

03



ESCOLA CLÁSSICA E O PARADIGMA DA INDIFERENCIADA/ DISCERNIMENTO DOS MENORES EM CONFLITO COM A LEI

O presente artigo situa-se no âmbito da história da criminologia. Partindo do compromisso do iluminismo perante o conhecimento e dos princípios atinentes ao contrato social e ao utilitarismo clássico, aborda as principais ideias da escola clássica da criminologia no que diz respeito à reforma do sistema penal e à explicação do crime. Para o efeito, recorre sobretudo aos autores mais relevantes daquela escola, Cesare Beccaria, Francesco Carrara, dentre outros. Tem-se como objetivo compreender de que modo as crianças e adolescentes eram responsabilizados quando praticavam delitos durante a vigência dessa escola. Para isto, a pesquisa observou aspectos relacionados a evolução histórica de normas que tratam sobre a temática da criança e ao adolescente com suporte da criminologia crítica.

Palavras-chave

Escola Clássica - Livre Arbítrio - Contrato Social - Delito - Iluminismo

Diego Marques da Silva

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Email: diego.2016230173@unicap.br.

1. INTRODUÇÃO

A Escola Penal Clássica tem suas origens em doutrinas da antiga filosofia grega, a qual sustentava ser o delito afirmação da justiça, desenvolvendo-se no século XVIII como uma corrente de pensamento que reage contra as arbitrariedades do ancien régime para garantir os direitos do indivíduo (VIANA, 2018, p. 40).

Por volta do final do século XVIII, as escolas penais lutavam para melhor conceituar sobre o crime e o criminoso.

Nesta época que começaram a surgir as escolas criminológicas, nas quais lutavam para encontrar respostas sobre a origem do crime, a maneira de combatê-lo e de preveni-lo.

As Escolas usaram a interdisciplinaridade de várias áreas do saber tais como: Biologia, Psicologia, Sociologia, Antropologia, Psiquiatria, entre outras, em que serviram de base de análises criminológicas, sendo fundamental o auxílio de estatísticas e observações, para definir o método de pesquisa para cada período.

A primeira Escola Sociológica do Crime foi a Escola Clássica, onde seu surgimento se deu através do Iluminismo italiano do século XVIII, que se apoiava em determinados princípios, entre eles estão: O delito é um ente jurídico; A ciência do Direito Penal é uma ordem de razões emanadas da lei moral e jurídica; A tutela jurídica é o fundamento legítimo de repressão e seu fim; A qualidade e quantidade de pena, que é represiva, devem ser proporcionadas ao dano que se ocasionou com o delito ou perigo ao direito; A responsabilidade criminal se baseia na imputabilidade moral, desde que não exista agressão ao direito, livre arbítrio não se discute.

Cabe destacar ainda que neste período não existiam leis e penas específicas para as crianças e adolescentes infratores, que eram tratados da mesma forma que os adultos, caso já tivessem alcançado a idade mínima para serem considerados culpados por seus atos (paradigma da in-

diferenciação/ discernimento) ocorrido do séc. XVIII ao final do séc. XIX. A temática desta pesquisa se justifica pela contribuição de um estudo do Direito Penal não apenas por compreender as leis da época em questão, mas sim interpretá-las criticamente dentro de seu contexto histórico, político e social. Para a realização do trabalho, adotaram-se os pressupostos teóricos da metodologia da pesquisa bibliográfica, procedendo à coleta, análise e interpretação dos dados à luz do método histórico, investigando os reflexos do Direito penal da época.

Por fim, busca-se com a pesquisa compreender de que modo eram responsabilizados os menores em conflito com as leis, durante o período da escola clássica de Direito Penal, sendo este objeto desta pesquisa.

2. O ILUMINISMO E O CONTRATO SOCIAL

As teorias contratualistas têm como ponto central a análise do homem em sociedade e entendendo-se após as pesquisas realizadas por seus pensadores que, independentemente da razão, o homem não teria a capacidade/competência de construir uma comunidade sem que houvesse um poder hierarquicamente mais alto e forte do que os outros para conduzir a sociedade para seus fins comuns.

Desse modo, afirma (BITTAR, 2012, p. 296-297).

O contrato social é, portanto, um pacto, ou seja, uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. Trata-se de uma troca entre a liberdade natural x utilidade comum. O homem poderia escolher entre continuar em sua situação inicial, ou seja, no estado de natureza, ou, então, por meio de uma convenção, fundar uma associação tendente à realização de seu estado social. Em poucas palavras, a partir da união de muitos em torno de um objetivo comum, o que há é a formação de um corpo maior e diver-

sos dos corpos individuais dos membros que o compõem.

Assim, o Estado contratualista possui como primeiras características um governo absolutista, cujo rei detinha todos os poderes concentrados em si, e, desse modo, usufruía da capacidade de governar os subordinados sem se preocupar com a atividade legislativa positivada que justificava suas ações.

A Revolução Francesa apresenta-se como força contrária ao Império Absolutista, que se manteve reivindicando a abolição da monarquia e a construção e promulgação de leis positivadas, sendo o Código de Napoleão de 1804¹ uma mistura de ideais liberais e tradicionais. Junta-mente com a positivação dos códigos, encontra-se na Revolução Francesa o surgimento de um novo tipo de pensamento, o qual retira o centro das pesquisas da religiosidade e o coloca na racionalidade, isto é, o Iluminismo, que apresenta respostas fundamentadas na racionalidade, afastando a religião de discussões científicas.

O Iluminismo é concebido como ideologia de contracultura àquela que se manifestava no Estado absolutista, cujos Estado e Igreja estavam reunidos. A secularização do Estado trouxe a independência das normas religiosas e o foco em questões científicas, entendendo-se, desse modo, que o Iluminismo retirou a população francesa da idade das trevas².

Durante os regimes absolutistas das Idades Média e Moderna, através de uma conduta infratora o indivíduo ofendia a soberania e o poder absoluto do monarca, que então empenhava uma severa reação punitiva como meio de vingança e justiça.

1 O Código Civil Francês foi o código civil francês outorgado por Napoleão Bonaparte e que entrou em vigor 21 de março de 1804. O Código Napoleônico propriamente dito aborda somente questões de direito civil, como as pessoas, os bens e a aquisição de propriedade.

2 Foi o termo adotado pelos humanistas do século XVII, aonde generalizaram toda a civilização da Europa do século IV ao século XV como um tempo de ruína e flagelo.

Como reação a esse período surge a Escola Penal Clássica, também conhecida como idealista que predominou entre o final do século XVIII e a metade do século XIX, surgindo como uma espécie de reação ao totalitarismo do Estado Absolutista da época e carregando influência do movimento Iluminista. Essa corrente doutrinária desenvolve a visão de que a pena é algo imposto a um indivíduo que cometeu, voluntária e conscientemente, ato grave (crime) e, portanto, merece um “castigo”.

Sobre isso afirma (BARATTA, 2014)

Assim é reconhecida a Escola Clássica da Criminologia, também intitulada de Escola Liberal, cuja emergência data de meados do século XVIII na Europa. Pautada nos ideais iluministas, a Escola Clássica foi forjada em meio a um ambiente de contestações às ideias e práticas penais vigentes ao longo de toda a Idade Média. Surge, portanto, em um nítido fluxo de transformações políticas, econômicas e ideológicas pelas quais passava a Europa e seus sistemas punitivos

Faz-se necessário salientar que a intitulação da Escola Clássica foi forjada por Ferri, representante fervoroso da escola positiva. Salvo melhor juízo, em contramão ao que parte da doutrina mundial declara, quando Ferri assim a intitulou, através de uma exposição oral acerca dos novos caminhos do direito e do processo penal, de fato, não parece tê-la feito de forma depreciativa. Disse ele expressamente:

(...) por isso a Escola Clássica, em seguida à Revolução Francesa, teve uma orientação político-social em pleno acordo com as reivindicações dos ‘direitos do homem’. Mas o estudo da justiça penal não pode deixar de refletir, outrossim, as correntes filosóficas e especialmente as filosófico-jurídicas predominantes em cada período histórico: pelo que a Escola Clássica Criminal, como sistematização filosófico-jurídica, foi inspirada pela doutrina do ‘direito natural’, que foi um dos conflu-

tes ideais da Revolução Francesa e valeu-se do método dedutivo, então imperante sem contrate nas ciências morais e sociais (FERRI, 1999, p. 57).

Assim, consideradas como cruéis e desumanas, as penas vigentes no chamado Ancien Régime³ passaram a ser duramente criticadas em virtude de seus excessos baseadas em parâmetros considerados subjetivos para dosimetria dos castigos aplicados. Considerando os ordenamentos jurídicos vigentes até então, pode-se falar que o Código de Hamurabi⁴ e a Lei de Talião⁵ figuram entre os dispositivos penais mais conhecidos deste período histórico. A lógica do “olho por olho, dente por dente” naturalizava e positivava a execução de uma gama de suplícios como torturas, enforcamento, decapitação, morte por inanição, esquartejamentos, encarceramento por tempo indeterminado e outras penas (FOUCAULT, 2000):

[...] os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos químéricos; o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza; tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas (BECCARIA, 1764, p. 8).

A mudança penal anteriormente citada não pode ser compreendida sem vincularmos tal processo aos ideários e interesses burgueses.

3 Refere-se originalmente ao sistema social e político aristocrático que foi estabelecido na França.

4 Foi o primeiro código de leis da história e vigorou na Mesopotâmia, quando Hamurabi governou o primeiro império babilônico, entre 1792 e 1750 a.C. Esse código se baseava na Lei do Talião, que punia um criminoso de forma semelhante ao crime cometido, ou seja, “olho por olho, dente por dente”.

5 A lei de talião, também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena – apropriadamente chamada retaliação. Na perspectiva da lei de talião, a pessoa que fere outra deve ser penalizada em grau semelhante, e a punição deve ser aplicada pela parte lesada.

Detentora do poder econômico, a classe burguesa vislumbrou no Direito Penal um potente dispositivo de ascensão ao poder político, formulando, para tanto, uma nova racionalidade punitiva capaz de proteger seus próprios interesses e, simultaneamente, contrapor as tradicionais práticas penais absolutista. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004). A Escola Clássica também conhecida como período pré-científico da criminologia, contou com a colaboração teórica de diversos intelectuais, dentre os quais pode-se destacar como o personagem mais importante Cesare Beccaria, aristocrata italiano, considerado o maior expoente do iluminismo penal europeu. Foi um Jurista, filósofo e economista, é de sua autoria a famosa obra *Dos delitos e das penas*, publicada originalmente em 1764 e avaliada, ainda hoje, como uma das bases do Direito Penal moderno, nesta obra, discorre minuciosamente por assuntos que caracterizariam posteriormente o pensamento penal clássico, como a função da pena, a natureza do ato criminoso e o impacto da estrutura jurídica penal sobre a sociedade. Além dele, pode-se destacar também autores estudiosos como Jeremy Bentham⁶ (Inglaterra), Francesco Carrara⁷ (Itália), Alselm von Feuerbach⁸ (Alemanha) pertencentes a essa Escola.

Dos Delitos e das Penas pode ser considerado um tratado filosófico, cujo conteúdo foi amplamente incorporado pela legislação penal dos principais países europeus. Trata-se de uma publicação de confronto aos modelos penais vigentes até então, refutando a tradição jurídica e invocando novos elementos como a razão e a consciência pública contra as atrocidades dos sistemas punitivos. Forja-se, pela primeira vez na seara penal, a fronteira entre a justiça dos homens e

6 Foi filósofo, jurista e um dos últimos iluministas a propor a construção de um sistema de filosofia moral, não apenas formal e especulativa, mas com a preocupação radical de alcançar uma solução a prática exercida pela sociedade de sua época.

7 Foi um jurista e político liberal italiano. Ele foi um dos principais estudiosos do direito penal e defendia a abolição da pena de morte na Europa do século XIX.

8 Foi um jurista alemão. Foi o fundador da moderna doutrina do direito penal da Alemanha, com a teoria da dissuasão psicológica; foi o autor do Código Penal da Baviera de 1813.

a de Deus, delineando claramente o hiato entre crimes e pecados. A referida obra estabelece as leis como parâmetros únicos para regulação das relações e suplícios e, corajosamente para o período histórico, declara a inutilidade da pena de morte. Ele acreditava que a privação de liberdade gerava um efeito muito mais relevante socialmente do que a própria pena de morte, uma vez que a uma pessoa privada de sua liberdade faria com que a sociedade lembrasse todos os dias da conduta do transgressor e, portanto, teria um caráter inibitório muito mais eficaz.

É possível dizer, sobretudo, que as obras escritas por Beccaria muito provavelmente não existiriam sem a Accademia dei Pugni⁹. Grande parte do conteúdo de "Dos Delitos e Das Penas", assim como o estímulo para escrevê-lo, vieram dos irmãos Verri. Apesar da longa parceria existente entre Beccaria e os irmãos Verri¹⁰, o rompimento entre eles aconteceu após a viagem do Marquês para Paris, onde o mesmo foi reconhecimento por toda a ilustração francesa. A partir de então, Alessandro e Pietro passaram a atacar Beccaria em suas correspondências, sempre com ácidas críticas a sua obra e a sua pessoa. Impressiona o teor das críticas feitas pelos irmãos Verri, relatadas por Calamandrei, que as define como "trinta anos de maledicentes correspondências". Percebe-se que a verdadeira razão do rompimento é o êxito de "Dos Delitos e das Penas".

Em razão da ruptura supracitada, muito se discutiu acerca da autenticidade de "Dos Delitos e das Penas", tendo alguns doutrinadores, inclusive, afirmado que os verdadeiros autores da obra seriam os irmãos Verri. Entretanto, não há o que se questionar quanto à autenticidade do livro, já que o próprio Pietro admitiu que Beccaria teria sido o autor: "O livro o fez Beccaria; qual-

9 Academia dos Punhos, cujo objetivo era combater as ideias conservadoras da época. Nos encontros intelectuais da Academia, Beccaria conheceu a crueldade do sistema penal vigente da época, graças aos relatos de Alessandro, que exercia o cargo de protetor dos encarcerados.

10 Apesar de a obra de Beccaria ter sido influenciada pelos irmãos Verri, houve o rompimento entre eles. Além dos irmãos Verri, destacadamente Pietro, Beccaria foi influenciado pelas ideias de Montesquieu e Rousseau.

quer pessoa que tenha sentido do estilo, tem de compreender que não é meu.". Além disso, Pietro redigiu monção, em 1796, sugerindo que fosse erguido um monumento de reconhecimento ao Marquês, que já havia falecido.

Percebe-se, portanto, que não há que se falar em originalidade quanto às ideias de Beccaria, já que o Marquês apenas reproduziu aquilo que aprendeu com os irmãos Verri durante a sua passagem pela Accademia dei Pugni. Todavia, é impossível negar que o modo como Beccaria apresentou os princípios criminológicos em questão foi cuidadosamente primoroso, fato este que levou a obra à ascensão.

Ainda que as ideias reproduzidas por Beccaria em "Dos Delitos e das Penas" fossem pouco originais, suas palavras foram cirúrgicas contra o sistema penal vigente à época, já que influenciaram diretamente diversas reformas penais, como, por exemplo, a abolição da tortura em diversos Estados: Rússia, em 1766, com a reforma penal empreendida por Catarina II; Áustria, em 1776, por ordem da imperatriz Maria Teresa; França, em 1780, por ordem de Luís XVI; etc.

Salienta-se, por fim, que embora seja inegável a influência de Beccaria e de seus companheiros ideológicos nas reformas penais supracitadas, não se pode esquecer que os iluministas não foram teóricos herméticos, alheios ao que se passava a seu redor; muito pelo contrário, eram constantemente perseguidos pela dura realidade social. O ambiente era propício para o surgimento de tais ideias, de modo que tais reformas penais não eram fatos isolados, tampouco meramente decorrentes de obras iluministas. Havia uma tendência generalizada, uma convicção europeia predominante.

À vista disso, é possível inferir que, tanto os irmãos Verri, como o Beccaria, foram alguns dos principais responsáveis por difundir novas concepções de matriz iluminista no direito penal, estando seus pensamentos, críticas e proposições concentrados didaticamente em "Dos Delitos e das Penas". Além de ter tido uma enorme repercussão à época de sua publicação, tal obra

influenciou, ainda, pensadores subsequentes, inclusive até a contemporaneidade.

Em sentido comum ao pensamento de Beccaria, em 1859, outra obra de sólida referência liberal foi publicada. Trata-se do *Programma del Corso de Diritto Criminale*, de autoria de Francesco Carrara (1907), um dos principais ícones históricos do direito penal italiano e cujo pensamento exerceu influência direta sobre a formulação do II Código Criminal Italiano, publicado em 1889.

O legado de Carrara obteve projeção e repercução internacional, notadamente no tocante à concepção de crime como um ente exclusivamente jurídico e suas inúmeras manifestações e publicações contrárias à pena capital. Sobre isso afirma o autor:

Definido o crime como entidade jurídica, estabeleceu-se de vez o limite perpétuo da proibição; não poder reconhecer um crime, exceto naquelas ações que ofendem ou ameaçam os direitos dos associados. E como a lei não pode ser atacada se não por atos externos procedentes de uma vontade livre e inteligente, esta primeira Passagens. o conceito veio estabelecer a necessidade constante em todo crime de suas duas forças essenciais: inteligência e livre arbítrio; fato externo lesivo ao direito, ou perigoso ao mesmo (CARRARA, 1907, p. 12).

A noção de pena como repressão ao dano causado está fundamentada em dois pilares teóricos do universo jurídico: o jusnaturalismo e o contratualismo. O primeiro toma por pressuposto o direito como algo natural, imutável e universal. Além disso, concebe o homem como ser natural (indivíduo), a-histórico, desembaraçado de atravessamentos sociais e, portanto, autônomo. O segundo, comprehende o Estado como fruto de um grande pacto firmado tacitamente entre os cidadãos que, em prol de sua segurança coletiva, cederiam parcelas de sua liberdade individual.

Assim, para a Escola Clássica o homem é um ser livre e, portanto, dotado de condições plenas para escolher entre o bem e o mal (livre arbítrio). Segundo este entendimento, se o homem comete um crime, o fato deve-se única e exclusivamente a uma escolha pessoal, não cabendo explicações outras (BARATTA, 2014). Esta linha de pensamento utilizava um método racionalista, partindo da observação geral para um fato específico, de forma que o ato-crime foi mais evidenciado do que o criminoso em si.

Um progresso importante realizado nesse período foi a valorização da defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, pois através da lei os indivíduos (as) sabiam o que podia fazer e o que não podia fazer, tendo segurança jurídica, pois, agora, crime é aquela conduta prevista em a lei.

Segundo (BECCARIA, 2003, p. 27) "as leis são as condições em que os homens isolados e independentes se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade que não tinham certeza da utilidade de conservá-la". Assim, o criminoso é um cidadão normal, dotado de livre arbítrio e que, ao delinquir, rompe o contrato social autorizador do seu convívio coletivo, afrontando, assim, todo o corpo social que o circunda, do qual deve ser reparado. Sua traição requer uma resposta do Estado defensor da sociedade, o qual deve lhe infringir um sofrimento que o faça "pagar" pelo mal cometido (natureza retributiva), evitando a reincidência e servindo de exemplo para que os demais não busquem o mesmo caminho (caráter intimidador). No temor do castigo se assentava a esperança de inibir ações reformatórias ao pacto de convivência.

A teoria do Contrato do Contrato Social pressupõe a igualdade absoluta entre todos os homens. Sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceito, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade.

Assim, o contratualismo¹¹ fundamenta-se em três pressupostos básicos: 1) postula um consenso entre os homens racionais acerca da moralidade e da imutabilidade da atual distribuição de bens; 2) todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade é patológico e irracional: comportamento típico de pessoas que, por seus defeitos pessoais, não podem celebrar contratos (daí, a ideia da pena como sanção para reabilitar o delinquente); 3) os teóricos do contrato social tinham um conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato. Esses critérios seriam definidos através de um conceito de utilidade.

Nas palavras de Bittencourt,

A teoria do Contrato Social representou um marco ideológico adequado para a proteção da burguesia nascente, insistindo, acima de tudo, em recompensar a atividade proveitosa e a castigar a preju-dicial. Em outras palavras, não fez mais do que legitimar as formas modernas de tirania (2008, p. 33).

O contrato social, amparado da ideologia do liberalismo, era tido como expressão da absoluta liberdade humana. Conforme explica, (Rosa Del Olmo, 2004) dentro desse esquema, "o indivíduo que recusa a ordem social é um indivíduo que recusa ser livre e, portanto, é perverso. A per-versão pode ter causas distintas, mas dá direito a obrigar o indivíduo a ser livre e em caso de re-beldia a tratá-lo como um animal irracional.

Assim, para Carrara crime é uma ofensa a lei decorrente do mal uso do livre arbítrio. Sendo a pena um conteúdo necessário do direito. É o mal que a autoridade pública inflige a um culpado por causa de seu delito. A pena é meio de tutela jurídica, desta forma, se o crime

11 É um modelo teórico criado para explicar o surgimento da sociedade. Esta teoria é baseada na ideia de que os seres humanos viviam em um estado pré-social, chamado de estado de natureza e abandonaram-no para firmar um pacto, o contrato social. As teorias do contratualismo surgem da necessidade de explicar o fato dos seres humanos terem se organizado em torno de sociedades regidas por leis criadas pelo Estado.

é uma violação do direito, a defesa contra este crime deverá se encontrar no seu próprio seio. A pena não pode ser arbitrária, desproporcional; deverá ser do tamanho exato do dano causado, deve se também retributiva, porém a figura do delinquente não é importante.

Conclui-se sobre as ideias da Escola Penal Clás-sica que o crime é uma violação do Direito, de forma que a defesa contra este ato provém do próprio ordenamento jurídico. A pena como meio de tutela jurídica deve ser retributiva e não pode ser arbitrária ou desproporcional. Por fim, o criminoso não se mostra como objeto primor-dial de estudo, tendo em vista que realiza o ato conscientemente utilizando o livre-arbítrio.

3. PARADIGMA DA INDIFERENCIACÃO/ DISCERNIMENTO DE MENORES EM CONFLITO COM A LEI

Cabe destacar ainda que neste período não exis-tiam leis e penas específicas para as crianças e adolescentes infratores, que eram tratados da mesma forma que os adultos, caso já tivessem alcançado a idade mínima para serem consideradas culpados por seus atos.

No antigo Direito Romano¹², no Direito Canôni-co¹³, no Direito Inglês¹⁴ do século XVI (ESCAN-DÓN, 2006) e nas Ordenações Filipinas¹⁵, vi-gentes no Brasil de 1603 a 1830 (SARAIVA, 2009), essa maioridade penal, ou idade da razão, cor-respondia aos sete anos de idade. Acima des-

12 É o nome que se dá ao conjunto de princípios, preceitos e leis utilizados na antiguidade pela sociedade de Roma e seus domínios.

13 É o conjunto de leis que rege a estrutura institucional da Igreja Católica Apostólica Romana. Ele regulamenta todos os segmentos da vida eclesiástica; sua organização, governo, ensino, culto, disciplina e práticas processuais.

14 É o sistema jurídico da Inglaterra e Gales e é a base da common law, um sistema legal.

15 As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha, durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica, o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV.

ta idade, a criança já podia ser punida. Abaixo não, pois nesses anos iniciais se supunha que o sujeito não dispusesse de plena capacidade de discernimento e autodeterminação perante seus atos.

As condutas classificadas como crimes, pelas ordenações, coincidiam, segundo (SILVA, 2011), com os comportamentos considerados pecaminosos pela Igreja. Tal homologia, de acordo o mesmo autor, deveria ser encarada como uma das formas de expressão jurídica da superposição dos poderes secular e religioso.

A apenação, segundo o Capítulo V das Ordenações Filipinas, iniciava-se aos sete anos de idade. Até os dezessete, os menores estavam livres da pena de morte, entre essa idade e os vinte e um anos, eles deveriam ser submetidos ao sistema de "jovem adulto". Neste havia a possibilidade de condenação a pena capital, ou, a depender das circunstâncias, a redução da pena. (ARRUDA, 2011; SARAIVA, 2009).

De acordo com Irene (RIZZINI, 2009), apesar da menoridade ter atuado como um atenuante, as crianças foram severamente punidas, no decorrer do período colonial.

O objetivo das penas, na opinião de Antônio Luiz Paixão (1987 apud SILVA, 2011), era o de "intimidar pelo terror", motivo, pelo qual, as penas cruéis (inclusive a morte⁸) estariam associadas à uma série de títulos da lei. Entretanto, este objetivo, para outros autores, seria apenas o mais evidente. Muito mais do que a "intimidação pelo terror", a rigidez punitiva visava a legitimação do sistema de dominação. (SILVA, 2011) Dito de outra maneira, a previsão das penas cruéis, em vários títulos, expressava a função política que elas desempenhavam e que transcendia o eixo punitivo-intimidador.

A manutenção do sistema de dominação era o resultado positivo das práticas punitivas que não se limitavam a castigar ou "intimidar pelo terror". Como afirmou Michael Foucault, "as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos 'negativos' que permitem reprimir, im-

pedir, excluir, suprimir; [...] elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar [...]" (FOUCAULT, 2000, p. 27).

O encarceramento, no período colonial, não se configurava como uma forma de pena. Existiam cadeias, mas estas eram utilizadas apenas como espaços de custódia⁹, nos quais, os presos ficavam à disposição da justiça, aguardando o término do julgamento ou a execução da punição. (AGUIRRE, 2009).

[...] as cadeias não eram instituições demasiadamente importantes dentro dos esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais. Na maioria dos casos, tratava-se de meros lugares de detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou para delinquentes já condenados que aguardavam a execução da sentença. Os mecanismos coloniais de castigo e controle social não incluíam as prisões como um de seus principais elementos. [...] Localizadas em lugares fétidos e inseguros, a maioria das cadeias coloniais não mantinha sequer um registro dos detentos, das datas de entrada e saída, da categoria dos delitos e sentenças. [...] o encarceramento de delinquentes durante o período colonial foi uma prática social [...] destinada simplesmente a armazenar detentos, sem que se tenha implementado um regime punitivo institucional que buscasse a reforma dos delinquentes. (AGUIRRE, 2009, p.38-39).

Não obstante, é importante ressaltar que havia outro aspecto, presente na maioria dos códigos penais retribucionistas do século XIX: a imputabilidade relativa. Tratava-se de um intervalo étário, no qual caberia ao juiz decidir, intuitivamente, sobre o discernimento do réu. Desse modo, tem-se que o magistrado decidia sobre a condenação ou a absolvição. No Brasil, o Código Penal do Império¹⁶, de 1830, estabelecia

¹⁶ O Código Criminal do Império do Brasil foi sancionado pela lei de 16 de dezembro de 1830, substituindo o livro V das Ordenações Filipinas (1603), codificação penal portuguesa que

esse intervalo entre os sete e os quatorze anos; o Código Penal da República, de 1890, entre nove e quatorze. Uma vez sentenciada à prisão, a criança se misturava, indistintamente, com os adultos do cárcere (GOMES, 2009).

Na aplicação das penas, levava-se em conta o fato de as pessoas serem formalmente desiguais. A sociedade colonial era organizada hierarquicamente e isso implicava em tratamentos distintos para cada categoria social. Os infratores de posições elevadas eram imunes a penas corporais, sendo castigados, em geral, com penas leves, já os de categoria social inferior eram submetidos a penas pesadas e humilhantes. A posição social ocupada influía, na verdade, desde o início do processo judicial, na medida em que um crime poderia não ser avaliado como tal, a depender de quem o tivesse cometido. (SILVA, 2011).

[...] a noção de crime implicava a ruptura das normas reais e dos princípios cristãos, entretanto, ressaltamos que essa conduta tenderia a ser interpretada de modo tão mais ofensivo quanto menor fosse a categoria social do infrator. Enfim, no direito pré-moderno, a conduta inimiga que desafiava o poder soberano sujeitava o seu autor a punições cruéis que se intensificariam na proporção da desqualificação social do criminoso e que se atenuariam segundo as qualidades do infrator. (SILVA, 2011, p.25).

As medidas punitivas privadas, tais como as previstas pelas Ordenações, visavam castigar, intimidar, mas, sobretudo, permitir a manutenção do sistema de dominação vigente. Além dos objetivos comuns, elas compartilhavam de um mesmo espaço de atuação, o corpo, "objeto" tangível, sobre o qual se aplicavam uma boa parte das punições.

Os castigos físicos parecem mesmo ter feito parte do ethos da sociedade colonial. Esses não foram empregados apenas pelo poder colonial

continuou em vigor depois da Independência (1822), segundo determinação da Assembleia Nacional Constituinte de 1823.

e pelos senhores de terras, mais também, como esclarece Mary Del Priori (1999), foram utilizados pelo patriarca, no espaço privado da casa. No ambiente familiar, os castigos físicos eram práticas habituais, sendo administrados na educação dos filhos. "As 'disciplinas', os bolos e beliscões revezavam-se com as risadas e mimos." (DEL PRIORI, 1999, p. 98).

O castigo físico em crianças não era nenhuma novidade no cotidiano colonial. Introduzido, no século XVI, pelos padres jesuítas, para horror dos indígenas que desconheciam o ato de bater em crianças, a correção era vista como uma forma de amor. O "muito amor" devia ser repudiado. Fazia mal aos filhos. [...] O amor de pai devia inspirar-se naquele divino no qual Deus ensinava que amar "é castigar e dar trabalhos nesta vida". Vícios e pecados, mesmo cometidos por pequeninos, deviam ser combatidos com "açoites e castigos". (DEL PRIORI, 1999, p. 97).

Na segunda metade do século XVIII, com o estabelecimento das chamadas Aulas Régias, à palmarícia passou a ser utilizada pelos professores como instrumento no processo educativo. (DEL PRIORI, 1999).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi abordado, não existiu propriamente uma Escola Clássica, que foi assim denominada por Ferri, um positivista). Os, assim denominados, Clássicos, partiram de duas teorias distintas: o jusnaturalismo, baseava-se no direito natural, que decorria da natureza eterna e imutável do ser humano, e o contratualismo (contrato social ou utilitarismo, de Rousseau), em que o Estado surge a partir de um grande pacto entre os homens, no qual estes cedem parcela de sua liberdade e direitos em prol da segurança coletiva.

Cabe destacar ainda que a burguesia em ascensão procurava afastar o arbítrio e a opressão

do poder soberano com a manifestação desses seus representantes através da junção das duas teorias, que, embora distintas, igualavam-se no fundamental, isto é, a existência de um sistema de normas anterior e superior ao Estado, em oposição à tirania e violência reinantes.

Está-se diante de um Direito Penal que proclama a construção de uma sociedade justa, não apenas punindo o agente do delito, mas também evitando a prática de crimes, pois uma sociedade justa e fraterna não é aquela que pune os criminosos, mas, sobretudo, aquela que evita que os crimes sejam praticados.

Tal “escola” situa-se na chamada fase pré-científica da Criminologia, pois vale-se do método abstrato, dedutivo e formal. A etapa pré-científica da criminologia foi marcada por uma abordagem accidental e superficial do delito, e tinha duas formas de abordagens: a de caráter filosófico, ideológico ou político e as de natureza empírica.

A escola clássica tem por objeto de estudo o delito, visto como fato individual, isolado, mera infração à lei. A aplicação da pena surge como consequência lógica do descumprimento ao ordenamento jurídico e tem como tração marcante a ideia de livre arbítrio. O homem é visto como um ser racional e livre, e a teoria do pacto social é tida como fundamento da sociedade e do poder.

Os clássicos não se interessam pelos os motivos que levam à criminalidade, não se preocupando com a etiologia do fenômeno criminoso sendo incapazes de fornecer aos poderes públicos as informações necessárias para um programa político-criminal de prevenção e luta contra o crime. Ainda neste período, não existiam leis e penas específicas para as crianças e adolescentes infratores, que eram tratados da mesma forma que os adultos, caso já tivessem alcançado a idade mínima para serem considerados culpados por seus atos.

Uma vez sentenciada à prisão, a criança se mis-

turava, indistintamente, com os adultos do cárcere. O período da indiferenciação perdura até o final do século XIX, embora há bastante tempo se verifiquem incipientes exemplos de atenuação penal, em decorrência da branda idade do réu.

Espera-se que o objeto de estudo desenvolvido e as conclusões a que chegou à pesquisa oportunizem ao estudioso do Direito Penal uma formação crítico-humanística, despertando novos estudos acerca dos princípios que regem o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

- AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940.** In: BRETAS, Marcos Luiz. et al. Histórias das Prisões Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 35-75.
- ARIÈS, P. **História Social da Criança e da Família.** Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral.** 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale.** Parte generale. 10. ed. Firenze: Fratelli Camelli: 1907. v. 1.
- ESCANDÓN, C.B. **Estudio Histórico y comparado de la legislación de menores infractores.** In: MARTÍN, N.G.. Estudios Jurídicos en homenage a Marta Morineau: México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2006.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal;** trad. Paolo Capitanio. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 23. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.
- GOMES, O. G. F. **Ato Infracional, Legalidade e Consenso: estudo acerca das diretrizes para a justiça juvenil.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2009
- OLMO, Rosa Del. **A América latina e sua Criminologia.** Rio de Janeiro: Revan: 2004 (Pensamento Criminológico, 9).
- PRIORI, Mary Del. **O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império.** In: PRIORI, Mary Del (Org.). História da criança no Brasil. São Paulo: Contexto, 1999. p. 85-106.
- RIZZINI, I. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil.** Rio de Janeiro: Amais, 1997
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SILVA; Anderson Moraes de Castro e. **A punição no novo mundo: a constituição do poder punitivo no Brasil colonial. Revista Perspectivas Sociais.** [Pelotas], ano 1, n. 1, mar.2011. Disponível em: <<http://periódicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/perc soc/article/viewFile/2336/2186>>. Acesso em: 18 jul. 2013
- VIANA, Eduardo. **Criminologia.** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.