

Capítulo II

O livre arbítrio relativo nos criminalistas brasileiros

Raymundo Nina Rodrigues

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

RODRIGUES, R. N. O livre arbítrio relativo nos criminalistas brasileiros. In: *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, pp. 13-23. ISBN: 978-85-7982-075-5. <https://doi.org/10.7476/9788579820755.0003>.



This work is free of known copyright restrictions. <http://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/>

Este trabalho está livre de restrições de direito de autor e/ou de direitos conexos conhecidas.
<http://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/>

Esta obra está libre de restricciones conocidas de derechos autorales. <http://creativecommons.org/publicdomain/mark/1.0/>

CAPÍTULO II

O LIVRE ARBÍTRIO RELATIVO NOS CRIMINALISTAS BRASILEIROS

Sumário – O livre arbítrio nos códigos criminais brasileiros. O livre arbítrio relativo defendido por Tobias Barreto. Erro substancial da sua teoria: a motivação psíquica implica o determinismo volicional. Argumentação contraproducente de Tobias Barreto. Perigo social do livre arbítrio, absoluto ou relativo.

Consagrei as duas últimas conferências à exposição sucinta do modo por que a ciência positiva moderna encara as questões de imputabilidade e criminalidade no ponto de vista da evolução social e mental. Estabeleci, ao mesmo tempo, as bases, os princípios gerais que nos hão de guiar no exame da questão aplicada, em particular, ao direito criminal brasileiro.

Era, pois, tempo de abordar o âmago da nossa tese. No entanto, a influência preponderante, que justamente exerceu sobre mais de uma geração brasileira um notável criminalista pátrio – cuja memória será sempre recordada com respeito e acatamento por todo espírito liberal e emancipado, tanto quanto tem ele sido caricaturado à farta pelos que vão tirar na copia e reprodução de suas doutrinas o que lhes negou, de próprio, o escasso merecimento –, me obriga a consagrar ainda a conferência de hoje ao exame de outra questão preliminar.

I. A legislação penal brasileira, seja no novo código da república, seja no antigo código do império, tomou por base o pressuposto espiritualista do livre arbítrio para critério da responsabilidade penal. Nisso não fez mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados à europeia, reproduzida ainda recentemente no tão debatido código penal italiano.

Naturalmente esta doutrina é adotada em toda a sua plenitude e aceita com todas as suas consequências pelos partidários da metafísica espiritualista. Como tal, ela não exigiria aqui outra refutação além da que, de direito, se contém no exposto das lições anteriores.

II. Entretanto, esta doutrina é ainda aceita, sob a forma de um ecletismo, de uma conciliação insustentável, por muitos representantes do mais puro determinismo.

Incidu nesta contradição o eminente jurista brasileiro Tobias Barreto, no exame crítico a que submeteu o código de 1830 nos seus *Menores e Loucos*.

E, como somente em atenção à influência que este notável escritor exerceu no nosso país e ainda poderia exercer no espírito de alguns dos senhores, me proponho a examinar doutrinas conciliatórias do determinismo com o livre arbítrio, apenas me ocuparei aqui, dentre as suas múltiplas variedades, daquela que está consagrada na legislação penal alemã e foi adotada por Tobias Barreto.

Tobias Barreto, o monista, o evolucionista, que revolucionou o ensino do direito no Brasil, estacou ante a consequência fatal dos seus princípios filosóficos; consequências que ele próprio havia entrevisto na declaração de que “mais tarde ver-se-há na pena em nome de Darwin e de Hœckel, alguma coisa semelhante à seleção espartana, ou uma espécie de seleção jurídica, pela qual os membros corruptos vão sendo postos à parte do organismo social comum”.

Não teve, porém, a intuição prática dessa previsão, não soube antever que essa consequência lógica e natural da teoria evolucionista aplicada ao direito, havia de ser em breve formulada em corpo de doutrina para constituir, com os Ferri e Garofalo, a escola criminalista positivista.

Ante o receio da imputabilidade geral que havia de ser, no seu conceito, a consequência da condenação do livre arbítrio, ele constituiu-se adversário intransigente daqueles que tendem a identificar o crime com a loucura, os patólogos do crime na sua frase, e lançou-se em formal contradição, admitindo um livre arbítrio relativo, parcial, a ponto de fazer carga ao legislador brasileiro de não ter afirmado, expressamente, no código do império, o momento da liberdade como condição da imputação.

Com a vênia devida à autoridade de tanto peso, devo prevenir-vos contra os perigos da aceitação de tal doutrina. E por dever do cargo sou, pois, obrigado a entender-me com o egrégio professor a respeito de alguns pontos das suas teorias.

Para admitir e defender o livre orbitário, Tobias Barreto não duvidou mesmo renegar os seus princípios filosóficos.

Monista, trancou ele o verdadeiro monismo, o monismo científico ou natural, dando-lhe por coroamento o monismo filosófico de Noiré, que, no consórcio do movimento com o sentimento, achou meios de dar forma nova ao velho dualismo de todos os tempos.

Fino dialético, não viu que era um atentado contra a lógica aceitar a transição natural e sem hiato entre a matéria inorgânica e a orgânica e entre esta e a organizada, para pretender quebrar depois o elo que prende e subordina as leis psicológicas às da fisiologia.

Dizer depois disto que é “decidido sectário do monismo” e afirmar que “as leis da liberdade são as mesmas da natureza” é fazer uma afirmação puramente gratuita, para logo desmentida nas suas aplicações imediatas.

III. Se bem que compreendo Tobias Barreto, pretende ele que há erro da parte dos deterministas em acreditar que a motivação exclui a liberdade do querer, pois que a liberdade da vontade consiste exatamente em obrar de acordo com os motivos escolhidos “e quase sempre em oposição ao pendor da natureza, da mesma forma que se pode adquirir o habito de nadar contra as correntes”.

“Os deterministas, diz ele (*Questões vigentes*, Pernambuco, 1888), entendem que o governo da natureza em relação ao homem, é sempre despótico e que não há vontade livre desde que os atos só se realizam em virtude de motivos”. Se, com isto, Tobias Barreto quer dizer que, apesar das nossas tendências e atividades serem determinadas pelo meio e pela constituição pessoal, não existe obstáculo psíquico ao seu desenvolvimento; ou ainda, se quer referir-se à energia interior que possui cada um de nós, de se desenvolver de um modo especial com uma reação própria contra as influencias do meio; então, como observa Enrico Ferri que tirou este ponto completamente a limpo, não há o menor desacordo entre a sua opinião e a que sustentam os deterministas.

Somente em nada isso prova a existência da liberdade da vontade.

Com efeito, não são só as ações humanas que, apesar de determinadas por causas naturais, podem se desenvolver livremente, sem embaraço de ordem física, mas, sim todos os fenômenos da natureza. Então, como exemplifica Ferri, as águas de um rio, que correm de acordo com as leis da gravidade, se podem dizer livres.

A individuação nas ações humanas prova ainda mais neste sentido, visto como é exatamente porque “toda a ação humana é o efeito necessário de certas causas determinantes, com exclusão de outras, que todo homem tem uma personalidade sua – física e moral”.

Tobias Barreto afirma, sem razão, que os deterministas fundamentam a negação do livre arbítrio no fato bruto da motivação das ações humanas, e que se lhes podem objetar, como prova da existência de uma certa dose da liberdade do querer, a escolha psíquica dos motivos e a possibilidade da determinação no sentido da maior resistência.

Em tudo isto, no entanto, não há mais do que uma aparência ilusória de liberdade da qual, de fato, a consciência, como cúmplice, nos dá falaz testemunho. Mas uma pura alusão não pode servir, como admite Tobias-Barreto, de critério e de base à doutrina da responsabilidade penal.

A escolha dos motivos, bem como a determinação no sentido da maior resistência, “o nadar contra as correntes”, não são manifestações da liberdade, mas tão somente a resultante da organização psicofisiológica do indivíduo.

Para deixar-vos perfeitamente edificados sobre este ponto, não posso fazer melhor do que dar-vos por inteiro a citação dos seguintes trechos, extensos mas substanciosos, em que todos estes fenômenos são submetidos a uma fina e delicada análise psicológica.

Mas, considerada no fundo, o que é a escolha psíquica? Pergunta Ribot (*Les maladies de la volonté*). Insistamos sobre este ponto fundamental, diz ele, e procuremos esclarecê-lo. Descendo a alguns fatos biológicos muito humildes, talvez vejamos melhor em que consiste uma escolha. Para não me perder em analogias remotas, não direi palavra da afinidade física (do ímã para o ferro, por exemplo). No reino vegetal, somente lembrei que as plantas insetívoras, como a dionéia, escolhem, com exclusão dos outros, certos corpos que chegam a seu contato. Da mesma maneira, a ameba escolhe certos fragmentos orgânicos de que se nutre. Estes fatos são incontestáveis: a interpretação é difícil. Em geral, se explicam por uma relação de composição molecular entre o que escolhe e o que é escolhido. Sem dúvida aqui a escolha se exerce num campo muito restrito; mas também é a sua fôrma mais grosseira, quase física. O nascimento e o desenvolvimento de um sistema nervoso, cada vez mais complexo, transformam esta afinidade cega em uma tendência consciente,

depois em muitas tendências contraditórias das quais uma predomina – a que representa o máximo de afinidade (o cão que hesita entre muitos alimentos e acaba por escolher um). Mas sempre a *escolha exprime a natureza do indivíduo, num momento dado, em circunstâncias dadas, e em um grão dado*; isto é, que quanto mais fraca é a afinidade, tanto menos decidida é a preferência. Podemos dizer, pois, que a *escolha* – resulte ela de uma tendência, de muitas tendências, de uma sensação presente, de imagens recordadas, de ideias complexas, de cálculos complicados e projetados no futuro – *funda-se sempre numa afinidade, numa analogia de natureza, em uma adaptação*. Isto é tão verdadeiro do animal inferior ou superior, como do homem, para o vício ou para a virtude, para a ciência, o prazer ou a ambição. Para nos limitar ao homem, figuremos, como exemplo, que dois ou muitos estados de consciência surgem como fins possíveis de ação: após oscilações, um é escolhido, preferido. Por quê? – senão porque, entre este estado e a soma de estados conscientes, subconscientes e inconscientes (puramente fisiológicos) que constituem neste momento a pessoa, o eu, há conveniência, analogia de natureza, afinidade? É a única explicação possível da escolha, a menos que não se admita que ela não tem causa... Todo animal, privado ou dotado de razão, são ou doente, não pode querer senão o que lhe *parece*, no momento atual, o seu maior prazer, ou o seu menor mal. O próprio homem que prefere a morte à desonra ou à apostasia (nadar contra as correntes) escolhe o partido menos desagradável. O caráter individual e o desenvolvimento da razão fazem com que a escolha ora suba muito alto, ora caia muito baixo; mas tende sempre para o que agrada mais. O contrário é impossível. Uma verdade psicológica tão clara que os antigos tinham feito dela um axioma e foram precisos volumes de metafísica para obscurecê-la.

Não é menos completa e magistral a explicação, ou antes a interpretação natural da ação no sentido da maior resistência.

Salvo a nossa ignorância, diz ainda Ribot, não temos, pois, razão alguma para atribuir ao esforço volicional um caráter à parte do esforço muscular. Em todos os casos em que este esforço deve se produzir, surge sempre o seguinte problema – os elementos nervosos são capazes de fornecer um excesso de trabalho durante um período dado? Ou então, por natureza, por falta de educação e de exercício, esgotam-se rapidamente e ficam incapazes de recobrar novas forças? Têm eles, sim ou não, uma qualidade suficiente de força disponível armazenada em si? O problema da ação no sentido da maior resistência acha-se reduzido assim aos seus termos últimos. É esse

trabalho oculto, quase desconhecido, que se traduz pelo sentimento do esforço volicional. O sentimento de esforço, sob todas as suas formas, é, pois, um estado subjetivo que corresponde a certos fenômenos que se passam nos centros nervosos e em outras partes do organismo, mas que se assemelham tão pouco a eles quanto as sensações de som e de luz, assemelham-se a sua causa objetiva. Para ser capaz de grandes esforços musculares, é preciso que os centros nervosos adaptados achem-se em estado de produzir um trabalho considerável e prolongado; o que depende de sua natureza e da rapidez em reparar as suas perdas. Para produzir um grande esforço moral ou intelectual, é preciso, do mesmo modo, que os centros nervosos adaptados a esse fim (quaisquer que eles sejam, e a nossa ignorância a este respeito é quase completa) estejam em condições de produzir um trabalho intenso e repetido, ao invés de se esgotar rápida e definitivamente. A possibilidade do esforço é, pois, em última análise, um dom natural.

Convém explicar-vos que esta maior resistência é representada pelas tendências inferiores da organização psicofisiológica, em luta com as tendências superiores, de adaptação mais complexa, porém menos fortes por serem mais recentes.

Não é menos positivo o modo por que se enuncia e condena a opinião de Tobias Barreto um autor que não lhe pode ser suspeito, porque quase escapou da ojeriza galofóbica do ilustre e eminente professor.

A liberdade, diz Eugenio Veron (*La Morale*, Paris, 1884), não se deve procurá-la nos arrebatamentos dos selvagens, nem nos assomos de paixão em que evidentemente o homem não é mais do que o juguete da força desordenada que o domina. Se ela pode ser encontrada em alguma parte, é na deliberação tranquila e calma que institui em si mesmo o homem razoável, quando opõe motivos, os estuda, os compara, examina as suas consequências, as suas soluções no ponto de vista do seu interesse individual e do interesse social. Após este exame atento – e depende dele prestar a isso maior ou menor atenção – escolhe o que lhe parece mais conforme ao que considera como o fim mais desejável. Esta conformidade reconhecida produz nele uma convicção que se impõe à sua ação. Toda oposição tem então desaparecido, porque já não subsiste mais do que um só motivo de agir; e esta ausência de oposição é justamente o que pode dialogar a ilusão da liberdade. Na realidade, porém, é sempre, como estabelecemos, o motivo mais forte que predomina; somente a pesada

dos motivos se tem produzido em condições de calma e de reflexão, que afastam toda ideia de violência e submissão. Nem por isso é menos verdade que esta liberdade é sempre uma aparência, pois que, em suma, ela se limitou a escolher o motivo que reconheceu mais conforme às necessidades do indivíduo; ora, essas necessidades resultam fatalmente da constituição humana. A conformidade do motivo com a necessidade não depende mais da vontade do homem, do que o reconhecimento desta conformidade depende do capricho da inteligência.

Se depois desta análise da escolha volicional, tão completa e magistral, é ainda possível afirmar que o homem é livre; se ainda é lícito acreditar que, na ilusão de liberdade que nos dá a consciência, há alguma realidade; então não sei que valor podem ter as deduções da lógica, nem que significação possam adquirir os frutos de sua observação científica.

E esta análise tanto se refere e compreende o livre arbítrio dos metafísicos, como a liberdade parcial, dos espíritos timoratos e indecisos.

É claro, diz com razão Enrico Ferri (*La Sociologie criminelle*, Paris, 1893), que todos os raciocínios lógicos e de fato que se dirigem contra o livre arbítrio absoluto, destroem igualmente o livre arbítrio relativo, porque as objeções que valem contra um metro de liberdade, valem também contra um centímetro da mesma liberdade.

IV. A conciliação impossível que tenta Tobias Barreto entre o determinismo e o livre arbítrio acha a sua condenação a cada passo, nos próprios argumentos em que ele procura firmá-la.

Pretende ele, por exemplo, que se pode tirar uma nova prova da existência da liberdade, do fato de estar à seleção social – que ele supõe um produto da vontade humana – em constante contradição com a seleção, “sendo uma série de combates contra o geral combate pela existência”.

Compreendo que admitida a seleção social como um produto da vontade humana, se possa concluir daí que a vontade é uma causa, o que ninguém contesta.

Mas não compreendo como se possa concluir que a vontade é livre. Porque contraria a seleção natural, não. Pois, a seleção natural não se faz rigorosamente em linha reta e a adaptação de seres relativamente aperfeiçoados a certos meios pode ter como consequência até uma regressão morfológica.

É o que se dá com os parasitas.

Outra série de exemplos notáveis de adaptação correlativa, diz Haeckel (*Histoire de la Création*, 1877), nos é fornecida pelos diversos animais e vegetais, que se adaptando a uma vida de parasita, são feridos de retrogradação. Nenhuma outra mudança de gênero de vida atua tanto sobre o desenvolvimento de um organismo como o costume à vida parasita. Animais que, precedentemente viviam independentes e livres, perdem inteiramente, tornando-se parasitas de animais ou plantas, a atividade dos seus órgãos do movimento ou dos sentidos. Mas a perda da atividade acarreta a perda dos órgãos pelos quais se manifestava essa atividade e então, se vê, por exemplo, numerosos crustáceos, que, depois de haver possuído na mocidade um grão elevado de organização, patas, palpos táteis, olhos, degeneram com a idade, quando se tem tornado parasitas perfeitos, e então não possuem mais nem olhos, nem órgãos do movimento, nem palpos táteis. A forma transitória da mocidade, movei e ágil, se transforma em massa informe, imóvel. Só os órgãos mais indispensáveis, os da nutrição e da geração, conservam a atividade. Todo o resto do corpo é tocado de retrogradação.

Tobias Barreto não consideraria, por certo, esta adaptação regressiva uma manifestação voluntária e livre, somente por ter ela contrariado a direção primitiva da seleção natural.

Não é menos superficial e contraproducente a objeção tirada da impulsividade epilética...

O ato impulsivo não é, como afirma Tobias Barreto, um ato sem motivos, pois na motivação psíquica, além dos motivos externos, objetivos, aparentes, os fins da ação, a que se referia Trousseau, citado por Tobias Barreto, há ainda os motivos internos, organizados, hereditários ou adquiridos, e inconscientes ou subconscientes.

Variando desde o automatismo reflexo até a impotência voluntária consciente, os atos impulsivos depõem, ao contrário, contra a existência de uma vontade livre. O estudo da desorganização do ato volitivo nas impulsões irresistíveis é muito instrutivo. A deixa descoberto o mecanismo psicológico da determinação voluntária e permite verificar a sua subordinação às leis gerais da motivação.

Não é menos incompreensível, do ponto de vista do livre arbítrio, a declaração de Tobias Barreto de que ele “considera o crime como uma das mais claras manifestações do princípio naturalístico da hereditariedade”.

Não aproveita, não atenua e pelo contrário agrava ainda mais esta contradição a sua comparação das modificações possíveis da vontade (ele diz índole, isto é, caráter) com as modificações da cor nas pétalas da flor e nas plumas das aves.

Se por força da seleção natural ou artística, diz ele, até às aves mudam a cor das plumas e às flores a cor das pétalas, por que razão, em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direção da sua índole?

A comparação pode ser poética, mas não é lógica.

Nesta comparação, fica-se na alternativa seguinte: ou acreditar que estes fenômenos naturais são voluntários, o que é absurdo no ponto de vista do livre arbítrio humano; ou aceitar o código como fator de seleção natural da mesma espécie e natureza que os fatores da seleção nos vegetais – como eu aceito – mas neste caso é preciso sacrificar o livre arbítrio.

Dos esforços de Tobias Barreto neste sentido pode-se repetir o que o Dr. Clovis Bevilacqua escreveu de Fouillée.

Dado o princípio da causalidade, diz ele (*Sobre uma nova teoria da responsabilidade*, Recife, 1892), como traduzindo abstratamente o modo uniforme pelo qual se realizam os fenômenos de todo o cosmo, e admitida a unidade evolucional dos mundos, inorgânico e orgânico, do físico e do psíquico, o livre arbítrio se afigura como uma incongruência, como um sonho criado pela imaginação para fugir às contingências desta existência fenomênica. E é desta desproporção fundamental entre o conceito do livre arbítrio e os elementos imediatos da nossa cognição que resulta a inanidade de todos os esforços para conciliá-lo com o determinismo.

Não preciso examinar mais em detalhe a teoria do livre arbítrio relativo de Tobias Barreto sob a sua forma alemã de liberdade da inteligência. Aqui, como faz notar Ferri, analisando o art. 51 do código penal alemão, o livre arbítrio expulso pela porta da vontade, é admitido pela janela da inteligência.

Inadmissível sob a forma de independência de causas internas e externas, a liberdade da inteligência, mesmo sob a forma da sua normalidade, implica o livre arbítrio.

V. De nada valeu, entretanto, o sacrifício da contradição do eminente jurista. Livre arbítrio absoluto, ou relativo, é claro que a doutrina criminal que sobre ele fizer repousar a responsabilidade, há de conduzir fatalmente à impunidade.

A psiquiatria moderna amplia todos os dias os seus domínios a todo o instante dilatam mais e mais ao campo de ação das causas atenuantes ou dirimentes da responsabilidade. E basta refletir um instante sobre a marcha sempre crescente do prestígio da freniatria legal, do meio para o fim de presente século, para se concluir que, com o atual sistema de repressão, em época pouco remota, há de estar infalivelmente satisfeito o *desideratum* – asilo em vez de prisão –, dos tão mal vistos patólogos do crime.

Conclui-se a lista das causas que, no conceito dos alienistas modernos, dirimem ou atenuam a responsabilidade penal; consulte-se Riant ou Thierry e a conclusão é que em rigor a poucos criminosos não aproveitarão os benefícios da irresponsabilidade.

E nem podia ser de outro modo.

Desde que os alienistas, peritos natos na matéria, se educam todos no espírito positivo e determinista da psicologia moderna; desde que por sua vez esta demonstra e prega a subordinação fatal de toda determinação, suposta voluntária, a conexões psíquicas anteriores; era necessária a conclusão de que, quanto mais profunda e competente for a análise psicológica do criminoso, quanto mais adiantados e aperfeiçoados estiverem os conhecimentos da psicologia mórbida, tanto mais fácil será descobrir moveis de ação, inteiramente alheios a influência da vontade livre e por conseguinte tanto mais numerosas serão as declarações de irresponsabilidade e mais frequentes as absolvições.

Não é um médico, mas, sim um criminalista notável, Tarde (*Philosophie pénale*), quem aprecia a questão nos seguintes termos:

Ao médico perito, incumbido, em um número crescente de casos, de apreciar o estado mental do culpado, torna-se cada vez mais difícil emitir a opinião de que este era livre em querer de modo diverso do que quis. Se o médico exprime esta opinião, é violentando as suas convicções científicas. Um médico legista, Dr. Mendel, publicou um trabalho destinado a provar que os seus colegas devem se abster de responder ao quesito: o acusado estava no gozo de seu livre arbítrio?

Virchow e outras notabilidades médicas adotam esta opinião. Eles têm razão: pensar de outro modo é, da parte de um perito determinista, sacrificar a lógica à utilidade, a sinceridade talvez à rotina. Por outro lado, perante os tribunais, torna-se cada vez mais fácil ao advogado, com os escritos dos alienistas em punho, demonstrar o caráter irresistível das impulsões criminosas que arrastaram o seu cliente; e, tanto para o jurado como para o legislador a irresponsabilidade do acusado é a consequência.

Vede, pois, senhores: a doutrina do livre arbítrio relativo nos leva exatamente a essa perigosa impunidade geral, a que procurava fugir Tobias Barreto. E era contra esta consequência que eu queria e tinha o dever de prevenir-vos.

Enxertando, como faz o ecletismo, os dados científicos da biossociologia criminal no velho tronco das teorias clássicas, diz Ferri (*loc. cit.*), acontece que nem temos os frutos que esses dados produziram por meio de uma aplicação completa e lógica, nem os efeitos que logicamente, apesar do seu desacordo com a realidade das cousas, trariam os princípios clássicos em seu absolutismo.

O que sucede na prática, tinha dito ele antes – e o que doravante é um verdadeiro perigo social das teorias clássicas –, é uma espécie de impunidade, ou semi-impunidade ou semi-impunidade geral, um verdadeiro jubileu sobretudo para os criminosos mais perigosos.

O exame da responsabilidade das raças brasileiras nos nossos códigos penais vai ministrar um novo exemplo desse dilema em que se debatem os criminalistas clássicos: ou punir sacrificando o princípio do livre arbítrio, ou respeitar esse princípio, prejudicando a segurança social.