Da **unificação dialética** de Feuerbach e Roxin⁷⁴⁸ ao **funcionalismo** de Carrara e Jakobs⁷⁴⁹, ignorando o complexo fenômeno que é a pena e os danos que provoca, a posição dos ecléticos de promover a união entre retribuição e prevenção como conceitos que não se repelem, “preservadas as variações no enfoques (...) recusam-se a estudar a pena sob o ângulo restrito da dualidade retribuição-prevenção”, e acabam inserindo um novo e incoerente ingrediente: “a sociedade a ser defendida contra o crime e em cujo meio o delinquente deve ser reinserido, sem traumas”, onde “aquela é o centro das atenções; este, alvo de atenções secundárias!”⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 261.

⁷⁴⁶ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 261 a partir de COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la historia de la filosofía**, p. 284.

⁷⁴⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, p. 103.

⁷⁴⁸ Para eles, uma teoria unificadora dialética defende a realização das atividades estatais de prevenção, imposição e execução das penas e a cominação de sanção se dirige aos atos lesivos a bens jurídicos quando indispensável à vida comum.

⁷⁴⁹ Partidário da prevenção geral positiva, Jakobs defende a funcionalidade da pena em “restabelecer a confiança de todos (o criminoso e o não criminoso) na autoridade e na estabilidade das normas que compõem o ordenamento jurídico”. JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**, p. 37.

⁷⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, p. 105.

3.7 A fábrica da Guerra: Massimo Pavarini e o novo emparelhamento entre cárcere/fábrica a partir da pena/guerra

A abordagem oferecida por Massimo Pavarini ao longo de sua extensa contribuição ao saber penológico trouxe para essa pesquisa muitos *insights*. A (re)descoberta de que o cárcere e a pena podem “funcionar” contra a criminalidade na cultura neoliberal apenas tem acentuado os processos de exclusão social, a partir da sua capacidade ímpar de, selecionando os inimigos, neutralizá-los em face da incapacidade do sistema social de incluí-los ou do deliberado interesse dele em assim mantê-los excluídos. Refletir sobre o controle da criminalidade se transforma em pensar e criar um novo discurso sobre o crime, o papel do sistema penal e a gestão dos criminosos escolhidos. Daí o surgimento de *saberes* criminológicos diferentes, dentre os quais, de um lado, por ele batizado de **criminologia da vida cotidiana**, onde o “ato desviante é um risco habitual que pode ser calculado e, em certa medida, também evitado e, não tendo nada de patológico, pode ser compreendido fazendo referência à tendências motivacionais comuns” e de outro lado, a denominada **criminologia do outro**, consistente em “um discurso sobre o criminoso como inimigo, cuja periculosidade não pode ser de outra maneira ‘gerida’ se não mediante a sua neutralização; e para metê-lo na condição material de não ser nocivo, afinal não necessita nem sequer conhecê-lo muito”⁷⁵¹.

Elencado como um clássico do revisionismo penológico, o icônico *Carcere e fabbrica* está ao lado de outros dois importantes escritos com títulos em formato binômico⁷⁵² que marcaram o século XX e fizeram a virada criminológica nos estudos sobre a punição e o crime dos anos 1970 “fecundos para o pensamento criminológico nos países centrais e trabalhosos para os criminólogos e penalistas na periferia do capitalismo”⁷⁵³, tendo sido aquela década o “epicentro da grande revolução metodológica que, na superação de paradigmas positivistas e funcionalistas, instauraria a criminologia crítica”⁷⁵⁴. Concordando que todo o discurso jurídico

⁷⁵¹ PAVARINI, Massimo. **Cárcere sem fábrica**, p. 16.

⁷⁵² Publicado originariamente em 1977, “Cárcere e Fábrica” possui tradução em diversos idiomas e é contemporâneo de “Vigiar e Punir” de Michel Foucault (*Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975) e de “Punição e Estrutura Social” de Georg Rusche e Otto Kirschheimer de 1968 (da reedição traduzida para o italiano, por óbvio, já que o original data de 1939 e era pouco mais que desconhecido e raríssimo nas bibliotecas de então – *Punishment and Social Structure*. New York, Columbia University Press, 1939). Na América do Sul, o movimento foi similar com a “Criminologia Dialética” de Roberto Lyra Filho (1972), a “Criminologia da Reação Social” de Lola Aniyar de Castro (1977), a “Criminologia da Repressão” de Juarez Cirino dos Santos e a “Ruptura Criminológica” de Rosa del Olmo (ambos de 1979) – todos em busca de “novas maneiras de conhecer”, como ilustrado por Jehanne Hulsmann. In: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester. **Tributo a Louk Hulsman**, p. 9.

⁷⁵³ BATISTA, Nilo. **Pavarini no Rio de Janeiro**, p. 21.

⁷⁵⁴ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 259.

é percorrido por metáforas e que, no fundo, ele mesmo (o discurso) é somente uma grande construção metafórica⁷⁵⁵, também PAVARINI, escrevendo em primeira pessoa sobre sua obra maior e mais conhecida, conclui que a melhor descrição para o presente penal seja “**Cárcere e guerra**” e que “na verdade, o penitenciário tem sempre sido mais semelhante a um campo de concentração do que a uma fábrica (...) Digo ‘guerra’, portanto, por outra coisa e diversa: por um tipo de refuncionalização da pena privativa de liberdade e do sistema da justiça penal a uma retórica e a uma práxis declarada e, portanto, explícita hostilidade contra quem é sempre mais visto como ‘outro’”⁷⁵⁶ – o que justifica a sua lembrança e menção destacada nesse trabalho, denotando que, talvez, tenha o *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do Direito de Punir* chegado à Bolonha ou, por meio de tantos diálogos que manteve no Brasil, alguém o tenha apresentado a metáfora elaborada por Tobias Barreto uma centúria de anos antes.

Como já dito acerca da regra áurea dominante da política criminal estadunidense⁷⁵⁷ onde, mediante uma *life sentence*, por três sentenças condenatórias o sujeito é uma peça fora do jogo da vida, nada mais apropriado quanto à capacidade de representação da guerra, “seja na sua estratégia defensiva – a defesa da base –, como naquela ofensiva – o ataque à casa do inimigo”. A abordagem da questão criminal de tipo bélico é aqui, uma vez mais, fielmente apropriada: seja “passivamente” ao minimizar os riscos de agressão e no empenho de ações defensivas, seja “ativamente” com a neutralização preventiva do agressor através do ataque, a ameaça do inimigo justifica a guerra e a pena indistintamente. A distinção feita por Massimo Pavarini, no entanto, revela que a atuação simultânea na defesa e no ataque: (i) dificulta a possibilidade de golpear do opositor; (ii) aumenta as oportunidades de conquista do campo adversário; e (iii) leva à menor necessidade na quantidade diretamente proporcional de inimigos neutralizados – enquanto que “na guerra ao inimigo interno – a criminalidade – não se combate para vencer, como no beisebol, mas só para manter uma posição sempre precária de ‘vantagem tática’ no confronto do inimigo beligerante”⁷⁵⁸.

A desproporção revelada pelas cifras ocultas e existente entre a quantidade de crimes praticados e a efetivação da penalidade, seja pela incapacidade do sistema penal, seja pela ausência de registro oficial ou ainda, e principalmente, pela ocorrência de crimes sem vítima,

⁷⁵⁵ COSTA, Pietro. *Il grande progetto giuridico*, p. XIII.

⁷⁵⁶ PAVARINI, Massimo. *Cárcere sem fábrica*, p. 14-15.

⁷⁵⁷ Aqui se adota, propositadamente, o termo “estadunidense” se referindo especificamente à política criminal vislumbrada nos Estados Unidos da América, evitando o erro corriqueiro do uso da expressão “norte-americano” utilizada com frequência, embora morfológicamente traga consigo um equívoco – já que a América do Norte compreende, também, Canadá e México.

⁷⁵⁸ PAVARINI, Massimo. *Cárcere sem fábrica*, p. 57.

paradoxalmente opera na lógica expansiva da legislação criminalizante com o incremento da área do ilícito e o rigor na criminalização primária acompanhado da punição de percentuais mínimos de autores e da indulgência na criminalização secundária.

Classista pela própria natureza, o Direito Penal assim sustenta o discurso de igualdade e reproduz práticas desiguais. Isso é revelado pela *criminalização manifesta*, produto da eleição de combate a delitos de natureza patrimonial (criminalização predatória de massa) que, na promessa de ser o antídoto, acaba por se mostrar o veneno contra si e o próprio fundamento abolicionista – já que “(...) mais de 90% da criminalidade é absorvida pelo sistema social, sem a violência traumática dos 10% do sistema penal”⁷⁵⁹.

Ao monopolizarem os saberes penais e o tratamento da questão criminal na apresentação das “soluções”, afastando-os dos cientistas sociais, os estudiosos e pensadores da segurança se tornam nos “profissionais da guerra em curso” – o que lhes atribui, tal qual no conflito bélico – o status de classe militar, com toda a visibilidade e envergadura política ostentada por essa posição. É certo reconhecer, na esteira de Pavarini, que esse **estado de guerra** nunca esteve explicitamente declarado, nada obstante o constante oportunismo publicitário discursivo de deflagrar o enfrentamento a específicas espécies de infrações penais por meio de *slogans* (*combate à corrupção, guerra às drogas, luta contra a violência à mulher*, etc.). Ele existe sim e está em curso, embora seja imperceptível ou expostos os canhões, as táticas e, principalmente, as declarações das lideranças governamentais oficiais.

3.7.1 Punindo os inimigos com um novo vocabulário de guerra: o abandono dos projetos correcionais e a transição da cultura *bulímica* à *anoréxica* de extermínio dos descartáveis

A relação histórica entre o fracasso do sistema penal quanto aos seus objetivos *ideológicos* revelados pelas funções manifestas da pena criminal e os objetivos *reais* e suas funções ocultas já denunciada pela criminologia adverte que a análise da punição não deve se limitar ao estudo das funções declaradas ou manifestas pelo discurso oficial⁷⁶⁰. Quando o véu

⁷⁵⁹ “Como todos sabem, a *criminalidade manifesta*, representada pela criminalidade predatória contra a propriedade, é seletiva: pelos dados de Pavarini, 60% dessa criminalidade não é comunicada à Polícia – e dos 40% comunicados, apenas 20% tem autoria identificada (ou seja, 80% de autores não identificados), dos quais somente 40% são denunciados, dos quais resultam apenas quatro êxitos processuais, a metade dos quais absolvidos ou isentos de pena. Conclusão: a produtividade do sistema penal corresponde a uma fração acima de zero. Logo, **o sistema penal é a mais ineficiente instituição do Estado moderno, incapaz de dar conta de 10% do mercado, em regime de monopólio**” (destaques nossos). CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Massimo Pavarini e a criminologia crítica contemporânea**, p. 163.

⁷⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 88.

das aparências é rasgado, expondo a dimensão real que as formas ideológicas de controle (discurso oficial da teoria jurídica da pena) realizam após sofrerem a ocultação pela dimensão ilusória das funções aparentes que constituem o objeto da pesquisa criminológica da pena⁷⁶¹, o que resta é a crítica ao esquizofrênico programa político-criminal realizado por um direito penal “marcado pelo antagonismo entre discurso penal e realidade da pena, que seguem direções diametralmente opostas”⁷⁶².

A descoberta dolorosa do funcionamento do cárcere para selecionar e neutralizar sujeitos que não se incluem e nem podem ser incluídos no corpo social e da substituição da lógica do conhecimento causal da criminalidade pelo discurso estatístico de mensuração do risco revela o desleixo em pesquisar e compreender (para apresentar como se resolver) e em tratar as causas pessoais, sociais ou econômicas (para encontrar explicações) e vê reduzida toda a complexidade criminal a apenas um “custo social inevitável”⁷⁶³. Promove-se, assim, uma substituição no time da punição: sai a correção pela disciplina e entra a assunção do encargo em favor da incapacitação seletiva do inimigo.

Eis o dilema escancarado pelo direito penal do inimigo: garantir o cidadão contra o poder ou garantir o cidadão contra a criminalidade. Ao se admitir direitos penais distintos segundo a lógica de guerra (incapacitar seletivamente ou exterminar pura e simplesmente), onde apenas aos inimigos seriam privadas as garantias, a sobreposição da segurança sobre a liberdade revela posição distintas: a conformação autoritária é redutora de garantias e objetiva o aumento da proteção e a acomodação liberal reduz a segurança para ampliar as garantias. Essa proposta punitiva de difícil compreensão, onde o direito penal do inimigo engole de forma lenta e implacável os resquícios do direito penal do cidadão, comprova que “de Carl Schmitt a Günther Jakobs a distância não é tão grande quanto pensam os funcionalistas”⁷⁶⁴.

A redescoberta do cárcere objetivando a neutralização seletiva individual e de grupos sociais excluídos foi a responsável pela virada substitutiva da ideia correccional disciplinante: o projeto corretivo pela disciplina que passa pelo desencarceramento mediante diversão processual do Estado de bem-estar social e termina no direito penal do risco pós-moderno, desagua na sucessão do binômio cárcere/fábrica pelo cárcere/guerra contra inimigos. Igualmente, o saber criminológico dá lugar à lógica operativa do sistema cujo desejo é a racionalidade por meio da gestão da criminalidade como risco, mas cuja redução implicara na

⁷⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 2-3.

⁷⁶² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Política criminal**, p. 53-57.

⁷⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. Punir os inimigos, p. 11.

⁷⁶⁴ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 259.

operacionalização da gestão atuarial despreocupada com as questões pessoais ou sociais da criminalidade e dedicada ao mapeamento do opositor do momento escolhido como alvo do discurso punitivo – o que importou na determinação daquela seletividade neutralizante. A promoção do extermínio contra os descartáveis privados da riqueza, posto que insuficiente a todos, e diante de uma realidade econômica globalizada onde há escassez laboral para a integralidade dos cidadãos exprime a mudança de uma cultural *bulímica* para uma cultura *anoréxica*⁷⁶⁵.

No linguajar bélico, a palavra de ordem é abater o inimigo, incapacitando-o seletivamente e abandonando de vez qualquer intenção de corrigi-lo por meio da disciplinarização. Neutralizá-lo por meio da punição legítima é a missão – legitimidade que se perfaz não mais como castigo, mas como afastamento da perigosidade trazida pelo adversário. Mas a metáfora bélica não é contra todos, mas expressa apenas contra alguns, já que nessa transição cultural da bulimia para anorexia a inclusão social não é para todos. Essa marginalização, portanto, prevalece em face da disputa quantitativa na sociedade da exclusão, onde o direito penal é instrumentalizado e direcionado para enfrentar o inimigo e não para garantir a cidadania.

A terminologia “sociedades anoréxicas” e “sociedades bulímicas” foi utilizada por Levi Strauss e retomada, anos depois, por Jock Young em “*The Exclusive Society*” que, utilizando as metáforas do antropofágico e do antropeômico, sintetizou bem aquelas sociedades que são canibais sociais e aqueles que vomitam desviantes: elas devoram vorazmente as pessoas e depois as expulsam com firmeza, comparando a condição de fome contínua e descontrolada compensada na sequência por vômitos forçados ou overdoses de laxantes⁷⁶⁶. O consumismo que veicula às massas imagens carregadas de sucesso, expectativas e desejos como recompensas na vida cotidiana acaba captado como condicionante vital e produz uma representação também de medidas de mérito onde o êxito é diretamente proporcional ao nível de esforço despendido. Esse processo de inclusão antecede o de exclusão e essa “passagem de uma cultura bulímica para uma anoréxica no confronto dos excluídos, dos excedentes, dos descartáveis é, afinal de contas, forçada, quando um certo ponto de vista que se torna progressivamente hegemônico”⁷⁶⁷. Assim, diante da impossibilidade de absorção de todos pelo

⁷⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p. 9.

⁷⁶⁶ YOUNG, Jock. *The exclusive society social exclusion: crime and difference in late modernity*, p. 81-82.

⁷⁶⁷ PAVARINI, Massimo. *Cárcere sem fábrica*, p. 59.

mercado formal de trabalho e da incapacidade estatal de distribuir riqueza aos excluídos daquele mercado, decreta-se a falência do modelo de disciplina social inclusiva.

Sem o esplendor do Estado Social, essa “fome de integração social” impulsiona a massa de migrantes que arriscam as próprias vidas nos limites fronteiriços entre países economicamente dominantes e dominados, *domesticando* os interessados assim como já esteve (está) a massa do subproletariado. Esse descontentamento, portanto, não é um produto de simples exclusão, mas um processo bulímico de inclusão e exclusão que leva à formação clássica de uma subclasse onde a exclusão socioeconômica leva à desorganização social e à lógica duplamente excludente: fora do “jogo” porque excluídos da economia e “auto-escolhidos” dada a falta de capacidade de socializar no mundo⁷⁶⁸.

3.8 Disciplina, dominação e poder político como guerra

A difusão das duas obras mais lidas e debatidas de Michel Foucault foi responsável por fazê-lo conhecido e muito estudado ao longo do século XX no Brasil. Em *Vigiar e Punir*, a **disciplina** (conceito e definição) é apresentada como tecnologia do poder que produz a docilidade e utilidade nos corpos para que se conduzam conforme determinação e orientação superior e hierárquica (*o que e como*) – o que consiste em um adestramento obtido por meio do vigilantismo permanente e cuja sanção normativa é sintetizada no modelo exaustivo da **prisão**⁷⁶⁹. Já o *Em Defesa da Sociedade* compreende uma série de aulas por ele ministradas no Collège de France entre os anos de 1975 e 1976 e é um estudo que se volta para o poder político como **guerra**, sendo o **poder** definido como relação de força e o **direito** como dominação brutal manejado e instrumentalizado nas relações de assujeitamento⁷⁷⁰.

Foi a tônica da guerra que, particularmente, permeou a produção foucaultiana na década de 1970. São desse período alguns importantes conflitos e lutas em todo o mundo. Viu-se a *Guerra do Vietnã* (cujo término se deu em 1975), a *Revolução dos Cravos – 25 de abril* (1974) em Portugal, a redemocratização com o fim do *Franquismo* (1975) na Espanha e as *guerras civis* sul-americanas no Brasil, Argentina e Peru. Nessa ambiência, o problema central da legitimidade do poder soberano e sua adequação e limitação aos direitos fundamentais se volta às funções discursivas e técnicas do direito na dissolução da dominação para que, com a redução

⁷⁶⁸ YOUNG, Jock. *The exclusive society social exclusion: crime and difference in late modernity*, p. 83.

⁷⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*, p. 26-27.

⁷⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*, p. .

desta, ressurgam os direitos legítimos da soberania e o dever de obediência. Em sua obra, as relações de **poder** ocupam uma centralidade analítica funcional sob os aspectos de mecanismos e estratégias. A utilização do modelo estratégico da guerra na análise das relações de poder é uma marca que, assim como intuiu Tobias Barreto, as definem e as determinam.

A tomada política do corpo humano pelo direito penal acaba desqualificando juridicamente o indivíduo e é por meio das formas de sujeição e submissão impostas pelas demandas de poder que a violência punitiva opera. A recusa elaborada por Michel Foucault em aceitar uma concepção humana alheia à realidade e seu empenho em considerar todas as suas marcas de individualidade, forjados e transformados pelas forças circunstanciais existentes nas relações cotidianas a que se submetem e são submetidos os homens marcam o seu pensamento.

Assim era também a sua forma de escrever, quando “prolifera referências a estratégias, pensando os discursos, não como reflexos ou reprodução (efeitos, em suma), porém como aparelhos de guerra, estratégias de poder”⁷⁷¹. No entanto, “importa notar que, embora Foucault não tenha chegado a teorizar a guerra, tanto o seu uso literário da surpresa quanto o papel que atribui à estratégia se opõem aos valores de Clausewitz”, pois “para o general prussiano, a estratégia tem por sujeito o Estado”⁷⁷².

Possuindo como características os objetivos **ideológicos** de controle/repressão da criminalidade, por um lado, e os objetivos **reais** de *gestão diferencial* da criminalidade e de reprodução das relações sociais por outro, o sistema punitivo é assim avaliado por Foucault: “o fracasso dos objetivos ideológicos declarados, com reproposição reiterada dos mesmos objetivos fracassados, e o êxito dos objetivos reais ocultos, como aparelho de poder que garante a reprodução de relações sociais desiguais”⁷⁷³. Sua inovação, no entanto, está na “noção de *disciplina*, como política de coerção sobre o corpo alheio, fundada (i) na distribuição dos corpos, (ii) no controle da atividade, (iii) na organização das gêneses e (iv) na composição das forças, mediante recursos de adestramento definidos como (a) a *vigilância hierárquica*, dispositivos panóticos que produzem efeitos de poder por técnicas de ver, (b) a *sanção normalizadora*, uma ordem artificial de micro-penalidades e (c) o *exame*, conjugação da vigilância e da sanção que implementam relações de poder (sujeição do corpo) e relações de saber (demonstração do saber individual) que constituem o indivíduo como efeito e objeto do poder e do saber⁶³, na gênese da sociedade capitalista”⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ RIBEIRO, Renato Janine. **O discurso diferente**, p. 31.

⁷⁷² RIBEIRO, Renato Janine. **O discurso diferente**, p. 31-32.

⁷⁷³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 71-76.

⁷⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**, p. 307.

A DESLEGITIMAÇÃO DA PENA E O MODELO NEGATIVO: O QUE SOBRA DA PENA DEPOIS DA ORFANDADE DE FINALIDADE E ESVAZIAMENTO DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA?

O pensamento vanguardista de Tobias Barreto sobre o conceito, a origem e a fundamentação da pena antecipou para o século XIX muitas discussões travadas hodiernamente. No entanto, a multiplicidade dos fundamentos filosóficos e a diversidade de escolas de pensamento por ele utilizadas, ao lado da ausência de sistematização dos seus escritos, tornam árdua a missão de classificá-lo. Quem o apontou como precursor do culturalismo no Brasil, o fez baseado na ideia de que, como o disse Tobias, ao dizer que “o direito é um producto da cultura humana importa negar que elle seja, segundo ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus posthumos sectários, uma entidade metaphysica, anterior e superior ao homem”⁷⁷⁵ – exemplo disso, por todos, foi Miguel Reale⁷⁷⁶. Em oposição ao pensamento filosófico do culturalismo, houve quem afirmasse que Tobias era naturalista e biologicista – caso de Nelson Saldanha⁷⁷⁷.

No entanto, ambos se apoiam em premissas e textos de Tobias Barreto que legitimam suas conclusões: seja porque ele atribui ao trabalho cultural a especificidade do ser humano ao propor a ideia de ação livre e moral como antítese do determinismo das leis da natureza⁷⁷⁸, seja porque o pensamento evolucionista e o darwinismo igualmente se fazem presente, reconhecendo a predominância da antítese do culturalismo⁷⁷⁹ – e, embora aparentemente paradoxal, a ausência clara de afiliação filosófica revelava na verdade “um traço de genialidade, ao invés de uma fragilidade” e o reconhecimento da inexistência de exclusão mútua das ordens da natureza e cultura foi paradigmático, original e revolucionário⁷⁸⁰.

Igualmente Eugenio Raúl Zaffaroni⁷⁸¹ que, ao identificar a controvérsia e discordâncias interpretativas quanto à afiliação filosófico-teológica de Tobias, elege as interpretações críticas mais frequentes, destacando: i) as contradições filosóficas ou ideológicas, faltas e falhas na coerência do seu discurso a partir da injustificável crítica à sociologia, a leitura pessoa e arbitrária de Haeckel e a incorporação de elementos incompatíveis, dentre outros; ii) as

⁷⁷⁵ BARRETO, Tobias. **Questões vigentes**, p. 139.

⁷⁷⁶ REALE, Miguel. **Significado e importância do culturalismo de Tobias Barreto**, p. 15-25.

⁷⁷⁷ SALDANHA, Nelson. **A escola do Recife**, p. 100.

⁷⁷⁸ BARRETO, Tobias. **Glosas heterodoxas á um dos motes do dia, ou variações anti-sociologicas**, p. 38-39.

⁷⁷⁹ BARRETO, Tobias. **O haeckelismo na zoologia**, p. 217-227.

⁷⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Tobias Barreto e pena criminal**, p. 120-121.

⁷⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Elementos para uma leitura de Tobias Barreto**, p. 175-176.

incoerências e incompletude discursivas permitem a alguns autores apontarem os elementos mais afins à própria ideia para o considerarem positivista, ou pioneiro do positivismo penal, ou, ainda, do neokantismo; iii) a dúvida acerca da (in)existência de uma “Escola do Recife” e o certo exagero nessa denominação⁷⁸²; e iv) a vida e o curso existencial de Tobias foram contraditórios⁷⁸³ – tanto pela acusação de busca pela ascensão social, quanto pela personalidade intolerante, violenta, agressiva ou conduta paranoica. Assim, se para alguns Tobias Barreto foi intuitivamente um dos precursores de correntes do pensamento jurídico, para outros foi um “falso revolucionário” e inconsequente na ânsia incontrolável de promoção social⁷⁸⁴.

Para formular a sua ideia epicêntrica sobre a pena, Tobias Barreto demonstrou conhecer a fundo e estar em dia com todas as doutrinas sobre penologia. Embora sem expor em detalhes cada uma delas e se limitando a mencionar as mais importantes e atuais de então, comprovou sua atualização – “começando pela mais antiga entre as modernas”, elencou: “em primeiro lugar a *theoria do terror* (Filangieri, Gmelin); depois... a *theoria da coação psicológica* (Feuerbach), a *theoria da advertência* (Bauer); a *theoria da prevenção* (Grolman); a *theoria da emenda* (Steltzer, Ahrens, Roeder); a *theoria do contracto* (Beccaria, Fichte); a *theoria da defeza* (Schulze, Martin, Romagnosi); a *theoria da compensação* (Klein, Welcker); a *theoria da justiça civil* (Hepp); a *theoria da retribuição necessária* (Kant, Zacharise, Henke, Carrara); a *theoria da necessidade dialética* (Hegel, Trendelenburg, Hälschner); a *theoria da ordenação divina* (Stahl, Bekker, Walter); finalmente a longa série de *theorias mixtas*, em que o princípio absoluto e o relativo são coordenados (Mohl, Henrici, Wick, Mittermaier, Heffter, Berner, Rossi, Gabba, Haus, Ortolan, Vollgraff, Kæstlin, Abegg ,etc., etc.)”⁷⁸⁵.

A afirmação do conceito de pena como política e não mais como jurídica bastaria, como ponto capital por ele indicado, para se ter como limiar do modelo negativo uma intuição nova e suficiente cujo frescor naquela quadra histórica fazia dessa ideia algo revolucionário. A antecedência da *necessidade* de punição sobre a indagação dos seus *motivos* e a aceitação do ponto de partida que isola a possibilidade de reflexão em relação às alternativas externas ao poder punitivo e exclui do debate as teorias críticas da pena merecem observação cuidadosa,

⁷⁸² Ver VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil)**, p. 95-112.

⁷⁸³ Um nítido exemplo disso é a dualidade quanto à natureza do fundamento de punir: embora de todos conhecida sua firme posição e repetida afirmação sobre o conceito **político** da pena, profetizou o futuro da ciência criminal unido às ciências indutivas e em forma de “disteleologia social” que a filiação do direito penal ao grupo das ciências naturais não tiraria a sua autonomia e nem apagaria “jamais o caráter **jurídico** da pena”. In: BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 73.

⁷⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Elementos para uma leitura de Tobias Barreto**, p. 176.

⁷⁸⁵ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 23.

sobretudo a partir dos ideais dos abolicionismos como vértices dos movimentos de política criminal alternativa⁷⁸⁶ – e a elevação à categoria política realizada por Tobias Barreto é o ponto de partida desse percurso. Como rejeitou todas as propostas idealistas e assim se posicionou firmemente ao afirmar que “todos esses chamados *systemas* de direito punitivo devem ser inteiramente banidos do estudo do direito criminal”, por que “todos elles se propõem a resolver uma questão insolúvel, que quando mesmo fosse resolvida, não alterava em cousa alguma a pratica da justiça puniente”⁷⁸⁷, Tobias fez ruir qualquer esforço de construção da razão filosófica da punição.

Está encerrada a idade da inocência. Assim, só resta o desejo de *boa viagem* “se o “penalista quiser continuar acreditando nas funções idealizantes que as penas jamais cumpriram” – cabendo ao peregrino a escolha entre as velhas, surradas e cansadas (embora ainda prestigiadas, exaltadas e repetidas) mentiras e as mais recentes, honestas e autênticas (conquanto preteridas e adiadas) *maneiras de conhecer*⁷⁸⁸ aqui apresentadas.

4.1 Aliada e ipsilateral na trincheira e as táticas de convergências e discordâncias de outras teorias deslegitimantes da pena

O modelo negativo da pena não está terminado ou exaurido em suas ideias e proposições, ao contrário: em permanente mudança, tal qual a sociedade, tende a se adaptar às necessidades de contração do poder punitivo, sem prescindir do sonho abolicionista. Acredita-se que muito ainda pode ser aprimorado a partir das críticas formuladas pelos seus leitores, pesquisadores e estudiosos, sobretudo quanto aos seus efeitos *práticos* e eventuais déficits *teóricos*, o que muitos já têm feito com destacados méritos⁷⁸⁹. Os complementos realizados a nível de aperfeiçoamento por meio da crítica formulada por Juarez Cirino dos Santos após a concordância acerca dos méritos do modelo (ao que ele chamou de **crítica negativa/agnóstica** da pena criminal) parecem ajustados ao pensamento bem estruturado da igualmente crítica materialista/dialética, mas que, igualmente, aqui merecem alguns contrapontos. Aliás, há de se

⁷⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **Teoria agnóstica da pena**, p. 83-84.

⁷⁸⁷ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 23-24.

⁷⁸⁸ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 261.

⁷⁸⁹ Veja-se a quantidade de livros e artigos já publicados, como exemplo: CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 141-238; SILVA, Adrian Barbosa e. **Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem**, p. 500-529; AMARAL, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena: fronteiras entre o político e o direito penal**, p. 1591-1611; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Direito penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena**, p. 55-96.

concordar com “o humanismo filosófico e os objetivos político-criminais democráticos da teoria negativa/agnóstica da pena criminal”, bem como “com a perspectiva declarada de ampliar a convergência teórica e metodológica entre a teoria negativa/agnóstica e a teoria materialista/dialética da pena criminal”⁷⁹⁰, já que ambas dirigem suas mobilizações à deslegitimação da pena.

Esse aprimoramento é, na companhia do autor, salutar e fruto de permanente discussão, análise crítica e do debate coletivo que marca o status de toda e qualquer teoria por natureza inacabada no cérebro humano ao nascer (no sentido de constante mutação para o seu aperfeiçoamento), pelo que são feitos e recomendados alguns comentários complementares merecedores de destaque e, igualmente, algumas observações na sequência conclusivas.

Em primeiro lugar está a **assunção** pela teoria dialética/materialista do componente *negativo* dada sua preocupação teórica com as dimensões de *realidade* e de *ilusão* da ideologia penal nas sociedades capitalistas, além da dimensão *ilusória* da ideologia penal como objeto e a **rejeição** do componente agnóstico como renúncia de cognição das funções *reais* ou *latentes* do sistema penal em face do desinteresse científico acerca das realidades ocultas escondidas na aparência de instituições sociais por romper com a tradição histórica da criminologia crítica. De fato, a explicação da “repressão penal pela seletividade fundada em estereótipos desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização, etc.” é **parte** significativa da crítica e, sobretudo, da produção intelectual dos pensadores do modelo negativo. No entanto, aqui a questão parece meramente terminológica e será superada com a explicação formulada adiante, cumprindo por ora desmistificar que o modelo negativo/agnóstico não desconhece, tampouco ignora ou se desinteressa pela explicação da seletiva repressão penal – ao contrário: a reconhece. Por outro lado, inobstante não haver esse “desinteresse” sobre as realidades não aparentes, esse ingrediente não é o único explicativo da seletividade, tampouco alcança a extensa gama de crimes que hoje são previstos no ordenamento brasileiro – com os quais, inclusive, a criminologia crítica não se preocupou, não se dedicou ou não ainda não possui respostas formuladas de maneira suficiente. Essa atualização promovida por outras criminologias (exemplo da feminista) admite conceitualmente ambos os componentes (negativo e agnóstico) em qualquer realidade civilizatória ou sociedade e não apenas nas capitalistas, mas em quaisquer outras que procurem validar a pena por meio de uma pretensa fundamentação jurídica.

⁷⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 17.

O segundo complemento é sob a ótica metodológica. Aqui a crítica é direcionada ao descarte do conceito de modo de produção da vida social como método de análise dos fenômenos sociais, reforçando uma carência histórica quanto às suas determinações concretas, já que essa relativa abstração dos conceitos de **Estado** (aparentemente independente e desvinculado da *estrutura de classes* da sociedade civil⁷⁹¹), **poder político** (supostamente, na estrutura econômica da relação capital/trabalho assalariado, haveria um isolamento da *luta de classes* – conceito que, para o autor, seria “o melhor argumento para a analogia *pena e guerra*”⁷⁹² – e **pena criminal** (com a ausência de identificação da *prisão* com a forma punitiva específica e por excelência das sociedades capitalistas, haveria perfunctoriamente a sua diluição na coerção oficial mediante *privação de direitos* ou *dor*).

E por fim, o terceiro comentário complementar diz respeito ao suposto **cancelamento** das “dimensões de *realidade* e de *ilusão* das formas ideológicas de controle social das sociedades de classes sociais antagônicas” por força do “abandono da crítica criminológica fundada na dialética das funções *declaradas* ou *manifestas* da ideologia penal”, em relação às formas jurídicas do poder político da relação capital/trabalho assalariado. Para Juarez Cirino dos Santos, aquele eventual cancelamento se daria pela “pura e simples *negação* das funções *declaradas* ou *manifestas* e a atitude *agnóstica* em face das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal” definidoras da teoria negativa/agnóstica da pena criminal⁷⁹³. Se é certo, concordando com essa posição, que a legitimidade do discurso oficial sobre crime e controle social é reforçada e também advém da ausência de confronto com os discursos idealistas da pena, não parece completo afirmar que a teoria negativa/agnóstica ignora a realidade que aquelas formas de controle escondem e se esforçam por omitir, tampouco que não enfrente as funções reais ou latentes do sistema penal garantidoras das relações sociais fundadas na dissociação entre força de trabalho e meios de produção existentes nas sociedades capitalistas.

4.1.1 “Teoria” ou “modelo”, “agnóstico” ou “negativo” da pena? O que a precisão do rigor terminológico do vernáculo auxilia na real contenção do poder punitivo?

⁷⁹¹ Aqui o autor faz uma ressalva para a edição brasileira onde o conceito de *classe social* é introduzido por NILO BATISTA, sendo mais ausente na versão original argentina.

⁷⁹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 18.

⁷⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 18.

Na linguagem jurídica não é incomum a adjetivação de “retórico” para se diminuir um argumento contra o qual se disputa. Quase sempre mal-empregado, ora como sinônimo de *falacioso*, ora apenas como substitutivo de *convince* (mesmo que por outros meios que não a razão, tais como a sedução, o deslumbramento ou o fascínio), o certo é que desde a sua origem grega (“*rhêtorikê*”), etimologicamente ligada mais à arte da **persuasão** que propriamente à estratégia de omitir propositada e argumentativamente algum vício ou defeito que a ideia proponha, não se pode negar que, como uma ciência (ou tecnologia) da linguagem, o direito se utiliza invariavelmente de termos e expressões cujo objetivo é adaptar a melhor capacidade de produzir convencimento – daí a afirmação de que, nesse sentido, “todo argumento é de certo modo retórico” e que, para melhor avaliar uma proposta, melhor é o **pragmatismo** de aferir as suas consequências (favoráveis ou desfavoráveis) na realidade sobre a qual opera e o **utilitarismo** de identificar “uma boa razão (um bom argumento)” legal a partir da análise dos bem ou do mal “que esta lei tende a produzir”, ou seja: esse consequencialismo enraizado na utilidade⁷⁹⁴ proposto por BENTHAM afasta como falacioso “o argumento alheio aos efeitos que a adesão a ele provocaria”⁷⁹⁵.

No entanto, há que se distinguir o que sejam construções teóricas e metodológicas fundamentadas apenas em argumentos daquelas lastreadas na realidade e obtidas por meio de **constatações**⁷⁹⁶. Todas as verdades elididas pelas estruturas legitimantes da pena não precisam de muito esforço para serem desvendadas, bastando apenas tomar por base a lei que se tem e as inferências que ela promove e sobre quem ela produz efeitos, bem como a repercussão social das sequelas dessa ação. Um olhar honesto e cuidadoso – se possível sensível – para os níveis de encarceramento resultante da política criminal operada no Brasil revela o quanto o modelo negativo da pena se fundamenta nessa constatação, excedendo, e muito, a argumentação e, principalmente, a argumentação retórica.

Não se pode negar: o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem e ressignificam o sentido do valor da vida em sociedade. Logo, tão importante quanto atribuir segurança às palavras é fazê-las exprimir a realidade e não a esconder. Para se caracterizar uma teoria e, mais, uma teoria científica, imprescindível também é analisar sistematicamente a comprovação e a confirmação das hipóteses por elas validadas ou tidas como válidas – e essa verificação é o que diferencia o aspecto científico dos fatos do senso

⁷⁹⁴ BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

⁷⁹⁵ BATISTA, Nilo. **Dolo sem vontade?**, p. 150.

⁷⁹⁶ BATISTA, Nilo. **Dolo sem vontade?**, p. 150.

comum. Aliás, preciosa a lição, pois, em regra, as melhores ideias não são oriundas do senso comum, embora muitas vezes hegemônicas de uma quadra histórica – como o sucesso na modernidade da explicatividade físico-racial lombrosiana em *L’Uomo delinquente*⁷⁹⁷. Portanto, parece cientificamente basilar distinguir o que é *teoria* do que é *hipótese*, o que pouco é feito quando se fala da ausência das características mínimas para assim denominar o que é difundido como *positivo* quando o assunto é pena criminal. Inexiste uma verificação geral – e, ainda mais, casuística – da validade hipotética da formulação de prevenção geral negativa e sua interferência na opção criminosa, por exemplo: assim como é impossível determinar o motivo da ocorrência de inibição delituosa por ela, não se pode cravar ou isolar a pena (enquanto variável) das inúmeras (des)motivações humanas gerais. Menos do que a constatação de que a expressão “teoria” recebe um sentido diferente no campo das ciências jurídicas, importa dizer que a sistematização dos pensamentos produzidos na literatura penal não resolve o déficit de denominar as hipóteses positivas da pena de *teorias jurídico-penais* – já que persistente é a ausência de sua confirmação/validação.

Científica e conceitualmente é importante distinguir terminologicamente as expressões negativa e agnóstica, sobretudo porque distintas as bases sobre as quais operam, mas também quanto aos efeitos que produzem. O modelo é **negativo** porque, ao mesmo tempo em que inverte o sinal positivo do discurso oficial legitimante, nega as funções declaradas ou manifestas da pena e as rejeita como falsas. Mas também é **agnóstico** quanto às funções reais ou latentes da pena mediante a renúncia à cognição dos objetivos ocultos dela (múltiplos e heterogêneos)⁷⁹⁸. Ou seja: como exercício de poder, a pena não repara, não restitui e nem é coerção administrativa direta e “trata-se de um *conceito de pena que é negativo* por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É *agnóstico* quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la”⁷⁹⁹.

Assim, o modelo negativo não assume o ônus de confirmação empírica da ausência de funcionamento das hipóteses legitimantes, porque isso seria como impor a necessidade de obviedade – o que é desprovido de lógica. De tal forma, parece ingênuo limitar à denominação “crítica” negativa da pena, porque isso o tornaria vazio de proposição – o que não é o caso do modelo negativo que, por sua vez, não está reduzido a questionar simples e criticamente as

⁷⁹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **A nomeação do mal**, p. 41.

⁷⁹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 16.

⁷⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 99.

hipóteses positivas. Conhecedor das finalidades e da engrenagem do funcionamento da pena, o modelo negativo lhe atribui um conceito (coerção cuja imposição de dor não repara e nem restitui e, principalmente, é incapaz de conter o ímpeto criminoso) e inviabiliza a orientação pelos azimutes hipotéticos positivos, propondo que o exercício do poder punitivo seja realizado a partir dessa perspectiva e que objetive reduzir os danos inevitáveis.

4.1.2 Seria o modelo negativo realmente deslegitimante da pena e Tobias Barreto legitimador dela? Um contraponto do pensamento e o estado da arte no aprimoramento das suas ideias

O compromisso de qualquer teoria penal que pretenda validação deve ser, necessariamente, com a realidade na qual irá operar. Esse realismo, ao mesmo tempo que acredita no progresso e em dias melhores por meio de suas proposições, não pode ignorar os retrocessos e os obstáculos promovidos pelas engenharias institucionais e a velocidade no maior ou menor rigor para a promoção da cidadania que igualmente constituem uma realidade factual. Por isso, não parece correto o maniqueísmo de rivalizar radicalmente e de maneira excludente as propostas legitimantes e deslegitimantes, criando um antagonismo supressivo que nivelaria, caso aceitável, todas as proposições que, embora marginal e eventualmente viessem a tolerar temporária e estrategicamente a punição como tática de redução do poder punitivo, buscassem demonstrar a insuficiência discursiva e a atualidade do sofrimento à espera do tão sonhado milagre abolicionista em uma civilização que prescinda da pena.

O aprimoramento de uma teoria leva inevitavelmente à inclusão de ideias que não necessariamente foram pensadas originariamente e é nesse ponto que algumas observações merecem atenção, pois é nesse refinamento que consiste no permanente teste teórico de validação. Aliás, assim como toda proposta não prescinde do meio e dos destinatários que sobre eles incidirão suas consequências, de igual forma a crítica precisa ser contextualizada e deve partir da lógica de tempo, lugar e objetivos – mas principalmente sem ignorar, no final de tudo, sobre quem ela irá operar. Nessa busca pelo aperfeiçoamento, ao mesmo tempo em que se deve ter cautela e zelo com a incompletude das críticas no afã de se apontar contradições que objetivem diminuir o valor do autor e do seu pensamento, igualmente não se pode, por outro lado, cair no anacronismo de usar lentes modernas para descrever fenômenos pretéritos⁸⁰⁰. A

⁸⁰⁰ TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 49.

proposta do modelo negativo não deixa dúvidas que tem como horizonte teleológico a extinção da pena (sobretudo a privativa de liberdade) e, para isso, procura demonstrar o vazio jurídico na sua fundamentação – aliás, é exatamente quanto ao **fundamento** do poder de punir que se dedicou Tobias Barreto em seu texto seminal.

O maior ou menor grau de influência que sofreram seus estudos e pensamentos à época (sobretudo da escola positiva), talvez o tenham levado a condicionar a *existência humana* invariavelmente à *existência da pena* – o que precisa ser bem explicado e contextualizado. Se punir é um *sacrifício*, como de fato é e assim o reconhece Tobias, fazê-lo em prol da comunhão social a despeito da sua crueldade e a depender do nível civilizatório no qual é aplicada, talvez não o seja *necessário*, mas é uma violência para a qual a dogmática habilitará a pena ao mínimo que a criminalização não pôde conter (real papel do direito como limite da política). Quando sustentou “a **necessidade** da punição imposta pela *lei da existência, sem a qual a humanidade não poderia existir*”, o que em nada diminui o mérito de “sopesar que frases teoréticas tentaram encobrir a verdadeira feição da coisa, ou seja, punir é um sacrificar mais ou menos cruel não afeito à medida jurídica” – ao fim, tem-se que Tobias, “em que pese afirme a sua imperatividade para a sobrevivência da sociedade e para a manutenção do próprio estado de direito (...), principalmente, descortinava a pena sobre o seu real rosto, o da vingança”⁸⁰¹.

Não se pode, em nenhum momento, se perder de vista o tempo em que Tobias Barreto viveu e principalmente que, desde o início, investiu “contra a concepção em voga da sociologia e do direito constituída de fragmentos de metafísica e mitologia, pois a ciência social achava-se em estado embrionário, não se prestando ainda os seus fenômenos à observação regular”, ou seja: “inexistente um método, impossível a indução de leis e consequente conhecimento das causas, cuja soma constitui a sociedade”⁸⁰². Como o conceito de ciência social que possuía estava fundamentado apenas nos dados comuns às ciências da observação, suas conclusões eram obtidas, obviamente, a partir daquelas.

Como um frasista provocador e altamente sagaz, cuja capacidade de sintetizar pensamentos em formulações curtas – habilidade, aliás, rara nos dias atuais, onde a prolixidade e o tédio parecem ser regras na produção jurídica, como se falar poeticamente arrefecesse a seriedade do texto – ele emparelhou pena à guerra e tomou o termo “fundamento” não apenas como *origem* ou *causa primeira*, tampouco somente como *princípio histórico racionalizante*,

⁸⁰¹ AMARAL, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena**, p. 1598 a partir de BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 136-137.

⁸⁰² MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 268-269.

mas principalmente como um *alicerce teórico* útil a identificar um conceito político. Após a comparação da pena com a coerção direta e as medidas restaurativas de direito privado, evidenciou a irracionalidade característica da imposição do sofrimento, além da ausência de remoção de perigos – logo, uma vez legitimada, a coerção direta, sim, remove o perigo. É o que ocorre com a contenção e a prisão em flagrante de alguém que, por exemplo, esfaqueia intencionalmente outra pessoa: isso não é poder punitivo, e nem tampouco pena⁸⁰³.

Havia em Tobias Barreto um modo particular de absorver os conceitos, o que não foi diferente em relação às ideias do positivismo criminológico, por exemplo. Ele não defendeu a defesa social como antítese à proteção do homem, mas a fundamenta, em última instância, no próprio homem – o que leva à conclusão que “essa capacidade de conciliar o aparentemente inconciliável na luta por suas convicções fez Tobias ser o precursor, ao não se vincular a pena à consecução de fins”, pois “tanto as teorias da prevenção quanto as da retribuição são falsas, tendo a pena um caráter político, pois é ela um fato de poder”⁸⁰⁴. A defesa da ideia do enraizamento hereditário devida à descendência científica de Darwin e Haeckel, por exemplo, em nada pode ser creditada à leitura de Lombroso e, de igual forma, “a pena viria a ser para ele, não uma exigência de justiça, mas um imperativo de segurança social” – evolucionismo darwiniano que na construção científica/filosófica/jurídica permeou “em grande parte o tom naturalista de muitos dos seus conceitos em matéria penal”, logo, assentou o seu *Fundamento do Direito de Punir* sobre a defesa social⁸⁰⁵.

Emparelhar pena à guerra, a partir da sugestão de que os interessados em buscar o fundamento jurídico de uma devam igualmente se interessar (porque fatalmente encontrarão) o fundamento jurídico da outra, foi indubitavelmente uma maneira bandeirosa – e, talvez por isso mesmo, foi assim intencionalmente formulada por Tobias Barreto – encontrada para chamar a atenção e lançar o foco sobre a gravidade punitiva amparada em pretensões argumentativas que as fundam como consequência lógica do direito. E, diante de alguns isolados e inexpressíveis incômodos de alguns poucos (o que aqui se dá de barato) e de muito reconhecimento e aclamação de outros muitos (o que, seja pela qualidade técnica e valor acadêmico dos críticos supera em muito as posições adversas), ele conseguiu atingir o objetivo: ainda ser lido, estudado e problematizado mais de um século depois em todo o mundo. Isso porque, em outro momento dos *Fundamentos do Direito de Punir*, a mesma ideia é colocada de forma mais simples, embora

⁸⁰³ BATISTA, Nilo; BARLETTA, Junya. **Uma conversa entre o Direito e a Literatura**, p. 83.

⁸⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Tobias Barreto e pena criminal**, p. 129.

⁸⁰⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal – tomo I**, p. 171-172.

se indicando que se tratava do mesmo **ponto capital**: “o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”⁸⁰⁶. Portanto, a estratégia sedutora, se existiu, foi exitosa sob todos os aspectos: nada do que está na pena falta na guerra, e vice-versa.

Aliás, pode-se facilmente compreender esse estratagema do uso recorrente de imagens e figuras de linguagem a partir da analogia de Homero e o seu Ulisses durante seu regresso para Ítaca: diante de todas as provações que sofreria, era o canto da sereia que “por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar”⁸⁰⁷. Assim, apenas o olhar fixo na abolição da pena e a maturidade de quem conhecia a fundo como a criminologia e a política criminal enquanto saberes penais poderiam ser manipulados na contenção do poder punitivo poderá tolerá-la pontual e estrategicamente, habilitada ao mínimo incontrolável. Trata-se, portanto, da mesma auto-restrição a evitar a sucumbência *a posteriori* (controle operativo) – o que os gregos ensinam com a autoridade da autoria do discurso democrático, já que “mesmo nos momentos de desespero coletivo – como ocorre em casos de Guerra, o que aparece claramente no texto de Homero –, era necessário obedecer à razão e não às paixões temporárias ou aos interesses derivados das preferências pessoais de cada um dos indivíduos”⁸⁰⁸.

Tobias Barreto não construiu uma teoria⁸⁰⁹ da pena apenas com uma frase. Ou com várias, até, pois isso é inimaginável e insuficiente – impossível, portanto. Tampouco sistematizou ou reuniu elementos minimamente exaurientes para assim podermos chama-lo engenheiro e executor único/final da teoria agnóstica/negativa da pena. Logo, a denominação de *autor* fica mais precisa quando substituída por *precursor* – já que prenunciou uma ideia que, repita-se, veio a ser perturbadora e para a qual constantemente se almeja e se propõe aprimoramento. Tivesse incorreto em suas premissas, qualquer tensionamento importaria em invalidade, já que, na origem, o equívoco inviabilizaria as conclusões dele provenientes – o que não é o caso da semente do modelo negativo. O conceito dele recuperado para definir pena criminal como **ato de poder político** correspondente ao fundamento da guerra é – como qualquer conceito ou formulação, por mais criativa, agradável, poética ou atraente que seja – insuficiente para sintetizar uma teoria hermética, completa e concludentemente acabada. A

⁸⁰⁶ BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 143.

⁸⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias**, p. 76.

⁸⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias**, p. 76.

⁸⁰⁹ Teoria como um conjunto de regras ou leis, mais ou menos sistematizadas, aplicadas a uma área específica, formada (e formando) conhecimento especulativo, metódico e organizado de caráter hipotético e sintético.

obviedade dessa conclusão beira a ingenuidade de achar que ele, complexo como foi, teria por meio de uma regra de três encerrado uma teoria que viria a ser resgatada anos à frente por outros pesquisadores e interessados pelo mundo, cômicos da incapacidade de contenção do crime, tal qual da guerra, por meio da ameaça da punição praticada com a pena. Vivendo apenas meio século, produziu o que muitos que, (sobre)vivendo o dobro desse tempo, completam a centena de anos sem conseguir ser sequer minimamente lembrado em seu bairro, mormente em outros países.

A categorização reducionista comumente realizada entre teorias legitimantes e deslegitimantes acaba por ser desmobilizadora e afastar ideias que integram, a despeito de pequenas divergências, o mesmo campo político-criminal – já que não existe uma terceira classe a etiquetar uma proposta que não atenda plenamente a todas exigências de uma ou de outra, dada a intransigência e o extremismo que a recusam à primeira diferença. Uma ideia intermediária e transitória não pode ser rechaçada para atender expectativas teóricas inexoráveis que, ao mesmo tempo em que encapsulam, são excludentes das disputas discursivas. Essa rivalidade pode, na arena ideológica, fazer funcionar seu rigor e ser saudável ao psiquismo que reclama fidelidade. Acontece que, no ringue do sofrimento, apenas a implacável legitimação da pena bate e só os abolicionismos (já que o discurso crítico negativo estaria invalidado pela ideia extrema de não aceitar a pena, habilitada ao mínimo irrefreável) apanham. Aí, sim, reside irracionalidade e obsessão pelo sofrimento, valendo a máxima de que “é tudo ou nada” e, assim, sem perspectivas de se experimentar a abolição da pena dada a impossibilidade brusca de mudança em face da composição majoritariamente implacável das agências legislativas, pretende-se nocautear também o modelo negativo que confessa falibilidade da atualidade de ambas.

Como o modelo negativo está fundado ontologicamente na redução do sistema punitivo e na ampliação do estado de direito, confessorio que é da incapacidade de supressão do estado de polícia, mas reconhecendo que o reforço do poder decisório das agências judiciais é capaz de limitá-lo⁸¹⁰, não seria possível, para os pontuais e isolados críticos à designação deslegitimador a ele, justificá-lo como tal, mas apenas uma crítica que, embora humanista e democrática, apenas estaria credenciada a influenciar projetos de política criminal e informar a práxis. Ou seja: essa perspectiva realista que, “alijando-se da busca metafísica de legitimação do ilegítimo (*esquizofrenia secular*), permite realizar diagnóstico menos equivocado do

⁸¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena**, p. 16.

problema da sanção penal na atualidade e, em consequência, reelaborar os discursos no sentido de obstaculizar ao máximo as estruturas do poder punitivo”⁸¹¹.

Assim como a união e o apoio recíproco das teorias legitimantes da pena enfeixam as teorias absolutas e relativas entre si, talvez seja necessário o reconhecimento mútuo das propostas deslegitimantes e o reforço comum dos ideais. A inexistência de maiores atritos entre os seus defensores, onde “cada qual esgrime sua superioridade filosófica e indica inconvenientes morais do opositor, mas no final da *disputatio* sobra sempre reverenciada a pena”, acaba por promover uma adesão em face de tudo que contra ela se levante: desde os abolicionismos, o minimalismo e até o garantismo – “espécie de doença infantil do abolicionismo” – mesmo que não evite a pena, mas apenas a retarde⁸¹².

4.2 O fundamento político da pena: o *potestas puniendi* em pele de direito de punir

A desconstrução do edifício clássico sobre a temática das teorias legitimantes da pena tem início com a constatação, desde a sua gênese, da punição como um dispositivo político que dispõe a pena orientada como um dispositivo bélico a serviço do poder que o possui e, por não ser algo apenas estático que “se tem”, principalmente o exerce. Nessa guerra, a estratégia da sua limitação é clara: aceitar a impotência e a incapacidade dos discursos penalísticos na contenção do crime para, taticamente, salvaguardar um número máximo possível de vidas humanas envolvidas no conflito. Essa aceitação não é acrítica, mas realista e obtida a partir da dificuldade em romper subitamente, por um lado, e a urgência em agir para evitar o alcance maior dos atingidos após a confirmação da crise de legitimidade do sistema penal, por outro.

Esse estratagema está intimamente ligado a uma discussão mais ampla de um programa político e uma criminologia envolvida no realismo marginal que envolvam a realização de objetivos político-criminais dependentes da decisão de “protagonizar uma aceleração histórica e não uma nova atualização que nos submeta ao tecno-colonialismo, como uma nova etapa de dependência genocida (seria a terceira em cinco séculos)” – onde, de acordo com esse programa, se poderia “demonstrar sucessivos objetivos estratégicos, tendentes a reduzir o exercício de poder do sistema penal e a substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos⁸¹³”. Assim, parte-se da constatação que a natureza da pena não é jurídica e nem pode

⁸¹¹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*, p. 271.

⁸¹² BATISTA, Nilo. *A pena nos tempos de cólera*, p. 261.

⁸¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, p. 180.

ser afirmada como tal e, muito embora aplicada como consequência do delito, não possui o fundamento jurídico atribuído e imaginado pelas teorias idealistas que a procuram justificá-la. A naturalização desse vínculo acaba escondendo a “relação tensa e não harmônica entre direito e pena criminal” – enquanto o modelo negativo desnuda qualquer fundamento jurídico e expõe as perspectivas tradicionais que “pressupõe a apoliticidade (neutralidade) do fenômeno punitivo, cujo efeito é o de obscurecer a seletividade penal” e, “portanto, a pena, como um ato de coerção imposto pela agência punitiva, legitima-se e realiza-se no campo da política, e não na do direito”⁸¹⁴.

Algumas dificuldades que produzem essa crítica são claras e dentre elas se podem citar (i) a **mudança discursiva** nas universidades e centros de difusão do saber penal com a introdução de discursos não-violentos (já que, mesmo na academia existem os corifeus legitimantes e reforçadores da legitimação do sofrimento promovido pela pena), além da neutralização da violência propagada nos meios de comunicação de massa e a inserção publicitária de materiais produzidos pela indústria local de entretenimento; (ii) o **controle técnico** que seja hábil a, simultaneamente, não restringir a liberdade de expressão e a desestimular conteúdos não-violentos, evitando exposições desnecessárias que dramatizam o já trágico episódio criminal por meio de incitações visuais catastróficas, cujo objetivo não é informar, mas angariar o consumo de audiência com desleais fins comerciais, despertando e normalizando a imposição da espetacularização de horrores como parte do serviço de notícias – nivelando por baixo e acirrando nos veículos de comunicação uma concorrência degradada da derrota humana⁸¹⁵. Esse apelo dos discursos clientelistas sabidamente falsos e, não à toa, teatrais e caricatos, acabam respaldados pela competitividade das agências de comunicação social que o produzem e se utilizam da astúcia publicitária que utiliza do simplismo da mensagem concisa, emotiva e impactante sobre a atenção para reduzir o espaço de reflexão para, com isso, se autolegitimar e enfraquecer os discursos que os desacreditam⁸¹⁶.

Identificar a pena como política e não jurídica é importante também para melhor compreender os discursos penais acerca da sua *finalidade*. Mais: essa identificação possibilita analisar “se a forma pela qual se pretende atingir o fundamento político da pena é capaz de legitimar o sistema penal ou se ela não possui tal capacidade de rendimento”⁸¹⁷. Isso igualmente

⁸¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 147.

⁸¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**, p. 180-182.

⁸¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 60-61.

⁸¹⁷ MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena**, p. 63.

serve para a deslegitimação, pois a simples resposta negativa àquela possibilidade é suficiente para o seu abandono. Legítimo, assim, seria o que possuísse características outorgantes de racionalidade e onde houvesse um alinhamento entre a elaboração discursiva e o sistema penal que o operasse – o que implica, aqui, em um conceito de racionalidade que alie a **coerência** interna do discurso jurídico-penal e o seu valor de **verdade** enquanto a operatividade social e que satisfaça os níveis **abstrato**, onde postulados e enunciados criminalizantes devem ser adequados à obtenção dos fins propostos (adequação meio-fim), e **concreto**, no qual há um acordo dos grupos humanos que o integram (adequação operativa mínima conforme planificação)⁸¹⁸.

O fundamento dos textos sobre direito criminal e sobre punição escritos por Tobias Barreto era a **luta**, e a luta pelo homem. Logo, a decisão política de se afirmar a sociedade explica e procura justificar o poder punitivo, como a guerra é um fenômeno para a sujeição de uma ordem política à outra, e assim como por intermédio da pena o homem acaba sujeito ao poder estatal, “o fundamento político da pena também deriva da luta”⁸¹⁹. Melhor, sob o ponto de vista da simplicidade, que o enunciado que emparelha pena à guerra, a conclusão de que “o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político” revela o que Tobias pensava sobre a punição, concluindo que “este ponto é capital” e que “o defeito das theories correntes em tal materia consiste justamente no erro de considerar a pena com uma consequencia de direito, logicamente fundada; erro que é especulado por uma certa humanidade sentimental”⁸²⁰.

4.3 Função de controle social: coação, violência e domínio em troca de algemas, mortes e autoritarismo

A definição do direito penal enquanto um saber-poder⁸²¹ está no limiar desse pressuposto do modelo negativo e sua função jurídico-política operada e instrumentalizada pelas agências punitivas. A forma de se fazer presente é sempre violenta e, apesar do discurso oficial tratar a segurança pública como um direito, se concretiza invariavelmente pelas polícias

⁸¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**, p. 20-23.

⁸¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Tobias Barreto e pena criminal**, p. 128-129.

⁸²⁰ BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**, p. 143.

⁸²¹ A ideia *foucaultiana* de que o poder produz saber e vice-versa ultrapassa e vai além da confusão do direito penal como a simples elaboração legislativa, a programação criminalizante e o poder punitivo. FOUCAULT, Michel. **Poder e saber**, p. 223-240.

e o uso da força monopolizada e autolegitimada. A pena fundamentada juridicamente reforça a ideia de controle ou, em outras palavras, “a coação, que se constitui fundamentalmente como ato de violência, encontra na pena o mecanismo ótimo de controle dos violadores da ordem social interna”, tal qual “no âmbito das relações internacionais, a coação aos dissidentes é efetivada por meio da guerra (sanção penal internacional)”⁸²².

Eis a real função da pena: amalgamar toda a violência punitiva e sintetizá-la na única resposta estatal a uma resistência ao controle social ou, “pensada de maneira agnóstica, sua imposição passa a atender a ditames de controle social e não mais de justa retribuição de um mal causado ou de medida por meio de cuja aplicação se busca a prevenção de novas condutas más”⁸²³.

4.4 O “fenômeno incancelável” da pena: nutrir e se alimentar do abolicionismo para superar a crescente onda punitiva

As propostas abolicionistas comungam ideias variadas para o fim, a redução e/ou a substituição do sistema penal por instâncias não-punitivas ou por soluções que, diferentemente da tradicional imposição de pena, não importe em uma decisão arrogante e verticalizada. O espírito **sensibilizador**⁸²⁴ existente nessas correntes se revela transcendente aos modelos e classificações habituais, considera a realidade social e os processos de criminalização e objetiva a contração da violência penal.

A constatação do fracasso punitivo parece insuficiente e provoca um efeito intrigante e paradoxal: quanto maior a concordância acerca da sua falência, maior a adesão e as propostas de enrijecimento. Nas democracias desnorteadas, esse fenômeno já foi denunciado por Antonie Garapon⁸²⁵. Remetida à esfera política, portanto, dada a impossibilidade de contenção dos fenômenos protagonizados pelos grupos sociais organizados e que se unem coletivamente, a pena deixa as aporias que a colocam em situação insolúvel e sem saída em face da sua incapacidade de fornecer racional e objetivamente respostas ou conclusões para as indagações filosóficas que a circundam.

⁸²² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 148.

⁸²³ TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 55.

⁸²⁴ SCHEERER, Sebastian. **Hacia el abolicionismo**, p. 21.

⁸²⁵ GARAPON, Antoine. **Bien juger: essai sur le rituel judiciaire**. Paris: Odile Jacob, 2010.

Olhar para um direito penal sem pena na racionalidade moderna – esvaziando o tradicionalismo do silogismo punitivo onde a premissa maior “é a formação identitária do Direito penal a partir da dor (sanção aflitiva)”, a premissa menor “é a missão do Direito penal de proteger bens jurídicos” e a conclusão inevitável de que “a missão do Direito penal só é alcançável pela pena”⁸²⁶ – é quase tão inimaginável quanto pensar no cenário de total ausência de conflitos humanos, independentemente do maior ou menor grau civilizatório. Um bom argumento pode ser acabar com a conversão da violência punitiva em exercício racional e legítimo da força e essa “neurótica tarefa” seria enfrentada por um contradiscurso correspondente a “quase uma clínica do sadismo do Direito penal”: rompendo com a finalidade universal e o esforço de impregná-la de uma racionalidade da qual não dispõe, onde a pena é um bem em prol da sociedade, operar-se-ia uma “reorganização do papel da pena no seio do Direito penal, libertando-o de um modelo centrado e referenciado unicamente na dor”⁸²⁷.

O realismo marginal, assim, cinde com a perspectiva idealista que tem nas teorias ressocializantes seu ponto de convergência. Não parece tão próximo o fim da pena quanto a sua aplicação tolerada por uma política redutora de danos, da mesma forma que é mais factível o início do percurso à terra prometida onde inexista pena a partir da aceitação de que, já não mais pretensamente fundada juridicamente, tenha na política a sua fundamentação. Não basta afirmar, ter consciência e vislumbrar que as teorias legitimantes da pena operam nas suas finalidades como anestésiantes também aos seus executores, funcionando como um analgésico para atenuar o mal provocado em suas consciências quando ministram dor a um semelhante⁸²⁸, é preciso, agora, acordar da letargia e empreender esforços para conter e até superar as embravecidas correntes punitivas.

Essa conclusão não é pessimista e, muito menos, conformista. É honesta e realista. Diante da constatação de que a curto e médio prazo é improvável a mudança das atuais formas de controle, “é possível afirmar que a sanção penal sobreviverá com outras formas de controle social” e “em consequência, somente é possível chegar a entender a tarefa da pena, tema central da teoria penal, se se coloca a pergunta acerca do que distingue o controle social penal das demais formas de controle social”, onde “a resposta é sua formalização, nos termos descritos no parágrafo anterior, isto é, como limite ao controle e garantia aos cidadãos”⁸²⁹.

⁸²⁶ TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 50.

⁸²⁷ TANGERINO, Davi. **Pena é política**, p. 51.

⁸²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sentido y justificación de la pena**, p. 40.

⁸²⁹ GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. **Direito penal contemporâneo**, p. 43.

4.4.1 Teorema de Thomas: “não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado”

A crueldade do evento *punição*, em maior ou menor grau e a depender do nível civilizatório do povo que sobre os seus integrantes recai, consiste em um sacrifício a ser suportado com base em um sentimentalismo e um apego ao receio de que sem ela não seria possível a existência da coletividade em comunhão. É indubitável, ainda, que a resposta penal ao sacrifício já sofrido é um outro martírio a ser imposto e cuja necessidade é irrenunciável. Tudo isso é fomentado discursivamente e estimulado ideológica e midiaticamente, embora muitas vezes seja apenas amplificada ou até inexistente, mas criada artificialmente para satisfação de pretensões escusas, mercadológicas ou publicitárias. E na base das proclamadas funções preventivas, seja geral ou especial, está a principal funcionalidade da pena, sem a qual não é possível falar em coerção psicológica, ou ainda da sua capacidade de advertir, sua potencialidade correccional, seu mérito de exemplaridade ou da sua aptidão neutralizadora: é a sua particular rudeza e inigualável habilidade de fazer mal que, embora omitida pelos preventivistas, constitui o primeiro e fundamental requisito funcional⁸³⁰ transmitido.

A validade no âmbito social da ideia **projetada como real**, acaba se realizando em suas **consequências**. Essa conclusão obtida a partir do sociólogo William I. Thomas que dirigiu a escola de Chicago até 1920 restou sintetizada em seu Teorema e se demonstrou em alguns episódios ao longo do século XX, como é o exemplo da experiência de anúncio na rádio da invasão de marcianos por Orson Welles em Nova York no ano de 1938. O pânico causado sobre eventos inverídicos comunicados como reais acabam definidos como reais em suas consequências e o são ou se acabam se tornando nesse sentido, já que no imaginário popular eles ocorreram. Alguns questionamentos sobre o terror da flexibilização de medidas desencarceradoras e a ampliação de direitos dos presos merecem ser feitos: i) a sociedade atual é mais ou menos violenta que as anteriores?; ii) nas sociedades cujas experiências antidemocráticas deixaram reminiscências, os efeitos perturbadores ainda provocam receios de superação ou a realidade naqueles períodos era outra?; iii) a violência é promovida ou apenas divulgada pelos programas policiais que a destacam?; iv) há relação entre a rigidez da lei penal e garantia de redução da impunidade (ou do aumento da punição) com a percepção social da eficácia disso?; e v) seria viável ou arriscado prescindir da pena, mesmo que temporária e experimentalmente, a partir da experiência civilizatória de renúncia à punição?

⁸³⁰ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 258.

A partir dessa teoria sociológica tem-se que a interpretação fática da situação-problema é responsável por causar a ação. Como nem essa e nem qualquer interpretação é objetiva, mas evitada de determinações que a influenciaram, as ações afetadas pelas percepções subjetivas acabam igualmente maculadas. Nos tempos atuais, a desinformação provocada pela ausência de checagem da veracidade e a velocidade com que elas são propagadas provocam exatamente isso: o descontrole na disseminação de dados imprecisos informando e influenciando o presente e, diante da série de definições nas quais o indivíduo está envolvido, a interferência gradual na sua personalidade. A implicação, logo, é a alteração das consequências a partir do quadro irreal criado ou artificialmente projetado como insuspeito.

4.5 A teleologia redutora do poder punitivo frente à tendência ao excesso: a única (possível) finalidade atribuída à pena

O modelo negativo, diferentemente do que pode parecer por força da aguda ofensiva contra as teorias justificacionistas e seus enganos, não é imobilista ou “apenas” crítico, mas também propositivo, uma vez constatado o caráter político e não jurídico da pena e desmente a falácia de paralisia do discurso jurídico-penal diante do quadro de intensificação da violência física e simbólica do sistema penal, assumindo responsabilidades com as divergências abertas em face do consenso discursivo e propondo alternativas possíveis e viáveis no cenário hermético promovido pelas ideias legitimantes. A capacitação de ações e ideias voltadas à proteção individual e ao reforço de garantias, além de relegar a segundo plano os discursos ressocializadores pautados no tratamento da clientela escolhida que – sobretudo na periferia latino-americana – ostenta monotonamente a mesma cor de pele e é composta maciçamente pelo mesmo estrato social, também retira qualquer resquício de legitimidade que autorize a intervenção violenta e cruel sobre os corpos dos selecionados.

A acusação aos setores críticos do pensamento jurídico-penal possui no seu âmago o objetivo latente de desabonar a deslegitimação da pena com a insinuação de que, no caso presente, o modelo negativo/agnóstico não oferece alternativas ou caminhos concretos na superação dessa realidade que ataca. Como dito, as incoerências são tantas que, para se chegar no espaço propositivo das ideias honestas, viáveis e possíveis, faz-se necessário enfrentar uma longa jornada percorrendo os vales e os cumes punitivos dos obstáculos diariamente validados pela legislação criminalizante, tais como o aumento de penas, a (re)invenção de crimes, o crescente e pluralizado vigilantismo e a blitz moral sobre os costumes e as subculturas.

Em cada etapa do processo punitivo, portanto, deve incidir a crítica ferrenha sobre as razões da punição e, como reação política, “o projeto de redução dos danos decorrentes da punitividade atinge todas as fases de sua individualização, no esforço de redefinir critérios de sua cominação, aplicação e execução, a partir da observância dos postulados constitucionais de proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso”⁸³¹. Esse é o ideal que, inclusive, permeou a reforma da parte geral do código penal brasileiro de 1984 no que toca à aplicação da pena, tendo o art. 68 resolvido em definitivo a problemática da quantidade de fases em que se daria o processo dosimétrico, cujo debate se arrastava desde a década de 1940 entre Nelson Hungria (cuja método trifásico prevaleceu e vigora até hoje) e Roberto Lyra (autor da ideia de divisão bifásica onde o juiz, analisando as circunstâncias judiciais do então art. 42 da redação originária juntamente com as agravantes/atenuantes para, em seguida, aferir as causas de aumento/diminuição da pena)⁸³². Aliás, esse sistema construído há quatro décadas controla com mais precisão a atividade judicial, muito embora estabeleça penas *parcialmente indeterminadas* – situando-o como intermediário entre do modelo de penas *fixas* majoritariamente utilizadas nos códigos criminais de 1830 e de 1890 e o sistema anglo-saxônico vigente até as “guideline centers” em 1980 de *total indeterminação*.

A aparente e inicial contradição existente no binômio deslegitimação-limitação é, talvez, o calcanhar de aquiles do modelo negativo da pena, além de ser a principal crítica dirigida – com alguma razão – ao pensamento de Tobias Barreto nos *Fundamentos do Direito de Punir*. No século XIX vivido por ele, momento histórico do giro discursivo correspondente à “viragem do discurso *liberal* clássico para no nascedouro do discurso *positivista* – *perigosismo-racista* (...) onde estava/está imerso o germe do pensamento antiliberal nas entranhas do próprio discurso penal clássico, que possibilitou a profusão de um pensamento de mínimo conteúdo pensante: o *positivismo criminológico* que reativou com força total o inquisitorialismo – criminologia etiológica – do baixo medievo”⁸³³, foi formulada a ideologia de defesa social entranhada nos postulados clássicos.

É exatamente sobre a premissa de que o *direito de punir* (como genérico de “direito de defesa”) deriva dos princípios fundamentais do direito natural que surge o direito de defesa de toda a sociedade exercido contra aquele que delinuiu, abrindo-se a prerrogativa de aplicar uma

⁸³¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, p. 273.

⁸³² Sobre esse ponto da reforma, ver o livro dos quatro autores responsáveis por essa parte da reforma. REALE JR. Miguel; DOTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Penas e medidas de segurança no novo código**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁸³³ AMARAL, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena**, p. 1603-1604.

pena como resposta presente a uma ofensa pretérita, rechaçando delitos futuros – o que, “por certo, assim, ela não será uma defesa individual e física, mas um bem coletivo e moral”, sendo a “resposta à violação de um dever social mais conveniente a sua incolumidade”⁸³⁴. Ou seja: punindo o delinquente pelo que ele é não pelo que ele fez, o positivismo criminológico e a etiologia criminal foram responsáveis pela “decadência do pensamento e a redução do saber penal a mero discurso policial”⁸³⁵.

Uma teleologia redutora, portanto, no discurso limite que é o discurso penal em “suas interfaces com o *poder*, a *guerra* e a *política*”, integra o conjunto de “*táticas* não universais em prol de uma *estratégia* clara de *limitação do poder punitivo*” que integra um projeto que visa reduzir a violência e o sofrimento povocados pela pena, funcionando aqui com rara precisão as imagens da **porta**⁸³⁶ que, mais importante que a figura da *ponte* limitada a ligar um lado a outro, pode articular-se para abrir ou fechar a depender do contexto e do **dique**⁸³⁷ que controla o fluxo das águas, mas não a pode impedir de fluir com a intensidade que lhe aprouver – aquele por opção, este por conveniência.

4.5.1 A falta de teorização e sistematização da métrica penal: uma *moderação cultural* a superar o raquitismo teórico dos discursos punitivos e a hipertrofia discursiva da dogmática

Para cada teoria positiva da pena existe uma função manifesta diversa que afirma a promoção de um bem para alguém, individual ou coletivamente. Isso leva ao esgotamento dos caminhos lógicos na argumentação racional, pois cada porta que se abre produz um horizonte autônomo e uma realidade própria de compreensão do direito penal e cada teoria constrói o seu edifício, erigindo um paradigma do saber penal. É dizer, por consequência lógica: “de cada discurso legitimante se deriva uma função e um horizonte” e, apesar das omissões dedutivas e as contradições não o invalidarem (porque os afirmam), provando sua própria incoerência, “não

⁸³⁴ AMARAL, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena**, p. 1604, a partir de ROMAGNOSI, Giandomenico. **Génesis del Derecho Penal**, p. 125.

⁸³⁵ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 526.

⁸³⁶ A lembrança é de AMARAL, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena**, p. 1608-1609, e remete à SIMMEL, Georg. **Pont et porte**, p. 161-168.

⁸³⁷ Já tão utilizada e citada nessa pesquisa e em outras inúmeras produções sobre o assunto, o uso da expressão “dique” resume com maestria a analogia de capacidade de contenção. Ver: KHALED JR., Salah H. **O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado**, p. 6-32.

o invalidam tampouco os ensaios de justapor elementos teóricos incompatíveis para ultrapassar um beco sem saída”⁸³⁸.

A desconexão da realidade da dogmática penal ao se afastar da sua função política não impediu, sobretudo ao longo do século XX, a hipertrofia discursiva que de alguma forma controlou o poder punitivo, habilitando-o apenas à determinadas lesões de bens jurídicos. O mesmo não ocorreu com a teorização sobre a pena, apesar de ser ela quem delimita o horizonte de projeção do direito penal. O vazio provocado por esse fenômeno abriu espaço para que os discursos idealistas – como “manifestações que legitimam as ações repressivas do Estado contra o cidadão submetido” onde “a partir de um local simbólico, o Estado estabelece sua argumentação tendo por auditório universal (o qual pretende convencer) o senso comum e auditório particular (o qual pretende persuadir) a classe dominante”⁸³⁹ – subjugassem o território jurídico da punição, já que é **nele** que está fundamentada e **sobre ele** que está assentada.

Enquanto a esterilidade do esquema surrado proposto pela preguiça manualesca abarrotava o mercado editorial jurídico-penal, a teoria da pena foi sendo preterida pelos estudiosos dedicados à teoria do delito, cuja fertilidade adveio dos avanços que podem ser creditados à abertura histórica, sociológica e filosófica, seja no aprofundamento ou na superposição de elementos fornecidos pela criminologia e política criminal. Enquanto a teoria do delito entrou no velocíssimo trem do século XX e encontrou algum aperfeiçoamento a partir de novidades em outras paradas, a teoria da pena ficou parada na estação, estagnada na matriz desenhada há quase duas centúrias⁸⁴⁰ e com sua historicidade suprimida.

Tem-se aqui um dilema a ser enfrentado pelos adeptos do modelo negativo e teorias deslegitimantes em geral e que toca tanto os atores judiciais que ministram a pena (juiz) e aplicam a pena (agências executivas) quanto os teóricos e estudiosos que as defendem. Se o controle judicial da violência punitiva e da coerção direta podem ser exercidos a partir da principiologia penal liberal e constitucional republicanas sem maiores complexidades, dada a

⁸³⁸ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 93.

⁸³⁹ “Evidente, portanto, que raramente as razões (ou convicções) serão semelhantes às racionalizações (ou justificações) do discurso. Desta forma, a melhor definição de “discurso do poder” está relacionada com as características típicas da propaganda: o discurso do poder na modernidade estaria caracterizado como propaganda, pois não é porta-voz dos consensos, atuando no convencimento e normalização até alcançar o custo de legitimação suficiente para determinada ação política”. In: DIETER, Mauricio Stegemann. **A função simbólica da pena no Brasil**, p. 2.

⁸⁴⁰ Sobre as raízes do *esqueminha* estéril delineado em 1830, ver BAUER, Anton. **La teoría de la advertencia y una exposicion y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2019. Também BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 255.

maior autonomia e liberdade decisória conforme a orientação maior, o mesmo não se pode dizer da dificuldade em lecionar um modelo inadmitindo o *centro gravitacional* sobre o qual ele gira e pelo qual é atraído – muito embora mais complexa a manutenção da irracionalidade das teorias idealistas após o desvelamento realizado pela crítica criminológica e penológica da teoria agnóstica⁸⁴¹.

A ciência total do direito penal de Franz von Lizst, por sua vez, propõe uma dogmática voltada à pedagogia e disposta à limitação da política criminal, cuja função programática de minimizar as decisões judiciais ao erigir uma base que legitima o poder do jurista e deslegitima o poder punitivo. O problema é que a política criminal operada pela dogmática correspondente à *carta magna do delinquente* desaguava na pena como prevenção especial e na retribuição pelo tratamento, agregando o valor de *proteção* à *retribuição* – que deixam de ser, para o autor, antagônicas⁸⁴². No seu Programa de Marburgo “elaborou um modelo de direito penal como instrumento flexível e multifuncional de ressocialização, neutralização ou intimidação segundo os diferentes tipos – adaptáveis, inadaptáveis ou ocasionais – de delinquentes tratados”⁸⁴³.

Em sentido positivo, pretender uma dogmática consequente que seja, simultaneamente, racional quanto à habilitação do poder punitivo e orientada por uma utopia abolicionista não é impossível, muito embora sua heterogeneidade soe inconciliável. Reconhecer a insuficiência de alternativas imediatas (imediatistas) não impede afirmar a deslegitimação da pena de prisão pois, diante da constatação empírica obtida a partir da realidade do seu desempenho histórico – essa postura nada mais é do que fruto de um imperativo ético-político promovido por um discurso igualmente guiado por um imperativo ético que o exige ser imobilista. Apenas uma reforma progressiva e permanente do sistema penal cuja atenção se volte, sempre que possível, a não perder oportunidades de sua contenção e, sempre que plausível, à sua eliminação/afastamento considerando as possibilidades reais de cada civilização, momento histórico e fluxos políticos articulados.

Não há aqui desencantamento. A abolição da prisão (e da pena que a viabiliza) não é um *sonho impossível*, mas se torna mais distante a cada desistência de experiências paralelas no presente e no futuro imediato que a reduza. Trata-se, portanto, da tentativa de uma **moderação cultural** que atravesse a ideologia inquisitorial e intransigentemente punitivista

⁸⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la “Croce Rossa” Giudiziaria*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del Garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 391-392.

⁸⁴² LISZT, Franz von. *La idea del fin en derecho penal*, p. 76-79.

⁸⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 268

consistente em uma preparação cultural como uma “definição autorizada da situação” que seja “seguida pela abolição”. Uma espécie de aposta que não franqueia totalmente à sorte o resultado da concretização das suas hipóteses, mas – sabendo exatamente quais serão as suas consequências, prevendo em retrospecto os desfechos quando se conhecem as respostas (o que “é mais um pós-dizer que uma predição”) e adotando metas possíveis –, se utiliza da mesma lógica presente no caso verídico da caça às bruxas na Espanha em 1614: uma **dedução**⁸⁴⁴ com

⁸⁴⁴ “Nas primeiras décadas do século XVII, por exemplo, o norte da Espanha viveu uma febre intensa de bruxas, ondas frenéticas de perseguições. A alegação era de que as bruxas francesas, em grande número, estavam cruzando as fronteiras e criando confusões nas regiões espanholas. Em 1610, um solene auto-de-fé ocorreu em Logroño, onde onze bruxas foram queimadas – algumas *in effigi* porque tinham sido torturadas até a morte – na presença de 30.000 espectadores. (...) O auto-de-fé de Logroño foi uma das maiores manifestações de caça às bruxas durante muitos anos. Para todos os contemporâneos sensatos, a instituição da caça parecia imutável, sólida e estável. Mas havia dúvidas bem profundas no interior da própria Inquisição, escondidas da observação pública. O que era a Inquisição? Usando uma metáfora, era uma enorme aranha de vigilância e força policial estabelecida primeiro no século XIII como uma força especial para combater a heresia e organizada na Espanha no final do século XV, com milhares de empregados e uma ampla rede de serviços de inteligência, forças policiais secretas, autoridades que sentenciavam e prisões; no início do século XVII, estava organizada em dezenove tribunais de inquisição, mais tarde vinte e um, distribuídos pelo enorme Império Espanhol. Após o auto-de-fé, em Logroño, na província basca, em 1610, aumentaram as dúvidas entre algumas pessoas. (...) Na sequência de eventos, havia no tribunal de Logroño, uma figura central, o inquisidor Alonso de Salazar Frías. Ele firmou seu nome e concordou com o auto-de-fé, em 1610. Mas estava muito preocupado com a prova. Quando o perdão era concedido, as denúncias e confissões eram retiradas. Sob qual critério poderia se dar maior legitimidade às confissões? Quando havia um enorme falatório sobre bruxas, elas apareciam. Não poderia o falatório ser tanto causa quanto efeito do aparecimento das bruxas? E não poderiam as confissões conter ilusões? Percebam que isso poderia ir de mal a pior para o indivíduo porque implicaria uma categorização legal e correta – e Salazar era um excelente advogado – seria a heresia ao invés da bruxaria, e a heresia, não a bruxaria folclórica, era a prioridade da Inquisição. Mas pelo menos, a pessoa não seria julgada como bruxa. Em termos organizacionais, quando os membros do tribunal local concordavam, *la Suprema* – que era a autoridade central do Santo Ofício em Madri – raramente intervinha. Mas, quando havia desacordo, podia resultar numa intensa comunicação com a autoridade central. E Henningsen e Lea descrevem como, de fato, Salazar começou a discordar do seu tribunal. Naquele tempo, a comunicação era lenta, os desacordos demoravam e as dúvidas também cresciam em outros distritos da vasta instituição. No meu modo de dizer, uma batalha importante, do tipo normativo e cultural, tomou lugar em várias regiões da Inquisição. Finalmente, *la Suprema* em Madri dividiu-se completamente. O que vem a seguir é um ponto importante: *la Suprema* tinha uma longa tradição de moderação ao sentenciar as bruxas – como, de fato, a Inquisição italiana fez: as principais perseguições na Europa, predominantemente, ocorriam nas áreas fora da jurisdição da Inquisição. De fato, *la Suprema* tinha a prática de perdoar frequentemente aqueles sentenciados à fogueira pelos tribunais locais. As posições liberais tinham voz no tribunal de *la Suprema*. Em outras palavras, estavam envolvidos dois níveis: a suprema autoridade que deu o apoio e o nível executivo que iniciou a mudança. Reconnhecemos este padrão das abolições parciais em nossa própria época, como o famoso fechamento das escolas de treinamento, em Massachusetts, na década de 70, por Jerome Miller. Sua revolta teve o apoio do Governador do Estado, o qual funcionou como um escudo protetor enquanto ele prosseguia com o fechamento. Há também outra semelhança: em ambos os casos, das bruxas no início do século XVII e das escolas de treinamento da década de 1970, a questão era não a reforma, mas a abolição, rápida e direta, como um golpe. Para encurtar a história, *la Suprema* autorizou Salazar e seus auxiliares a empreender o que hoje chamaríamos da principal investigação sobre as bruxas bascas – nos termos deles, uma visita ampla com um Edital da Indulgência para todos os membros da seita do diabo – entrevistando mais de 1.800 pessoas na região e resultando em 11.200 páginas de anotações sobre o interrogatório. Eu acredito ser o primeiro grande estudo empírico sobre bruxas. O achado mais importante do estudo é que não houve qualquer prova de bruxaria. Deixe-me ser exato: Salazar parece ter acreditado que as bruxas existiam; o nódulo para ele era a questão intelectual, uma prova decisiva. E ele achou que a melhor arma contra o aparecimento de um grande número de bruxas, de fato, era o silêncio: “Eu deduzo”, ele disse, na tradução de Lea, “que a importância do silêncio e da reserva da experiência mostrou que não havia bruxas nem enfeitados até que se começou a falar e escrever sobre eles.”. No final, *la Suprema* decidiu seguir as recomendações de Salazar para suspender os casos de bruxas. Isso foi feito como os advogados fariam: *la Suprema* solicitou-lhe para preparar um

anos antes da abolição da caça em outras regiões, “história de como todo um sistema penal, aparentemente sólido e duradouro, em uma escala mundial, com seus legisladores, juízes e milhares de administradores, desintegrou-se e desapareceu em um período de quatro anos”, suscitando a instigante e provocativa indagação de que “em 1487, quem acreditaria, quando Heinrich Institor Krämer e Jakob Spränger publicaram sua principal obra de teologia e dogma legal sobre bruxas *Malleus Maleficarum*, que a instituição de caça às bruxas algum dia iria desaparecer, assim como, de fato, a própria Inquisição?”⁸⁴⁵.

4.5.2 Em todas as utopias, os homens continuam morrendo: a *abolição parcial* da redução de danos para “salvar vidas, diminuir desigualdades e evitar sofrimento”

A distinção entre o pensamento *utópico* e o *ideológico* parece encontrar a maior precisão em um discurso proferido por Anísio Teixeira no ano de 1957, resgatado em sua biografia escrita por Hermes Lima – responsável também, sem qualquer favor, pela obra mais abrangente sobre a vida de Tobias Barreto, amplamente utilizada nesta pesquisa – e que para quem, biógrafo e biografado segundo Evaristo de Moraes Filho, “nem a utopia os assustava”. Conceitualmente, é igualmente importante a cisão entre pensamento utópico e pensamento impossível, já que, lembrando GARAUDY, “sem ser utópico, não se pode ser revolucionário” ou ainda, recordando a afirmativa de Julio Diniz, “o perigo está em chegar a persuadir-se de que as suas convicções eram sonhos, em perder o amor às utopias”⁸⁴⁶. No entanto, se é certo que “toda a ideologia perece simultaneamente com as relações sociais que a geraram”, é igualmente correto que “este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase na qual a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de dissimular e velar as relações sociais das quais nasceu”⁸⁴⁷.

novo conjunto de regulamentações para lidar com as bruxas. Na prática, as novas regulamentações, se adotadas, colocariam um fim aos casos e, de fato, elas foram adotadas, praticamente sem mudanças, pela *la Suprema*, em 1614. Um inquisidor liberal com apoio superior tornou-se instrumento na subsequente abolição da caça e queima das bruxas, curiosamente uma reminiscência aos profissionais envolvidos nas reduções das prisões e nas abolições dos tempos mais modernos. O nível superior, assim como o dos praticantes eram envolvidos. E minha interpretação é que *uma mudança cultural importante aconteceu no interior da Inquisição e a atravessou*. Em primeiro lugar, houve uma certa preparação cultural, um tipo de “moderação cultural” contra, pelo menos, a maioria dos tipos de caça. Esta “moderação cultural”, eu diria, tornou-se a definição autorizada da situação e foi seguida pela abolição a despeito do fato de que no ambiente havia o que hoje poderíamos chamar de um pânico moral em relação às bruxas”. In: MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI – abolição um sonho impossível?** p. 85-88.

⁸⁴⁵ MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI – abolição um sonho impossível?** p. 83-88.

⁸⁴⁶ DINIZ, Júlio. **A morgadinha dos canaviais**, p. 166.

⁸⁴⁷ PASUKANIS, Eugene B. **Teoria geral do direito e marxismo**, p. 29.

As matrizes solitárias e isolacionistas da utopia, quase sempre avessa ao contato e à troca, transformam os ideais abolicionistas. Ao tratar a realidade brasileira e a necessidade de mudança na sociedade desse tempo que convive com a miséria do povo, a invasão do capital estrangeiro, o imperialismo americano, a necessidade da reforma social no campo e na cidade, a implantação da pequena propriedade e a melhoria na qualidade de vida, se discute, inevitavelmente, a (in)viabilidade do fim da pena criminal – e, mais urgentemente, o fim da subtração do tempo por meio da privação de liberdade como forma de punição. O certo é que “nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade”⁸⁴⁸.

Nem sempre a proximidade do fim do cárcere esteve tão distante como na virada do último século para o presente. A superação da prisão como resposta monótona com a constatação falimentar prisional que reduziu o encarceramento ao suplício carnal e espiritual, bem como a indignação moral diante do fracasso das promessas esculpidas nas finalidades manifestas e a ausência de resposta razoável à indagação acerca dos motivos da prisão acenderam uma fagulha de esperança na terceira quadra do século XX – esperança essa fulminada com a era do grande encarceramento dos anos 1990 e o reforço da política de controle social em cuja centralidade se voltava ao cárcere⁸⁴⁹.

Algumas iniciativas empreendidas por Tobias Barreto confirmam que, ao contrário do sugestivo título dado ao livro⁸⁵⁰ de Evaristo de Moraes Filho, seu pensamento social revelava não ter ele “medo à utopia”. Um forte exemplo disso é que, apesar das dificuldades impostas pelas distâncias e dos poucos recursos financeiros, montou uma pequena tipografia em Escada para propagar suas ideias, onde imprimia o jornal alemão *Deutscher Kaempfer* e outras brochuras em alemão, enviando-os para cientistas e jornalistas europeus com o objetivo de “mostrar o ‘Brasil real’, com suas misérias e possibilidades, e não o ‘Brasil imaginário’ em voga no velho Continente”⁸⁵¹.

Outro ponto importante a fundamentar e fomentar as formas de reduzir os danos da pena pode também ser o confronto entre a Constituição Federal e a lei infraconstitucional, naqueles pontos em que por aquela não foram estas recepcionados. Isso porque as balizas dos direitos e

⁸⁴⁸ SCHEERER, Sebastian. **Towards abolitionism**, p. 7.

⁸⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p.11.

⁸⁵⁰ MORAES FILHO, Evaristo. **Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Sílvio Romero**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2014.

⁸⁵¹ REALE, Miguel. **Tobias Barreto na cultura brasileira**, p. 41.

garantias fundamentais do art. 5º sobre a imposição de penas estão firmadas na *personalidade* (XLV e L), *individualização* (XLVI e XLVIII), *integridade* (XLIX) e, com maior destaque, na *humanidade* (XLVII), sobretudo na *proibição do excesso punitivo*, interditando qualquer possibilidade de execução de penas letais, perpétuas, forçadas, de banimento e cruéis, descrevendo as condições imprescindíveis para a execução de penas habilitadas, sendo certo que “a consequência do entrelaçamento entre a ausência do discurso legitimador e a determinação de critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução é a projeção de uma *política punitiva de redução de danos*”, já que “o delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com ‘fins, funções ou justificativas’, indicando apenas ‘meios’ para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado”⁸⁵².

A proposta, então, deve exceder à simples exposição das inúmeras fissuras e déficits das teorias justificacionistas, já que, de tão repetidas e de tão conhecidas, caíram no *avesso do avesso do avesso* do descrédito: sua esterilidade anestesiante deve levar a ativar a sua dispensabilidade e não a manter a indiferença ao que realmente operam e não demagogicamente acabam por fazer. Assim, por meio de uma dogmática consequente operacionalizada pelos magistrados cômicos de que suas sentenças não poderão jamais habilitar algo positivo para as agências que as executarão, acredita-se mais proximamente na reconstrução do direito penal voltado a reduzir a brutalidade exercitada pelo poder punitivo. Ou seja: a motivação possível a justificar o exercício desse poder está voltada ao resgate do máximo de vidas possíveis, como numa guerra em que a programação obedece, nos limites das possibilidades, à estratégia salvacionista semelhante à missão da Cruz Vermelha, impotente a pôr fim ao conflito bélico – e aqui deve se colocar também a vida dos agentes públicos que empregam suas forças de trabalho em prol de uma engrenagem improfícua – direta e indiretamente envolvidas com o drama penal, além de diminuir as desigualdades e evitar o sofrimento coletivo⁸⁵³.

A ideia é clara e factível: a transposição da fundamentação do **jurídico** (declarada pelas teorias legitimantes) para o **político** (evidenciada pelo modelo negativo) por meio da demonstração de que aquela não encontra qualquer relação com o destino e os resultados que anuncia e a sensibilização por meio da revelação da extremidade entre os riscos do que sacrifica e as consequências que não evita são suficientes para o abandono definitivo do justificacionismo e a adesão imediata ao ideal redutor de danos do agnosticismo. Em suma:

⁸⁵² CARVALHO, Salo de. **Supérfluos fins (da pena)**, p. 14.

⁸⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la “Croce Rossa” Giudiziaria**, p. 393-394.

“não mais teorias justificacionistas do poder de punir, mas planos estratégicos de contração das violências das agências de punitividade”⁸⁵⁴.

4.6 Pena e Guerra: o discurso criminológico sobre origens, estratégias, táticas e contradições e um panorama da questão do outro

A história teve seu curso alterado, em diversos momentos, pelas guerras. Atualmente e apesar de todo o esforço de diálogo, difusão da tolerância religiosa, união das nações em prol da paz e propagação de ideais de igualdade e fraternidade, o mundo se tornou mais violento no começo deste século e acompanha pelo menos oito grandes guerras, além de dezenas de conflitos armados em disputas de territórios ou governos: desde o reacendimento da chama bélica entre Israel e o Hamas na Faixa de Gaza que acumula milhares de mortos e os conflitos armados em grande escala que ocorrem em Burkina Faso, Somália, Sudão, Iêmen, Mianmar, Nigéria e Síria, até a invasão russa contra a Ucrânia que já dura mais de dois anos e a guerra na Etiópia contra a TPLF (Frente de Libertação do Povo Tigray).

Eis que, não coincidentemente, se chega a mais um ponto em comum entre pena e guerra: enquanto o encarceramento em massa é uma realidade em todo o mundo, o número de conflitos armados aumentou e a quantidade de mortes relacionadas com combates cresceu 97% só em 2022, com uma alta de mais de 400% desde o início da década de 2000⁸⁵⁵. A motivação de ambas (aumento do número de pessoas encarceradas e crescimento dos conflitos bélicos), inclusive, pode ser identificada como semelhante: crescentes tensões econômicas e desequilíbrio social entre Estados/pessoas frágeis, por exemplo. A pressão por cessar-fogo faz com que pena e guerra se aproximem e se sustentem mutuamente distribuindo violência e ministrando dor: a imposição de sofrimento oculto na realidade prisional e da intencional falta de visibilidade nas guerras dificultam os corredores humanitários, envio de comida e remédio e a solidariedade de modo geral. Assim como as partes envolvidas nos confrontos – dentre elas as grandes potências planetárias – se sentem mais confortáveis por agirem no anonimato e usufruírem da impunidade escondidas dos holofotes dos veículos de comunicação, as unidades prisionais aumentam o isolamento e dificultam o acesso aos detentos com o mesmo fundamento: afastar o auxílio comunitário para gozarem de menos cobranças correcionais e

⁸⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, p. 268.

⁸⁵⁵ Os dados são do UCDP (Uppsala Conflict Data Program) e podem ser consultados com atualizações diárias no sítio eletrônico <https://ucdp.uu.se/>.

garantirem que as atrocidades tenham apenas como testemunhas as próprias vítimas. A prisionalização em massa por meio da criminalização da pobreza e as mortes provocadas na guerra geram, em comum, muitas mortes causadas diretamente pelos conflitos armados e em consequência da fome e de doenças causadas pelas crises humanitárias em larga escala.

De igual forma, independentemente do seu formato e como fora aplicada em cada civilização, a pena mudou o curso de muitas vidas envolvidas no drama penal. A substituição da política pelas armas – e estas como extensão daquelas, como queria CLAUSEWITZ quando cravou tanto a instrumentalidade da guerra, quanto a marca que ela traz consigo da política⁸⁵⁶ – decidiu os rumos da humanidade. No Ocidente, em nome do imperativo da segurança e da manutenção da guerra contra o terrorismo no *front* militar por meio de dispositivos securitários, se produziram fraturas e fendas nos princípios fundamentais democráticos e da soberania popular, o que levou à vigilância da vida privada a pretexto de prevenção das ameaças terroristas e à legitimação e cumplicidade por parte da grande mídia em face da totalidade desse processo de sequestro de direitos civis, onde os dispositivos de segurança estadunidenses passaram a penetrar e avançar em territórios aliados – o que levou ao questionamento frontal do próprio estatuto político da democracia e da república, levando, ao fim e ao cabo, a se colocar em questão o próprio estado democrático de direito⁸⁵⁷. Apesar de deslegitimada, inclusive normativamente a nível internacional, sua existência como fato da realidade – político e de poder – é inegável⁸⁵⁸.

A análise das quinze mais importantes guerras nos últimos 2.500 anos demonstra que a história dos conflitos bélicos não é recente, da mesma forma como antigo é o formato das punições e aplicação de penas criminais. Os dados que ilustram a agressão como instrumento de política externa são assombrosos: “entre os anos 3600 a.C. e 1950 d.C., o mundo conheceu 14.531 guerras (certamente não incluindo as guerrilhas e os movimentos de libertação nacional), que produziram 3,6 bilhões de mortos, vivendo somente 292 anos de paz”⁸⁵⁹.

E assim como as mudanças nos artefatos tecnológicos, a atualização do arsenal e os modelos armamentistas substituíram os navios a remo e as muralhas de pedra no ataque e na defesa das cidades – diferenças que se atualizaram desde a Guerra do Peloponeso na Grécia Antiga até o mais recente conflito entre Rússia e Ucrânia – as técnicas punitivas e de inflição de sofrimento passaram por incrementos e renovações que se adaptaram no tempo e no espaço.

⁸⁵⁶ CLAUSEWITZ, Carl von. **Da guerra**, p. 743.

⁸⁵⁷ BIRMAN, Joel. **Guerra e política em psicanálise**, p. 14-15.

⁸⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sentido y justificación de la pena**, p. 38.

⁸⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**, p. 165.

E essa **sofisticação da hostilidade**, comum à guerra e à pena, mudou significativamente a trajetória da raça humana e do formato de apresentar decisões revestidas de soluções para a resolução das contendas nomeados como *velhos problemas* vestidos em trajes novos que constantemente se recolocam perante a comunidade interna e internacional. Com a ignorância do outro e a desnecessidade da sua existência por meio da destruição dos laços sociais solidários e simpáticos, a **segurança** é conferida como valor absoluto e reforçado na imagem bélica projetada na legitimação do poder punitivo exercitado, aniquilando os objetivos comunitários que acabam por desaparecer.

No âmbito do direito internacional, a elaboração doutrinária sobre um suposto *direito da guerra* (ou *na guerra*) se preocupa na base com o princípio da solidariedade e interdependência entre os Estados no contexto em que se analisa o fenômeno manifesto por meio de divisões, conflitos e momentos de desagregação da vida social. A criação de regras e limitações comuns atenua eventuais rupturas culturais e tem suas raízes na velha concepção teológica de comunidade internacional que pretendeu lançar o alicerce para a construção do que seria uma verdadeira *ordem jurídica internacional* a “ser fundamentada em elementos que – perante arbitrariedades ‘canônicas’ que caracterizaram as tentativas de normatização da esfera internacional da esfera internacional da cultura jurídica da Idade Média –, trariam consigo a racionalidade dos antigos *jus naturalis* e *jus gentium*”⁸⁶⁰.

Não é possível apenas lançar o foco nas consequências dos longos períodos de privação de liberdade ou ainda dos estopins que fizeram eclodir as pelejas, mas voltar às origens de ambas para melhor interpretar a história das penas e do poder punitivo, bem como da história militar e da geografia política para, só então, se obter indicadores similares no emparelhamento de ambas, a ponto de se chegar à unidade básica que a intuição de Tobias Barreto alcançou. Abordar as dimensões estratégicas evidenciadas pelos contextos socioculturais parece ter como um bom início a análise do perfil dos principais envolvidos do drama conflituoso: desde questões individuais, passando pelas ideologias e chegando até as conclusões decisivas – tanto para a guerra, quanto para a pena. Como em uma guerra, há episódios mais e menos decisivos no campo de batalha do processo penal.

4.6.1 O discurso bélico da *segurança nacional* e a ideologia da guerra permanente

⁸⁶⁰ JÚNIOR, Arno Dal Ri. **Apresentação**. In: GENTILI, Alberico. *O direito de guerra*, p. 10-11.

O (des)respeito e a (in)observância das regras do jogo no qual consiste o conceito contemporâneo de *fair play* adquire contornos bélicos cuja origem está na difusão por meio do discurso de **segurança nacional** “que compartilha seu caráter de *ideologia de guerra permanente* (inimigo disperso que aplica pequenos golpes) com a concepção bélica do poder punitivo”⁸⁶¹. O modelo de *guerra suja* perene que se contrapõe ao de *guerra limpa* desobriga as decisões estatais, em nome da segurança coletiva, à obediência às leis da guerra na medida em que o adversário que se enfrenta não usa da mesma honestidade expectada e a consequência é que “com este argumento se adestraram forças terroristas que nem sempre permaneceram fiéis aos seus treinadores”⁸⁶² – tornando todas as facetas do que se tem como **crime político** (crimes de guerra, violações dos direitos humanos, operações policiais ilegais da polícia secreta, o genocídio como limpeza étnica, os crimes cometidos pelas polícias, a vigilância, perturbação e experiências ilegais) como **guerra** fosse.

Com a instalação do terrorismo de estado, na “guerra contra a criminalidade” vale tudo – sob a ótica de validade e validação da perseguição individual, mas também de afastamento dos limites impostos para barricar o autoritarismo e a tirania, o que levaria à perda da legitimidade pelo rompimento dos limites éticos cuja imagem restaria aniquilada – tudo sob o argumento de que “assim como a ‘subversão’ habilitava o terrorismo de estado, o delito habilitaria o crime de estado”⁸⁶³. Essa permissividade autoconcedida que fundamentava a ideologia da segurança nacional foi aos poucos, em um processo de transição nem sempre lento ou gradativo, sendo substituída discursivamente pela ideologia de **segurança cidadã** difundida no imaginário social, o que correspondeu ao empoderamento e à militarização das polícias que se agigantaram e para as quais migraram o poder então monopolizado pelas agências militares. Assim, tal como realizado na abordagem da atual segurança cidadã (ou *segurança presente* como implementada no Rio de Janeiro), a política de “*tolerância zero*” e as contínuas objeções nascidas no “*nothing works*” se utilizam do discurso de proteção das vítimas para institucionalizar a repressão e o autoritarismo – mesmo que, assim como ocorre na guerra, a vítima é relegada a segundo plano e abandonada à orfandade.

⁸⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 58.

⁸⁶² ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 58 a partir de HAGAN, Frank E. **Political Crime**.

⁸⁶³ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 58.

Como se previsse o cenário atual de graves ameaças ao estado de direito e de soerguimento do estado de polícia originando a **ditadura da segurança urbana** – hoje pulverizada e diluída com a confusão entre o público e o privado, as polícias e as milícias armadas que criam os riscos para vender a proteção deles, além do estímulo à descrença nessas instituições oficiais para fomentar a confiança no armamentismo e as formas particulares de defesa violenta – as implicações da imagem bélica do poder punitivo, antecipadas por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, se tornaram profecias realizadas que merecem ser destacadas: a) aumentar os níveis de antagonismo nos estratos sociais inferiores; b) impedir ou dificultar a coalizão ou o acordo no interior desses estratos; c) aumentar a distância e a incomunicabilidade entre os diversos estratos sociais; d) potencializar os medos (espaços paranoicos), as desconfianças e os preconceitos; e) desvalorizar as atitudes e discursos de respeito pela vida e pela dignidade humana; f) dificultar as tentativas de encontrar caminhos alternativos para a solução de conflitos; g) desacreditar os discursos limitadores da violência; h) apresentar os críticos do abuso do poder como coniventes ou aliado dos delinquentes, criando máximas populares rotulacionistas e vinculativas; i) habilitar, no que concerne a esses críticos, a mesma violência concernente aos delinquentes⁸⁶⁴.

A síntese, portanto, da imaginação de guerra (ou de imagem bélica) traduzida no fenômeno da punição está na absolutização do valor segurança que debilita os vínculos sociais horizontais solidários e reforça os elos verticais de sujeição, substituindo o modelo comunitário de organização social pelo corporativo. A consequência disso é a fragilização individual em face do agigantamento de quem exerce a autoridade e por força do isolamento produzido pelo estímulo ao rompimento das relações empáticas e altruístas de mutualismo, tornando única a imagem vertical do modelo do estado de polícia⁸⁶⁵.

4.7 Hobbes, o soberano como gládio do castigo e o poder punitivo discricionário: não há poder maior que esse

A crítica do modelo negativo é também a crítica ao poder soberano: diante da consolidação das relações entre o poder político e a violência exercida por meio da pena –

⁸⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 59.

⁸⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**, p. 59.

evidenciada pela simetria constituída entre eles – bem como em face da centralização do poder que origina a imposição de sanções justificar invariavelmente o projeto político legitimador dos Estados modernos, impossível dissociar as bases que concretizam o uso da força como coerção legítima do poder aos discursos racionalizantes da pena. Dentre as características essenciais dos Estados modernos está a ideia limítrofe territorial onde, nesse perímetro, se reivindica (para então se exercer) o monopólio da violência física (para então se legitimar).

Esse “direito à violência” atrelado à ideia de território que, por sua vez, está na fundação da construção do conceito de Estado foi mencionado por Tobias Barreto como fundamento do *potestas puniendi*, sendo essa ideia um dos elementos que integram o conceito geral da sociedade. Aqui, **poder** e **direito** se divorciam conceitualmente para, irreversivelmente, não mais se unirem: provando que esse desequilíbrio ultrapassa a simples distinção vocabular e com posição firme da teoria política, Tobias afirma que, tão estéril quanto o sofisma de pretender converter em um *status clausae et contraversiae* uma condicionante inaugural de um povo organizado (condição geográfica), “do mesmo modo não passa de uma phrase ôca do sentimentalismo liberal a afirmação, real ou aparentemente sincera, da inadmissibilidade de um direito de punir, capaz de justificar o poder que tem a sociedade de impor penas aos que reagem contra a ordem por ella estabelecida”⁸⁶⁶.

Essa reivindicação do monopólio do uso da força e a busca da sua legitimação que instauram a ordem jurídico-política, bem como a consequente imposição (agora e uma vez já *legitimada*) da pena como ato violento e programado pelo poder político, racionalizado pelo saber jurídico-penal e aplicado concretamente pela autoridade constituída caracterizam e representam a sanção penal na modernidade. Para viabilizar essa violência e dar-lhe ares passíveis de contenção, o discurso oficial das teorias idealistas da pena limitam internamente o exercício dessa força às regras e, assim, buscam legitimá-lo.

Ocorre que esse esforço normativo de *limitação legitimante* ignora – já que apenas por isso se dissocia eticamente do próprio crime, o que pode facilmente se tornar retórico – os efeitos nefastos que provoca porque está focado no **antes** e são indiferentes quanto às consequências individuais (centradas no apenado) e coletivas (diluídas no corpo social) percebidas **depois** na realidade concretizada e não apenas idealizadas discursivamente. Essa vinculação à teoria política faz do debate sobre as teorias da pena algo mais importante e central

⁸⁶⁶ BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado **fundamento do direito de punir**, p. 130.

do que a própria teoria do fato punível, considerando a convergência identificada entre elas e o esforço de acomodação visando à racionalização dos grandes modelos narrativos.

A frase inicial da Parte II do *Leviatã* que esvazia à condição de meras palavras os pactos desprovidas da espada (“*Covenants without the Sword are but Words*”) está baseada na ideia de fraqueza dos vínculos verbais que condicionam fatos futuros frente ao ímpeto das paixões humanas, caso não haja o medo imposto por algum poder coercitivo⁸⁶⁷. Com o medo difundido e sua capacidade incomum de inibir a razão, o perigo que dele artificialmente emana é o que permite um homem exercer sobre outro poder de coerção. Já em *Do Cidadão*, para explicar em que consiste o **gládio da justiça**, Hobbes – contratualista que era – assenta qualquer poder político no consentimento inicial do povo a ser governado, definindo o *direito de punir* desde a renúncia coletiva quando “entende-se que alguém recebe o direito de castigar quando todos contratam não socorrer aquele que há de ser punido (...) e esse tipo de contrato os homens observam bastante bem, em sua maioria, até que eles próprios ou seus amigos próximos venham a sofrer por sua causa” – e, ainda, afirmando que o gládio da justiça pertence a quem possui o mando supremo, “para a segurança dos particulares – e, por conseguinte, para a paz comum –, que o direito de usar o gládio do castigo seja transferido a algum homem ou conselho, necessariamente se entende que este tenha direito ao poder supremo na cidade. Pois quem tem o direito de punir à sua discrição tem direito a compelir todos os homens a fazerem todas as coisas que ele próprio quiser, e não se pode imaginar poder maior que este”⁸⁶⁸.

Vê-se nas duas obras de referência de Hobbes, sobretudo a partir do contraponto histórico com Spinoza⁸⁶⁹, que geralmente se encarna em Locke a análise do conteúdo da reflexão filosófica sobre **direito e punição** – quando, na verdade, o capítulo VI de *Do Cidadão* já traz a ideia de que potência é a medida do direito e revela a falsidade da concepção de um suposto “direito penal subjetivo” já revelado anteriormente nesse trabalho, mostrando que tanto a aplicação quanto a execução da pena consistem, invariavelmente, em si mesmos atos de poder.

4.7.1 O “direito” soberano de fazer sofrer e a teoria de Estado no *Leviatã*: uma crítica da perspectiva social (consensualista) e a fundamentação (contratualista)

⁸⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 126.

⁸⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, p. 104.

⁸⁶⁹ Mais detidamente, nesse sentido, ver BATISTA, Nilo. *Spinoza para criminalistas*, p. 211-220.

É importante refutar a afirmação de que para Hobbes, em qualquer circunstância – seja na condição natural, seja na sociedade civil – não havendo o Estado enquanto poder punitivo, nenhum compromisso que os homens firmem pode possuir validade. Isso faz ruir toda a teoria do contrato hobbesiano para a fundação do Estado, porque, se o Estado também nasce de um pacto, é claro que nunca terá como vir a existir, já que, se a espada do soberano é indispensável antes da fundação do poder soberano, fica a dificuldade de como se pensar a fundação do próprio poder soberano. Nesse sentido, há um argumento do Renato Janine Ribeiro que defende que Hobbes admite que há pactos que valem mesmo quando não há poder soberano⁸⁷⁰ – e a elucidação desse aparente problema conceitual levaria um espaço maior do qual aqui não se dispõe.

Essa suposta dificuldade diz respeito à afirmação de que, para Hobbes, não havendo o Estado enquanto poder punitivo, nenhum compromisso que os homens firmem pode possuir validade. Tal interpretação tem origem na frase que praticamente inicia a Parte II do *Leviatã* e que diz que *os pactos sem a espada não passam de palavras*. Da leitura dessa declaração hobbesiana abre-se a pergunta sobre a validade do primeiro contrato entre todos os futuros cidadãos: que é justamente o contrato criador e fundador do Estado. Isso porque quando ele é firmado, “ainda não há a espada do poder soberano para garantir o seu cumprimento e, ao que parece, nenhum pacto tem valor na ausência do Estado, já que ele não pode forçar o cumprimento”, logo, “por esse motivo, se o Estado também nasce de um pacto, fica claro que nunca terá como vir a existir, pois se a espada do soberano é indispensável antes da fundação do poder soberano, fica aqui uma dificuldade de como se pensar a fundação do próprio poder soberano”⁸⁷¹.

A condicionante de um poder comum que esteja acima dos contratantes, com direito e forças suficientes para fazer valer o cumprimento de suas decisões, torna o pacto no qual nenhuma das duas partes cumpriram seus encargos imediatamente válido. Isso porque, segundo Hobbes no *Leviatã*, existem três tipos de pactos possíveis⁸⁷²: (i) aquele mútuo, ambas as partes cumprem seus compromissos no ato e, na ausência de comprometimento futuro, acaba inexistindo problema jurídico – sem garantias, apenas com os vínculos das palavras que são demasiadamente fracos na contenção das paixões e dependente do medo do poder coercitivo; (ii) outro onde uma parte cumpre no momento e a outra parte apenas no futuro, cuja base é a

⁸⁷⁰ RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes**, p. 51-77.

⁸⁷¹ FREITAS, Willam Gerson de. **Hobbes**, p. 174.

⁸⁷² HOBBS, Thomas. **Leviatã**, p. 126.

confiança daquele que decide ser o primeiro a cumprir naquele que apenas realização no futuro a sua parte no acordo⁸⁷³ – aqui, considerando as três causas da guerra; e (iii) bilateralmente, já no último, ambos se comprometem a realizar o acordo no futuro⁸⁷⁴.

É justamente no segundo tipo de pacto que reside o objeto da presente comparação: no capítulo XIII do *Leviatã*, as três causas da guerra apontadas – *competição* (desejo pelo que é do outro⁸⁷⁵), *desconfiança* (desdobramento da primeira) e *glória* – também demonstram como a suspeita de intromissão sem autorização transforma o outro no inimigo e que, “estando todo em posição de guerra, qualquer coisa pode ser o estopim para o conflito”⁸⁷⁶. Sem a necessidade da espada (elemento externo à ordem jurídica), “na prática, é a coerção (o gládio da justiça e da guerra) que conserva a paz”⁸⁷⁷.

Na condição natural da humanidade em Hobbes, diante das três causas da guerra, o que leva os homens a ferirem-se mutuamente nem sempre é a escassez das coisas pelas quais nutrem apetite, mas também o poder oriundo da posse do que não podem desfrutar em comum ou dividir⁸⁷⁸. Ou seja, “nessa disputa há um poder mais perigoso e danoso do que o da espada visível (o gládio da justiça e da guerra empunhada): a reunião no comando do soberano do poder temporal e espiritual, civil e eclesiástico – a espada invisível da fé e da religião sustentada pelo clero com o objetivo bem definido de destruir a paz, maquinando a sedição” e “a ideia de que a dependência do poder punitivo é gerada pela necessidade de fazer valer a lei em caso de descumprimento dos compromissos sociais (‘os pactos sem a espada não passam de palavras’) traz consigo uma aparente contradição que confirma a desnecessidade do poder punitivo e esvazia de sentido a sua expansão”⁸⁷⁹.

⁸⁷³ “Se o primeiro dos contratantes já se desincumbiu de sua parte, o segundo não tem como escusar-se, embora ainda não exista poder comum para coagi-lo (atenção ao *either...or*). Contudo, como ambos temem cumprir sua obrigação primeiro, o pacto obrigatório na condição natural será aquele em que um entrega um bem, já, contra o qual o outro assume uma obrigação para o futuro”. In: RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**, p. 166.

⁸⁷⁴ “Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente a sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor o seu cumprimento, ele não é nulo”. In: HOBBS, Thomas. **Leviatã**, p. 118-119.

⁸⁷⁵ “Se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos”. In: HOBBS, Thomas. **Leviatã**, p. 107. E muitos, ao mesmo tempo, têm um apetite pela mesma coisa; que, contudo, com muita frequência eles não podem nem desfrutar em comum, nem dividir”. In: HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, p. 30.

⁸⁷⁶ FREITAS, Willam Gerson de. **Hobbes**, p. 180.

⁸⁷⁷ FREITAS, Willam Gerson de. **Hobbes**, p. 183.

⁸⁷⁸ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**, cap. I, § 6, p. 30.

⁸⁷⁹ MELO, Rafael Fonseca de. **Toda vingança é contra o tempo**, p. 106.

A dependência de validade dos pactos à preexistência do poder punitivo oficial, portanto, se mostra ilusória – seja pela ausência de espada que antecederesse à fundação estatal na garantia do cumprimento/validade do contrato (de onde viria a coerção do pioneiro contrato a fundar o poder com a inexistência do gládio?), seja pelo trato humano indistinto na sua condição natural ou civil organizada que inviabiliza a existência do Estado nascido do pacto sem espada soberana e coloca em rota de colisão o itinerário argumentativo sobre a garantia de cumprimento do pacto no nascedouro (como defender que o medo de algum poder coercitivo pode inibir a conduta delituosa se os vínculos das palavras são demasiados fracos para conter os impulsos e as paixões humanas?), ou ainda o estabelecimento do estado de guerra que desnuda o pretensio fundamento jurídico da pena por meio da associação da natureza bélica humana à sua ambição e busca de posição privilegiada por primazia e superioridade (se não é a escassez de recursos mas a expansão do poder por meio das conquistas que leva à necessidade da adoção de medidas preventivas de proteção voltadas para a dissuasão, a mera possibilidade de ampliação alheia do poder leva à imperatividade de precaução e cautela defensivas – cujo estímulo é a desproporção entre a quantidade de bens e as necessidades humanas).

É a conflituosa concepção humana que fundamenta a guerra como uma “continuação da economia burguesa por seus próprios meios, desmedidos”⁸⁸⁰ e que cria o conflito do qual se utiliza a pena para se legitimar. No dilema entre combater o inimigo (artificialmente criado ou humanamente materializado) dentre os seus semelhantes e o soberano credor de obediência, nasce uma ambiência individualista e competitiva onde a mínima diferença é estopim para o conflito. Assim, “percebe-se o encontro entre as três causas da guerra apontadas inicialmente: a desconfiança como desdobramento da competição que se entrelaça à glória como motivos da discórdia entre os homens”⁸⁸¹.

4.8 O princípio da *less eligibility* no território livre do Direito e o espaço de “não-direito” ocupado pelos cidadãos de “segunda categoria”: quanto pior, melhor (ou como fazer o bem com o mal)

A exposição prisional em seus aspectos materiais realizada pelo discurso comparativo entre as condições de vida no cárcere e fora dele, onde no intramuros elas devam necessariamente ser piores que a qualidade dos trabalhadores livres, realiza-se a partir do

⁸⁸⁰ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo*, p. 24.

⁸⁸¹ MELO, Rafael Fonseca de. *Toda vingança é contra o tempo*, p. 107.

interesse em preservar o caráter punitivo e em se reforçar a dissuasão em face do custo da opção de delinquir. Seja declarada ou contidamente, essa expectativa possui requintes de crueldade, por isso a impossibilidade constitucional de sua defesa pública e oficial e as mutações discursivas pelas quais passou para que fosse possível se operacionalizar e propriamente ser aplicada ao arrepio de previsão legal. Aliás, de **dupla crueldade**, já que a precariedade do ambiente prisional e o sacrifício dos direitos do preso são estimulados com o argumento de que, mesmo deliberadamente diante de um mal causado e subtraída sua *liberdade* como uma das poucas (ou a única) coisas que ainda lhe restam, apenas privando sua *dignidade* e alcançando diretamente o seu corpo submetido ao sofrimento maior se alcançará a realização dos objetivos declarados da pena como consequência naturalizada do crime.

A atualidade de algumas construções teóricas que legitimam essa diferenciação social demonstra o quanto essa perversidade se introjetou sorrateiramente no discurso punitivo oficial, saindo do imaginário odioso humano: exemplos disso são as teorias americana e alemã⁸⁸² das *hands-off* e *supremacia especial*, respectivamente, difundidas também na doutrina italiana⁸⁸³. Enquanto aquela defendia o afastamento do Poder Judiciário de regulação das unidades administradas pelos órgãos executivos de Administração Penitenciária, essa procurava justificar a existência de zonas neutras (ou territórios livres) do direito onde subsistia apenas a relação de estreita obediência e de indiscutível sujeição.

Aqui a profecia de descuido do Poder Judiciário que, no caso brasileiro, tem o dever de inspeção e correição⁸⁸⁴ parece natural, já que o domínio dos corpos na execução penal pertence à Administração Pública (Poder Executivo) e qualquer intervenção nela importaria em usurpação e/ou subtração de poder. Essa indiferença com a malignidade em desfavor dos presos é lavada com as mesmas águas que aseou as mãos de Judas Iscariotes, entregando os presos à morte diária e paulatina. Nesses *lugares da disciplina* e vigilância hierarquizada onde as sanções normalizadoras desumanas se naturalizam⁸⁸⁵, são desenvolvidos ambientes de dominação discricional (embora ditos livres) do homem sobre o homem, exprimindo “sobre os

⁸⁸² MAYER, O. **Deutsches Verwaaltungsrecht**. Berlin, 1924 (reedição); SCHMITTHENNER, F. **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Straasrechts**. Hamburgo-Berlin-Frankfurt am Main, 1967 (reedição), a partir de PAVARINI, Massimo. **Estratégias de luta: os direitos do preso e o abolicionismo**, p. 127. Conferir, ainda: PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**, p. 235 e ss.

⁸⁸³ PAVARINI, Massimo. **Estratégias de luta: os direitos do preso e o abolicionismo**, p. 127, a partir de OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concerto di supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina**. Milano: Giuffrè, 1953.

⁸⁸⁴ Art. 66, VII da LEP: “Compete ao Juiz da execução: (...) inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”.

⁸⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 143-148.

limites que o Direito pode ou poderia pôr às relações de domínio” e “deixa somente entender que este não poderá jamais ser completamente preenchido, hegemônico pelo ‘Direito’”, onde “permanecerá sempre um núcleo resistente e refratário, embora mínimo, de liberdade ‘do’ Direito”⁸⁸⁶.

Para se confutar o argumento de *less eligibility* na realidade brasileira a partir da promessa de prevenção especial negativa, bastam um olhar rápido e não muito diligente para a concretude da vida – o que leva ao reconhecimento que apenas masmorras e calabouços medievais superariam a intensidade do sofrimento imposto pela ausência de oportunidades e condições mínimas de sobrevivência fora do cárcere. Ou seja: em uma realidade tão degradante e miserável é inimaginável que as condições carcerárias sejam mais convidativas aos setores sociais empobrecidos da sociedade a ponto de serem instrumentalizados na superação daquela precariedade extrema⁸⁸⁷.

O tratamento dispensando a esses cidadãos de segunda categoria que não vão nas classes executivas, ao contrário, mas nas executadas, encontra concretamente no cárcere insalubre “um *locus* de relativização da universalidade característica dos direitos humanos, em verdadeira manifestação do estado de exceção”⁸⁸⁸. Não raras vezes, em ato falho, são publicizados em tom de desperdício os números de “quanto custa” um preso no Brasil. Independentemente da duvidosa (quando existente) metodologia utilizada para se chegar àqueles valores e do compromisso ideológico de quem a faz ou se eles consideram que esse cálculo, dada as condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros, dizem mais sobre os elevados custos dessas unidades e dos desvios e superfaturamentos no fornecimento de insumos e mantimentos do que propriamente se os recursos são elevados ou poucos – fazendo lembrar o monólogo de Woody Allen que reproduz uma conversa entre duas idosas em uma estância de férias, quando uma reclama à outra a péssima qualidade da comida, no que é rebatida de que pior do que sê-la ruim é que as porções sejam pequenas⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ PAVARINI, Massimo. **Estratégias de luta: os direitos do preso e o abolicionismo**, p. 127.

⁸⁸⁷ MARTINS, Rodrigo de Azevedo. **Finalidades da pena**, p. 156.

⁸⁸⁸ CACICEDO, Patrick. **O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os Tribunais Superiores**, p. 307.

⁸⁸⁹ Em “**Noivo nervoso, noiva neurótica**”, eleito o melhor filme no Óscar de 1977, dirigido e estrelado por Woody Allen e Annie Hall, ele descreve, em monólogo, um diálogo entre duas senhoras inconformadas com as pequenas porções das horríveis refeições – ilustrando o que ele sente em relação à vida que apesar de “cheia de solidão, e infelicidade, e sofrimento, e desgostos... acaba tão depressa”.

4.9 Projeções político-criminais do modelo negativo: como a *práxis* pode viabilizá-lo e ser por ele influenciada?

A constatação de que a violência e a arbitrariedade na aplicação da pena muitas vezes superam a ferocidade e a brutalidade do próprio crime tem levado o legislador brasileiro, mesmo que timidamente em um esforço preguiçoso, a inserir no ordenamento alguns dispositivos de redução da selvageria punitiva. Em meio à controvérsia sobre a possibilidade de aplicação e execução de uma **pena justa e útil**, alguns instrumentos substitutivos e de negociação foram ao longo dos tempos sendo incorporados com a promessa de desencarceramento, mas que, ao final, desencadearam uma ampliação do vigilantismo e do agigantamento do estado de polícia, além do reforço e da relegitimação dos discursos ressocializadores. O que se revela, portanto, é que “qualquer reforma da Justiça criminal pressupõe, e nisso reside a garantia de sua própria coerência, uma opção político-criminal” – adoção revelada, por sua vez, por dedução ao final da reforma⁸⁹⁰.

Todos os esforços direcionados à diminuição dos riscos de incidência do poder punitivo, contendo a sua fúria bélica e enfrentando com estratégia seu forte aparato de guerra, se tornam válidos na ação política de redução de danos. A pauta aqui, portanto, é direcionada a (i) o que fazer para avançar tática e pontualmente no campo de batalha discursivo para (ii) diminuir o sofrimento provocado pelo avanço contínuo do autoritarismo direcionado aos batalhões formados por corpos-alvos desprovidos de poder político e (iii) projetar no *front* das conquistas dos resgatados e na menor incidência da ação armamentista um horizonte sensibilizador onde a pena seja mais questionada e menos aceita socialmente, além de menos aplicada por meio de uma dogmática consequente que mais criteriosamente a habilite.

Analisando os julgados do STJ no primeiro semestre de 2023, obtem-se a revelação de que pedidos de *alteração de dosimetria* da pena, *aplicação do redutor* do tráfico privilegiado e *revogação de prisão preventiva* foram os temas que mais levaram o Superior Tribunal de Justiça a conceder a ordem em *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus*. Esses dados revelam que os critérios utilizados pelos juízes e tribunais de segunda instância na fixação das penas a partir do sistema trifásico de dosimetria se alinharam muitas vezes às **questões pessoais** do julgador (moral, religião, etc.). A percepção dos ministros do Tribunal da Cidadania, Corte cuja função precípua é uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, foi de que os motivos

⁸⁹⁰ BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 79.

determinantes das condenações precisavam ser revisados levou a corte a conceder a ordem em 1.903 processos, redefinindo a *dosimetria*, e em 1.300 para aplicar o *reductor* de um sexto a dois terços da pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º da lei nº 11.343/06) aos condenados que ostentassem primariedade, bons antecedentes e não se dedicassem às atividades criminosas, nem integrassem organização criminosa.

A disputa jurisprudencial revelada nesses dados tem origem na falta de critérios legais objetivos e a ausência de uniformização por parte dos tribunais superiores, o que aumenta a margem de discricionariedade judicial e a oscilação dentro do gradiente punitivo com fundamentações invariavelmente insuficientes. Nos autos do EResp 1.913.808, v.g., a 3ª Seção do STJ afastou a possibilidade de padronização da forma como o reductor de pena é aplicado – o que levou a Corte ao entendimento de que é preciso aceitar penas diferentes para situações semelhantes, aumentando a demanda aos tribunais superiores. A admissão sistemática de resultados distintos em condenações por fatos cujas circunstâncias são semelhantes relega à *razoabilidade e proporcionalidade* da fundamentação – o que é ainda mais problemático por força da imprecisão dos conceitos abertos presentes em cada uma das três fases – a validade ou o excesso do sofrimento habilitado pelo sistema trifásico no qual se calcula a pena no direito penal brasileiro. O sopesamento casuístico por parte dos tribunais revisores, assim, deveria coibir as situações extremas de cima para aproximá-las ao patamar inferior, estabelecendo parâmetros de orientação nesse sentido.

É certo que todos os esforços de uniformização jurisprudencial de percentuais razoáveis e proporcionais, à míngua de uma régua legal predefinida, se mostraram inexecutáveis na história brasileira. Exemplo disso é a Súmula 659⁸⁹¹ do STJ que, a pretexto de parametrizar a fração de aumento em razão da quantidade de delitos na prática de crime continuado, consolidou o entendimento, resumindo-o no verbete, que praticar sete ou cem infrações nesse contexto é a mesma coisa – o que esvazia de razoabilidade e, principalmente, de proporcionalidade a ideia sumular apresentada, indo na contramão da sua própria razão de existência, pois cria mais problemas que os resolve. Surpreendentemente, o Superior Tribunal Militar de forma pioneira já melhor equacionou o tema, apresentando-lhe solução mais

⁸⁹¹ **Súmula 659 do STJ** – A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.

equilibrada e evocando o “princípio da proporcionalidade ajustado ao da individualização da pena como consectários de critérios de política criminal”⁸⁹².

Ainda em relação à aplicação do privilégio nas condenações pelo crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, lei nº 11.343/06), o *quantum* percentual redutor pode trazer a pena aquém do mínimo legal porque aplicado na terceira fase do percurso dosimétrico, transformando uma pena de cinco anos de reclusão em uma pena de um ano e oito meses se aplicada a pena mínima e a redução no grau máximo legal de dois terços. Considerando que essa forma privilegiada alcança o traficante de “primeira viagem”, evitar-se-ia a submissão por tempo prolongado de encarceramento em momento oportuno e o impacto sobre a realidade prisional seria enorme, já que a grande responsável pelo processo de hiperencarceramento brasileiro está direta e intimamente ligado à política criminal de drogas e a atuação empenhada das polícias.

Por sua vez, a necessária revisão de entendimento sobre as cinco razões que outrora aticularam o eixos argumentativos e justificaram a impossibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal – o que leva imperiosamente à revogação da Súmula nº 231⁸⁹³ do STJ – tem levado o próprio Superior Tribunal de Justiça a permanentemente rever sua posição, suscitando o debate quando provocado e realizado audiências públicas para discutir a permanência de validade da súmula⁸⁹⁴. A questão é que, ao desconsiderar a valoração de circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria quando presente, além de negar vigência ao art. 65 do CP – uma vez que o termo “sempre” não é obedecido nos casos em que a pena-base é aplicada no mínimo – estabelece um limitador da pena provisória criador de problemas concretos e particularmente gravíssimos: fixada no mínimo a pena-base, indicando reduzida reprovabilidade e culpabilidade como índice geral favorável, será desimportante (porque desconsiderada) a existência de quaisquer das atenuantes genéricas exemplificativas e/ou não-previstas expressamente em lei, mesmo que relevante, decisiva, reparadora ou humanitária – o que implica em contraditório desestímulo ao altruísmo com a indiferença ao valor social ou

⁸⁹² ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A redução do quantum apenatório para aquém do mínimo legal**, p. 24-25.

⁸⁹³ **Súmula 231 do STJ** – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

⁸⁹⁴ Em maio de 2023, demonstrando elevado espírito democrático e fazendo jus como integrante da Corte da Cidadania, o Ministro Rogério Schietti Cruz da 6ª Turma do STJ franqueou, ampla e irrestritamente à comunidade acadêmica e jurídica em geral, o debate da matéria objeto dos REsp 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.764 de sua relatoria. Para subsidiar o colegiado, foram ouvidos especialistas e realizadas 44 exposições favoráveis e contrárias à alteração da jurisprudência e do entendimento daquele tribunal. Analisando os precedentes da súmula e elaborando um exauriente estudo sobre a matéria, cf. CARVALHO, Salo de. **Sobre os limites da dosimetria da pena provisória: a inadequação constitucional da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça**. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano XXIII, nº 88, jan/mar. 2023 p, 276-297.

moral do motivo de cometimento do crime e no rompimento dos laços sociais que poderiam ser restaurados com a reparação do dano, por exemplo.

Os cinco eixos que lastrearam a consolidação do entendimento que deu origem à súmula 231 do STJ a partir do REsp 146.056 foram que “(i) o método estabelecido no art. 68 só permitiria ultrapassar as balizas legais na **terceira etapa** (*pena definitiva*) em razão da incidência de minorantes e majorantes; (ii) a inexistência de parâmetros para as pena-base e provisória estabeleceria um “sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados”. O Relator menciona, inclusive, que a inexistência de limites poderia refletir, em determinados casos, em **pena “zero”**; (iii) o art. 67 especificaria a pena provisória “no **limite indicado**”; (iv) “a expressão ‘**sempre atenuam**’ não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal”, motivo pelo qual a interpretação deveria ser “sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo”; e (v) a aplicação da atenuante aquém do mínimo facultaria aplicação da agravante **além do máximo** (“o outro lado da ampla indeterminação”), o que consistiria em um golpe mortal à legalidade”⁸⁹⁵.

Esse debate sobre a possibilidade ou não da redução para aquém do mínimo na fixação da pena provisória acaba, nesse e em muitos casos, dando origem à produção de um saber eminentemente *jurisprudencial* que tem dominado o discurso e a fonte de estudos jurídico-penais, sobretudo com a disputa entre legislador e intérprete – considerando que a submissão dos fatos fenomênicos ao mundo jurídico cuja análise de tipicidade está sujeita à fluidez da linguagem, na medida de impossibilidade das palavras darem conta de todas as situações concretas, abre-se margem às interpretações que buscam legitimação nas palavras dos tribunais. Se a produção legislativa é descomprometida com a técnica e o rigor conceitual, “ambos axiologicamente orientados segundo uma ‘cultura emergencial’ e, assim, não raro contradizendo princípios e preceitos constitucionais ou mesmo normas da própria parte geral do Código Penal”⁸⁹⁶, tem-se as mais perigosas combinações oriunda do fenômeno de *alienação técnica do político* e de *alienação política do técnico*, atribuindo no vazio criado tecnicismo a qualquer discurso político⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **Sobre os limites da dosimetria da pena provisória**, p. 282.

⁸⁹⁶ GIAMBERARDINO, André. **A parte especial do direito penal entre a codificação e a descodificação**, p. 167.

⁸⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. **En torno de la cuestión penal**, p. 77. Ver também BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**, p. 21.

Para qualificar o debate e reconhecendo que o direito penal não possui suficiência na contenção do crime e na apresentação de soluções aos conflitos sociais, assim como incontornável é também a guerra, bem como para atender aos reclamos de validade da teorização, algumas propostas concretas podem ser facilmente viabilizadas, a fim de dar eficácia ao modelo negativo, atendendo a uma política redutora de danos e que corresponderia com agilidade e eficiência à contenção do desenfreado poder punitivo. Como a pena não encontra sustentáculo jurídico que a suporte, torna-se imprescindível o manejo dogmático (material e processual) como tecnologia de redução da incidência punitiva, impondo limites e funcionando como diques de contenção – já que úteis à contenção e não ao aumento do poder punitivo, sobretudo nas democracias mais resistentes aos apelos bélicos das soluções conflituosas. Nesse sentido, trazendo algumas propostas mais inéditas (ou menos exploradas) e reforçando outras já apresentadas como alternativas, esse ponto é direcionado “para aqueles que sempre reclamam propostas, como se uma teorização puramente sensibilizadora, que revele a falsidade e o engodo de uma crença, não tivesse qualquer valia”⁸⁹⁸.

4.9.1 Do Reexame Obrigatório (Remessa Necessária) das condenações e a inclusão do Recurso de Ofício no ordenamento processual penal: um novo art. 574, III do CPP

Dá-se à remessa necessária no direito público, tradicionalmente, um valor protetivo da coisa pública que se justifica pela sua *indisponibilidade e importância social comum* (que, ao final, acaba por ser individual). Nesse sentido, eis aqui outra constatação implícita importante: a indisponibilidade e supremacia da vida, indiscutível e por todos defendida, da integridade física e da própria liberdade podem fundamentar os argumentos por essa proposta sustentados. Aliás, nada mais indisponível e socialmente importante (até do que a *res publica*) do que a vida e a dignidade humanas. Muito embora acertadamente não recepcionados pela Constituição Federal brasileira de 1988, as hipóteses de involuntariedade recursal no processo penal brasileiro ainda estão restritas ao disposto no art. 574, I e II⁸⁹⁹, além do previsto no art. 746⁹⁰⁰, todos do CPP. Nesses únicos e isolados casos na legislação criminal há a exigência da submissão da decisão à análise do segundo grau de jurisdição, cominando a sanção da nulidade

⁸⁹⁸ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p.265.

⁸⁹⁹ Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder *habeas corpus*; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

⁹⁰⁰ Art. 746. Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício.

para os casos de omissão da referida providência, conforme disposto no art. 564, III, “n”⁹⁰¹ do CPP.

Aqui a proposta é de que **todas** as sentenças condenatórias devam ser submetidas ao duplo grau de jurisdição, ainda que apenas parcialmente quanto à **dosimetria** da pena – cuja imprecisão e discricionariedade se revelam as maiores violências praticadas pelo sistema de justiça criminal – ou ainda, no limite, se estabeleça um **percentual** da pena aplicada concretamente em relação à previsibilidade abstrata, tal qual se fez a partir da vigência da lei nº 13.964/19, considerando a natureza do crime e a condição do apenado. A ideia é simples, embora se reconheça a dificuldade em viabilizá-la pelo conservadorismo e argumentos refratários já utilizados em outras oportunidades nas quais, se avançando no caminho constitucional das garantias individuais, a validade legislativa foi suspensa – a exemplo da criação e implementação do juiz das garantias⁹⁰². Não apenas pela dissonância cognitiva, mas principalmente pelo elevado grau de subjetivismo do sistema trifásico, pela captura psíquica do magistrado envolvido com a instrução de onde extraiu casuisticamente os dados e com a qual se vinculou ao presenciar os dramas humanos com a proximidade exigida das partes, além das máculas preservadas com os (pre)juízos formados unilateralmente no limiar da instrução e por meio das versões tendenciosas dos cadernos elaborados pelas agências policiais, essa proposta se apresenta coerente com a individualização e a necessidade de aprimoramento das decisões judiciais, por um lado, e com o reconhecimento da falibilidade das decisões monocráticas por outro.

Além de revelar e garantir a imparcialidade como signo do Estado de Direito e a transparência e o controle da legalidade como consequência dele, na estrutura dialética do sistema acusatório o duplo grau de jurisdição funciona como guardião da legalidade e a reserva de jurisdição assegura a dissonância cognitiva (ou originalidade cognitiva). Distante da sempre elevada temperatura do calor das instruções processuais e alheio às emoções geradas pela proximidade com os envolvidos no drama penal na produção probatória e na oitiva direta das partes e testemunhas, igualmente aqui relator e revisor que reexaminam a condenação tem

⁹⁰¹ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido.

⁹⁰² Instituído pela lei nº 13.964/2019, o **juiz das garantias** foi uma manifestação política em defesa da democracia, assegurando mecanismos que visam o reforço da imparcialidade da magistratura e contribuindo para maior integridade do sistema de justiça criminal, mas teve sua implementação pelos tribunais suspensa liminarmente pelo STF nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Nessas quatro ações diretas de inconstitucionalidade, se discutiu o óbvio: a cisão necessária a fim de se evitar a contaminação do juiz que autoriza medidas restritivas/invasivas de direitos fundamentais e o juiz que irá conduzir a instrução sob o crivo do contraditório e sentenciar.

melhores (ou outras, para dizer o mínimo) e mais amplas condições de proferir decisão tendencialmente menos apaixonada e, contando com o auxílio revelador do tempo, reduzir danos quando melhor adequa casuisticamente a resposta punitiva, atenuando-a.

4.9.2 Reveladas a falsidade e o engodo da crença punitiva após a teorização sensibilizadora, outras propostas concretas possíveis e exequíveis do modelo negativo

Outras proposições elaboradas e anunciadas por Nilo Batista merecem igualmente aqui serem trazidas e endossadas⁹⁰³: i) a criação de um **reductor constitucional** (uma espécie de “quarta fase” no processo dosimétrico de determinação da pena de privação de liberdade) que considere, casuisticamente, a expectativa média de vida do apenado e suas condições pessoais – com o mesmo argumento utilizado no aumento da pena máxima de 40 anos a ser cumprida (art. 75, CP alterado pela lei nº 13.964/2019) e desconsiderado com a redução dessa expectativa pós-pandemia do COVID-19; ii) criação de um **livramento condicional especial** e, na mesma esteira, um **incidente especial de unificação de penas** na execução penal no “ocaso da existência” do apenado; iii) conferir à legislação penal e processual penal o *status* de **lei complementar**, opondo barreiras e dificultando oportunismo legislativo das proposições situacionistas que a mutilam com alta e pontual frequência; iv) fim da tendência proliferadora de tipos penais na legislação penal esparsa, com a **completa codificação** após revisão e enxugamento promovido pelo panpenalismo no ordenamento promovido pela *reserva de código*; v) declarar vigente expressa e legislativamente o **sistema acusatório**, suprimindo os vestígios inquisitoriais do processo penal, divorciando-o teoricamente do processo civil; vi) exercer a soberania nacional e estabelecer um **política criminal de drogas própria**, denunciando a Convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário; vii) cessar a construção de **novos estabelecimento prisionais** (penitenciárias e presídios), para reduzir o número de presos já que esse quantitativo depende e está condicionado ao número de vagas; viii)

Anteriormente, outros princípios que aliam virtudes políticas e técnico-jurídicas já foram propostos por Nilo Batista a título de pontuais sugestões e que são dignos, por aliar criatividade à coerência, de lembrança – sobretudo quanto à proposição de uma política criminal de drogas brasileira e, como dito, alheia aos interesses norte-americanos promovidos pela solução da *justiça terapêutica* que libertasse o Brasil do cativeiro das convenções internacionais

⁹⁰³ BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos de cólera**, p. 263-266.

das quais é refém/signatário⁹⁰⁴. Além dessa, acrescenta-se: (i) a elevação de dois para quatro anos para a adequação das infrações penais de **menor potencial ofensivo**; (ii) a ampliação por meio de lei ordinária da **competência do Tribunal do Júri**, já que não há vedação constitucional para tanto⁹⁰⁵; (iii) a revogação e/ou a declaração, de uma vez por todas, da inconstitucionalidade na íntegra do subsistema dos **crimes hediondos**; (iv) efetivação do **princípio do *numerus clausus***⁹⁰⁶ como uma experiência imediata, barata e descongestionante; (v) no âmbito do JECrim, **mitigar a orfandade da vítima** no processo penal, outorgando-lhe protagonismo “cuja defecção é exatamente o elemento histórico-estrutural que caracteriza o modelo punitivo (‘confisco do conflito’), o que refunde o conceito corrente de *consensualidade*⁹⁰⁷; (vi) a adstrição do juiz aos pedidos formulados pelas partes, já consagrada no Processo Civil (art. 492 do CPC) e que, infelizmente, ainda encontra no processo penal resquícios inquisitoriais no art. 383 do CPP – consagrado o princípio da congruência ou da correlação, incorrendo o julgador que se excedesse aos pleitos e quantum de pena consentido pelas partes em julgamento *extra, citra* ou *ultra petita* – apesar da controvérsia do *plea bargaining* e da violação da disponibilidade do conjunto de garantias, o que aqui seria resolvido com a impossibilidade de aplicação de pena mais grave nos casos de definição jurídica diversa da formulação acusatória e a restrição à possibilidade de aplicação de pena ao “novo máximo” definido entre o titular da ação penal e o destinatário da pena que, obviamente, deve ser sempre menor que o máximo abstratamente cominado à infração penal; (vii) equilibrando as relações de poder entre o Ministério Público e a Magistratura, limitar os recursos para a acusação – o que inadmitiria a apelação das sentenças absolutórias com razões puramente avaliativo-opinativas, deixando o apelo exclusivamente para as hipóteses de nulidades/vícios de forma, pois o duplo grau de jurisdição “constitui uma garantia individual, construída historicamente em favor do acusado” e “só uma concepção ‘geométrica’ do processo penal, que ignore a real disparidade de armas entre seus protagonistas, pode resultar numa engenharia recursal equânime (igualdade entre desiguais)”⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 79-93.

⁹⁰⁵ “A leitura do texto constitucional revela que ele apenas reservou para o júri os crimes dolosos contra a vida, não permitindo que lhe sejam subtraídos, mas não restringiu a sua competência a esses crimes”. BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 91, a partir de SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**, p. 167.

⁹⁰⁶ MELO, Rafael Fonseca de. **Desobediência civil e culpabilidade**, p. 130-131; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Um princípio para a execução penal: *numerus clausus***, p. 104-120.

⁹⁰⁷ BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 92.

⁹⁰⁸ BATISTA, Nilo. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**, p. 93.

4.10 O novo vocabulário punitivo e a deflagração da guerra consentida: renúncia a direitos fundamentais, pena sem análise da culpabilidade e sofrimento negociado

A lógica recompensatória presente na justiça penal negociada expõe a controvérsia da pena *justa*/pena *útil* em diversos momentos processuais. Ainda na fase de investigação preliminar, as ofertas punitivas licitadas aos envolvidos na causa provável do fato apurado são realizadas de forma especulativa e transformam possíveis suspeitos em potenciais servidores da versão incriminadora suscitada e formulada, a princípio, com lastro em indícios (tangíveis ou intangíveis) e no imaginário criativo das agências policiais e dos seus agentes. Na etapa de conhecimento, sucedida pelo cárcere provisório estratégico ao processo ou ao consentimento da versão que reúna elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a si ou a outrem (confissão e delação), vasculha-se a intimidade, a vida privada, o passado e até o futuro por meio de violações de direitos fundamentais que excedem as autorizações dos limites legais. A obtenção da prova – aqui, embora, já sob o crivo do contraditório – por meios escusos e produzida por meios tecnológicos que se utilizam da inteligência artificial e de investigações paralelas/sigilosas que não são submetidas ao controle das regras democráticas têm caráter duvidoso: seja por requestrar versões construídas a partir de elementos obtidos às escuras e de origem duvidosa, seja por dissimular encontros fortuitos, insinuações proferidas pelo espaço de poder que se ocupa, ou ainda pela subversão de denúncias anônimas cuja gênese não precisa ser comprovada pelo argumento de autoridade de quem a insere no bojo da guerra punitiva.

Nesse cenário bélico, o inimigo não é mais apenas o opositor contra quem se deseja despejar toda a fúria punitiva, mas também alguém objetificado e reduzido à condição de *coisa*, desprovido de direitos e contra quem se deve lançar todo o arsenal disposto sornateiramente no conflito processual tensionado entre as garantias individuais e a cólera impetuosa de impor sofrimento – muitas vezes, inclusive, ignorando a razão legislativa dos institutos. A negociação da pena está presente nos procedimentos investigatórios criminais, nos inquéritos policiais, nas ações penais e até na execução. A proposta existente nos substitutivos penais se socorre à desfaçatez de um bem maquiado **humanismo** onde a aceitação, a um só tempo, livra o sujeito das garras do poder punitivo mediante a anuência de, temporariamente e em período determinado sob permanente vigilância, dispor da plenitude de sua liberdade e ainda condescender com a sanção desprovida de discussão acerca da sua culpabilidade.

Muitos são os exemplos no ordenamento e na praxe brasileira: a *transação penal* (art. 76, lei nº 9.099/95) consistente na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas

propostas pelo Ministério Público – imediatismo que rompe com todas as garantias fundamentais a partir da aceitação e adesão ao projeto verticalizado punitivo com aparência de horizontalidade, acelerando o fim da discussão jurídica analítica que, cuidadosamente e com muita luta através dos tempos, oferece segurança e estabilidade; a *suspensão condicional da pena* (“*sursis*”) que diz respeito à trégua da execução da pena privativa de liberdade (arts. 77 a 82 do CP) com a contrapartida da submissão às condições estabelecidas pelo judiciário; o *livramento condicional* (arts. 83 a 90 do CP) concedido como incidente na execução da pena; e a *delação premiada* que, sob o eufemismo de colaboração premiada, é declaradamente um “negócio jurídico processual” de caráter utilitário e instrumental (arts. 3º-A a 7º, lei n 12.850/2013), embora sabidamente imoral na guerra contra o inimigo imaginário da conceitualmente construída criminalidade organizada.

Essa dinâmica premiativa embute desigualdades e fragmenta o sistema penal em subsistemas especiais elevadas ao infinito, contribuindo com a expansão da seletividade do **negócio penal** na criminalização secundária e amplificando o desajuste entre demanda (crescente) e recursos (decrecentes) do sistema penal, pois “a natureza classista do Direito Penal, por variáveis socioeconômicas ou pela posição social dos autores, existe sob um discurso de Direito *igual* e uma prática de reprodução da *desigualdade* social” – ou, “a vontade do sistema político não está na direção do Direito Penal mínimo”⁹⁰⁹. A afirmação do bom funcionamento da pena e o reconhecimento da sua seletividade se amalgamam na negociata e reafirmam a velha crença em um eficientismo como tendência contemporânea que procura aprimoramento na busca incessante pela reafirmação da sua legitimidade.

Os objetivos ocultos, incertos e não declarados desses institutos denominados despenalizadores evidenciam a estratégia adotada pelo poder punitivo na construção da “guerra contra a criminalidade” que acabaram ampliando o alcance das punições, mesmo que se utilize de outras terminologias. Embora se saiba não ser possível vencer a guerra, a satisfação parcial e efêmera é obtida com o êxito em algumas batalhas criadas artificialmente com o reforço autoritário das instituições e agências punitiva. Com o dilema da impossibilidade de perpetuação da possibilidade de punir e a necessidade de obediência a um tempo razoável de duração do processo, a saída encontrada para evitar a “impunidade” – esse léxico que une a *direita* preocupada discursivamente com a demanda por ordem e a *esquerda* punitiva desesperadamente perdida em suas incoerências – em face das infrações penais que escoavam

⁹⁰⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Apresentação**. In: PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*, p.11-12.

pelo ralo da extinção operada pela via da prescrição, quando não eram extraviadas e passavam a integrar as cifras ocultas fugitivas dos números oficiais, foi simplesmente abreviar a decisão punitiva com um ingrediente maligno: transferindo antecipadamente para quem a sofreria, fazendo-o deliberar sob flagrante ameaça e sob condições sedutoras que aparentemente soam melhor que o rótulo de condenado (não importando em confissão, o processo é “resolvido” naquele instante, atendendo-se aos caprichos estéticos e evitando desnecessárias exposições com intimações pessoais por oficiais de justiça atizando a curiosidade da vizinhança e dos funcionários, comparecimento ao fórum e realização de audiências no cenário hostil que topograficamente expõe o acusado ao vexame e ao opróbrio públicos, por exemplo). A negativa à proposta transacional provoca a continuidade do processo, mas o olhar permanente de desconfiança pela resistência em colocar termo àquela demanda desnuda as intenções escusas por trás do dito, revelando o não-dito.

TOBIAS BARRETO CRIMINALISTA
PARA UMA DOGMÁTICA CONSEQUENTE: A REAÇÃO CONTRA O CONCEITO
DE CRIME COMO FENÔMENO MORAL

Essa *parte especial* que aqui se inicia tem por objeto as contribuições dogmáticas de Tobias Barreto e por objetivo esmiuçar as suas fecundas ideias sobre direito criminal. Isso se deve, nas palavras de Clóvis Beviláqua, ao fato de que “dentre os ramos particulares do Direito, o que Tobias cultivou, mais detida e carinhosamente, foi o Direito criminal. Ele mesmo nos disse que esperava envergar a clâmide de criminalista, se prosseguisse nessa ordem de estudos. Em verdade a envergou e com extraordinário garbo”⁹¹⁰. E, de acordo com o seu sucessor na cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife, “como um desses espíritos onde convergem as mais distantes correntes do pensamento e cuja curiosidade desperta conduz a diferentes rumos do saber”, possuía Tobias Barreto uma aguda, rara e peculiar capacidade observar os temas culturais ao seu redor e, ainda que lecionando em diversas disciplinas nas quais deixava sua marca indelével, “nesse forte pensador inquieto e dispersivo, cuja estatura excedeu de muita as proporções do seu tempo, afeição mais interessante para o estudioso das questões jurídicas é a do mestre do Direito Penal” – tendo sido “aí que consolidou seu renome de jurista e criou as mais fortes expressões da sua obra na ciência do direito”⁹¹¹.

Se é certo que a influência tedesca em Tobias não chegou a comprometer a sua originalidade, embora muitas vezes se limitasse a repetir as lições de autores estrangeiros, “o fazia de uma forma toda sua, entreséria e chocarreira, produzindo o que de menos comum temos tido em litteratura jurídico-criminal” levando Evaristo de Moraes a deixar um desafio a quem contestasse a sua afirmativa: “ninguem, absolutamente, ninguem, nas datas em que Tobias Barreto escreveu, foi além delle no enfrentar os varios problemas do Direito Criminal a que elle se dedicou. Pelo contrario: mercê da já alludida cultura allemã, foi extraordinario o seu avanço sobre todos os criminalistas contemporaneos. Para comprovacção do nosso ultimo asserto, bastaria recordar o que se deu com os delictos commissivos por omissão”⁹¹².

Enquanto na Itália tinha início o confronto entre “os dois grandes endereços jurídico-penais em que se extremam as duas eternas tendências do espírito humano – idealismo e

⁹¹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, p. 370.

⁹¹¹ Trechos da conferência pronunciada por Aníbal Bruno em nome da Congregação da Faculdade de Direito do Recife, na sessão comemorativa do primeiro centenário de nascimento de Tobias Barreto. In: BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 269.

⁹¹² MORAES, Evaristo. **Na Faculdade de Direito do Recife: Tobias Barreto criminalista**, p. 5.

realismo – o primeiro, o lógico-jurídico, no esplendor, então, do seu pleno desenvolvimento, o segundo, o sociológico-naturalístico, alvorecendo apenas nas primeiras obras dos seus fundadores”, Tobias Barreto inicia o magistério do direito criminal tendo como parâmetro definidor a sua contenda contra o direito natural e, com vigor, “ele se lança contra o pendor metafísico para a concepção de um direito alheio e superior às forças sociais, oriundo da eterna razão e imanente ao espírito do homem, absoluto e mutável como o conceito da justiça em que se apoiava”⁹¹³. Assim como Claude Debussy assinalou na virada do século XX e enfrentando a incredulidade artística coletiva, toda obra de arte desenvolve uma lei, mas não se começa com uma – assim também foram as intuições e análises críticas de Tobias Barreto nos temas de direito criminal que tocou, muitas delas incompreendidas de início, mas posteriormente assimiladas nas legislações que reformaram o Código Criminal de 1830 a partir das ideias inovadoras por ele lançadas.

Atento às desigualdades de todas as ordens à sua volta e aos dilemas ideológicos que a pena desde sempre provoca, independentemente do maior ou menor grau de racionalidade que as civilizações procurassem imprimir aos discursos punitivos, Tobias Barreto conseguiu identificar alguns parâmetros autoritários do controle social a partir da regência dogmática pretensamente neutra do código criminal de 1830 – o que é possível identificar nos tópicos específicos sobre os quais escreveu. Sobre a construção técnica do Direito, Aníbal Bruno afirmou a bem definida atitude de Tobias e que “poucas páginas encontramos em nossas letras penais tão seguras na doutrina, tão originais na exposição, tão claras e expressivas naquela linguagem colorida em que êle as soube lançar, como as dos trabalhos que nos deixou na matéria”⁹¹⁴. Nesse sentido, dentre os temas eleitos, foram destacados: i) dos **Prolegômenos do estudo do direito criminal**; ii) dos **delitos por omissão**; iii) da **tentativa**, a partir do *Ensaio sobre a tentativa em matéria criminal*; iv) **autoria** (coautoria), desde a sua tese de concurso sobre mandato criminal; v) a **imputabilidade**, considerando o oscúpulo *Menores e Loucos em Direito Criminal*; e vi) **comentários** ao código criminal. Sua pretensão declarada de vestir-se do manto de criminalista se materializou nesses escritos e, prosseguindo nessa ordem de estudos, alcançou com relevância e sem qualquer favor tal ambição. Importante destacar por

⁹¹³ BRUNO, Aníbal. **Tobias Barreto criminalista**, p. 269.

⁹¹⁴ “São assim os seus *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, os seus *Comentários* ao Código do Império, o seu *Fundamento do Direito de Punir*, a sua monografia sobre *Menores e loucos*. Em outros trabalhos, como o *Mandato*, a *Tentativa*, os *Delitos por omissão*, agitava idéias, apoiadas nas fontes alemãs, que estavam muito além das que se conheciam no seu tempo, não só no Brasil, mas na França e mesmo na Itália. Do prestígio da sua cátedra falam todos os seus discípulos, que guardaram d’ele, por toda a vida, uma admiração sem restrições”. In: BRUNO, Aníbal. **Direito penal – tomo I**, p. 172.

questões sistemáticas que, excetuando *Menores e Loucos*, todos os demais escritos relacionados ao direito criminal de Tobias Barreto foram reunidos nos *Estudos de Direito* e serão mencionados a partir dessa coletânea.

Como advertência inicial a essa terceira parte da pesquisa, imperioso reiterar a marcante ausência de exposição sistemática das suas ideias, com relevo para os “*Prolegômenos do estudo do direito criminal*” e os “*Comentários ao Código Criminal de 1830*” que ficaram nos primeiros capítulos. Apenas reunindo a coleção dos conceitos esparsos em sua obra fragmentária é possível obter um panorama das suas doutrinas a partir da rejeição dos excessos metafísicos dos clássicos italianos – exemplos de CARRARA e PESSINA, a quem nominalmente critica pelo isolamento de outras ciências com sua “definição que quasi faz do direito penal um ramo da mathematica” –, onde Tobias assenta no direito positivo com orientação histórica as bases seguras para o estudo do direito penal e propõe, afastando de significado a *velha inimizade* entre eles, a união no método histórico-filosófico das indagações criminalistas em duas partes: uma parte **dogmática** (trabalho de exegese da lei) e uma parte **crítica** (mostra das lacunas legais e da necessidade de preenche-las)⁹¹⁵. É esse o método, portanto, utilizado por Tobias Barreto para abordar os problemas centrais do direito penal.

PROLEGÔMENOS DO ESTUDO DO DIREITO CRIMINAL

A inclusão desse trabalho dentre os *Estudos de Direito* possui uma particularidade: na verdade trata-se de um manuscrito subdividido em oito itens e coube a Sílvio Romero, como organizador e a pedido⁹¹⁶ do próprio Tobias Barreto, publicá-lo originariamente em 1892. No entanto, nas Edições do Estado de Sergipe (1926), os itens IX a XXXIX são publicados pela primeira vez em livro – segundo consta nas *Obras Completas* organizadas por Luiz Antonio Barreto e publicadas em 2012, este acréscimo coube a Oliveira Teles, “sem qualquer indicação da maneira como a teria obtido”⁹¹⁷ – motivo pelo qual, à míngua de certezas que se assemelhem

⁹¹⁵ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 10-12.

⁹¹⁶ Em carta datada de 06/06/1877, portanto, dois anos antes de falecer e “tendo já bastante adiantada a molestia que o devia levar ao tumulo”, Tobias o escreveu “pedindo um plano para a organização e publicação de suas obras completas”: “Como dou muito pelo seu alto senso do methodo, pela *vis organisatrix* do seu talento, peço-lhe que me trace um bom plano de distribuição e organização de meus escriptos”. In: **Prólogo**. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*, p. V.

⁹¹⁷ Vide nota do editor na versão das *Obras Completas de Tobias Barreto*, v. 3. In: BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito II**, p. 108.

à outogra biobiliográfica de Tobias à Romero, essa pesquisa utilizará a versão elaborada pelo editor autorizado como fonte e nas citações.

O abandono teórico do direito natural e da ideia de sua origem divina naquele momento histórico foi animado pelo espírito científico moderno que firmava como princípio regulador o desenvolvimento que passou a dominar todos os fenômenos naturais passíveis de serem objeto científico: a concepção de **lei**. Nesse **sentido**, Tobias Barreto abre seu mais amplo texto introdutório sobre as noções preliminares que julgou importantes na compreensão do direito criminal afirmando exatamente que, em função da lei, “o direito, com todas as suas apparencias de constancia e immobildade, tambem se acha, com tudo mais, n’um perpetuo *fieri*, sujeito a um processo de transformação perpetua”⁹¹⁸.

Era a transitoriedade do direito, por ele comparada à das estrelas, reconhecido como fugaz e transitório na perspectiva histórica da humanidade e estacionário e permanente “aos olhos do individuo, que não vai além do horizonte da torre de sua igreja parochial” uma verdade definitiva que, apenas por “uma illusão de optica psychologica”, poderia ser temporária e relativa – já que “a sciencia não encara as cousas como ellas se mostram ao espirito humano”. A inamovibilidade do direito, portanto, “constituiria uma anomalia inexplicavel ou uma especie de disparate historico”⁹¹⁹.

Ao criticar o italiano Enrico Pessina e, como dito, rejeitar os seus excessos metafísicos que importavam na derrota da qual os adeptos do direito natural ainda não tinham consciência, Tobias direcionou ao alvo ao apelo da universalidade e imutabilidade da totalidade dos institutos penais que denotava “uma singular mistura de sciencia positiva e fantasia metaphysicas”⁹²⁰. As ideias gerais (ou “essência ideal”) da justiça às quais se atribuem independência existencial alijada da realidade empírica, portanto, teriam tanto senso como a generalidade das ideias da saúde ou do remédio – comparação utilizada por ele para explicar as formas de organização e seus aspectos semelhantes entre diferentes povos. Por meio de outra figura de linguagem, um personagem importante da mitologia grega, Tobias Barreto confronta a existência do direito como uma *lei natural* inspirada por Deus lembrando Prometheo (ou *Prometeu*), titã visto como uma divindade do fogo que, por roubar o fogo dos deuses e entregá-lo à humanidade, fora severamente castigado por Zeus. Ora, tal como inexistia uma lei natural do uso *fogo* (ou da *pedra* como instrumento defensivo), ninguém poderia defender a existência

⁹¹⁸ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 44.

⁹¹⁹ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 45.

⁹²⁰ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 45.

de uma “prescrição divina do uso da pedra talhada” no conflito com o inimigo. Ao chamar atenção para a **coerência na ilusão**, Tobias destaca que se não era possível explicar a justiça em uma terra sem deuses que a ensinassem antes mesmo de que ela se mostrasse necessária, igualmente não se podia explicar a arte natural do plantio do trigo ou o cultivo da vinha sem que divinamente houvesse uma intervenção – incoerência doutrinária que distingue a origem da ciência e da poesia e artes em geral⁹²¹.

A distinção entre a razão centrada no homem, mas a ele preexistente e dele independente, como uma das faces divinas (racionalista) e a razão como uma faculdade histórica que se desenvolve (progressiva) é importante, segundo Tobias, para demonstrar a naturalidade na concepção das primeiras formas do direito como regras de convivência social. Nesse sentido, a indagação do penalista alemão Franz Rossert sobre a (im)possibilidade de comparar e julgar os fenômenos do direito positivo em face da inexistência de um direito natural é respondida facilmente: como “a historia do direito é uma das fórmulas da historia da civilização”, fruto de obra humana e simultaneamente causa e efeito do seu desenvolvimento, “o direito permanece longo tempo em intimo entrelaçamento com outros domínios da vida dos povos”⁹²².

Chama atenção aqui o limiar do direito penal sob o qual Tobias Barreto lança seu olhar: a base familiar e os costumes patriarcais sob os quais repousa. O **paternalismo** de um lado e a **vindicta** de outro: a organização interna da família e a sua posição relativa ao exterior marcam o direito criminal originário e a ele estão vinculadas as atribuições conservadas nos dias atuais do *pater-familias*, “principalmente o direito de castigo e correção dos filhos, ao qual se associa o chamado *jus modicae castigationis* do marido em relação á mulher, ainda infelizmente não de todo condenado e repellido pelo espirito moderno”⁹²³. Essa clara posição contra os hábitos autoritários machistas hoje soaria normal, diante da realidade de luta e enfrentamento da violência contra a mulher, mas é necessário destacar que no século XIX não era essa a regra, ao contrário. Com a absorção por organismos superiores do organismo familiar houve também a transferência do poder punitivo, ou, como afirma Tobias, “foi tambem passando a outras mãos o exercicio da pena, como meio de reacção ou defeza, até que com a formação do Estado incorporou-se ao systema geral de instituições sociaes, ao grupo de condições staticas e dynamicas da sociedade, sendo a pena ao mesmo tempo uma delas e o suporte de todas ellas”⁹²⁴.

⁹²¹ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 46.

⁹²² BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 47.

⁹²³ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 48.

⁹²⁴ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo do direito criminal**, p. 48.

A antiga ideia de punição como justiça firmada no princípio de segurança das condições da vida comum em face da “rebeldia” individual é destacada nos *Prolegômenos* de forma precisa e concisa. A **pena** como “meio de segurança”, conceitualmente definida como “mal imposto em nome de todos” e direcionada ao “perturbador da ordem pública e violador da vontade de todos” está ali colocada desde a íntima, histórica e jurídica ligação entre ela e o Estado⁹²⁵. Fincados na mesma raiz e frutos da necessidade ética da natureza humana, citando o alemão Franz von Holtzendorff, Tobias Barreto ressalta que “Estado, direito e pena são completamente inseparáveis um do outro” e que, como “a razão da pena está no crime”, “se este é uma forma do imoral, do injusto, a pena por si só é uma forma do direito”⁹²⁶.

Como fases do desenvolvimento, o direito penal positivo atravessa, segundo Tobias, quatro estados: (i) a *vindicta* privada, correspondente também a expiação religiosa; (ii) a *compositio*, como fase transitória e correspondente à acomodação da vingança por meio de multa pecuniária; (iii) um *sistema misto* de direito penal público e privado; e (iv) o domínio do *direito social de punir* como princípio da punição pública. Já naquela concepção que buscava estabilidade com a aparente regularidade da sua estrutura, se identificavam sinais de *primitiva rudeza* do direito criminal – e tal constatação era a permanência, naquele direito criminal, da vingança exercida por meio da possibilidade processual subordinada e condicionada à observação de regras quanto ao oferecimento de queixa do ofendido, o que hoje corresponderia aos crimes de ação penal de iniciativa privada.

Outra importante distinção é realizada por meio da divisão em categorias surgidas a partir das antíteses do conceito de direito penal, onde nas duas primeiras a atitude do Estado é de caráter negativo. Para Tobias Barreto haveria (i) um direito penal *convencional* baseado em contrato com “certas desvantagens livremente aceitas”; (ii) o direito penal *correcional* pertencente ao poder paterno, à escola e a outros sujeitos encarregados pela educação; (iii) o direito penal *disciplinar* estatal ou corporativo em relação aos respectivos funcionários; e (iv) o *direito penal* propriamente dito. Para concluir o primeiro item, a crítica inicial à exagerada definição de Enrico Pessina é retomada para, ironicamente, afirmar o direito penal quase como um ramo da matemática – o que é inaceitável já que “nem o conceito de crime, nem o de pena, nem outro qualquer conceito fundamental da sciencia é tão fecundo que dele unico possam

⁹²⁵ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, p. 48.

⁹²⁶ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, p. 48-49.

deduzir-se todas as verdades juridico-criminaes, posto que não seja isso, todavia o direito penal tem incontestável caracter scientifico e intimas relações com outra sciencias”⁹²⁷.

Creditando às imperfeições teóricas a razão das dificuldades científicas e aludindo aos sistemas de direito punitivo (especialmente da defesa social e da emenda), o item dois se inicia com a constatação de que, simultaneamente, o encastelamento promovido pelos criminalistas em torno da pena constitui em força e fraqueza, em excelência e defeito. De fato, a chamada **posição enciclopédica** que funciona como uma muralha de proteção que blinda o discurso jurídico-penal possui na *pena legal* um refúgio útil “como meio de defeza e restabelecimento do equilíbrio dos interesses sociaes”, onde a excelência do direito criminal está na sua condições diferenciadoras de “tomar mais altos pontos de vista e dominar mais largos horizontes” e a fraqueza/defeito porque “em virtude desse maior ambito mesmo, parece condemnado a não adquirir em profundidade o que lhe sobra em extensão”⁹²⁸.

Os elogios de Tobias ao objeto do direito criminal confirmam seu interesse e vocação de criminalista e sua clareza de, já ali nos *Prolegômenos*, colocar as coisas em seu devido lugar demonstram o quanto ainda tinha para contribuir adiante. Para ele, a transformação das verdades simples em problemas insolúveis e as constatações inacessíveis à dúvida em um sistema de enigmas se dava pelo exagerado espírito filosófico que, em lugar de esclarecer, acabara por confundir as ideias manejadas pelo direito como ciência, já que, como lei e como instituição social, o direito criminal opera com fatos. O já ali antigo problema metafísico sobre a natureza do crime, a razão e o fundamento da pena sistematizado primeiramente por Hugo Grotius por meio das teorias do direito punitivo era anunciado como código secreto que, uma vez descobertos, importariam na dedução de um sistema perfeito sobre penalidade positiva.

A anunciação como problema que justificara as discussões filosóficas em torno das determinações metafísicas e das construções apriorísticas do direito penal é realizada citando Gian Domenico Romagnosi e sua *Genesi del diritto penale*, publicada pela primeira vez em 1791. Essa tendência doutrinária, ao mesmo tempo em que confirma a impossibilidade de considerar apenas a abstração filosófica na apresentação de respostas para os conflitos sociais, nutre intuitivamente as teorias legitimantes e fomenta as tentativas doutrinárias de fundamentar teoricamente um pretenso *direito de punir*. Apenas com a obrigatoriedade de observação empírica que surge a necessidade de aprimoramento teórico do direito criminal e, com isso, a metafísica jurídica com o seu “falso colorido filosófico” daria espaço a outros conhecimentos

⁹²⁷ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, p. 51.

⁹²⁸ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, p. 52.

psicológicos que resolveriam questões afetas, por exemplo, à imputabilidade e à intenção já amplamente manipulados pela escola do direito privado.

A imagem jurídica civilizatória de um povo é a marca histórica fiel de como ele se desenvolve moralmente. Essa ideia trazida por Tobias e baseada no pensamento de Jhering em sua obra sobre o elemento de culpa no direito privado romano, revela a sua visão sobre a pena e sobre o direito criminal, “é o ponto de união, por onde passam os mais finos e tenros nervos, por onde passam as veias, e onde qualquer impressão, qualquer sensação se faz externamente perceber e notar; é o rosto do direito, no qual se manifesta toda a individualidade do povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza, em summa, onde espelha a sua alma”, citação magistral que, indubitavelmente, é irretocável e exauriente ao arrematar: “O direito penal é o povo mesmo, a historia do direito penal dos povos é um pedaço de psychologia da humanidade”⁹²⁹.

Dentre diferentes aspectos da pena e dos seus fundamentos defendidos, sempre resumidos ou sistematizados aprioristicamente pelos teóricos com base em suas ideias e intuições filosóficas pessoais, Tobias elege duas para se dedicar mais cuidadosamente e confrontá-las, como se as quisessem colocar frente a frente: as teorias da **emenda** que “representa o Estado puniente como um organismo ethico, um instituto de educação” e da **defesa social** que “afigura-se o mesmo Estado como um aparelho de forças constitutivas e tutelares da vida social, entre as quaes está a *pena*” – não à toa, já que contraditórias e antitéticas, “porquanto uma vez admittido que a pena é um meio de defeza da sociedade, o momento da emenda do criminoso torna-se de todo irrelevante ou indifferente, mas tambem, por outro lado, admittida esta ultima como motivo racional da penalidade, o momento da defeza já não entra em linha de conta”⁹³⁰.

Alinhando o seu pensamento ao de Hermann Post da filiação do direito à necessidade, ou ela mesma, Tobias Barreto retoma a sua ideia escrita pioneiramente quatro anos antes e que inspirou a presente pesquisa. Como meio extremo, a pena é também considerada a guerra e na razão filosófica de uma igualmente está o fundamento da outra. Cumpre lembrar que Tobias consolidou sua formação filosófica aliando ao já solidificado conhecimento jurídico, tendo nas fontes germânicas de sua predileção a sua inspiração: Rudolf von Jhering no domínio da filosofia e da ciência do direito e Hermann Post no campo da antropologia jurídica – estando

⁹²⁹ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo de direito criminal**, p. 56, a partir de JHERING, Rudolf von. **Das Schuldmoment im römischen Privatrecht**, p. 10.

⁹³⁰ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo de direito criminal**, p. 56.

“demonstrado que não se compreende o ideário tobiático sem se levar em conta o que Jhering e Post vieram acrescentar ao que ele aprendera nas obras de Haeckel e Noiré”⁹³¹. É unânime a afirmação de que foi Tobias Barreto o artífice por introduzir Jhering no Brasil e que a rapidez dessa recepção se deu pelos seus esforços em popularizar seu nome por aqui – tudo diretamente do alemão e sem as intermediárias e costumeiras mediações de comentaristas ou de traduções francesas⁹³².

Outra insurgência de Tobias Barreto é com o nível de invasão de outras ciências *limítrofes* no direito penal – interferências estas que “lhes tiram a paz” e fazem dela a maior “vítima” de injustas usurpações. Aqui a sua preocupação parece legítima, em comparação com outros ramos do direito, notadamente quanto à quantidade de intromissões no saber criminológico, pois a psicologia, a medicina, a filosofia e todos os que põe à disposição dados estatísticos ou a própria história acabam por dificultar um *mapa próprio* dos domínios do direito criminal, tornando-o um saber cercado de sentidos anacrônicos. Com o objeto de estudo fixado única e especificamente em um foco, o pesquisador acaba vítima do que ele chamou *subjetivismo científico*, fruto dos *excessos do especialismo* – e essa exclusividade na ocupação acaba condicionado o observador, a ponto de fazê-lo esquecer todo o resto do mundo.

A tendência mundial intervencionista das ciências da saúde no saber penal iniciada pelos “penalistas patólogos e psiquiatras”, portanto, era um defeito daquele momento e na Itália esse fenômeno ia “tomando proporções de mania” com o surgimento de “uma nova escola, que agrupada em torno do professor Lombroso e outros medicos, somente medicos, exagerando por demais a pequena somma de verdades, que a *psychiatria* póde fornecer á *theoria do crime*, tem chegado quasi ao ponto de fazer do direito criminal um anachronismo, e do criminalista um órgão sem função, um órgão rudimentar da *sciencia juridica*”⁹³³. Essa expansão intervencionista que avançava no terreno jurídico-penal estava, portanto, explicada por duas causas: a ausência de imposição de limites por parte do direito criminal de um lado e a quantidade de ramos de conhecimento auxiliares de outro, mas ainda justificada pela tentação permanente dos criminalistas de se mostrarem conhecedores de outras áreas do saber.

Ao se socorrer à doutrina do jurista alemão Theodor Reinhold Schütze, Tobias Barreto a ela se alinha para valorizar o papel da doutrina como fonte e ressaltar os cuidados necessários para que a legislação criminalizante dela não se dispersasse e nem que o conhecimento

⁹³¹ REALE, Miguel. **Tobias Barreto na cultura brasileira**, p. 42.

⁹³² BORRMANN, Ricardo. **A luta pelo direito no Brasil: a recepção das ideias de Rudolf Von Jhering por Tobias Barreto**, p. 139-140.

⁹³³ BARRETO, Tobias. **Prolegômenos do estudo de direito criminal**, p. 58.

acadêmico se acomodasse com a inversão da relação natural entre elas. Esse debate é atual e merece destaque, sobretudo como crítica da produção bibliográfica brasileira que atualmente, em muitos casos, tem se resumido à repetição das manifestações jurisprudenciais dos tribunais ou ainda se satisfeito com a simples reprodução do conteúdo da lei, sem criticá-lo ou tencioná-lo. A “chocante desarmonia entre a theoria e a pratica, entre os livros da lei e os livros da doutrina” estava associada ao alheamento teórico de princípios despreocupados com os problemas reais cotidianos e, nessa reciprocidade influente, enquanto para Schütze “a legislação, em mais de um ponto, sacudio a poeira da escola, que se havia aqui e ali accumulado”, segundo Tobias “os codigos penaes em geral têm mais character scientifico do que a maioria dos tratados” e “em muitos delles se acham resolvidas de modo satisfactorio um grande numero de questões que os theoristas julgam dever conservar, sem proveito algum, n’um perpetuo *status causae et controversiae*”⁹³⁴.

Com essas verdades, Tobias retoma o debate sobre a indagação filosófica do direito de punir, já amplamente tratada na presente pesquisa. Acrescenta, no entanto, que nem os *interesses sociais* e nem o *amor da justiça*, conceitualmente, assentam as bases do direito punitivo – justamente pela subjetividade deste e porque, “tomado como principio regulador, elle explica tão pouco o instituto da pena, como o simples amor do bello póde explicar a existencia da arte”⁹³⁵.

A partir dos itens VII e VIII dos *Prolegômenos*, assim numerados pelo editor de 1926, Tobias Barreto repete os *Comentários* sobre a tripartição e as fontes e origens dessa escolha do legislador, assim como a relatividade da lei penal quanto ao tempo, ao espaço e à condição das pessoas, o que será trabalhado adiante, e, assim, findava o manuscrito, como afirmou em nota Sílvio Romero.

“DOS DELICTOS POR OMISSÃO”

6.1 A escrita dogmática despida de poesia, isenta de aparato retórico e a voz oculta que animou a esperança de “criminalista”

⁹³⁴ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo de direito criminal*, p. 60.

⁹³⁵ BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo de direito criminal*, p. 67.

Historicamente distante do dualismo doutrinário que dividia causalistas e finalistas, a perspectiva que se dedica o célebre artigo publicado por Tobias Barreto no periódico “*Contra a Hipocrisia*” sobre a omissão e o art. 2º, § 1º do Código Criminal de 1830⁹³⁶ anuncia as duas únicas categorias de fatos criminosos sujeitos ao seu domínio: a dos delitos *comissivos* consistentes na prática de um ato proibido por lei e a dos delitos *omissivos* consistentes, inversamente, em deixar de fazer algo que a lei obriga e cuja característica é a postergação de um mandamento legal⁹³⁷. Nele, reconhece Tobias que as disposições legais daquele código são, em sua maioria, proibitivas, ocupando mais espaço dentre as espécies de crime daquele diploma legal, quais sejam: *públicos*, *particulares* e *policiais*. Para ele, além dos crimes públicos (ou praticados por funcionários públicos) a quem a lei indica previamente normas de procedimento que o órgão (funcionário/empregado) da autoridade pública não podem impunemente postergar, em relação aos particulares (cidadãos) existe um rol taxativo⁹³⁸ construído nos preceitos legais que esgotam a correspondência perfeita do conceito de crime omissivo.

Em 1879 foi Tobias Barreto, no auge dos seus quarenta anos e “surpreendentemente em dia com a ciência penal de seu tempo”, o responsável por tratar pela primeira vez da matéria em nosso direito – mesmo o Código Criminal de 1830 já se referindo à omissão quando traçava a definição de crime no art. 2º, § 1º. Independentemente da tipificação, o Código de 1830 “já acolhia genericamente a omissão como modalidade de conduta punível, ao enunciar seu conceito de delito” – muito embora, entretanto, lucidamente lembra Juarez Tavares que os comentaristas brasileiros daquele código “confundiam a omissão com a negligência”⁹³⁹, ignorando a previsão legislativa de diversos crimes omissivos próprios já citados.

Aliás, como bem observa Heleno Fragoso, os juristas respeitados da época sequer tinham ideia dos crimes comissivos por omissão⁹⁴⁰, exemplos de Mendes da Cunha e Braz Florentino – para quem a omissão era um *ato negativo* (*delinquere in omittendo*) consistente em abster-se, omitir ou deixar de fazer, uma inação que caracterizava os crimes omissivos como *delitos negativos* menos graves que os delitos de ação: tal conclusão acerca de maior nível de

⁹³⁶ Art. 2º, § 1º. Julgar-se-ha crime ou delicto: Toda a acção ou omissão voluntaria, contrarias ás leis penaes.

⁹³⁷ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 180.

⁹³⁸ São eles: art. 188 (*Recusa a auxilio de cumprimento de ordem legítima de habeas corpus*), art. 260 (*Ausência de comunicação ao juiz ou oficial de coisa alheia perdida*), art. 295 (*Vadiagem*), art. 303 (*Omissão de declaração de estabelecimento de gráfica*), art. 304 (*Omissão de identificação em escrito ou estampa*) e art. 307 (*Omissão de remessa ao promotor de obra impressa*), todos do Código Criminal de 1830. Os *nomines iuris* são baseados na descrição da conduta abstrata, não sendo trazidos expressamente nos respectivos tipos penais como aqui grafados.

⁹³⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, p. 32; Também PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código Criminal do Império do Brasil Annotado**, p. 14.

⁹⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes omissivos no direito brasileiro**, p. 41.

gravidade dos crimes comissivos encontra lastro na associação proposta pelas teorias do direito natural entre a obrigação de abstenção de atos capazes de ofender direito de outrem como um dever universal e juridicamente exigível em qualquer ocasião e, lado outro, o dever moral de se conduzir no serviço ou em socorro alheio não como dever juridicamente exigível pela coação – daí a maior quantidade de leis penais proibitivas em relação às imperativas⁹⁴¹. Em solo nacional foi pioneiro ao tratar da matéria, antecedendo, inclusive, em dois anos à primeira publicação do Tratado de Direito Penal alemão de Franz Von Liszt, datado de 1881 e que veio a ter sete edições até o ano de 1895 com a tradução autorizada para o português de José Hygino, cuja iniciativa tornou acessível aos estudiosos brasileiros.

Assim como boa parte da sua fecunda obra, a ausência de sistematização leva, não raras vezes, à imprecisão para quem o lê – daí a necessidade de interpretá-lo e localizá-lo temporalmente. O célebre artigo sobre crimes omissivos é referido por Sílvio Romero como sendo um dos mais antigos escritos de direito de Tobias⁹⁴² e é datado por uma dedução: ao se referir aos 49 anos de existência do “respeitável” (como lei), mas “acanhado e mesquinho” (como produto intelectual) código criminal brasileiro de 1830, ele afirma a insuficiência e incapacidade de satisfação das exigências da época e da sociedade para a qual foi legislado e adianta a necessidade urgente de revisão e de uma reforma de base, adjetivando aquele código de “obra lacunosa e incompleta”⁹⁴³. Isso corrige, portanto, a introdução a título de prefácio escrita por Arthur Orlando na primeira edição das *Questões vigentes*, onde afirmou que Tobias “esforçava-se sinceramente ‘para accommodar o direito ás exigencias do saber moderno’” e que “já em 1878 tinha escripto (...) no *Contra a Hypocrisia* as brilhantes paginas, que mais tarde foram reproduzidas nos *Estudos Allemães* sob o título de *Delictos por omissão*”⁹⁴⁴. Abandonando a discussão sobre a pobreza daquele código penal, pois, segundo Tobias Barreto, não era o lugar daquele texto, era-lhe estranha a ideia de apenas 313 artigos darem conta da pluralidade e tamanho do grande Estado brasileiro, com sua diversidade social provocadora de várias perturbações de ordem pública. Mais: com aproximadamente um terço desses dispositivos se dedicando à exposição dos princípios, “o polimorphismo do crime se reduz a pouco mais de duzentas modalidades ou fórmulas distinctas”⁹⁴⁵.

⁹⁴¹ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do delicto e do delinquente**, p. 33.

⁹⁴² Notas do editor. In: BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 201.

⁹⁴³ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 182.

⁹⁴⁴ ORLANDO, Arthur. **Introduccção**. In: BARRETO, Tobias. *Questões vigentes*, p. XVIII.

⁹⁴⁵ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 182-183.

Os pontos de vista defendidos por Tobias Barreto em sua monografia sobre os delitos por omissão eram íntimos dos penalistas alemães e desconhecidos não apenas pelos brasileiros, mas também pelos franceses da época – por esse motivo causou inicialmente estranhamento no Brasil⁹⁴⁶. A ideia dos crimes omissivos, então incomum entre nós de acordo com a conclusão de Tobias, merecia abertura de caminho através de construção teórica das “verdades feitas na academia” tal qual *pílulas na botica*⁹⁴⁷. Ele partia da ideia de que o nexos causal entre a omissão e o resultado era irrecusável e criticou Feuerbach e seus critérios limitadores das fontes de dever de atuar à lei e ao contrato, propondo grupo de casos que ampliava excessivamente as bases dos crimes comissivos por omissão – inclusive de cumplicidade e de mandato por omissão – que identificava partindo do nexos causal⁹⁴⁸.

Em pesquisa de relevo sobre crimes omissivos no pensamento jurídico de Tobias Barreto⁹⁴⁹, Heitor Costa Júnior apresenta interessante justificativa do recorte, sob um duplo alicerce: primeiro, por ter sido Tobias Barreto, em 1879, o primeiro autor brasileiro a tratar dos delitos impróprios de omissão (que completava um século exatamente no ano daquela dissertação); e segundo, no mesmo caminho de Zaffaroni, porque apesar da intensa adjetivação laudatória habitualmente dirigida a Tobias, seus estudos jurídicos não receberam à época uma análise técnica mais atenta e cuidadosa – diferentemente do ocorrido em diversas outras áreas de suas atividades intelectuais.

Ocorre que foi Tobias Barreto o responsável pelo alargamento da punibilidade dos crimes omissivos, “ainda que de forma técnica insatisfatória”⁹⁵⁰. No entanto, se é certo que o tema dos delitos omissivos é um dos mais espinhosos, árduos e obscuros da teoria do fato punível, o seu estudo, desde sempre, envolve questões relativas ao adequado e ao inadequado, ao simbólico e ao intuitivo e o que leva a produção legislativa, mesclando argumentos político-criminais voltados para o abstrato e o incomensurável, a “satisfazer objetivos administrativos pouco esclarecidos e sedimentar campanhas impressionistas”⁹⁵¹. E essa intuição está revelada ou, melhor, dita por ele com todas as letras: além de lhe agradar o debruçar sobre a temática,

⁹⁴⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**, vol. I, p. 1071.

⁹⁴⁷ BARRETO, Tobias. **Dos delitos por omissão**, p. 190-191.

⁹⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes omissivos no direito brasileiro**, p. 41. Para os exemplos e a oposição a Feuerbach ver: BARRETO, Tobias. **Dos delitos por omissão**, p. 187.

⁹⁴⁹ Intitulada “A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto”, a dissertação foi elaborada e defendida em 1979 no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob a orientação do professor João Mestieri.

⁹⁵⁰ COSTA JÚNIOR, Heitor. **Tobias Barreto**, p. 106.

⁹⁵¹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, p. 27-28.

foi a pesquisa dos delitos omissivos que, como uma “voz oculta” indecifrável, apontava que a continuidade e a persistência nesse terreno o habilitaria como um criminalista⁹⁵².

Apesar de existir no Código Criminal do Império a menção expressa à omissão, tal previsão legal de pouco valeu para a doutrina: seja porque os autores raramente ou rapidamente se importaram com ela, seja porque a alusão, quando feita, acabou “ignorando as questões relacionadas à inércia voluntária legalmente equiparada ao fazer positivo, ativo”⁹⁵³. Boa parte do seu texto seminal sobre o tema é dedicada a uma ferrenha ofensiva contra Mendes da Cunha pela *omissão* no estudo da *omissão*: o pouco empenho e a falta de atenção em seu livro estão expressos na desproporção entre a extensão da obra e as ínfimas quatro páginas que, com favor, apenas fazem menção ao dispositivo⁹⁵⁴. Segundo Tobias, “o Dr. Mendes da Cunha, digo eu, na sua analyse do codigo criminal, não se julgou obrigado a consagrar aos delictos, de que se trata, mais de tres paginas, e estas mesmas vãs de ideias, revelando pelo modo, por que encarou a questão, não ter della nem se quer um leve pressentimento (...) Porquanto o assumpto dos crimes por omissão pudera bem leval-o a utilizar-se da abundante casuística, oferecida a tal respeito pelo direito romano, e não o faria limitar-se, como limitou-se, a um ou dois textos estereis e quasi estranhos á materia, se de facto elle fosse um perfeito conhecedor desse direito”⁹⁵⁵. A crítica, inclusive, ultrapassa a pessoa de Mendes da Cunha (a quem chama de “uma espécie de *patriarca dos juristas brasileiros*”) e alcança também os seus discípulos – diminuídos e por quem nada havia de esperar, se o próprio mestre “não contribuiu, nem com um traço de penna, para suscitar-se e esclarecer-se o ponto que ora discuto, nada havia a esperar dos seus epigonos, aos quaes esta questão com todo seu alcance, eu creio, nunca, se quer, appareceu em sonho”⁹⁵⁶.

Como uma típica reação sua, surpresa nenhuma desperta essa entonação contundente. Mas razão não lhe faltou quanto às falhas de Mendes da Cunha⁹⁵⁷, uma vez que estava seduzido – como se depreende da leitura integral do seu livro – pela exteriorização da vontade através da conduta comissiva⁹⁵⁸. O pioneirismo apontado por todos em relação a essa matéria, portanto,

⁹⁵² BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 201.

⁹⁵³ COSTA JR., Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto**, p. 174.

⁹⁵⁴ O livro “O Código Penal do Império do Brasil com observações sobre alguns de seus artigos” tem 325 páginas ao todo, mas apenas quatro tratam do art. 2º, § 1º daquele código. Ver: BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 189 e ss.; AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. **Código Penal do Império do Brasil**, p. 9-12.

⁹⁵⁵ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 189.

⁹⁵⁶ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 189-190.

⁹⁵⁷ Talvez pelos embates travados, Mendes da Cunha se dirige “ao leitor” já na abertura do livro (como se direcionasse suas palavras a Tobias Barreto) e, previamente, se desculpa por eventuais falhas daquela “publicação antecipada”: “*se for temeridade, appello para a clemencia dos bons; porque quanto aos mãos, e detractores por ódio, ou ignorância, estou tão acostumado a desprezal-os, que já sinto o proprio desprezo fatigado*”. AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. **Código Penal do Império do Brasil**, p. 3.

⁹⁵⁸ COSTA JR., Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto**, p. 174.

ao dizer que teria “de sondar o íntimo da questão proposta, em relação ao nosso direito penal”, se dá pela indagação feita em tom retórico (posto que ele já tinha a resposta negativa para ela): “O delicto commissivo, omissivamente perpetrado, faz parte do systema de direito criminal brasileiro? Eis o problema, do qual não posso assegurar que alguém entre nós já o tenha resolvido deste ou daquele modo; mas é certo que ao menos na pratica, onde aliás elle tem uma grande importancia, nunca foi conscientemente agitado”⁹⁵⁹.

A crítica a Mendes da Cunha é acertada a partir da dúvida suscitada por ele quanto à compreensão do espírito do art. 2º e se nele se encontravam aqueles que, sendo possível, não impedem a prática de algum delito, usando o brocardo latino de que “aquele que não proíbe o pecado, o ordena”⁹⁶⁰. Mais adiante, limitando a vontade da lei à proibição de que se faça aquilo que ela proíbe ou se deixe de fazer o que ela determina, Mendes da Cunha lança o foco para a cumplicidade omissiva, o que adia a resposta sobre os delitos commissivos por omissão dada *a posteriori* por Tobias Barreto. Ao excluir a *cumplicidade moral da indiferença* da letra e do espírito da omissão contrária à lei, ele conclui que “o legislador perderia com o excesso da vigilancia o que poderia ganhar com o correctivo da indiferença”⁹⁶¹.

Em tempo: faz-se necessário destacar temporalmente que as ácidas críticas de Tobias Barreto formuladas contra Mendes da Cunha datam de 1851 – muito antes, portanto, das análises feitas por Thomaz Alves Júnior em seus *comentários* em 1864 e de Braz Florentino em suas *lições* de 1872. Nessas análises posteriores, enquanto o então professor da Faculdade de Direito de São Paulo escreve em resumidas e igualmente desproporcionais páginas⁹⁶² sobre o tema dos crimes omissivos, o lente da Faculdade de Direito do Recife dedica-se à matéria com menor brevidade⁹⁶³, mas ainda assim a enfrenta superficialmente⁹⁶⁴.

Logo, a consequência da associação dos deveres morais aos deveres juridicamente exigíveis pela coação em situações e em razão de motivos particulares que os condicionam, portanto, é a conclusão de que as leis penais proibitivas são mais numerosas do que as imperativas “e os delictos de acção muito mais frequentes e variados que os de omissão”⁹⁶⁵. Além de Thomaz Alves Júnior e Braz Florentino, outros comentaristas não enfrentaram a

⁹⁵⁹ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 189.

⁹⁶⁰ “*Qui non vetab peccare... jubet*”. In: AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. **Código Penal do Império do Brasil**, p. 9.

⁹⁶¹ AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. **Código penal do Império do Brasil**, p. 11.

⁹⁶² ALVES JR., Thomaz. **Anotações Theoricas e Praticas ao Código Criminal**, p. 143-145.

⁹⁶³ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**, p. 33-35.

⁹⁶⁴ COSTA JR., Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto**, p. 175-176.

⁹⁶⁵ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**, p. 34. Assim também conclui BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**, p. 35-36.

temática dos crimes omissivos, exemplos de Vicente Alves de Paula Pessoa (para quem a interpretação estrita do direito levava à conclusão de que “a proibição existe ou não existe: o acto é proibido – ou não”⁹⁶⁶), Antonio de Paula Ramos Júnior⁹⁶⁷, Carlos Frederico Marques Perdigão⁹⁶⁸ e Araújo Filgueiras Júnior⁹⁶⁹.

Apenas em 1884, reconhecendo que foi Tobias Barreto quem tratou do assunto como especialista na matéria e confirmando o projeto pessoal dele de assim ser lembrado, João Vieira de Araújo se dedicou ao estudo da matéria e analisou penalistas franceses (notadamente Joseph Ortolan), belgas (exemplo de Jacques-Joseph Haus) e italianos (caso de Enrico Pessina) – opção adotada confessadamente pela impossibilidade de consulta aos alemães – para concluir ser possível cogitar os crimes comissivos praticados por omissão, para além dos crimes omissivos e comissivos propriamente ditos⁹⁷⁰.

Estabelecendo o conceito de delito comissivo cometido por omissão, Tobias colocou em discussão em que medida e sob quais pressupostos o código de 1830 comportava a realização dessa formulação. Primeiro indicando ser insuficiente que (i) o delito comissivo importasse apenas no descumprimento de uma *obligatio ad faciendum*; e que (ii) uma simples relação contratual fundamentasse a criminalização da conduta – citando, para isso, a doutrina do alemão Henrich Luden⁹⁷¹ e o seu princípio capital que reduzia essa relação ao *nexo causal*, teoria que apontou ser “acanhada e pouco satisfatória”: “como a omissão não se exclue do conceito de acção, póde qualquer phenomeno dessa natureza, que tiver uma direcção activa, constituir delicto, sem attender-se a que exista, ou não, um dever de actividade positiva”⁹⁷².

6.2 Da teoria à prática: grupos de casos

Para demonstrar sua tese, Tobias Barreto constrói algumas hipóteses a partir de grupos de casos⁹⁷³:

⁹⁶⁶ PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do Império do Brazil Annotado**, p. 14.

⁹⁶⁷ RAMOS JR., Antonio de Paula. **Commentario ao Código criminal brasileiro**, p. .

⁹⁶⁸ PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. **Manual do Código penal brasileiro**, vol. I, p. .

⁹⁶⁹ FILGUEIRAS JR., Araújo. **Código Criminal do Império do Brazil Anotado**, p. 2.

⁹⁷⁰ ARAÚJO, João Vieira de. **Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o código criminal do Império do Brazil**, p. 72.

⁹⁷¹ LUDEN, Heinrich. **Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1840, p. 232.

⁹⁷² BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 188.

⁹⁷³ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 191.

i) Começando pela autoria propriamente dita, aponta como momento causal de um homicídio a *omissão* de um autor (A) que, depositando em um porta-licor bebida preparada para causar vômitos em uma vítima determinada (B), cala-se propositadamente à cessão de um estranho (C) ao desejo de ingerir a pinga justamente daquele frasco predestinado que continha o pernicioso licor. Com os resultados provocados (vômitos, mal-estar, febre e a própria morte), mesmo não os tendo em mira e como objetivo, mas devendo pressupô-los e evitá-los, tem-se uma verdadeira *culpa dolo determinata*, pois deveria prevenir e proibir que “C” tomasse a bebida fatal. Para esse caso, afirma Tobias que o *momento causal* do delito é “precisamente a omissão de A em prevenir e proibir que C, tomasse a fatal bebida”⁹⁷⁴.

ii) Para chegar ao seu destino, “M” precisa atravessar uma ponte deteriorada e pela qual não se cruzava livre de perigo, tendo que passar necessariamente pela porta da casa de “N” que, conhecendo as condições precárias da ponte, não só deixa de advertir o transeunte como se deleita assistindo o espetáculo da queda. Fatalmente, “M” cai da ponte arruinada e quebra uma perna. Levando às últimas consequências a ideia de Maximilian von Buri⁹⁷⁵ (influente magistrado alemão do século XIX e fundador⁹⁷⁶ da teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*), Tobias Barreto limita a transposição ética da responsabilidade penal do expectador, mas afirma a dificuldade em conservar socialmente a indiferença ou “por correctivo unico a voz da consciencia moral, que é relativa às individualidades, segundo a educação, o seu temperamento e suas paixões habituaes”⁹⁷⁷;

iii) Sem saber da existência próxima de uma terceira pessoa (P), um caçador (J) aponta e dispara contra um animal ou outro mais bravo e ouve o grito de “P”. Ao correr até o local na companhia de outro companheiro com quem estava (L), encontra a vítima ensanguentada, mas

⁹⁷⁴ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 192.

⁹⁷⁵ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 192, a partir de VON BURI, Maximilian. **Der Gerichtssaal**, p. 26. O conceito de causa meramente lógico ou hipotético (nem certo, nem necessário) tem seus antecedentes na formulação teórica de cunho determinista proposta por John Stuart Mill, ganhando adesão definitiva nas obras de Julius Glaser e Maximilian von Buri, onde “a causalidade não pode ser inferida de uma relação totalizante, na qual fossem levadas em conta todas as suas condições em conjunto, de modo que se pudesse afirmar, com precisão e abrangência, o processo de produção de determinado evento”. In: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, p. 359.

⁹⁷⁶ Apesar da controvérsia quanto ao criador da teoria, perfilham esse entendimento: VON HIPPEL, Robert. Op. cit., p. 136; ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit., p. 551; ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 30; ANTOLISEI, Francesco. **Il rapporto di causalità nel Diritto Penale**. Torino: Giappichelli Editore, 1960. p. 35-36; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 464; BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Nacional, 1956, tomo I, p. 315, nota 4; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I, t. II. p. 61; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 3. ed., São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 101. Ver: ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**, p. 80.

⁹⁷⁷ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 192.

ainda com vida, embora impossibilitada de caminhar. “L” reconhece em “P” um velho inimigo e, além de não lhe prestar socorro, impede que “J” o faça, abandonando-o no local – sobrevivendo-lhe a morte. Nesse caso, a responsabilidade criminal firmada pelo nexo causal entre a omissão de “L” e o falecimento de “P” se caracteriza pelo *dolus subsequens* pois o resultado, embora não contido na natureza do fato original, foi alcançado por meio e após o ferimento de seu inimigo. Acrescenta Tobias que não se trata da hipótese do art. 194 do Código Criminal de 1830⁹⁷⁸, nem ainda do art. 19 da lei de 20 de setembro de 1871⁹⁷⁹ que trazia disposições penais.

6.3 Da cumplicidade por omissão (art. 5º do Código Criminal de 1830)

O Código Criminal do Império de 1830, tido como primeira legislação criminal brasileira⁹⁸⁰, já contemplava a distinção entre *autores* (definidos pelo art. 5º) e *cúmplices* (como diretamente concorrentes, de acordo com os arts. 5º e 6º). Para Tobias Barreto, a cumplicidade “era de mais fácil concepção do que a autoria, porque também mais fácil de realizar-se”⁹⁸¹ e era punida por aquela primeira codificação com a pena da tentativa⁹⁸² – o que correspondia a uma redução de um terço correspondente à pena do crime consumado. Embora genericamente visto com bons olhos pela doutrina da época⁹⁸³, o sistema apresentava equívocos terminológicos em torno da expressão *mandato*, levando à equiparação da *instigação* e do *conselho* à *autoria direta*, bem como a sua compreensão como *ordem* que compreendia, ainda, o “constrangimento declinado positivamente no art. 4º”⁹⁸⁴. Sobre a intuição de Tobias Barreto no tocante ao caráter acessório da participação, melhor será trabalhado adiante e oportunamente no estudo sobre o *mandato*⁹⁸⁵ criminal.

⁹⁷⁸ Art. 194. Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removel-o. Penas – de prisão com trabalho por dous a dez annos.

⁹⁷⁹ Art. 19. Aquelle que por impericia, imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento commetter ou fôr causa de um homicidio involuntario, será punido com prisão de um mez a dous annos e multa correspondente. Quando do facto resultarem sómente ferimentos ou offensas phisicas, a pena terá de cinco dias a seis mezes.

⁹⁸⁰ Assim como Nilo Batista, aqui se renuncia, evidentemente, “a qualquer exame sobre a experiência penal dos aborígenes e sobre as Ordenações Filipinas, e ainda sobre o direito que regeu no Brasil holandês”. In: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 3.

⁹⁸¹ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 192.

⁹⁸² Art. 35. A complicitade será punida com as penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente.

⁹⁸³ PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do Império do Brazil**, p. 24; ARAÚJO, João Vieira. **Código criminal brasileiro**, p. 137-139.

⁹⁸⁴ ARAÚJO, João Vieira. **Código criminal brasileiro**, p. 138.

⁹⁸⁵ Para respeitar a terminologia dele, por óbvio, já que atualmente se denominaria “instigação”. Ver: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 6.

Em relação à redação do art. 5º, o erro na definição legal apontado por Tobias estaria na ausência da chamada *diferença específica*, assim conhecida vulgarmente, pois a concorrência direta para a prática delituosa consistiria em autoria e ocorreria também por intermédio de mandato ou de constrangimento. Esse erro ao qual se referiu dizia respeito a algo simples e cuja descoberta não era nada gloriosa: o advérbio “diretamente” não era tomado como expressão de um fato subjetivo, mas sim como modalidade objetiva da ação – isso porque a única função seria a de delimitar o *momento subjetivo* do delito, excluídos o modo de preparação e a própria natureza dos meios empregados.

Sobre o *momento da culpa*, característico do concurso, não se tratava de um pleonismo do art. 5º, pois o art. 3º se limitava a estabelecer a *exigência psicológica da má fé*. Assim, ao admitir que “a concorrência para o cometimento de crimes é possível realizar-se por um modo indirecto”⁹⁸⁶, Tobias acolhia a possibilidade de realiza-la omissivamente e toma dois exemplos: no primeiro, a cumplicidade direta praticada por alguém que, agarrando uma vítima apunhalada por terceiro, se utiliza de um meio e, no segundo, a assunção da possibilidade de concorrência indireta realizada por omissão, em síntese: “Q” surpreende “S” no ato de lançar veneno na comida de que vai servir-se “E”, patrão do segundo. Sem recuar diante da flagrância, trata de induzir a testemunha a guardar o segredo, no que é atendido e, apesar de uma palavra de “Q” ter sido suficiente para frustrar o plano de “S”, ele nada disse. “R” não é avisado do mal que o aguarda e o drama projetado tem o seu natural desfecho e acaba envenenado. A omissão por meio do silêncio de “Q”, portanto, corresponde à sua parte no crime, sendo de pouca importância o ajuste prévio entre autor e cúmplice omitente, bem como a consciência comum dessa comunhão.

Diante da conclusão de que todas as condições são equivalentes e indistintas, pode-se dizer também que “a afirmação de que alguma condição se vincula ao evento é inferida de um juízo lógico negativo (eliminação hipotética): a causa é a condição que, uma vez eliminada hipoteticamente, faz desaparecer o resultado ou, em outras palavras, a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido”⁹⁸⁷. O sentido negativo que estabelece a conexão causal entre o movimento corpóreo (que não se pode supor suprimido) e o resultado, expresso por Franz von Liszt e traduzido por José Hygino⁹⁸⁸, foi indicado por Tobias Barreto para apontar a irrelevância

⁹⁸⁶ BARRETO, Tobias. **Dos delitos por omissão**, p. 194.

⁹⁸⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, p. 359-360.

⁹⁸⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão, tomo I**, p. 201.

da dificuldade probatória, muito embora citando outro autor⁹⁸⁹. Em um outro exemplo de crime comissivo por omissão, agora ilustrando uma situação hipotética de *raptó* então tipificado no art. 226⁹⁹⁰ e dentre os crimes contra a “segurança da honra”, a possibilidade de “cumplicidade negativa” é descrita por Tobias a partir da responsabilização de uma governanta que, recebendo uma boa quantia em dinheiro para permanecer imóvel, ignora e se omite em reagir ao se aproximar da ação libidinosa em curso⁹⁹¹.

Já quanto aos crimes omissivos puros, a menção de Tobias Barreto à coautoria ou cumplicidade da parteira no crime de infanticídio restaria prejudicada com o Código Penal de 1940 (então art. 26, convertido no art. 30 pela reforma de 1984), considerando a comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal (caso aqui do estado puerperal). Hoje, a acessoriedade da participação assim também a torna acessória do injusto e, portanto, “a posição de garantidor, nos crimes omissivos, comunica-se do autor para os partícipes, porque é um elemento fundamental do injusto (sem ela, não há tipicidade)”⁹⁹². Aliás, a própria denominação adotada na reforma de 1984 do Título IV (“*Do Concurso de Pessoas*”) acabou aumentando a abrangência pois a coautoria não esgotara as hipóteses do *concurso delinquentium*⁹⁹³.

Ao final, Tobias Barreto sintetiza a resolução da questão “com todas as suas particularidades e nuances infinitas, n’uma simples questão de causa e efeito”, independentemente da adoção do conceito de causa como “um facto que se isola da cadeia de antecedentes de um phenomeno dado” como entendia o empirista inglês John Stuart Mill, ou como “a mais activa das multiplas condições de um acontecimento” segundo Friedrich Adolf Trendelenburg, ou ainda “a somma de todas as forças productivas de um phenomeno” conforme Maximilian von Buri – ou seja, “nos chamados delictos por omissão (...) o crime é um efeito

⁹⁸⁹ BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 195. A menção aos “delictos omissivos, onde o auxilio dado ao crime costuma-se designar pelo epitheto de *negativo*” é feita a partir de SHCÜTZE, Theodor Reinhold. **Die notwendige Theilnahme am Verbrechen**, § 50, pag. 350 – cuja edição que dispunha Tobias era de 1869.

⁹⁹⁰ Art. 226. Tirar para fim libidinoso, por violencia, qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver. Penas – de dous a dez annos de prisão com trabalho, e de dotar a ofendida.

⁹⁹¹ A analogia poética feita por Tobias Barreto é do livro “*Fromont and Risler*” do romancista e político francês Alphonse Daudet (1790-1869), cuja personagem chamada Sra. Dobson, “com ares de quem nada vê e nada ouve” é uma experiente governanta com respeitada estatura moral. In: BARRETO, Tobias. **Dos delictos por omissão**, p. 195-196.

⁹⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 592-593.

⁹⁹³ Conforme a própria exposição de motivos da reforma de 1984 do CP, o rompimento desde o Código de 1940 com a tradição originária do Código Criminal do Império levou à adoção, neste particular, da teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da *teoria da equivalência das causas*.

que se prende á causa voluntaria, obrando, ou deixando de obrar”⁹⁹⁴. Como um último ponto no texto, antecipando que nele não se estenderia, admite a chamada *omissão constrangente* que, diferentemente de outros pontos tratados com mais coerência, não parece lhe assistir a razão, sobretudo pela ilustração dada por meio de um suicídio antecedido por uma carta de amor não correspondida e que acabaria elevando ao infinito a responsabilidade pelo silêncio e ausência de retorno do amado à amante – pelo que, parecendo prever a imprecisão da afirmação – conclui que “mais de um exemplo, aqui apresentado para illustrar a doutrina, pode parecer estranho e produzir a impressão do exagerado. Pouco importa. Isto é devido talvez à necessidade de reacção contra uma tendência peor, que nos vai arrastando, necessidade que sente qualquer espirito ambicioso de harmonia e serenidade na communhão social” e, quase prevendo a atualidade da legislação criminalizante, profetiza que “pouco falta que se considerem phenomenos inocentes, senão actos de virtuoso heroísmo, não é muito que, por contragolpe, se propenda para o extremo oposto, e se cuide ver um crime até na petulância do vento, que fareja as pernas de uma mulher bonita, ou desorganisa o corpinho de uma pobre flôr. A polarisação é tambem uma lei no mundo das ideias”⁹⁹⁵.

O pedido de desculpas ao leitor no final mostra-se desnecessário pois, considerando a riqueza e originalidade de alguns pontos tocados e a despeito da aridez do tema, não falta a fluidez característica e comum aos demais textos. A temática que o agradava é, ainda hoje, controvertida – seja quanto à análise teórica, seja quanto ao manejo prático. Pelo que dispunha o Código Criminal do Império, a análise de Tobias Barreto sobre os *crimes omissivos* estava correta e bem colocada – por isso a importância de ler o seu texto comparando-o à história da legislação penal brasileira e às influências sofridas por ela em sua trajetória. A voz oculta que o dizia continuamente para persistir no terreno do direito penal soprava certa: em todo o esplendor do seu pensamento, com o mais belo e fino linho grego preso por suntuoso e bem seguro broche, vestiu-se Tobias Barreto da *clâmide* de criminalista.

DA TENTATIVA: UM ENSAIO EM MATÉRIA CRIMINAL

Assim como nos demais temas de direito criminal sobre os quais se debruçou, a crítica realizada por Tobias Barreto sobre a *teoria da tentativa* tinha como parâmetro o código criminal

⁹⁹⁴ BARRETO, Tobias. *Dos delictos por omissão*, p. 199, a partir de MILL, John Stuart. *System der logik*, 1887; de TRENDELENBURG, Friedrich Adolf. *Logische Untersuchungen*, vol. II, p. 184; e de BURI, Maximilian von. *Ueber Causalität und Deren Verantwortung*, p. 1873.

⁹⁹⁵ BARRETO, Tobias. *Dos delictos por omissão*, p. 200-201.

de 1830 e, invariavelmente, a redação dos dispositivos e a metodologia adotada pelo legislador na elaboração do princípios, regras e tipos penais. No caso específico da **tentativa**, o seu alvo foi a forma descurada com que os “trabalhos criminalístico-industriaes” dos comentaristas foram realizados, além de disparar contra os *Avisos* do governo citados mecânica e acriticamente nas decisões proferidas pelos juízes e tribunais. Nessa crítica, afirmou em nota de rodapé que “o predomínio dos *Avisos* na decisão das nossas questões jurídicas exprime mais do que uma falta de sciencia da parte dos juizes e tribunaes, – exprime a indole byzantinamente imperialistica do governo brasileiro”⁹⁹⁶.

Nesse sentido, interessante é observar, já na abertura do texto, o resgate às leis 1 e 12 do *Código de Legibus* como antecedente histórico para a crítica formulada contra os *Avisos* e a lembrança de Constantino e Justiniano quanto ao que Tobias denominou de “*anomalia*”: de igual forma como se dava com os *Avisos*, uma decisão da majestade imperial tinha efeito sobre os juízes que estivessem sob aquele governo e serviria não apenas para o caso submetido à exame, mas para todos os demais semelhantes⁹⁹⁷.

Diante da redação do § 2º do art. 2º do Código Criminal do Império, considerando a ausência nele de definição legal ou de conceito que pudesse firmar, tal qual se tem na atual redação do art. 14, II trazida na reforma da parte geral de 1984, caracteres básicos e suficientemente claros para a identificação do limiar da execução e ausência de consumação por determinação externa, Tobias Barreto vê aberto o caminho para a formulação de algumas ponderações, merecendo, uma a uma, análise cuidadosa. O primeiro defeito para ele, mesmo que de algum modo desimportante⁹⁹⁸, é a redação formulada com o termo “do crime” como complemento de “a tentativa” – que, por estilística, poderia sem prejuízo ter sido omitido com o uso de uma elipse. De fato, exigente com a técnica de escrita, além de dar mais clareza, Tobias usava de um rigor que não tolerava a redundância, o que pode ser identificado em toda a sua produção literária. Mesmo que deixando “de parte a espécie de tautologia que se lhe nota, ou seja um defeito puramente redacional (...) como se para o legislador houvesse outro conceito

⁹⁹⁶ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 202.

⁹⁹⁷ “Inter oequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. E Justiniano accrescentou: – Si imperialis majestat causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis, sententiam dixerit: omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt sciant hanc esse legem nom solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus”. In: BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 202.

⁹⁹⁸ Em diversos momentos dos escritos de Tobias Barreto se identifica um desprezo que ele, apesar da trivialidade assim referida, se dedica a esmiuçar, explicar ou simplesmente se debruça a criticar. É o caso da tautologia do sintagma “a tentativa do crime” no início do ensaio: afirma *deixar de parte* no início e que “não é isto, porém, que se presta a análise e a censura” no final, mas dedica espaço e tempo para apreciar e emitir opinião sobre a técnica legislativa nem sempre bem utilizada.

de tentativa, que não o daquela, por ele caracterizada pelo modo supra-indicado”, arremata dizendo que “não é isto, porém, que se presta a análise da censura”⁹⁹⁹.

As questões problemáticas colocadas por Tobias Barreto a respeito da tentativa giravam em torno, basicamente, além da (i) controvérsia acerca das expressões **atos exteriores com princípio de execução**; (ii) a questão do **arrependimento**; (iii) a *propriedade* ou *impropriedade* dos **meios utilizados**; (iv) a *propriedade* ou *impropriedade* do **objeto**; e (v) a teoria da **concorrência real ou ideal** dos delitos – e sobre elas cumpre se debruçar essa pesquisa.

7.1 A controvérsia das expressões “atos exteriores” e “princípio de execução”

A crítica de Tobias Barreto, uma vez mais, era dirigida aos franceses e se voltava contra a subserviência legislativa brasileira ao espírito deles – influência essa, aliás, exercida em muitos outros códigos pelo mundo, inclusive no *Strafgesetzbuch* do Império Alemão, em seu art. 43¹⁰⁰⁰. No caso, o Code Pénal de 1810 não foi apenas fonte maior de inspiração do Código Criminal de 1830, mas acabou repetido em muitos dispositivos como no caso da *tentativa*, tendo sido a redação do art. 2 daquele código francês reproduzida pelo código brasileiro. Embora revisado posteriormente em 28 de abril de 1832 para suprimir a expressão “*actes extérieurs et suivis*”, como bem observou Tobias, o conteúdo ideológico permanecera intacto. Dizia ele antes da alteração: “Toute tentative de *crime* qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le *crime* même”¹⁰⁰¹. A manutenção brasileira não foi apenas das expressões extraídas duas décadas depois do texto inicial na França, já que “com ellas ficaram também as *ominosas* palavras – *princípio de execução* –, que não são menos vagas que as primeiras, e dão lugar a muitos erros de aplicação”¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 203.

¹⁰⁰⁰ Naquele código, “posto que a frase *princípio de execução* (*Anfang der Ausführung*) já venha modificada pelo complemento do *crime* ou *delito tentado* (*dieses Verbrechens oder Vergehens*), que confere à ideia da coisa um caráter mais concreto e acentuado”. In: BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 203.

¹⁰⁰¹ Tradução livre: “Qualquer tentativa de crime que se tenha manifestado por atos exteriores, e seguida de início de execução, se tiver sido suspensa ou tiver falhado o seu efeito apenas por circunstâncias fortuitas ou alheias ao controle do autor, é considerada crime em si”.

¹⁰⁰² BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 203, a partir de HAEBERLIN, Carl F. **Garichtssaal**, p. 620.

A importância jurídica da interrupção voluntária dos atos executórios disposta na ocasião do delito não consumado, traduzido o *arrependimento de fato* nos atos de oposição à consumação ou à obtenção do resultado específico ou particular do qual dependa o delito, afastava a crença teológica do conceito de *arrependimento do pecado* existente no âmbito interno – e apenas nele – do psiquismo do autor. Ou seja, o pensamento, embora criminoso, não estaria sujeito à repressão, já que “*cogitationis poenam nemo patitur*”. Afirmando que nos termos da lei estava contida a prova dessa disposição, Tobias Barreto bem observou que apenas o limiar de execução não bastava, mas que o delito não tenha sido levado a efeito por circunstâncias independentes da vontade do agente e “claro que *a contrario sensu*, quando aquelle effeito não se dá por força de circunstancias dependentes dessa vontade, a tentativa não existe (...) justamente por lhe faltas, na hypothese figurada, o pressuposto psychologico de um acto de *querer* o crime, como elle foi concebido, em toda a sua plenitude”¹⁰⁰³.

Ao afastar a possibilidade de existência da tentativa culposa, dada a essencialidade do dolo, cindindo os elementos objetivos dos subjetivos, Tobias observou que a incongruência da ausência de ajustamento entre esses elementos levava à alteração da sua unidade e totalidade jurídica de duas formas – ou o querer (elemento subjetivo) vai além do ocorrido (elemento objetivo), ou o inverso. Em suma: “se o phenomeno, *que se quiz*, é mais do que o phenomeno, *que se deu*, ahi temos a tentativa; se porém o facto ultrapassa o circulo da vontade, ahi temos um desses muitos casos de acções culposas, desde a *culpa levis*, até a *culpa dolo determinata*, com todas as suas diferenças de grau e intensidade”¹⁰⁰⁴. Logo, se a interrupção da sequência dos atos executórios se dá por arrependimento nestas condições, o carácter da tentativa está desfigurado e, assim, inexistente – embora admitindo a dificuldade em reconhecer a tentativa no exemplo clássico de arrependimento, onde o salvamento realizado por meios eficazes após o primeiro disparo efetuado pelo agente que, podendo consumir por dispor de meia dúzia de balas, opta por interromper e não matar a vítima, justamente por levar em consideração a repugnância da índole da justiça, mesmo falível, na qual está apoiada a sociedade.

O arrependimento, por sua vez, tido como “uma serie de factos partidos da vontade do agente” exigiria controle total do agente sobre o objeto, sempre “ao alcance do sujeito, dentro das raias da sua actividade”, enquanto, nessa fragmentação dos fatos, “a tentativa, que é o acto voluntario malogrado, desaparece, por tanto, absorvida pelo crime que fica, pelo que há de criminalmente consumado, ou seja o ferimento, ou outro qualquer delicto, conforme a

¹⁰⁰³ BARRETO, Tobias. *Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal*, p. 204.

¹⁰⁰⁴ BARRETO, Tobias. *Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal*, p. 204-205.

hypothese dada”¹⁰⁰⁵. Aqui, em nota de rodapé, Tobias faz uma importante observação ao que hoje se tem definido como responsabilidade sobre os atos já praticados antes da interrupção voluntária. É que as consequências de um envenenamento, meio empregado em seu exemplo, não seriam punidas pelo Código Criminal de 1830 porque este só reconhecia a alteração criminosa do organismo humano por meio de instrumentos cortantes, perfurantes e contundentes – ou seja: os prejuízos que sobreviessem à vítima salva da morte pelos efeitos do veneno ministrado restariam impunes. Ironizou Tobias: “(...) quem quer que ministrasse maliciosamente a outrem uma beberagem tal, que o puzesse de cama por mais de um mez, não commetteria um crime, pois o facto, como costumam dizer, não foi previsto pelo codigo! Que boas leis temos nós!”¹⁰⁰⁶.

Em outro exemplo, abrindo a dúvida se o fato estaria subsumido ao então tipo penal descrito no art. 224¹⁰⁰⁷ ou se mais adequado ao crime de estupro do art. 219¹⁰⁰⁸ – ambos previstos no Capítulo II do Código Criminal de 1830 intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra”, Tobias Barreto indica que os comentaristas inadmitem a tentativa, deixando em aberto a suscetibilidade de uma tentativa próxima (*conatus proximus*). No caso, a iminência da prática sexual com menor de dezessete anos enfrentaria a dificultosa classificação conceitual, “no sentido vulgar da expressão”, do que seria *mulher honesta*, além do momento interruptivo da prática: estar-se-ia diante de um crime de sedução de menores na forma tentada (art. 224 c/c art. 2º, § 2º) ou de ato preparatório para o crime de estupro (art. 219)? Para ele, outras duas questões estariam na ordem do dia: o primeiro beijo seria um *commencement d’exécution* no sentido do Códice penal, imitado pelo código brasileiro do Império? Ou apenas, como dito, simplesmente um ato de preparação, “com todo o valor ethico e esthetico, mas sem valor juridico?” – no que responde que “de nenhum modo hesito em sustentar a ideia, que parece inaceitavel, isto é, a ideia da tentativa, e neste caso a possibilidade tambem de um arrependimento, que a torna impunível”¹⁰⁰⁹. A dificuldade de admissão da tentativa para os delitos previstos nos arts. 219 a 224 estaria, no que se concorda, na inviabilidade de se exigir um princípio geral de execução no sentido absoluto que importaria em uma atribuição

¹⁰⁰⁵ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 205-206.

¹⁰⁰⁶ Vide nota de rodapé nº 3. In: BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 206.

¹⁰⁰⁷ Art. 224. Seduzir mulher honesta menor de 17 annos e ter com ella copula carnal.

¹⁰⁰⁸ Art. 219. Deflorar mulher virgem menor de dezeseite annos.

¹⁰⁰⁹ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 207.

obrigacional ao legislador de, violando a regra da *lex stricta*, precisar descrever todos os passos do iter criminis¹⁰¹⁰.

O que incomodava Tobias Barreto nesse tema era o equívoco na formação do conceito que acabava dificultando a impunibilidade da tentativa nos casos de arrependimento no código de 1830 e isso residia na ilusão de que o intento inicial manifestado pelo limiar de execução não poderia jamais ser alterado. Nisso, de fato, pecava por ausência o código – pois os limites da tentativa não se davam no início da impossibilidade de ação. Assim, dando-a por “fechada e concluída em cada acto”, ter-se-ia “no exemplo figurado, succedendo que A fosse errando, um após outro, todos os oito tiros do seu revolver, seria afinal criminoso de oito tentativas ou mais ainda, conforme a riqueza de molas do americano? Mas isto é inadmissivel”¹⁰¹¹.

Quanto ao **motivo determinante** do arrependimento, igualmente não havia como distinguir dentre as circunstâncias que o código denominou “independentes da vontade do delinquente” pois, com acerto, sendo de ordem puramente internas e de natureza psicológica, muitas são impassíveis de controle pelo agente, elidindo sua responsabilidade. Afastado o princípio estoico, por exemplo, que afirma que “uma vontade forçada é sempre uma vontade” (*coacta voluntas, semper voluntas*), com razão afirma Tobias que “se a coacção moral é capaz de fundar a irresponsabilidade do agente coagido (art. 10 § 3º do cód.), essa mesma coacção deve ter força para tirar o merito juridico ao arrependimento do crime iniciado, mas não acabado”¹⁰¹². Outra informação importante obtida a partir desse texto é o destaque dado por Tobias ao que chamou de “psicologia dos motivos”, destacando a necessidade de uma teoria da motivação em matéria criminal – até então não explorada e cujo único ensaio de que tinha conhecimento era do alemão Franz von Holtzendorff intitulada “A psicologia do assassinato” (*Die Psychologie des Mordes*), citada por ele na versão francesa “*Psychologie des Mordes*”. Outro ponto que é tocado (e abandonado) por Tobias Barreto é a questão do concurso de agentes e aproveitamento ao mandante da desistência voluntária do executor. Reconhece ele que “a questão não é das menos importantes”, mas que sua discussão naquele momento seria desvantajosa pois o tiraria do plano traçado ao trabalho e que, por fim, sobre a possibilidade da

¹⁰¹⁰ Aqui a citação feita por Tobias é do alemão Albert Friedrich Berner em sua conhecida obra “Princípios do direito penal prussiano” (*Grundsätze des preussischen Strafrechts*). A descrição pormenorizada do percurso percorrido pelo agente tem por base a suposta “exigência de um *principio de execução* no sentido absoluto de uma exigência daquela acção principal, que funda a existencia do facto” – o que importaria em um ônus ao legislador de “um sem numero de disparates”. In: BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 207.

¹⁰¹¹ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 209.

¹⁰¹² BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 210.

tentativa nos delitos comissivos praticados por omissão, afirmou ser concebível (vide o capítulo do seu estudo sobre delitos por omissão), restando a discussão de “saber, não só se é possível a tentativa por *omissão*, como também, uma vez admitida, se é possível, e em que consiste o arrependimento de tal tentativa”¹⁰¹³. Outros dois exemplos¹⁰¹⁴ – do manobrista de uma máquina de vapor que se corrompe por dinheiro para a prática de um desastre que não se consuma por conta de descoberta anterior e do médico que trata dois doentes da mesma casa e acaba prescrevendo para ambos medicação letal para um e indiferente para o outro, deixando de observar o perigo da conduta para que seja propositadamente ministrada trocada, o que é feito pelo enfermeiro, mas obstadas as últimas consequências a despeito de sua má vontade de salvar a vítima – são igualmente utilizados por Tobias Barreto para demonstrar que na categoria das ações também se incluem aquelas de caráter negativo (por omissão) que trazem todos os caracteres positivos do crime.

7.2 O arrependimento e a impropriedade dos meios e do objeto

Não se concebe, por sua vez, a possibilidade da tentativa quando admitida a **impropriedade** dos meios empregados que torna inatingíveis os fins. Logo, além da hipótese de crime impossível descrita com precisão (o que hoje está expresso no art. 17 do CP) mesmo à míngua de previsão legal naquele código, Tobias Barreto traz uma conclusão simples e certa: “um crime impossível desde o primeiro momento da sua genese não é um crime”, e “o legislador pune somente crimes *reaes* e o começo da *realização* de crimes possíveis” – ilustrando a teoria com o já clássico exemplo da tentativa de aborto¹⁰¹⁵ praticada a partir do conhecimento do mal (sinônimo de *conhecimento de causa* como elementar do tipo) e considerando a possibilidade de verificação de interrupção por circunstâncias alheias à vontade do agente. Caso a substância ministrada seja inofensiva e inábil a produzir o resultado abortivo,

¹⁰¹³ O exemplo ilustrativo apresenta coerência na sustentação da possibilidade de existência da prática de crime: Pedro, casado e cuja esposa estava grávida, ignora a necessidade de alimentação da gestante e impede que empregados a satisfaça. Após abortar, fica perto de morrer, mas, pela “interposição de circunstancias estranhas”, interrompe o intento criminoso do marido. Para Tobias, tem-se uma tentativa de delito comissivo cometido por omissão. No entanto, ele não desconhece que “a linha, neste exemplo, separa o domínio ethico do juridico, é tão delicada, que para muitos será difficil perceber-a e admittil-a”. In: BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 211-212.

¹⁰¹⁴ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 212-213.

¹⁰¹⁵ Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

não há tentativa por não haver princípio ou preparo de execução, já que “o *conatus* do crime impossível pela insuficiência dos meios não tem caracter criminal”¹⁰¹⁶.

Uma outra questão geral e interessante levantada por Tobias Barreto é a da impossibilidade absoluta e relativa concernente ao *conatus criminis*, além da análise feita, a partir do exemplo do revólver sem projetis, da inexistência da tentativa pela irrealizabilidade total do fato criminoso. Aliás, o que hoje soa como óbvio, sob a égide do Código Criminal de 1830 muitos juristas rejeitavam a impunidade da tentativa quando impróprios o meio ou o objeto simplesmente “pela unica razão, que aliás é commum a todos os seguidores da mesma doutrina, de ser, nessa hypothese, a intenção criminosa igual á que se manifesta na tentativa ordinaria”¹⁰¹⁷.

Ora, com o foco fechado no elemento subjetivo do crime e alheios a qualquer impossibilidade de lesão ou alteração no mundo fenomênico pela conduta praticada por um meio ou um objeto inidôneo, a citação feita por Tobias Barreto é do jurista Ludwig Friedrich Oskar Schwarze, cuja obra dispunha em sua biblioteca¹⁰¹⁸ e cuja tese acabou ironizada: “reclamo que se respeite a logica, a esta exige, em taes condições, que os feiticeiros, por exemplo, fiquem inscriptos no circulo da lei penal, não em nome da religião, como ontr’ora, mas em nome da sciencia, que deve considera-los verdadeiros criminosos. Por que não? Que diferença existe entre o facto de descarregar sobre outrem uma espingarda sem *carga* e o de lançar-lhe um sortilegio, ambos no intuito de pôr termo á vida? Schwarz não é capaz de apontá-la. E tanto não é, que, em plena consciencia da dificuldade, querendo evitar a pécha de inconsequente, creou uma classe á parte de crimes tentados por *meios supersticiosos*, a respeito dos quaes desaparece a ideia da tentativa”¹⁰¹⁹.

Emparelhando *superstição* a *engano* como fatos subjetivos, fenômenos complexos e produzem o mesmo resultado quando “lançados na retorta metachimica da analyse psychologica”, acabam reduzidas a um simples ilogismo. A conclusão acerca da **impropriedade do objeto** é, em relação ao meio, mais simples: seja por meio do exemplo do fogo atado contra um toco de uma planta supondo se tratar de um ladrão que torna impossível a acusação do viajante noturno por tentativa de homicídio, ou ainda do indivíduo que intenta

¹⁰¹⁶ BARRETO, Tobias. *Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal*, p. 216.

¹⁰¹⁷ BARRETO, Tobias. *Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal*, p. 220.

¹⁰¹⁸ SCHWARZE, Friedrich Oskar. *Commentar zum Strafgesetzbuch*. Leipzig: Fue’s Verlag, 1873, p. 126; também HOLTZENDORFF, Franz von. *Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeitärgen*, vol. II, p. 290 e ss.

¹⁰¹⁹ BARRETO, Tobias. *Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal*, p. 220-221.

um furto e se arma com instrumentos aptos a superar os obstáculos, mas que, ao tocar a porta, a encontra aberta e ao tocar na gaveta, supondo ter nela um tesouro, igualmente a encontra destrancada – mas vazia – não se admite o conatus, já que, à mingua de princípio de execução, os atos praticados são úteis apenas para revelar a intenção criminosa, mas inúteis à consumação do delito¹⁰²⁰.

DO MANDATO CRIMINAL: A TESE DE CONCURSO, OU UM COMENTÁRIO AO ART. 4º DO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO SOBRE COAUTORIA: “DA CO-DELINQUÊNCIA E SEUS EFEITOS NA PRAXE CRIMINAL”

Em abril de 1882, no auge da sua maturidade acadêmica inobstante a pouca idade e após aguardar quase dois anos desde o retorno de Escada, Tobias Barreto apresentou à Congregação da Faculdade de Direito do Recife sua tese e se sagrou vencedor naquele memorável e ruidoso concurso, vindo a ser nomeado lente por D. Pedro II – apesar das pressões políticas em favor de outros candidatos que com ele concorreram, como foi o exemplo de José Augusto Freitas, um baiano que tinha como cunhado o já lente José Joaquim Seabra¹⁰²¹. A vaga de lente substituto, diferentemente do formato atual nas universidades, se dava para qualquer matéria e Tobias sabia tudo em profundidade, “desde o Direito Natural ao Criminal, do Público ao Privado, isto é, do Constitucional e Administrativo ao Civil e ao Comercial e Marítimo, bem como das diversas disciplinas afins, ou seja, Diplomacia, História dos Tratados, Direito Eclesiástico, Economia Política, Processualística em geral”¹⁰²².

Aspirando a mudança no ensino e saturados das velharias dos compêndios que não mais pareciam merecer o sacrifício de suas inteligências, a nata dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife voltou a sua simpatia para Tobias e sobre ele lançou as expectativas para, nas palavras de Silvio Romero, “erguerem a construção por que seus espíritos ansiavam”¹⁰²³. Os candidatos deveriam se submeter ao certame que previa provas orais e escritas, respondendo as proposições e elegendo uma para a dissertação. Foram, ao todo, cinco inscritos.

¹⁰²⁰ BARRETO, Tobias. *Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal*, p. 221-222.

¹⁰²¹ Casado com sua irmã Amélia de Freitas e conhecido como J. J. Seabra, além de professor e diretor da FDR, foi um jurista, político um dos poucos parlamentares a participar do processo de promulgação das duas primeiras constituições republicanas (1891 e 1934).

¹⁰²² MERCADANTE, Paulo. *Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo*, p. 264.

¹⁰²³ MONT’ALEGRE, Omer. *Tobias Barreto*, p. 239.

De forma precursora, Tobias tratou de uma “intuição perfeita da autoria”¹⁰²⁴, legando uma lição ainda atual quando concluiu, sobre a definição de **crimes de mão própria**, que “existem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerado como agente punível aquelle que praticou mesmo physicamente a acção externa, que contém os caracteres objectivos desses crimes, nos quaes, por conseguinte, não se concebe que o autor punível possa utilizar-se da actividade de outra pessoa como meio de executar o acto exterior criminoso”¹⁰²⁵.

Foi por intermédio da sua dissertação apresentada à Faculdade de Direito do Recife em 1882 sobre mandato criminal que Tobias, despertando a curiosidade e contrariando o que quase a totalidade dos autores então afirmavam, dedicou atenção e cuidado maiores ao direito romano na conceituação de co-delinquência. Aliás, confirmando sua rara capacidade de antever e firmar tendências, esse trabalho é – ainda nos dias de hoje – um modelo de segurança na doutrina, seja pela excelência no método, seja pela sempre particular sobriedade na linguagem¹⁰²⁶.

Já na epígrafe, a indagação antecipa o problema colocado em questão de “*qual a extensão da ideia do mandato, de que trata o art. 4º do Código Criminal?*” – e no que era criticado por Tobias pelas suas defasagens, o Código de 1830 sempre foi rigidamente analisado sob o aspecto redacional e aqui, particularmente sobre o conceito de autoria, interpretá-lo careceria por parte dos hermeneutas de um esforço e paciência de epigrafistas, considerando ele que faltava àquele código “um grande numero de conceitos e achados da sciencia do direito penal, que sómente uma san doutrina e uma praxe regular estão no caso de supprir”¹⁰²⁷. Com razão, ele apontou o laconismo da disposição do art. 4º, que conceituava como autores “os que commetterem, constrangerem ou mandarem alguém cometer crimes”. A questão da qual se ocupou, portanto, não era “uma semente lançada no terreno esteril da pura especulação”, já que “não se trata de pôr em jogo velhas ideias apriorísticas de um direito criminal abstracto” – mas, “pelo contrário, meramente positiva, levantada nos domínios do direito positivo”¹⁰²⁸.

Esse sistema foi, a grosso modo, bem aceito pela doutrina de então¹⁰²⁹: embora, a partir da solução dada pelo *Code pénal* de 1810 de parear autores e cúmplices, essa equiparação iria “confundir papéis diferentes, tornando odiosa a ação da lei”¹⁰³⁰ por um lado, e reduzindo à mera

¹⁰²⁴ COSTA JR., Heitor. *A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto*, p. 24.

¹⁰²⁵ BARRETO, Tobias. *Do mandato criminal*, p. 228.

¹⁰²⁶ LIMA, Hermes. *Tobias Barreto*, p. 240.

¹⁰²⁷ BARRETO, Tobias. *Do mandato criminal*, p. 223.

¹⁰²⁸ BARRETO, Tobias. *Do mandato criminal*, p. 224.

¹⁰²⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 5.

¹⁰³⁰ PESSOA, Paula. *Código criminal do Império do Brasil*, p. 26.

distinção quantitativa, seria “puramente nominal” e não corresponderia “à realidade das cousas”¹⁰³¹, por outro. Embora traduzido de forma autorizada para a língua portuguesa apenas em 1899 por José Hygino, o Tratado de von Liszt do qual, por questões temporais óbvias, não teve acesso Tobias, inseriu o conceito de “autoria intelectual” que “nunca se distanciou muito da instigação” e “frise-se que Tobias Barreto formulou hipóteses clara de autoria mediata, sem empregar tal designação, porém usando pioneiramente termo ‘instrumento’”¹⁰³².

8.1 Sobre a extensão da ideia do mandato, hoje tida como instigação

De forma *expositiva*, *interpretativa* e *completiva*, a partir dos princípios reguladores da exposição das leis penais, Tobias Barreto expõe a sua tese – que preferiu denominar “comentário” e não “dissertação”, talvez para escapar às críticas com o rigor de análise, visto as ausências que possuía o trabalho, ou talvez, como confessou, para fugir da prolixidade natural de uma produção com essa envergadura e que raramente estaria isenta de pedantismo ao se expor com complacência tudo o que sabe. Para fins de clareza e elidir quaisquer dúvidas no uso do termo, respeitando a terminologia usada por Tobias Barreto, aqui se denomina *mandato* o que hoje se denomina **instigação**.

A divisão proposta pelo Código era clara e um modelo de simplicidade que, segundo Tobias, “nem sempre exclui a imperfeição”: a partir de duas classes principais, quais sejam a **autoria** (art. 4º) e a **cumplicidade** (arts. 5º e 6º) já concebidas por outros antigos doutrinadores, demonstra como “a proposição *synthetica – qui causam dant criminis* – é muito mais clara e comprehensiva do que a disposição tripartita do artigo 4 do Código”, nada obstante a base filosófica existente na ideia de causalidade. O conceito de autoria estava “subordinado e restricto a três ordens de factores ou grupos de sujeitos, que não abrangem logo intuitivamente toda a extensão genérica das causações criminosas”, o que explicava “o estado de permanente controvérsia nas questões da applicação pratica do referido artigo”¹⁰³³.

Na formulação “cometerem, constrangerem ou mandarem cometer”, as lacunas diziam respeito à **co-autoria imediata** não abarcada pelo segmento “os que cometerem” e, na autoria dos que “constrangem”, da ausência de distinção entre o constrangimento físico e psíquico –

¹⁰³¹ ARAÚJO, João Vieira de. **Código criminal brasileiro, comentário filosófico-científico**, p. 137-139.

¹⁰³² BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 10, a partir de BARRETO, Tobias. **Do mandato criminal**, p. 243.

¹⁰³³ BARRETO, Tobias. **Do mandato criminal**, p. 226.

suprida pelo art. 10, § 3º¹⁰³⁴, embora sua inclinação que em tal disposição se tratava somente do constrangimento psíquico, já que “o physico, pela nimia raridade, não estava no caso de uma indução jurídica: *ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*”, assim como eliminava qualquer confusão entre a *vis absoluta* e a *vis compulsiva*, pois o coagido estaria invariavelmente livre de optar pela reação na medida da sua resistência e o constrangente seria classificado como **mandante** ou, se o constrangimento for absoluto e retire qualquer possibilidade de liberdade, será tido como **autor**¹⁰³⁵.

Já em relação aos que mandarem alguém cometer crimes, ponto central da tese de Tobias Barreto, a questão central eram “os *modos de ser* da autoria pelo mandado” – já que “a autoria imediata, a autoria propriamente dita, manifesta-se debaixo de um só schema: o de perpetrar o agente a acção punível por si mesmo, sem o antecedente causal da vontade de outrem; assim como o constrangimento se dá sob duas fôrmas únicas, a *physica* e *psychica*, sendo que cada uma dellas é ainda manifestavel sob uma dupla fôrma, o da *vis absoluta* e o da *vis compulsiva*”¹⁰³⁶.

8.2 O ponto central da tese: do uso doutrinário da expressão *mandato*

A redução conceitual do termo *mandato*, diante da concorrência de idêntica expressão com uso corrente e tomada por empréstimo do direito privado – onde correspondia a uma das formas que tomam as relações contratuais, foi realizada doutrinariamente e inserida na praxe de forma a confundir e diminuir seus limites legais. A extensão da participação criminosa do mandante caminha em dependência, segundo Tobias Barreto, da ratificação científica sobre a indução do legislador e do esclarecimento da dedução do juiz no processo de formação e aplicação da lei.

O erro legislativo no exercício da logicidade estava em “subsumir ou induzir sob a expressão *os que mandarem alguém commetter crimes* todos os casos, em que um homem influe, persuade e determina outrem á pratica de uma acção criminosa”¹⁰³⁷. Como bem observa Nilo Batista, em relação à aferição da cumplicidade necessária e levando em conta o aporet

¹⁰³⁴ Art. 10. Também não se julgarão criminosos: (...) § 3º Os que commetterem crimes violentados por força ou medo irresistíveis.

¹⁰³⁵ “A lei deveria antes ser adaptada às coisas que são frequentes e fáceis, do que às que acontecem muito raramente”. In: BARRETO, Tobias. **Do mandato criminal**, p. 227.

¹⁰³⁶ BARRETO, Tobias. **Do mandato criminal**, p. 228-229.

¹⁰³⁷ BARRETO, Tobias. **Do mandato criminal**, p. 230.

trazido ao crime, há de se reconhecer que, embora “dispondo de um texto legal consideravelmente mais pobre, que só previa o mandato, porém de instrumental teórico mais apurado, Tobias Barreto já solucionara a questão, em 1882”¹⁰³⁸.

8.3 O caráter acessório da participação e a co-delinquencia

Em pelo menos duas passagens da tese de Tobias está clara a intuição sobre o caráter acessório da participação¹⁰³⁹: tanto quando incluiu que o mandatário tivesse “cometido a ação respectiva” dentre as “exigências conceituais do mandato”¹⁰⁴⁰, quanto quando, “argumentando em torno da tentativa do mandato, observa que o código não fez dele ‘um crime autonomo e independente da acção principal’”¹⁰⁴¹.

IMPUTABILIDADE PENAL: MENORES E LOUCOS EM DIREITO CRIMINAL

Com duas edições em vida (a primeira em 1884 e a segunda em 1886), *Menores e Loucos em Direito Criminal* foi o oscúculo onde Tobias Barreto problematizou a estrutura sobre a imputabilidade penal do art. 10 do Código Criminal do Império de 1830. O título completo revela como ele, ao questionar a imputação de responsabilidade ou a sua exclusão pela ausência de capacidade psicológica, se mostrava preocupado com a interpretação das condições de se conduzir livremente no curso causal do delito. Além do mérito de ter sido o primeiro crítico brasileiro de Cesare Lombroso – a quem denominou “o celebre louco italiano”¹⁰⁴², importa também destacar a originalidade com que foi concebido e escrito.

Em pouco mais de uma centena de páginas, Tobias expõe suas ideias básicas sobre o crime, a pena e a imputabilidade penal e é dos seus escritos criminalísticos, “o que melhor lhe revela as qualidades de pensador e de escritor, e talvez, até, as qualidades de homem, é o opúsculo intitulado *Menores e Loucos* (...) suas preferências doutrinárias aí se encontram; o seu estilo elevado e simples espraiaando-se ao sabor das associações de ideias, aí teve assunto adequado”¹⁰⁴³. A riqueza e importância dessa obra são tamanhas que, para BEVILAQUA, “si de

¹⁰³⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 10. Ver também BARRETO, Tobias. *Do mandato criminal*, p. 243.

¹⁰³⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 6.

¹⁰⁴⁰ BARRETO, Tobias. *Do mandato criminal*, p. 241.

¹⁰⁴¹ BARRETO, Tobias. *Do mandato criminal*, p. 245.

¹⁰⁴² BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 62.

¹⁰⁴³ BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*, p. 370.

Tobias Barreto não nos restasse mais do que esse pequeno livro, tam fortemente pensado e tam artisticamente feito, ainda assim, estaria ganha para elle uma vantajosa posição na litteratura patria”¹⁰⁴⁴. Já para Miguel Reale, *Menores e Loucos* “bastaria para assegurar-lhe a posição de um dos mais ilustres criminalistas da época imperial, distinguindo-se pela autonomia das ideias em um momento em que andava em grande voga a escola positiva de Cesare Lombroso”¹⁰⁴⁵. De fato, ainda sobre os auspícios da escola positiva, Tobias Barreto percebeu o jogo de adivinha no esforço professoral de quem se arvorava a aclarar aos discípulos os fundamentos da punição.

A primeira edição foi publicada em março de 1884 pela editora carioca H. Laemmert & C. e, curiosamente, traz uma advertência que não se repetiu na segunda edição¹⁰⁴⁶. Nela, como tradicionalmente fazem os analistas da obra de Tobias, os editores dividem com clareza questionável em três fases estanques os 22 anos de sua produção e creditam ao período de 1880 em diante o terceiro momento da sua vida mental: a de professor e jurisconsulto. Nessa nota preliminar, os editores atestam seu brilhantismo de poeta em *Dias e Noites* (como ponto alto do período de 1862 a 1870 da celebrada escola *hugoana* em poesia); louvam os *Ensaio de Filosofia e Critica* e os *Estudos Allemães* como “testemunho eloquente de sua habilidade de crítico”¹⁰⁴⁷ (lembrando a década entre 1870 e 1880 vivida em Escada e onde lançou as bases do *germanismo* como movimento intelectual substitutivo à inveterada imitação francesa); e, finalmente, arrematam afirmando que aquela inaugural edição de *Menores e Loucos em Direito Criminal* “falla bem alto em favor da sua erudição e atilado senso filosofico em materia havida por arida, qual é a jurisprudencia”¹⁰⁴⁸. Ao final da advertência, os editores afirmam que, ao publicá-lo, confiam ter prestado um serviço às letras brasileiras e submetem essa decisão ao público, a quem incumbiria decidir¹⁰⁴⁹.

A segunda edição datada de 1886, por sua vez, foi publicada pela recifense Typographia Central e continha, já na contracapa, a interessante observação de que havia sido “*consideravelmente augmentada*” e, na página que abre o suplemento, que se tratava de uma segunda edição “*correcta e augmentada*”¹⁰⁵⁰. Isso porque, além de ter sido o texto principal

¹⁰⁴⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas philosophos*, p. 129-130.

¹⁰⁴⁵ REALE, Miguel. *Tobias Barreto na cultura brasileira*, p. 43.

¹⁰⁴⁶ Além da 2ª edição no ano de 1886, outras póstumas se sucederam, como é exemplo a edição publicada pelo Estado de Sergipe em 1926 autorizada pelo Decreto nº 803 de 20/04/1923 (Vide Anexos I e II).

¹⁰⁴⁷ **Advertência (I)**. In: *Menores e Loucos em Direito Criminal*, 1ª ed., p. IX.

¹⁰⁴⁸ É certo que o sentido do sintagma “jurisprudência” ali não é o mesmo utilizado hodiernamente como fruto da consolidação das repetidas manifestações dos tribunais, mas sim dizendo respeito ao conjunto de análises e produções acadêmicas sobre matérias jurídicas.

¹⁰⁴⁹ O original da “Advertência (I)” está no Anexo I.

¹⁰⁵⁰ BARRETO, Tobias. **Appendice – Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**. In: *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 123.

revisto, corrigido, ampliado e atualizado, trazia (ou vinha “seguido” como escrito em destaque no início) um apêndice sobre o “Fundamento do Direito de Punir”. É preciso registrar que esse texto vicinal à segunda edição foi escrito no período de Escada com a observação que se destinava “para uso acadêmico” e fora publicado ainda em 1881 – três anos antes da primeira edição – precedendo, portanto, a qualquer conhecimento público do conteúdo, mesmo que preliminar, de *Menores e Loucos* e tendo sido, segundo a advertência à segunda edição, “o primeiro brado para a reforma da nossa antiga intuição jurídica, pondo-a de accôrdo com a filosofia contemporânea no que ella tem de mais elevado”¹⁰⁵¹ – o que seria o bastante e suficiente para justificar aquela nova e segunda edição dos *Menores e Loucos*.

Quanto à advertência à segunda edição, cumpre ressaltar que ela encerra as justificativas editoriais motivadoras desse “notável ensaio” do “illustrado lente da nossa faculdade jurídica”. Em suas razões, aponta as distinções da primeira ao “conter o dobro da matéria alli abrangida, alem de diversas modificações no texto primitivo”. Isso porque o § 4º do art. 10 do Código Criminal do Império – que não fora objeto de discussão na 1ª edição – foi submetido à análise mais acurada e cuidadosa ou, nas palavras do editor, à “vasta e demorada analyse”, compreendendo-se “a importancia pratica e doutrinaria do assumpto ahi esplanado”¹⁰⁵². Portanto, além da completa análise do art. 10 do Código Criminal – agora com todos os seus parágrafos – aquele prólogo sintetizado em seis parágrafos conclui que com essa edição se tem “em todo o correr do livro em palavras da nitidez de brunido metal as paginas mais bellas que já uma vez foram escriptas no Brazil sobre o conceito do direito e da pena” e finaliza com um curto e exauriente “*basta*”¹⁰⁵³.

A discussão à guisa de introdução era a daquele momento histórico: a metafísica social, a economia política e as noções não assentadas de *valor*, *capital* e *trabalho*, a sociologia embrionária e em vias de formação, a crítica à teoria dos direitos naturais e originários e à universalidade da concepção de um direito superior e anterior à sociedade. Esse debate recebe de Tobias Barreto a intuição culturalista e monista de mundo, onde, a partir da luta e do combate, a sociedade instituía e consagrava direitos, inexistindo fora dessa produção humana qualquer disciplina das forças sociais. O abandono do jusnaturalismo e seus apriorismos que ignoravam as lições da experiência e os testemunhos da história, questionando eventuais

¹⁰⁵¹ BARRETO, Tobias. **Advertência (II)**. In: *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. V.

¹⁰⁵² BARRETO, Tobias. **Advertência (II)**. In: *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. V.

¹⁰⁵³ Datando em 30 de Agosto de 1886 e situando em Recife a elaboração daquelas palavras. In: BARRETO, Tobias. **Advertência (II)**. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. V. O original dessa Advertência à segunda edição está no Anexo II.

direitos preexistentes aos primeiros ensaios de organização social, tratava o direito natural como o resultado do espírito de uma época e que possuía pretensões de *filho único da razão humana* criado na Holanda do século XVII, que não se conformava com os princípios das ciências sociais¹⁰⁵⁴. Essa historiografia crítica do jusnaturalismo compreendia duas possibilidades: tentar transpor acriticamente um modelo histórico europeu ou criar uma versão revestida de brasilidade deste modelo¹⁰⁵⁵. Como uma análise não inviabiliza a outra, Tobias optou pela segunda.

O art. 10 do Código Criminal de 1830 estabelecia quatro categorias de irresponsabilidade que se referiam à falta de *imputatio juris* (as duas primeiras) e à ausência de *imputatio facti* (as duas últimas) e que foram detidamente objeto de apreciação por Tobias Barreto – sobre o que aqui se começa a discorrer.

9.1 Menores no Código Criminal de 1830

O duplo processo de inclusão/exclusão consagrado nos treze primeiros artigos do Capítulo I do Código Criminal de 1830, a partir do método adotado pelo legislador e definida/classificada a ideia geral de delito, previa as exigências conceituais de delinquente como (i) por idade – portanto, “motivos de ordem política” e (ii) por doença mental – logo, “por lhes faltar base psychologica do crime”¹⁰⁵⁶. No entanto, a incompletude e o laconismo acentuados por Tobias Barreto não receberam dele a indiferença, apesar da descrença na reforma legislativa – a qual propunha, em contraponto e para sanar os defeitos, a supressão por meio de outras fontes ditas regulares do direito, dentre os quais a *analogia*. Para ele, afastar do espírito da lei os princípios jurídicos aparentemente fixos e inextensíveis, privando-os de um simples alargamento por expansão analógica, seria um equívoco e tal resistência encontraria justificativa apenas na confiança obtida na enunciação das verdades matemáticas.

O desafio inicial de Tobias ao analisar o art. 10 do Código Criminal estaria, portanto, em “abrir uma luta franca e decidida com o *litteralismo* esteril e anachronico”¹⁰⁵⁷. Essa luta aberta se utilizava também de outra fonte do direito, a *equidade*, trazendo-a para o centro do debate. No caso, não lhe dando o significado comum de sinônimo de *compaixão*, como

¹⁰⁵⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. VII-XII.

¹⁰⁵⁵ PAES, Alberto de Moraes. **Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes**, p. 52.

¹⁰⁵⁶ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 1.

¹⁰⁵⁷ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 4.

traduzido ou tampouco interpretando-a desde a sentimentalização ou a docilização do rigor legal, mas sim dando-lhe o sentido romano de *equitas* por meio do princípio do *equum et bonum*. A sua intuição, no entanto, a partir do exemplo trazido, parece equivocada. Isso porque, ao pretender expandir as circunstâncias agravantes previstas no art. 16, § 2º do Código Criminal de 1830, Tobias acaba por ampliar aquele rol legal e, conseqüentemente, a extensão do alcance do tipo, ferindo a legalidade, a taxatividade e a própria analogia como admissível hoje, invariável e incondicionalmente aceita em favor do réu. Nesse sentido, a comparação feita em nota de rodapé e que remete ao cometimento de crime com uso de veneno, incêndio ou inundação pretende aplicar a um homicida a agravante quando o crime for cometido por outro meio “de igual terribilidade e revelador do mesmo grau de malvadeza” com base no citado princípio romano porque, por exemplo, apesar da morte por força de uma explosão não se tratar de morrer envenenado, incendiado ou inundado, não deixaria de ser uma morte horrível¹⁰⁵⁸.

A *despesa filosófica* do Código Criminal de 1830 em relação à imputação consistente em uma *psicologia de pobre* utilizada pelo legislador e reduzida a três ou quatro noções tradicionais recebidas sem um exame cuidadoso “como velha moeda, cujo peso e legitimidade ninguém se dá ao trabalho de verificar” e verificadas por Tobias, quais sejam: (i) a noção de *vontade*, como pressupostos indispensáveis do crime e expressa na “acção ou omissão voluntária” previstas no art. 2º, § 1º e no conceito de “tentativa” do § 2º do mesmo artigo; (ii) a *má-fé*, cuja aliança binária de “conhecimento do mal” e “intenção de o praticar” condicionam-na no art. 3º; e (iii) o *discernimento*, tratado no art. 13¹⁰⁵⁹. A aceitação da liberdade como um postulado da ordem social e pouco enfrentada no Código Criminal de 1830 também foi observada por Tobias, ao ventilar que apenas “indirecta e negativamente, é que elle aparece na disposição do § 3º do art. 10”¹⁰⁶⁰.

O tensionamento da *presunção de liberdade* merecia, nesse momento, um maior espaço – o que não vem a acontecer sequer adiante. Aliás, tocar em pontos importantes e abandoná-los na sequência, sem retomá-los ou voltar a eles de maneira ainda que insuficiente, é uma lacuna que permeia toda a obra de Tobias Barreto. Isso porque a teoria da imputação (*psicologia criminal*), ao se apoiar a partir do estabelecimento legal de certa idade na qual se adquire maturidade e capacidade de se conhecer o caráter ilícito da conduta e de se autodeterminar de

¹⁰⁵⁸ Vide nota de rodapé nº 4 daquele original. In: BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 5.

¹⁰⁵⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 6-7.

¹⁰⁶⁰ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 7.

acordo com esse entendimento, acaba por “deixar de parte, como prejudicado e sem valor apreciável, o conceito da liberdade”¹⁰⁶¹.

Nesse aspecto e adiante, mais ainda intocado é o problema do *livre arbitrio*. Pois, de um lado, se o sintagma “conhecimento do mal” previsto no art. 3º satisfaz a condição de conhecimento da então ilegalidade da ação querida (ou *libertas judicii*), de outro lado a expressão “intenção de o praticar (o mal)” não satisfaz a possibilidade de o agente deliberadamente praticá-lo seja comissiva, seja omissivamente (ou *libertas consilii*) – chegando-se à conclusão de que “como fenômeno intelectual, como synonymo de designio, projecto ou intuito, a intenção não pressupõe necessariamente a liberdade de escolha entre caminhos diferentes” e, portanto, “como forma da vontade, como desejo ou proposito deliberado de obrar, também não exclue a possibilidade da falta de livre arbitrio. Sobre esse ponto a lacuna do Código é incontestável”¹⁰⁶².

Outras duas questões são colocadas no fechamento do capítulo primeiro de *Menores e Loucos* e aqui merecem destaques: (i) a inexatidão da associação necessária entre o alcance do conceito de *crime* e o de *má-fé*, por exemplo, demonstrando a falsidade ou incompletude caso admita-se que não sejam ideias ajustáveis em todos os pontos e uma contradição interna do Código em caso afirmativo – e, para isso, Tobias exemplifica fazendo menção ao art. 205 da parte especial¹⁰⁶³, cujo crime em espécie não supõe nem o *conhecimento do mal* e nem a *intenção de praticar*; e (ii) outra contradição é a exigência do binômio *conhecimento do mal/intenção de o praticar* como condição de imputabilidade do art. 3º e a previsão simultânea de sua exclusão para aqueles que cometerem crimes violentados por força ou medo irresistíveis do art. 10, § 3º – já que estes possuem conhecimento do mal e não há a pressuposição de completa ausência de má-fé¹⁰⁶⁴, sendo igualmente errado “afirmar categoricamente sem reserva e distinção alguma, que o principio do art. 3º se acha especificado nas hypotheses do art. 10”¹⁰⁶⁵.

Ao mesmo tempo em que indica os quatro momentos de *evolução* individual do espírito *criminoso* como (i) a consciência de si mesmo, (ii) a consciência do mundo externo, (iii) a

¹⁰⁶¹ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 7.

¹⁰⁶² BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 7-8.

¹⁰⁶³ Art. 205 – *Se o mal corporeo resultante do ferimento ou da offensa physica produzir grave incomodo de saude ou inhabilitação de serviço por mais de um mez.*

¹⁰⁶⁴ Sobre o art. 3, há uma interessante conclusão de Tobias nos *Prolegômenos*. Para ele, “o pressuposto psicologico da *má-fé* não foi bebido em theoria alguma, pois é uma velha verdade empirica, acima de toda a duvida”. In: BARRETO, Tobias. *Prolegômenos do estudo do direito criminal*, p. 25.

¹⁰⁶⁵ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 9-10.

consciência do dever e (iv) a consciência do direito, Tobias Barreto indica que a inimputabilidade (ou o “estado de irresponsabilidade”) por doença mental seria a perda das duas primeiras consciências, enquanto que a menor (ou tenra) idade coloca em questão a existência da consciência do dever e, por vezes, a consciência do direito. Além disso, aponta um erro de método do art. 10 interessante até para os dias atuais: reunir as classes de sujeitos irresponsáveis indistintamente em uma só categoria, sem que entre eles houvesse um denominador comum – “ausência” a que ele deu o nome de *normalidade mental*. Ou seja: tanto os *menores de 14 anos* (§1º) quanto os *loucos de todo gênero* que cometessem o crime à exceção dos intervalos de lucidez (§2º), bem como os que cometessem crimes violentados por *força ou medo irresistíveis* (§3º) ou ainda casualmente no exercício ou prática de qualquer ato lícito feito com a tenção ordinária (§4º), estariam, para o legislador de 1830, em uma mesma classe – em outros termos, segundo Tobias, “o Código confundio a *imputatio juri* 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”¹⁰⁶⁶.

Adotando um critério corrente nas codificações penais de outros países, o Código Criminal brasileiro de 1830 fixou a menoridade penal em 14 anos e, tecnicamente, “estabeleceu também, em favor de taes menores, a *presumptio juris et de jure* da sua immaturidade moral”, consagrando, ainda, a *teoria do discernimento* no art. 13 e aproveitando-se dos arts. 66 e seguintes do Code Pénal francês de 1810 – o que, para Tobias, poderia “abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espectáculo doloroso”¹⁰⁶⁷. Um fato aqui chama a atenção e endossa a percepção nutrida por Tobias da pena como vingança: para ele, abstratamente poderia ser interessante julgar casuisticamente o indivíduo levando em consideração o seu desenvolvimento psíquico, mas concretamente havia um risco que não valeria a pena correr. Isso porque a sua intuição o levou à conclusão de que o arrojo da impunidade legal a um estudante (*gymnasiasta*) de treze anos superava a exposição “ao perigo de ver juizes estupidos e malvados condemnarem uma creança de dez annos, que tenha porventura *feito uma arte*, segundo a phrase de familia, e isso tão somente dar pasto a uma vingança” e a tolerância para os casos isolados de infrações praticadas por menores de quatorze anos, que mereciam o *sacrificio da justiça e da verdade*, evitando a ministração de um remédio pior que a doença¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 12-13.

¹⁰⁶⁷ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 13-14.

¹⁰⁶⁸ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 15.

A ideia adotada por ele a partir de KITKA considera as diferenças culturais e o grau de desenvolvimento local como determinantes da maioridade legal, critério obtido por meio da maturidade adquirida sob influência mesológica, climáticas e sociais – o que corresponderia à necessidade de elevação ao ponto mais alto e convincente aos indivíduos de todas as províncias e, no caso, bem acomodando a ideia no Brasil em face das suas distâncias e diversidade em todos os aspectos apresentados.

Outro ponto que merece destaque é a sugestão feita por Tobias Barreto de elevação da menoridade penal para 16 anos, baseado novamente no art. 66 do Code Pénal francês – que, para ele, é uma disposição muito mais salutar. Ao comparar, em nota de rodapé, a extensão territorial do Brasil à da Europa, ele acaba por demonstrar que os fundamentos da taxaço legal adotado aqui foram aconselhados pelo direito civil ou pelo direito romano como prováveis fontes, mas sem considerar a pluralidade dessas extensões. A única sutil distinção, portanto, estaria na atuação com ou sem *discernimento*. Reconhece Tobias ser o conceito de discernimento de difícil apreciação – mesmo que inadmitida pelo legislador brasileiro a entrega à família do menor de idade como referido no art. 66 do Code Pénal francês, mas apenas dos loucos (art. 12 do Código Criminal de 1830¹⁰⁶⁹), o que lhe conferiu um outro valor jurídico. E conclui traçando um caricato paralelo entre um *rapaz francês* de quinze anos conhecedor dos encantos da vida parisiense e um *pobre matutinho brasileiro* de mesma idade cujo sinal maior de educação é o pedido de benção aos mais velhos, dentre os quais o vigário da freguesia e o coronel dono das terras onde seu pai cultivava mandioca: caso cometam um homicídio, absolvido será o francês se for decidido que ele agiu sem discernimento e criminoso será julgado o brasileiro, ainda que tenha usado apenas uma “*faquinha de tirar espinhos*” para matar “o moço rico da *casa grande*, que elle encontrou beijando sua irmã solteira, obre ou não com discernimento”¹⁰⁷⁰.

A fixação do marco de doze anos do então *Strafgesetzbuch*, bem como a relevância do conhecimento preciso da criminalidade aos menores de dezoito anos, não passa desapercibida da análise de Tobias. Ao comparar a realidade e os códigos criminais brasileiros e alemães, ele destaca o reconhecimento germânico de um grau intermediário de imputabilidade ausente no *menino* e completa no *homem feito*, o que necessariamente importaria em uma tolerância mediana e atenderia um importante fato antropológico. Além da lembrança teutônica, ele repete

¹⁰⁶⁹ Art. 12. Os loucos, que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues as suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente.

¹⁰⁷⁰ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 16-17.

o paralelo traçado com o direito romano e sua divisão entre a puerícia (*infantia*) correspondente às crianças de até sete anos e os impuberes que iam dos sete aos quatorze anos (homens) e dos sete aos doze anos (mulheres), se subdividindo em duas categorias, quais sejam a *infantiae proximi* e a *pubertati proximi*. Para Tobias Barreto, “se o legislador patrio houvesse haurido com mais cuidado nas fontes romanas, outros teriam sido os seus preceitos a respeito dos menores, pelo menos no que pertence ao vago *discernimento*, de que trata o art. 13, e que é possível, na falta de restrição legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco annos!...”¹⁰⁷¹.

A importância da etimologia das palavras *pubes* e *impuer* e da história de cada uma delas é dada por Tobias a partir da disputa sobre o modo de julgar a maturidade individual entre duas escolas jurídicas romanas adversas e divergentes quanto ao procedimento de estabelecimento da puberdade: a de *Proculeianos* (em homenagem à Próculo e cujo primeiro chefe foi Antístio Labeão), para quem bastava atingir a idade determinada pela lei e a de *Cassianos* (ou *Sabinianos*, liderada por Ateius Caputo), que exigiam na determinação da maioridade os sinais corpóreos e se utilizavam imprescindivelmente da observação ocular. O fundamento de Justiniano para dar razão aos critérios físicos dos Cassianos estava assentado na limitação ao sexo masculino da inspeção da puberdade – vistoria física que veio, mais tarde, a ser banida também para os rapazes, fixando o limite dos 14 anos (*post quartum decimum annum completum*). Em suma: a prática antiga era de constatação empírica de pêlos pubianos – impudica às donzelas (*in feminis et antiquis impudicum esse visum est*) que tinham demarcada a puberdade aos 12 anos.

Enquanto os sabinianos, como é óbvio, defendiam objetivamente o procedimento tradicional de caráter probatório e, à época, mais confiável, os proculeianos, mais inovadores, sustentavam a solução mais recente do critério etário. Naquela ambiência do século XIX dos discursos médicos que se sobrepunham e avançavam sobre o jurídico, ao adentrar no tema da puberdade no direito romano, Tobias Barreto ironiza e, de forma irreverente e mordaz, pela posição adotada e escrevendo na “clivagem propiciada pelo positivismo criminológico”, podia nos dias atuais ser tido como um pedófilo – como deliciosamente observou Nilo Batista¹⁰⁷². Isso porque a limitação da observação da puberdade nos homens abriu assumidamente espaço à retórica de Tobias e, como “nada autorisa a crêr que nunca as moças romanas tivessem passado por um tal exame”, passou raivosamente aos xingamentos aos “malditos Proculeianos,

¹⁰⁷¹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 21.

¹⁰⁷² BATISTA, Nilo. **Tobias pedófilo**, p. 14.

que déstes ocasião a estarmos hoje privados das mais deslumbrantes cenas!... Já houve quem dissesse que, se o nariz de Cleopatra fôra um pouco menor, o mundo actual seria completamente diverso. Da mesma forma, se Justiniano tivesse tido uma dóse maior de voluptuosidade, é bem provável que ainda presentemente se nos offerecessem, na esphera da vida juridica, os mais soberbos *quadros vivos*. Por que não? Se em muitos domínios do direito, continuamos a nutrir-nos dos ossos caídos da mesa imperial de Bysancio, não vejo razão plausivel, pela qual não obedecêssemos á lei do déspota, que por ventura ainda hoje mandasse sujeitar á exame á puberdade mulheril”¹⁰⁷³.

Para harmonizar e equalizar a “grave questão preliminar” de competência para inspecionar e sem perder a oportunidade de satirizar sempre que possível, Tobias Barreto vislumbrando “um dos mais bellos combates, uma das mais bonitas formas da *lucta pela existencia*”, exclui a deliberação e o discurso e – aceitando os limites da razão deliberativa em contextos de dúvida – encontra no paradigma salomônico a solução: “Mas afinal era possivel uma conciliação, partindo-se exactamente ao meio, distribuindo-se com toda a justiça os papeis dos pretendentes: aos medicos, os filhos de Adão; aos juristas, as filhas de Eva”¹⁰⁷⁴.

Na sequência, muito distante da liberdade sexual experimentada apenas a partir do século seguinte e limitando o alcance da matéria “aos raros *iniciados*, os poucos que distoam da pureza e seriedade do meio social em que vivemos, é que podem bem comprehendel-a”, Tobias formula uma interessante e ácida (como sempre) “crítica à hipocrisia dos costumes de seu tempo”¹⁰⁷⁵ e aos padrões de moralidade da época: “A sociedade hodierna já não aguenta a expressão de certas verdades; e a prova é que se alguém, por exemplo, querendo significar que uma bella menina principia a *desplumar-se* de anjo e *encarnar-se* de mulher, disser poeticamente que ella: ‘começa a esconder os pequenos seios tumidos, como se costumam encapotar os pomos matrescentes, para as aves não beliscarem’ mais de um ouvido casto descobrirá talvez nesta phrase uma *licença*, que não deve ser repetida em um salão de gente fina. Porém, se em vez do poeta ligeiro, fôr o grave jurisconsulto, quem diga, em prosa juridica, que a menina já é *pubere*, não causará estranheza a ninguém”¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 23-24.

¹⁰⁷⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 24.

¹⁰⁷⁵ BATISTA, Nilo. **Tobias pedófilo**, p. 14.

¹⁰⁷⁶ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 24.

9.2 A medida legal da capacidade feminina

Em relação ao tratamento à mulher dispensado e animado pelo espírito do Código Criminal de 1830 quanto à imputabilidade penal e o *dogma da fraqueza feminina* que a fazem como “fracas e incapazes de consultar os seus próprios interesses”, Tobias afirma a diferença do tratamento de gênero ser fundada na organização física e psíquica e que é também “o cúmulo da inconsequência e da injustiça não reconhecer igual diferença no domínio juridico-penal, quando se trata de imputação e de crime”¹⁰⁷⁷. Ao formular a crítica ao Código e estender à fidelidade das tradições modernas que o inspiraram, outra importante regra de três (tal qual a famosa que emparelhou pena à guerra e associou a finalidade da pena/direito penal à contenção do poder punitivo) é escrita com fina sagacidade, indicando que os equívocos das disposições brasileiras codificadas estão em companhia de outros códigos criminais modernos e, nem por isso, podem ser atenuados: “Se o *mal de muitos*, como diz o proverbio, *consôlo é*, o mesmo não se dá com o *erro de muitos*, que não se transforma em verdade. Pelo contrario, é certo que as grandezas *extensivas* proporcionam-se com as *intensivas* em uma razão directa; quanto maior é, pois, a extensão que toma o erro, tanto mais fatal é a intensidade da sua influencia”¹⁰⁷⁸.

A permanência, portanto, da “desigualdade civil e política da mulher em relação ao homem” prorrogava a *anomalia* de negar às mulheres o direito à instrução e as limitava às ocupações no âmbito familiar, restringindo suas possibilidades sociais àquelas *toleradas* pelos “benefícios do casamento”. Assim, a denúncia do machismo feita por Tobias Barreto vem acompanhada de uma crítica à objetificação feminina em mais duas acertadas ironias. A primeira, mesmo apontando alguma coerência da igreja medieval e colocando-a à frente da sociedade do seu tempo, indicou o paradoxo de, ao mesmo tempo em que se zombava dos conventos, insistir “em restringir o papel feminino aos unicos mistéres da vida familiar” – o que apenas poderia ser resolvido com a instituição de “uma nova especie de *noivado mystico* e fazendo do prostíbulo o sub-rogado do convento”¹⁰⁷⁹. A segunda, como usando a imagem do conto de fadas da Cinderela¹⁰⁸⁰, expõe a incongruência dos cavalheiros *convivas de um*

¹⁰⁷⁷ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 27.

¹⁰⁷⁸ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 28.

¹⁰⁷⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 29.

¹⁰⁸⁰ Embora o filme de animação estadunidense tenha sido feito em 1950, a versão mais conhecida da história é a do escritor francês Charles PerRault e data de 1697 e foi baseada em um conto italiano popular chamado “*La gatta cenerentola*” (“*A gata borralheira*”). No entanto, uma das primeiras variantes da história e, portanto, mais antiga é originária da China e remonta aos anos 860 a.C. Há ainda na Grécia Antiga uma versão inicial da “Gata Borralheira” escrita por Strabo (63 a.C – 24 d.C) e que falava de uma escrava forçada a casar com o rei do Egito.

banquete (inclusive legisladores e juristas) que comungam da opinião em atendimento ao *princípio das incompatibilidades* de “aceitar” que a mulher atenda aos convites a uma linda valsa ou de, ao sabor dos licores, “desafiar” a musa do brinde, mas, reduzindo-a a um objeto de natureza fraca com “compridos cabelos e curtas idéas” útil apenas a satisfazer os desejos masculinos do salão, “a princeza do salões e a estrella que mais brilha nas grandes solemnidades, volta a ser no dia seguinte, na opinião dos mesmos *peritos*, uma criança permanente, que não pode ter completa autonomia, que não deve ser abandonada a si mesma!... Que quer dizer isto? Como se explica e justifica esta falta de coherencia e sisudez?”¹⁰⁸¹.

A incompreensão de Tobias sobre os critérios e motivos que definem a distinção de gênero continua com o (mau) uso da *fragilidade do sexo* que, “invocada como argumento decisivo, quando se trata de justificar todos os actos de tyrannia que a lei permite o homem exercer sobre a mulher, (...) não se faz valer nem no que toca a imputabilidade, nem no que pertence á gradação penal”¹⁰⁸². O que ele denominou de inconsequência e injustiça do legislador brasileiro está excetuado, apenas, como um *testemunho de galanteria* refletido em algumas disposições daquele código: o art. 43 a privava da pena de morte quando estivesse grávida e de ser julgada apenas quarenta dias após o parto – apesar de uma particular omissão legislativa quanto à transmissibilidade do mal punitivo “de que, em tal hypothese, a execução sobrecarregava-se de uma extrema crueldade: – a de deixar um filho sem mãe e de matar uma mãe, que deixa um filho”, em flagrante violação à pessoalidade/personalidade hoje garantida pelo princípio da *intranscendência da pena*; e o art. 45 que, dizendo respeito à pena de galés que sujeitava os réus a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, e aos empregos nos trabalhos públicos da província de cometimento do delito, ressalvava as mulheres, “as quaes, quando tiverem cometido crimes para que esteja estabelecida esta pena serão condemnadas pelo mesmo tempo á prisão em lugar e com serviço analago ao seu sexo”¹⁰⁸³.

No entanto, na sequência – ingenuamente ou reproduzindo em grande medida machista e acriticamente o momento histórico em que viveu – algumas conclusões merecem aqui

À sua maneira, portanto, Tobias se utiliza desse conto para ilustrar como uma noite pode ser um intervalo suficiente para unir os extremos da incoerência reproduzida na violência de gênero.

¹⁰⁸¹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 29.

¹⁰⁸² BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 30.

¹⁰⁸³ Uma interessante jurisprudência da época indica que “a pena de prisão imposta á escrava, que, por causa do sexo, não deve soffrer a de galés, não póde ser comutada em açoites”. Rel. da Côte. Ac. de 6 de Julho de 1875. Appellante – Antonio Rodrigues de Menezes, na qualidade de senhor da ré Maria, e Appellada – a Justiça. Direito, vol. 8º. Da mesma forma decidiu a Rel. da Côte, na Appel. Crim. N. 7647. Ac. de 27 de junho de 1873. Appellante – o Juízo e Appellada – Perpetua, escrava. Ver: TINÓCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Imperio do Brazil anotado**, p. 69-70.

pontuais críticas. Ao atribuir à simples condição feminina um mérito distintivo e, apenas por isso, invocar uma circunstância ponderável que a favorecesse, Tobias acaba associando a chamada *má fé criminosa* à *consciência da lei* como um pressuposto encontrado em menor grau nas mulheres, sem qualquer fundamento sólido para isso, flertando com o autoritarismo positivista e partindo de premissas equivocadas – o que lhe era incomum. Aliás, as razões que sustentam o argumento talvez sejam ainda piores que o silogismo utilizado: a ausência de interesse das mulheres pela vida pública como um traço característico e, por consequência e pela educação por elas recebida, a proibição de se alcançar um determinado conhecimento jurídico dado o seu alheamento e sua exclusão da ingerência na vida política. Ademais, isso está presente e é também demonstrado na ruptura do recato e do pudor promovida pela transformação da graça angelical em ferocidade diabólica da conduta imoral feminina que, para ele, “é sempre mais desagradável do que o feio moral masculino”, bem como na impressão causada na comparação da *fealdade física* entre as garras selvagens da mulher e o homem sedento de sangue e de ânsia de matar, denotando uma suposta “pureza” que, violada, que implicaria em uma *fealdade da alma* – fenômeno “sempre horrível e baixamente repugnante”¹⁰⁸⁴.

O certo é que, ao menos, a sua conclusão com mais uma incongruência do tratamento dado às mulheres parece acertada: citando SCHAUMANN com algum igual sarcasmo e apontando o “despropósito multiplicado pela iniquidade”, diz que “conforme o rigoroso proverbio masculino – *mulier taceat in ecclesia*¹⁰⁸⁵, – a mulher não deve de modo algum interessar-se pelos negocios da vida civil, e todavia as suas acções publicas devem ser julgadas segundo as leis civis!”¹⁰⁸⁶. Para confirmar as suas ideias e afastar qualquer suspeita de defesa da impunidade das mulheres, Tobias reprova ainda o tratamento heterogêneo das leis em relação ao julgamento do desenvolvimento/formação do caráter feminino, fato que queria ver esclarecido de modo satisfatório – o que não deixa de ser problemático, já que trata como “uma verdade triavilissima que a mulher affecta-se mais facilmente do que o seu cruel companheiro de peregrinação terrestre, que a gamma dos seus sentimentos, o teclado das suas emoções, tem muitas *oitavas* acima do teclado commum das emoções do homem”¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 32.

¹⁰⁸⁵ Em tradução livre, “que a mulher fique calada na igreja”.

¹⁰⁸⁶ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 31, a partir de SCHAUMANN, Johann Christian Gottlieb. *Ideen zu einer Kriminalpsychologie*, p. 97.

¹⁰⁸⁷ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 32.

Para finalizar, busca mais uma vez no direito romano algum alento para o legislador brasileiro quando fixava a pena de sacrilégio mais severa ou brandamente conforme a qualidade da pessoa e, casuisticamente, levando em conta o tempo, a idade e o sexo¹⁰⁸⁸, bem como lembrando os imperadores romanos do Oriente e do Ocidente Arcádio e Honório, respectivamente, que “determinaram que os filhos dos criminosos de alta traição nada recebessem da herança paterna; para as filhas, porém, se reservasse uma parte: ‘mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro *infirmidade sexus* minus ausuras esse confidimus’”¹⁰⁸⁹. Porém, insistindo na desigualdade de gênero/igualdade de tratamento e apresentando a proposta do direito canônico sobre o homicídio¹⁰⁹⁰ – para quem deviam ser atendidos, além da quantidade e qualidade dos delitos, a idade, o conhecimento, o sexo e a condição dos infratores. Assim, o código criminal de 1830 desprezou da *taxa civil* de doze anos marcada para a puberdade feminina e tratou indistintamente a fixação da menoridade penal – pois, para ele, não bastava equiparar os gêneros, mas aumentar o limiar daquele marco zero, subscrevendo outras opiniões de criminalistas como SPANGENBERG, BESSERER e CARMIGNANI – este, segundo Tobias, mesmo sem ser um galanteador, defendia a inimputabilidade penal feminina absoluta¹⁰⁹¹.

Ao defender a unificação da interpretação cível e criminal da maturidade feminina na medição legal da capacidade, Tobias Barreto se defendia na primeira pessoa dos julgamentos daqueles que o podiam dizer romântico, no sentido ingênuo de analisar a realidade, prevenindo que não se debruçou sobre o tema com o olhar poético de levar o assunto ao coração como os infantes levam à boca objetos como se comida fosse. O que parecia óbvio para as mulheres (a necessidade de se padronizar a imputação criminal com a maioridade civil) e também não havia para os homens, se tornara ainda mais evidente porque, conseqüentemente, obedeceria a critérios lógicos. Assentada em dados psicológicos, a teoria da imputação criminal prescindia de um sistema que explorasse satisfatoriamente a subjetividade feminina ou, no mínimo, de um estudo sobre o que ele denominou de “mundo interno” ou ainda, em sentido amplo, “gyneco-

¹⁰⁸⁸ L. 6 D. *ad legem Juliam peculatus* (48, 13): “Sacrilegii poenam debebit Proconsul pro qualitate personae, proque rei condicione, et temporis et aetatis *et sexus* vel severius, vel dementius statuere.”

¹⁰⁸⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 33.

¹⁰⁹⁰ Cap. 6 (Decretal V. 12) de homicídio: “plenius nosti, quod in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti, sed aetas, scientia, sexus, atque conditio delinquentibus sunt attendenda”.

¹⁰⁹¹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 33, a partir de CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. II, p. 172.

psychologia” ou “sciencia da alma da mulher em geral” e, em sentido estrito, “partheno-psychologia” ou “sciencia da alma das moças”¹⁰⁹².

Na atualidade, essa incoerência se protraí entre o direito civil e o penal. Exemplos disso são a idade na qual tem fim a infância e início a adolescência¹⁰⁹³ cujo corte pelo qual optou o legislador foi de doze anos por um lado, e a idade firmada para a capacidade volitiva para o consentimento na prática de conjunção carnal ou ato libidinoso foi de catorze anos¹⁰⁹⁴. Isso gera contradições de toda ordem, tais como a possibilidade de um casal de adolescentes, onde ambos possuam treze anos de idade, ser, ao mesmo tempo, autores e vítimas de um ato infracional de estupro de vulnerável – para ficar em uma situação irresolúvel pitoresca onde a incoerência poderá punir os *pombinhos apaixonados* a uma medida socioeducativa de até três anos de internação¹⁰⁹⁵, o que importa em possibilidade de privação de liberdade em estabelecimento “educacional”¹⁰⁹⁶ onde, talvez, se lecione como não amar mais “até alcançar o pleno desenvolvimento”.

Essa “fragilidade” feminina não identificada no homem tem resquícios no Código Criminal de 1830 e também foi apontada por Tobias Barreto como uma *incoerência palpável* ao indicar o art. 219 que previa a figura típica do estupro descrevendo a conduta de “deflorar mulher virgem menor de dezesete annos”¹⁰⁹⁷ e fazia nascer naturalmente o questionamento de que “se a mulher, até os dezesete annos, é tão balda de reflexão, tem tão pouco desenvolvida a consciencia do dever, que se acha completamente desarmada diante dos *afagos e promessas* de um seductor, por que razão este pressuposto psychologico não se faz valer do mesmo modo, quando a menor em condições identicas commette algum delicto?” – seguindo da conclusão de que a redução da pena ao patamar da cumplicidade o reconhecimento da menoridade como atenuante não bastava para satisfazer aquela exigência, “pois se isto não torna impossivel, como eu já disse, o facto revoltante de um joven de quinze annos ser condemnado á prisão perpetua,

¹⁰⁹² BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 35.

¹⁰⁹³ Art. 2º da lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁰⁹⁴ Art. 217-A do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), incluído pela lei nº 12.015/2009 – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

¹⁰⁹⁵ Art. 121 da lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – A internação constitui medida privativa da liberdade (...); e § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos..

¹⁰⁹⁶ Art. 112, VI da lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: (...) VI - internação em estabelecimento educacional;

¹⁰⁹⁷ Para este crime, então previsto na Secção I do Capítulo II intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra”, eram prescritas as seguintes penas: Máximo – 3 annos de desterro para fora da comarca em que residir a deflorada e dotar a esta. Médio – 2 annos, idem, idem. Mínimo —1 anno, idem, idem.

tambem não impossibilita o quadro ainda mais hediondo de uma menina da mesma idade ir acabar de entumescer os seios, de engrossar os labios e de abrir de todo a rosa da adolescencia, na solidão de um carcere donde não mais sahirá”¹⁰⁹⁸.

As generalizações promovidas por Tobias podem-se dizer produtos culturais e sociais de um tempo em que às mulheres eram limitados os espaços internos e aos homens eram franqueados os ambientes externos, tendo sido por ele reproduzidas, como já dito, as ideias que o fazem oscilar entre um grande pensador de ideias progressistas ainda atuais e um repetidor de (pre)conceitos endurecidos com o tempo – a ponto de segmentar, inclusive, os sentimentos humanos e suas durações. Enquanto no homem o predomínio da paixão e, automaticamente, a tomada das decisões eram precipitadas e provocadas por um impulso “passageiro e ocasional”, na mulher era “permanente” e integrante da “sua própria essencia” – individualidades psíquicas distintas que viabilizariam uma diferenciação no grau de imputabilidade e na tarifa da pena. Ainda no campo do sentimentalismo, os paralelos traçados confirmam seus critérios de admissão e intolerância, pois enquanto à mãe que salva o filho de um ataque animal é rendido uma manifestação de veneração, para a mesma mulher que mata furiosamente o agressor da sua cria o olhar é de uma criminosa; ou, ainda, “se a moça que abandonando-se ao seu querido, arrastada pela onnipotencia do amor, é victima de uma infidelidade, de repente enlouquece ou morre de paixão, todo o mundo concorda que a infeliz succumbio a força do amor. Se, porém, ella tem a coragem de suicidar-se, ou de embeber o punhal no peito do infiel, a attitude do publico já é outra: no primeiro caso, diminue a compaixão; no segundo, desaparece a *omnipotencia do deus*, o unico deus que nos ficou da antiga mythologia, e a pobre moça é julgada como qualquer delinquente vulgar!”¹⁰⁹⁹.

Em sua conclusão da primeira parte do livro que trata sobre a menoridade penal, há uma outra observação de gênero sob o ponto de vista de quem julga e de quem é julgada. Isso porque, mesmo ainda hoje sem dispor de instrumentos úteis a adentrar no psiquismo do autor, para ele é impossível saber das fraquezas e mobilidades do coração feminino se não for uma mulher. Pior ainda é não ser julgada por pessoas do mesmo gênero a quem fosse possível perscrutasse das condições psicológicas sob as quais o delito fora praticado ou, no mínimo, fossem facultados a oitiva por meio de parecer e do conselho de mulheres.

¹⁰⁹⁸ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 38-39.

¹⁰⁹⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 37-38.

9.3 Os loucos de todo gênero

A regra geral sobre a inimputabilidade dos “loucos de todo gênero” esculpida no § 2º do art. 10 do Código Criminal de 1830 era, para Tobias Barreto, *justa e humana*, além de simples e clara, larga e fecunda em sua simplicidade – mas o mesmo não se podia dizer da exceção que, segundo ele, não possuía o mesmo grau de justiça e humanidade. A ressalva problemática dos *lúcidos intervalos* nos quais eram cometidos os crimes estava reduzida conceitualmente a uma “ausência do seu contrário”, como dizer que “a velhice não é mais do que a ausência de mocidade, ou que a razão não é mais do que a ausência da loucura; – em uma palavra, por maiores esforços que se faça para conferir ao Código a honra de ter dito *pouco* e subentendido *muito*, não é possível inscrever no círculo da disposição do § 2º do art. 10 todos os casos de perturbação de espírito, ou de anomalia mental, todos os affectos, desvarios e *psychoses* que devem juridicamente excluir a responsabilidade criminal”¹¹⁰⁰.

É que sintetizar o conceito de loucura no sintagma *loucos de todo gênero* era, de fato, insuficiente para abranger algo como, atualmente, se dizem inimputáveis por doença mental (“os que padecem de qualquer desarranjo no mecanismo da consciencia”) e os semi-imputáveis (“os que deixaram de atingir, por algum vicio organico, o desenvolvimento normal das funções, ditas espirituas”). Além disso, outras duas questões foram colocadas por Tobias Barreto, já neste início, para criticar o legislador de 1830: a primeira diz respeito ao “pouco lisongeiro” estado de cultura brasileiro e o ambiente social da época da sua edição, e a segunda à impossibilidade de a lei ser casuística (ou de admitir interpretação casuística) – diferentemente do direito romano que, segundo ele, não teria influenciado outros sistemas jurídicos se não possuísse além da racionalização de casos concretos, a riqueza dos detalhes e a variedade de hipóteses.

A tolerância aos erros e fraquezas dos escritores de obras científicas e literárias cujas circunstâncias temporais e ambientais atenuavam o rigor não podia ser estendida ao legislador, já que o critério do valor da lei não seria o da *verdade*, mas sim o da *conformidade* (ou não) ao fim a que ela se propôs. Assim, a pretensão de regulação das ações por meio do direito o levava a defender em sua aplicação a “medida teórica do *verdadeiro*, mas a medida prática do *conveniente*”¹¹⁰¹. Isso porque o elogio à qualidade de uma lei atrelando-a ao tempo de sua promulgação seria, nesse sentido, um meio-elogio, já que o progresso e as exigências da

¹¹⁰⁰ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 41-42.

¹¹⁰¹ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 42-43.

sociedade demandam constantes aprimoramentos. Em suma: a desculpa da má redação e da imprecisão desse dispositivo do Código Criminal de 1830 fundada no tempo da sua elaboração não evitaria os maus resultados frutos das suas lacunas, levando à dúvida se, mesmo no tempo da sua publicação, teria sido bom.

A crítica elaborada por Tobias Barreto em relação à generalidade do conceito de loucura do Código Criminal de 1830 era direcionada ao paradoxo de ser a expressão “loucos de todo genero” ampla e, simultaneamente, limitada pois não alcançava a totalidade dos fenômenos que se pretendiam nela incluir. Segundo ele, “o conceito da loucura é realmente um conceito generico, divisivel em especies, que são como fracções, de que elle é o denominador commum. Mas tambem, por sua vez, a loucura assume uma feição especifica, em relação ao conceito superior da incapacidade psychologica de delinquir livremente, conceito, cujo valor excede a somma de todos os loucos e menores de quatorze annos”¹¹⁰².

Já ali ele antecipava o problema do *livre arbitrio*, do qual veio a culpabilidade se ocupar anos adiante. Transferindo para a área da antropologia judiciária o estudo dos efeitos produzidos pela influência externa na formação da vontade e no que chama de “organização cerebral originária”, reconhece que a afetação de tais interferências sobre a liberdade do indivíduo como “perturbações dos mais altos processos espirituaes, por meio de factores orgânicos, internos e externos” é um “problema difficillimo”¹¹⁰³. A teoria de Tobias Barreto, no que diz respeito à liberdade de agir, parece apresentar uma contradição com algumas opiniões suas sobre o direito penal – o que, como bem observa SANTOS, não desmerece sob nenhum aspecto sua reconhecida genialidade e tampouco a diminui. Como suas reflexões foram realizadas logo após a difusão das principais ideias positivistas, “não teve tempo, portanto, para refletir com mais vagar sobre as novas teorias científicas, tampouco pôde conhecer as principais críticas que sucederam essas teses”¹¹⁰⁴.

Aceitando e adotando a classificação fornecida por Richard von Krafft-Ebing (psiquiatra alemão pioneiro na introdução dos conceitos de sadismo, masoquismo e fetichismo no estudo do comportamento sexual humano, em sua obra “*Psychopathia Sexualis*”¹¹⁰⁵ datada de 1886), considerando os dados que dispunha da psiquiatria então vigente – mesmo que

¹¹⁰² BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 44.

¹¹⁰³ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 44.

¹¹⁰⁴ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues dos. **Tobias Barreto e o positivismo penal**, p. 370.

¹¹⁰⁵ Curiosamente, essa obra não integrava a biblioteca alemã de Tobias Barreto (ao menos não consta no acervo constante atualmente no setor de obras raras da Faculdade de Direito do Recife), sendo intuitivo que ele tenha obtido essa informação por meio de fonte indireta ou através do livro obtido por empréstimo de alguém – o que, diga-se, parece menos possível.

insuficientes para exaurir a ideia geral de loucura, como demonstrou – ele define que as “condições da possibilidade de obrar livremente podem pois ser alteradas ou extintas (...) pelos seguintes factos: 1.º as paralisções do desenvolvimento e as degenerações, que aparecem no cerebro, antes de chegar a sua plenitude morphologica (*idiotia, sandice com impulsos perversos, desvario moral innato*); 2.º os estados morbosos, que depois de atingido o desenvolvimento normal vêm alterar os processos psychicos (*perturbações do espirito, doenças mentaes*); 3.º os desarranjos passageiros da actividade psychica, em virtude de uma offensa, tambem passageira, das funções cerebraes (*somnambulismo, delirios febris, intoxicação alcoolica, psychoses transitorias*)”¹¹⁰⁶.

Os avanços nos estudos da psiquiatria forense, no entanto, não foram suficientes para se definir a melhor forma de determinar quais seriam os *loucos* aos quais se referia o § 2º do art. 10 do Código Criminal de 1830, já que o dispositivo franqueava a *todos gêneros* essa possibilidade de subsunção. A pretensão de que o texto legal trouxesse, em um rol taxativo, quais seriam as doenças mentais e perturbações do espírito que não se julgariam criminosos se rivalizara com a proposta mais prática e até hoje adotada de estabelecer uma cláusula ou princípio geral que abrangesse todas as psicoses e estados anormais, ficando a cargo de profissionais de saúde a definição acerca da capacidade de culpabilidade.

O debate sobre a terminologia científica das alienações estava aberto e as opiniões doutrinárias eram diversas e divergentes também pelas incertezas que geravam. Tobias apontou quatro opiniões que deveriam ser levadas em consideração. A primeira era a ideia do médico alemão KLOSE e se encerrava em uma única questão a ser proposta ao perito ou ao médico forense, indagando simplesmente se o acusado era *capaz de imputação*. A segunda proposta por MITERMAIER era contrária a uma tese ou princípio geral e defendia a designação das doenças no próprio código a fim de suprimir o espaço de liberdade do intérprete¹¹⁰⁷. A terceira ideia de TOEL se aproximava da primeira e, contrariamente à segunda, defendia que a lei assentasse a imputação o princípio da liberdade, declarando genericamente a ausência de responsabilidade para todos os indivíduos que não dispunham da faculdade de determinar-se livremente – afastando, assim, a necessidade de especificação descritiva das moléstias que a afastaram-na. Já segundo GROLLMANN, deveriam ser empregadas “expressões genericas de formas morbidas, sob as quaes possam ser subsumidas, independente de quaesquer detalhes, as

¹¹⁰⁶ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 44-45.

¹¹⁰⁷ Espaço esse que limitava a “liberdade de julgamento ou entendimento e liberdade de plano ou propósito”. Em tradução livre de *libertas iudicii aut intellectus* e a *libertas consilii aut propositi*”.

formas particulares da enfermidade psychica¹¹⁰⁸. Mesmo com os progressos nas pesquisas jurídicas e psiquiátricas posteriores a esses estudos que, já na época das duas edições de *Menores e Loucos*, já estavam de alguma forma desatualizados, não se tinha, dentre as soluções acima indicadas, uma posição pacífica de qual seria a melhor forma de se tratar a questão.

Tobias Barreto, em clara adoção de posição favorável à legalidade e seus predicados de restrição e certeza que limitavam os abusos/excessos, tendia a ficar ao lado de uma previsão expressa das afecções mórbidas excludentes de imputabilidade, pois isso reforçaria as garantias “contra a injusta condenação de alienados, tidos em conta de espíritos normaes, e não menos injusta absolvição de verdadeiros facinoras, tomados por insensatos”¹¹⁰⁹. O problema era a incerteza comum partilhada entre os discursos jurídicos e médicos sobre o modo exato de denominar as moléstias mentais, já que os juristas dependeriam dos psiquiatras – que, nesse caso, tinham a responsabilidade de elencar – para classificá-las exaustivamente. Dificuldade maior devida à limitação vocabular das línguas latinas que não, naturalmente, desfrutava da mesma abundância de expressões postas à serviço dos franceses (*vesanie, déraison, absence de la raison, maladie de l'esprit, aliénation mentale, folie*), dos ingleses (*mental derangement, mental alienation, mental disorder, insanity, lunacy, madness, craziness ou crazedness, frenzy, hallucination*) e os alemães (*Wahnsinn, Verrücktheit, Geistesverwirrung, Geisteszerrüttung, Geisteskrankheit, Verfinsterung der Psyche, Narrheit, Unsinnigkeit, Gemüthskrankheit, Irrsein, Irrsinnigkeit, Seelenstörung, Psychische Deflexe*) – dependendo dos filósofos, juristas e médicos expressões genéricas para significar “amentalidade” como *insania, vesania, dementia, paranoia, ecphronia, desipientia, insipientia*, etc.¹¹¹⁰.

A confusão linguística para se indicar o termo mais apropriado na formulação das definições de *loucura* e na tradução do pensamento, diante da exuberância de tantas possibilidades, faz Tobias traçar dois paralelos de semelhança: (i) a um *dândi*¹¹¹¹ e seu guarda-roupas com vinte fraques e cinquenta gravatas, onde sempre há uma que combine mais ou ocasionalmente lhe assenta melhor; e (ii) a partir de Friedrich Nasse que, assim como na torre de Babel, a audaciosa tentativa de curar os loucos importava em uma completa confusão

¹¹⁰⁸ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 47-48.

¹¹⁰⁹ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 48.

¹¹¹⁰ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 49.

¹¹¹¹ “Dândi” ou, na grafia inglesa original “Dandy”, era o homem de bom gosto e fino senso estético, não necessariamente pertencente à nobreza. Como um cavalheiro perfeito e que escolhia viver a vida intensamente, dispndia muita atenção à estética e à apresentação pessoal, cuidando minuciosamente dos pormenores da vestimenta.

linguística¹¹¹². E apesar da conveniência de eleger um termo sinônimo mais adequado, havia uma lacuna a ser preenchida para, mais apropriadamente, se formular uma definição e se conceituar *alienação do espírito*. Assim, as definições de que a loucura era “um delírio diário com uma lesão primitiva do órgão cerebral e sem febre”¹¹¹³ de CHIARUGI, ou que “transtorno mental é um estado desordenado das funções do cérebro”¹¹¹⁴ de COMBE, ou ainda a consideração de METZGER de que a insensatez era “aquelles estado morbido do corpo, em que a alma humana não é capaz de aplicar suas forças a receber, guardar, construir e comparar os conceitos, e no qual se acha destruída a harmonia dessas mesmas forças”¹¹¹⁵.

A crítica aos franceses e a exaltação dos alemães se repete, na perspectiva de Tobias, quanto ao desenvolvimento da medicina legal e da psiquiatria forense como ciências. Ao apontar as diversas publicações literárias sobre o tema, ele desconfia que tenha sido o francês Philippe Pinel o criador do entendimento moderno que, ainda no século XVIII, deu início ao processo histórico de nascimento da psiquiatria, em sua matriz europeia – momento em que se consolidou como especialidade médica naquele momento nomeada *alienismo*. Sua refutação ao pioneirismo francês está firmada, em contraposição à ideia de HARTSEN, na preexistência de publicações na Alemanha que já traziam a expressão *psychiatrie*, o que colocava a França em disputa pelo terceiro lugar com a Inglaterra na contribuição para o progresso da psiquiatria, vencidas em primeiro pela Alemanha e em segundo pela Itália. Não se tem claramente quais foram os critérios ou as fontes utilizadas por Tobias Barreto para definir esse ranking, tampouco se a classificação das espécies e subespécies de *loucura/alienação mental* fornecidas pela medicina psiquiátrica naquele momento eram suficientes para oferecer segurança ao legislador para incluí-las no texto legal.

Assim, foi essa conjuntura que o fez aceitar um “princípio geral” para a determinação da (in)imputabilidade a partir da (ausência de) maturidade psíquica individual, a ponto de tecer elogios ao Código Criminal de 1830 e reconhecer nele mérito – ainda que afirmasse ser insuficiente para alcançar a totalidade dos *loucos de todo o gênero* quando pretendeu, sem muito êxito, aprimorar a doutrina que teve como fonte o *Code Pénal* francês. Isso porque a determinação do art. 64 do código francês de 1810 previa que “não há crime nem delito quando o réu estava em estado de loucura no momento da ação, ou quando foi constrangido por uma

¹¹¹² BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 49-50.

¹¹¹³ Tradução livre de “um delírio diuturno com offesa primitiva del’organo cerebrale e senza febre”.

¹¹¹⁴ Tradução livre de “mental derangement is a disordered state of the functions of the brain”.

¹¹¹⁵ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 50.

força à qual não pôde resistir”¹¹¹⁶ e, apesar da impropriedade no uso da expressão *démence* – que veio a ser, posteriormente, fruto de divergências entre médicos e comentaristas jurídicos quanto à sua extensão, superava com a singela determinação do *momento da ação* a disposição duvidosa que envolve uma ideia falsa dos *intervalos lúcidos* do § 2º do art. 10 do código brasileiro.

Outros destaques feitos em relação ao *momento/tempo da ação* foram as ampliações promovidas pelo código penal italiano de 1839¹¹¹⁷ quando trouxe a expressão “nel momento in cui commise il fatto” e o art. 51 do *Strafgesetzbuch* que limitava a inexistência de crime “ao tempo do cometimento da ação” – ambos, da mesma forma, muito melhores que a imprecisão provocada pela ressalva dos *intervalos lúcidos* do dispositivo brasileiro. A comparação entre o *Código Penal* francês de 1810 no seu art. 64 e o Código Penal alemão no seu art. 51 é feita por Tobias para, por um lado reconhecendo a “superioridade incontestável” daquele dispositivo e por outro evitando elogiá-lo em demasia, formular uma acertada crítica à Lanfranc de Panthou (então procurador da república em Nantes) e seu ufanismo patriótico em não aceitar a superioridade tanto da disposição do código alemão como também do Códigos da Bélgica e de Genebra – dos quais, inclusive, retirou as expressões *démence* e *aliénation mentale*, respectivamente. Em seus “*Etudes de législation comparée*”, livro de 1878 para o qual Tobias, sarcasticamente, sugeria o acréscimo do subtítulo “*para a maior edificação dos chauvinistas*”, Lanfranc defendia que ambos os termos bem definiam e esgotavam os indivíduos que não tinham consciência dos seus atos e que a lei francesa não merecia censuras quanto ao nome jurídico atribuído aos termos empregados – o que levou Tobias, mais uma vez alheio a qualquer litote e se socorrendo a outra apóstrofe, a afirmar que “o jesuitismo exige dos *crentes* *il sacrificio dell'intelletto*; o patriotismo francez exige cousa mais grave, é o sacrificio do pejo. (...) Quando se trata da Allemanha, todo o bom francez é soldado, que deve servir á pátria, e na falta de cartuchos, encher logo *a patrona*, até de asneiras. Eis ahi uma dellas”¹¹¹⁸.

¹¹¹⁶ Tradução para “Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.”

¹¹¹⁷ A menção feita por Tobias Barreto era ao primeiro código penal da Itália unida – o código penal dos Saboyas de 1839 do Reino da Sardenha. Cumpre lembrar que entre 1861 e 1889 havia dois códigos distintos porque a Toscana seguia utilizando o seu próprio código (que estabeleceu a abolição da pena capital desde 1859, depois de ter sido reintroduzida em 1853). Apenas com o Código Zanardelli promulgado em 30 de junho de 1889 e com vigência a partir de 1º de janeiro de 1900, que homenageou o ministro Giuseppe Zanardelli, se deu a unificação normativa.

¹¹¹⁸ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 55, a partir de LANFRANC DE PANTHOU, Geraud. **Etudes de législation comparée**, p. 236.

A amplitude das expressões do Código Alemão “*Bewusstlosigkeit*” (inconsciência) e “*krankhafte Störung der Geistesthätigkeit*” (mórbida perturbação da atividade espiritual), de fato, superava a “*démence*” francesa – o que, segundo Tobias, fazia o art. 51 do *Strafgesetzbuch* superior ao art. 64 do *Code*. Assim, na extensão maior das expressões alemãs estão as menos extensas, tais como *sonambulismo*, *embriaguez absoluta* e *epilepsia* que, a despeito de não serem **alienação mental**, perturbam o agente e o constroem por uma força a que não podia resistir. A questão também debatida por Tobias Barreto – no que parece igualmente ter razão – em confronto com o procurador francês é o conceito de força irresistível, para a qual faltava “o mesmo grau de justeza e evidencia”: segundo ele, “que o somnambulo não tem consciência dos seus actos, durante o acesso do mal, que o somnambulo é um doente, e de uma doença que perturba as faculdades do espirito, nenhuma duvida. Que elle, porém, praticando um crime, ceda ao impulso de uma força irresistivel, é o que não se diz, nem se concebe, sem alterar o valor das idéas. No somnambulo o que ha *de irresistível* é o facto mesmo do *somnambulismo*”¹¹¹⁹.

A distinção feita pelo código alemão entre a falta de *libertas judicii* e de *libertas consilii*, em síntese, era naquele momento mais precisa que o perímetro delimitado pelo *Code* francês porque compreendia os sonâmbulos, ébrios e epiléticos, por exemplo, “sem precisar lançar mão do expediente da força irresistível”, enquanto no artigo do código francês “tudo se acha confundido, e aquilo que não couber no circulo da *démence*, que é limitado, encaixa-se a todo custo no circulo da *force à laquelle il n'a pu resister*, que é mais limitado ainda”¹¹²⁰.

A opção de Tobias em aderir a um “princípio geral” que compreendesse todas as moléstias mentais em detrimento da enumeração legal teve por base o estado da arte psiquiátrica naquele instante e o que o texto expresso do art. 10, § 2º do Código Criminal de 1830 dispunha, mesmo que em extensão indesejada e insuficiente, como já exposto – o que não o privou de tecer diversas críticas aos defeitos daquele código e expor a necessidade de uma reforma, evitando com isso forçar tipicamente a adequação de alguns casos não comportados por aquele dispositivo ou recorrer ao expediente de conformar ao § 3º a imputabilidade penal, tal qual fez LANFRANC, os casos de *força ou medo irresistíveis*. A defesa de um **princípio geral** que funcionasse como uma norma penal em branco e dependesse inevitavelmente da elaboração médica colocando o “legislador criminal na contingencia de estar sempre á escuta dos oráculos

¹¹¹⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 56-57.

¹¹²⁰ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 58.

da medicina, nas questões de imputabilidade, para ir, de accôrdo com elles, alterando as disposições legaes”¹¹²¹ não foi feita por Tobias Barreto e isso precisa ser destacado.

As disputas entre os discursos médico e jurídico que influenciaram o pensamento no século XIX levaram à criação de um referencial positivista cujos efeitos foram vistos naquela quadra da história, ecoando ainda hoje e exercendo influxos na política criminal e no sistema de execução penal e carcerário. A preponderância do positivismo introduziu os ideários da criminologia positivista e esteve (está) presente nos laudos e documentos produzidos pelas instituições responsáveis pela execução das penas e das medidas de segurança. Ao citar a autoridade de KANT, a quem fazia menção com raro respeito e comedimento nas críticas, Tobias destacou a partir dele que a capacidade individual de discernimento (ou se o acusado “estava na posse de sua razão natural”) apenas dizia respeito à psicologia e, caso a medicina forense evocasse para si a autorização de resolvê-la, estaria “interferindo em negócios alheios” – ideia kantiana oposta por METZGER, para quem “nos loucos ha sempre doença physica; por isso pertence ao medico decidir sobre o estado delles, e a questão não é tanto da alçada da psychologia, como Kant se afigura. Os philosophos se acham divididos em muitas escolas; não se sabe de que seita deve ser aquelle a quem os juizes tenham de consultar. E' assás dubitavel que um parecer construído á priori, segundo principios transcendentaes, possa satisfazer ás exigencias da justiça. Ao contrario disto, o medico é o unico verdadeiro philosopho natural e psychologo empírico”¹¹²².

No que discordava de KANT e aderindo parcialmente às ideias de METZGER, Tobias Barreto deixou claro que na divisão de forças entre as duas ciências ainda não havia uma posição uníssona à qual pudesse integralmente se filiar, sobretudo porque essa incerteza era oriunda da própria classe médica cuja posição oscilava entre o entendimento de que tal determinação integrava os limites de sua competência e a recusa da concessão feita pelos juristas e filósofos da sua alçada para tal. E, após superado na Alemanha, o questionamento sobre a autoridade médica surge na França em 1826, curiosamente a partir de COSTE e RÉGNAULT, respectivamente médico e advogado.

¹¹²¹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 59.

¹¹²² BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 60, a partir de KANT, Immanuel. **Antropologie**, § 41; e METZGER, J. D. **Abhandlungen Gerichtlich Medicinifche**, 74. Destaque-se que as ideias do médico alemão Johann Daniel Metzger, aqui retiradas do seu Tratado de Medicina Forense de 1803, tinham sido reproduzidas anteriormente sem indicação ou citação de qual texto Tobias se referia – levando a crer que a insensatez (*Wahnsinn*) como um estado mórbido corporal no qual a alma tinha reduzida a capacidade que levava à destruição da harmonia das forças humanas.

A divergência aberta por COSTE quanto à autoridade médica foi citada como uma afronta à pretensão da classe de manter a exigência legal de que os médicos fossem consultados sobre a loucura, em claro respeito aos costumes e presumindo uma capacidade especial em tal assunto. O problema estava nessa “presunção de boa-fé” na aferição e no argumento de autoridade – o que tornava os fatores decisivos nessa definição influenciados pelo preconceito, fazendo “os médicos levarem a sério essa cortesia dos tribunais e, ao examinarem as questões que lhes eram submetidas, muitas vezes substituíam as luzes naturais da razão pelas ambiciosas ignorâncias da escola”¹¹²³. Ao se dedicar ao tema com um importante grau de especificidade, RÉGNAULT escreveu em 1828 “*O grau de competência dos médicos em questões jurídicas relativas a alienações mentais*” (“*Du degré de compétence des médecins dans les questions judiciaires relatives aux alienations mentales*”), tendo sido supostamente lembrado quatro anos da sua publicação depois por um outro médico chamado FODERÉ, quando afirmou a insuficiência da análise dos atos humanos externos no julgamento popular sobre o estado de insanidade – já que diante da possibilidade de simulação, médicos e juristas podem ser levados à engano, mesmo que alguns menos modestos afirmem “que seus conhecimentos são suficientes para resolver questões semelhantes”¹¹²⁴.

Esse debate não retirava o valor histórico da contribuição médica na definição sobre a (in)imputabilidade penal, mas ao contrário. A “jurisdição científica” quando o assunto era alienação mental era incontestavelmente exercida pelos médicos, não se podendo afirmar o mesmo quanto à “jurisdição legal” deles, se aqui for possível traçar um contraponto redundante àquela. Isso porque o texto do Código Criminal de 1830 não dispensava aos profissionais de saúde o mesmo valor e respeito sociais em matéria de diagnoses mentais – o que se confirma com a *conveniência judicial* (e não *deliberação médica*) prevista no art. 12¹¹²⁵, claramente inspirado/influenciado no Código Napoleônico que atribuía aos juízes tal encargo¹¹²⁶.

¹¹²³ Conclusão de COSTE (“Par malheur, les médecins ont pris au sérieux cette politesse des tribunaux, et dans l’examen des questions qui leur sont soumises, ils substituent trop souvent aux lumières naturelles de la raison les ignorances ambitieuses de l’école”), no que foi acompanhado e entusiasticamente endossado por RÉGNAULT, que a essa passagem disse ser “cheia de força e verdade”. In : BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 61.

¹¹²⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 61-62.

¹¹²⁵ “Art. 12. Os loucos, que tiverem cometido crimes, serão recolhidos às casas para elles destinadas, ou entregues as suas famílias, como ao **juiz** parecer mais conveniente”.

¹¹²⁶ O Título I (*Title XI – of majority, interdiction, and the judicial adviser*) no Capítulo II (*Chapter II – Of interdiction*) trazia previsões que dispensavam a intervenção médica do processo decisivo e os dois destacados por Tobias Barreto confirmam essa particularidade, quais sejam: o **art. 492** (“todo pedido de interdição será feito perante o tribunal de primeira instância”) e o **art. 496** (“Recebida a sentença do conselho de família, o tribunal interrogará o arguido na câmara do conselho; se não puder estar presente, será interrogado no seu domicílio, por um dos juízes nomeados para o efeito, coadjuvado pelo seu escrivão. Em todos os casos, o comissário do governo

Aqui chama a atenção uma crítica interessante à imposição autoritária de uma possível (e superficial) interpretação judicial a um fundamentado laudo médico que ateste a loucura do indivíduo. E a comparação, que não é hipotética ou fruto do acaso, guarda sentido com a realidade apresentada e é historicamente riquíssima: lembrando os dois casos italianos célebres de doentes mentais citados no livro *L'uomo delinquente*, se o resultado da perícia concluiu que os examinados se equivalham a *Achille Agnoletti* ou *Vincenzo Verzeni*¹¹²⁷ – cuja aparência é plácida, mas o íntimo guarda a maior das ferocidades loucas cujo hábito de estrangular mulheres equivale ao prazer que excede ao gozo da masturbação, fazendo a primeira citação de *Menores e Loucos* a LOMBROSO, a quem Tobias chamou o “célebre louco italiano”¹¹²⁸ – e ainda que adotando os médicos a cautela de que a epilepsia inspiraria os cuidados e a segurança hospitalares, seria superado pela ignorância judicial, caso entendesse o contrário e merecesse “a fera” ser entregue à família, conforme a (in)inteligência do art. 12 do Código Criminal do Império. Isso, para Tobias Barreto, incorreria no “risco de vê-lo, no dia seguinte, atirar-se sobre a primeira mulher, que lhe passe pela porta” – voltando ao alvo da conveniência judicial, ironiza que “porém o juiz póde ser Pierrot ou Arlequim”, o que importaria em outra redação para aquele dispositivo, qual seja “conforme parecer mais conveniente a Arlequim ou a Pierrot”¹¹²⁹.

A defesa seguinte se dirige à necessidade de criação de um colegiado de médicos peritos oficiais (ou “médicos da justiça”) que pudessem elaborar relatórios úteis a basear as decisões

estará presente no interrogatório.”). Tobias fala em “mais alguns” artigos, podendo ser citados aqui o art. 497 sobre a nomeação pelo tribunal de “administrador provisório” para cuidar do interditado e seus bens e o art. 499 no qual estava previsto que ao indeferir o pedido de interdição, o tribunal poderia limitar os atos da vida civil, condicionando-os à assistência de um conselheiro pelo judiciário nomeado.

¹¹²⁷ **Vincenzo Verzeni** é considerando o primeiro *serial killer* da Itália unida e seu currículo pode ser tomado como um estereótipo para toda a categoria: de origem socioeconômica deprimente, infância traumatizada pelo pai, Giacomo, alcóolatra e violento, e pela mãe, Giuseppa Dogoni, epilética, media 1,66m e era um criminoso dissimulado, aparecendo em *L'uomo delinquente* como, embora um “dos mais assíduos e sinceros frequentadores da igreja e do confessionário” e que “veio de uma família não só religiosa, mas beata”, um “estrangulador de três mulheres” – caso que “explica a tendência estranhamente perversa” e que torna “impossível discernir linha diferencial entre demência e crime”. In: LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**, pp. 128, 195-196, 213. Há muitos livros escritos sobre a vida e o julgamento de Vincenzo Verzeni, merecendo destaque três publicações riquíssimas e mais recentes: PAVANETTO, Lara. **Vincenzo Verzeni: il serial killer della Bergamasca**. Orvieto (Itália): Intermedia Edizioni, 2022; CENTINI, Massimo. **Lo strangolatore di donne: la drammatica storia di Vincenzo Verzeni “Sadico sessuale, vampiro e divoratore di carne umana**. Torino (Itália): Yume, 2014; e MUSUMECI, Emilla. **Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari**. Milão (Itália): Franco Angeli, 2012.

¹¹²⁸ O estudo de Cesare Lombroso “*Verzeni e Agnoletti*” foi publicado em 1873 (Rivista di discipline carcerarie in relazione con l’antropologia, col diritto penale, con la statistica, ecc., III, p. 193-213). Apesar da citação de Tobias Barreto em *Menores e Loucos* fazer menção à pág. 12 desse texto, acredita-se que sua contagem tenha sido corrida e não obedeceu à numeração originária da revista, como nos moldes das normas técnicas atuais. Nesse ensaio, o autor italiano cita muitos exemplos de tendência ao homicídio durante a sobre-excitação e como a excitação do desejo de morte acarreta a sensação de volúpia.

¹¹²⁹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 62-63.

judiciais, assim como existiam na França e no norte europeu, tendo sido designados por uma Faculdade de Medicina como os romanos. A ideia aqui seria de diluir o poder monocrático de definição acerca de questão científica decisiva, sobretudo na demarcação das consequências do fato punível, criando-se, ainda, a possibilidade recursal apelativa que seria submetida a um órgão superior de idêntica natureza – o que reforçava o equilibrado argumento de que a pluralidade de olhares minimizaria os riscos de erro no diagnóstico – método que, mesmo sendo aparentemente irrealizável, não se filiava¹¹³⁰ às novas maneiras de estudar fenômenos naturais se afastando do raciocínio aristotélico e dependendo da observação/experimentação regulada pela indução.

Em suma: estava claro que, para Tobias, competia unicamente aos médicos não apenas aferir a (a)normalidade do estado mental e dos limites do psiquismo dos indivíduos cujas condutas importassem em crime, mas também a autoridade de afastar deles o direito penal, cabendo igualmente a eles julgá-los.

9.4 A crítica a Lombroso e a pioneira citação ao *L’Uomo delinquente*

Tobias Barreto *devorou* o livro de Lombroso. E foi a partir de “*O homem delinquente*”, apontado por ele como uma obra revolucionária, que assinalou as ressalvas às doutrinas em matéria de psicologia criminal e afirmou a necessidade de vê-las com parcimônia. De fato, *L’Uomo delinquente* não poderia ter chegado às suas mãos em momento mais oportuno, pois naquela mesma ocasião se ocupava da edição de *Menores e Loucos em Direito Criminal*. No entanto, mesmo ávido pela sua leitura e novidades que apresentava, nem mesmo a fama internacional de Lombroso e as novas doutrinas trazidas pelo seu célebre livro foram capazes de evitar o *amargor* provocado pelos exageros que sucedeu à primeira impressão de *doçura* que o fez se apoderar das ideias lombrosianas. A condenação aberta ao Lombroso que conhecera na 1ª edição de “*O homem delinquente*” se baseou “nos excessos antropológicos da primeira hora, que Ferri ainda não havia temperado com as sus observações sociológicas”¹¹³¹.

¹¹³⁰ Essas ideias de que o conhecimento advinha, em primeiro plano, da experiência prática apontavam problemas no método aristotélico e creditavam ao empirismo defendido por Francis Bacon (1561-1626) que “o saber é o poder de dominar ou transformar a natureza em benefício humano”. A ideia de Tobias Barreto de atribuir ao saber médico o poder de julgar (decidir) as doenças mentais, dando-lhes um veredito, era incontestável do ponto de vista do seu proveito, mesmo que irrealizável (ou talvez inviável do ponto de vista prático). Quando ele a afasta da filiação dos “ídolos baconianos”, traz na nota de rodapé nº 26 a ressalva de que “para evitar escrupulos cacophonicos, é bom pronunciar: - bêcanianos”, em aparente precaução de associação a Baco, deus do vinho e da folia na mitologia romana. In: BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 63.

¹¹³¹ BRUNO, Aníbal. *Tobias Barreto criminalista*, p. 275.

A frase célebre de que *L'Uomo delinquente* era um livro “italianamente escripto e germanicamente pensado” explica o interesse inicial de Tobias Barreto por aquele professor italiano que “além de mostrar-se muitíssimo familiarizado com a sciencia germanica, é um daquelles para quem a lingua allemã” era um *objeto de estudo e de prazer*¹¹³². No entanto, a rejeição das ideias lombrosianas por Tobias foi aqui pioneiramente manifestada, em forma de “pequena censura”, mesmo com a admiração diante dos “tesouros de saber acumulados” que se expressava à época com a publicação por Lombroso de obras em alemão e por ter sido ele festejado também pelos próprios italianos, possuidores de cultura linguística e reputação universal, sem causar neles a estranheza que Tobias recebia no Brasil¹¹³³.

Ao mesmo tempo em que exalta os valores da produção de Lombroso, enxergando talvez os mesmos (poucos) méritos dela olhando atualmente a história pelo retrovisor, foi exatamente o alargamento da sua visão e o excesso nas suas apreciações o motivo das críticas de Tobias. Foi a incapacidade de verificação empírica das hipóteses suscitadas por Lombroso que levou Tobias dizer que “o conhecimento exacto do criminoso não se compõe sómente de dados *psychologicos*, fornecidos pela observação interna, directa ou indirecta; mas é igualmente certo que não se compõe só de dados *craniométricos*, *dynamométricos*, *ophthalmoscópicos* e todos os mais epithetos sesquipedaes, de que sòe usar a tecnologia medical”¹¹³⁴. Ou seja, não seria o seu encanto pelos ventos alemães que sopravam novas ideias da Europa para o Brasil que o levaria a ignorar o valor da lógica operativa sobre dados empíricos e a não questionar a **frenologia** que, apesar de produto da ambiência própria das ciências naturais no século XIX, suscitava nele suspeitas de equívocos.

Enquanto Lombroso apontava como semelhantes o delito e a loucura – o que era parcialmente rejeitado pelos então *patólogos* do crime – Tobias tratou de separar os fenômenos e explicar as “afecções morbosas propriamente ditas” por vezes pela *genética* (ou pela “lei biológica da hereditariedade”) distintamente do atavismo criminal, assim como rechaçou a criminologia etiológica terapêutica para o delito como se doença fosse. Como materialista, a sua crítica filosófica a Lombroso respeitava “a paz que se deve aos sábios”, mas a condicionava à subordinação de elaboração de hipóteses que trouxesse conclusões plausíveis e não apenas

¹¹³² Nas palavras de LITRÉ, o alemão era “un object d’étude et de jouissance”. BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 63.

¹¹³³ Na nota de rodapé 27 e em tom de desabafo, Tobias Barreto expressa que o “allemanismo de Lombroso” era natural na Itália e que os italianos eram “menos exigentes do que nós”. BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 66.

¹¹³⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 66.

úteis a impressionar e que, ao invés de esclarecer, confundissem ainda mais o estado da arte. A luxuosa riqueza de detalhes trazida pelas “vistas theoreticas” de Lombroso esbarrava em uma incongruência condenada por Tobias: o acúmulo excessivo de observações de aparência benéfica (“mas no fundo estereis, incapazes de generalização, irreductíveis a uma lei”) como vício científico e a ausência comprobatória delas (já que, perante a lógica, *provar de mais* era igualmente reprovável) – concluindo ele que “em ultima analyse, admira se o talento, a perspicacia, a paciencia do autor, mas o proveito que se aufere, não compensa o trabalho da fatigante leitura de um livro de 465 paginas de texto, com mais de 300 de apendices, tabellas e pericias”¹¹³⁵.

A primeira edição de *L’Uomo delinquente*, publicada em 1876, foi objeto de profunda apreciação por Tobias Barreto – que, infelizmente, não acessou os textos posteriores que, depois dos disparates, amenizaram os radicalismos iniciais da antropologia criminal, como já dito. Nessa análise realizada em *Menores e Loucos* está, indubitavelmente, a primeira discussão acerca da **reincidência**. A posição adotada, no entanto, não parece alinhada aos seus ideais progressistas e nem tampouco à sua opinião sobre a pena. A redução de crime lombrosiana “às proporções de um facto natural, incorrigível, inevitável, tão natural e incorrigível como a doença” é entendida por Tobias como uma negação às funções da justiça, que a ele “parece julgar inutil” – inutilidade que, inclusive, é provada com o “phenomeno constante da *reincidencia*”¹¹³⁶, ideia com a qual discorda. Para divergir, ele aqui deixa clara a distinção entre a necessidade do direito penal na manutenção das relações sociais das promessas dos “efeitos salutaes e purificadores da pena” – o que, de fato, é igualmente problemático porque trata o episódio criminal como vício/erro e mais: como característica repetível e inerente à natureza humana que nenhum homem pode lograr para si o êxito de estar a salvo dela.

Embora houvesse disparates suficientes para chocar os leitores minimamente atentos, a obra de Lombroso seria tolerada pelo espírito naturalista de Tobias, apesar das importantes restrições ao atavismo explicativo da delinquência como ideia central que vinha junto do darwinismo que coloria o pensamento jurídico no Brasil e cuja doutrina sociológico-naturalista sequer se impusera na Alemanha, principal fonte do seus estudos¹¹³⁷.

A ideia do *desespero dos penalistas* provocado naquele “jurista de velho estylo” ou no “jurista theologo” (deixando claro que as crenças na pena só podem ser nutridas sob bases

¹¹³⁵ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 69.

¹¹³⁶ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 69.

¹¹³⁷ BRUNO, Anibal. *Tobias Barreto criminalista*, p. 275.

religiosas) sobre algumas questões para as quais nunca se teve (e nunca se terá) suficientemente respostas, tais como o orgulhoso homicida “recidivo e incorrigível” que comete dez ou doze assassinatos ou o ladrão condenado três ou quatro vezes que comete outro furto, está firmada na premissa de que, enquanto para os criminosos contumazes e vaidosos de suas condutas não se poderia ter uma solução mirabolante de prevenção, para a precaução de doenças a inexistência de orgulho se dava porque o arrependimento não advinha de desconhecimento – como as moléstias venéreas adquiridas conscientemente – mas porque as consequências alcançaram o próprio corpo do reincidente libidinoso. Nesse emparelhamento que Tobias Barreto faz entre crime (criminoso) e erro/vício (doentes), onde os recidivos daquele testemunham a **inutilidade** das *leis penais* e os desses se atesta a **insuficiência** da *lei moral*, ele procura demonstrar a inversão do tratamento (e a identidade da forma profilática) dado por Cesare Lombroso ao crime como fenômeno moral e às doenças como fenômeno jurídico. Ou seja: enquanto Lombroso atribui apenas àquele (reincidente no crime) o fracasso da lei penal, Tobias sustenta que, se nem as consequências nefastas da relação que alcançam o próprio corpo do homem sexualmente inconsequente (reincidente na moral) são suficientes para evitar novos contatos e contágios, não se pode provar a fragilidade operativa dos “systemas de penalidade jurídica” a partir da *reincidência*.

A proposta lombrosiana de substituição do cárcere pelo manicômio recebe uma dura e bem colocada crítica de Tobias Barreto: levada à cabo e considerando os ideais de Lombroso (princípios e “dados positivos desentendidos pela lógica”), sustentados pela sua pretensiosa condição de fundador de uma crescente nova escola que inaugurara um pensamento, essa proposição conduziria à internação hospitalar da humanidade inteira. Interessante observar que é exatamente a intromissão de um saber na esfera de outro que constantemente permeia e compõe a base da crítica de Tobias a Lombroso. A partir da leitura do filósofo inglês Moritz Lazarus, vem a explicação da pretensão de aprimoramento humano por meio de verdadeiras incursões em áreas alheias de conhecimento em forma de “excursões cujos resultados se dão a conhecer como planos grandiosos de melhoramento, messianicamente anunciados”, como um fenômeno característico do espírito de uma época, onde “vê-se médicos quererem de repente reformar a philosophia, juristas endireitar a igreja, e todo mundo emfim melhorar a todo mundo” – observações obtidas por LAZARUS no seu *Psicologia Popular*, onde “apreciando o phenomeno da invasão reciproca de domínios intellectuaes limitrophes, elle explica pela mesma

lei o facto estranho de individuos investidos de uma profissão determinada emprenderem excursões insensatas em alheias e superiores esferas”¹¹³⁸.

Cravando como finalidade de *L’Uomo delinquente* a modificação completa das tradicionais ideias de crime e de criminoso e, conseqüentemente, em último momento o destronamento do jurista pelo psiquiatra – no que abriu um flanco para debates maiores – a acidez de Tobias Barreto dá lugar a uma breve concordância com Lombroso, fazendo crer que, estando ele de posse da razão, até a um relógio quebrado assiste a razão duas vezes ao dia. E essa aquiescência é realizada em forma de contraofensiva a uma velha conhecida da qual se ocupavam os debates daquele momento, qual seja, a metafísica ou, no caso, os **criminalistas metafísicos** e a crença na chamada *imputabilidade absoluta*, já que, para Tobias, o debate só seria possível dentro dos limites da *imputabilidade relativa* e a aceitação da sujeição do delito como fato natural a outras leis que não as leis da liberdade. Sobrou, nesse tema, até uma advertência aos moços acadêmicos de que “Carrara é um penalista metaphysico da peor espécie”¹¹³⁹. O problema é que a conclusão utilitária do direito penal como um instrumento de correção da natureza humana é de atribuir virtude à sua *capacidade reformatória* e, o que é ainda pior, de que o direito penal “é uma arte de mudar o rumo das indoles e o curso dos caracteres, que a educação não pôde almodar; não no sentido da velha teoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas para o ceu, mas no sentido da moderna selecção darwinica, no sentido de adptar o homem á sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que á final é o alvo de toda politica humana”¹¹⁴⁰, o que aponta um equívoco intuitivo gravíssimo.

A percepção que Tobias Barreto tinha sobre a ciência criminal não se sustentaria nos dias atuais, ou melhor, seria inservível para a atualidade do direito penal. Para entender esse paralelo, faz-se necessário destacar as expectativas do momento vivido nos últimos anos do Brasil Império de 1886 e a realidade na qual tanto o direito penal quanto o poder punitivo atualmente operam e quais reclamos atendem. Na verdade, a projeção em forma de afirmação futuroológica de que, inserida dentre as ciências naturais e possuindo caracteres próprios das ciências indutivas, o direito penal estaria hoje filiado a uma das formas da **disteleologia social** tal qual designada por HAECKEL não está no todo equivocada. O esvaziamento da ciência criminal apontada por Tobias teria lugar e poderia ser amplamente aceito apenas mediante a

¹¹³⁸ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 71, a partir de LAZARUS, Moritz. **Volkerpsychologie** – III, p. 66-67 (nota).

¹¹³⁹ Vide a nota de rodapé nº 29. In: BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 72.

¹¹⁴⁰ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 72-73.

adoção teórica do *consenso* onde, de fato, a ausência de propósitos levaria a um atrofiamiento pela total falta de contribuição aos fins a que declaradamente se propõe. O problema é que a profecia não se realizou, ou se cumpriu de forma desvirtuada, já que, adotando e se pautando nas teorias do *conflito* e reconhecendo as funções realisticamente desempenhadas pelo direito penal e, principalmente, pelo poder punitivo, há sim a realização de propósitos, mesmo que oficialmente não-declarados. Seria, porém, uma meia verdade a afirmação e, paradoxalmente, um olhar equivocado para o futuro que tantas vezes acertadamente enxergou e projetou.

É certo que a crítica de Tobias a Lombroso não foi extensa, embora pioneira e acertada na maioria dos aspectos, mesmo não sendo minuciosamente detalhista, como ele mesmo confessou. Como já dito, o principal mérito para ele foi identificar e “atestar o hyperbolismo científico dos médicos, quando invadem alheios domínios”¹¹⁴¹ — já que, partindo de premissas equivocadas, as conclusões não poderiam ser acertadas — bem como o enfoque dado ao capítulo dedicado à descrição dos criminosos quanto ao seu modo de escrever (grafoscopia). Nesse aspecto uma consideração que repete a lógica tobiana de antever os absurdos lombrosianos, mesmo concordando parcialmente com alguns deles. É o caso da aceitação de que a má caligrafia pudesse servir como forma complementar de prova, mas não isolada de outros fatos, para servir de indício de aferição da qualidade psíquica do indivíduo. Tobias, aliás, acreditava que “na linguagem, fallada ou escripta, sobretudo na linguagem fallada, no bom ou no máo accento, existe alguma cousa de peculiar ás individualidades”¹¹⁴².

Associar, portanto, a falta de escolaridade ou a falta de exercício caligráfico à potencialidade ou inclinação de práticas delituosas não esteve entre as piores conclusões de Lombroso, mas, certamente, foi uma intragável associação que recebeu merecida crítica de Tobias Barreto. Se é certa a identificação de baixa escolaridade da clientela massiva do sistema penal nos dias atuais — não por acaso aos capturados pelas garras do poder punitivo tiverem sido negadas oportunidades de habilitação ao mercado formal de trabalho — interligar a linguagem escrita como indício de qualidade psíquica característica da individualidade que levasse à identificação criminosa é tão jocoso, para dizer o mínimo, quanto os demais exemplos lombrosianos do homem delinquente.

A suspeita da teratologia dessas ideias que sintetizam o espírito de *L’Uomo delinquente* é levantada apenas parcialmente, como algo instintivo, não sendo errado se falar até em uma pequena concordância, sobretudo quanto às observações linguísticas femininas. Se por um lado

¹¹⁴¹ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 73.

¹¹⁴² BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 73-74.

Tobias “dá de barato” o capítulo relativo ao “modo de escrever dos criminosos”, por outro acaba por declaradamente não “contestar o fundo de verdade que há nas apreciações do sabio italiano”, mesmo não sendo possível “acceder a todos os seus propósitos”¹¹⁴³. Essa aceitação, entendida como parcial ou não, possui relação direta com a sua percepção de que, em alguma medida, a linguagem escrita não seria autônoma e nem a primeira, mas a expressão segunda de uma realidade – ou seja, que há uma apreensão anterior à linguagem (antepredicativa) da qual se deve servir. Esse paradoxo da linguagem apenas poderia ser resolvido por meio da **fenomenologia** e de como a sua observação da capacidade humana determinava, simbólica e arbitrariamente, os rudimentos da relação entre o significante e o significado.

Assim foi como terminou o nono capítulo de *Menos e Loucos em Direito Criminal* que versa sobre o § 2º do art. 10 do Código Criminal do Império. Entrelaçando as linguagens (falada ou, principalmente, escrita devido à crítica lombrosiana) às individualidades e tangenciando o tema principal, chega à observação do *sexo amável*¹¹⁴⁴ e como o analisava discursiva e semanticamente: desconfiou do *rotacismo*¹¹⁴⁵; afirmou que a *prosódia*¹¹⁴⁶ era o caminho mais seguro para sondar o íntimo da sua alma; ousou rotular as mulheres a partir do senso artístico das suas letras, condicionando o senso de moral ao “bem caligrafar” – o que, segundo ele, poderia ser confirmado com a reunião de autógrafos femininos em quantidade suficiente (tal qual Lombroso fez com 407 “criminosos diversos”); e, por fim, concluiu que a análise particular deste ponto ainda era conjectural e que “a qualquer indução científica da indole dos individuos por esta ou aquella imperfeição da sua escripta, vai uma distancia immensa”¹¹⁴⁷.

9.5 A violência da força e do medo irresistíveis

O tratamento legal dado aos que cometiam crime *violentados por força ou por medo irresistíveis* era “de um princípio geralmente aceito e reconhecido” e advém da “idéa de uma força ou de um medo irresistíveis, isto é, de um medo ou de uma força, que sobrepujam a

¹¹⁴³ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 73.

¹¹⁴⁴ Durante todo o livro, Tobias Barreto se refere ao sexo feminino como o *sexo amável*, ou *bello sexo*, em tom respeitoso e afável, mas também com alguma inferiorização e subestimando-o.

¹¹⁴⁵ A grafia da época era “rothacismo” e se trata de um fenômeno linguístico que diz respeito à uma modificação fonética consistente na substituição de algum fonema (por exemplo, o “L”) pelo “R”. A troca do som de “L” por “R” acontece desde as primeiras mudanças do latim, como são exemplos das palavras *ecclesia* para *igreja*, ou *blanco* para *branco*.

¹¹⁴⁶ Parte da gramática tradicional que se dedica às características da emissão dos sons da fala, como acento e entoação. Para Tobias, ressalvado o possível “exagero de romancista”, havia nisto uma “bôa dóse de justa observação”. In: *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 74.

¹¹⁴⁷ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 75.

vontade, exclue a idéa de acção voluntaria e intencionalmente praticada”¹¹⁴⁸. Pela própria redação do § 3º do art. 10 do Código Criminal de 1830 vê-se que a **força** e o **medo irresistíveis** consistiam em verdadeiras *violências* sofridas pelos autores por elas dominados.

A primeira e bem colocada problematização elaborada por Tobias Barreto ao analisar essa causa de exclusão da imputabilidade estava na ausência de distinção legal entre a coação física (excludente do próprio crime) e a coação psicológica (ou psíquica, redutora da capacidade do agente) e antecede ao próprio texto de *Menores e Loucos*. Em sua tese publicada pela editora recifense Typographia Central em 01º de janeiro de 1883 sobre o mandato criminal e dedicada “aos moços sergipanos que cursaram a Faculdade de Medicina da Bahia no anno proximo findo”¹¹⁴⁹, indagando “qual a extensão da ideia do mandato de que trata o art. 4º do Codigo Criminal?”, Tobias trata a autoria dos que constroem e a supressão da distinção entre física e psicológica, declarando sua inclinação a aceitar somente o *constrangimento fisico* como possível na interpretação do dispositivo que trata da irresistibilidade da força e do medo. Se posteriormente em *Menores e Loucos* ele aponta a falta no art. 4º do Código¹¹⁵⁰ da indicação dessa divergência, concorda “até em da-la como supprida pela disposição do § 3º do artigo 10, posto que me inclinasse a crer que ahi mesmo o Codigo teve mais em mira o constrangimento psychico, pela summa raridade da coacção mecanica”¹¹⁵¹.

É que pela raridade do constrangimento físico (ou da coação mecânica), parecia pacífica a adaptação da lei às coisas mais frequentes e de fácil ocorrência em detrimento daquelas cuja ocorrência era inabitual ou invulgar, conclusão traduzida sempre em bom latim¹¹⁵². Ou seja, a disposição do § 3º do art. 10 do Código Criminal de 1830 envolvia apenas a *vis compulsiva* na qual se identificava a ausência de livre determinação da vontade na prática das condutas maculadas pelo estado psíquico abalado pelo medo. Essa questão é interessante. A inexistência de prescrição e distinção das determinações *legais* apenas tornava possível a análise das exigências *conceituais* do mandato, reveladas pela disposição tripartida do art. 4º do Código Criminal de 1830, e estava alinhada à simplicidade daquele código que, após estabelecer como pressuposto lógico o princípio da legalidade e como pressuposto psicológico o agente o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo, dividia o conceito de crime e estabelecia a

¹¹⁴⁸ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 77.

¹¹⁴⁹ BARRETO, Tobias. **Dedicatória**. In: *Estudos allemães*, p. 2.

¹¹⁵⁰ Art. 4º. São criminosos como autores, os que cometerem ou mandarem alguém cometer crimes.

¹¹⁵¹ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 77.

¹¹⁵² “Ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt”, ou “a lei deve antes ser adaptada àquelas coisas que são frequentes e fáceis, do que àquelas que acontecem muito raramente”. BARRETO, Tobias. **Uma these de concurso**. In: *Estudos allemães*, p. 199.

diferenciação entre autores e cúmplices. Segundo Tobias, esse modelo simples não escapava da imperfeição apenas pela sua acessibilidade.

A “autoria dos que constroem”, portanto, foi objeto de crítica de Tobias em sua tese de concurso antes de ser aberta a discussão em *Menores e Loucos* sobre a “violência da força irresistível” – daí a sua inclinação à limitação do constrangimento do art. 4º ao psíquico por ter sido a ausência legal suprimida pelo § 3º do art. 10¹¹⁵³ e a aceitação de que, seja pela *vis absoluta* ou pela *vis compulsiva*, o resultado obtido era o mesmo. O que esteve em debate, no entanto, eram os estados psicológicos que influenciavam na livre determinação da vontade individual e que não estavam incluídos na categoria do **medo**. Tobias indica a superioridade do sentimento de obediência paterna, de subordinação hierárquica e, principalmente, das relações militares ricas de exemplos – cuja relação vertical como referencial impõe o cumprimento de ordem criminosa – como fator decisivo que, inexistente o medo ou a percepção iminente de perigo, não condicionam a execução do mandamento embora ela importe “o seu próprio aniquilamento”, além de opor uma ressalva de que “no quadro dos delictos cometidos por efeito de um medo irresistível não cabem todas as ações, de feição criminosa, em que aliás o sujeito não obrou livremente por ter sido impelido pelo movel de um sentimento estranho e invencível”¹¹⁵⁴.

9.6 Violência moral e sentimento de honra ofendida: a prática desmentida pela teoria?

A limitação da força irresistível à mencionada força física inviabilizava, no Código Criminal de 1830, a extensão da exclusão da criminalidade aos casos em que a vítima não fosse submetida apenas à força mecânica. O exemplo passional usado em *Menores e Loucos* para equiparar o sentimento da honra ofendida à força irresistível diante de uma infidelidade conjugal ilustra que o ímpeto homicida originado pela violência moral já era, naquele código, objeto de disputas interpretativas acerca da possibilidade de escusa criminal. A tese defensiva de justificação frequente e até recentemente utilizada no Tribunal do Júri para os feminicídios praticados pelos homens contra suas companheiras flagradas em traição se baseava em um senso geral de “dignidade da família” que, em suma, sintetizava um sentimento de posse masculina sobre os corpos das mulheres e buscava agasalhar como uma excludente de ilicitude uma pretensa legítima defesa da honra.

¹¹⁵³ BARRETO, Tobias. **Uma tese de concurso**. In: *Estudos alemães*, p. 199.

¹¹⁵⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 78.

A disposição do § 2º do art. 14¹¹⁵⁵ do Código Criminal de 1830 era comumente utilizada pelos advogados para convencer o conselho de sentença¹¹⁵⁶ que o crime fora cometido em “defesa da propria pessoa ou de seus direitos”. Para essa hipótese havia uma quesitação apropriada que indagava aos jurados, dentre outras coisas, na primeira parte se “o jury reconhece ter o réo commettido o crime de defeza propria?” e na segunda parte se “o jury reconhece ter o réo commettido o crime em defeza de seus direitos?”¹¹⁵⁷. Aliás, a ausência de formulação de quesito específico sobre o fato que ocasionou o medo irresistível acarretava, para a jurisprudência da época, nulidade do julgamento¹¹⁵⁸. No entanto, a justa indignação não poderia (ou não deveria) ser invocada como a premissa menor utilizada pela defesa a título de força irresistível, mas apenas como circunstância atenuante prevista no § 4º do art. 18¹¹⁵⁹ – isso porque, sendo pretérita a “agressão” à honra, para Tobias “a ideia da legitima defesa de um direito já violado, já impossivel de salvar, muito aceitavel pelo bom resultado pratico, nada mais é em theoria do que um disparate”¹¹⁶⁰.

Na sequência, reconhecendo a frequência da “prática desmentida pela teoria”, Tobias critica a interpretação casuística a partir da *razão total*¹¹⁶¹ dada ao autor traído que, identificada e aplicada a circunstância agravante prevista no então art. 16, § 7º¹¹⁶² daquele código, estivesse nas condições ali indicadas em relação ao adúltero vitimado. Caso o ofendido fosse ascendente, mestre, superior ou constituído na condição de pai do ofensor, a pena seria agravada. Uma

¹¹⁵⁵ Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: (...) § 2º Quando fôr feito em defeza da propria pessoa ou de seus direitos.

¹¹⁵⁶ Apenas com a lei nº 2.033, de 20/09/1871 se firmou a competência privativa do Tribunal do Júri para os crimes do art. 14, prevendo o mesmo art. 20 desta lei que “os casos de que trata o art. 10 do Código Criminal de 1830 são do conhecimento e decisão do Juiz formador da culpa, com appellação ex-officio para a Relação, quando a decisão fôr definitiva”.

¹¹⁵⁷ TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brazil anotado**, nota de rodapé nº 20, p. 35.

¹¹⁵⁸ Rel. da Côrte. Apelação Criminal nº 3702. Ac. de 21 de junho de 1861. Apelante: a Justiça. Apelado: Casimiro Ferreira da Silva; Apelação Criminal nº 3561. Apelante: o Juízo. Apelado: Innocencio Gonçalves Catabascudo. Revista Jurídica 1866. Rel. de Pernambuco. Ac de 17 de novembro de 1882. Apelante: o Juiz de Direito. PAelado: Antonio Alves Barreto. Direito, vol. 30. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brazil anotado**, nota de rodapé nº 15, p. 28.

¹¹⁵⁹ Art. 18. São circumstancias attenuantes dos crimes: (...) § 4º Ter o delinquente commettido o crime em desaffronta de alguma injuria ou deshonra que lhe fosse feita, ou a seus ascendentes, descendentes, conjuge ou irmãos.

¹¹⁶⁰ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 79.

¹¹⁶¹ Aqui pode-se ter como paradoxal a razão dada por Tobias Barreto ao ofensor traído. Quando afirma que a conduta homicida do “homem, **todo coberto de razão**” terá como consequência jurídica a pena de galés perpétuas quando praticar o crime contra os ofendidos indicados naquele dispositivo, acaba negando o disparate consistente na tutela de um direito já violado. Ao menos em teoria, aceita a ideia de uma legítima defesa da honra corrente naquele momento.

¹¹⁶² Art. 16. São circumstancias aggravantes: (...) § 7º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do delinquente, ou qualquer outra que o constitua, a respeito deste, em razão de pai.

teoria da irresistibilidade, portanto, seria inviável considerando a existência de paixões que, embora irresistíveis, seriam tidas por excepcionais e incapazes de subjugar a liberdade psíquica adquirida como uma qualidade em vias de desenvolvimento. Na conclusão da análise do § 3º do art. 10, afirmando como objetivo do direito a “disciplina das forças sociais” e indicando como forças irresistíveis e, portanto, indisciplináveis¹¹⁶³ as paixões humanas determinantes dos seus atos, Tobias Barreto nega a capacidade individual de contenção dos impulsos e o poder de se conduzir desvencilhado das paixões – o que seria tão impossível quanto “uma locomotiva se *determine* a andar só pelo impulso de uma bonita prelecção sobre a *dynamica*”¹¹⁶⁴.

A capacidade de contenção superada pela força indomável e arrebatadora, portanto, encontra no descontrole promovido pelo ímpeto a sua justificativa e apenas o *heroísmo* atestado pela autonomia e independência do “poder humano (...) capaz de traçar limites ao despotismo das paixões” poderia denominar o ânimo de resistir às tentações – sejam da paixão, sejam do crime, já que ambas possuem a mesma natureza¹¹⁶⁵. Negando a liberdade individual dos autores de crimes cometidos por *força* ou *medo irresistíveis* e afirmando-a como pressuposto da imputação quando praticados, por exemplo, para *evitar mal maior* (art. 14, § 1º do Código Criminal de 1830), Tobias Barreto encerra o tema apontando, ao mesmo tempo, a evidência da distinção conceitual e a existência de pontos teóricos comuns entre essas condutas, relegando o surgimento das dificuldades à práxis – distinção tão importante quanto à competência para apreciar a formação da culpa que caberia ao juiz (art. 10) ou ao júri (art. 14).

9.7 A irresponsabilidade criminal na prática casual de ato lícito “feito com tenção ordinária”

Apenas a *necessidade de clareza* legal justificava, no art. 10, a existência do § 4º, já que trazia uma proposição “evidente por si mesma, quasi identica e tautologica”¹¹⁶⁶, levando à conclusão óbvia de dizer o desnecessário. O nexo causal naquele conceito de fato punível estava atrelado ao causalismo e, logo, antecedia à reorganização proposta pelo finalismo.

¹¹⁶³ A menção aqui é ao escândalo dos penalistas “humanitários” ou aos “romancistas criminais” – expressão lombrosiana – à ideia de força irresistível aplicada ao mundo moral. In: BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 80.

¹¹⁶⁴ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 80.

¹¹⁶⁵ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 81.

¹¹⁶⁶ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**, p. 83.

Reforçando a divisão das categorias estabelecidas no art. 10, Tobias relembra que duas dizem respeito à falta de *imputatio juris* e duas à falta de *imputatio facti* (esta, “traduzida em linguagem filosófica, significa relação causal, o nexo de causalidade entre o sujeito agente e o resultado de sua acção”, para, mais adiante, destacar a necessidade de uma melhor e maior explanação sobre os conceitos de *dolo* (como vontade dirigida e consciência da injuridicidade da injustiça do ato) e *culpa*, mencionando a questão do *error juris criminalis* como “hypothese do § 4º do artigo 10 do Código, a qual envolve uma negação categórica dos elementos do dolo em todas as suas espécies, chegando até além dos próprios limites da culpa, que o legislador não deixou subsistir, se não sob a forma da velha *culpa aquilia*, na disposição do art. 11 concernente á obrigação civil de indemnizar o offendido”¹¹⁶⁷.

A tríplice exigência desse dispositivo (crime cometido casualmente, no exercício ou prática de qualquer ato ilícito e que o ato fosse praticado com tenção ordinária) não explicava muito bem a ideia do *acaso* – que veio a ser definido, a partir de Karl Ernest von Baer como “um acontecimento que coincide com outro, sem achar-se preso á elle por nenhum nexo causal”, concordando Tobias com a definição, mas sugerindo como aprimoramento que “a ideia da *coincidência* se applicasse á sucessão dos factos com o mesmo gráo de clareza, com que se applica á sua simultaneidade”¹¹⁶⁸.

A questão, portanto, estava colocada em relação aos fatos que se sucediam sem que houvesse nexo causal e, assim, não exigia mais do que considerações sobre a ocorrência de fatos do mundo fenomênico que estariam sob o domínio da natureza e não da vontade humana. Além disso, a associação entre a expressão *casualmente* como *involuntariamente*, ao mesmo tempo em que condicionava ambas à análise do cenário fático, transferia ao agente o dever de observância da possibilidade de ocorrência do resultado meramente possível – o que consistia na previdência do homem.

TOBIAS BARRETO COMENTARISTA: DOS COMENTÁRIOS TEÓRICOS E CRÍTICOS NÃO CONCLUÍDOS AO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830

Confirmando a sua forma inquieta de escrever a partir de problemas que lhes eram apresentados ou que ainda sentia a necessidade de tencionar e parecendo prever o pouco tempo

¹¹⁶⁷ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 83-84.

¹¹⁶⁸ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, p. 86.

que teria de vida, Tobias Barreto dá início ao que chamou “*Commentario theoricó e crítico ao Código Criminal Brasileiro*”, publicado apenas maneira póstuma por Sílvio Romero – que já na primeira nota de rodapé destaca que aquela análise dizia respeito ao código criminal de 1830 (por ele denominado de “velho código criminal”) e que aquele texto, assim como ocorrera com os *Prolegômenos*, não foi concluído por Tobias. Necessário registrar, como mencionado pelo organizador, que a versão final dos *Comentários* foi determinada por Romero e que este inseriu dois escritos “tais quaes foram deixados pelo autor, porque cada um delles forma um todo distincto e contém idéas não repetidas no outro”¹¹⁶⁹.

A opinião de Tobias sobre o código de 1830 era clara e ele assim deixou escrito, com todas as letras: “contam que um sábio estrangeiro, não se sabe qual, disse do código criminal brasileiro ter sido feito por um *ladrao* e um *ladrao sem honra*. Esta palavra nunca foi proferida por sabio algum, mas ha nella um fundo de critica sensata e justa, que torna a cousa verossímil”¹¹⁷⁰.

Ao tratar do princípio da legalidade, Tobias Barreto inicia o seu artigo afirmando encerrar duas ideias capitais: pela semelhança e unidade de sentido, consagrava aquele art. 1º a **sinonímia** ou a identidade conceitual de *crime* e *delito*, além exigir como condição formal a **preexistência** de uma lei. Havia uma tradição científico-jurídica pela preferência de divisão tripartida que era muitas vezes forçada pelos legisladores e autores. Essa tricotomia compulsória obedecia ao “sesto tradicional do estudo das cousas” e tinha no direito romano um exemplo fértil de demonstração de algumas partes que, para atender à necessidade lógica do espírito do tempo, eram forçosamente incluídas – como a parte *sacral* na divisão do *jus publicum* realizada por ULPIANO (*in sacris, sacerdotibus et magistratibus*)¹¹⁷¹. Como essa prática foi transmitida, o que não tivesse divisão tripartida tornar-se-ia incompreensível – lógica que se repetiu, a partir do *Code penal* francês¹¹⁷², no art. 2º do código da Bavária (1813), no § 1 do código da Prússia (1855) e no art. 1º do Código Belga (1867).

¹¹⁶⁹ Nota de rodapé escrita por Sílvio Romero. In: BARRETO, Tobias. **Commentario theoricó e crítico ao Código Criminal Brasileiro**, p. 82.

¹¹⁷⁰ BARRETO, Tobias. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal**, p. 208.

¹¹⁷¹ MOMMSEN, Theodor. **Römisches Staatsrecht**, p. 1 *apud* BARRETO, Tobias. **Commentario theoricó e crítico ao Código Criminal Brasileiro**, p. 122. Essa citação é oriunda de um livro cuja primeira publicação é do ano de 1871. Em consulta ao setor de obras raras da biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, onde se encontram os livros de Tobias, a versão que ele possuía e da qual extraiu essa conclusão é de 1876 e possui dois volumes. Ver ainda PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto**, p. 113.

¹¹⁷² Para Tobias, “a divisão tripartita não é pois uma criação franceza; mas foi o código francez quem a transmitiu ás legislações moderna”. In: BARRETO, Tobias. **Commentario theoricó e crítico ao Código Criminal Brasileiro**, p. 85.

Orientado pelo código francês e pretendendo aprimorá-lo da sua maneira – no que não logrou êxito, para Tobias – o legislador brasileiro rejeitou a tripartição e estabeleceu “logo em principio a equivalência jurídica de crime e delicto”, o que seria, para ele, “um acto meritório” e “poderia até dar testemunho de uma nobre rebeldia, se o legislador tivesse sabido manter-se no mesmo terreno”, muito embora tenha estabelecido a tripartição quanto à classificação dos crimes em públicos, particulares e policiais “que afinal não se mostra menos arbitraria do que outra, que elle não quis adoptar”¹¹⁷³. A incoerência apontada estaria no fato de que, desprezando a divisão tripartida francesa entre crime, delito e contravenção, o legislador brasileiro admitiu essa outra citada.

Já ao tratar do **princípio da legalidade**, Tobias Barreto traz novamente sua opinião acerca da pena, já amplamente trabalhada aqui, reconhecendo não haver “melhor critério de distincção entre os factos criminosos do que o *quantum* e o *quale* da punição comminada” – e como “uma especie de expoente da criminalidade, ela indica, por assim dizer, a *potencia*, o gráu de responsabilidade jurídica, a que o legislador elevou a pratica deste ou daquelle acto”, para citar Rudolf von Ihering quando afirmou que “a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes; quanto mais alto é o bem, maior é a punição imposta ao seu violador”¹¹⁷⁴.

¹¹⁷³ BARRETO, Tobias. *Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal Brasileiro*, p. 83.

¹¹⁷⁴ BARRETO, Tobias. *Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal Brasileiro*, p. 85.

CONCLUSÃO

A demanda de um futuro melhor exige a aspiração de um presente melhor. Embora o sonho abolicionista de um mundo sem pena se revele um sonho crível, mas excessivamente distante, a hipótese de um direito penal habilitado minimamente ao que não seja possível conter é uma alternativa possível e que aproxima esse destino. O convencimento por meio das propostas exitosas do modelo negativo como percurso que rejeita as pedras no caminho – que vão desde o discurso de neutralização seletiva até a ilusão de melhoramento que objetiva a inclusão social – pode ser estratégico ao serem usados o arsenal argumentativo e teórico, *virando a chave* da punição para a responsabilização e direcionando-o contra a cultura punitiva instalada. Apesar da constatação da dificuldade e da incerteza quanto aos resultados, fáceis e certas mesmo são as consequências nefastas e a cooperação desses modelos surrados e legitimantes para a manutenção de políticas excludentes e que reforçam essa lógica cruel que, simultaneamente, nutre e se aproveita das precárias condições sociais para retroalimentá-la.

Atualmente, sabem-se e exploram-se mais os sustentáculos do sistema punitivo do que propriamente sobre as condições que favorecem a sua mudança – e, enquanto não se reage e não se luta por meio de batalhas curtas e rápidas de contenção, o inimigo não cessa de vencer. Voltar a Tobias Barreto é retornar ao pensamento convulso, provocativo e inebriante de um homem progressista no tempo em que os homens eram criados e orientados a serem conservadores – e não devia ser fácil viver, estudar, conviver e defender ideias nessas circunstâncias (para não falar nas dificuldades de ordem social geral) para ser estudado e, de algum forma, julgado academicamente um século e meio depois com métricas atualizadas e, consequentemente, distintas e muito mais humanistas do que aquelas vislumbradas na realidade de cento e cinquenta anos atrás.

O discurso jurídico-penal é nutrido de muitas ideias e soluções messiânicas ou, pelo menos, proposições reflexivas sobre ideais de segurança como tema político, mas a constatação de que a segurança como problema a ser resolvido por meio de um *fármaco* a ser ministrado e cuja cura seja instantânea é ilusória. Melhor e mais honesta é a aceitação de que questões de (in)segurança são governáveis, mas não derrotáveis. Outra conclusão é que novas teorias de prevenção são apenas as velhas teorias legitimantes sob novas vestes ou mascaradas de cautelares de reforço da repressão com enfraquecimento das garantias, pois insistem na futurologia de intimidar potenciais violadores, neutralizando as ameaças (ou ameaçadores)

consideradas perigosas, bem como na prisionalização corretiva ou melhoradora e nas propostas consensuais de integração social por meio de validação da norma penal.

O florescimento quase diário de diversos pensamentos e propostas descriminalizadoras, despenalizadoras e desjudicializadoras é fruto do conhecimento da realidade e de um presente já incluído na história por quem, conhecendo-a, procura dela tomar distância e deixando reservada sua utilidade aos extremos, na expectativa que venha a ser um dia completamente descartada. Tobias Barreto esteve atento aos processos de circularidade cultural e se interessou pelos teorias e ideias europeias, não as importando acriticamente, mas estabelecendo conexões e comparações entre o que se passava no mundo e a ele chegava em Recife, apresentando à comunidade jurídica pernambucana as novidades e recepcionando de forma dedicada e interessada toda a influência cultural de outros centros. No entanto, realizou essa transposição sem ignorar as necessidades locais do tempo e do lugar em que viveu, adaptando todo o acervo ideológico ao que era necessário para o povo brasileiro e à realidade das disputas político-ideológicas mais decisivas do século XIX nas quais estiveram, ele e a nação, envoltos.

Surpreendentemente, a sua intensa participação (cri)ativa nos estudos, debates e pesquisas científicas chegaram também ao exterior, encerrando um amplo e complexo processo de circulação transatlântica de ideias, marcado por influências recíprocas. Tobias Barreto foi um homem nordestino humilde que, embora enfrentando um percurso tortuoso e complexo em suas dificuldades, estudou e ensinou latim, foi autodidata em alemão e em muitas áreas do saber, acessando doutrinas difíceis e complicadas. Apesar do curto trajeto existencial de apenas trinta e quatro anos de vida adulta que começou inspirada no Iluminismo e ideais franceses, diversificando ao travar relações com a cultura alemã e se envolver com o naturalismo haeckeliano, se inclinando ao neokantismo ao final da vida e aderindo à teoria crítica do pensamento, Tobias Barreto foi uma “espécie do *Aufklärung* kantiano com crises encobertas de dúvidas do passado adolescente, ainda que distante de postura visionária ou experiência mística” e “nele se conjugavam a febre de demolir e a ânsia de semear” quando “atirava-se à polêmica sem a formal compostura de quem sabe divergir, manchando-se de mau gosto com frequência”¹¹⁷⁵.

A melancolia do Brasil Império contrastava com o ânimo de Tobias Barreto desde a chegada a Recife até a sua formatura na Faculdade de Direito do Recife – cujo pioneirismo e referência nacional foram reciprocamente impulsionadores e impulsionados por ele, seu

¹¹⁷⁵ MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo**, p. 21

pensamento e sua produção que já no século XIX irradiava para outros centros. Por trás da pobreza existente na maior parte do país estava a escravidão, com bem denunciaram os abolicionistas. A convivência tanto com um ambiente intelectual e socialmente aristocrático quanto democrático, no entanto, rendeu a Tobias possibilidades múltiplas naquela ambiência pernambucana de fertilidade, apesar das contradições características daquele particular momento histórico nacional.

A produção intelectual da Escola do Recife, movimento de renovação cultural que nasce no seio da Faculdade de Direito do Recife – mas que, no fundo, era contra ela – sofreu uma grande reviravolta a partir de Tobias Barreto que, se inicialmente não era o mais expressivo foi responsável por animá-la por ser o mais carismático, certamente e desde então passou a influenciar mais intensamente o pensamento nacional. Até o perfil do estudante e do egresso parece ter passado uma grande mutação a partir dele: os intelectuais aristocráticos podiam ser republicanos, abolicionistas ou libertários, mas não deixavam de ser aristocráticos – ou, como diz Gilberto Freyre, “socialmente aristocrático” ou “aristocratizado pela sua condição de ‘Senhor Acadêmico’ quando jovem de origem plebeia ou socialmente inferior”¹¹⁷⁶. Rompendo com essa imagem, Tobias é a negação desse rótulo e se torna um novo referencial de intelectual ativista.

Recife, mais atraente por concentrar toda a vida política e social pernambucana, foi oxigenada com um novo sopro de inquietação cultural em 1854 com a chegada da Faculdade de Direito vinda de Olinda, onde nasceu e por vinte e quatro anos permaneceu. Aquela ambiência se amalgamou à própria cidade que estava se desenvolvendo e acabou reciprocamente modificando a paisagem urbana com a chegada do curso jurídico. O terreno era fértil e estava cuidadosamente preparado para a chegada da geração da qual fez parte Tobias Barreto.

Foram a partir das ideias novas que fermentaram intelectualmente a FDR – sobretudo a partir da década de 1870 – que se forjou e se formou uma parte importante do pensamento jurídico nacional. O concurso para lente no qual se sagrou vencedor Tobias Barreto pode ser considerado um marco referencial nesse processo de renovação, sobretudo porque ele muda o perfil docente do qual os alunos estavam cansados e passa, com seu talento verbal e suas ideias ardentes, a encantar e fascinar a juventude estudantil com suas habilidades e conhecimento amadurecido, ao mesmo tempo em que, inevitavelmente, acaba também atraindo os olhares

¹¹⁷⁶ FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa germânica**, p. 128.

ciumentos em maior quantidade por parte da congregação e dos colegas que passaram a ser atacados pelo gênio invectivo. A liderança muitas vezes excêntrica de Tobias Barreto, assim como o seu germanismo, chocava e inflavamava os egos já inflados dos demais lentes. E se foi isso que o fez, num primeiro momento, ser singular, acabou por se mostrar um problema com o qual precisou lidar até os últimos dias de sua vida.

Direcionada cientificamente por duas questões distintas e autônomas, essa pesquisa procurou enfrentar essa dupla tensão a partir de uma perspectiva crítica: como a crise da penalidade coincide com a do estado social de um lado e a emergência das políticas de segurança não cessam de clamar por mais pena em intensão e em extensão de outro, outra alternativa não resta que não enfrentar o problema propondo uma alternativa imediata. Isso foi possível a partir do resgate do pensamento de Tobias Barreto refletido em sua obra. E foi exatamente o reflexo da sua vida que o fez ser um intelectual contraditório e paradoxal em alguns momentos e que dividiu (e ainda divide) opiniões. É indubitável e incontestável sua habilidade de identificar o que importa em cada tema de forma original e ácida, mas ao mesmo tempo profunda e poética. Talvez prevendo sua curta vida, Tobias Barreto preferiu escrever sobre temas diversos, deixando inacabados muitos textos – o que levou Clóvis Bevilacqua a acusa-lo da falta do gosto para os detalhes e para os altos estudos dotados das análises mais cuidadosas e pacientes e que lhe faltou a tenacidade para levar a termo uma obra de maior folego e amplitude.

Seu pensamento monista e evolucionista é, até hoje, questionado quanto à originalidade. Aceitando a evolução jurídica como resultado da cultura, ele não via o direito como algo inato, alheio à inspiração divina ou força sobrenatural. Oriunda da intuição e do esforço próprio, a percepção humana do injusto independia da intervenção de Deus. Foi a partir do mergulho em sua obra que se abriram as possibilidades de entendê-lo, assim como a expressividade da sua contribuição para as ideias desenvolvidas no século XIX e que, sedimentadas no século XX, ainda hoje soam atuais e certeiras.

Assim foi pesquisar como sua intuição alcançou o comparativo entre **pena e guerra** sobretudo quanto às consequências, nefastas e irreparáveis, sob o pretexto de motivos justos que as determinaram. Ora, desde o fundamento político, da idêntica incapacidade de controle jurídico e da função de controle social, elas são fenômenos não passíveis de cancelamento no atual quadro civilizatório. A alternativa, portanto, diante do reconhecimento e da confissão de incapacidade de contenção da impetuosidade criminosa e do conflito bélico é dar-lhes alguma

utilidade: apenas atenuando-lhes os danos são possíveis a atribuição de validade e o reconhecimento da justificação.

Estava no horizonte projetado por Tobias a redução de danos por meio de uma **penologia crítica** que ele forjou, conhecedor que foi de todos os modelos legitimantes quando, citando-os um a um ao lado dos seus pensadores, concluiu que tais sistemas deveriam ser banidos do estudo do direito criminal por proporem resolução de questão insolúvel que, apesar de resolvidas, não alterava a *praxe* da justiça punitiva. O fracasso histórico demonstrado por meio do crescente números de criminalizados, punidos e encarcerados ao lado do aumento da violência e de crimes letais comprovam, sem maiores esforços, que os esforços justificacionistas foram e são insuficientes e ineficientes.

Construídos e sistematizados para esconder a verdade desde a primeira modernidade penal, esses modelos engendram de tudo um pouco: da sutileza de estabilizar socialmente ou dissuadir moralmente até a brutalidade de impor sofrimento deliberadamente ou inocuizar o apenado. E essas falácias acabaram adquirindo historicamente validade universal, mas no final e sem qualquer pudor se associam à retribuição vingativa. A aparente incompatibilidade de sustentar um modelo deslegitimante e tolerar a pena nos casos em que o direito penal não pode conter o ímpeto do crime foi esclarecida a partir das consequências que os discursos operam na realidade. Reduzir danos importa em reconhecer a insuficiência de modelos teóricos em determinados momentos históricos ou civilizatórios ou sua incapacidade de alterar a realidade flagrante e atual. Assim, ao afastar a justificação na necessidade existente no imaginário popular e instrumentaliza-la como para a conservação do máximo de vidas possíveis, atenuando sofrimento e dor, poe-se fim ao forçado e ininteligível esforço de atribuir fins e/ou objetivos inalcançáveis, indemonstráveis e inexecutáveis à pena.

Esse trabalho tinha por objeto, inicialmente, apenas a (re)leitura do modelo negativo/agnóstico construído a partir da formulação de Tobias Barreto sobre os fundamentos da punição. No entanto, para não se limitar a ser uma pesquisa que se resumisse a uma revisão bibliográfica, sua ampliação se deu em duas frentes: a criação de uma outra parte que envolvesse a produção jurídico-penal de Tobias e a proposição de algumas ideias possíveis e que importassem em consequências práticas da teoria que se construiu desde o emparelhamento de pena à guerra. Assim como nos conflitos bélicos, as estratégias de contenção/redução da pena podem ser úteis a vencer algumas batalhas, sejam elas mais ou menos decisivas, mas que importarão na diminuição da inflição do martírio punitivo.

Nesse sentido, revisitando o repertório de teses penológicas das práticas de gestão social da liberdade individual, a conclusão é que se tratou ao longo do tempo de variações e do fenômeno da clivagem punitiva, onde a segmentação deu origem às piores combinações dadas como resposta decisória (e, como dito, não como solução) aos conflitos sociais. Essa diferenciação permitiu com a autorização e habilitou com a teorização uma realidade crescentemente disfuncional e degradante.

Com a inclusão de uma terceira parte, tratada simbolicamente como “parte específica ou especial”, o trabalho finalmente alcançou a envergadura de uma tese sobre o **Tobias Barreto criminalista**. Com essa subdivisão ficaram claramente demarcadas as etapas da sua vida e o amadurecimento de suas ideias, alcançando-se com isso o ineditismo dessa faceta do criminalista brasileiro do Império. O caminho não poderia começar de outra forma: para acessar a sua visão de mundo, foi preciso reconstruir sua trajetória pessoal. Com isso foi possível conhecer sua vocação para o estudo de línguas estrangeiras, a partir do seu interesse pelo latim, o que o levou a ser professor, apesar da tenra idade – algo incomum, sobretudo no século XIX.

Com o seu carisma e espírito de liderança, conduziu a Escola do Recife que, apesar de toda a discussão travada acerca da sua existência, unicidade de pensamento e da sua homogeneidade ideológica, assim ficou conhecida até os dias atuais. “Mestre de si mesmo”, conforme se autointituiu no aprendizado da língua alemã, Tobias desafiou as dificuldades do seu tempo saindo do interior de Sergipe – primeiro para a Bahia, cujo intento frustrado de iniciar a carreira eclesiástica deu lugar aos preparatórios para o curso superior, e depois para Pernambuco, onde ingressou na Faculdade de Direito e, como “não tinha parentes importantes e vinha do interior”, sempre se submeteu aos concursos para se colocar profissionalmente – primeiro para a cadeira de latim no curso Anexo em 1865 e depois de filosofia no Ginásio Pernambucano em 1867, muito embora não tendo sido nomeado, apesar das provas exibidas.

O valor de um trabalho ou, no caso presente, de parte dele dedicado à historiografia está exatamente na descoberta das fontes e origens determinantes na formação do pensamento do objeto pesquisado. Esse trabalho se valeu, nesse sentido, de vasta pesquisa biográfica e, principalmente, de etapa importante que correspondeu ao acesso e leitura das obras originais que integravam a biblioteca de Tobias Barreto, hoje guardada e mantida no setor de obras raras da biblioteca da Faculdade de Direito do Recife. Essa importante etapa do trabalho foi decisiva na interpretação do seu pensamento – seja pela identificação dos sinais deixados literalmente por ele nos livros, o que aponta o valor e a importância dos autores, obras e trechos lidos, seja

pela fidedignidade e simbolismo de adentrar no universo particular do autor, manejando as páginas que ele folheou e interpretando os sinais que deixou.

A superação do positivismo criminológico se deu a partir da frente de resistência erguida por Tobias Barreto e a Escola do Recife contra a “Nova Escola Penal” (criminologia positivista). Trata-se do principal obstáculo teórico à consolidação daquele modelo determinista difundido por Raimundo Nina Rodrigues a partir da escola de medicina na Bahia. Não há dúvidas que, retirando do debate as questões escravocratas e da transição Império-República, esse seja o grande embate teórico da historicidade latino-americana do apagar das luzes do século XIX. Tobias Barreto não tinha receio de mudar suas opiniões e posicionamentos, aceitando sem maiores problemas as teses colocadas e, apesar da dificuldade de demovê-lo muitas vezes das ideias formadas, é preciso que se diga que, quanto à Lombroso, ele acessou apenas a primeira edição de *L’Uomo Delinquente* e, portanto, não pôde se posicionar diante da amenização de alguns radicalismos iniciais da antropologia criminal.

Foi indubitavelmente o primeiro latino-americano a direcionar sua crítica ao positivismo criminológico e ao determinismo naturalista de Cesare Lombroso, antecipando sua compreensão e formulando objeções que apenas mais tarde seriam apresentadas na Europa. Foi ainda um dos principais obstáculos teóricos à consolidação do modelo determinista proposto pela criminologia positivista da chamada “Nova Escola Penal” capitaneada por Nina Rodrigues – rechaçando o método psicológico, apontando a inadequação da importação dos métodos das ciências naturais para o conhecimento de questões humanas e criticando o positivismo lombrosiano a partir do direcionamento à metafísica e à transcendência do radicalismo de suas ideias ao debate político e sociológico.

Em relação ao modelo negativo da pena, identificou-se na redução de danos inevitáveis e no ceticismo em torno do sequestro da liberdade como dispositivo disciplinar um giro sobre a ideologia punitiva do capitalismo tardio, marcando um novo olhar sobre a ingerência das agências punitivas, com reflexos irreversíveis sobre os discursos justificacionistas e de coação psicológica (primeira fase) e as concepções correccionalistas das teorias da emenda (segunda fase). Não parece mais ser possível aceitar todas as promessas nunca ou mal cumpridas das tradicionais teorias idealistas da pena. Quando a pesquisa identificou a política criminal como um instrumento de transformação social e institucional que, de forma enfadonha e monotemática, acaba reduzida à política penal que se limita ao exercício da função punitiva de definir crimes e aplicar/executar penas como cansativa resposta oficial, viu na centralidade do cárcere provocada por essa política penal e realizada pelo direito penal estruturante da ideologia

penal nos discursos retributivos e preventivos da pena o insistente esforço histórico de legitimação do discurso da sua *humanização* – o que não é possível.

Assim, a demanda por um aporte teórico aprofundado para a atividade sancionatória, além de perene crítica – dada a sua função estratégica para os sistemas econômicos que reivindicam a expansão do poder punitivo na lógica excludente e de manutenção das relações de poder existentes especialmente no modelo neoliberal – vêm acompanhadas do cuidado de atentar também ao incremento da população prisional nos estados desenvolvimentistas que têm experimentado avanços sociais, embora mais timidamente e não ignorando que na periferia do capitalismo esse aumento é ainda mais profundo e dramático.

A isso se dedicou o presente trabalho: ancorado em uma perspectiva dogmática consequente e criminológico-crítica redutora de danos, realizar a releitura do modelo negativo inspirado por Tobias Barreto levou o trabalho a revisitar o seu legado penalístico e sua contribuição dogmática sobre crimes omissivos, tentativa, coautoria e imputabilidade, além dos seus prolegômenos e os comentários ao Código Criminal de 1830. Com a deslegitimação da guerra e do sistema penal e a constatação de conexão íntima entre eles, restou a análise de comparação da missão do direito frente a ambos os fenômenos – determinante na comparação entre o direito humanitário e o direito penal – o que levou à constatação da instrumentalidade violenta utilizada pelas civilizações (mercantil e industrial), estendendo e exercendo o seu poderio, tornando inseparáveis a *verticalização social/produção industrial* do *industrialismo/armamentismo* ou *tecnologia/armamentismo*. Essa primazia na descrença da pena e na sua impossibilidade de promover a paz perpétua foi geográfica e temporalmente comprovada.

A emergência de uma guerra global permanente surgida no terreno político-criminal a partir da “naturalização” da guerra como fato social e a “confirmação” da catástrofe como elemento de restauração da ordem, se projetando interna (padrões normativos jurídico-penais e constitucionais) e externamente (dispositivos militares bélicos) – produziu uma indiferenciação entre guerra e controle penal, além de ser responsável pela tendência de diluição das imagens que os identificam como ruptura da ordem e da coesão social. Eis a crítica de Tobias Barreto: lastimando a ausência de coesão e a dispersão do corpo social, igualmente lamentou a dualidade entre um Estado organizado e uma Nação espalhada cujo povo permanecia amorfo, dissolvido e sem outro elo que não a língua, dos maus costumes e do servilismo.

Constatou-se, ainda, a dificuldade abolicionista face ao fenômeno incancelável da pena. Essa é uma realidade que, por mais difícil de ser aceita, não pode ser negada. Poucas vezes se

esteve tão distante do sonho abolicionista e, por isso, a necessidade de discussão de uma dogmática consequente teleologicamente alinhada com os princípios da dignidade da pessoa humana e da desconfiança do mito da experiência da prisão como pena incapaz de cumprir com os seus propósitos positivos autodeclarados. É desonesta e irreal, além de ilógica, a omissão dos dados que atestam o crescimento vertiginoso do punitivismo que consolida o hiperencarceramento – sendo necessária a supressão das ações político-criminais populistas empenhadas em relegitimar a pena por meio de discursos neoconservadores que contam com crescente e lamentável adesão. Na superação desse paradigma de idealização do completo desaparecimento do direito penal, uma boa e possível estratégia é o reconhecimento da realidade urgente sem renunciar ao ideal do qual, embora se esteja cada dia mais distante, se procura aproximar com esse modelo.

Nessas conclusões, como dito em todo o trabalho, faz-se necessário o reconhecimento das esforçadas tendências abolicionistas e dos seus destacados méritos em desvendar os segredos das entranhas do sistema penal. Ao apresentar coerência discursiva operada em modelos ideais de estado e de polícia e, sobretudo, para determinados tipos de criminalização, não atendem aos reclamos de apresentar alternativas – o que, não se sabe se por isso, quando levadas ao extremo, acabam caindo no fatalismo de impor ao corpo social a resignação aos inconvenientes do crime, sendo-lhes, por tal déficit, atribuído-lhes o anátema da utopia e do paternalismo.

Tobias Barreto ao introduzir a discussão quanto à essência do próprio direito penal (origem e fundamento do direito de punir), por meio da provocação sobre a convergência entre o sentido da pena e a racionalidade da sua aplicação, trouxe uma constatação é perturbadora e ainda atual: o sentido da pena e o conteúdo do delito constituem os pressupostos metodológicos fundamentais ao desenvolvimento teórico e prático do direito penal, mas, ainda hoje, não se tem claro nem um, nem outro conceito. E ao definir a pena criminal como ato de poder político correspondente ao fundamento jurídico da guerra, renunciando à cognição dos seus objetivos ocultos, múltiplos e heterogêneos, tratou-a de maneira reducente face à tendência expansionista e à propensão aos excessos, em direção à redução da violência no exercício do *potestas puniendi*. Isso possui, naturalmente, relação com sua experiência pessoal da realidade marginal brasileira e latino-americana, sobretudo na efervescência do pensamento irrompido na ambiência da Escola do Recife no século XIX.

Sua imunidade à influência do positivismo criminológico e no que ele havia de utilitarismo social, o levou a atribuir à diminuição do sofrimento como única justificativa válida

no exercício do poder punitivo, já que, exatamente nesse mesmo período histórico, a causalidade biológica do delito se consagrou acadêmica e paradigmaticamente como uma *antropologia criminal* para, finalmente, depois se denominar com o nome de *criminologia*.

Esta é a base da estratégia. Ao salvar vidas, diminuindo a desigualdade e evitando o sofrimento, o modelo cumpre sua missão. Agora desprovida de fundamentação jurídica e de qualquer finalidade, pena e guerra são expostas publicamente como manifestações de extrema crueldade, incapazes de serem justificadas ou idealizadas.

Os pressupostos do modelo negativo foram colocados com clareza e encerram as exigências metodológicas para sua admissão. O primeiro deles é o **fundamento político da pena**, a partir da confusão entre o *poder de punir* e o *direito de punir*. Essa deslegitimação transfere a pena do plano dogmático para o âmbito da política – ou seja, ao *potestas puniendi* – daí a natureza política dos processos de criminalização que rompe a relação de dependência entre direito e pena. Para o modelo negativo, essa relação verticalizada impõe o controle da pena pelo direito como uma decorrência política do processo de criminalização e não na horizontalidade como consequência natural do delito.

O segundo pressuposto que confronta a sanção criminal em sua **função de controle social**, pois, se no âmbito internacional a coação aos dissidentes se efetiva por intermédio da guerra, no interior dos Estados democráticos de direito a pena é concretizada nas intervenções violentas e exercida por meio do monopólio da coação legítima, se mostrando um poderoso mecanismo de controle da ordem social em forma de coação/ato de violência. Isso desqualifica as teorias idealistas que, em pouco mais desses dois séculos, se utilizou de um poderoso arsenal léxico e de uma gramática punitiva (estética discursiva) impregnados de diagnósticos classificatórios e prognósticos delitivos universalizantes da imagem (estética fisiológica) de um paradigma inalcançável e indemonstrável. Foi Tobias Barreto que, adotando um critério então absolutamente inédito no Brasil, baseou o fundamento do poder de punir na noção de defesa social – o que ninguém fizera antes.

Por sua vez, a partir do descortinamento promovido pela criminologia crítica sobre a experiência punitiva, na condição de instrumental da política a pena é um **fenômeno incancelável** nas sociedades atuais. Eis o terceiro pressuposto do modelo negativo. Utilizando-se do acervo crítico que arranca os disfarces legitimantes do sistema penal e compartilhando da expectativa de superação da pena criminal de privação de liberdade, não se pode negar a forte correnteza punitivista que impõe sofrimento nas intermitências criadas entre as grandes narrativas teóricas de justificação da pena e a experiência real e crescente da aflição punitiva.

Já o quarto e último pressuposto aponta para a única finalidade possível de atribuição de pena que é uma **teleologia redutora do poder punitivo frente à tendência ao excesso**. Sua importância está, sobretudo, na disputa contra as teorias mistas ou unificadoras, que incorporam e habilitam mais facilmente o *potestas puniendi* quando utilizam a retórica em face das antinomias dos fins da pena e unem ideias são contraditórias entre si.

A recapacitação das ciências criminais, agora instrumentalizadas estrategicamente em uma política humanista, está na atenuação indistinta do sofrimento dos envolvidos no drama penal, sejam acusados, vítimas ou o próprio corpo social. Já em relação à proposta de uma **dogmática consequente**, considerando a tolerância quanto à pena a despeito das suas contradições, se propôs a uma elaboração/estruturação conformada quanto ao seu conteúdo, cuja interpretação autolegitimada produz um raciocínio normativo que distancia as razões jurídicas das razões e consequências sociais do ato (político) de punir. O papel da dogmática deve ser sempre o de limitar o poder punitivo e fornecer-lhe critérios seguros para a aplicação do direito penal, tornando-se imprescindível analisar o impacto do modelo, projetando aprimoramento legislativo permanente. Uma dogmática consequente não se volta unicamente a seu mundo próprio e nem está alheia ao real, possibilidade de alienação que revela a necessidade do modelo negativo e da proposição agnóstica que resulta em um outro conceito de culpabilidade, agora em uma nova estrutura dogmática que funcione não orientada à fundamentação, mas sim à constrição de práticas punitivas.

A impossibilidade de exigência de um ajuste de personalidade e de concepção de mundo no contexto democrático pluralista que estejam adequadas à ideologia dominante é outra importante constatação. Tobias Barreto já renunciava, há mais de um século, a essa perspectiva quando afirmava que o melhoramento e correção do criminoso por meio da pena não viria por meio do ócio na privação da liberdade e que o Direito não partilhara com a escola e com a igreja a difícil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral.

No processo de dosimetria, a proposta do modelo negativo passa pela utilização das cinco circunstâncias judiciais subjetivas relacionadas à vida do indivíduo exclusivamente no sentido funcional de diminuir a sanção penal, além do reforço da tese há muito já defendida de extinção do *quantum* mínimo legal abstratamente cominado à pena – o que levaria a subjetividade presente na culpabilidade, nos antecedentes, nos motivos, na personalidade e na conduta social do agente a não poderem, sob nenhum aspecto, militar em seu desfavor – já que, diferentemente das agravantes e atenuantes, não se tem definido se as circunstâncias judiciais são direcionadas a aumentar ou diminuir a pena-base. A pesquisa também revelou outro duplo

problema: mais inseguro que as circunstâncias judiciais poderem ser interpretadas favorável ou desfavoravelmente ao apenado a critério do julgador torna-se a indefinição de não saber sequer qual o conteúdo valorativo de cada uma delas, tendo sido essa discussão travada no âmbito da atualidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e considerando esses espaços de maior permissividade à violência e os excessos punitivos.

O agigantamento do estado penal colocou em risco valores basilares sobre os quais se erigiu a responsabilidade pelo comportamento antissocial e o modelo de exercício vertical de poder do soberano caracterizado pelo confisco e expropriação da vítima instituiu um particular arquétipo inapto à solução de conflitos. A lógica da guerra, assim, se verifica a partir do abandono do projeto de inclusão social e do tratamento de inimigo dispensado ao criminalizado. Com a decadência do *welfare state* e o triunfo do *prison fare*, a ordem do dia estabelecida discursivamente pela necessidade de capturar, desarmar e neutralizar seletivamente o inimigo, aniquilando-o, transforma a natureza do cárcere e da pena a partir da transformação das unidades prisionais em campos de concentração e da promoção da guerra de todos contra todos. O cárcere passa a servir à neutralização de grupos sociais perigosos após o abandono da correção do condenado/prisioneiro de guerra ou da intimidação de potenciais desviantes/inimigos e a resposta penal é diferenciada pelo nível de periculosidade metrificadas por cálculos probabilísticos de distribuição estatística do comportamento criminoso por segmentos sociais problemáticos e opera-se a substituição da retórica da responsabilidade pessoal/correção individual pela retórica da utilidade social: a função carcerária é conter e incapacitar integrantes desses grupos sociais de risco.

Para concluir, o que difere o modelo negativo construído desde a teoria agnóstica das perspectivas absolutas e relativas é que as propostas legitimantes, de maneira convergente, adotam invariavelmente finalidade positiva à pena, a ela associando e romantizando virtudes civilizatórias, sem se importar com a sua incontestável esterilidade. Como para essas funções manifestas o cumprimento de um desempenho positivo representa sempre um bem para alguém, acabam se contradizendo e se incompatibilizando mutuamente. Por tal motivo, em termos de sustentação dogmática (*realismo* proposto) e fundamentação criminológica (desconstrução dos postulados metafísicos), o modelo negativo se revela uma opção segura, além de uma alternativa honesta no enfrentamento das ideologias punitivas.

Tobias Barreto foi um personagem dos mais interessantes na história da inteligência brasileira e não impressiona a quantidade de biografias e trabalhos que se interessam por atualizar a sua memória. Essa constatação no percurso de escrita e de garimpo foi fascinante,

sobretudo pela compravação do vaticínio que deixou como legado. Desde o processo preliminar de eleição e elaboração das premissas que nortearam essa pesquisa, passando pela checagem das fontes e dos materiais, mergulhando em parte remanescente de sua rica biblioteca mantida com muito esforço na FDR e cujos exemplares ainda hoje surpreendem e fogem aos padrões atuais (não se diz nem mesmo apenas da época), analisando a cultura do tempo em que viveu e chegando até a conclusão de que ele representa a vitalidade arguta e os valores, Tobias cumpriu bem a sua missão terrena e seu espólio penalístico era – senão intocado em muitas partes – pouco mais do que inexplorado. Aliás, se aqui a busca foi pelo resgate do criminalista que assim queria ser reconhecido no futuro (que é hoje), essa faceta não passou despercebida por ninguém menos que Luis Jiménez de Asúa – nos tempos em que as primeiras produções brasileiras em matéria penal se resumiam aos comentários, ele não só assumiu a posição exegetica e fragmentária, mas também ofereceu uma doutrina segura por meio de uma exposição original unindo o valoroso e riquíssimo trabalho da dogmática europeia à realidade brasileira que ele viveu e sentiu na própria pele – eis uma interessante forma de importação das ideias.

Para unir um neologismo a um símile, essa tese *historiobiobibliográfica*, ao buscar os fundamentos jurídico-penais de Tobias, encontrou também a gênese dos fundamentos jurídico-penais de muitos *Brasis*. Aliás, de todos os *Brasis* que fazem esse país, foi no Nordeste do Império que brotou, na contramão do que se imaginaria existir, a vida pensante e pulsante de um professor de latim aos quinze anos que, de forma autodidata, dominou o alemão e de um homem que precisou de apenas meio século de vida para ingressar na história com uma vastidão de escritos e polêmicas que o inscreveram no rol dos maiores nascidos em solo pátrio.

Apesar de não ter procuração dele, tampouco substabelecimento de Sílvio Romero, um pedido se buscou atender desde o princípio e com ele se conforma essa pesquisa caso venha a lograr êxito em realiza-lo: ao tentar salvar a sua memória das garras dos infames e do desalmado esquecimento, um novo capítulo se deixa escrito e materializado com essa tese que, sem proselitismos já a essa altura do campeonato, ainda busca justificar a leitura e lembrança de Tobias Barreto. Se ainda restam dúvidas sobre o valor da sua criação e da sua criatividade, do seu culturalismo filosófico e da sua intuição certa e afinada, bastaria a mensagem que permanece do seu percurso trilhado com as próprias pernas e escrito a duras e inspiradas penas. Se, ainda assim, esse esforço restar insuficiente para instigar o interesse e incentivar a sua leitura, que o seja minimamente eficiente a valorizar a história descoberta com a satisfação e o orgulho acalcanhados em saudável nacionalismo de um país que possui o gene da luta, de um

povo que segura a batida da vida o ano inteiro e de um brasileiro que não fugiu da raia a troco de nada. Tobias Barreto é o Brasil em forma humana.

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Capistrano de. **Um visitador do santo officio – à cidade do Salvador e ao Recôncavo da Bahia de todos os santos (1591-1592)**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1922.
- ADEODATO, João Maurício. **O positivismo culturalista da Escola do Recife**. In: *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 08, nº 2, mai-ago/2003, pp. 303-326.
- AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O imaginário dos juristas**. In: CARVALHO, Amilton Bueno. *Revista de Direito Alternativo*, nº 2, São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 18-27.
- ALVES JR., Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & Cia., 1864.
- ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar: o direito penal setecentista**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- AMADO, Gilberto. **Tobias Barreto**. Rio de Janeiro: Ariel Editora, 1934.
- AMADO, Jorge. **O amor do soldado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena: fronteiras entre o político e o direito penal**. In: *XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador/BA. Anais do (Recurso Eletrônico) / XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 1591-1611.
- AMAZONAS, Joaquim. **Tobias Barreto e o cinquentenário de seu professorado**. In: *Revista Acadêmica*, 1933.
- ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. **Teorias da pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa**. In: *Revista Delictae*, vol. 1, n. 1. jul-dez./2016, pp. 96-139.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARAN, Mercedes Garcia. **La prevención general en la determinación de la pena**. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 34, n. 2, pp. 511-522.
- ARANHA, Graça. **O meu próprio romance**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1931.
- ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2022.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal, vol. I**. 4. ed. Madrid: Ed. Reus, 2007.

AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. **Código penal do Império do Brasil, com observações sobre alguns de seus artigos**. Recife: Typographia Commercial de Meira Henriques, 1851.

BANDEIRA, Manuel. **Belo belo**. In: *Poesia completa e prosa*. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1967.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRETO, Luiz Antonio. **Tobias Barreto: uma biobibliografia**. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II*. 1ª ed. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012, p. 9-36.

_____. **Tobias Barreto: a abolição da escravidão e a organização da sociedade**. Aracaju: Sociedade Editorial Sergipana, 1988.

BARRETO, Tobias. **A alma da mulher**. In: *Estudos Allemães*. Recife: Typographia Central, 1883, pp. 7-43.

_____. **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis: Vozes, 1977.

_____. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**. 2ª ed. corrigida e aumentada. In: *Menores e loucos (Apêndice)*. Recife: Typographia Central, 1886, pp. 123-145.

_____. **Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal Brasileiro**. In: *Estudos de Direito. Publicação póstuma dirigida por Silvio Romero*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Ed., 1892, pp. 82-160.

_____. **Correspondências**. In: *Estudos Alemães*. Recife: Typographia Central, 1883.

_____. **Dias e noites**. Rio de Janeiro: Ed. Imprensa Industrial, 1881.

_____. **Dias e noites**. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Ed. Diário Oficial, 2012.

_____. **Do mandato criminal**. In: *Estudos de Direito. Publicação póstuma dirigida por Silvio Romero*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Ed., 1892, pp. 223-249.

_____. **Dos delictos por omissão**. In: *Estudos de Direito. Publicação póstuma dirigida por Silvio Romero*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, pp. 180-201.

_____. **Ensaio e estudos de philosophia e crítica**. 1. ed. Recife: Typ. Mercantil, 1875.

_____. **Ensaio e estudos de philosophia e crítica.** 2. ed. Recife: Ed. José Nogueira de Souza, 1889.

_____. **Estudos allemães.** Recife: Typographia Central, 1883.

_____. **Estudos alemães.** Brasília: Instituto Nacional do Livro/MEC, 1978.

_____. **Estudos de Direito.** (Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero). Rio de Janeiro: Laemmert & C. 1892.

_____. **Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações antissociológicas.** In: *Questões vigentes. Obras Completas, IX.* Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, pp. 33-106.

_____. **Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações antissociológicas.** In: BARRETO, Luiz Antonio (org.). *Estudos de Filosofia.* Rio de Janeiro: J.E. Solomon; Aracaju: Ed. Diário Oficial, 2013, pp. 312-356.

_____. **Menores e loucos em Direito Criminal.** 1. ed. Recife: Typographia Central, 1884.

_____. **Menores e loucos em Direito Criminal.** 2. ed. Recife: Typographia Central, 1886.

_____. **O haeckelismo na zoologia.** In: *Estudos de filosofia.* In: BARRETO, Luiz Antonio (org.). *Estudos de Filosofia.* Rio de Janeiro: J.E. Solomon; Aracaju: Ed. Diário Oficial, 2013, pp. 217-227.

_____. **Polêmicas.** Rio de Janeiro: Companhia Typographica Nacional, 1901.

_____. **Prolegômenos do estudo do direito criminal.** In: *Estudos de Direito.* Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 44-81.

_____. **Prolegômenos do estudo do direito criminal.** In: *Estudos de Direito (volume I).* Obras Completas VI. Aracaju: Edições do Estado de Sergipe, 1926, p. 3-120.

_____. **Questões vigentes.** In: *Obras Completas, IX.* Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

_____. **Recordação de Kant.** In: *Estudos de filosofia.* São Paulo: Grijalbo, 1977.

_____. **Um discurso em mangas de camisa.** Rio de Janeiro: Livraria São José, 1970.

_____. **Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal.** In: *Estudos de Direito.* Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 202-222.

_____. **Varios escriptos.** Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900.

BATISTA, Nilo. **A lei como pai**. In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: vol. 2, n. 3, janeiro/2010, pp. 20-38.

_____. **A pena nos tempos de cólera**. In: *Capítulos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2023, pp. 249-267.

_____. **Alguns princípios para a reforma da justiça criminal**. In: *Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 79-93.

_____. **Aníbal Bruno (Penalista)**. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro – Coleção Biografias, nº 1, 1978.

_____. **Apresentação**. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2014, pp. 1-3.

_____. **Concurso de agentes**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Dolo sem vontade?!** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 197, ano 31, pp. 139-154. São Paulo: RT, jul/ago/2023.

_____. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I**. *Coleção Pensamento Criminológico*, nº 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Pavarini no Rio de Janeiro**. In: GIAMBERARDINO, André et al (org.). *Cárcere sem Fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019, pp. 21-22.

_____. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, vol. V/VI. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos Editora, 1998, pp. 129-146.

_____. **Spinoza para criminalistas**. In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica* Rio de Janeiro: vol. 12, n. 2, mai-ago/2020, pp. 211-220.

_____. **Tobias pedófilo**. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 11, nº 124. São Paulo, março/2003, p. 14.

BATISTA, Nilo; BARLETTA, Junya. **Uma conversa entre o Direito e a Literatura**. In: *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ*, [s.l.], n. 7, pp. 80-87, dez. 2020.

BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. **Crimes contra o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Revan, 2023.

BATISTA, Vera Malaguti. **A nomeação do mal**. In: *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 41-46.

_____. **Depois do grande encarceramento.** In: ABRAMOVAY, Pedro e BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **O proclamado e o escondido: a violência da neutralidade técnica.** In: *Discursos Sediciosos*, v. 3, Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

BAUER, Anton. **La teoría de la advertencia y una exposicion y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2019.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dei delitti e delle pene.** Livorno: Ed. de Harlem, 1766.

_____. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O sentido da pena e a racionalidade da sua aplicação no Estado democrático de direito brasileiro.** In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, n. 41, 2018, pp. 1-31.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos.** São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BEVILAQUA, Clóvis. **Estudos de Direito e Economia Política.** 2ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

_____. **História da Faculdade de Direito do Recife.** 2. ed. Brasília: INL, Conselho Federal de Cultura, 1977.

_____. **Juristas philosophos.** Salvador: José Luiz da Fonseca Magalhães Editor, 1897.

BIRMAN, Joel. **Guerra e política em psicanálise.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024.

BORRMANN, Ricardo. **A luta pelo direito no Brasil: a recepção das ideias de Rudolf Von Jhering por Tobias Barreto.** In: NEDER, Gizlene; SILVA, Ana Paula Barcelos Ribeiro (Org.). *Direito, Religião e Cultura Política: variações*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2019, pp. 135-171.

_____. **A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro: Tobias Barreto, fundador das ciências jurídicas no Brasil.** In: *Revista Direito em Movimento*, v. 16 – n. 2, 2º. Sem. 2018, pp. 149-181.

_____. **Die brasilianische Rezeption Rudolf von Jherings und Ernst Haeckels durch Tobias Barreto und Sílvio Romero: instrumentalisierung(en), Netzwerke und transatlantische Ideenzirkulation (1869-1889).** Tese (Doutorado em História Cultural), Amerika Institut, Ludwig-Maximilian-Universität München, Universidade de Munique-LMU, München, 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOSI, Alfredo. **O positivismo no Brasil: uma ideologia de longa duração**. In: Perrone Moisés, Leyla (org.). *Do positivismo à desconstrução: ideias francesas na América*. São Paulo: Edusp, 2003, pp. 17-47.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Tipicidade penal**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Tobias Barreto e pena criminal**. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano XI, nº 50, pp. 119-131.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomos I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Tobias Barreto criminalista**. In: *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991, pp. 269-279.

CACICEDO, Patrick Lemos. **O princípio da *less eligibility*, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores**. In: *Revista da EMERJ*, v. 18, n. 67, jan-fev/2015, pp. 306-316.

_____. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CÂMARA, José Aurélio de Saraiva. **Capistrano de Abreu: tentativa biobibliográfica**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.

CAMPOS, Paulo Mendes. **Conversa com Clarice**. In: *Perto de Clarice (Catálogo)*. São Paulo: Instituto Moreira Sales, 2004.

CAMPOS, Virgílio. **Tobias Barreto e a Revolução Jurídica Alemã: a influência de Von Jhering no Pensamento Tobiático**. Recife, 1988.

CANDIDO, Antônio. **O método crítico de Sílvio Romero**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2006.

CARVALHO, Bruno. **Cidade porosa: dois séculos de história cultural do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____. **Observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea**. In: *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 31-40.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Sobre os limites da dosimetria da pena provisória: a inadequação constitucional da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.** In: *Revista de Estudos Criminais*, ano XXIII, nº 88, jan/mar. 2023, pp. 276-297.

_____. **Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos.** In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 13, nº 156, novembro/2005, pp. 14-15.

CAVALCANTI, Manuel. **Tobias, não jurista.** In: *Revista da Faculdade de Direito da Cândido Mendes, nº 1*. Rio de Janeiro, 1975.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **A influência das ideias socialistas no pensamento político brasileiro – 1890/1922.** São Paulo, Edições Loyola, 1978.

_____. **Análise social da ideologia.** São Paulo: EPU, 1988.

_____. **A ‘questão social’ no Brasil: crítica do discurso político.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

CERVANTES, Miguel de. **El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha.** Madrid: Anaya, 2005.

CHACON, Vamireh. **Da Escola de Recife ao código civil.** Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1969.

_____. **Gilberto Freyre: uma biografia intelectual.** Recife: FUNDAJ. Ed. Massangana; São Paulo: Ed. Nacional, 1993.

_____. **História das ideias socialistas no Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

_____. **O radicalismo crítico de Tobias Barreto.** In: BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. 1ªed. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012, pp. 282-286.

CHALHOUB, Sidney. **Machado de Assis, historiador.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CHAVES, Anna Cecília. **Clarice Lispector e o fundamento do direito de punir.** In: *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, v. 10, n. 1, 2012, pp. 299-315.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil, da senzala a Guerra do Paraguai.** São Paulo: Brasiliense, 1986.

CHRISTIE, Agatha. **Um corpo na biblioteca.** Porto Alegre: L&PM, 2017.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical.** Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008.

_____. **Apresentação.** In: PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Alana Cirino dos Santos. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

_____. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição.** São Paulo: Tiran lo Blanch, 2021.

_____. **Direito penal: parte geral.** Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007.

_____. **Massimo Pavarini e a criminologia crítica contemporânea.** In: GIAMBERARDINO, André et al. (Org.). *Cárcere sem fábrica – escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

_____. **Política Criminal: realidade e ilusões do discurso penal.** Discursos Sediciosos (Rio de Janeiro), v. 1, pp. 53-57, 2002.

_____. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

COSTA FILHO. **Tobias Barreto.** In: *Revista Trimestral do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe*. Aracaju, Imprensa Oficial, Anos XV – XXV (1930-1940) v. XI, n. 16, p. 91-95, 1942.

COSTA JR., Heitor. **A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979.

_____. **Tobias Barreto.** In: *Revista de Direito Penal*, nº 31, janeiro-junho/1981, p. 97-107. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DANTAS, Paulo. **Tobias Barreto.** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 1952.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELGADO, Luiz. **Gestos e vozes de Pernambuco.** 2ª ed. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2008.

DIETER, Maurício Stegemann. **A função simbólica da pena no Brasil: breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs.** In: *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*. Curitiba: Editora da UFPR, 2005. v. 43. p. 46-57.

_____. **Política criminal atuarial: a criminalidade do fim da história.** 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

DINIZ, Júlio. **A morgadinha dos canaviais.** Porto: Porto Editora, 2000.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. **O Nome da Rosa**. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: EDUSP, 2006.

FERNANDES, Daniel Fonseca; MATOS, Lucas Vianna. **Apesar da pena: execução penal e redução de danos**. In: *Panóptica*, vol. 11, n. 1, jan-jun/2016, p. 158-183.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Editori Laterza, 1998.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Clarice Lispector, criminóloga**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

_____. **Direito penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 148, outubro-2018, pp. 55-96.

_____. **Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200, ano 32. pp. 213-240. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. São Paulo: Academica, 1931.

FEUERBACH, Anselm von. **Anti-Hobbes (ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano)**. Milano: Giuffrè, 1972.

FILHO, Alberto Venâncio. **Apresentação – A brilhante trajetória intelectual de Evaristo de Moraes Filho**. In: MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Silvio Romero*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2014.

FONSECA, Edson Nery da. **Bibliotecas e bibliotecários da província**. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Cultura, Serviço de Documentação, 1959.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Surveiller et Punir – naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1975.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes omissivos no direito brasileiro**. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia* n° 33, janeiro-junho/1982. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 41-47.

_____. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **Condenados à civilização: o positivismo naturalista e a repressão penal no alvorecer da república**. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. *História do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 357-388.

FREITAS, Willam Gerson de. **Hobbes: gládio soberano e fundamentação jurídica do pacto.** In: *Revista Intuitio PUC/RS*, vol. 3, nº 1, junho/2010, pp. 173-185.

FREUD, Sigmund. **Pourquoi la guerre?.** In: *Résultats, idées, problèmes*. Vol. II Paris: PUF, 1985.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** 17. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1975.

_____. **Nós e a Europa germânica.** Rio de Janeiro: Grifo Edições, 1971.

GAMA, Affonso Dionísio. **Tobias Barreto.** São Paulo: Ed. Monteiro Lobato, 1925.

GARAPON, Antoine. **Bien juger: essai sur le rituel judiciaire.** Paris: Odile Jacob, 2010.

GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. **Direito penal contemporâneo: da tutela pena a uma lesão à proteção de riscos.** In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Ano 7, nº 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GARCÍA ARAN, Mercedes. **La prevención general em la determinación de la pena.** In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t. XXV, fasc. I, jan-abr. 1981, pp. 511-522.

GENTILI, Alberico. **O direito de guerra (De iure delli libri tres).** Trad. Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **A parte especial do direito penal entre a codificação e descodificação.** In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 49, 2009, pp. 157-174.

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.

_____. **Tobias Barreto, o culturalismo brasileiro e a Escola do Recife.** In: *CONJUR*, 2022. Disponível em: www.conjur.com.br/2022-fev-20/embargos-culturais-tobias-barreto-culturalismo-brasileiro-escola-recife/, acessado em 10/06/2024.

GOTLIB, Nádía Battella. **Clarice: uma vida que se conta.** São Paulo, Ática, 1995

GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro? – um apelo à comissão de reforma do Código Penal.** In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 20, nº 236, julho/2012, pp. 3-5.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à Criminologia.** Valencia: Tirant to Blanch, 2001.

HOBBS, Thomas. **De Cive.** Trad. R. J. Ribeiro. São Paulo: M. Fontes, 1992.

_____. **Do cidadão.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORA, Graziela Bacchi. **A filosofia do direito de Tobias Barreto: fragmentação e erística na Escola de Recife**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

_____. **Tobias Barreto e a crítica moderada ao positivismo**. In: *Revista Caderno de Relações Internacionais*, vol. 4, nº 7, jul-dez. 2013, p. 97-121.

HUGGINS, Martha Knisely. **From slavery to vagrancy in Brazil: crime and social control in the third world**. In: *Journal of Social History*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1985.

HULSMAN, Louk. **Alternativas à justiça criminal**. In: PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 35-68.

HUNGRIA, Nelson. **A criminalidade dos homens de cor no Brasil**. In: *Revista Forense*, v. 3. Rio de Janeiro: 1956, pp. 273-297.

_____. **Comentários ao Código Penal, vol. I, t. II**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Ed. de Gruyter, 2nd 2. Neubearb. Und Erw. Aufl. Reprint 2011.

JHERING, Rudolph von. **El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu: B de F, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. **Principios metafísicos del derecho**. Trad. G. Lizarraga. Madrid: Librería de Victoriano Suarez, 1873.

KARASCH, Mary C. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

KHALED JR., Salah H. **O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado**. In: *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, 2022, pp. 6-32.

KONDER, Leandro. **A derrota da dialética: a recepção das ideias de Marx e Engels no Brasil até o começo dos anos trinta**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

LIMA, Alceu Amoroso. **1ª série de Estudos**. In: *Revista A Ordem*. Rio de Janeiro, 1928

LIMA, Hermes. **Tobias Barreto (a época e o homem)**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1939.

LISPECTOR, Clarice. **Mineirinho**. In: LISPECTOR, Clarice. *Para não esquecer*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

_____. **Observações sobre o direito de punir**. In: *Revista A Época*, 1941.

LISZT, Franz von. **La idea de fin en derecho penal**. México: UNAM, 1994.

_____. **Tratado de direito penal alemão, tomo I**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier & C. Editores, 1899.

LYRA, Heitor. **História da queda do império, tomo II**. São Paulo; Companhia Editora Nacional, 1964.

LYRA, Roberto. **Direito penal científico (criminologia)**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.

_____. **Tobias Barreto: o homem pêndulo**. Rio de Janeiro: Cia. Ed. Coelho Branco, 1937.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Entrevista**. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 203-209, 2014.

_____. **Il Centenario della morte di Rudolf von Jhering (1818-1892)**. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 89-96.

_____. **O germanismo de Tobias Barreto**. In: BARRETO, Tobias. *Estudos alemães*. 1ªed. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012, pp. 273-281.

_____. **Tobias Barreto e la recezione di Jhering in Brasile**. In: TARELLO, Giovanni (Org.). *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Genova: Società Editrice il Mulino. XXIV, n. 2.

_____. **Un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile real e Germania ideale**. Milano: Laterza, 2000.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: EDJ Editora, 2009.

MELO, Rafael Fonseca de. **Desobediência civil e culpabilidade: sobre inexigibilidade de conduta diversa e o direito de resistir ao direito**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

_____. **Toda vingança é contra o tempo: a contração do poder punitivo contra a irracionalidade da pena como alternativa à mudança civilizatória.** In: *Revista DUC In Altum – Cadernos De Direito*, v. 15, n. 36, 2023, p. 96-110.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcere e Fabbrica: alle origini del sistema penitenziario.** Bologna: Società editrice il Mulino, 1977.

MELOSSI, Dario. **Stato, controllo sociale, devianza.** Milano: Bruno Mandatori, 2002.

MENDONÇA, Carlos Sússekkind de. **Sílvio Romero, sua formação intelectual 1851-1880.** São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1938.

MERCADANTE, Paulo. **Tobias Barreto: o feiticeiro da tribo.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2006.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general.** Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MONT’ALEGRE, Omer. **Tobias Barreto.** Rio de Janeiro: Casa Editora Vecchi, 1939.

MONTELLO, Josué. **A polêmica de Tobias Barreto com os padres do Maranhão.** Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1978.

MONTERO, Pedro García Dorado. **El derecho protector de los criminales.** Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

MORAES, Evaristo de. **Na Faculdade de Direito do Recife: Tobias Barreto como criminalista.** In: *O Jornal*. Rio de Janeiro, 11/08/1927, p. 5-6.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Medo à utopia: o pensamento social de Tobias Barreto e Sílvio Romero.** Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2014.

_____. **Um caso de sincronismo cultural: Tobias Barreto e Miguel Lemos.** In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, v. 32, n. 126, 1982.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro.** Rio de Janeiro: F. Bastos, 2000.

_____. **Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil.** Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

NEDER, Gizlene; BARCELOS, Ana Paula Ribeiro da. **Intelectuais, circulação de ideias e apropriação cultural – Anotações para uma Discussão Metodológica.** In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. v. 1, n. 1, jan/jun-2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral (uma polêmica).** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NINA RODRIGUES, Raimundo. **A loucura epidêmica de Canudos: Antônio Conselheiro e os Jagunços**. In: *As coletividades anormais*. (Org., Prefácio e Notas de Artur Ramos). Rio de Janeiro, 1939.

_____. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1984.

_____. **Os africanos no Brasil**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concerto di supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina**. Milano: Giuffrè, 1953.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo. **Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes: um ensaio preliminar**. In: *Em tempos de história*, n. 31, ago-dez/2017, p. 45-64.

PAIM, Antonio. **A filosofia da Escola de Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

_____. **O culturalismo de Tobias Barreto e a evolução do neokantismo**. In: *A Filosofia da Escola do Recife* (Cap. II, item 1), 2. ed. São Paulo, Convívio, 1981, pp. 79-86.

PANTUZZI, Tiago Lemes. **A primeira recepção de Nietzsche no Brasil pela Escola do Recife**. In: *Revista Ágora Filosófica*, ano 17, n. 2, jul/dez 2017, pp. 4-12.

_____. **O alamanismo em Recife e a primeira recepção de Nietzsche no Brasil**. In: *Cadernos Nietzsche*, v. 40, n. 1, jan/abr, 2019, p. 160-192.

PASUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAULO FILHO, Pedro. **O bacharelismo brasileiro – da Colônia à República**. Campinas: Bookseller, 1997.

PAVARINI, Massimo. **Cárcere sem Fábrica**. In: GIAMBERARDINO, André et al (org.). *Cárcere sem Fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 9-20.

_____. **Estratégias de luta: os direitos do preso e o abolicionismo**. In: *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança* (trad. Juarez Cirino dos Santos e Alan Cirino Simon). Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 125-140.

_____. **O regresso a uma pena fundamentalista**. In: *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança* (trad. Juarez Cirino dos Santos e Alan Cirino Simon). Curitiba: LedZe Editora, 2012.

_____. **Per um diritto penale mínimo: “in the books” o “in the facts”? Discutendo com Luigi Ferrajoli**. In: *Revista Dei delitti e delle pene*, anno V, n. 3 (seconda serie), set-dez. 1998, p. 125-156.

_____. **Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança.** Trad. Juarez Cirino dos Santos e Alana Cirino dos Santos. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. **Manual do Código penal brasileiro: estudos syntheticos e práticos.** Rio de Janeiro, B.L. Garnier Livreiro-editor, 1882.

PEREIRA, Nilo. **A faculdade de direito do Recife: ensaio biográfico.** Recife: Editora Universitária – UFPE, 1977.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Tobias Barreto.** Rio de Janeiro: Tipografia Revista dos Tribunais, 1917.

PESSOA, Lilian de Abreu. **Aspectos do pensamento alemão na obra de Tobias Barreto.** São Paulo: Departamento de Letras Modernas da USP, 1985.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do Império do Brasil Annotado.** Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.

PICANÇO, Melchiades. **Aspectos da intelectualidade de Tobias Barreto.** 2. ed. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1989.

PIRES, Homero. **Prefácio.** In: NINA RODRIGUES, Raymundo. *Os africanos no Brasil.* Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Arménio Amado Editor: Coimbra, 1953.

_____. **Introdução à ciência do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS JR., Antonio de Paula. **Commentario ao Código criminal brasileiro.** Rio de Janeiro: Carioca, 1875.

RAUTER, Cristina. **Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo.** In: *Discursos Sediciosos*, v. 2, n. 3, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, jan/jun 1997, pp. 71-75.

REALE, Miguel. **Significado e importância do culturalismo de Tobias Barreto.** In: MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação.* São Paulo: Grijalbo et. all., 1972, pp. 15-25.

_____. **Tobias Barreto na cultura brasileira.** In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito I. Obras completas organizadas por Luiz Barreto.* Rio de Janeiro: J.E. Solomon, 2012, pp. 39-45.

REALE JR., Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Penas e medidas de segurança no novo código.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RIBEIRO, Djamila. **Nem mulatas do Gois nem dentro de Grazi Massafera.** In: *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 98-101.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo.** 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

_____. **Hobbes: o medo e a esperança.** In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política.* São Paulo: Ática, 2002, pp. 51-77.

_____. **O discurso diferente.** In: RIBEIRO, Renato Janine. *Recordar Foucault: os textos do Colóquio Foucault.* Brasília: Brasiliense, 1985, pp. 24-35.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. **Función y aplicación de la pena.** Buenos Aires: Depalma, 1993.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A redução do quantum apenatório para aquém do mínimo legal: uma medida de direito e de justiça.** In: *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 17, 2020, pp. 23-44.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RÖDER, Karl David August. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones: ensayo critico preparatorio para la renovación del derecho penal.** Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*.** In: *Revista Liberdades* – nº 15 – janeiro/abril de 2014. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 104-120.

ROMERO, Sílvio. **A literatura brasileira e a crítica moderna – ensaio de generalização.** Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1880.

_____. **Doutrina contra doutrina: o evolucionismo e o positivismo na República do Brasil.** Rio de Janeiro: Editor J. B. Nunes, 1894.

_____. **Explicações indispensáveis.** In: BARRETO, Tobias. *Varios escriptos. Publicação póstuma dirigida por Sílvio Romero.* Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900, p. IX a LIII.

_____. **Obra filosófica.** Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio – Ed. RJ, 1969.

_____. **História da literatura brasileira**, vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio – Ed. RJ, 1960.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Huelva: Universidad de Huelva- Imprenta Beltrán, 2009.

RUGENDAS, João Maurício. **Viagem pitoresca através do Brasil**. São Paulo: Livraria Martins, 1941.

SALDANHA, Nelson. **A escola do Recife**. 2. ed. São Paulo: Convívio; Brasília: Instituto Nacional do Livro, Fundação Nacional Pró-Memória, 1985.

_____. **A "Escola do Recife" na evolução do pensamento brasileiro**. In: CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As idéias filosóficas no Brasil-séculos XVIII e XIX*. São Paulo, Convívio, 1978, p. 81-114.

_____. **Romantismo, evolucionismo e sociologia: figuras do pensamento social do séc. XIX**. Recife: Massangana, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1993.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Tobias Barreto e o positivismo penal**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 110, set-out/2014, pp. 369-399.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. **Aplicação constitucional das circunstâncias judiciais**. In: *Revista Direito e Liberdade*, ano 5, v. 10, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – Região Oeste, Mossoró, jan.-jun. 2009, pp. 191-216.

SCHEERER, Sebastian. **Hacia el abolicionismo**. In: SCREERER, Sebastian et al. *Abolicionismo*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. **Towards abolitionism**. In: *Contemporary Crises*, v. 10, 1986, pp. 5-20.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Exclusão moderna e prisão Antiga**. In: SÁ, Alvino Augusto; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.

SILVA, Adrian Barbosa e. **Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem**. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org.). *Criminologias e Política Criminal – I*. Florianópolis: CONPEDI, pp. 500-529, 2014.

SILVEIRA, Junot. **O romance de Tobias Barreto**. Salvador: Edições Caderno da Bahia, 1953.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do delicto e do delinquente**. In: *Lições de Direito Criminal*. Recife: Livraria Econômica, 1872, pp. 21-155.

_____. **Lições de direito criminal**. 2ª ed. Recife: José Nogueira de Souza, 1872.

SUCUPIRA, Newton. **Tobias Barreto e a filosofia alemã**. Rio de Janeiro: Ed. Gama Filho, 2001.

SUPERTI, Eliane. **Positivismo e Escravidão: um estudo sobre o projeto positivista de reorganização das relações de trabalho no Brasil no final do século XIX**. In: *Revista Científica da UNESCO*, v. 4, pp. 1-9, 2004.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Pena é política**. In: *Discursos Sediciosos* (Rio de Janeiro), ano 19, números 21/22, 2014, pp. 49-59.

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.

TOLLENARE, Louis François de. **Notas dominicaes: 1816, 1817, 1818**. Trad. Alfredo de Carvalho. In: *Revista do Instituto Archeologico e Geographico Pernambucano*, nº 61. Recife: Empresa do Jornal do Recife, 1905.

VANZOLINI, Patrícia. **Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

VEIGA, José Gláucio. **História das ideias da Faculdade de Direito do Recife**. vol. VIII. A Escola do Recife. Recife: ed. do autor, 1997.

_____. **Jhering, Tobias e a “nova intuição do direito”**. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo (150 anos de Ensino Jurídico no Brasil)**. São Paulo: Perspectiva, 1977.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

YOUNG, Jock. **The exclusive society: social exclusion, crime and difference in late modernity**. London: Sage, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Elementos para uma leitura de Tobias Barreto**. In: JÚNIOR, João Marcello de Araújo (Org.). *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 175-185.

_____. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmatica juridico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. **En torno de la cuestión penal**. Montevideu (Uruguai): B de F, 2005.

_____. **La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria**. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.) *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. **Muertes anunciadas**. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones. Secretaria General; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Puento de Encuentro, 2016.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. **Sentido y justificación de la pena**. In: Freixas, Eugenio; Pierini, Alicia (orgs.) *Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

_____. **Tobias Barreto y la critica de Nina Rodrigues**. In: *Hacia um realismo jurídico penal marginal*. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1992, p. 147-186.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires (Argentina): Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II**, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DIAS DOS SANTOS, Ílison. **La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero**. Buenos Aires: Ibañez, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro v. 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZUSAK, Markus. **A menina que roubava livros**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

ANEXO I – ADVERTÊNCIA QUE ACOMPANHAVA A 1ª EDIÇÃO DE MENORES E LOUCOS



ADVERTENCIA (1)

O auctor da presente monographia, poeta e critico habi-
lissimo, apresenta-se-nos agora como jurista emerito. O
Dr. Tobias Barretto de Menezes, em vinte e dous annos de
vida de imprensa, tem atravessado tres phazes completamente
distinctas. Fundou, de 1862 a 1870, no Recife, a celebrada
escola *hugoana* em poesia. De 1870 a 1880, periodo em que
residiu na pequena cidade da Escada, em Pernambuco, longe
de ficar inactivo, vimo-lo lançar as bases de outro movimento
intellectual, o *germanismo*, como substituição á nossa inve-
terada imitação franceza. De 1880 em diante, applicando-se
mais particularmente ao estudo da jurisprudencia, entrôu para
a Faculdade do Recife, e abriu assim a terceira phaze de
sua vida mental: a de professor e jurisconsulto.

Se os *Dias e Noites* attestam brilhantemente seu talento
de poeta; se os *Ensaos de Philosophia e Critica* e os *Estudos
Allemdes* dão testemunho eloquente de sua habilidade de
critico, o presente opusculo sobre *Menores e Loucos em Di-
recto Criminal*, falla bem alto em favor da sua erudição e
atilado senso philosophico em materia havida por arida, qual
é a jurisprudencia.

O illustre professor do Recife é o primeiro a applicar
a intuição do *monismo* häckeliano ao estudo do direito no
Brazil. Espirito investigador, o Dr. Tobias Barretto evita a
rota por todos batida e gosta de ser o portador de doutrinas
e theorias novas.

(1) — Acompanhava a primeira edição, de H. Laemmert & C.
Rio, 1884.

X

O trabalho sobre *Menores e Loucos*, que ora damos á luz,
é de character theorico e é apto a despertar a attenção e me-
recer a leitura dos moços estudantes de nossas Faculdades
juridicas, e, em geral, de todos os que se applicam ás inves-
tigações e analyses do direito criminal.

Publicando-o, confiamos ter prestado um serviço ás letras
brazileiras.

O publico o decidirá.

Rio de Janeiro, Março de 1884.

OS EDITORES

ANEXO II – ADVERTÊNCIA QUE ACOMPANHAVA A 2ª EDIÇÃO DE MENORES E LOUCOS



ADVERTENCIA (II)

E' esta a segunda edição do notavel ensaio — *Menores e Loucos em Direito Criminal* — do Dr. Tobias Barretto de Menezes, muito illustrado lente de nossa faculdade jurídica.

A presente edição distingue-se da primeira, apparecida ha cerca de dous ou tres annos, em conter o dobro da materia alli abrangida, além de diversas modificações no texto primitivo.

E' assim que o § 4.º do Art. 1º do Código Criminal, não discutido da outra vez, é agora submettido á vasta e demorada analyse. Comprehende-se bem facilmente, sem que seja preciso encarecê-la, a importancia pratica e doutrinaria do assumpto ahí esplanado.

E' assim ainda que o presente livro encerra um *appendice*, reproduzindo aquella inolvidavel brochura sobre o *Fundamento do Direito de Punir*, apparecida pela prima vez ha mais de seis annos, e que foi, os competentes o sabem, o primeiro brado para a reforma da nossa antiga intuição jurídica, pondo-a de accôrdo com a philosophia contemporanea no que ella tem de mais elevado.

Cremos ser o bastante para justificar a nova edição dos *Menores e Loucos*.

Temos agora ccompleta a analyse do Art. 1º do Código Criminal em todos os seus paragraphos, e temos em todo o

(II) — Acompanhava a segunda edição, de Recife, Typographia Central, 1886.

XII

correr do livro em palavras da nitidez de brunido metal as paginas mais bellas que já uma vez foram escriptas no Brazil sobre o conceito do direito e da pena.

Basta.

Recife, 30 de Agosto de 1886.

O EDITOR

**ANEXO III – OBRAS ALEMÃS DA BIBLIOTECA DE TOBIAS BARRETO
ADQUIRIDA PELO GOVERNO DE PERNAMBUCO E DOADA À FACULDADE DE
DIREITO DO RECIFE, ONDE SE ENCONTRA**

1. ADICKES, Franz. *Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*. Cassel & Goetingen Georg H. Wigand, 1872. 81 p. [340.3 A22ls].
2. ALIBISCHEFF, Alexander. *Beethoven, seine Kritiker und seine Ausleger*. Leipzig, F.A. Brockhaus, 1859, 373 p. [780.92 B415A].
3. ARNESBERG, L. Arndts von. *Gesammelte Civilistische Schriften*. Stuttgart, Cotta'schen Buch, 1873, 497 p. (1º vol.), 676 p. (2º vol. – 3 volumes), 578 p. (3º vol.) [344.21 A748g].
4. BARTHEL, Karl. *Die deutsche Nationalliteratur der Neuzeit*. 8 Auf. Berlin, 1870, 598 p. [830.9 B285].
5. BENEDIZ, Roderick. *Der mündliche Vortrag – Ein Lehrbuch für Schulen und zum Selbstunterricht*. 3. Auf. Leipzig, Buchhandlung, 1871, 308 p. [407.3 B463d].
6. BERNER, Albert Friedrich. *Grundsätze (Grundsätze) des Preuzischen Strafrechts*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1861, 142 p. [341.5 B525].
7. BETHMANN-HOLLWEG, M.A. von. *Der römische Civilprozess*. Bonn, A. Marcus, 1864, 6 v. [344.146 B563g].
8. _____. *Der germanisch-romanische Civilprozess in Mittelalter*. Bonn, A. Marcus, 1868-1874, 3 v. [344.146 B563g].
9. BOECKLING, Eduard. *Pandekten*. Bonn, A. Marcus, 1852, 121 p. [342.1 B665].
10. BOLGIANO, Karl. *Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts...*, Stuttgart, F. Enke, 1879. [341.460943 B668h].
11. BOOCH-ARKOSSN, F.W. *Methode Robertson für das Russische*. Gotha, Windaus, 1863, 456 p. [491.7 B724].
12. BUDINSZKY, Alexander. *Die Ausbreitung der lateinischen Sprache*. Berlin, W. Hertz, 1881, 261 p. [470 B927].
13. DAHN, Felix. *Deutsches Privatrecht*. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1878, 350 p. [342.10943 D131].

14. DER FRAUEN-ANWALT. *Organ des Verbandes deutscher Frauenbildungs – und Erwerbvereine*. Herausgegeben von Jenny Kirsch, Berlin, 1870-1871, 6 v. [396 F845].
15. EÖTVÖS, Joseph. Der Einfluss der herrschenden Idee des 19. Jahrhunderts auf den Staat, 2 v. 1^o v, 448 p. Leipzig, 1854. 2^o v. – 550 p. [341.27 E62].
16. EWALD, Heinrich. Einleitung in die Geschichte des Volkes Israels. Göttingen, Dieterichschen Buchhandlung, 8 v. 1864. [296 E94e].
17. FISCHER, Kuno. *System der Logik und Metaphysic oder Wissenschaftslehre*. Heidelberg, Bassermann, 8 v. 1864. [296 E94e].
18. _____. *Geschichte der Neuern Philosophie*. Heidelberg, Bassermann, 1869. 3^o v – 638 p. 4^o v. – 666 p. [109 F529g].
19. FORTLAGE, C. Genetische Geschichte der Philosophie seit Kant. Leipzig, Brockhaus, 1852, 688 p. [109 F743g].
20. _____. *Beiträge zur Psychologie als Wissenschaft aus Speculation und Erfahrung*. Leipzig, Brochauss, 1875, 488 p. [150 F743b].
21. FRIEDRICH, I. B. *System der Gerichtlichen Psychologie*. 2. Auf. Regensburg, G. Joseph Manz, 1842, 644 p. [341.4971 F911].
22. FROEBEL, Julius. *Die Gesichtspunkte und Aufgaben der Politik*. Leipzig, Duncker & Humboldt, 1878, 466 p. [341.21 F925].
23. FUCHS, Carl. Virtuos und Dilettant, Ideen zum Clavier – Unterricht und über reproduktive Kunst. Leipzig, J. W. Fritzsch, 1871, 62 p. [786.3 F951e].
24. GEIGER, Lazarus. *Ursprung und Entwicklung der menschlichen Sprache und Vernunft*. Stuttgart, Y.C. Cotta'schen, 2 v. 1868 – 1^o v., 1872 – 2^o v. [410 G312d].
25. GERBER, Gustav. *Die Sprache als Kunst*. Bromberg, Heyfelder, 2 v. 1871 – 1^o v., 1873 – 2^o v. [401 G362d].
26. DER GERICHTSSAAL. Verlag von Ferdinand Enke. Stuttgart, 1875, vol. 27. [341.41905 G369].
27. GIANI, Leopold Carlo Massimilian. *Italianische Sprichwörter in deutschen Gewande*. Stuttgart, Paul Neff, 1876, 364 p. [398 G433i].

28. GNEIST, Rudolf. *Verwaltung Justiz Rechtsweg*. Berlin, Julius Springer, 1869, 608 p. [341.316].
29. _____. *Self-government Communalverfassung und Verwaltungsgerichte*. 3. Auf. Berlin, Springer, 1871, 1018 p. [341.3p G571s].
30. GRIMM, Jacob. *Deutsche Grammatik*. Berlin, Ferd. Dümmlers, 1870, 2v. – 992 e 991 p. [431 G864].
31. _____. *Auswahl aus den Kleineren Schriften*. Berlin, Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1871, 372 p. [834.8 G864].
32. GUTSCHMUD, A. von. *Neue Beiträge zur Geschichte des alten Orients*. Leipzig, 1876, Verlag von B.G. Teubner, 158 p. [430 G984].
33. GUTTMANN, Oskar. *Die Gymnastik der Stimme*. Leipzig, 1876, 187 p. [780.7 G985d].
34. HAECKEL, Ernst. *Natürliche Schöpfungsgeschichte. Gemeinverständliche Wissenschaftliche Vorträge über die Entwicklungslehre im Allgemeinen und diejenige von Darwin, Goethe und Lamark*. Berlin, Reimer, 1874, 688 p. [575 H133].
35. _____. *Ziele und Wege der heutigen Entwicklungsgeschichte*. Jena, H. Duft, 1875, 99 p.
36. HARTMANN, Eduard von. *Die Selbstzersetzung des Christenthums und die Religion der Zukunft*. Berlin, C. Dunckers, 1874, 122 p. [201 H333z].
37. _____. *Philosophie des Unbewussten*. 6. Auf. Berlin, C. Dunckers, 1874, 846 p. [110 H333p].
38. _____. *Wahrheit und Irrthum im Darwinismus*. Berlin, C. Duckers, 1875, 177 p. [575.0162 H133].
39. _____. *Philosophische Fragen der Gegenwart*. Leipzig, W. Friedrich, 1885, 298 p. [110 H33p].
40. _____. *Moderne Probleme*, 2. Auf., Leipzig, W. Friedrich, 1888, 277 p. [104 H333m].
41. HAUSRATH, Dr. A. *Neutestamentalische Zeitgeschichte*. Heidelberg, F. Bassermann, 1872, 724 p. [225 H376].

42. HAYM, R. *Die deutsche Nationalversammlung, bis zu den Septemberereignissen – Ein Bericht aus der Partei des rechten Centrum*. Frankfurt, Carl Jügel, 1848, 200 p. [341.2530943 H422].
43. _____. *Hegel und seine Zeit*. Berlin, R. Gaertner, 1857, 512 p. [190 H148h].
44. HEYSE, Dr. J.C.A. *Leitfaden zum gründlichen Unterricht in der Deutschen Sprache für höhere und nieder Schulen nach den grösseren Lehrbüchern der Deutschen Sprache*. Hannover, 1863, 150 p. [430 H615].
45. HEYSE, Paul. *Gedichte von Giuseppe Giust deutsch*. Hofmann & Comp., Berlin, 1875, 328 p. [857.71 G538gA].
46. HIRSCH, Franz. *Geschichte der deutschen Literatur von ihrendas*. Leipzig, Wilhelm Friedrich, s.d., 3 v., 1^o vol. – 434 p. [830.9 H669].
47. HOLKENDORFF, Franz von. *Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzebeiträgen von Prof. Dr. Engelmann*. Berlin, Habel, 1871-1877, 5 v. [341.50943 H732].
48. _____. *Materialen der deutschen Reichs Verfassung*. Berlin, C. Habel, 1878, 3 v. [341.2443 H758].
49. _____. *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*. Berlin, C. Habel, 1875, 368 p. [341.5093 H732].
50. HUHN, E. H. Th. *Finanzwissenschaft*. Leipzig, Friedrich W. Grunow, 1865, 426 p. [336 H898f].
51. _____. *Politik*. Leipzig, Wilhelm Grunow, 1865, 616 p. [341.201 H898p].
52. JAEGER, G. *Die Darwinische Theorie und ihre Stellung zu Moral und Religion*. Stuttgart, J. Hoffmann, s.d., 150 p.
53. JAHRBÜCHER FÜR DIE DOGMATIK DES HEUTINGEN RÖMISCHEN UND DEUSTCHEN PRIVATSRECHTS. Iena, Verlag con Friedrich Manke, 1857, 1^o vol., 25 volumes. [342.3105 J25].
54. JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1877 e 1883, 2 v. [340.1 J59].

55. JOHN, Dr. Richard Ed. *Kritiken Strafrechtlicher Entscheidungen des preussischen Obertribunals*. Berlin, J. Guttentag, 1868, 648 p. [G341.5043 J65e].
56. _____. *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche fuer den norddeutschen Bund*. Berlin, J. Guttentag, 1868, 648 p. [G341.5043 J65e].
57. KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Leipzig, P. Reclam, Jun/1878. [110 K16k].
58. _____. *Kritik der praktischen Vernunft*. Leipzig, p. Reclam, Jun/1878. [110 K16kr].
59. KETTELER, M. von. *Le Culturkampf ou la lutte religieuse en Allemagne*. Paris, Li. Haton, 1875, 328 p. [270 K43].
60. KLOSTERMANN, R. *Das Urheberrecht an Schrift und Kunstwerken*. Berlin, Franz Vahlen, 1876, 282 p. [342.28 K66].
61. KLOTZ, R. *Handbuch der lateinischen Stilistik*. Leipzig, 1874, 316 p. Teubner. [479 K66].
62. KRAEPELIN, Emil. *Die Abschaffung des Strafmasses*. Stuttgart, F. Enke, 1880, 166 p. [341.58 K89].
63. L.P. *Die menschliche Gesellschaft als realer Organismus*. Mitau, E. Behre's, 1873, 399 p. [304p L111m].
64. LAMMASCH, Heirinch. *Das Moment objectiver Gefährlichkeit begriffe des verbrechens Versuches*. Wien, Alfred Holder, K.K. Fof und Universits-buchhandler, 1879. [341.5 L232m].
65. LANDSMANN, Heinrich. *Philosophisch-kritische. Streifzüge*. Berlin, Mitscher & Roestekk, 1873, 240 p. [104 L263p].
66. LANGE, Friedrich Albert. *Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart*. Iserlohn, J. Baedeker, 1873, 434 p. [140 L274g].
67. LANGENBECK, Wilhelm. *Die Lehre von der Theilnahme am Verbre chen*. Iena, Mauke's Verlag, 1868, 290 p. [341.5237 L2751].
68. LIEBMANN, Otto. *Zur Analysis der Wirklichkeit*. Strassburg, Karl F. Trübner, 1880, 680 p. [104 L716].

69. LITERARISCHES CENTRALBLÄTTER FÜR DEUTSCHLAND. Leipzig, E. Avenarius, 1874, n° 1/26 – 871 p. n° 27/52 – da p. 874 a p. 1767, 1874. n° 1/52 – de 1875 – 1.695 p. [830.5 L776] (não corresponde).
70. MAREZOLL, Theodor. *Lehburch der Institutionen des römischen Rechtes*. Leipzig, J. Ambrosius, 1875, 595 p. [344.13 M326L] (não há este número no livro).
71. MARQUARDT, Joachim. *Römische Staatsverwaltung*. Leipzig, S. Hirzel, 1881, 584 p. [344.13 M357].
72. MARX, Karl. *Das Kapital: kritik der politischen Oekonomie*. Hamburg, Otto Meissner, 1883-85, 2 vol. [330.1 M392k].
73. MEYER, Hugo. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. s.n.t., 506 p. [341.5 M613s] (não há este número no livro).
74. MILL, John Stuart. *System der deductiven und inductiven Logik*. Braunschweig Friedrich Vieweg und Sohn, 1868, 2 vol. [160 M645s].
75. MÖBIUS, Paul. *Katechismus der Deutschen Literaturgeschichte*. Leipzig, Verlagsbuchhandlung von J.J. Weber, 240 p. [830.9 M693].
76. MOMMSEN, Theodor. *Römisches Staatsrecht*. 2. Auf., Leipzig, S. Hirzel, 1876-77, 2 vol. [344.1201 M733r] (não há este número no livro).
77. MUSIKALISCHES WOCHENBLATT. *Organ für Musiker und Musikfreunde*. Herausgegeben von E.W. Fritzsch, Leipzig, E.W. Fritzsch, 1873, 2 vol. [780.5 M987].
78. MUTHER, D. Theodor. *Die Reform des juristischen Unterrichtes*. Weimar, Hermann Bohlau, 1873. [430.07 M992d].
79. NAUMANN, Dr. Julius. *Theoretisch-praktische Anleitung zur Abfassung deutscher Aufsätze in Regeln, Musterbeispielen und Dispositionen im Aufschluss an die Lektüre Klassischer Werke für die oberen Klassen höherer Schulen*. Leipzig, Druck und Verlag von B. S. Teubner, 1874, 317 p. [436 R299].
80. NOIRÉ, Ludwig. *Die Welt als Entwicklung des Geistes*. Leipzig, Veit, 1874, 486 p. [140 N782W].
81. PHILOSOPHISCHE MONATSHEFTE. Berlin, Verlag von F. Henschel, 1874. IX vol., da pág. 273 à 472. Mais 104 págs. [2583].

82. PHILOSOPHISCHE MONATSHEFTE. Berlin, Verlag von F. Henschel, 1874. X vol. [105 p568].
83. PRES, Karl Freiherr du. *Der Kampf ums Dasein am Himmet*. Berlin, Denicke's, 1874, 109 p. [520 P924k].
84. RAUMER, Karl von. *Geschichte der Pädagogik vom Wieder Aufblühen klassischer Studien bis auf unsere Zeit*. Gutesloh, C. Bertelsmann, 1877, 4 vol. [371.09 R246g] (não há este número no livro).
85. ROSSHIRT, Conrad Fraz. *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts*. Heidelberg, Neue Akademische Buchhandlung von K. Groos, 1828, 526 p. [341.50943 R829].
86. RUBO, Ernst Traugott. *Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und das Einführungsgesetz*. Berlin, Carl Harmann's Verlag, 1879, 2 vol. [341.50943 R896].
87. SAMUELLY, Adolf. *Das Princip der Ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen Monarchie*. Berlin, Julius Springer, 1869, 127 p. [341.25818 S193].
88. SANDERS, Daniel. *Deutscher Sprachschatz geordnet nach Begriffen zur leichten Auffindung und Auswahl des passenden Ausdrucks (Ein stilistisches Hilfsbuch für jeden Deutsch Schreibenden)*. Hamburg, Hoffmann & Campe, 1873, 3 vol. 1º vol. – 704 p. 2º vol. 705 a 1328. 3º vol. – 1329 a 2136. [433 S215].
89. SCHERR, Johannes. *Schiller und seine Zeit*. Leipzig, s.d. [832.63 S326].
90. SCHMIDT, Julian. *Geschichte der deutschen Literatur seit Lessing's Tod*. Leipzig, 1866-67, 3 vol. (2º e 3º vol.). [830.9 S352].
91. _____. *Bilder aus dem geistigen Leben*. Leipzig, Deunder & Humblot, 1870, 528 p. [834.7 S352].
92. _____. *Geschichte der Französischen Literatur seit Ludwig XVI. 1774*. Leipzig, Fr. Wilh. Grunow, 1873, 2 vol. [840.9 S352g].
93. SCHMITZ, Bernhard. *Die neuesten Fortschritte der französischenglischen Philologie*. Greifswald, Verlag von L. Bamberg, 1873, 266 p. [415 S355].
94. _____. *Encyclopädie des philologischen Studiums der neueren Sprachen hauptsächlich der Französischen und Englischen*. Leipzig, 1876, 3 vol. 1º vol. – 308 p. 2º vol. – 370 p. 3º vol. 390 p. [403 S355].

95. _____. *Deutsch-französische*. Berlin, 1878. [438.4 S355d].
96. SCHNEIDER, L. *Geschichte der Niederlandischen Litteratur*. Leipzig, Verlag von Wilhelm Friedrich, s.d., 868 p. [839.3 S359].
97. SHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Leipzig, F.A. Brockhaus, 1873, 2 v. 1° vol. – 633 p. 2° vol. 743 p. [190 S373d].
98. SCHÜRMAYER, J.H. *Handbuch der medicinischen policei*. Erlanger, Ferdinand Enke's, 1848. [341.395 S394h].
99. SCHÜTZE, Theodor Reinhold. *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*. Leipzig, J.M. Gebhart's Verlag, 1869, 423 p. [341.5237 S496D].
100. _____. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches*. Leipzig, J.M. Gebhardt's Verlag, 1874, 558 p. [341.50943 S396I].
101. SCHWARZE, Friedrich Oscar. *Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. Leipzig, Fue's Verlag, 1873, 862 p. [G341.5043 S973K].
102. SPISSER, D. *Wiener Spaziergänge*. Wien, 1877, Verlag von L. Rosner, 3 vol. [834.8 S761/W/wi].
103. SPIR, A. *Denken und Wirklichkeit*. Leipzig, J.G. Findel, 1873, 2 vol. 1° vol. – 469 p. 2° vol. – 257 p. [190 S759d].
104. STAHR, Adolf. *Weimar und Jena*. Berlin, Verlag von F. Guttentag, 1871, 1° vol. – 234 p. [834.8 S781].
105. STOBBE, Otto. *Handbuch des Deutschen Privatrechts*. Berlin, Verlag von Wilhelm Heress, 1971, 3 vol. [342.0943 S863].
106. STRICKER, S. *Physiologie des Rechts*. Wien, Toeplitz & Deuticke, 1884, 144 p. [340.1 S916].
107. SYBEL, Heinrich von. *Die deutschen Universitäten, ihre Leistungen und Bedürfnisse*. Bonn, Max Gohen & Sohn, 1874, 67 p. [F378 S941d].
108. TOBIAS, Wilhelm. *Grenzen der Philosophie: constatirt gegen Riemann und Helmholtz, vertheidigt gege von Hartmann und Lasker*. Berlin G.W.F. Müller, 1875, 494 p. [190 T629g].

109. TREITSCHKE, Heinrich von. *Historische und Politische Aufsätze*. Leipzig, S. Hirzel, 1871, 3 vol. [904 T787].
110. ULLMER, R. Ed. *Commentar zum privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich*. Zürich, Drell Fützli, 1870-1878, 3 vol.
111. UNSERE ZEIT – *Deutsche Revue der Gegenwart. Monatsschrift zum Conversations-Lexikon*. Leipzig, F.A. Brockhaus, 1864, 964 p. [050.678 U59].
112. VANICEK, Alois. *Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*. Leipzig, Druck und Verlag von B.G. Teubner, 1881, 388 p. [433 V258].
113. WEBER, Georg. *Lehrbuch der Weltgeschichte mit Rücksicht auf Cultur, Literatur und Religionswesen, und einem Abriss der deutschen Literaturgeschichte als Anhang*. 2 vol., 1863. 1^o vol. – 876 p. 2^o vol. 949 p.
114. WILLMANNS, C. *Die Credit-north der Grundbesitzer und deren Abhülfe*. Berlin, F. Guttentag, 1868, 91 p. [W743].

ANEXO IV – PRODUÇÃO BIBLIOGRÁFICA DE TOBIAS BARRETO

1862 – *À Vista do Recife*;

1863 – *Pela Morte de um Amigo, Dia de Finados no Cemitério, A urna Mulher de Talento*;

1864 – *À Polônia, Trovadores das Selvas, Amália, Inspiração, Mãe e Filho, Depois de ouvir a Ária Final da Traviata*;

1865 – *O acadêmico, Capitulação de Montevideú, Voos e Quedas, Lenda Civil, Idéia, Voluntários Pernambucanos, Sete de Setembro, Pelo dia em que Nasceste, Leões do Norte, Em Nome de uma Pernambucana*, além de alguns discursos e um artigo sobre as poesias de Pais de Andrade;

1866 – *Lenda Rusticana, Gênio da Humanidade, Os Tabaréus, Sujnema Visio, Contemplação, Quando Nasceste, Amar, Suplicia, A Caridade, Carrnen, Oh! isto mata*, além de um artigo sobre as poesias de Licurgo de Paiva e sustentou uma polêmica com Castro Alves;

1867 – *Polca Imperial, Pressentimento, A Luva (tradução), O Beijo, Leocádia, Como é bom! cantai! Malévola, A Viúva de Pedro Afonso, Lutas d'Alma, Sê meiga e terna, Por que me feriste? A Bottini, Adelaide do Amaral*, além de um artigo sobre Nahum;

1868 – *A Regeneração, Guizot e a Escola Espiritualista do Século XIX, Sobre uma Teoria de S. Tomás, Teologia e Teodicéia não são Ciências*;

1869 – *O Vesúvio, A Religião Natural de Jules Simon; Os Falos do Espírito Humano de Gonçalves de Magalhães, A Fôrça Motriz*, e várias poesias e artigos de filosofia;

1870 – redigiu *O Americana* e publicou, além de diversas poesias, como *Decadência, Volta dos Voluntários, O rei reina e não governa, Diante de um batalhão que voltava da Campanha*, alguns artigos, como *Os Homens e os Princípios, Moisés e Laplace, Política Brasileira, Notas de Crítica Religiosa, Teologia rationalis-confutatio, A Religião perante a Psicologia, Crônica dos Disparates*;

1871 – *A Ciência da Alma Ainda e Sempre Contestada, Uma Excursão nos Domínios da Ciência Bíblica, Uma Luta de Gigantes, O Direito Público Brasileiro do Marquês de S. Vicente, A Questão do Poder Moderador (princípio)*;

1872 – *A Província e o Provincialismo, O Atraso da Filosofia entre Nós, O Romance no Brasil (inacabado)*;

1873 – *Sobre um Escrito de Alexandre Herculano, Auerbach e Victor Hugo, Urna Excursão nos Domínios da Ciência Bíblica (o final)*;

1874 – redigiu o periódico – *Um Sinal dos Tempos*, onde iniciou a publicação de *A Alma da Mulher*, *Princípios da Estilística Moderna*, *Hartmann e a Filosofia do Inconsciente*, *R. Gneist* corno *Publicista*, *Socialismo em Literatura*, *Carolina Michaelis* e *a Nova Geração em Portugal*, *Sobre David Strauss*, *A Musa da Felicidade*, *Victor Hugo* e *o Congresso de Genebra*;

1875 – redigiu o primeiro número do jornal alemão *Deutscher Kaempfer*, *Ensaaios e Estudos de Filosofia e Crítica*, *A Comarca da Escada*, *O Desabuso* (ambos os dois periódicos) e sustentou polêmicas com Albino Meira e José Carlos Rodrigues;

1876 – *O Povo da Escada* (periódico) e publicou *Brasilien wie es ist in literarischer Hinsicht betrachtet* (primeira brochura);

1877 – *Aqui para Nós*, *A Igualdade* (periódicos);

1878 – *Ein offener Brief an die deutsche Press* (segunda brochura), jurisprudência da *Vida Diária* (a propósito do livro do mesmo título de R. Jhering);

1879 – redigiu o periódico *Contra a Hipocrisia*, onde se acha o artigo famoso *Delitos por Omissão*; publicou *Um Discurso em Mangas de Camisa*, acompanhado de notas, e proferiu vários discursos na Assembléia Provincial de Pernambuco, sendo desse ano também o artigo – *A Questão Parlamentar do Dia*;

1880 – *Alguma Coisa Também a Propósito de Meyerbeer*. *O Haeckelismo em Zoologia*, *O Dia de Camões*, *Organização Comunal da Rússia* (começo), *Treitschke e o Movimento Anti-Semítico na Alemanha* (inacabado);

1881 – *Traços sobre a Vida Religiosa no Brasil*, *Ensaio sobre a Tentativa Criminal*, *Fundamento do Direito de Punir*, *Uma Nova Intuição do Direito*, *Influência do Salão na Literatura*, *Estudos Alemães* (como revista mensal), *Dias e Noites*, além de poesias;

1882 – *Mandato Criminal* (tese de concurso), *Teoria da Mora*, *Direito Autoral*, *Sobre o Artigo 10 do Código Criminal*;

1883 – *Estudos Alemães* (livro), *As Artes e a Indústria Artística*, *As Flores perante a Indústria*, *Pré-História da Literatura Clássica Alemã*, além da polêmica com os padres do Maranhão;

1884 – *Menores e Loucos em Direito Criminal* (1ª edição), *Notas sobre Evolução Emocional e Mental do Homem*, *Variações Anti-Sociológicas* (princípio);

1885 – *Introdução ao Estudo do Direito*, *Prolegômenos do estudo do direito criminal*; **1886** – conclusão da *Análise do Artigo 10 do Código Criminal*, formando a 2ª edição de *Menores e Loucos em Direito Criminal*;

1887 – *Discursos*, *Recordação de Kant*, *Traços de Literatura Comparada*, *Oliveira Martins e a História do Povo de Israel*, *Variações Anti-Sociológicas* (final);

1888 – *Comentário ao Código Criminal* (inacabado), *A Religião do Futuro de Guyau*, *Questões vigentes de Filosofia e de Direito*, *Deixemo-nos de lendas*, *Self-government*, polémica com o Dr. José Hygino;

1889 – *Ensaaios e Estudos de Filosofia e Crítica*.

ANEXO V – POESIA INÉDITA RECITADA DE IMPROVISO EM UM JANTAR E PUBLICADA NA SEÇÃO “GAZETILHA” DO JORNAL DO RECIFE, NA PÁGINA 02 DA EDIÇÃO Nº 84, DE 12 DE ABRIL DE 1865 – ANO VII (AO FINAL ERRONEAMENTE NOMEADO DE TOBIAS BARRETO DE “MELLO”)

Jantar—Aos officiaes do corpo da guarnição da Parahiba, de passagem em nossa provincia, offereceu hontem o Sr. Antonio José Silva do Brazil um esplendido jantar na casa da sua residencia á rua do Vigario.

Tomaram assento na lauta e extensa mesa, todas as principaes autoridades da provincia e outras pessoas de elevada posição social.

Fizeram-se muitos brindes importantes, com especialidades os que foram analogos ao assumpto da festa, pronunciando por occasião de um delles o Sr. **Tobias Barreto**, estudante da nossa Faculdade de Direito, a seguinte poesia, improvisada no momento, e que mereceu applauso geral, sendo o seu autor felicitado pelas pessoas presentes, que sandaram o seu tão fertil talento.

Poesia

• No coração desta gente
O bravo soffoca o ai.
Que ferros ! ! o cedro ingente,
De um golpe dorrêa e cái.
Ceda a republica insana,
Se enfim não se desengana,
Espada pernambucana
Desbainha-to e vai.

Vai tu que não geras fraco
Cidade que abres-to aos zóes,

Cornelia mãe de cem Graccos
Viuva de oitenta heróes.
Quem he que o colto te dobre,
Terrível, sincera, nobre,
Limpa as faces do cobre
Das batalhas nos chrysoes !!

E' de uma canção magoada
Que a Pernambuco votai ;
Quando a luz de sua espada
Em prol da patria invoquei.
Elle hasteou a bandeira
Disse de sua fleira
O Paraguay não sorri
E ao grande leão do norte
Vem tornar inda mais forte
Mais leões—eil-os aqui.—

Vão levantar-se altos feitos
Que esta idade inda não vio ;
E o palpar destes peitos
O Paraguay já sentio,
Elle fita os horizontes,
Se debruça sobre os montes,
Escuta um murmurio além...
E ouvindo enormes rugidos
Exclama—estamos perdidos ;
São os do norte que vem !

Tobias Barreto de Mello.

ANEXO VI – EDITAL PÚBLICO COM AVISO DO CORREIO GERAL DA EXISTÊNCIA DE CARTA REGISTRADA PARA TOBIAS BARRETO NO JORNAL DO RECIFE, NA PÁGINA 03 DA EDIÇÃO Nº 84, DE 03 DE JANEIRO DE 1868 – ANO X

Correio Geral
RELAÇÃO DAS CARTAS REGISTRADAS EXISTENTES NA ADMINISTRAÇÃO DO CORREIO DESTA CIDADE, PARA OS SENHORES ABAIXO DECLARADOS.
 Andrade & Rego, Antonio Gonçalves Penna, Antonio Pereira de Miranda, Barão de Guararapes, Dr. Cosme de Sá Pereira, Domingos Ribeiro de Oliveira, Desembargador Francisco de Assis Pereira Rocha, Francisco Delfino de Souza, Francisco de Barros, F. Cavalcanti Albuquerque, Joaquim de Assumpção Queiroz, Dr. Joaquim de Oliveira Azevedo, Dr. João José Ferreira da Aguiar (X), Comendador João Pinto de Lemos Junior, José Ferreira Mariano (Oliveira), Dr. José Julio de Albuquerque Barros, Dr. José Pereira Maia, José Vicente de Lima, Leandro Otonice Alves de Carvalho, Manuel Joaquim Toledo, Manoel Ribeiro Carvalho, D. Rita da Motta Maciel, Tobias Barreto de Menezes.

ANEXO VII – DIVULGAÇÃO NA SEÇÃO “GAZETILHA” DO JORNAL DO RECIFE INTITULADA “IMPrensa PERIODICA” SOBRE O PRIMEIRO NÚMERO DO PERIÓDICO CIENTÍFICO E LITERÁRIO “A RAZÃO”, ALÉM DOS NÚMEROS 9 DA IDÉIA LIBERAL E 9 DO “LIBERAL”, NA CAPA DA EDIÇÃO Nº 247, DE 26 DE OUTUBRO DE 1868 – ANO X

Imprensa periodica -- Publicou-se o primeiro numero do periodico scientifico e litterario intitulado *A Razão* do qual é redactor o Sr. Tobias Barreto de Menezes. Publicaram-se tambem os numeros 9 da *Idéa Liberal* e 9 do *Liberal*.

ANEXO VIII – PROCLAMAS DE CASAMENTO (PRIMEIRA DENUNCIAÇÃO)
ENTRE TOBIAS BARRETO DE MENEZES E GRATA MAFALDA DOS SANTOS NA
CAPA DO JORNAL DO RECIFE DE 25 DE JANEIRO DE 1869, Nº 19 – ANO XI

Proclamas de casamento--Leram-se os seguintes hontem na matriz de S. José desta cidade :

Primeira denunciação.
Raymundo da Cruz Martins, viuvo de Rita Maria da Conceição com Maria Senhorinha da Conceição.
Agostinho José Mendes com Pastora Maria da Luz.
Deodato Gomes da Fonseca com Maria Alexandrina Dias de Tolledo.
Tobias Barreto de Menezes com Grata Mafalda dos Santos.

ANEXO IX – PROCLAMAS DE CASAMENTO (TERCEIRA DENUNCIAÇÃO)
ENTRE TOBIAS BARRETO DE MENEZES E GRATA MAFALDA DOS SANTOS NA
CAPA DO JORNAL DO RECIFE DE 04 DE FEVEREIRO DE 1869, Nº 27 – ANO XI

Proclamas de casamento--Leram-se os seguintes antehontem na matriz de S. José desta cidade :

Primeira denunciação.
Francisco Borges da Silva com Vibalnia Regulina da Silva Nobre.
Francisco José de Brito com Felicia Claudiana de Jesus viuva de Leonardo José Velloso Braga.
Innocencio José de Miranda com Theodora Gomes da Silva.
Domingos Pires Raposo com Maria Umbelina da Silva Prado.

Segunda denunciação.
Manoel Gonçalves Ferreira e Silva Junior com Alexandrina Zepherina de Castro Pimentel.
Braz Adelino Cavalcante de Albuquerque com Constança Joventina Vieira da Silva.
Manoel Venancio Alves da Fonseca com Felismina Maria dos Santos.
Jacintho Heleodoro Alves Carvalho com Maria Carolina Wanderley.
Henrique Manoel da Silva, com Jesuina Maria da Conceição.
José Baptista Marques Dias com Maria do Carmo Alves.

Terceira denunciação.
Raymundo da Cruz Martins, viuvo de Rita Maria da Conceição com Maria Senhorinha da Conceição.
Agostinho José Mendes com Pastora Maria da Luz.
Deodato Gomes da Fonseca com Maria Alexandrina Dias de Tolledo.
Tobias Barreto de Menezes com Grata Mafalda dos Santos.

ANEXO X – ACTO REALIZADO NA FACULDADE DE DIREITO – TOBIAS BARRETO DE MENEZES NO QUINTO ANO. CAPA DO JORNAL DO RECIFE DE 16 DE NOVEMBRO DE 1869, Nº 263 – ANO XI

Faculdade de Direito--Fizeram actos hontem os seguintes estudantes :

Terceiro anno
 Candido Cesar da Silva Leão.--Plenamente.
 Manoel Pedro de Rezende.--Idem.
 Henrique de Almeida Costa.--Idem.
 Miguel Joaquim Ribeiro de Carvalho Junior.
 -- Idem.
 Antonio Fausto Neves de Souza.--Idem.
 João Gualberto Henriques Pereira.--Idem.

Quarto anno
 Francisco Alves de Nobrega.--Plenamente.
 Luiz de Souza Monteiro de Barros.--Idem.
 José Joaquim Itabaiana de Oliveira.--Idem.
 Satyro Raymundo dos Santos.--Idem.
 Sebastião do Rego Barros.--Idem.
 Arconcio Pereira da Silva.--Idem.

Quinto anno
 Alexandre José do Costa Valente. -- Plena-
 mente.
 Ignacio Accioli de Vasconcellos.--Idem.
Tobias Barreto de Menezes.--Idem.

ANEXO XI – REGISTRO PORTUÁRIO DE ENTRADA EM RECIFE, ORIUNDOS DE ARACAJU, DE TOBIAS BARRETO E FAMÍLIA NO VAPOR POTENGI. JORNAL DO RECIFE DE 25 DE JANEIRO DE 1870, Nº 19 – ANO XII.

-- Entrados hontem do Aracajú e escala no vapor *Potengi* :
 Dr. **Tobias Barreto** de Menezes, sua mãe, 1 prima, 1 sobrinho, 2 escravos e 1 criada, Adolpho Beck, Manoel José Martins das Neves, Antonio Soares de Mello, Mauricio Mansilique, Valerio Gomes, Luiz Alves da Costa, Maria Magdalena S. Wanderley e 2 filhos menores, José Maria Garcia Fraga da Silva e 1 escravo a entregar.

ANEXO XII – PUBLICIDADE DO CURSO PREPARATÓRIO NO COLÉGIO 25 DE MARÇO QUE TINHA COMO DIRETOR TOBIAS BARRETO, COMPROMETIDO A LIMITAR EM 30 ALUNOS A TURMA. DETALHE PARA A DIVULGAÇÃO LOGO ABAIXO DA 2ª EDIÇÃO DO LIVRO “ENSAIO MÉDICO LEGAL” DE JOSÉ SORIANO DE SOUZA, DESTINADA ÀS “PESSOAS ENTENDIDAS DO FÔRO

CRIMINAL”. JORNAL DO RECIFE DE 14 DE ABRIL DE 1870, Nº 85 – ANO XII. O MESMO ANÚNCIO DO CURSO SE REPETIU NA EDIÇÃO Nº 88 DE 20/04/1870.

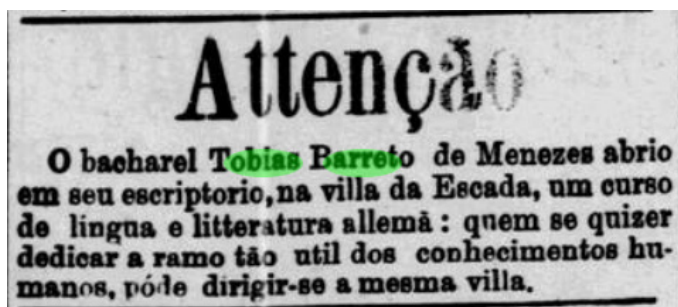
COLLEGIO 25 DE MARÇO
 Com este titulo e sob a direcção do abaixo assignado acha-se aberto, para ensino de preparatorios, na praça do conde d'Eu n. 21, o internato que ja foi previamente annuciado neste jornal. Como uma garantia de melhores resultados no ensino, o director se compromette para com os interessados a admittir sómente até o numero de 30 alumnos.
 Recife, 2 de Abril de 1870.
Tobias Barreto de Menezes.

Livro importante
ENSAIO MEDICO LEGAL
 SOBRE OS FERIMENTOS E OUTRAS OFFENSAS PHISICAS APPLICADO Á LEGISLAÇÃO CRIMINAL PATRIA
 Pelo DR. JOSÉ SORIANO DE SOUZA
 (Obra especialmente destinada as autoridades criminaes)
 Acaba de sahir a luz a segunda edição desta obra bem conhecida do publico e apreciada pelas pessoas entendidas do fóro criminal. Havia algum tempo que estava esgotada a sua primeira edição, e muitos sentiam a falta de um livro tão util e até hoje unico em seu genero no

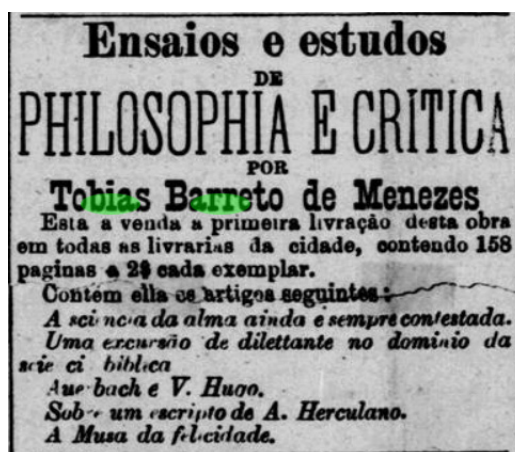
ANEXO XIII – DIVULGAÇÃO DO SEMANÁRIO “UM SIGNAL DOS TEMPOS”, NO PERÍODO DE ESCADA. DESEJOS DE LONGEVIDADE E PROSPERIDADE PUBLICADO NO JORNAL DO RECIFE DE 13 DE JULHO DE 1874, PÁGINA 4, Nº 156 – ANO XII.

Um signal dos tempos — E' este o titulo de um semanario commercial e litterario, que principiou a ser publicado na cidade da Escada, e do qual é proprietario e principal redactor o Sr. Dr. *Tobias Barreto de Menezes*, já vantajosamente conhecido na imprensa jornalística.
 Ao novo collega desejamos a mais longa e prospera existencia.

ANEXO XIV – DIVULGAÇÃO DO CURSO DE LÍNGUA E LITERATURA ALEMÃ EM ESCADA PUBLICADO NO JORNAL DO RECIFE DE 30 DE JANEIRO DE 1875, PÁGINA 3, Nº 24 – ANO XVIII. O ANÚNCIO SE REPETIU NA EDIÇÃO Nº 26 DE 03 DE FEVEREIRO DE 1875.



ANEXO XV – DIVULGAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO DOS “ENSAIOS E ESTUDOS DE PHILOSOFIA E CRITICA” NO JORNAL DO RECIFE DE 12 DE AGOSTO DE 1875, PÁGINA 3, Nº 182 – ANO XVIII. O ANÚNCIO SE REPETIU NAS EDIÇÕES Nº 184 DE 14/08/1875, Nº 185 DE 16/08/1875, Nº 186 DE 17/08/1875 E Nº 187, DE 18/08/1875.



ANEXO XVI – NOTÍCIA SOBRE O “CLUB POPULAR DE ESCADA” NA CAPA DO JORNAL DO RECIFE DE 08 DE NOVEMBRO DE 1877, Nº 257 – ANO XX. MAIS ACIMA E NO MESMO ANÚNCIO, A APROVAÇÃO DE JOÃO CABRAL DE MELLO (O AVÔ).

Faculdade de Direito—Foram hontem approvados nos exames a que se sujeitaram os seguintes estudantes :

Quint. anno

Leandro de Almelda Ribeiro—Plenamente.
Bernardino de Senna Ribeiro Junior—Idem.
João Augusto de Albuquerque Maranhão —
Idem.
João Cabral de Mello—Com distincção.

Club popular Escadense— Com este titulo existe, vai já para algum tempo, na cidade da Escada, uma associação politica liberal organizada por iniciativa do illustrado Dr. Tobias Barreto de Menezes.

Até agora tem sempre funcionado com regularidade, e pela boa marcha que leva, promete ser de vantagem real para o municipio

ANEXO XVII – RESULTADO DAS ELEIÇÕES PRIMÁRIAS PUBLICADO NA CAPA DO JORNAL DO RECIFE DE 13 DE AGOSTO DE 1878, Nº 184 – ANO XXI. ENTRE CORONÉIS, COMENDADORES E CAPITÃES, ESTÁ O DR. TOBIAS BARRETO DE MENEZES

FREGUEZIA DA ESCADA

(Eleitores Liberaes)

- 1 Coronel André Dias de Araujo.
- 2 Commendador Antonio dos Santos Pontual.
- 3 Commendador José Pereira de Araujo.
- 4 Commendador João Felix dos Santos.
- 5 Tenente-coronel Antonio Marques de Hollanda Cavalcante.
- 6 Capitão Manoel Antonio dos Santos Dias.
- 7 Capitão Theodosio José da Silva Lins.
- 8 Capitão Francisco da Rocha Pontual.
- 9 Capitão Davino dos Santos Pontual.
- 10 Capitão José Rodriguel Pontual.
- 11 Capitão Leocadio Alves Pontual.
- 12 José Hermino Pontual.
- 13 Dr. Samuel dos Santos Pontual.
- 14 Dr. Antonio Epaminondas de Barros Corrêa.
- 15 Dr. Sergio Hygino Dias dos Santos.
- 16 Dr. Tobias Barreto de Menezes.

**ANEXO XVIII – RESULTADO DAS ELEIÇÕES SECUNDÁRIAS PUBLICADO NA
CAPA DO JORNAL DO RECIFE DE 09 DE NOVEMBRO DE 1878, Nº 258 – ANO XXI.
TOBIAS BARRETO É ELEITO NA 38ª COLOCAÇÃO COM 735 VOTOS**

Deputados provinciaes — A Illm.^a Ca-
mara Municipal terminou hontem o seu traba-
lho eleitoral, cujo resultado é o seguinte :

1	Dr. Malaquias Antonio Gonçalves.....	1436
2	Dr. Augusto de Souza Leão.....	1401
3	Dr. Francisco Magarinos de S. Leão.....	1263
4	Barão de Tabatinga.....	1257
5	Major Luiz Cesario do Rego.....	1153
6	Dr. José Eustaquio Ferreira Jacobina.....	1131
7	Dr. Ermiro Cesar Coutinho.....	1125
8	Dr. Paulo José de Oliveira.....	1099
9	Dr. Caetano Xavier Pereira de Brito.....	1073
10	Coronel Epaminondas V. da Cunha.....	1017
11	Dr. Francisco da Cunha Beltrão.....	1008
12	Dr. Ambrosio M. da C. Cavalcanti.....	1002
13	Barão de Nazareth.....	995
14	Dr. A. Epaminondas de B. Correia.....	978
15	Dr. João de Sá e Albuquerque.....	978
16	Dr. José Tavares da Cunha Mello.....	967
17	Dr. Gervasio Rodrigues Campello.....	962
18	Dr. Lourenço A. de Sá e Albuquerque.....	952
19	Dr. Austerliano Correia de Crasto.....	947
20	Dr. Cicero Oton Peregrino da Silva.....	921
21	Dr. Antonio Estevão de Oliveira.....	921
22	Dr. João Gonzaga Bacellar.....	895
23	Dr. Francisco do Rego Baptista.....	890
24	Dr. Praxedes Gomes de S. Pitanga.....	872
25	Antonio Carlos Ferreira da Silva.....	867
26	Dr. Antonio Clodoaldo de Souza.....	853
27	Dr. Ernesto Augusto da Silva Freire.....	848
28	Francisco Olegario de V. Galvão.....	847
29	Dr. Manoel Felix Gitirana.....	845
30	Dr. Deodoro Ulpiano Coelho Catanho.....	844
31	Dr. Francisco de Gouveia C. Barreto.....	805
32	Dr. Joaquim T. C. de Albuquerque.....	802
33	Conego Francisco R. P. de B. Medeiros.....	789
34	Dr. Antonio dos Santos S. Cavalcante.....	772
35	Dr. Gaudino Eudocio de Britto.....	755
36	Dr. Antonio Justino de Souza.....	754
37	Dr. Samuel dos Santos Pontual.....	750
38	Dr. Tobias Barreto de Menezes.....	735
39	Dr. João Augusto de A. Maranhão.....	711
	Dr. Ernesto de Aquino Fonseca.....	708
	Dr. José Clinaco do Espirito-Santo.....	658
	Luiz Carlos de Araujo Pereira Palma.....	629
	Vigario Francisco Pedro da Silva.....	622
	Dr. Felisbino de M. Vasconcellos.....	567
	Dr. Maximiano Lopes Machado.....	557
	Conego Antonio Pinto de Abreu.....	534
	Dr. Manoel Enedino do R. Valença.....	533
	Dr. Ayres de Albuquerque Gama.....	489
	Dr. José Joaquim de Almeida Nobre.....	485
	Engenheiro Henrique Augusto Milet.....	480
	Dr. Manoel Francisco de Barros Rego.....	442
	Dr. José Ignacio de Andrade Lima.....	384
	Dr. Sebastião Antonio A. Lins.....	371
	Dr. João Baptista do Amaral e Mello.....	367
	Dr. Antonio Vicente N. Feitosa.....	341
	Dr. Marciano Gonçalves da Rocha.....	300

Como se vê das listas acima publicadas, temos cinquenta e dois deputados provinciaes em lugar de trinta e nove—, uma *quebra* de treze, bom mercado, sendo vinte e seis de folhas dobradas, dois diplomas, vinte e seis de folhas simples.

Está bem arranjada a divisão, porque dá um *terço* direitinho.

Agora o que resta é esperar pelo dia da reunião dos mesmos, que o povo está ancioso por divertimento.

ANEXO XIX – CARTA ESCRITA POR UMA JOSEPHA AGUEDA F. DE OLIVEIRA
E PUBLICADA NO JORNAL DO RECIFE DE 16 DE ABRIL DE 1879, Nº 86 – ANO
XXII

A' assembléa provincial de minha terra

Desejando estudar medicina, e não podendo meu pai fazer as despesas, recorreu á assembléa provincial para conceder-me uma subvenção.

Apresentada a petição, dous membros da commissão deram parecer contra a concessão, allegando que a provincia não pôde fazer despesa alguma.

O illustre Barão de Nazareth deu parecer em separado concedendo a subvenção de 100\$ mensaes.

Entrando em discussão o parecer em separado, passou em primeira discussão, passou na segunda por um voto, passou na terceira com um additivo.

Em toda a discussão o Barão de Nazareth elevou-se como tribuno, e distinguio-se como sincero patriota, podendo provar a necessidade das senhoras exercerem a medicina.

O Dr. Tobias Barreto tomou parte na terceira discussão, discutindo com proficiencia, provou com factos historicos e scientificos a capacidade intellectual das senhoras.

Genio da intelligencia, verbo da palavra, o Dr. Tobias Barreto levou de vencida áquelles que condemnam a mulher como incapaz das concepções sublimes e dos commettimentos grandiosos.

Honra e gloria ao illustre Barão de Nazareth e ao insigne Dr. Tobias Barreto.

Minha eterna gratidão á assembléa provincial de Pernambuco, e principalmente aos dous distinctissimos cavalheiros que tanto se esforçaram na tribuna por minha causa.

Hei de provar aos impugnadores do projecto, que a mulher, como ser moral e intelligente, é entidade superior.

Espero em Deus exhibir, perante os meus defensores, documentos que justifiquem não serem inuteis os sacrificios que fizeram para ajudar-me na minha incessante aspiração.

Só no futuro poderei ser julgada pelos que se oppozeram, como pelos que se dignaram votar em meu favor. Deus me dê resignação e perseverança.

Eucanamento, 14 de Abril de 1879.

Josepha Agueda F. de Oliveira.

ANEXO XX – CARTA ABERTA AOS ELEITORES INTITULADA “AO CORPO ELEITORAL” PUBLICADA NO JORNAL DO RECIFE DE 16 DE OUTUBRO DE 1879, Nº 238 – ANO XXII

Ao corpo eleitoral

Apresento-me ainda uma vez como candidato á deputação provincial. Não sei se digo bem *ainda uma vez*, pois que da primeira não me apresentei;—foi apresentado. Conheço que venho já um pouco tarde. E' como quem vai a missa depois da *consagração*:—afirmam os competentes que nada aproveita; mas também não se tem o trabalho de ajoelhar muitas vezes. Eu tinha declarado,—é verdade,—franca e solemnemente que não aspirava nem queria mais ser deputado. Ter-me-hia porém arrependido? Não de certo. A' vista da attitude, que os factos me obrigaram á tomar em relação ao Sr. Adolpho de Barros e sua gente, era muito natural, salvo o caso de idiotia da minha parte, que eu me convencesse da necessidade de abjurar toda e qualquer pretensão ulterior, dependente da boa vontade do *grupo director*. Assim o fiz; e quando depois, ao aproximar-se a época da confecção da chapa, fui consultado por um amigo, membro distincto do *Directorio*, ainda fui franco respondendo-lhe que não queria. Não sei se houve conveniencia nessa minha resposta, mas certamente houve lealdade:—eu não quiz crear difficuldades para esse e outros amigos deste municipio. Suppondo-se, com effeito, que eu fosse bastante ingenuo a ponto de acceitar a proposta daquelle amigo, e que o meu nome fosse, como de facto sei-o-hia, por elle apresentado, haverá quem creia seriamente que o *Directorio* contemplasse-me na chapa?

Nessa chapa, que é uma das disposições do testamento presidencial do Sr. Adolpho? Porque principio? A consideração por ventura vota a ao partido liberal da Escada não poderia entrar em linha de conta, em face dos precedentes. Quem pouco se tem incommodado com os desgostos de alguns distinctos liberais d'aqui, poderia então incommodar-se com um pequeno desgosto de mais, e para arredal-o, incluir á todo transe o meu nome? *Credat Judæus Apella, non ego.*

Explicado assim o meu procedimento, e reduzida á termos razoaveis a minha primeira declaração de não querer mais entrar na deputação provincial,—declaração em que *todos* promptamente acreditaram, e eu mesmo não deixei também de acreditar,—venho dizer ao eleitorado da provincia que acceito reconhecido a honra que me fizer, elegendo-me de novo.

Não tenho programmas á desdobrar, nem promessas a fazer. Um celebre pensador dos nossos dias, escrevendo sobre o que se podera chamar a *philosophia do ridiculo*,—entre os diversos exemplos que apresenta do perfeito *comico*, diz o seguinte:

« O que ha de mais justo do que suspender um principio sobre a bandeira, e deffendel-o á pe firme contra qualquer resistencia? Mas quando vêm os taes senhores *pedir o nosso voto* assegurando que são elles os representantes deste ideal, então perdemos o serio, e o riso brota natural e espontaneo. »

E' disto que eu tenho medo; e como tal não ousou dizer o que faço, o que pretendo fazer; limito-me á declarar o que é que não farei:—não serei jámais uma *ovelha do rebanho*;—eis tudo, mas um *tudo* que é um *nada*; e este *nada* somente é que eu posso prometter.

Escada, 13 de Outubro de 1879.

Tobias Barreto de Menezes.