

Tobias Barreto - Jurisconsulto do Império com a genialidade necessária hoje

GRIVOT, Débora Cristina Holenbach

RESUMO

Tobias Barreto escreveu a obra “Menores e Loucos” em 1884, descrevendo criticamente o panorama jurídico penal do Império. Este estudo tem o propósito de identificar as reflexões feitas pelo autor no capítulo IV daquele texto. O método eleito para este estudo foi a leitura do texto e a seleção das suas mais importantes passagens para cotejo histórico com as demandas atuais. O Código do Império (primeiro Código Criminal do Brasil), previa a imputabilidade segundo um critério biopsicológico entre sete e quatorze anos e absoluto a partir de quatorze. Este conceito registra a possibilidade de atribuir responsabilidade para quem tivesse nesta janela etária (7 a 14) caso tivessem praticado o ato delituoso com discernimento, compreendendo a dimensão e o alcance da conduta. Tobias Barreto se surpreende com o fato de justamente o mesmo argumento que define a incapacidade relativa da mulher (de não ter o necessário discernimento que possa colocá-la em igualdade formal com os homens), não ser suficiente para isentá-la de responsabilidade penal na faixa etária entre sete e quatorze anos. A perplexidade do autor no seu contexto histórico tem dupla função: a de colocar em xeque a condição do “discernimento” como critério de imputabilidade penal (biopsicológico) dentro da faixa etária, mas também a de colocar a condição da mulher como objeto de questionamento, num visível alinhamento com a luta que passa a ser travada pela construção do direito da mulher. A genialidade de Tobias Barreto para expor o argumento se mostra inclusive com o emprego de ironia:

Voltando ao nosso código, elle ainda se mostra, neste ponto, de uma incoherencia palpável. Porquanto, ao passo que emparelha a maioridade criminal da mulher com a do homem, estabelece por outro lado que a menor de dezessete annos é um ente fragilissimo, e tão frágil, que não pôde, rôla innocente, resistir ao assalto dos gaviões. Tal é o sentido do art. 219 e alguns outros. Mas a pergunta vem naturalmente: se a mulher, até os dezessete annos, é tão balda de reflexão, tem tão pouco desenvolvida a consciência do dever, que se acha completamente desarmada diante dos afagos e promessas de um seductor, por que razão este presuppuesto psychologico não se faz valer do mesmo modo, quando a menor em condições idênticas commette algum delicto? Nem se diga que esta exigência lógica foi satisfeita pelo reconhecimento da menoridade como atténuante capaz, por si só, de baixar a pena ao grão da cumplicidade. Isto não basta; pois se isto não torna impossivel, como eu já disse, o factio revoltante de um joven de quinze annos ser condemnado à prisão perpetua,

também não impossibilita o quadro ainda mais hediondo de uma menina da mesma idade ir acabar de entumescer os seios, de engrossar os lábios e de abrir de todo a rosa da adolescência, na solidão de um cárcere, donde não mais sairá.

Assim, a crítica do autor ao emprego do conceito de discernimento dentro daquele contexto histórico é articulada pela revés da condição da mulher, de eterna criança na esfera cível (por ser isenta de discernimento) e adulta com sete anos na esfera penal (por se enquadrar na regra de imputabilidade na faixa de sete a quatorze anos). Esta crítica é historicamente muito importante, porque demonstra, na sua essência, a percepção do jurista do Império acerca do descompasso entre a natureza jurídica do instituto (da imputabilidade penal) e os fundamentos filosóficos que o legitima. Enfim, de certa forma o critério da Maçã de Lubeca, que atribui a prova do discernimento (se apresentado para uma criança uma maçã e uma moeda, será inocente aquela que escolher uma maçã, e maliciosa se escolher a moeda) foi fundamento plausível para a demonstrar o discernimento. Mas muito mais do que isso, a história do direito penal juvenil conta com a superação do paradigma a que estiveram confinados tanto a mulher como as crianças e adolescentes no curso da história.

Palavras-chave: Tobias Barreto. Menores e Loucos. História do Direito.