

**O MENOR E A MENORIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO CRIMINAL
BRASILEIRO NA DÉCADA DE 1880: AS IDÉIAS DE TOBIAS BARRETO E JOÃO
VIEIRA DE ARAÚJO**

**THE YOUNGER AND THE CHILD BY THE OPTIC OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW
IN THE DECADE OF 1880: THE IDEAS OF TOBIAS BARRETO AND JOÃO VIEIRA
DE ARAÚJO**

*BÁRBARA LISBOA PINTO**

Resumo

Este artigo se propõe a discutir a construção das idéias sobre o menor, quando este cometia ou era suspeito de cometer delitos. Toma como eixo de análise o Direito Criminal Brasileiro do final do século XIX, sobretudo as obras de Tobias Barreto e João Vieira de Araújo. Partindo de pressupostos teóricos bem distintos, estes grandes juristas da época abriram a possibilidade de uma discussão mais reflexiva sobre o menor e o criminoso. Enquanto Tobias Barreto se baseava nas idéias filosóficas de alguns escritores alemães, João Vieira de Araújo abraçava as idéias positivistas que no momento se apresentavam no Brasil. Sendo assim, através de bases distintas, ambos autores apresentaram em suas análises algumas referências sobre menores, possibilitando-nos uma discussão sobre como as reflexões da relação entre o crime e o menor foram sendo desenvolvidas. Escolhemos, como eixo cronológico, a década de 1880, final do período monárquico. Neste momento, o positivismo e as idéias de Cesare Lombroso foram, aos poucos, sendo recebidas no Brasil. Por isso mesmo, as discussões no campo do Direito Criminal se tornam mais embasadas teoricamente. As fontes utilizadas para a execução deste artigo foram algumas obras da década de 1880, de Tobias Barreto e João Vieira de Araújo e alguns comentários de várias edições do código Criminal do Império de 1830.

Palavras-chaves

menor, menoridade, crime, criminoso, direitos

Abstract

The present article discusses a construction of ideas about child, when commits crime or is under suspect of. The central point of this analysis is the Brazilian Criminal Justice at the end of XIX century, mainly the Tobias Barreto 's and João Vieira de Araújo 's works. Beginning with clear theoretical's presuppositions these great jurists of this time opened the possibility of discussion more profoundly about child and criminal. While Tobias Barreto's ideas was inspired in certain Germans writers, João Vieira de Araújo belongs to positivist ideas that was important in that moment in Brazil. Both writers presented in their analysis some

* Mestre em História pela Universidade Federal Fluminense – UFF- 2002

references about child, what gave us new concepts about relationship with crime and child and their development. The choice of chronological point is the decade of 1880, the end of monarch time. In this moment, the positivism and the ideas of Cesare Lombroso was little by little being received in Brazil promoting a lot of discussions about Criminal Justice improving the theories about. This article was based on works from decade of 1880, from Tobias Barreto and João Vieira de Araújo as well some comments on editions of Criminal Code of Empire of 1830.

Key words

younger, child, crime, criminal, justice

O Direito Criminal brasileiro do final do século XIX estava sob a influência de obras filosóficas europeias, sobretudo dos postulados da Escola Clássica de Direito Penal e da nova Escola Positivista ou Antropológica, surgida nas últimas décadas do mesmo século. Contudo, independente de Escola jurídica, as discussões sobre a infância e o menor “delinqüente” no Direito Criminal brasileiro foram feitas a partir das idéias de “crime” e de “criminoso”. Embora o Código Criminal de 1830, ainda em vigência na década de 1880, fixasse uma definição de “crime” e de “criminoso”, teve seus dispositivos muito questionados, tanto pelos defensores de postulados da Escola Clássica, quanto pelos que aderiram aos princípios positivistas. Foi nesse espaço de discordâncias e de repensar as idéias de “crime” e “criminoso” que surgiu o debate sobre a questão do menor “delinqüente”, preocupação que atingia não só juristas como políticos e autoridades públicas.

Sendo assim, é válido destacarmos alguns dos seus dispositivos. Nesse código imperial, definia-se crime¹ como: - “toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais”; - “a tentativa de crime”; - e “o abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por lei) contra os interesses públicos, ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade pública o exija”; além da “ameaça de fazer algum mal a alguém” (Tinoco, 1886: 9-17).

Para uma pessoa ser considerada “criminoso” ou “delinqüente”, era necessário haver má fé, ou seja, que tivesse o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo. Os criminosos eram enquadrados em duas categorias, a de autores e a de cúmplices. Os autores eram aqueles que cometeram, constrangeram ou mandaram alguém cometer delitos. Os cúmplices eram todos os que contribuíram para a consecução dos crimes (Tinoco, 1886: 17-24).

¹ No Brasil monárquico, não existia diferença entre crime e delito.

Quanto ao menor, a lei estabelecia que não havia imputabilidade até os 14 anos, a não ser que ficasse provado que este havia agido com discernimento. Neste caso, seria recolhido às casas de correção pelo tempo determinado pelo juiz, contanto que não excedesse à idade de 17 anos (Tinoco, 1886: 24-28,30). Quando o réu era menor de 21 anos contava com as circunstâncias atenuantes, sendo que se tivesse entre 14 e 17 anos, o juiz poderia lhe impor as penas de cumplicidade. Além disso, a pena de morte nunca se aplicaria ao menor, e a pena de galés deveria ser substituída pela prisão com trabalho (Tinoco, 1886: 49-54,70-71).

No caso do menor escravo, a lei era omissa, porém no Código anotado pelo juiz Antonio Tinoco, encontramos um comentário sobre um aviso nº 190, de 17 de julho de 1852, onde havia uma declaração do Presidente da Província de São Paulo que julgava que fundado nos princípios da humanidade, os termos da lei também são aplicáveis ao menor escravo (Tinoco, 1886: 25). Entretanto, no caso do artigo 45, havia a discussão sobre a pena de galés que deveria ser substituída pela prisão com trabalho. Pelo artigo 60, ficou estipulado que um escravo só poderia receber as penas de morte, galés e açoite. Sendo assim, alguns juizes, mesmo com essa determinação, substituíram a galés pela prisão com trabalho, enquanto outros substituíram pelos açoites. Era uma questão que gerava jurisprudência (Tinoco, 1886: 70-75).

A partir dessas definições estipuladas pelo Código, os juristas faziam as suas análises propondo uma homogeneidade na forma de aplicar os dispositivos. Entre os autores que discutiram o crime e o criminoso, trabalharemos com Tobias Barreto Menezes (1898) e João Vieira de Araújo (1884), por enfatizarem a discussão do menor e da menoridade. Embora para essa abordagem, existissem outros juristas merecedores de análise, escolhemos estes dois autores por dois motivos: 1) o acesso fácil às obras; 2) o propósito que temos de relacionar as concepções sobre o Direito Criminal com a prática nos tribunais, conciliação viável nas suas obras.

Ambos autores construíram seus argumentos de forma bem distinta um do outro. Por isso mesmo nos proporcionaram a reconstrução de um universo de conceitos e de noções predominantes no terreno jurídico da época. Além disso, esses autores elaboraram suas obras na década de 1880, época na qual se transformou toda a dinâmica de estudo sobre o crime e o criminoso; aquele foi um momento de seu debate decisivo na delimitação dos campos de conhecimento do Direito Criminal, para o qual muito contribuíram. Isto quer dizer que além de buscarem um status de “ciência” para o Direito, tentaram discutir e delimitar o âmbito de sua ação na esfera jurídico-penal, o que levou, no início do século XX, a uma separação entre aquilo que se chamaria de Criminologia – o estudo crime

e do criminoso - e o Direito Penal – o estudo das penas. Um exemplo do reflexo dessas transformações foi visível na elaboração do Código vigente a partir de 1890, que passou a ter o qualificativo de “Código Penal”, e não de “Código Criminal”, como o do Império.

O que tange ao estudo do menor “delinqüente” na década de 1880, não existiam estudos profundos sobre a capacidade e intencionalidade que um jovem poderia ter. Entretanto, foi a partir das discussões sobre a menoridade, exposta em autores como Tobias Barreto Menezes (1898) e Vieira de Araújo (1884), que se criou um espaço para uma discussão mais ampla sobre o menor.

João Vieira de Araújo (1884) foi lente da cadeira de Direito Criminal da Faculdade de Direito de Recife. Escreveu “Ensaio de Direito Penal” ou “Repetições escritas ao Código Criminal” com o intuito de modernizar as explicações sobre a parte filosófica do Código Criminal. Salientou que o Direito Criminal, entre todos os outros direitos, é o que está mais sujeito a transformações devido aos estudos de Antropologia realizados em vários países da Europa, em especial à obra “L'uomo delinqüente”, do professor italiano Cesare Lombroso, que revolucionou os estudos de Criminologia. Pretendia, assim, oferecer um ensaio sobre toda a matéria filosófica pertinente ao Direito Criminal, visando a prática processual. Entendia que o estudo do Código não poderia ser feito a partir da leitura de suas disposições acompanhadas de ligeira justificação, defendendo, então, a elaboração de um estudo mais amplo, envolvendo a filosofia do Direito: o estudo de um Código supunha o conhecimento de princípios e conceitos jurídicos já aceitos. Para isso, baseou-se nas obras italianas e alemães, principalmente em autores como Pessina e Tolomei, além de alguns poucos escritos franceses e belgas.

Preocupado em garantir ao Direito um status de “ciência”, Vieira de Araújo (1884) construiu suas idéias a partir das outras “ciências humanas”, como a Antropologia e a Sociologia. Desta forma, para ele o Direito era uma instituição social oriunda dos princípios da evolução das sociedades - bem como as outras áreas do conhecimento humano -, possuindo ainda uma missão disciplinadora e adaptadora dos atos humanos. Neste sentido, as noções de justo e injusto numa sociedade tornar-se-iam fixas e permanentes só em estágios relativamente avançados, diferenciando-se de acordo com o grau de evolução da sociedade; isto quer dizer que o Direito seria um produto de uma sociedade avançada. Portanto, a partir do momento que uma sociedade se complexificaria, criar-se-iam novas instituições e o Direito Criminal apareceria para definir quais seriam as ações delituosas e quais seriam as infrações sujeitas a uma pena aplicável na proporção da lei prevista (Araújo, 1884: 1-50).

Idealizando um Código que acompanhasse as novidades científicas, concordou com a utilização da denominação “Código Criminal” adotada no Brasil, em detrimento de “Código Penal”, nomenclatura usada em outros países. Para ele, o qualificativo Criminal seria mais substancial do que o Penal, pois abrangeria as noções adquiridas no terreno da Criminologia. Relacionado à pena, “penal” teria um significado mais restrito, devendo estar vinculado à idéia de crime para ter sentido. Baseado na escola Positiva ou positivista, o autor mostrava que o conceito de pena é muito mais genérico que na escola Clássica.

Achava que apesar do Código Criminal do Império ter uma denominação correta, sua divisão deveria ser feita em outros moldes; deveria ser separado em duas grandes partes: uma geral e outra especial. A parte geral cuidaria dos crimes e das penas, em geral, e estaria dividida em dois títulos com capítulos que discriminariam os assuntos. Já a parte especial compreenderia os crimes e as penas em particular, devendo ser dividido em três livros, com seus títulos e capítulos: um para os crimes públicos; outro para os crimes particulares; e finalmente, o último para os crimes policiais (Araújo, 1889: 1-2).

Este empenho de João Vieira de Araújo (1889) em enfatizar um estudo mais direcionado e prático do crime, devia-se ao seu fascínio pela Antropologia Criminal, que se aprimorava desde então. Para ele, esta área do conhecimento era uma síntese de conclusões obtidas pelos processos científicos sobre o homem criminoso em todos os seus aspectos físicos, somáticos e psíquicos. Desse modo, este campo deveria se associar à Psiquiatria e às Ciências Penais, visando o estudo do crime como uma ação humana, o estudo da pena como uma reação social e o estudo dos sistemas de aplicação penal como meios eficazes que corresponderiam à função de punir, exercida pelo Estado. O autor preferiu aderir, sempre que possível, ao conceito de criminoso, e não ao de crime, criticando a Escola Clássica. Em sua concepção, esta escola considerava o crime como um ente jurídico abstrato em vez de observá-lo como uma ação humana, referindo-o ao seu autor. (Araújo, 1889: 3) Para estudar o crime nesta perspectiva, o autor discutiu se ele era produzido nas condições em que se formava e desenvolvia o caráter humano. Para ele, o caráter era hereditário, porém moldável de acordo com o ambiente, constituindo-se de dois elementos: um fundamental - que era hereditário; e outro adventício - que era aprendido no curso da vida individual e que servia para dar um cunho claro e decisivo, modificando o fundamental. As crianças manifestavam suas condições de ânimo nas diferentes condições sociais, que eram modificadas por diversos fatores como a educação da família, as necessidades da vida, os amigos, as mulheres e os homens de mérito. Sendo assim, segundo a

Antropologia Criminal, os indivíduos que tivessem uma estrutura patológica eram, na maioria das vezes, propensos a cometer delitos pelas influências sociais que receberam. (Araújo, 1884: 40,43-44)

Entretanto, quando João Vieira de Araújo (1884) tenta relacionar a questão do crime com a da lei, apontou que a diversidade de sistemas de Direito Penal não permitia uma unanimidade na definição filosófica de crime. Quando analisou esta descrição contida no Código Criminal do Império, mostrou que ela era incompleta, podendo haver violação da lei penal sem haver crime, dando como exemplo uma condenação que poderia conter uma violação da lei penal sem ser por isso crime.

Ainda para o autor, a lei determinava a aparição real do crime e não sua existência racional. Por isso mesmo, o crime seria contraditório à lei, além de ser uma forma de negação do direito (Araújo, 1889: 5-6). Ele teria ainda dois elementos: um formal, da contraposição do direito, e o material, de determinação positiva, de contraposição legal. Ele seria um ato contrário às leis que constituem a economia humana, o produto de um caráter atávico que revelaria uma estrutura especial do cérebro do delinqüente ou o efeito de um estado patológico (Araújo, 1884: 49-50). A idéia de um homem livre era um aforismo, pois a liberdade era um postulado. Portanto, um delinqüente quando cometia um ato criminoso, o fazia por uma razão anômala. Desta forma, deveria ser punido por violar uma norma que feria os direitos da sociedade (Araújo, 1884: 50-78). Além disso, o autor acrescentava que em relação ao crime e à aplicação da respectiva pena, era de consenso entre os criminalistas que o costume não deveria substituir ou suprir a lei criminal. Isto porque na omissão da lei não existia crime nem pena e o costume só auxiliaria em caso de abusos por parte do Poder Judiciário (Araújo, 1889: 6-7).

Diante dessas concepções sobre o crime e o criminoso, João Vieira de Araújo (1884) tocava na questão do menor pelo prisma da menoridade, buscando discutir se era preferível fixar ou não uma idade certa para o indivíduo ser considerado imputável, ou seja, passível de responder perante a lei e de receber uma pena qualquer em função de um ato ilícito. Para ele, era impossível estipular uma idade totalmente correta para isentar ou graduar a pena de acordo com a extensão da imputabilidade, devido à diversidade de maturidade psíquica na sociedade. Entretanto, defendia as vantagens de se fixar um máximo legal, visto que, não se devia deixar para juízes leigos, e muitas vezes ignorantes, a tarefa de decidir a questão do discernimento. Isto poderia ser imprudente e, possivelmente, poderia causar injustiças.

Embora partissem de orientações filosóficas distintas, tanto João Vieira de Araújo (1884) quanto Tobias Barreto Menezes (1898) convergiam na questão de se estipular uma idade para o menor ser imputável.

Ao entrar como lente na Faculdade de Direito de Recife, Tobias Barreto Menezes (1898) marcou uma nova fase para a instituição, trazendo importantes reflexões sobre o Direito. O seu pensamento mostrava uma característica peculiar: no momento em que o Direito Criminal abraçava as novas idéias da Antropologia Criminal, mais especificamente as análises do psiquiatra Cesare Lombroso, Tobias Barreto tecia críticas ferrenhas a essas idéias.

Seus questionamentos eram visíveis nas obras “Menores e Loucos” e “Estudos de Direito”. Em “Menores e Loucos”, o autor fez uma análise de algumas noções sobre crime e criminoso transcritas no Código Criminal, demonstrando com erudição, como os qualificados irresponsáveis (menores e loucos) não poderiam ser incluídos na mesma categoria.

Para isto, referiu-se às novidades da ciência social. Para ele, a idéia de “ciência social”, enquanto um conjunto de noções adquiridas e sistematizadas sobre os fenômenos sociais e suas leis, ainda encontrava-se em estágio embrionário. Isto porque não satisfazia plenamente às exigências do método de observação e indução (Menezes, 1926: 13). A ciência social ocuparia o último lugar na categoria das ciências, pois apesar de se saber que as sociedades se desenvolvem, não se conhecem as leis desse desenvolvimento. Um exemplo disso é a economia política que ainda discutia as idéias fundamentais como as noções de valor, capital e trabalho.

Tobias Barreto criticou algumas tendências que julgaram ter acabado com as antigas formas de estudo da sociedade, colocando a Sociologia no mesmo plano das Ciências Naturais através da perspectiva metodológica adotada. Contudo, para o autor o problema não era o método, mas a falta de um objeto que pudesse ser regularmente observado pela Sociologia. O que deveria ser enfatizado nesse impasse era a observação da totalidade dos fenômenos sociais e descobrir a suas respectivas leis (Menezes, 1898: 123).

Por esse viés, criticou as idéias de Lombroso no estudo da Antropologia Criminal, mostrando que a obsessão deste autor em provar seus argumentos acabou obscurecendo as questões sobre o crime e o criminoso. Para ele, Lombroso teria reduzido o crime às proporções de um fato natural, inevitável e incorrigível como uma doença, parecendo julgar inútil a função da Justiça pública ao apontar para o fenômeno constante da reincidência. Tobias Barreto rebateu essas idéias mostrando

que a reincidência não fazia parte apenas do terreno da criminalidade, mas era uma característica do vício e do erro em geral, que pertencem à natureza humana (Menezes, 1926: 71-72).

Segundo a concepção de Tobias Barreto, no que tangia à Ciência Jurídica e à ciência social, não achava que ambas satisfizessem plenamente às exigências de um sistema científico verdadeiro. Considerava que a Ciência do Direito não existia isolada, ocupando, portanto, um lugar peculiar no sistema de conhecimentos logicamente organizados: tratando de uma determinada ordem de fatos humanos, tinha por objeto um dos traços característicos da humanidade e fazia parte da ciência do homem. Contudo, estava subordinada a outros conhecimentos que a precediam, encontrando neles suas idéias introdutórias e iniciais (Menezes, 1898: 109).

Um dos obstáculos a serem vencidos pelo Direito enquanto uma ciência seria a idéia do direito natural. Para Tobias Barreto, essa doutrina não se conformava com a ciência social, pois envolvia a noção de um direito permanente e universal, que não se sujeitava a relatividades nem no tempo nem no espaço. Esse direito natural moderno, que se coloca como apriorístico e como filho único da razão humana, era uma criação da Holanda do século XVII e não se compatibilizava com as noções correntes da Sociologia, que demonstravam que tudo estava sujeito a uma lei do desenvolvimento, não escapando o próprio Direito. O direito natural não existia, pois o Direito era produto da cultura humana; era uma força que se limitava ao interesse da sociedade (Menezes, 1926: Introd.s/p.). A cultura era entendida pelo autor como uma antítese da natureza, ou seja, um produto da mudança do natural ativada pelo homem.

Desse modo, para ele, o Direito era uma disciplina que a sociedade impunha a si mesma na pessoa de seus membros como meio de atingir a convivência harmônica de todos os associados. Ele era um complexo de princípios reguladores da vida social, estabelecidos e manejados pelo Estado. Nesse princípio, a ciência do Direito era o estudo sistematizado e metódico das condições que dependiam a ordem social ou o estado normal da vida pública (Menezes, 1898: 130-137).

Sendo assim, ao discutir o crime e o criminoso no terreno do Direito Criminal, o autor dizia que apesar das muitas críticas feitas ao Código Criminal em sua definição de crime, devia-se ressaltar que um código não era um tratado de Ciências Naturais. No Código estava presente uma definição formal do crime, ou seja, uma classificação das ações humanas segundo a medida de um direito positivo determinado. Porém, devia-se levar em consideração que não dizia sobre a essência do crime. A extensão do delito poderia ser mutável, mas o seu conceito era sempre idêntico, pois

representava uma agressão às condições vitais de existência da sociedade. O conceito de crime era inseparável do conceito de pena, forma na qual a sociedade se defendia (Menezes, 1898: 241-243).

Para ele, o que determinava o âmbito da punição era o grau de violação das condições vitais da sociedade. A aplicação legislativa da penalidade estava determinada na política social, atendendo os casos da sociedade, que seriam da ordem da experiência individual, das circunstâncias de vida e do estado moral que possui (Menezes, 1898: 242).

O autor estendeu suas críticas aos legisladores penais que utilizavam uma “psicologia de pobre”, usando noções bem rudimentares para refletir sobre o tema. Não se dava importância para o momento da liberdade no ato do crime, pois a idéia de criminoso envolvia a idéia de um espírito que se achava no exercício regular de suas funções e tinha atravessado as quatro fases da evolução individual: a consciência de si mesmo, do mundo externo, do dever e do direito (Menezes, 1926: 7-12).

Embora o Código reconhecesse esses princípios, ele havia colocado em uma só categoria os diversos sujeitos irresponsáveis, que não se resumiam a um denominador comum. Nesse sentido, a discussão do menor, que se incluía nessa categoria, era feita a partir da idéia do discernimento. Para o autor, esta noção dava lugar para muitos abusos. Assim, a questão da fixação legal de uma época para o homem ser criminalmente responsável era uma questão em aberto. Isto porque as individualidades psíquicas eram para ele muito mais variadas do que as somáticas (Menezes, 1926: 14).

Desta forma, Tobias Barreto concordava com o pensamento de Kitka: em um Estado com muitas províncias, de diferentes graus de desenvolvimento e de cultura, deveria prevalecer como base para a imputabilidade o ponto mais alto, que pudesse convir com todas as províncias, pois não havia o perigo de se punir como criminoso quem não tivesse atingido o discernimento necessário para firmar a imputação (Menezes, 1926: 14).

Uma outra crítica que o autor fez foi sobre a questão da igualdade entre a maioria criminal do homem e da mulher. Questionava os motivos de ordem moral ou política que levaram a igualar os dois sexos sob o ponto de vista jurídico-penal, quando estes eram, no seu ponto de vista, tão desiguais sob a esfera do direito civil. Para o autor, essa distinção também deveria ser feita no campo criminal, pois “ enquanto a mulher não tiver como o homem, o direito de subir a tribuna, ela não deve ter igualmente com ele, nas mesmas proporções que ele, o direito de subir ao cadafalso.” (Menezes, 1926: 35-38)

É desta maneira que percebemos que, tanto Tobias Barreto quanto João Vieira de Araújo concordaram que uma idade deveria ser estipulada para tornar o menor passível de imputabilidade. Pensaram assim não por acharem que todos os jovens fossem iguais em formações psíquicas, mas por pensarem na proteção ao menor, que poderia ser vítima de abusos com a brecha da lei expressa na noção de discernimento.

Trazer à discussão esses autores para situarmos o espaço do menor foi importante para verificarmos que o debate não estava dissociado de outras questões que circundavam o Direito. Uma destas era a busca de um novo perfil para o conhecimento jurídico-legal. Isto se relacionava com a afirmação do Direito positivo e a procura de enquadrá-lo no campo das ciências, onde seriam colocadas de lado todas as antigas idéias do Direito romano e do Direito natural.

No entanto, mesmo rechaçando o Direito romano e o Direito natural, para muitas das lacunas que surgiam na lei, os antigos postulados ainda vieram a servir. Um exemplo disso está na idéia de menoridade, onde observamos na citação de autores como Augusto Teixeira de Freitas, que ao definir em sua obra a palavra “idade” fez uma menção ao conceito formulado pelo Direito Romano. Neste, a primeira infância começava com o nascimento e acabava na idade de doze anos para a mulher e quatorze anos para o homem. Dividia-se em fases: uma até a criança começar a falar, denominada *infans*; outra até os sete anos chamada *infantia proximus* e a outra, dos sete anos em diante, denominada *pubertatis proximus*. Depois desta última fase começava, então, a puberdade ou a adolescência (Freitas Sênior, 1883: 139).

O marco de *infantia proximus*, ou seja, dos primeiros anos de vida, por mais que não fizesse parte do nosso Código Criminal orientou a decisão de juristas no que se referia ao dispositivo do artigo 13º, que colocava nas mãos de juízes a decisão sobre o discernimento do menor quando cometia delitos. Pela lei romana, o menor de sete anos, na maioria dos casos, não poderia ser imputável. Da mesma forma, aqui vimos um caso resolvido pela jurisprudência na qual o menor de sete anos não poderia ter imputabilidade alguma nem ser submetido a processo. Esta foi uma decisão do acórdão da relação da corte de 23 de março de 1864, que mandou soltar por *habeas-corpus* um menor de seis anos, pronunciado no artigo 193 do Código Criminal (homicídio sem circunstâncias agravantes) (Pessoa, 1885: 39).

Até agora, vimos como as questões do menor e da menoridade aparecem como personagens do confronto com os antigos e novos postulados. Entretanto, essas questões não paravam por aí. Levantam ainda as dificuldades geradas na elaboração dos conceitos principais que fundamentam o

Direito Criminal: o crime, o criminoso e a pena. Como perceber uma discussão profunda sobre o menor e a menoridade se os próprios conceitos em que essas noções se vinculam não foram satisfatoriamente desenvolvidos? Observamos que, mesmo quando vemos posturas diferentes ao debater a questão do menor e da menoridade, não se conseguiu obter uma análise profunda pela falta de conceitos consistentes que pudessem instruir esse tipo de reflexão.

Para Tobias Barreto, a principal questão na idéia do crime e do criminoso estava no momento da liberdade na hora do crime, vinculando-se assim à idéia de livre-arbítrio. Contudo, na hora de discutir sobre o menor ele reconheceu que este não poderia ser enquadrado na mesma categoria dos loucos e que deveria ser protegido dos abusos, pois vivia em uma fase da vida que agia de forma imprudente e sem medir conseqüências. No entanto, não discutia como pensar o discernimento no momento da hora do crime quando este era cometido por um menor. Como se entenderia a idéia de liberdade em um crime cometido por um menor? Da mesma forma, qual seria o entendimento sobre a pena? Até que ponto ela seria corretiva para um menor? Isto era um grande problema na sociedade brasileira, pois o menor quando era preso era colocado no mesmo espaço dos adultos, facilitando e incentivando o aprendizado do crime.

Por outro ângulo, João Vieira de Araújo, partindo de um princípio diferente de Tobias Barreto, dizia preferir a utilização do termo criminoso ao de crime, pois este se relacionava à idéia do autor do delito. Assim, o criminoso seria um portador de uma estrutura patológica proveniente da hereditariedade e da influência do meio social. Então quais seriam os limites dessa patologia? O menor quando cometia algum delito o fazia por ser portador de uma patologia ou por ter agido por ignorância ou imprudência? Como corrigir essa anomalia no estágio da menoridade?

Estas lacunas que ficam ainda para nossa reflexão e que não foram respondidas, tornaram-se muito difíceis de serem analisadas, principalmente no momento onde se reclamavam conceitos jurídicos sólidos e aplicáveis ao Direito. A imputabilidade do menor, que se vinculava à própria idéia que se fazia de menor, era um problema presente desde antes da criação do Código Criminal, porém eclodiu no final do século XIX devido às transformações sofridas pela sociedade brasileira e sempre foi resolvido, na prática, com a jurisprudência e com as decisões do juiz permitidas pelo artigo 13º. A decisão do discernimento, que deveria possuir um dispositivo mais preciso e menos lacunoso, possibilitou que ficasse nas mãos de quem julgava a incumbência de decidir o destino do menor. No sentido de despertar para os perigos que este ato poderia gerar, tanto Tobias Barreto quanto João Vieira de Araújo foram inovadores, pois embora reconhecessem a impossibilidade de qualificar uma

idade precisa para o amadurecimento psíquico do jovem, consideravam que mesmo assim, deveria ser estipulado um limite etário para a imputabilidade. Mostravam assim, pela primeira vez na esfera jurídica brasileira, a preocupação em não culpar um jovem inocente.

A idade da imputabilidade evidenciou ainda um outro problema do Direito na época, que foi a preocupação com a existência de uma conformidade e de uma unidade das leis dentro de um universo de experiências culturais distintas expressas na extensão territorial e na diversidade social e cultural. Essas manifestações culturais diferentes em várias regiões do território brasileiro tornaram visíveis outras formas de vivenciar o direito. Sendo assim, o direito, enquanto uma experiência local adequada às necessidades da comunidade, conflitava-se com o poder político, que exigia que seus preceitos tivessem uma aplicação universal.

Portanto, mais do que o impasse de definir quem era o menor e qual era o seu grau de discernimento e de intencionalidade, um outro problema relacionado ao entendimento do “ser menor” era o choque com a própria forma como o Direito tentava se estabelecer, ou seja, ele levantava a problemática dos conceitos jurídicos e dos seus postulados.

Vimos, então, que na década de 1880 as reflexões sobre o menor, na esfera da criminalidade, ficaram limitadas no âmbito da discussão da menoridade. Uma análise mais ampla sobre o tema ficou limitada pelos outros impasses do Direito. Contudo, foram essas primeiras reflexões que abriram espaço para a possibilidade de novos debates nas décadas seguintes.

Até então, desenvolvemos uma reflexão sobre a construção da noção de menor delinqüente na esfera das doutrinas teóricas do Direito, onde a opinião de juristas dava-se com o intuito de orientar a prática jurídica e a elaboração das leis. Entretanto, o que se produzia na prática jurídica e na elaboração das leis se sujeitava também a novas discussões gerando novas concepções sobre temas ligados ao Direito. Por isso, a teoria, embora feita com o intuito de orientar a prática processual, tornava-se uma via de mão dupla, onde aquilo que servia como uma base de orientação era colocado em prática e questionado, provocando novas formas de entendimento sobre um assunto da práxis jurídica.

Ao mesmo tempo, a lógica que regia o Direito enquanto área do conhecimento era totalmente diferente da lógica da prática processual pelos papéis que desempenhavam. Esta última se baseava na reconstrução de um fato e possuía uma série de interesses em jogo, além de possuir fases que se constituíam e se encaminhavam de formas bem distintas. Estamos falando da fase do

inquérito policial, da fase das discussões nos Tribunais e da última fase, que é a do Tribunal do júri. Sendo assim, o trânsito de idéias doutrinárias do Direito na prática dos Tribunais não apontava para a coerência com as posturas ideológicas dos juristas. No momento da prática processual, as teorias eram lançadas no jogo de interesses dentre o acusar e o defender. Nessa relação que é possível estabelecer entre a teoria e a prática jurídica, principalmente pela forma como se pensa o “ser justo”, é que podemos estabelecer a importância de refletirmos sobre as obras jurídicas. Por mais pessoalizadas que elas possam parecer, elas refletem as preocupações de uma época e o diálogo que se estabelece com a sociedade.

Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Antônio Monis Sodré de. *As três escolas penais: Clássica, Antropológica e Crítica*. Bahia: Editores Ribeiro, Gouveia e co, 1907.
- ÀRIES, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986.
- BANDECCHI, Brasil. *Elementos de História do Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Pannartz, 1984.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- GARCIA, Basileu. *Instituições do Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad. Vol.1 tomo I.
- GEERTZ, Clifford. *O Saber Local: Fatos e leis em uma perspectiva comparada*. In: *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- _____. *Justiça e Litigiosidade: História e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- _____. *Panorama Histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Euro-América, 1997.
- _____. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1982.
- LYRA, Roberto. *Novas Escolas Penais*. Dissertação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, 1936.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da Casa Imperial – Jurisconsultos e escravidão no Brasil do século XIX*. Campinas: Tese de Doutorado em História – UNICAMP, 1998.

Fontes

I – Doutrina

Biblioteca Nacional

CARREIRA, José Gervásio Benevides de Queiroz. *Estudo de Direito Criminal, Imputabilidade, seu fundamento e condições essenciais, tese apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo*. Typographia de Jorge Seckler & comp, 1889.

COSTA, José da Silva. *Estudo teórico e prático sobre a satisfação do dano causado pelo delito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1878.

FONSECA, João Elycio de Castro. *Dissertação e Theses apresentadas à Faculdade de Direito de Recife para concurso de Lente substituto da mesma Faculdade*. Recife: Typographia Central, 1887.

MAIA, Aristides de Araújo. *Do Direito de Punir*. In: *Estudos de Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo: Typographia Commercial, 1880.

MENEZES, Tobias Barreto de. *Estudos de Direito*. Publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero. 2 ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1898.

_____. *Menores e Loucos e fundamento do direito de punir*. Obras Completas V. Sergipe: Ed. Estado de Sergipe, 1926.

ROMEIRO, João Marcondes de Moura. *Dicionário de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

SENIOR, Augusto Teixeira de Freitas. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de Direito Criminal*. 2 ed. Pernambuco: Ed. Livraria Econômica de José Nogueira de Souza, 1872.

b) Biblioteca do Instituto de Advogados Brasileiros - IAB

ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de Direito Penal ou Repetições escritas sobre o Código Criminal*. Pernambuco: Typographia do Jornal de Recife, 1884.

II- Legislação e comentários

a) Biblioteca Nacional

ALVES JÚNIOR, Thomaz. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro. 1864-83.

ARAÚJO, João Vieira de. *Código Criminal Brasileiro. Comentário Filosófico-Científico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada*. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889.

_____. *Nova edição oficial do Código Criminal Brasileiro de 1830. Ante projeto seguido do parecer sobre ele por uma comissão especial e refutação do mesmo parecer*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. elaborado em 1889.

PESSOA, Conselheiro Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império*. 2 ed. Rio de Janeiro: 1885.

VASCONCELLOS, J. M. P. de. *Código Criminal do Império*. Rio de Janeiro. 1877.

b) Biblioteca do Instituto de Advogados Brasileiros

TINÔCO, Luiz Antônio. *Código Criminal do Império*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888.