

A PERSONALIDADE DE TOBIAS BARRETO E O CÓDIGO CRIMINAL DE 1830

MAMEDE JOSÉ COELHO FILHO
2.º Curador de Resíduos

Tobias Barreto é um homem bastante controverso em nossas letras. Existem aqueles que como Cruz Costa, assinam para o mestre do Recife, nada mais que um "dileta de Filosofia como aqueles bons principiantes nos estudos filosóficos". Outros, como Leonel Franca o tratam como um filosofante de "alguma erudição para embevecer os simples. "Sabemos por Sílvio Romero, que "a ação mais intensa de sua inteligência e de seu saber foi de princípio ao fim direta e pessoal" e as suas poesias, quando por ele recitadas ou as suas idéias, quando por ele expostas "em suas longas e atraentes conversações" "ganhavam um colorido duplicado." Com Clóvis, ficamos sabendo que a expressão direito autoral entre nós é de Tobias "definitivamente admitida na tecnologia do direito". Ficamos sabendo, que a Tobias ninguém é indiferente, porque a sua inteligência é incapaz de não provocar, de deixar alguém que o leia, inerte e sem uma opinião.

1. TOBIAS BARRETO E SUA VISÃO DO DIREITO PENAL

O Código Criminal do Império comemora o Sesquicentenário de sua promulgação e antes que seja visto com olhos da História, não será despiendo, tentarmos uma visão da época, mesmo, em que vivia. Por essa razão, com o auxílio daqueles que dele trataram, falaremos com Tobias Barreto de Menezes, nascido em 1839 na Vila de Campos, Estado de Sergipe e falecido em 1889, meses antes da Proclamação da República. A vida de Tobias Barreto, transcorre juntamente com a vida da nossa primeira lei penal, considerada a nossa independência de Portugal.

Tobias Barreto era homem dotado de grande visão e dominava com desenvoltura os temas cruciantes do seu tempo. Com a sua ótica de homem informado, soube distinguir a importância do Direito Penal no âmago da sociedade, porque "não há função da vida nacional, inerente ao cidadão, que não possa, no caso de ser perturbada ou ofendida, recorrer à pena legal como meio de defesa e restabelecimento do equilíbrio dos interesses sociais ("Estudos de Direito" — "Prolegômenos do Estudo do Direito Criminol", pág. 208).

Nessa realidade está contida a força do direito punitivo "porque dentre todos os sistemas de positividade jurídica, é só ele que está em condições de tomar mais altos pontos de vista e dominar mais largos horizontes" (op. cit. pág. 208), mas contraditoriamente, aí se contém, "uma fraqueza ou um defeito, porque, em virtude desse maior âmbito mesmo, parece condenado a não adquirir em profundidade o que lhe sobra em extensão" (op. cit. pág. 208). A maior dificuldade, entretanto, para o direito criminal

é que “como lei, como instituição social, opera com fatos, tem, como ciência, de operar com idéias” (op. cit. pág. 209) e no manejo destas “tomou parte, desde longa data, um exagerado espírito filosófico, que muito ao invés de esclarecê-las, acabou por confundí-las, reduzindo a um sistema de enigmas e problemas insolúveis as verdades mais simples e inacessíveis à dúvida” (op. cit. pág. 209).

Essa postura de Tobias, encontrou-a no evolucionismo de Darwin, nas idéias de Jhering, Post e Noiré e muitos outros dos quais soube se valer para transmitir e influenciar, principalmente pela cátedra, aqueles que pretendia continuadores “à sua obra de emancipação intelectual” (“História das Idéias Jurídicas no Brasil” — A. L. Machado Neto, Editorial Grijalbo Ltda., Editora da Universidade de São Paulo, 1969, pág. 81 e “História do Direito Nacional”, Isidoro Martins Júnior, pág. 11, “Coleção Memória Jurídica Nacional”, Departamento de Imprensa Nacional, Brasília, DF, 1979).

2. O PENSAMENTO DOS NOSSOS INTELLECTUAIS A ÉPOCA DO CÓDIGO DE 1830

O prof. Miguel Reale reconhece que: “Não foi em clima favorável à Escolástica que se formaram as inteligências mais representativas da nossa pátria, no momento decisivo de nossa independência política. Pode-se dizer que, nas décadas de 1820 a 1850, “grosso modo”, ou prevalecem preocupações de ordem prática e realista (como nos dão exemplos as fortes personalidades de José Bonifácio, do Visconde de Cayru e de Bernardo Pereira de Vasconcelos) ou então se projetam certas tendências de cunho mais metafísico e ideológico” (“Filosofia em São Paulo”, Conselho Estadual de Cultura, págs. 17 e 18).

A atmosfera circundante ao Código do Império é a da libertação, não propriamente e tão-só no sentido da emancipação de Portugal, mas em relação às idéias, consideradas pelos intelectuais, ultrapassadas. “O decênio que vai de 1868 a 1878,” escreve Silvio Romero, “é o mais notável de quantos no século XIX constituíram a nossa vida espiritual. Quem não viveu nesse tempo não conhece por ter sentido diretamente em si as mais fundas comoções da alma nacional. Até 1868 o catolicismo reinante não tinha sofrido nestas plagas o mais leve abalo; a filosofia espiritualista, católica e eclética a mais insignificante oposição; a autoridade das instituições monárquicas o menor ataque sério por qualquer classe do povo; a instituição servil e os direitos tradicionais do feudalismo prático dos grandes proprietários a mais indireta: pugnação; o romantismo, com os seus doces, enganosos e encantadores cismares, a mais apagada desavença reatora” (“Contribuição à História das Idéias no Brasil,” Cruz Costa, Ed. Civilização Brasileira, 2.^a ed., 1967, pág. 97).

Como consequência, a iconoclastia era a posição natural dos nossos intelectuais e dentre eles, um bom exemplo, foi Tobias para quem era “mister bater, bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu — é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da

humanidade” (“Estudos de Direito e Política”, Instituto Nacional do Livro, 1962, pág. 101). Essa a razão determinante das limitações de sua obra apontada por todos que a comentaram, gastando-se em demolir os mitos com os dardos que lhe fornece Darwin, porque: “O velho direito, quero dizer, a velha concepção, pela qual a esfera jurídica fica fora da natureza e nada tem que ver com as leis que regem a evolução do mundo físico, não há dúvida que está bem longe de poder assimilar-se à teoria darwinica. Mas essa velha concepção morreu, ou pelo menos não se acha em estado de corresponder às exigências do espírito novo” (“Estudos de Direito e Política,” acima citado, pág. 71). Daí não ter tido tempo para organizar melhor a sua obra fragmentária (e até bastante repetitiva), que se foi suficiente para demonstrar um homem de grande talento, também deixou em aberto a sua falta de conclusões.

Um fato que não pode passar despercebido neste ponto e essa é uma realidade que pode ser alinhada a favor de Tobias ou de quem como ele se ampare em concepções novas, é não ter tido tempo de constatar, muita vez, a inadequação da idéia ao fato.

Essa atitude tem sido sempre a nossa vocação de acreditar termos suplantado os problemas, quando outros estão surgindo a cada momento e como é evidente, sempre surgirão. É uma situação que ocorre em todos os tempos, quer no plano individual, quer no social e se, individualmente, supomos estar vivendo a última desgraça, coletivamente, ansiosos aguardamos a próxima melhora e ao término da Primeira Grande Guerra, comemorámo-lo nas ruas de Paris, porque tendo sido tão trágica, seria a última.

A época que tentamos rever, a postura dos nossos juristas era a de espancar o “jus naturale,” ao mesmo tempo que, veicular as idéias novas da forma mais intensa possível. Tobias Barreto insiste: “Perante a consciência moderna, o direito é um “modus vivendi”; é a pacificação do antagonismo das forças sociais, da mesma forma que, perante o telescópio moderno, os sistemas planetários são tratados de paz entre as estrelas...” Após esta afirmação, em nota de pé de página, vemos Tobias regozijar-se: “Estas palavras valeram-me então uma série de descomposturas pela imprensa; descomposturas aplaudidas e até fomentadas por colegas meus, lentes da Faculdade, alguns dos quais já querem hoje passar por iniciadores da nova intuição, por terem tomado um caminho diverso do que outrora, sem reconhecerem, ingratos ou inconscientes, — que fui eu quem o abri!...” (“Estudos”, pág. 101).

3. TOBIAS BARRETO E O CÓDIGO DE 1830

Nos Estudos de Direito, Tobias dedicou ao Direito Criminal, a segunda parte de sua obra, assim dividida:

1. Fundamento do Direito de punir;
2. Prolegômenos do estudo do direito criminal;
3. Comentário teórico e crítico ao Código Criminal Brasileiro;

4. Delitos por omissão;
5. Ensaio sobre a tentativa em matéria criminal;
6. Mandato criminal.

Com relação aos comentários que teceu ao Código Criminal vigente em seu tempo, não se trata de comentários sistemáticos, artigo por artigo, fundamentando-os. Na realidade, dissemos de início, o nosso comentarista agia mais como um demolidor daqueles pensamentos que lhe pareciam ultrapassados, ao mesmo tempo que, postava-se como um guardião das idéias novas.

Ao tempo da nossa primeira lei penal, os intelectuais encontravam-se imbuidos da certeza daqueles princípios científicos semeados pelos sábios da época, bastando enfeixá-los em um código que serviria de leme na condução do barco social. Bastava-lhes o conhecimento e a aplicação dos princípios dele resultante, certamente, seria uma consequência natural, aplainando as diferenças individuais e as disparidades sociais no complexo humano. Este tem sido o anseio do homem desde há muitos séculos e não é sem razão que Dante colocou Justiniano no Paraíso:

"Cesare fui e son Giustiniano,
che, per voler del primo amor ch' i' sento,
d' entro le leggi trassi il troppo e 'l vano.

(Paraíso, Canto VI).

Quando Roma se fez império, acreditava-se na possibilidade de mantê-lo unido, através à aplicação das leis romanas, que desde a Lei das XII Tábuas, baixada em 450 a.C., vinham sendo codificadas. Por essa forma, na província mais longínqua à Roma Eterna, não seria difícil tê-la submissa, desde que para lá fosse enviado um interventor, um Herodes que levasse em sua bagagem um código contendo as suficientes leis, para impor a ordem e a harmonia sociais. Para Platão, "O Estado das Leis é qualificado como o melhor depois da eternidade, isto é, do divino e perfeito, do qual se aproxima, sem no entanto com ele coincidir plenamente" (Werner Jaeger, "Paideia," Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, 1979, tradução de Artur M. Parreira, pág. 1219).

O anseio permanente do ser humano em transformar as diferenças que nos marcam, em igualdade, tem sido a sua luta convertida em lei. Ao tempo do Código Imperial, bom será frisar este aspecto, os nossos intelectuais viviam um momento de grande euforia, principalmente em sepultar as carcomidas crendices antigas em prol daquelas novas verdades que surgiam, transfundidas em princípios verdadeiramente científicos, fazendo Tobias debochar, porque "é sabido como ainda hoje, nas ínfimas camadas da rudeza popular, manter-se a velha crença nas pedras do trovão ou do corisco, que entranham pela terra sete braças, e no fim de sete anos voltam à superfície, onde é feliz quem as encontra, porque tem nelas um talismã inestimável" ("Estudos de Direito e Política," pág. 100).

Acreditavam que o sepultamento dessas velharias era como o abrir-se para o sol nascente da ciência e para tanto, será "preciso levar a convicção no ânimo dos opiniáticos. Não se crava o ferro no âmago do madeiro com uma só pancada de martelo" ("Estudos", págs. 100-101).

Como consequência dessa sua postura, deixou para os comentaristas de sua obra, aqueles que a defendem e aqueles que a atacam, às vezes, com a mesma dose de ironia, usada pelo mestre da Faculdade do Recife. Para falar de Tobias, diz Tristão de Ataíde nos Estudos "só escrevendo de mais ou de menos" ("Contribuição à História das Idéias no Brasil", pág. 299) ou se é a favor ou se é contra.

O estilo sarcástico de Tobias é a sua arma de defesa contra aquelas idéias ultrapassadas que as tachava de quinquilharias e contra as quais voltava o corte do seu verbo ágil. Sente-se que o genial Sergipano temia uma recaída naqueles pensamentos, que segundo afirmava, proviriam do céu. Compreensível que, em seu tempo, ante ousadas afirmações, atraísse a ira dos discordantes de suas idéias. Nos dias de hoje é uma posição inconcebível.

Por esse motivo, as críticas e comentários que faz ao Código Imperial são de ordem geral, tendo sempre em mira, as novas idéias, aquelas que: "O mundo acabaria irrevogavelmente por aceitá-las, só porque eram racionais, só porque a sua perfeição não podia ser posta em dúvida e se impunha obrigatoriamente a todos os homens de boa vontade e de bom-senso." ("Raízes do Brasil", pág. 117). Este comentário de Sérgio Buarque de Holanda é dirigido aos positivistas, mas em tudo, também poderia ser voltado a Tobias que os antecedeu.

Uma das primeiras críticas que tece em relação ao Código Imperial, refere-se a aceitação por este de uma classificação tricotômica, em crimes públicos, particulares e policiais.

Se o nosso legislador repudiou a tricotomia estampada no Código Penal francês, argumenta Barreto, continuou, com o mau vezo "das visões trinitárias" e partindo de um ponto de vista equívoco, porque afinal, qual o significado de um crime público? Nada melhor critério de distinção para os fatos criminosos do que o "quantum" e o "quale" da punição cominada. "Se ao menos ele se tivesse firmado no propósito de assinalar as três classes de delito pelo lado processual, chamando públicos somente aqueles que dessem lugar a uma ação, isto é, a um processo intentado por parte e em nome da justiça, ainda havia uma razão de desculpa" (pág. 236).

Essa divisão tripartida faz perder o principal aspecto da lei, consistente em seu lado prático, quando o Código de Processo Criminal, estabelece "outra divisão dos crimes em afiançáveis e inafiançáveis, por força da qual grande número de crimes particulares entram na categoria dos públicos, no sentido de poderem e deverem ser perseguidos independentemente do ofendido querelante". (pág. 236).

Com relação aos chamados crimes policiais, não foi mais feliz o legislador e os crimes previstos nos artigos 301 e 302 "sobre o uso de nomes supostos e títulos indevidos" não podemos afirmar sobre o seu caráter policial e "facilmente descambam para o terreno dos delitos de outro gênero" (pág. 237).

Tobias não acreditava no universalismo do Direito Penal e se declarava "um sectário decidido do princípio territorial. Estamos de acordo com Schwarze em que os Estados civilizados são membros de um grande sistema político, e como tais têm a missão de guardar e proteger a paz geral do direito, que envolve a todos eles (pág. 266, "Estudos"). Neste ponto critica Carrara pela criação do "neologismo jurídico extraterritorialidade do direito penal" o mesmo ocorrendo a Tolomei quando este entendeu melhor a expressão ultraterritorialidade, sendo que ambas constituem "uma tolice, que não vale a pena combater" ("Estudos", pág. 268).

O nosso criminalista não vota simpatia ao grande clássico do Direito Penal Italiano, achando-o "fertilíssimo de novidades, que afinal, depois de algum exame, não passam de outras tantas frioleiras" ("Estudos", pág. 268). O autor do "Programma del corso di diritto criminale" não é digno dos preitos que se lhe rendem e dele pode-se dizer "o que disse Daniel Spitzer do Professor Lorenz Stein, isto é, que a força dos seus livros, semelhante à de Sansão, consiste somente no fato de ninguém ainda haver-se deles aproximado com uma tesoura, ainda que muitos já tenham dormido sobre eles, como Sansão nos braços de Dalila" ("Estudos", págs. 268-69).

Sobre este assunto do universalismo do Direito Penal, diz Tobias, "relewa advertir que a hipótese que combatemos, não é a mesma do estrangeiro que no seu país, ou em outro, atenta contra a ordem deste ou daquele Estado. Aí é admissível a punição provocada pelo Estado ofendido; mas já não se trata de um direito que ele possa exercer imediatamente, em virtude da sua soberania; é uma questão que só se resolve pelos meios comuns de concórdia e reciprocidade internacional." ("Estudos", pág. 269).

Não podemos no espaço do qual dispomos mostrar a visão que Tobias Barreto tinha do Direito Penal e nem é esse o nosso intento. Aqui, o que desejamos é traçar, em poucas linhas, o retrato, ainda que não muito nítido, de um homem, que entre outros é responsável pela introdução das idéias modernas no Brasil e é a partir de inteligências como a dele, que devemos agir. Tobias e outros são acusados, freqüentemente, de não desenvolverem um pensamento nacionalista. Sem entrar no mérito dessa questão, podemos afirmar que a introdução das idéias ventiladas na Europa, mal o país conseguiu a sua independência, foi um grande bem, porque afinal, essas idéias iriam prevalecer em todo o mundo e ainda hoje vemos muitas nações nesse esforço de atualização. Os países que não acompanharam as modernas idéias do século XVIII, ficaram como que adormecidos e hoje terão que retomá-las porque são elas ainda, as que fomentam as opções de todos os Estados neste momento.

4. UM FATO PARA SER MEDITADO

Tobias entende que "A constante repetição de atos assim determinados pelo interesse da vida comum, à medida que foram se organizando diversos grupos sociais, deu origem à formação de um costume" ("Estudos de Direito e Política", pág. 111). Entretanto, para o nosso autor "o domínio do costume chega ao ponto de tornar-se insuportável para o povo, que não lhe vota mais nenhum respeito, — e então faz-se mister, que se inscrevam leis, em substituição dos costumes decaídos" (fls. 111). Relaciona a lei ao invento da escritura de grande importância para a vida teórica "é de todo incontestável, manifestou ainda mais cedo o seu imenso valor para a vida prática dos povos" ("Estudos de Direito e Política", pág. 111),

Tobias crê na lei e a supõe suficiente para a solução dos problemas sociais. Nos dias que correm e nos quais estes problemas continuam sendo debatidos, como o serão eternamente, cumpre-vos verificar se a lei é suficiente para resolvê-los. Veja-se, entre nós, para exemplificar, o combate ao tóxico, mais por leis, que por viáveis medidas de profilaxia social. Agora, que o índice de criminalidade nos ocupa de forma tão veemente, cogita-se de uma nova legislação em matéria penal. É provável que conduzamos nossos esforços em prol de uma legislação nova, capaz de acertar na mosca. Os nossos conhecimentos, as nossas experiências e vivências não nos têm conduzido à solução desses problemas, através de uma boa lei. O que tem acontecido, é um breve interregno, entre a entrada em vigor da nova lei e a posterior constatação, de que a realidade daquele problema permanece intacta. Esse breve interregno, serve-nos de descanso e quiçá aplaine momentaneamente a nossa preocupação, quando não nos sossegue por algum tempo a nossa obrigação, até por razões de sobrevivência, de continuarmos perseguir as soluções. Se honestamente estamos cientes dessa realidade que temos presenciado, seria bem melhor envidarmos os nossos esforços em estudos que sugerissem soluções de fixação do homem ao seu meio, mediante planos de desenvolvimento para a região na qual vive e que lhe oferecesse trabalho seguro e no qual recebesse toda a censura da parentela e dos conhecidos, envolvendo o seu procedimento.

Quando o homem ultrapassa a censura estabelecida pelo estado de vigilância sobre o seu comportamento e exercida pelo grupo no qual vive, agredindo a paz social, é tempo de pensarmos na lei penal. Só depois que o Estado oferece a todos os cidadãos a possibilidade para que sobrevivam moral e materialmente, poderá cobrá-los. E só então, poderemos acreditar com Tobias Barreto, que "serpens nise serpentem comederit, non fit draco" — a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força, não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força... ("Estudos de Direito e Política", pág. 101).

BIBLIOGRAFIA

Além dos autores mencionados no texto do nosso trabalho, consultamos:

- CRUZ COSTA — *Panorama da História da Filosofia no Brasil*, Ed. Cultrix, 1960.
- ESTEVÃO CRUZ — *Antologia da Língua Portuguesa*, 5.^a ed., 1942, Ed. Globo.
- ROSCOE POUND — *Introdução à Filosofia do Direito* — Zahar Editores, tradução de ÁLVARO CABRAL, 1965 (Principalmente, o capítulo 2, "A Finalidade da Lei", onde se lê: "O ideal de um mundo em que todos os homens se encontrem seguros, nesse sentido, pode ser denominado ideal humanitário. Esse ideal está afetando cada vez mais o Direito, através do mundo.")
- CABRAL DE MONCADA — *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1. Parte Histórica, 2.^a ed., Arménio Amado — Editor — Coimbra, 1955.
- SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 5.^a ed., Livraria José Olympio Editora, 1969.