

# MENORES, ESCRAVOS E INGÊNUOS NA LEGISLAÇÃO OITOCENTISTA

## Emerson Benedito Ferreira

Mestre e Doutor (bolsista CNPq) em Educação pela Universidade Federal de São Carlos na linha de pesquisa Educação, Cultura e Subjetividade. O autor desenvolve investigações vinculadas à linha de pesquisa Diferenças: relações étnico-raciais, de gênero e etária e participa do grupo de estudos sobre a criança, a infância e a educação infantil: políticas e práticas da diferença. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-8207-0760>

**MENORES, ESCRAVOS E INGÊNUOS NA LEGISLAÇÃO OITOCENTISTA.**

**MINORS, SLAVES AND NAIVES IN THE NINETEENTH CENTURY LEGISLATION.**

**Emerson Benedito Ferreira**

**RESUMO**

A proposta deste artigo consiste em fazer uma breve cartografia da Legislação Brasileira Oitocentista. No compêndio, busca-se de alguma forma localizar na letra da lei, particularidades e singularidades dadas pelo direito daquele momento histórico às crianças e aos adolescentes pobres e escravizados face aos mais abastados.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Legislação Oitocentista; crianças e adolescentes; infância; escravos; pobreza.

**ABSTRACT**

The proposal of this article consists in making a brief cartography of the Brazilian Legislation Eighteenth century. In the compendium, some attempt is made to locate in the letter of the law, particularities and singularities given by the right of that historical moment to the children and adolescents poor and enslaved to the most affluent.

**KEY WORDS:**

Legislation Eighteenth century; children and adolescents; childhood; slaves; poverty.

Estudando comparativamente as creanças e os animaes inferiores, sob o ponto de vista do grau, em que umas e outros podem subsistir, defender-se, travar a imperiosa luta pela vida, vendo a creança, nos primeiros alvares da existência, tão fraca e incapaz de resistir ás condições desfavoráveis que a circumdam vem-nos ao espirito um Ímpeto de collocal-a entre os seus mais humildes companheiros da escala zoológica (ALCÂNTARA MACHADO, 1897, p. 193)<sup>1</sup>.

## INTRODUÇÃO

De um século ao outro, do XIX para o XX e desse último para o nosso, a criança<sup>2</sup> apenas ganhou em direitos e cidadania<sup>3</sup> após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Estigmatizada e catalogada por séculos com a terminologia “*menor*”<sup>4</sup>, essa criança que agora se vê representada pelo Estatuto acima citado, nos séculos pretéritos, figurava em Consolidações Penais, leis de menores e Cartas Políticas apenas como cumpridora de deveres legais e carecedora de auxílio<sup>5</sup>.

Nos dos estatutos legais, ou seja, das Ordenações Filipinas de 1603 ao Código Penal de 1940, podemos dizer que a criança sempre foi vista (aos olhares do legislador) de certa forma ‘etiquetada’ por seu pertencimento social. Ora, em um simples compassar das legislações, e embora a Lei envolva a todos, notamos que nelas subsiste uma gama considerável de dispositivos voltados à criança pobre. Por outro lado, nas mesmas legislações também existem expedientes voltados à criança rica, porém de forma muito reduzida.

Neste raciocínio, e especialmente na segunda metade do século XIX e início do XX, o ‘menor’ (estigmatizado e pobre) era considerado um problema de segurança pública, a ‘criança’ (frágil e rica) era “objeto das atenções privadas da família ou, no máximo, fonte

<sup>1</sup> As citações de obras do século XVII ao XIX, quando retiradas dos livros originais, pela sua excentricidade serão reproduzidas neste trabalho como originalmente foram grafadas.

<sup>2</sup> Criança conforme o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990) é aquela que possui 12 anos incompletos, e adolescente, 18 anos incompletos.

<sup>3</sup> O ECA descreve em seu artigo terceiro que é assegurada à Criança e ao Adolescente ‘todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana’.

<sup>4</sup> Neste trabalho, seguindo os parâmetros legais, empregaremos, na maior parte do tempo a nomenclatura ‘criança’. Como bem observa Muller (2005), no período colonial, o termo ‘menor’ era usado apenas como sinônimo de idade. Em 1830, com o nascedouro do Código Criminal Imperial, houve determinação expressa de que todo indivíduo menor de 14 anos, sem discernimento sobre atos delituosos, não poderia ser responsabilizado penalmente, e se conhecessem do crime seriam encaminhados às famosas “Casas de Correção”. Então, o termo ‘menor’ firma-se no vocabulário jurídico, e a imprensa passa a usá-lo como sinônimo de criança pobre, desprotegida moral e materialmente. Isso ocorreu devido à imensa quantidade de crianças carentes que perambulavam pelas ruas, algumas praticando pequenos furtos, outras apenas tentando sobreviver.

<sup>5</sup> Neste sentido, Kaminski diz que em favor das crianças pobres eram apenas destinadas “políticas assistencialistas e compensatórias, desenvolvidas na forma da pura caridade, benevolência e filantropia (2002, p.09).

articuladora de um discurso que procura mobilizar a solidariedade social” (PEREIRA, 1994, p.93).

Mas, nos artigos e incisos a serem estudados, necessariamente, a efígie primária da criança pobre acabou por subdividir-se em outras quatro: a *vítimizada*, o *delinquente*, o *órfão e abandonado* e, em uma última e não menos cruel, a da *criança escravizada*<sup>6</sup>.

Como veremos em sequência, para garantirem os seus direitos, crianças abastadas por intermédio de seus tutores ou cuidadores comumente circulavam e encontravam amparo seguro nos livros das Ordenações Filipinas que tratavam diretamente sobre matérias cíveis, ao passo que as crianças desfavorecidas transitavam com frequência pelos incisos do quinto livro da mesma ordenação, um espécime de legislação que tratava exclusivamente de matéria criminal. Neste contexto, podemos afirmar que o lugar da criança delinquente, vitimizada e abandonada sempre foi a da esfera criminal, com deveres e reprimendas (judicialização da pobreza), ao passo que a criança com condições financeira costumeiramente figurava em laudas processuais como carecedora de direitos.

Assim, as considerações de Lloyd Demause (2014, p.19) de que “quanto mais regredimos na história, mais baixo é o nível de cuidado às crianças e mais alta a probabilidade de elas terem sido mortas, abandonadas, espancadas, aterrorizadas e sexualmente violentadas” apenas faz sentido se empregarmos tais premissas à criança desvalida, pois dificilmente no trato dos autos criminais e na lida jurídica serão encontradas crianças ricas abandonadas pelos pais, violentadas ou mortas (FERREIRA, 2014). Se existem ou existiram como bem coloca Boris Fausto (1984), elas acabaram por não ultrapassar as paredes do próprio ambiente familiar.

São escassas as pesquisas científicas que buscam nas entrelinhas das legislações e das práticas forenses o trajeto e o lugar reservado às crianças (MARTINS, 1998). Desponta, como lembra André Karst Kaminski (2002) somente na atualidade uma corrente científica voltada excepcionalmente para fazer uma História Jurídica e Social da Criança, uma analítica que mostre as pegadas dos pequenos nos processos e nas legislações que lá os colocaram.

Neste contexto, partimos da compreensão de que as ideias sobre infância (a até mesmo de criança) são social e historicamente construídas (ABRAMOWICS<sup>7</sup>, 2003; SARMENTO,

<sup>6</sup> Diz Pedro Junqueira Ferreira Neto que “além de mão de obra, o escravo representava riqueza: era uma mercadoria, que, em caso de necessidade, podia ser vendida, alugada, doada e leiloada. O escravo era visto na sociedade colonial também como símbolo do poder e do prestígio dos senhores, cuja importância social era avalizada pelo número de escravos que possuíam” (2015, p. 29).

2005) e acabam se estabilizando quando fomentadas por dispositivos jurídicos, discursos políticos, condutas médicas, regulamentos cíveis e enunciados científicos. (FOUCAULT, 2010).

Assim, é da análise destes discursos existentes na legislação jurídica brasileira que se fará possível a verificação de quando, porque e como a criança acabou vencendo (se é que venceu) a condição de inocente e carecedora de auxílio; ou de abandonada e delinquente (dependendo da época e da classe) para figurar nas páginas do Estatuto da Criança e do Adolescente como uma criança cidadã, com deveres e direitos unificados.

Portanto, a análise das premissas legislativas de tempos pretéritos endereçadas à criança é de suma importância para o entendimento do tempo presente. Para esta busca, faremos neste trabalho uma análise específica das Ordenações Filipinas, da Constituição Federal Imperial, do Código Criminal do Império, do Código Penal Republicano, além de algumas leis extravagantes que entrelaçam estes dispositivos<sup>8</sup>. No compêndio, se buscará localizar nestes dispositivos legais, particularidades e singularidades dadas pelo direito às crianças e aos adolescentes desvalidos<sup>9</sup> e escravizados face aos mais abastados.

## DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS<sup>10</sup>

Retrocedendo a aurora do direito luso-brasileiro, e como já dito anteriormente, podemos notar que as *Ordenações Filipinas*, espécie de conglomerado de leis esparsas que ditavam as regras naquele momento histórico, raramente fizeram menção aos termos ‘criança’ e ‘infância’, embora descomedisse da nomenclatura “menor”.

Confeccionada em cinco volumes, as Ordenações do Reino como também ficaram conhecidas, dispunham em seus exemplares sobre praticamente todos os assuntos, ou seja, das meras relações comerciais até a circumspecta pena de morte.

---

<sup>7</sup> Tomando o conceito de Anete Abramowicz, temos que este período denominado infância “tem-se constituído em alvo de saberes e poderes que vem sendo construído e modificado ao longo da história, e vem sendo configurada como categoria social”. Acrescenta ainda a autora que são muitas as linhas que influenciam nesta produção de infância, citando; “políticas, econômicas, jurídicas, médicas, sanitárias, religiosas e educacionais” (2003, p.16).

<sup>8</sup> Para tanto, utilizou-se o método de revisão integrativa da literatura e doutrina jurídica, possibilitando a combinação de estudos e a identificação do tema como lacuna importante no conhecimento, ainda não exaustivamente discutida.

<sup>9</sup> Segundo Caldas Aulete (1881): “desprotegido, desamparado, pobre, desgraçado (p.520).

<sup>10</sup> As Ordenações Filipinas tiveram vigência no Brasil de 1603 a 1916 e foram sancionadas no reinado de Felipe II (1598-1621). Referida legislação fez parte das chamadas Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas 1500-1514; Manuelinas 1514-1603; Filipinas 1603-1916).

Sem a pretensão de esgotar o assunto, aqui faremos apenas algumas reflexões a respeito de alguns artigos, pois como já dito anteriormente, o trabalho propõe-se a fazer um breve levantamento das principais tratativas legislativas insculpidas no labirinto destas ordenações que diziam deveres e ditavam os direitos da criança.

A Legislação Filipina que ditava os procedimentos cíveis reguladores da sociedade brasileira ficou em vigência até o ano de 1916, perdurando sob a incrível marca de 315 anos. Intocável durante todo esse período, o que se teve de novidade foi tão somente um agrupamento e um rearranjo das Leis cíveis previstas nas Ordenações Filipinas em forma de uma Consolidação muito útil para Magistrados e técnicos da lei (TEIXEIRA DE FREITAS, 1867). Por outro lado, o Livro Quinto que tratava especificamente da esfera criminal, foi desconsiderado e revogado em 1830 com o advento do Código Criminal do Império do Brasil, conforme veremos adiante.

Então, pergunta-se: qual o motivo da ausência de abordagem do termo “criança” nesta última Ordenação do Reino? O que o Estado previa para elas em termos legais? Para responder a estas questões, devemos retomar a nossa classificação inicial. Os artigos de lei que faziam referência às crianças *órfãs e abandonadas* geralmente estavam localizados nos dispositivos que faziam referência ao controle familiar e estatal de crianças sem ascendência social. Assim, podemos localizar no *Livro I, título 88, parágrafos 10 e seguintes*, a forma como as crianças órfãs ou expostas<sup>11</sup> deveriam ser criadas e cuidadas.

Diz a letra da lei que:

E se alguns Orfãos, nascidos de legitimo matrimônio, ficarem em tão pequena idade, que hajam mister criação dal-os-hão a criar á suas mãis, se as tiverem, em quanto se ellas não casarem. A qual criação serão obrigadas fazer até os órfãos haverem três annos cumpridos: e isto de leite somente, sem por isso levarem cousa alguma; e todo o al lhes será dado dos bens dos ditos Orfão, conforme ao que na cidade, villa, ou lugar, se costuma das as Amas por criação de meninos, E esta criação se pagará até o tempo, que os Orfãos sejam em idade, em que possam merecer alguma cousa por seu serviço. Porém, se alguma mãi for de tal qualidade e condição, que não deva com razão criar seus filhos ao peito, ou por algum impedimento os não possa criar, será o Orfão dado a Ama, que o crie assi de leite, como de toda a outra criação, que lhe for necessária, á custa dos bens dos ditos Orfãos. E se não tiverem bens, per que se possa pagar sua criação, suas mãis serão constringidas que os criem de graça de toda criação, até serem de idade, em que possam merecer soldada.

<sup>11</sup>“Chamão-se expostos aquelles infelizes que forão abandonados por seus pais logo pouco depois do seu nascimento, ou para se livrarem das despesas e dos incommodos da criação e educação, ou para se pouparem á infâmia” (CARVALHO, 1880, p. 27-28). “Pela antiga legislação erão os Expostos considerados – Orphãos” (ALMEIDA, 1870a, p.211). “Serão reputados como quaesquer outros orphãos, e o Juiz poderá destruiil-os pelas pessoas que os quizerem, até completarem doze annos, sem vencerem outro algum ordenado” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1876, p. 278)

Como visto, no caso de a criança ser fruto *de um matrimônio legitimado*<sup>12</sup>, porém órfã<sup>13</sup>, ela deveria ser criada pela mãe até os sete anos e amamentada até os três anos de idade. Em caso de impossibilidade, a criança deveria ser entregue a uma ama para amamentação e cuidados até os sete anos, recebendo a ama pela ação uma paga proveniente da herança da criança. Se a criança não possuísse bens, a mãe deveria cuidar do rebento sozinha até a mesma poder trabalhar.

Por outro lado, se a criança fosse *filha de um matrimônio ilegítimo*<sup>14</sup>:

Forem filhos de alguns homens casados, ou de solteiros, primeiro serão constringidos seus pais, que os criem, e não tendo elles per onde os criar, se criarão á custa das mãis, E não tendo elles nem ellas per onde os criar, sejam requeridos seus parentes, que os mandem criar. E não o querendo fazer, ou sendo filhos de Religiosos, ou de molheres casadas, os mandarão criar á custa dos hospitaes, ou Albergarias, que houver na cidade, villa ou lugar, se tiver bens ordenados para criação dos engeitados: de modo que as **crianças**<sup>15</sup> não morram por falta de criação. E não havendo Hospitaes e Albergarias, se criarão á custa das rendas do Concelho. E não tendo o Concelho rendas, per que se possam criar, os Officiaes da Camera lançarão finta pelas pessoas, que nas tintas e encarregos do Conselho hão de pagar.

Assim, os homens já casados ou solteiros, em um primeiro momento, seriam os encarregados de prover as crianças ilegítimas. Mas, em caso de não possuírem condições, as mães deveriam criá-las. E se a mãe também não possuísse condições, a justiça instaria os parentes a fazê-lo. Mas, se os parentes também não tiverem condições ou não as desejarem, as crianças seriam necessariamente enviadas à Hospitais ou Albergues.

É importante frisar que tais Hospitais de Caridade ou Albergues, por força daquele dispositivo legal, seriam instituições que deveriam receber financiamento das Câmaras Municipais. Contudo, como ensina Maria Luiza Marcílio, “no Brasil, raras foram as Câmaras que mantiveram a criação dos pequenos abandonados, pagando uma ama de leite. E quando o faziam, estava-se longe do atendimento a todos os necessitados” (1993, p.151).

Crianças que não tinham família ou que se encontravam na situação de albergada eram constantemente oferecidas em audiências legais para servirem por meio de contrato de ‘soldada’<sup>16</sup>. Este contrato de prestação de serviços também poderia aproveitar a criança negra,

<sup>12</sup> Diz respeito ao matrimônio legalizado pelo Direito Canônico.

<sup>13</sup> É de se estranhar, mas devido a figura do *pátrio poder*, se a criança perdesse o pai, era considerada órfã, independente de ainda possuir mãe.

<sup>14</sup> Neste caso, seriam matrimônios não legalizados pelo sistema.

<sup>15</sup> Esta foi uma das raras ocasiões onde o termo ‘criança’ foi empregado nesta legislação.

<sup>16</sup> “Paga pela locação de serviços, isto é, dos menores órfãos eram alugados a outras pessoas em troca de um soldo estipulado pelos juízes, contudo, embora houvesse previsão, quem deles se servia, através do contrato de soldada, não era obrigado a retribuir aos menores o correspondente soldo, apenas alimentá-los e vesti-los”

porém, a jurisprudência advertia sobre a necessidade de fiscalização para se evitar a escravização da criança livre pelo contratante (ALMEIDA, 1870a, p. 211). Contratos de soldada sempre eram imprevisíveis, pois constantemente o menor pobre não recebia o soldo de seu trabalho.

Neste ponto encontramos a *criança abastada*. A toda criança considerada órfã era necessariamente nomeado um tutor. O pai poderia fazê-lo em vida e deixar subscrito o escolhido por instrumento de testamento (tutela testamentária) ou poderia ser nominada em processo de inventário (tutela legítima), ou ainda, por nomeação do juiz.

Dizia o Título 102 do *Quarto livro das Ordenações* que:

O Juiz dos Orfãos terá cuidado de dar Tutores e Curadores a todos os Orfãos e menores, que não tiverem, dentro de hum mez do dia, que ficarem órfãos; aos quaes Tutores e Curadores fará entregar todos os bens moveis e de raiz, e dinheiro dos ditos órfãos e menores per conto e recado, e inventario feito pelo Scrivão de seu cargo, sob pena de privação do Officio. (ALMEIDA, 1870b, p. 995).

Aqui se opera uma grande diferença. Enquanto os candidatos a tutores da criança rica se digladiavam para conseguirem o vistoso cargo tendo em vista a vantajosa administração dos bens do órfão, ao pequeno pobre restava ser tutoriado por pessoas nomeadas pelo juiz (fato raro de ocorrer) onde, trabalhariam a seu cargo e em suas posses ou, na primeira oportunidade, seriam oferecidos à famílias ricas legitimados pelo instituto da soldada<sup>17</sup>.

Neste sentido:

Ainda que a Ord. Do liv. 1º, tit. 88, e a do liv. 4º, tit. 102, mandão dar indistinctamente tutor a todos os orpãos, sem fazerem diferença dos ricos e dos pobres, comtudo raras vezes se nomêa tutor áqueles que não tiverão legitima, porque em não havendo emolumentos esquecem as obrigações e os deveres mais importantes. O que daqui resulta é ajuntar-se á pobreza a falta de educação e um total desamparo em uma idade em que tanto se precisa de um director” (CARVALHO, 1880, p. 27).

Nestes testamentos ou inventários que nomeariam tutores para a criança abastada, também circularia a *criança mercadoria*<sup>18</sup>. Ela estaria vinculada aos demais bens móveis

---

(ROMÃO, 2016, p.1). O parágrafo que trata do Contrato de Soldada encontra-se no evento 13 do Título 88 do Livro I.

<sup>17</sup>“Os juízes devem, com effeito, á vista das disposições das Ord. (...) dar tutores também aos orphãos pobres: antes da idade de oito anno, se os tutores os criarem e tratarem bem têm incontestavelmente o direito de empregar-os em seu serviço, independente do pagamento de soldada” (CARVALHO, 1880, p.28).

<sup>18</sup> Como diz Elione Silva Guimarães, “antes da Lei de 28 de setembro de 1871, (Lei 2040 ou Lei do Ventre Livre), a criança escrava era mercadoria, pertencente aos senhores e as suas mães” (2006, p.110). A legislação comparava o escravo aos demais bens, inclusive a animais. Neste sentido: “Quando os que compram escravos ou bestas, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueiras” (ALMEIDA, 1870b, p.798). E ainda: “São bens do evento os escravos, gados ou bestas, achados, sem se saber do senhor ou dono, a quem pertença; o seu producto deve ser recolhido á recebedoria do município da corte” (CARVALHO, 1880, p.214). Se levarmos em

deixados pelo falecido e seria herdada pela criança da outra extremidade social, a ‘abastada’. A criança mercadoria estava elencada na categoria do direito denominado ‘*Direito das Coisas*’. Sob esse aspecto, é interessante notar que alguns crimes cometidos pelos escravizados, por sua condição de coisa<sup>19</sup>, resultava ao seu senhor a obrigação de indenizar o dano ao ofendido. Também registre-se que os escravizados quando indiciados na área criminal respondiam o processo como “delinquentes livres ou libertos” (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p.18-20). Neste contexto, para algumas questões - especialmente as cíveis como veremos no item 4 -, eram os escravizados meros objetos, portanto incapazes. Porém, em questões criminais, ganhavam identidade e respondiam como qualquer outro homem<sup>20</sup>.

Com o abandono e morte de crianças crescendo, houve por bem circular uma Ordem da Intendência Geral de Polícia ordenando “que em todas as Vilas em número muito superior aos atuais conselhos, onde não existissem instituições destinadas ao acolhimento dos expostos, fosse instalada uma casa munida de Roda” (LOPES, 2010, p.82). Nasceria deste dispositivo a Roda dos Expostos<sup>21</sup> que indiretamente traria benefícios à criança escrava, pois a livraria de seu cativo natural e conceder-lhe-ia a liberdade<sup>22</sup>.

Com efeito, e como bem observou Alcileide Cabral do Nascimento, “a roda foi instalada para evitar a prática do infanticídio<sup>23</sup> e garantir o anonimato dos genitores, sobretudo das mulheres que haviam cometido adultério ou comprometido sua honra, dando-lhes a oportunidade de ingressar no mercado matrimonial” (2008, p.22). Estabelecido isso, percebe-se que práticas infanticidas de abandono e abortivas até então aceitas socialmente

---

consideração que um escravizado de 10 anos poderia valer, na década de sessenta dos oitocentos, ‘um conto e quinhentos mil réis’ e um escravizado de 2 anos poderia valer até ‘seiscentos mil réis’, usando um conversor fornecido pelo jornal ‘O Estado de São Paulo’ (2017) para o ano de 1875, podemos dizer que estas crianças escravizadas valeriam, em moeda atual, trinta mil reais e doze mil reais, respectivamente.

<sup>19</sup> “O escravo subordinado ao poder (potestas) do senhor, e além disto equiparado às cousas por uma ficção da lei enquanto sujeito ao domínio de outrem, constituído assim objecto de propriedade, não tem personalidade, estado. É pois privado de toda a capacidade civil” (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p.45).

<sup>20</sup> “Em relação á lei penal, o escravo sujeito do delicto ou agente delle, não é coisa, é pessoa na accepção lata do termo, é um ente humano, um homem emfim, igual pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes” (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p.28).

<sup>21</sup> “As Rodas eram instituições trazidas da Europa. Assim como lá, tinham aqui o sentido de disciplinar os nascimentos indesejados, só que nos quadros específicos da escravidão. As Rodas de Expostos brasileiras eram administradas pelas Santas Casas de Misericórdia (...). As casas de Expostos recolhiam crianças abandonadas, geralmente recém nascidas, negras e em péssimas condições de saúde” (PEREIRA, 1994, p.95).

<sup>22</sup> Neste sentido: “(...) os expostos de côr lançados na roda são livres” (ALMEIDA, 1870b, p.791).

<sup>23</sup> Para esta autora, é somente no final do século XVIII com a crescente urbanização que o Estado demonstrará uma maior preocupação com a prática infanticida e a exposição de crianças, pois “começaram a fazer parte de um conjunto de estratégias para preservar, aumentar ou enclausurar os grupos considerados perigosos ou em risco” (2008, p.27).

(THOMSON, 2002) começaram a incomodar e a trazer preocupação para as autoridades constituídas. Tais práticas foram objeto de dispositivos normatizadores em legislações posteriores. Voltaremos a este tema mais adiante.

Na área criminal percebe-se que as Ordenações Filipinas passou a se ocupar de duas questões primordiais: a “sedução” com a consequente ofensa sexual<sup>24</sup> de crianças e a questão da “punibilidade” muitas vezes fomentada pelo desajuste social dos pequenos. Neste contexto, encontraremos as crianças faltantes: as *vitimizadas* e as *delinquentes*.

Embora houvesse tais preocupações relacionadas à criança e ao adolescente no início do direito brasileiro<sup>25</sup>, podemos afirmar que estas legislações especializadas em matéria criminal<sup>26</sup> acabavam por não distinguir com absoluta precisão a criança e o adolescente do adulto, reforçando a tese de que os cuidados e a consequente valorização da criança não teriam sido observados em outros períodos históricos (ARIÈS, 1981)<sup>27</sup>.

Neste sentido, observa-se que uma das grandes preocupações do legislador português do período citado dizia respeito aos atos sexuais considerados nefandos, como o era o crime de sodomia<sup>28</sup>. Dizia o texto legal:

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commeter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos reinos, posto que tenha descendentes, pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daqueles que commetem crimes de Lesa Magestade (ALMEIDA, 1870, p.1162).

Como visto, o crime de sodomia acabava por não distinguir a figura da criança da figura do adulto<sup>29</sup>. Na prática, apenas teriam tratamento diverso quando a criança ou o

<sup>24</sup> “Todo ato ou jogo sexual que pressuponha o intuito de obtenção de satisfação sexual por meio de criança ou adolescente, perpetrado por pessoa em estágio de desenvolvimento psicossocial mais adiantado, por meio de violência física, coação, sedução ou indução de seu consentimento” (TABORDA; ABDALLA-FILHO; CHALUB, 2012, p. 258).

<sup>25</sup> Faço referência aqui aos primeiros Códigos Penais, as Consolidações Cíveis e a primeira Constituição Federal confeccionados no país durante o século XIX.

<sup>26</sup>No contexto, faz-se referência aqui as Legislações estudadas para este trabalho, tais como: o Quinto livro das Ordenações Filipinas, O Código Criminal do Império, Código Processual Criminal do Império e o Código Penal Republicano.

<sup>27</sup> É importante deixar claro que a valorização da criança não se deu de forma ordenada entre as classes sociais. Segundo Shorter (1977) “embora admitisse que, a partir do séc. XVI se começara a verificar nas classes superiores uma alteração da posição da criança na hierarquia de valores das mães, esta não se teria estendido às classes pobres cujos pais permaneceram indiferentes aos filhos pelo menos até aos finais de XVIII (apud FERREIRA, 2000).

<sup>28</sup>Relação sexual anal. O crime de sodomia encontra-se inserido no Título XIII das Ordenações Filipinas com o seguinte enunciado: “Dos que commetem peccado de sodomia, e com alimarias” (ALMEIDA, 1870, p.1162).

<sup>29</sup>Em sequência, nos parágrafos subsequentes, não existe nenhuma referência a criança ou adolescente: “1. E esta lei queremos, que também se estenda, e haja lugar das mulheres, que umas com as outras commetem

adolescente figurasse como autores do crime e não vítimas. Neste caso, o arbítrio da pena ficaria a cargo do Magistrado. Porém, não obstante toda a truculência apresentada pela letra de lei, a prática dos abusos contra os corpos das crianças quase sempre declinava para a impunidade<sup>30</sup> (MOTT, 1989; RAMOS, 2004; FERREIRA, 2014).

Talvez, para aquela sociedade, tão repugnante quanto o crime de sodomia, seria o delito apresentado no Título XVII das Ordenações Filipinas, onde, em suas escritas se dispunha que:

Dos que dormem com suas parentas e afins: Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e ella tambem, e ambos feitos per fogo em pó (sic) (ALMEIDA, 1870, p. 1166).

Tratava-se do incesto<sup>31</sup>, delito atenuado em legislações futuras<sup>32</sup>, mas que naquele momento histórico era considerado crime nefando. Novamente podemos observar das linhas legais acima subscritas que outra vez o legislador equiparava a figura dos descendentes, - quase sempre crianças -, aos ascendentes, no caso, adultos. Ou seja, os atos sexuais praticados contra corpos de crianças não diferiam de forma alguma dos atos praticados contra corpos de adultos e a punição deveria ser aplicada tanto ao pai infrator da legislação vigente, quanto à criança. Na verdade, o que se punia era a imoralidade do ato em si, não importando ao legislador, como também ao julgador contra quem ele era direcionado. A quebra das regras

---

peccado contra natura (...) 2. Outrosi qualquer homem, ou mulher que carnalmente tiver ajuntamento com alguma alimária (...), 3. E as pessoas, que com outras do mesmo sexo, commeterem o peccado de mllicie (...)” (ALMEIDA, 1870, p.1163).

<sup>30</sup> Neste sentido: “Entregues a um cotidiano difícil e cheio de privações, os grumetes viam-se obrigados a abandonar rapidamente o universo infantil para enfrentar a realidade da vida adulta. Muitos grumetes eram sodomizados por marujos inescrupulosos. (...) Quando os grumetes eram estuprados por marinheiros, quer por medo ou vergonha, dificilmente queixavam-se aos oficiais, até porque muitas vezes eram os próprios oficiais que haviam praticado a violência” (RAMOS, 2004, p.27). “Em 1746, chega ao Tribunal do Santo Officio de Lisboa a seguinte denúncia: Maria Teresa de Jesus, mulher casada, moradora na Vila de Santarém,, ‘saindo de sua casa um seu filho, Manoel, de 5 anos, foi levado por um moço, Pedro, criado, para o porão e usou do menino por trás, vindo o menino para casa todo ensanguentado’. Em 1752, outro caso semelhante (...), um moço de 25 anos, José, marinheiro, agarrou um menino de 3 anos incompletos, João, o levou para um armazém, do qual saiu a criança chorando muito, todo ensangüentado e rasgado seu orificio com a pica do moço’. Malgrado a perversidade destes atos (...) os reverendos inquisidores não deram a menor importância a estas cruéis violências, arquivando as denúncias”. (MOTT, 1989, p. 33).

<sup>31</sup> “A palavra ‘incesto’ deriva de incestum, que quer dizer estritamente ‘sacrilégio’. Incestum deriva de incestus que significa ‘impuro e sujo’. Incestus, por sua vez, é forjado a partir do privativo in e cestus, que é a deformação de castus, que significa ‘casto, puro’. Assim, incestus tem também o sentido de não casto” (CROMBERG, 2001, p. 28).

<sup>32</sup> “He este o crime de incesto, que tambem não he punido, nem qualificado pela nossa Legislação penal. Parece que factos desta ordem ou não existem, ou segundo o moderno Legislador devem ser esquecidas” (sic) (ALMEIDA, 1870, p. 1166).

morais sobressaia à torpeza do ato, acabando muitas vezes por equiparar o corpo da criança ao corpo já capacitado e experimentado do adulto.

Também os crimes de estupro, rapto e sedução localizados na referida Ordenação não faziam distinção alguma dos sujeitos violentados:

TITULO XVIII - Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. (...) 3. E o homem, que induzir alguma mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dádivas, afagos, ou prometimentos, e a tirar e levar fora de caza de seu pai, mai, Tutor, Curador, senhor ou outra pessoa, sob cuja governança ou guarda estiver (...) (sic) (ALMEIDA, 1870, p. 1168-1169).

Aqui, percebe-se novamente a ausência da figura da criança. Mesmo em casos de estupro<sup>33</sup>, rapto e sedução, estranhamente existia por parte da legislação um tratamento igualitário entre crianças e adultos, haja vista que a tipificação dos crimes acabava por enquadrar os sujeitos do crime de forma idêntica, desconsiderando os requisitos da ‘idade’ e ‘fragilidade’ das vítimas.

Quanto à questão da punibilidade dos atos criminosos, a legislação filipina trazia nesse ponto certa diferenciação entre as condutas dos agentes, separando atitudes delituosas dos considerados adultos daqueles tidos como menores:

Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem. Quando algum homem, ou mulher, que passar dos vinte annos, commeter qualquer delicto, dar-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstancias delle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, posto que seja morte natural! E parecendo-lhe que não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum (sic) (ALMEIDA, 1870, p. 1311)<sup>34</sup>.

Logo, grosso modo, tínhamos a lei eximindo o menor de dezessete anos em qualquer dos casos delitivos elencados nas Ordenações da pena de morte, podendo o Magistrado aplicar-lhe uma pena menor. Do mesmo modo, dos dezessete aos vinte anos, o julgador teria livre convicção para decidir a pena a ser empregada, podendo neste caso, atenuá-la ou

<sup>33</sup> Figura delitiva que diz respeito a sexo sem consentimento.

<sup>34</sup> Trata-se do título CXXXV do 5º Livro das ordenações Filipinas. Referido título possuía o seguinte caput: “Quando os menores serão punidos por os seus delictos, que fizerem”.

condenar à morte, e finalmente, após os 20 anos, responderia o autor do crime ao delito cometido como se adulto fosse<sup>35</sup>.

O texto legal do quinto livro das Ordenações Filipinas somente foi alterado com a promulgação do Código Criminal do Império de 1830<sup>36</sup>. Neste novo instrumento, as figuras delituosas da *'sodomia'* e do *'incesto'*, conquanto mantidas neste novo código, aparecem agora com terminologias legais diferentes, como veremos adiante.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1824 E CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DE 1830

No caso da Constituição do Império e do Código Criminal Imperial, não encontrados os termos *"criança"* e *"infância"* em seus artigos e incisos, reforçando a concepção de que as crianças pobres recebiam sempre a pecha de *"menores"* em todos os Ordenamentos Legais do período. O que esta Carta Política realmente acrescentou de positivo na história das crianças, foi o que ela fez inculpir em seu artigo 170, inciso XIX: "Desde já ficão abolidos os açoites, tortura, marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis." (CARVALHO MOREIRA; PEREIRA DE BARROS, 1855, p. 84).

Este artigo Constitucional veio regulamentar a questão do açoite. Ele que era empregado indiscriminadamente nas fazendas pelo senhor do escravo, agora só poderá ser feito como penalidade legal e com ordem expressa do juiz responsável. Assim, açoites, torturas, marcas com ferro quente<sup>37</sup> que eram constantes em tempo de Colônia, passam a ser abolidos pela Carta Política. O senhor poderia aplicar castigos apenas moderados em escravizados<sup>38</sup>, que segundo o parágrafo 6º do artigo 14 do Código Criminal do Império, estes castigos deveriam ser semelhantes aos aplicados nos filhos e nos alunos<sup>39</sup> (PAULA PESSOA, 1877, p. 49).

<sup>35</sup> A menoridade nas Ordenações Filipinas terminaria aos 25 anos, idade em que o Legislador acreditava completar-se o desenvolvimento da razão (SOUZA, 1867, p. 47).

<sup>36</sup> O que foi alterado foi somente o Quinto Livro das Ordenações Filipinas que tratava exclusivamente da legislação criminal. A legislação Civil continuou inalterada até a vigência do Código Civil de 1916.

<sup>37</sup> Neste sentido: "Marcavão não só como pena, mas ainda como signal para mais facilmente serem reconhecidos, já semelhança do que se pratica nos animaes! (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 41).

<sup>38</sup> "Devem os senhores abster-se de castigos excessivos e limitar-se para correcção de seus escravos aos meios aconselhados pela justiça e humanidade" (PAULA PESSOA, 1877, p. 51).

<sup>39</sup> Porém, se as sevícias fossem em demasia, o escravo poderia requerer ao senhor a sua venda (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 7). Sevícias em crianças escravas não era novidade. "Eduarda, uma escrava de quinze anos (...) denunciou sua senhora Francisca da Silva Castro pelas sevícias a que ela e outra escrava de 17 sevícias

Já nas letras do Código Criminal Imperial, e separando o que busca nossa pesquisa, ou seja, crianças, a legislação, embora ainda tenha adotado fragmentos do Livro quinto das Ordenações Filipinas, mostrou-se surpreendente e inovador em vários aspectos. Considerado em 1830 como um dos melhores *codex* do mundo, o Código Criminal abandonou em grande aspecto o ambiente teológico do ordenamento anterior para funcionar em um ambiente híbrido, ou seja, positivo e teológico.

Neste contexto, o legislador do novo código procurou ajustar os crimes maculadores da integridade (estes compreendendo os abusos sexuais) no capítulo intitulado “*Dos Crimes contra a Segurança da Honra*”. Aqui, pela primeira vez, a legislação passou a diferenciar o adulto da criança e do adolescente, pois já no caput do artigo 219, prescreveu: “*Deflorar Mulher virgem, menor de dezessete anos*”<sup>40</sup>. Observa-se a necessidade da não violência, da virgindade e da menoridade para a tipificação do delito. Neste tipo de crime, o casamento entre abusador e vítima extinguiria a punibilidade. Já a nova configuração aplicada ao ‘incesto’ apareceria no artigo 221<sup>41</sup>, com uma pena mais elevada do que a prescrita no artigo 219, haja vista a impossibilidade de autor e vítima contraírem núpcias pela questão do pecado e da consanguinidade. Porém, o dispositivo de maior penalidade estaria insculpido no artigo 222:

Ter cópula carnal por meio de violencia ou ameaças com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por trez a doze annos, e a dotar a offendida Penas: de prisão por trez a doze annos, e de dotar a offendida. (SOUZA, 1867, p. 561-562).

Observa-se, portanto que o defloramento contido no artigo 219 era considerado delito leve. Ele somente era punido quando a ofendida apresentasse dezessete anos incompletos. Fora deste parâmetro, era tido como crime com consentimento. Já o artigo 222, dizia respeito a crime com requintes de violência (estupro) sem consentimento da vítima. Ambos, tanto o crime do artigo 219 como o do artigo 222 socorriam a integridade física da criança, embora no primeiro caso, pela sua natureza mais branda, dependeria de queixa para sua sequência

---

a que ela e outra escrava de 17 anos, de nome Joana, eram submetidas”. Houve processo, pois Joana chegou a falecer pela gravidade dos ferimentos (MOURA, 2004, p. 145).

<sup>40</sup> A pena para o crime seria de desterro fora da comarca onde a vítima residia, por até três anos, e a obrigatoriedade do abusador dar-lhe um dote, com a opção de casamento entre ambos, caso este em que extinguiria o crime.

<sup>41</sup> “Se o estupro for commettido por parente da deflorada em grao que não admitta dispensa do casamento. Penas – de degredo por dous a seis annos para a província mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta (sic)” (SOUZA, 1867, p. 561).

(crime privado). Já o crime de estupro, pela questão da violência, seria considerado crime público podendo ser sequenciado pelo Ministério Público.

Interessante notar que, embora o Código Criminal do Império tenha, do artigo 219 ao 228, apresentado uma gama de instrumentos legais capazes de frear abusos em crianças do sexo feminino, nada estabeleceu a respeito de violência contra o corpo de meninos (o crime de sodomia da antiga Ordenação Filipina). Assim, quando da caracterização de qualquer abuso contra meninos, restava à vítima o amparo do vastíssimo conceito insculpido no artigo 280<sup>42</sup> do mesmo *Codex* para fazer valer os seus direitos.

Voltamos agora ao crime de infanticídio. Nesta legislação o tipo penal aclarou, estabelecendo pena razoável ao infanticida<sup>43</sup>, porém, determinando também que se o crime fosse praticado pela própria mãe no intuito de ocultar sua desonra, a pena seria abrandada vultuosamente<sup>44</sup>. Tratava-se do instituto da *honoris causa*, uma atenuante no tipo do crime para a mãe infanticida que tentava se esquivar de macular a sua boa honra. Neste tópico a que o crime de infanticídio estava estabelecido o legislador achou por bem denominá-lo de crimes contra a vida. Ali, estava presente outro instituto que cuidava da vida do nascituro, embora este termo legal o acompanhava ainda em útero. O artigo 199 tratava das questões abortivas. Este dispositivo também surgiu com peso no ordenamento penal do império. O tipo penal determinava que a prática de aborto traria ao agente do crime uma pena de prisão com trabalho por período de cinco anos, dobrando a pena em caso do criminoso não ser a mãe e não ter tido dela pleno consentimento para a prática do crime (PAULA PESSOA, 1877).

Quanto à questão da punibilidade de crianças consideradas *delinquentes*, o Código Criminal do Império limitou-se a vincular a periculosidade do ato criminoso ao discernimento do indivíduo<sup>45</sup>. Então, segundo os ditames deste código, qualquer pessoa com idade inferior a catorze anos de idade que não agisse com discernimento, seria considerada inimputável, ou seja, não responderia ao crime que a ele estava sendo imposto. Porém se comprovado que

<sup>42</sup> “Art. 280. Praticar qualquer acção que na opinião publica seja considerada como evidentemente ofensiva da moral e bons costumes, sendo em lugar publico (sic)” (SOUZA, 1867, p. 446).

<sup>43</sup> “Art. 197: Matar algum recém-nascido. Penas: de prisão por três a doze annos e de multa correspondente á metade do tempo.” (PAULA PESSOA, 1877, p. 532).

<sup>44</sup> “Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua desonra. Penas – de prisão com trabalho por um a três annos” (PAULA PESSOA, 1877, p. 533).

<sup>45</sup> Neste sentido, Oscar de Macedo Soares diz que tal conceito diz respeito ao sentido jurídico, “o da consepção do justo e do injusto. (...) Deve o discernimento ser considerado sob o ponto de vista do acto praticado pelo menor e não apreciado sob um ponto de vista geral. (...) A questão do discernimento deve ser resolvida pelo Jury, devendo o juiz formular o quesito: O réu obrou com discernimento? (sic)” (1910, p. 74).

referido menor tinha discernimento no momento do ato, ele era considerado apto a responder pelo crime independentemente de sua idade<sup>46</sup>.

A legislação criminal do império somente seria vencida após a Proclamação da República. Com o novo regime surgiria também uma nova legislação, que de acordo com o contexto intelectual da época, lançaria luz ao retrógrado Código Imperial. Com efeito, o Código Penal Republicano de 1890 inovaria tópicos importantes não abrangidos pelo legislador imperial, porém, estaria longe de ser panacéia para todos os problemas da nova República.

### **LEI DE 04 DE JUNHO DE 1835 E LEI N. 2040 DE 28 DE SETEMBRO DE 1871 – LEI DA MORTE E LEI DA LIBERDADE**

Em 4 de junho de 1835 o Império do Brasil após violentas insurreições de escravos<sup>47</sup> ocorridas no início daquela década<sup>48</sup> especialmente no Estado de Minas Gerais, decidiu promulgar uma lei que ficou conhecida pelos escravizados como “*lei da morte*”. Dizia a referida lei:

Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem (BRASIL, 2015).

Como se mostra, a lei da morte prestava-se exclusivamente a pedagogizar as condutas dos escravizados<sup>49</sup>. Nota-se que, segundo esta lei e de forma diversa do que determinava a pena capital (de morte) insculpida no Código Criminal do Império, ao escravo, negava-se a possibilidade de recurso. A única alternativa para livrar-se da execução seria a Graça do Imperador<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Neste sentido está o Código Criminal do Império em seu artigo 13: “Se se provar que os menores de quatorze annos que tiverem commetido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correcção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto qu o recolhimento não exceda a idade de dezeseite annos (sic)” (SOUZA, 1867, p. 44-45).

<sup>47</sup> É importante esclarecer que “Nas Ordenações Filipinas (1603), appareceria apenas a designação de “escravo”, relacionada especificamente aos negros” (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 5).

<sup>48</sup> Em especial a insurreição ocorrida na Fazenda Bela Cruz em Minas Gerais no ano de 1833 (NETO, 2015, p. 103).

<sup>49</sup> “Na aplicação da stigmatizada pena de morte, em geral, e particularmente aos escravos, o fim social e jurídico é todo da exemplaridade pela intimidação” (O DIREITO, 1877, p. 15)

<sup>50</sup> “E tanto assim é que pelo decreto de 2 de Janeiro de 1854, declaratorio da citada lei de 1835, informou que essa lei deve ser executada sem recurso algum (salvo o do poder moderador) no caso de sentença condemnatória contra escravos” (O DIREITO, 1877, p. 14).

A jurisprudência gerada nos tribunais sobre o dispositivo evidencia que, se a morte dos agentes dispostos no artigo não for levada a cabo, e se restar apenas ofensas físicas na vítima, a pena aplicada ao escravo réu não seria a de morte, mas sim de açoites (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 47).

Neste contexto, é notória a concepção do legislador a respeito da condição do escravo africano nas dependências dos Códigos e Leis Brasileiras. Existiam várias determinações legais que indubitavelmente colocavam o negro em um patamar inferior, sem direitos e sem identidade. Nesta mesma esteira de raciocínio, os dispositivos endereçados ao escravizado demonstravam claramente que o prato da balança da justiça, em qualquer decisão judicial, sempre penderia para o lado dos deveres, nunca dos direitos, pois segundo Perdígão Malheiro:

1º Ao escravo não é admittido a dar queixa por si: mas por intermédio de seu senhor ou do Promotor Público ou de qualquer do povo (se o senhor o não faz), como pessoa miserável.

2º Não pode dar denuncia contra o senhor.

3º Não pode ser testemunha jurada, apenas informante

4º Quando réu ou accusado, deve-se-lhe nomear defensor ou curador pelo juiz do processo se o senhor se não presta a isso como seu curador nato.

5º que nos crimes da lei de 10 de junho de 1835, assim como no de insurreição e quaesquer outros em que caiba a pena de morte, não há recurso algum, mesmo o de revista.

6º que em taes casos pode ser extraordinariamente convocada sessão do jury para o julgamento (1866, p. 22-23).

Desta forma, no que se referia “à lei penal, o escravo era uma pessoa, que tinha responsabilidades por seus atos. Por eles, ele podia ser levado à justiça, julgado e condenado, e podia sofrer sanções diretas” ao passo que, no direito civil, “o escravo era considerado uma coisa, privado de qualquer direito, seja político ou civil, e incapaz de manter qualquer obrigação” (GRIMBERG, 2001, p. 52-53).

É interessante notar que para a mulher escravizada, para o menor de 21 anos e para o escravizado maior de 60<sup>51</sup>, dependendo da gravidade do crime, a pena poderia ser abrandada. Assim, mesmo que condenados a pena de galés<sup>52</sup>, esta deveria ser convertida em pena de açoite<sup>53</sup>, e mesmo assim, na importância de 50 chibatadas ao dia.

<sup>51</sup> “porque a intenção do legislador é que não seja passível de pena de galés, em razão da idade, o menor de 21 annos e o maior de 60” (PERDIGÃO MALHEIRO, 1866, p. 45).

<sup>52</sup> “Penalidade equivalente a trabalhos forçados, imposta especialmente aos escravos que escapavam da força. O regulamento de 7 de janeiro de 1858 determinou as condições em que os condenados deviam cumprir a pena” (MOURA, 2004, p. 167)

<sup>53</sup> “Castigo aplicado aos escravos (...). Atava-se o paciente solidamente a um esteio e, depois, despidas as nádegas, eram flageladas até ao sangue, às vezes até a destruição de parte do músculo (MOURA, 2003, p. 17).

Em oposto a Lei da Morte, a Lei 2040 de 28 de setembro de 1871, conhecida usualmente como Lei do Ventre Livre, passou a estabelecer que:

**Art. 1º Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta Lei, serão considerados de condição livre.**

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criar-os e tratar-os até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, **o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos.** No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

§ 2º § 2º Qualquer desses menores poderá remir-se do onus de servir, mediante prévia indemnização pecuniaria, que por si ou por outrem offereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se á avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver accôrdo sobre o quantum da mesma indemnização.

§ 3º Cabe tambem aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquellas estiverem prestando serviços. Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mãis. Se estas fallecerem dentro daquelle prazo, seus filhos poderão ser postos à disposição do Governo.

§ 4º **Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito annos, que estejam em poder do senhor della por virtude do § 1º, lhe serão entregues, excepto se preferir deixal-os, e o senhor annuir a ficar com elles.**

§ 5º **No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de 12 annos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava subrogado nos direitos e obrigações do antecessor.**

§ 6º **Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no § 1º, se, por sentença do juizo criminal, reconhecer-se que os senhores das mãis os maltratam, infligindo-lhes castigos excessivos.**

§ 7º O direito conferido aos senhores no § 1º transfere-se nos casos de sucessãonecessaria, devendo o filho da escrava prestar serviços á pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava (PAULA PESSOA, 1875, p. 15-17 - grifamos).

A Lei do Ventre Livre foi um marco importante para os cativos da segunda metade do século XIX. Perante esta lei, finalmente a escravidão teria sua redução e extinção. Os *ingênuos*, como passaram a ser chamadas as crianças libertas após a data da promulgação da Lei, em sua letra fria, ficariam com os senhores de suas mães até a idade de oito anos, sendo os mesmos obrigados a despender os cuidados necessários para a subsistência da criança. Aos oito anos, o senhor da mãe poderia entregar a criança ao Império recebendo uma verba indenizatória, ou continuar com os serviços da criança até que a mesmo completasse 21 anos. Também, se a escrava fosse vendida e o filho contasse com idade inferior a 12 anos, ele deveria seguir o novo destino de sua mãe.

Mas, o que ocorreu foi a manutenção da escravidão por parte dos senhores pois os ingênuos que permaneceram com os senhores se equiparavam aos escravizados em sua condição de vida e de trabalho. Heloísa Maria Teixeira (2010, p. 58-59) explica que “tendo o proprietário de suas mães o direito de escolher entre os serviços dessas crianças que seriam prestadas a partir dos 8 anos de idade, ou uma indenização pela criação dos mesmos, a grande maioria dos senhores escolheu a primeira opção”. Esclarece ainda a pesquisadora que segundo dados do Relatório do Ministro da Agricultura de 1885, de 400 mil ingênuos, apenas cento e dezoito foram entregues ao Estado, ou seja, menos de 0,5 %.

Se isso não bastasse, o Estado deveria começar a receber os primeiros ingênuos no ano de 1879, pois os nascidos durante a promulgação da lei neste momento estariam completando oito anos. Para a manutenção e educação dos ingênuos, o Estado deveria retirar os valores de seu Fundo de Emancipação, mas este valor nunca chegou ao seu destino pois era constantemente desviado (MOURA, 2003, p. 209).

### **CÓDIGO PENAL REPUBLICANO DE 1890**

Uma das inovações a que o novo *codex* se propôs foi a preocupação com os corpos de meninas e meninos violados sexualmente. Se o antigo instrumento processual em momento algum fazia referência a gênero em suas tipificações legais, o Código Penal Republicano, impulsionado pela valorização da criança (ARIÈS, 1981) e pelo aumento dos crimes sexuais praticados por adultos em face dos menores, passou a legislar sobre o assunto de forma mais contundente, buscando frear as atitudes de pederastas<sup>54</sup> que, de acordo com o imaginário vigente, se esbaldavam nos corpos imaturos de indefesas crianças.

Com efeito, os crimes que atentavam contra a integridade das crianças e adolescentes foram elencados no título VIII do *Codex* Penal Republicano com a insígnia: ‘*Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*’, e já no início do título, a insígnia ‘*Da violência Carnal*’ já demonstrava a preocupação do legislador com a questão de gênero, visto a abrangência do termo. Seguindo o raciocínio dispunha o artigo 266:

---

<sup>54</sup>A pederastia (relação homossexual entre adulto e adolescente) era relatada nos tratados médicos e jurídicos da época, porém, a preferência de adultos por crianças de ambos os sexos, termo conhecido na atualidade por ‘pedofilia’ foi cunhado por Krafft-Ebing no final do século XIX, denominado pelo médico alemão como “pedofilia erótica” (KRAFFT-EBING, 1886).

Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena – de prisão cellular por um a seis annos. Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de *menor idade*, praticando com Ella ou contra Ella actos de libidinagem (sic) (SOARES, 1910, p. 533).

Desta forma e no intuito de um alcance maior da letra de lei, o legislador optou por proteger meninos e meninas, e ainda, acabou por estender a penalidade aos abusadores que embora não cometessem o atentado de forma concludente, praticassem contra a criança ou o adolescente, atos libidinosos<sup>55</sup>. Da mesma forma, os artigos 267 e 270 acabaram complementando o artigo anterior, beneficiando também o menor vitimizado, pois dispunha:

267: Deflorar mulher de *menor idade*, empregando seducção, engano ou fraude: Pena – de prisão celular de um a quatro annos;

270: Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou *menor idade*, solteira, casada ou viúva, attahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia não se verificando a satisfação dos gozos genésicos: Pena – de prisão cellular por um a quatro annos. (sic) (SOARES, 1910, p. 536).

Como se vê no contexto dos artigos acima, o legislador dá importância inédita à criança e ao adolescente, pois tenta evitar com certa amplitude o famigerado crime de sedução.

Interessante notar ainda que na sequência do documento legal, o parágrafo quarto do artigo 273 dispõe sobre incesto, mas desta vez diferentemente das legislações anteriores, colocando-o apenas como elemento agravante dos artigos antecedentes, e não como delito próprio.

273: As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte : (...) E com augmento da quarta parte : 4º, si fôr ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida (sic) (SOARES, 1910, p. 550).

Como no código criminal anterior, o casamento seria causa de extinção da punibilidade<sup>56</sup>, transformando-se em uma espécie de remédio para os abusos sexuais daquela sociedade.

Outra inovação considerável apresentada neste ordenamento foi a apresentada nos artigos 289, 290 e 292. Talvez pelo desuso da antiga Roda dos Expostos e pelo temor da afamada Teoria da Degenerescência que ecoava pelo mundo, o legislador voltou novamente o seu olhar para a velha questão do abandono de crianças. Diziam os artigos:

<sup>55</sup> “Os actos libidinosos ou impudicos não violentos consistem no abuso de menores para satisfações de desejos sexuaes por meio que não seja o coito (...) Em geral, consistem os actos libidinosos em tocamentos, apalpadellas e outras práticas (...) (sic)” (SOARES, 1910, p. 534-535).

<sup>56</sup> Neste sentido: “O casamento apaga o delicto, restituindo á mulher a posição que occupava na sociedade (VIVEIROS DE CASTRO apud SOARES, 1910 p. 561)

289 - Tirar, ou mandar tirar infante menor de sete annos da casa paterna, collegio, asilo, hospital, do lugar emfim em que é domiciliado, empregando violência ou qualquer meio de seducção. Pena: prizão celllular por quatro annos. Parágrafo único: Si o menor tiver mais de sete, porém, menos de 14 annos: Pena: de prizão celllular por um a três annos.

290 – Sonegar, ou substituir, infante menor de sete annos. Pena: de prizão celllular por um a quatro annos. Parágrafo único: em igual pena incorrerá o encarregado da criação e educação do menor, que deixar sem causa justificada de apresental-o quando exigido, a quem tenha o direito de reclamal-o.

292 – Expor, ou abandonar infante menor de sete annos nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemitérios, vestíbulos de edificios publicos ou particulares, emfim, em qualquer logar onde, por falta de auxilio e cuidados de que necessite a victima corra perigo sua vida, ou tenha logar a morte. Pena: de prizão celllular por seis meses a um anno.

§ 1º: si for em logar ermo o abandono, e por effeito deste perigar a vida, ou tiver logar a morte do menor: pena de prizão celllular por um a quatro annos.

§ 2º: si for autor do crime o pai ou mãe ou pessoa encarregada da guarda do menor, soffrerá igual pena, com augmento da terça parte (SOARES, 1910, p. 591-594).

Percebe-se nos dispositivos legais uma preocupação do legislador republicano, não só com a morte do infante, mas também com a sua vida futura, afinal, ele deveria ser instruído e educado para o bem da nação. Se deixado ao abandono, transformar-se-ia em uma ‘criança perigosa’, trazendo riscos ao destino da sociedade e ao futuro da república recém implantada.

Também o crime de infanticídio e aborto passaram a ser penalizados com maior rigor pela legislação republicana. Regidos agora pelos artigos 298 e 300, o primeiro delito passou a reservar ao autor uma pena de seis a 24 anos enquanto o segundo, de dois a seis anos com o aumento de seis a 24 anos em caso da morte da parturiente (SOARES, 1910, P.615-617).

Com respeito à questão da punibilidade envolvendo crianças *delinquentes*, houve algumas alterações neste diploma legal se comparado ao Código de 1830. No limite, o Código Penal de 1890 passaria a isentar completamente o menor de nove anos, independentemente de exame de capacidade, pois nestes novos ditames, é ele considerado absolutamente livre de qualquer intenção criminosa. Já os infratores que estavam na faixa que compreendia a idade de nove a catorze anos, a atitude criminosa era investigada para se conhecer o discernimento do autor. Se provado ter ele agido com discernimento, era condenado e encaminhado a estabelecimentos disciplinares, onde sua permanência seria decidida pelo juiz não podendo ultrapassar a idade de 17 anos. Aos maiores de catorze e menores de vinte e um anos, a idade beneficiava-os somente no que diz respeito à diminuição da pena (SOARES, 1910, p. 73, 132 e 133).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das Ordenações Filipinas até o Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível apontarmos que as ideias de “criança” e de “infância” foram, por interesses diversos, historicamente construídas, e somente no final do século XX, as crianças de todas as classes passaram a ser entendidas como sujeitos de direitos.

É importante salientar que embora os Códigos Criminais Oitocentistas tenham dado contribuições relevantes ao combate de crimes contra crianças e adolescentes (em especial crimes sexuais) como aqui foi observado, estas mesmas legislações também acabaram por dar novo sentido à terminologia “*menor*”. Se em tempos coloniais, ‘menor’ era apenas sinônimo de idade, no Império e na República, com forte influência de correntes da psiquiatria e da medicina legal<sup>57</sup>, o termo passou a ser adjetivo jurídico endereçado a crianças de baixa classe social, já que a maioria gritante destas crianças que figuravam em processos judiciais era de classes menos favorecidas.

Naquele contexto histórico, tínhamos em um pólo social uma criança que por pertencer a classes abastadas, era criada e preparada para comandar a nação, e em outro, uma criança pobre, estigmatizada, tendo contra ela um rígido controle estatal, onde, dependendo das circunstâncias e necessidade da nação, era domesticada para o trabalho (arquétipo proletário) ou trancafiada em instituições de controle para correção de seus delitos e mazelas (arquétipo do menor delinquente) (MARCÍLIO, 1998).

Dentre as crianças pobres, transitavam judicialmente e em grande escala nos processos a criança órfã ou abandonada, a criança vitimizada, a criança delinquente e a criança mercadoria.

Após a Lei do Ventre Livre e, em especial, após a Abolição da Escravatura, a criança mercadoria somou-se às outras, podendo apresentar-se doravante como a vitimizada, como órfã ou abandonada, ou ainda, como a criança delinquente.

De todas as maneiras, era a criança pobre que trafegava nos processos judiciais e inquéritos policiais. Ali ela tornou-se visível. Ali ela tornou-se dizível. Ali ela foi colocada

---

<sup>57</sup> Neste sentido temos a obra de Benedict Morel (1809-1863) ‘Tratado de degeneração física, intelectual e moral da espécie humana e as causas que produzem essas variedades doentias’ de 1857 e a obra de Cesare Lombroso (1835-1909) ‘O Homem Delinquente’ de 1876.

por aqueles que faziam as leis. Ali ela foi conduzida por aqueles que julgavam os processos. Jurisconsultos e Juízes, que tinham em seus lares a outra criança: a abastada.

## REFERÊNCIAS BIBLIORÁFICAS

ABRAMOWICZ, Anete. O direito das crianças à educação infantil. **Pro-Posições/** Universidade de Campinas. Campinas, SP, v.14, n.3 (42), set./dez. 2003, p. 13-24.

ALCÂNTARA MACHADO, Antônio de. Sobre as declarações judiciais das crianças. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 05, 1897, p.193-213.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Quinto Livro das Ordenações**. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870.

\_\_\_\_\_. **Primeiro Livro das Ordenações**. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870 (a).

\_\_\_\_\_. **Quarto Livro das Ordenações**. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870 (b).

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

AULETE, Francisco Júlio de Caudas. **Diccionario contemporaneo da lingua portugueza**. [vol. 1]. Lisboa: Imprensa Nacional, 1881.

BRASIL. **Lei de 10 de junho de 1835**. Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensaphysica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM4.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM4.htm)>. Acesso em 11 jun. de 2016.

CARVALHO, José Pereira de. **Primeiras Linhas sobre o Processo Orphanologico** (livro II). Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880.

CARVALHO MOREIRA, F. I.; PEREIRA DE BARROS, J. M. F. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1855.

CROMBERG, Renata Udler. **Cena incestuosa: abuso e violência sexual**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.

DEMAUSE, Lloyd. **Fundamentos da Psico-História**. O estudo das motivações históricas. Tradução de Clara Colotto. Petrópolis: KBR, 2014.

FAUSTO. Boris. **Crime e Cotidiano**. A Criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERREIRA, Antônio Gomes. **Gerar, criar, educar: a criança no Portugal do antigo regime**. Coimbra: Quarteto Editora, 2000.

FERREIRA, Emerson Benedito. **Crianças Infames**: fragmentos de vidas no Arquivo Público e Histórico de Ribeirão Preto. 2014. 182 p. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014.

\_\_\_\_\_. **Crianças negras e cotidiano jurídico na Ribeirão Preto do final dos Oitocentos**. 2019. 220 p. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2010.

GRIMBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

GUIMARÃES, Elione Silva. **Múltiplos viveres de afrodescendentes na escravidão e na pós-emancipação**: família, trabalho, terra e conflito (Juiz de Fora MG, 1828-1928). São Paulo: Annablume, Juiz de Fora: Funalfa Edições, 2006.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional**: proteção ou punição? Canoas: Ed. Ulbra, 2002.

KRAFFT-EBING, Richard Von. **Psychopathia Sexualis**. New York: Rebman Company, 1886.

LOPES, Maria Antônia. **Proteção social em Portugal na Idade Moderna**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra: 2010.

MARCILIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

\_\_\_\_\_. Irmandade da Santa Casa de misericórdia e a assistência à criança abandonada na história do Brasil. In: **Família, mulher, sexualidade e igreja na história do Brasil**. São Paulo: Loyola, 1993.

MARTINS, Ernesto Candeias. Menores delinquentes e marginalizados: evolução da Política Jurídico-penal e sociopedagógica até à 1ª República. **Infância e Juventude**, Lisboa, n.º.4 (Out.-Dez. 1998), p. 67-114.

MOTT, Luiz. Cupido na sala de aula: pedofilia e pederastia no Brasil antigo. **Cad. Pesq.**, São Paulo (69): 32-9; maio 1989.

MOURA, Clovis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

MULLER, Tânia Mara Pedroso. Os conceitos de criança e de anormal e as práticas decorrentes de atendimento institucional no Brasil: Uma análise genealógica. **Childhood & Philosophy**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2005

NASCIMENTO, Alcileide Cabral do. **A sorte dos enjeitados: o combate ao infanticídio e a institucionalização da assistência às crianças abandonadas no Recife (1789-1832)**. São Paulo: Annabrum: FINEP, 2008.

NETO, Pedro Junqueira Ferreira. **Revolta escrava da Bela Cruz (1833)**. Joinville: Clube dos Autores, 2015.

O DIREITO. **Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. Anno V, 12 Vol. Rio de Janeiro: Rua do Ouvidor 24, 1877.

\_\_\_\_\_. **Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. Anno XII, 35 Vol. Rio de Janeiro: Rua do Ouvidor 24, 1884.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Conversor de valores**. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

PAULA PESSOA, Vicente Alves. **Elemento Servil**. Lei 2040 de 28 de setembro de 1871. Rio de Janeiro: Instituto Typographico do direito, 1875.

\_\_\_\_\_. **Codigo Criminal do Imperio do Brasil Annotado**. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.

PEREIRA, André Ricardo. Criança X Menor: A origem de dois Mitos da Política Social Brasileira. In: \_\_\_\_\_ **Que História é essa?** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. **A escravidão no Brasil**. Ensaio Jurídico-social (parte I – Direito sobre os escravos e libertos). Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1866.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: \_\_\_\_\_ PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

ROMÃO, Luis Fernando de França Romão. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SARMENTO, Manuel Jacinto. Gerações e alteridade: interrogações a partir da Sociologia da Infância. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 26, n. 91, p. 361-378, Maio/Ago. 2005.

SILVA JÚNIOR, Waldomiro Lourenço da. **Apontamentos sobre a tradição legal portuguesa a respeito da escravidão negra na América**. 3º Encontro escravidão e liberdade no Brasil Meridional. Florianópolis, UFSC, 2007.

SOARES, Oscar de Macedo. **Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910.

SOUZA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição Política no Imperio do Brasil** (Tomo II). São Luiz: B. de Mattos Typ., 1867.

TEIXEIRA. Heloísa Maria. Os filhos de escravas: crianças cativas e ingênuas nas propriedades de Mariana (1850-1888). **Caderno de História**, Belo Horizonte, v.11, n.15, 2º Sem. 2010.

TEIXEIRA DE FREIRAS, Augusto. **A Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1867.

\_\_\_\_\_. **Promptuário das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Instituto Typographico do Direito, 1876.

THOMSON, Oliver. **A assustadora história da maldade**. São Paulo: Ediouro, 2002.

\*\*\*

Artigo recebido em abril de 2019. Aprovado em julho de 2019.