

## **A condição do “menor” no Direito Criminal segundo Tobias Barreto**

The condition of the “minor” on Criminal Right according to Tobias Barreto

André Vinícius Lopes Alves<sup>1</sup>

Orientador: Humberto da Silva Miranda

**Resumo:** Tobias Barreto, jurista e filósofo, publicou no ano de 1884 uma de suas principais obras: *Menores e Loucos em Direito Criminal*, sendo este livro considerado um marco que deu início ao movimento de defesa dos direitos da criança e adolescente no Brasil. O presente trabalho visa analisar como o Código Criminal de 1830 se relaciona com as infâncias segundo a visão do jurista, compreendendo as ideias de Tobias Barreto sobre a menoridade e punições e como estes pensamentos se encaixam na situação dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil do Século XIX, trazendo luz para o nascimento de um movimento de proteção das infâncias do país.

**Palavras-Chave:** Direitos. Menores. Código Criminal.

**Abstract:** Tobias Barreto, jurist and philosopher, published in 1884 one of his main works: *Minors and Fools in Criminal Law*, and this book is considered to be a landmark that initiated the movement for the defense of the rights of children and teenagers in Brazil. This work aims to analyse how the Criminal Code of 1830 relates to the infancies according to the jurist’s view, comprehending Tobias Barreto’s ideas on minority and punishments and how these thoughts fit into the situation of Children’s Rights in 19<sup>th</sup> Century Brazil, bringing light to the birth of a movement for the protection of the country’s infancies.

**Key-words:** Rights. Minors. Criminal Code.

### **Tobias Barreto e a Escola do Recife**

Em 7 de junho de 1839 nasceu na pequena cidade de Vila de Campos do Rio Real, província de Sergipe, Tobias Barreto de Meneses. Mestiço, originário de uma família tradicional, Tobias Barreto se mostrou um jovem de grande inteligência, mas

---

<sup>1</sup> Graduando em Licenciatura em História pela Universidade Federal Rural de Pernambuco.

que teve problemas para ter acesso a educação superior, graças às limitadas condições financeiras de sua família.

Desde cedo foi altamente estudioso e dedicado, trabalhando como professor de latim a partir de seus 15 anos. No ano de 1861 se mudou para Salvador para ingressar no seminário, mas desistiu rapidamente. O futuro jurista permaneceu na cidade para estudar Filosofia, mas logo voltou para sua cidade natal. Em 1862, Tobias Barreto decidiu mudar-se para o Recife e ao chegar na cidade tentou ingressar na Faculdade de Direito do Recife, alcançando seu objetivo dois anos depois.

Durante o curso de Direito Tobias se estabeleceu como professor particular e poeta, sendo conhecido por sua eloquência, grande oratória e seus conhecimentos filosóficos. Desde cedo dedicado ao estudo da Filosofia, ele se encontra em um local perfeito para o desenvolvimento de suas habilidades, e logo se firma dentro dos meios acadêmicos, através da publicação e defesa de artigos, sendo um pensador que surge a partir do Espiritualismo Eclético, mas que rompe com o mesmo, dando primazia então ao Hegelianismo.

Dentro de sua trajetória acadêmica, o jovem se envolve em diversos debates filosóficos com outros autores, mas nenhum teve a repercussão similar ao debate com o Conselheiro Autran, seu antigo professor, ao ano de 1870. O debate, abertamente hostil, ocorre com a publicação no jornal O Americano do primeiro do que seria uma série de artigos posteriormente intitulada “Notas de Crítica Religiosa”. A resposta do Conselheiro Autran foi publicada no jornal O Católico, vinda na forma de uma série de artigos intitulados “Crônicas dos Disparates”. Escreveu posteriormente o jurista Clóvis Beviláqua:

A “Crônica dos Disparates” interessa mais à história das ideias da Faculdade de Direito, por ser uma polêmica entre Autran, antigo lente, representante das velhas ideias católicas e tomistas, e Tobias, recém-formado, futuro lente, representante do espírito novo, que começava a invadir o país. (BEVILÁQUA. In: A Escola do Recife, 1997, p. 15)

Vale destacar, como fez Clóvis Beviláqua, a importância deste evento, que representou o surgimento de uma nova gama de juristas, estando estes empenhados com a reforma das legislações do Império, vistas por eles como antiquadas.

Ao longo de sua graduação Tobias Barreto se aproximou cada vez mais do Positivismo, desafiando as filosofias tradicionais e seria, a partir deste momento, o

pioneiro desta corrente no Recife, podendo ser considerado o primeiro pensador da chamada Escola do Recife.

Em meados do Século XIX a Faculdade de Direito do Recife era uma das principais instituições de ensino de Direito do país, contando com estudantes de diversas partes da nação. Esta instituição havia sido fundada no ano de 1828 no Mosteiro de São Bento, em Olinda, nomeada apenas de Faculdade de Direito, em meio a debates do propósito da instalação de tal curso em uma província notoriamente revoltosa como Pernambuco:

Pernambuco, a província selecionada para sediar os estudos jurídicos no Norte do país, não era conhecida por sua passividade ou pela pouca participação política. Ao contrário, na época da fundação da escola, muitas foram as indagações sobre a oportunidade dessa escolha. A seleção teria se dado “em função de um certo espírito revolucionário e intelectual” existente no local, ou seria um meio de punir e controlar a “intransigência republicana do Recife”? Difícil seria responder esta questão, mas o certo é que, quando em 1828 a Faculdade de Direito foi inaugurada, em Olinda, estavam ainda quentes os ânimos e as cinzas de 1817, 1821 e 1824. (SCHWARCZ, 2010, p. 144)

Por ser em seus costumes, normas e frequentadores, uma instituição ligada ao monarquismo e a antiga metrópole portuguesa, o que era também fruto da própria localização da escola em Olinda, a Faculdade de Direito enfrentaria em seus primeiros anos problemas na província pernambucana. Estes, juntamente “com todos os problemas de uma escola inaugurada às pressas e sem o pessoal capacitado” (SCHWARCZ, 1997, p.144), fizeram com que os anos da faculdade em Olinda não fossem particularmente brilhantes.

A transferência para o Recife ocorreu no ano de 1854, após um incêndio nas instalações que abrigavam a instituição, e representaria uma mudança bem-vinda aos corpos docente e discente, que viam esta troca de sede como uma melhoria em relação à antiga localização. No novo logradouro foi instituído o nome atual, e neste local permanece, fazendo com que o Recife, que já era uma das mais importantes cidades do Brasil, se consolide como um importante ponto de produção intelectual, intensificando a já grande atividade de filósofos, escritores e juristas renomados, entre os quais se pode citar o próprio Tobias Barreto, Joaquim Nabuco, Clóvis Beviláqua e Castro Alves.

Dentro dos muros da Faculdade de Direito do Recife se firmou um movimento intenso de renovação intelectual no Século XIX liderado pelos jovens estudantes da mesma, que questionavam os princípios do Direito brasileiro e se engajavam em causas

progressistas como o abolicionismo e laicidade do Estado. Com o pioneirismo de Tobias Barreto o Positivismo se firma na Faculdade de Direito.

A Escola do Recife não foi um movimento isolado, mas sim uma manifestação de um tempo de mudanças que ocorria em todo o país, pois como aponta Antonio Paim, “nos meados da década de 70, o desejo de renovação no campo filosófico e o rompimento com o eclecismo espiritualista já se faziam assinalar nos vários centros culturais do país” (PAIM, 1997. p. 18). Dentro do avanço do Positivismo no Brasil estava inserida a Escola do Recife e seus jovens magistrados, que empenhados em sua atuação política e filosófica, enxergavam em si mesmos a possibilidade de uma mudança de mentalidades e práticas legais que trariam desenvolvimento ao país segundo os preceitos positivistas.

Sendo a principal instituição de ensino de Direito do Nordeste do Brasil, a Faculdade de Direito do Recife estava repleta de estudantes de províncias vizinhas como o Ceará e a Bahia e estes estudantes logo voltaram a seus locais de origem, onde tiveram grande influência nas correntes intelectuais dos mesmos:

Mais vinculadas ao movimento iniciado no Recife, cuja Faculdade abrigava estudantes de diversas províncias do Nordeste, acham-se manifestações assinaladas, no mesmo período, na Bahia e no Ceará. (PAIM, 1997, p. 18)

Sobre o movimento filosófico da Bahia, Antonio Paim afirma:

(...) a Faculdade de Medicina da Bahia já representava um centro científico com vida própria nos meados do Século XIX. Existia, pois, em Salvador, campo propício à repercussão das novas ideias difundidas no Recife. (PAIM, 197, p. 18)

No Ceará houve também o surgimento de uma vanguarda filosófica com considerável participação de cearenses que haviam estudado no Recife e que haviam retornado, sendo este movimento “impulsionado por ex-alunos da Faculdade de Direito do Recife” (PAIM, 1997, p.18).

Após sua graduação, ocorrida em 1869, Tobias Barreto trabalhou como advogado no Recife, fundando no ano seguinte o supracitado jornal O Americano, veículo no qual se consagraria com as discussões com o Conselheiro Autran. Foi filiado ao Partido Liberal, o que o fez ter contato próximo com o movimento abolicionista pernambucano, e eventualmente alforriaria todos os seus escravos. Após insucesso na carreira jurídica na capital, mudou-se para Escada, no interior da província com o

intuito de tentar construir seu sucesso na mesma, e nesta cidade trabalhou tanto em meios jurídicos quanto políticos.

Foi durante os tempos em Escada que apareceram os primeiros sinais de que Tobias Barreto havia aprendido alemão, aparentemente tendo sido autodidata neste idioma que tentou aprender desde os últimos anos como estudante de Direito, e já nos primeiros anos da década de 1870 “aparecem referências a trabalhos de filósofos alemães seus contemporâneos” (PAIM, 1997, p. 31). O filósofo foi pelas duas décadas finais de sua vida fortemente interessado nos debates intelectuais alemães, que acompanhava com o mínimo possível de atraso, e passou a editar no jornal *Deutscher Kämpfer*, de língua alemã.

Ao final da Década de 1870 o jurista se encontrava em desilusão com a política:

Na medida em que se aproxima o fim do decênio, tem-se a impressão de que Tobias Barreto começa a descrever inteiramente das virtualidades da política. Fracassara inteiramente no propósito de dar coerência ao Partido Liberal de Pernambuco. Como candidato independente não chega a eleger-se. (...) Acabaria concluindo que a política do seu tempo não tinha muito a ver com princípios. (PAIM, 1997, p. 101)

Apesar de tal desilusão, Tobias passou a se dedicar à carreira docente no Direito e conseguiu o cargo de professor na Faculdade de Direito do Recife ao ano de 1882, onde ministrou aulas de filosofia do direito e economia política. O cargo de professor da instituição em que estudou seria de grande importância para o mesmo, que o utilizou para propagar suas ideias, bem vistas por grande parte do corpo estudantil, que estava disposto a continuar o movimento iniciado pelo próprio Tobias Barreto:

(...) Tobias Barreto passará a contar com uma tribuna extremamente valiosa, na Faculdade de Direito, que saberá utilizar para difundir amplamente suas ideias. (...) A julgar pelo depoimento de seus contemporâneos, o evento projetou-o enormemente entre a mocidade acadêmica e transformou-o em seu ídolo. Figura conhecida e discutida, de uma combatividade inusitada, é natural que a sua presença no concurso constituísse motivo para atrair enorme assistência. (...) Havia uma certa ansiedade no seio da mocidade estudantil em busca de novas doutrinas teóricas, o que explicar a popularidade e o sucesso alcançados pelas ideias de Tobias Barreto. (PAIM, 1997, p. 33)

O tempo em que Tobias Barreto atuou na Faculdade de Direito foi, porém, limitado. Em 1888 se encontrava gravemente doente e empobrecido, sendo a cama o local em que passaria seus últimos dois anos estando, como escrevera em carta ao amigo Sílvio Romero, “reduzido a proporções de pensionista da caridade pública”,

como cita PAIM (1997, p. 33). No dia 26 de junho de 1889, no Recife, morreu Tobias Barreto.

É importante que se perceba a importância da figura de Tobias Barreto para o Direito e a Filosofia no âmbito do Recife. Este jurista, que enfrentara grandes dificuldades, dedicaria sua vida à renovação filosófica do Brasil, inicialmente trazendo o Positivismo como alternativa à Metafísica e ao Espiritualismo, que enxergava como doutrinas ultrapassadas e que a nação, voltada ao progresso, deveria superar. Sua luta também pelo germanismo e críticas ferrenhas à francofilia não apenas cultural, mas também intelectual e jurídica.

Esta trajetória intelectual teria profundos impactos sobre a visão de Tobias Barreto sobre os menores, que durante o tempo de sua vida constituíam uma parcela da população virtualmente ignorada pelo poder público, estando à mercê da caridade.

### **A Menoridade no Recife no Século XIX e o Código Criminal de 1830**

O Século XIX foi um tempo de intensas mudanças para o Brasil. Com a chegada da Família Real Portuguesa a Salvador em 1808 e sua subsequente mudança para o Rio de Janeiro houve uma série de mudanças profundas nos paradigmas da colônia brasileira a fim de melhor comportar a corte portuguesa.

A partir deste momento há um grande crescimento populacional e econômico no Brasil, com o crescimento acelerado de cidades tanto em aspectos dimensionais quanto populacionais. Houve a necessidade da reforma de cidades, o estabelecimento de indústrias, jornais e outros serviços que deixariam os centros urbanos brasileiros nos padrões de cidades modernas. A modernidade do Século XIX chegara ao Brasil.

Os centros urbanos foram, a partir deste momento, superlotados por famílias que buscam uma vida melhor nos mesmos, ocupando rapidamente as moradias disponíveis nos mesmos e criando a necessidade da construção de mais moradias, fenômeno que será responsável pelo aumento dos cortiços nas cidades, característica marcante das cidades modernas. Nestes cortiços, os proletários se encontram dividindo apartamentos apertados com outras famílias, em condições de extrema pobreza e insalubridade, frequentemente piores do que as vividas no campo, e em conjunto com a falta de saneamento, de infraestrutura de saúde pública e de alimentação adequada, inanição e a proliferação de doenças contagiosas, as cidades se transformam em polos de miséria e epidemias, pondo em risco as populações que as habitavam.

As mudanças discutidas anteriormente ocorreram de forma brusca, repentina e abrangente, estando presentes (em diferentes escalas) na maior parte do Hemisfério Norte e sem demora deixaram os limites dos países desenvolvidos em que haviam sido iniciadas. Ex-colônias, como o Brasil, logo passaram por tais processos e foram afetadas por tais transformações, adotando meios de vida e pensamentos e também herdando os problemas de suas antigas metrópoles, e passando por processos similares de combate aos mesmos.

O Recife era, ao ano de 1850, uma das principais cidades do Brasil, graças à sua importante estrutura portuária e à forte produção açucareira da província de Pernambuco, que à época se encontrava em declínio. O primeiro censo populacional do país, realizado em 1872, indicava que a cidade possuía uma população de 116 671, sendo a 3ª cidade mais populosa do Brasil, atrás apenas de São Salvador (atual Salvador) e do Rio de Janeiro.

Com o início da industrialização brasileira no Século XIX, a cidade passou por transformações urbanísticas consideráveis. O comércio açucareiro, que havia sido uma grande força motriz para a economia recifense, financiou em grande parte a industrialização iniciada na década de 1870 (PONTUAL, 2001, p. 426), criando oportunidades de emprego especialmente ligadas a este ramo, trazendo considerável desenvolvimento urbano fazendo com que o centro populacional da cidade seja a região ao redor do porto, com a cidade possuindo uma área urbana relativamente pequena, interligada por rios, linhas férreas e algumas poucas estradas.

Na segunda metade do Século XIX a cidade do Recife se encontrava em crescimento populacional, não de forma acelerada como as outras principais cidades da nação, mas com o fechamento de engenhos e a (lenta) industrialização da cidade, havia um aumento populacional e territorial que não era acompanhado por desenvolvimento social em termos de melhorias da vida das populações carentes. Os mocambos, moradias precárias que seriam tema central de grandes debates higienistas na cidade durante as décadas de 1920 e 1930 e que haviam sido primeiramente observados ainda na década de 1820 (PONTUAL, 2001, p. 427), passavam por uma expansão, se tornando um dos principais tipos de casas das populações carentes.

Em meio à pobreza era notável a presença de um grupo de indivíduos: os jovens. Crianças e adolescentes viviam nestes ambientes insalubres e passavam grandes

dificuldades junto a suas famílias, sendo forçadas a trabalhar para ajudar na subsistência, e muitas vezes enfrentavam o abandono, tornando as crianças de rua uma realidade comum no Recife. Estas crianças começam a ser vistas como um problema quando se envolvem em delitos.

Em meados do Século XIX o assistencialismo à criança no Brasil passava, como explicitado por Vera Braga (2011, p. 30), pela chamada “fase caritativa”. Este momento é definido pela ausência de legislações que garantiam direitos básicos às infâncias brasileiras e pela falta de envolvimento do Estado na proteção das infâncias, que se encontravam à mercê da caridade, sendo em sua grande parte realizada por instituições cristãs que atuavam sob o princípio da caridade cristã para proteger grupos marginalizados. Crianças e adolescentes desamparados eram recolhidos a casas de acolhimento pertencentes à Igreja Católica e lá recebiam educação baseada em disciplina estrita e profissionalização, mas nem sempre havia estrutura para o abrigo próprio destes jovens, deixando grandes quantidades destes nas ruas.

O Código Criminal de 1830 foi a primeira legislação de seu tipo a existir na jovem nação que a menos de uma década havia conquistado sua independência, e seria o primeiro conjunto de leis do Brasil a institucionalizar as infâncias. Antes da promulgação desta legislação virtualmente não haviam leis que regessem as infâncias brasileiras, deixando-as desamparadas e completamente expostas a abandono, violência e outros tipos de intempéries. É importante lembrar que as leis que uma nação tem sobre suas infâncias são reflexo de suas visões sobre as mesmas, e tais visões mudam constantemente, de acordo com tempos e contextos sociais. Phillipe Ariés nos apontou que durante boa parte da História as crianças eram vistas como não muito mais do que “pequenos adultos”, que apenas não possuíam o desenvolvimento físico dos adultos (ARIÉS, 1981, p. 14).

O Brasil, como nação que no Século XIX era escravista, pobre e que possuía grandiosas disparidades sociais e grande desigualdade de distribuição de renda, tinha uma visão negligente em relação às suas infâncias, e isto se manifesta nas suas legislações. O Código Criminal de 1830 é notável neste aspecto por estar preocupado com o estabelecimento de condições de inimputabilidade, que são casos excepcionais, e não garantindo direitos que as crianças e adolescentes brasileiros necessitam:

A própria legislação destinada aos direitos dos menores (enquanto limite de idade) delimitava sua atuação e preocupação com os

abandonados e delinquentes. O Direito do Menor, conforme ficou conhecido esse ramo do Direito, se definiu enquanto relacionado à criança em situação irregular. (MORELLI, 1996, p.72)

Uma nação que não enxerga suas crianças e adolescentes como indivíduos em uma fase particular e de grande importância para o desenvolvimento físico e mental dos mesmos não teria legislações que reconhecessem as necessidades especiais dos mesmos. De fato, a preocupação presente quando é promulgado o Código Criminal de 1830 é a de estabelecer condições para a punição de jovens que haviam se envolvido em crimes.

O Código Criminal de 1830 dedica o seu 10º artigo à inimputabilidade<sup>2</sup> penal de certos grupos sociais, sendo o 1º inciso dedicado à inimputabilidade do menor, determinando que “não se julgarão criminosos os menores de quatorze anos” (Art. 10, IV). Este dispositivo legal era, no entanto, complementado pelo 13º artigo, que determinava a presença de outro conceito legal, o “Discernimento”.

Judicialmente, o Discernimento era a análise da consciência de um menor na sua participação em um evento de transgressão da lei, e cabia a cada magistrado determinar se o menor em questão havia agido com o mesmo. Este dispositivo legal, previsto no Artigo 13º do Código Criminal de 1830, se baseava em um princípio idêntico presente no Códice Pénal francês, e se tornou dominante em deliberações de sentenças e também em discussões de juristas sobre a efetividade das legislações vigentes por quase cem anos. Sobre a relevância do Discernimento para as infâncias brasileiras afirma Marcos César Alvarez:

Esse conceito é um dos pontos básicos de inflexão a partir do qual os comentadores da época começaram a apontar para a necessidade de novas práticas jurídicas e institucionais em relação aos menores. Para aqueles que defenderão uma nova justiça para menores, não punitiva mas recuperadora, educativa e disciplinar, o discernimento aparecerá como um dos alvos privilegiados de ataque. “Falso conceito, critério duvidoso, teoricamente impreciso e inaplicável na prática, incapaz de levar em conta as causas que podem levar o menor ao crime”, segundo as palavras de seus críticos, o discernimento, primeiro terá seu contexto esvaziado, sendo, posteriormente, abolido de qualquer consideração sobre o posicionamento da justiça em relação aos menores. (ALVAREZ, 1989, p. 62)

As problemáticas da criminalidade e do abandono trazem ao Século XIX uma nova definição para a criança: o “Menor”. Este termo aparece nas legislações de forma

---

<sup>2</sup> A Inimputabilidade Penal é um conceito legal que determina que um indivíduo suspeito de um delito não pode, de acordo com determinados critérios legais, ser punido por suas ações.

concreta e constante a partir do Código Criminal de 1830, graças ao estabelecimento da maioridade penal a partir dos 14 anos. O uso inicial da palavra é apenas ocasional e não denota uma forma de estigma, sendo apenas uma forma de designar indivíduos que estão abaixo de uma determinada idade a que incorreriam certos dispositivos legais:

Até o Século XIX, a palavra *menor* como sinônimo de criança, adolescente ou jovem, era usada para assinalar os limites etários, que impediam pessoas as pessoas de ter direitos à emancipação paterna ou assumir responsabilidades civis ou canônicas. (LONDOÑO, In: História da Criança no Brasil, 1995, p.132)

Percebe-se, portanto, que a origem desta palavra serve apenas para designar indivíduos que ainda não atingiram uma determinada idade designada pela lei, estando ligada a um conceito geral sobre as infâncias e a institucionalização das mesmas.

Ao longo do Século XIX, a utilização do termo em questão em casos de criminalidade trouxe a ele uma nova conotação, sendo esta nociva e discriminatória, e que teria grande relevância para o quadro dos direitos da criança e do adolescente até a atualidade. É neste processo que se estabelece o que se chamaria de “criança problema”.

A criança problema surge, segundo Morelli (1996, p. 72), como um resultado da visão de que a criança abandonada seria uma “ameaça social”, um futuro delinquente que precisava ser combatido. O Estado, frente às demandas sociais de combate à “delinquência juvenil”, encontrava-se forçado a tomar medidas mais duras de controle destes indivíduos, vistos pela sociedade como ameaças e não como sujeitos de direitos, nem como indivíduos que necessitam de cuidados especiais.

Em meio a um quadro de descaso do poder público em relação às necessidades das infâncias brasileiras estava Tobias Barreto, um jovem advogado dedicado a uma renovação jurídica e política do Brasil e que teve contato com a situação das infâncias do Recife. A partir do testemunho da situação de desamparo das infâncias recifenses nasceram questionamentos que foram o começo de um novo pensamento sobre a proteção da Criança e do Adolescente no Brasil.

### **A Inimputabilidade do menor segundo Tobias Barreto**

O jurista Tobias Barreto escrevera, ao final de sua vida, o livro *Menores e Loucos*, peça central para este trabalho. Esta publicação viria a ser uma das principais das obras do campo dos Direitos da Criança e do Adolescente, fomentando um movimento de renovação das legislações deste âmbito, de maneira similar ao

pioneirismo de Tobias Barreto na renovação filosófica no Direito em Pernambuco. O pensamento positivista de progresso influenciaria as visões de Tobias Barreto sobre as infâncias, que junto com outros juristas desta corrente iriam enxergar a crianças como importantes para o futuro da nação brasileira, propondo maior proteção a estas para que haja um país forte.

O livro em questão é separado em treze capítulos e um apêndice, em que ele discorre em detalhes sobre suas visões em relação ao 10º artigo do Código Criminal de 1830. Para os propósitos deste trabalho, iremos focar nos comentários do autor sobre o 1º inciso deste artigo.

O Direito, para Tobias Barreto, é um resultado das experiências de vida em sociedade, sendo submetido às sociedades e não as precedendo. É graças à existência de transgressões, seja por quaisquer razões, que foram estabelecidas punições para que tais delitos não passem impunes. Tobias Barreto então se mostra defensor da punição como importante mecanismo judicial para o estabelecimento de uma forma de ordem social equilibrada. O autor considera que o Direito de Punir é um ato científico, em que a sociedade designa um crime cometido e uma punição para o mesmo, como numa equação, em que uma soma de fatores determina o resultado. O direito de punir seria então inerente às sociedades, que em seu desenvolvimento tiveram de adotar maneiras de combate à criminalidade.

Em sua defesa da punição como importante para a manutenção do funcionamento da sociedade, o jurista é contrário a teorias que tratam a criminalidade como uma forma de disfunção, caracterizando-as como “românticas” e afirmando que estas “buscam fazer da cadeia um simples apêndice do hospital”, defendendo que se assim for:

O poder público não ficaria por isso tolhido em seu direito de fazer aplicação em seu direito de fazer aplicação do *salus populi suprema lex esto* e segregar o doente do seio da comunhão. (BARRETO, 1886, p. 129)

Tobias Barreto demonstra, portanto, uma postura favorável à punição, que é por ele caracterizada como um mecanismo social de reparação por um crime cometido, que necessita de uma atitude por parte da justiça para que o delito em questão receba uma forma de retaliação.

O Direito Penal, segundo o jurista, deve valorizar a influência da Psicologia e da Psiquiatria em seus procedimentos, tendo um papel fundamental para a determinação do papel da consciência de um agente em um ato criminoso e, conseqüentemente, de sua culpabilidade e imputabilidade. Ele considera que estas duas ciências são fundamentais para a boa aplicação da lei, auxiliando agentes da lei em seu trabalho para tentar garantir que a justiça seja feita.

Citando o jurista alemão Karl Zachariae von Lingenthal, o autor afirma que “imputar é julgar alguém autor de um certo fato, isto é, julga-lo causa de um certo efeito, segundo as leis da liberdade” (BARRETO, 1886, p. 8). A liberdade explicitada no texto se trata de um estado em que um indivíduo possui plenas capacidades mentais e físicas em suas ações, isto é, não está agindo sob qualquer influência de efeitos que possam reduzir suas capacidades mentais nem está sob ameaça:

A ideia do criminoso envolve a ideia de um espírito que se acha no exercício regular de suas funções, e tem, portanto, atravessado os quatro seguintes momentos da evolução individual: - 1º. a consciência de si mesmo; - 2º. a consciência do mundo externo; - 3º. a consciência do dever; - 4º. a consciência do direito. O estado de irresponsabilidade por causa de uma passageira ou duradoura perturbação do espírito, na maioria dos casos, é um estado de perda das duas primeiras formas da consciência ou da normalidade mental. Não assim, porém, quanto à carência de imputação das pessoas de tenra idade, e em geral de toda aquelas que não atingiram um desenvolvimento suficiente; neste caso, o que não existe, ou pelo menos o que se questiona, se existe ou não, é a consciência do dever, e algumas vezes também a consciência do direito. (BARRETO, 1886, p. 12)

Este trecho ilustra a visão de Tobias Barreto sobre o Artigo 10º do Código Criminal, a imputabilidade de um indivíduo e sua liberdade: somente pode ser imputado aquele que possuir plenas capacidades de entender suas ações, entender as leis e executar suas ações dentro da legalidade. Dentro deste debate sobre a liberdade do sujeito durante o momento em que comete um delito está o já mencionado discernimento.

Para Tobias Barreto a posse do discernimento não era dependente apenas da idade do sujeito, mas também da educação recebida pelo mesmo, e pelo Brasil ser uma nação em que a educação era extremamente precária, juntamente com os elevados índices de abandono e outras formas de violência contra crianças e adolescentes, não seria possível em grande parte dos casos existentes, exigir tal consciência de um jovem em situação de conflito com a lei. Além da crítica à associação de consciência a idade,

Barreto também discorre sobre a possibilidade da confusão ou, até mesmo, da má fé de juízes encarregados de determinados casos, podendo julgar que o réu “obrou com discernimento” como maneira de estabelecer uma punição indevida.

O Discernimento foi definido na obra como um conceito “que pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espetáculo doloroso” (BARRETO, 1886, p. 14) pela falta de clareza sobre o que o constitui. Este dispositivo legal não possui regras definidas para a sua aplicação, ficando a critério de cada juiz determinar se o acusado “obrou com discernimento” e juízes, atuando de acordo com suas próprias vivências, valores morais e éticos, concepções políticas, jurídicas e econômicas, poderia chegar a conclusões diferentes em cada caso, podendo dessa forma cometer injustiças, deixando crimes impunes ou condenando um jovem a uma pena desproporcional e cruel.

O discernimento era também, para Tobias Barreto, uma manifestação de atraso por parte de legisladores brasileiros, visto que estes se baseavam em um princípio estrangeiro, especificamente francês, enquanto que as nações na qual o Brasil deveria, segundo o jurista, se espelhar se afastavam deste conceito, estabelecendo a maioria penal como suprema para a imputabilidade de um suspeito, não buscando considerar o discernimento deste caso ele não tenha atingido a maioria, permitindo que grandes injustiças sejam cometidas:

Como quer que seja, o certo é que, pelo direito criminal francez, um rapaz de quinze annos, que já conhece todos os encantos da vida parisiense, que já entra, com todo o conhecimento de causa, na gruta mystica e perfumosa, em que habita alguma deusa, (...) , caso commetta um homicidio, *s'il est décidé qu'il a agi sans discerniment*, será absolvido; podendo apenas ser, *selon les circonstances, remis á ses parens ou conduit dans une maison de correction...* Ao passo que isto alli succede, entre nós, pelo contrario, um pobre matutinho da mesma idade, cujo maior grão de educação consiste em estender a mão e pedir a benção a todos os mais velhos, principalmente ao vigário da freguezia e ao coronel dono das terras, onde seu pai cultiva a mandioca, se porventura perpetra um crime de igual natureza, (...) obre ou não com discernimento, será julgado como criminoso! (BARRETO, 1886, p. 17)

A base francesa do discernimento seria também para Tobias Barreto uma demonstração da inadequação do Direito Francês e da necessidade de uma maior influência germânica nas legislações brasileiras.

O autor aponta o *Strafgesetzbuch*<sup>3</sup> alemão como “presentemente a obra mais perfeita no gênero de codificações penais”, por razões como a “própria riqueza da sciencia allemã”, o reconhecimento das diferentes fases da infância e suas particularidades psicológicas e também do próprio conhecimento sobre as leis:

(...) o *Strafgesetzbuch* colloca-se muito adiante do nosso Código, dispondo que, quando o acusado tiver mais de doze, porém menos de dezoito annos, será relevado, se ao cometer o acto, do que se trata, não possuía o conhecimento preciso de sua criminalidade. Como se vê, uma tal disposição estende a possibilidade da falta de discernimento além do marco fixado pela nossa lei penal. (...) com este reconhecimento de um grão intermediário de imputabilidade entre a que falta ao menino e a completa de um homem feito, e legislação dá conta de um importante facto anthropologico. (BARRETO, 1886, p. 20)

Para Tobias Barreto a Maioridade Penal no Brasil possui também uma base equivocada no Direito Romano, sendo ela o fruto de uma interpretação errônea e excessiva do mesmo, dando origem a um conceito legal inadequado para o país:

(...) o nosso legislador acostára-se a uma reminiscência do direito romano. Isto é exacto; mas deve ser admittido *cum grano salis*. – Porquanto, se esse direito tivesse sido a fonte, não precisava excluziva, bastava preponderante, do Código brasileiro, em tal matéria, é mui provavel que as disposições respectivas fossem mais largas e fecundas. (BARRETO, 1886, p. 20)

O Direito Romano havia estabelecido a idade de sete anos como o limite da infância, sendo esta fase da vida inimputável devido à falta de maturidade intelectual; logo após esta fase, viria a fase impúbere, fixada entre os sete e quatorze anos de idade para meninos e entre os sete e os quatorze anos de idade para as meninas, sendo esta separada em duas partes, a *infantie proximi* e a *pubertati proximi*, as quais seriam submetidas a mecanismos diferentes de imputação, sendo a *pubertati proximi* sujeita a escrutínio legal mais próximo ao dos adultos. O jurista afirma que “o Código aproveitou somente o velho computo da idade exigida para começo da verdadeira *imputatio juris*” (BARRETO, 1886, p. 21), i.e., utilizou apenas uma idade como limite definitivo para a inimputabilidade, e mesmo indivíduos que se encontram abaixo de tal limite ainda estão sujeitos à análise do discernimento.

O Brasil, nação ainda demasiadamente desigual, não oferecia educação apropriada e nem condições de vida para que a população tenha conhecimento das leis, muito menos para que jovens e crianças tenham o desenvolvimento físico e mental para

---

<sup>3</sup> Código Criminal do Império Alemão

o mesmo efeito. Segundo o autor, nosso país deveria seguir o exemplo de nações como a Itália, que possuem sistemas de educação efetivos e assim permitem que seus cidadãos tenham maior desenvolvimento intelectual e, portanto, maior compreensão das leis e da ética:

A fé na instrução, na relação direta entre conhecimento e responsabilidade, leva Tobias Barreto a colocar a instrução como o critério que define a responsabilidade. Para o jurista o problema no Brasil não é pois a idade, mas falta de instrução, fato que no seu entender deveria estender a maioria penal até os 18 anos, pelas condições deste “país sem gente”. O menor surge na obra de Tobias Barreto definido por sua consciência do bem e do mal, esta, por sua vez, determinada pela instrução. (LONDOÑO. In: História da Criança no Brasil, 1995, p.132)

O discernimento é apresentado então por Tobias Barreto como uma grande falha da justiça, que dá espaço para que um conceito mal definido se junte às múltiplas possibilidades de interpretação de diferentes juízes e que assim torna as crianças brasileiras vulneráveis a penas que exageradas. Para Barreto isto é uma afronta direta à ciência do Direito, que tem sua racionalidade ameaçada por falsos conceitos como o discernimento e pelas injustiças cometidas a através deles.

Com a publicação deste livro, Tobias Barreto se colocou como uma das principais vozes dentro de um movimento que busca a formação de um sistema de proteção das infâncias brasileiras, que haviam ao longo de toda a História do país sido negligenciadas. A crítica ao Discernimento surge como movimento a partir da publicação do livro Menores e Loucos, que pode ser visto como a fagulha que inicia reivindicações por parte de juristas de caráter progressista que defendiam reformas nas legislações que tratavam de crianças e adolescentes, fazendo com que deste momento em diante surja uma série de juristas que criticam a existência deste dispositivo, denunciando seu caráter injusto e arbitrário.

O autor reconhece a infância como uma fase particular na vida humana, caracterizada pela formação da consciência e de grande necessidade de proteção e da providência de educação adequada, frisando a necessidade da influência de ciências como a Psicologia no processo de elaboração das leis e também da arbitragem de cada caso. Desta forma Tobias Barreto se coloca em oposição ao tratamento dado a crianças e adolescentes segundo as legislações nacionais, que ele denuncia como injustas e ultrapassadas dentro de uma sociedade que não valoriza esta importante fase da vida.

Ao início do Século XX, com a recém proclamada República, o Brasil busca se firmar como uma nação moderna, sendo a formação de uma identidade nacional forte uma das principais maneiras encontradas para que esse objetivo fosse alcançado, e a criança era uma peça central neste cenário:

A nação brasileira, buscando uma identidade nacional, procurava mostrar uma estrutura semelhante à dos países desenvolvidos, onde a criança se tornava um instrumento desta política pública. Várias frentes foram desenvolvidas visando aos cuidados com a infância. Amplos setores da sociedade, entre médicos, filântropos, juristas e governantes, mobilizaram-se para preservar a vida das crianças. (BRAGA, 2011, p. 185)

O pioneirismo de Tobias Barreto no Positivismo, que neste momento é uma filosofia dominante no Brasil, junto com a sua defesa de um sistema de proteção das infâncias, se mostra importante para a jovem república brasileira, que mira um futuro de progresso social e econômico, mas é importante lembrar que estes seriam alcançados através de um considerável controle social e moral que foi característico à primeira metade do Século XX.

### **Considerações Finais**

O Código Criminal de 1830 foi o primeiro de seu tipo a ser instituído na jovem nação brasileira, apresentando-se como uma fonte histórica relevante para o que entendemos hoje como os Direitos da Criança e Adolescente. Num Brasil ainda recém independente, em desenvolvimento, que enfrentava mudanças socioeconômicas e demográficas sem precedentes para as quais ainda não estava preparado para lidar, as crianças e adolescentes viviam em um mundo hostil, no qual não havia garantias de direitos, apenas de punições. Privados de educação, expostos à pobreza, à fome e ao abandono, os jovens brasileiros encontravam no poder público apenas a condenação por seus atos, não as condições necessárias para seu desenvolvimento saudável e seguro.

Uma nação ainda altamente desigual e fundamentada na separação da sociedade em indivíduos com mais e menos direitos, com mais e menos acesso a serviços básicos e sendo esta diferença frequentemente traduzida em liberdade e aprisionamento e, até mesmo, vida ou morte, deixava suas crianças e adolescentes pobres em situação de desamparo. A única legislação presente que tratava desta parcela tão significativa da população era o Código Criminal, mas este buscava apenas o estabelecimento de

punições para jovens que cometessem atos infracionais, escancarando a falta de preocupação do Estado brasileiro com o bem-estar de suas infâncias.

Tobias Barreto enxergou o punitivismo das leis brasileiras em relação às crianças e adolescentes e publicou uma de suas principais obras, o livro *Menores e Loucos*, que veio a analisar o Código Criminal, mais especificamente o seu 10º Artigo, que trata sobre os “menores” brasileiros. A segunda metade do Século XIX foi marcada pelo surgimento de jovens intelectuais progressistas recém-formados, e estes estiveram engajados fervorosamente pela renovação do país em diversas frentes, e entre estes é possível destacar a presença inconfundível de Tobias Barreto, que logo foi uma das figuras à frente de um novo momento intelectual brasileiro.

A morte de Tobias Barreto no ano de 1889 não pôs fim à sua influência sobre a política e a lei, estando este nome fortemente estabelecido como uma grande mente e voz pela renovação do Brasil nos campos filosófico, legislativo e político. A partir de suas críticas ao Discernimento, o jurista influenciou outros intelectuais que foram fundamentais para a mudança das legislações que regiam as infâncias brasileiras, firmando de maneira similar à sua vanguarda intelectual na Escola do Recife a sua responsabilidade pelo início de uma “Nova Justiça” que buscava estabelecer o Estado como responsável pelo bem estar e segurança dos jovens, que segundo a mentalidade Positivista que o próprio Tobias Barreto havia alavancado e que a este momento era dominante, seriam, especialmente a partir da proclamação da República Brasileira, o futuro desta nação destinada ao progresso.

### **Referências Bibliográficas**

ARIÉS, Phillipe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: LCT, 1981.

ALVAREZ, M. C. *A Emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores*. Dissertação (Mestrado em Sociologia), São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989.

BRAGA, Vera. *A invenção da infância: as políticas públicas para a infância em Pernambuco (1906-1926)*. Recife, Tese (Doutorado), Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Recife: Typographia Central. 1886.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Institui o Código Criminal do Império do Brasil. Diário do Governo, Rio de Janeiro, 16 dez. 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 29 abr. 2020.

LONDOÑO, Fernando Torres. *A origem do conceito menor*. In: PRIORE, Mary del. História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 1995. p. 129-145

MORELLI, Ailton José. *A Criança, o Menor e a Lei: Uma discussão em torno do atendimento infantil e da noção de inimputabilidade*. Tese (Mestrado em História), Assis: Universidade Estadual Paulista, 1996.

PAIM, Antonio. *A Escola do Recife*. Londrina: Editora da UEL. 1997.

PONTUAL, Virgínia. Tempos do Recife: representações culturais e configurações urbanas. *Revista Brasileira de História*, v. 21, n. 42, p. 417-435, 2001, São Paulo. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01882001000300008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000300008). Acesso em: 15 ago. 2020

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As faculdades de Direito ou os eleitos da nação*. In: O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 141-172.