

ESPÉCIES DE MENORIDADE
MENORIDADE SOCIAL

Pelo Prof. BARRETO CAMPELO

O conceito jurídico da menoridade ainda não atingiu a clareza e perfeição que devem caracterizar as instituições do Direito nas suas fórmulas definitivas.

O fato, a que ele está vinculado, é, sem dúvida, o desenvolvimento incompleto da vida humana: “menor” e “idade” são os dois vocábulos de que resultou a palavra composta com a qual se denomina essa instituição; mas as superestruturas jurídicas, sobre elas construídas, excedem, a perder de vista, o âmbito estreito da biologia.

A simples compreensão biológica da menoridade só absorveu o assunto, que é extenso e profundo, na infância do Direito, quando apenas emergiam os conceitos básicos e fundamentais dos institutos. Hoje, com o progresso científico, de tal modo se estende, porém, a sua noção, que há, efetivamente, três espécies de menoridade: a biológica, a mental e a social. As duas últimas modalidades não estão, ainda, claramente formuladas e aceitas, posto que tanto quanto a primeira se imponham. Fôra do campo penal e civil, já se esboça, na legislação social, a menoridade econômica.

A menoridade biológica, única que decorre pura e simplesmente da pouca idade, triunfou definitivamente na doutrina e na legislação. O incompleto desenvolvimento mental, aliado à falta de aprendizagem da convivência social, vem a ser pressuposto natural em que, há séculos, o Direito assentou a noção primária da menoridade. Eis porque, desde então, os menores passaram a ser absoluta ou relativamente incapazes.

zes para os atos da vida civil e em torno deles se criou extenso e eficaz aparelho jurídico de proteção.

Em Direito Penal, a sua responsabilidade é nula até os 14 anos; incerta dessa idade até os 18, impuníveis os menores até então, mas sujeitos a regime de reeducação (Decreto 6026, de 24 de Novembro de 1943); e, enfim, atenuada, até os 21. Querem muitos que a irresponsabilidade penal acarrete isenção de indenização civil do dano. Discordo, todavia, de semelhante doutrina, que é, aliás, corrente, interpretando o art. 1521 do Código Civil no sentido de que ele apenas concedeu aos menores sob pátrio poder, tutela ou curatela, um benefício de ordem e não a isenção da responsabilidade civil. Aliás, esse dispositivo legal teria de ser integrado pela doutrina da culpa-risco, si, acaso, não tivesse estabelecido uma escala de responsáveis sucessivos.

Não pode, todavia, ficar aí o conceito da menoridade, pois acontece que, por defeito congênito, parada de desenvolvimento, traumatismo ou moléstia, existem adultos cuja capacidade de raciocínio equivale à dos menores. De modo que os pressupostos de ambas essas situações — menoridade biológica e mental — diversos nas causas, coincidem nos efeitos. Por isso ou por aquilo, é certo que os débeis mentais e certos lacunosos, à semelhança do que acontece às pessoas de menor idade, não podem, como os adultos normais, formar juízos de valor que orientem o seu comportamento social. Aliás, o número de débeis mentais é muito elevado. Na Inglaterra, França, Bélgica, Alemanha e Estados Unidos da América do Norte, de acordo com os estudos baseados em estatísticas organizadas nas respectivas escolas, mas, sem dúvida, extensivas aos adultos, estima-se o seu volume em 10% da população geral. (Evaristo da Veiga, *Criminalidade da Infância e da Adolescência*, pags. 54 e 55).

Não obstante os progressos da psicotécnica, com os testes de Binet-Simon, magnificamente adaptados à nossa gente pela professora Anita Pais Barreto, sob a orientação de Ulysses Pernambucano, e, sobretudo, os de Russolino, adequados ao fóro criminal, a menoridade mental ainda não obteve a

merecida consagração do Direito Privado. Afóra os casos grosseiros de alienação mental — loucos de todo o gênero, segundo a infeliz expressão do art. 446 n. 1 do Código Civil e os pródigos (n. III do mesmo artigo), à proteção legal escapa a variada gama dos débeis mentais, obcessos, impulsivos, lacunosos e tantos outros.

No âmbito do Direito Político, nem se dá conta a legislação da sua existência. de modo que uma enorme massa de seres dirigíveis intervem na composição do poder público e frequentemente sufoca, pelo número ou pelo alarido, o voto livre e consciente dos únicos que deveriam influir nesse decisivo setor da vida pública.

O pior é que, às vezes, as circunstâncias conspiram para arvorar em dirigentes certos incapazes, cuja agitação afinal, comanda a massa amorfa dos que, por si mesmos, não sabem deliberar-se. E o vozerio que levantam, contamina, por fim as multidões, sempre emotivas e excitáveis. Lenine, paralítico geral e Hitler, histérico, são exemplos típicos, recentes e catastróficos de agitados que atingiram a culminância do poder político.

No Direito Penal, todavia, em cujo âmbito as sondagens costumam ser feitas em profundidade, a cultura criminológica já avançou o suficiente para que o direito positivo se aperceba e proteja os mentalmente menores.

É verdade que o parágrafo único do art. 22 do Código Penal de 1940, ao tratar da questão, omitiu, no texto e na vinheta, a expressão "*menoridade mental*"; mas, assim como a falta de rótulo não impede que se identifique o conteúdo, assim também a falta de denominação não influe na exegese daquele dispositivo, mesmo porque é a doutrina que habitualmente compõe, sobre os textos legislativos, a terminologia que lhes convem. A redação das leis deve ser acessível ao maior número possível, pelo que evita denominações técnicas, que só os especialistas entendem. Acresce que aquela locução ainda não está consagrada. Desde Saleilles, é corrente denominar-se a insuficiência mental de semi-responsabilidade, expressão ilógica, e por isso, repudiável, pois a noção da respon-

sabilidade não pode ser fragmentária. É um todo. Ou o sujeito é imputável ou passa, logicamente, à categoria dos irresponsáveis.

Compreende-se, isto sim, a responsabilidade atenuada, que, aliás não é novidade, mas constitui um caso particular de responsabilidade relativa às condições pessoais do agente, noção que se firmou no Direito Penal desde quando o juri francês reagiu, praticamente, contra a pena fixa e a lei teve de adotar a teoria equilibrada, que os jurisconsultos aprenderam com o poviléo. A partir dessa data e em contínua progressão, a lei penal deixou de ser uma fórmula geral e abstrata, cegamente aplicável a todos os casos que nela coubessem e transformou-se em princípio elástico, mais ou menos ajustável à personalidade do Réu.

Dest'arte, a responsabilidade penal, tal como a compreendemos desde então, abandonou a idéia genérica e irreal de um homem sintético, abstratamente figurado pela lei — o homem comum, e adotou a noção da responsabilidade relativa à pessoa do agente. A sua subordinação ao critério da relatividade não a fragmenta, porém. Ela é um todo.

Enfim, nessa matéria, ou tudo ou nada. Ou há ou não há responsabilidade. A semi-responsabilidade é um mito, uma contradição em termos.

Os impropriamente chamados semi-responsáveis são, pois, menores mentais cujo julgamento, no crime, deve em tudo seguir, por analogia, o paradigma do Código de Menores. Não só ambas as situações — as da biológica e mentalmente menores — são equivalentes e idênticas nos seus efeitos, como, também, o art. 22 e seu § Único do Código Penal, bem entendidos e praticados, autorizam, plenamente, que os juizes exerçam sobre os últimos uma jurisdição paternal — "*disciplina doméstica*" — e se orientem pelo "princípio educativo", normas aceitas pelo Congresso de Antropologia Criminal de Turim em 1906, sob proposta do célebre professor holandês Van Hamel.

Justificadas as duas primeiras espécies de menoridade

— a biológica e a mental — resta, apenas, a última, — a memoridade social.

Os selvagens e certos rústicos obtusos, entocados nas suas povoações distantes, em zonas de população rarefeita, posto que mentalmente desenvolvidos, não tiveram, contudo, oportunidade de fazer a aprendizagem da civilização, aliás difícil no curso de uma só vida, porisso que pressupõe o longo e ine-gável sedimento da hereditariedade. Arredados do convívio social desde os seus antepassados, a valorização, que fazem, da convivência entre os homens, através de juízos imperfeitos, insuficientes e, às vezes, teratológicos, determina o seu anô-malo comportamento social.

Estudado o seu psiquismo, conclue-se que os seus julgamentos de valor acerca das regras de convivência social são, na verdade, infantis. Eis porque devemos considerá-los o que, na realidade são — crianças grandes.

Essa conclusão, não obstante a sua evidência, teve curso instável e controvertido e a sua consagração só veio a ser feita através de obstáculos e oposições de toda sorte.

Curioso é que foram os jesuitas, tão malsinados pelos que os ignoram ou odeiam, os únicos que presentiram a memoridade dos selvagens brasileiros, chegando, naqueles recuados tempos, no meio da incultura geral da colônia e das suas desordens — “*super flumen iniquitatis*” — a fornecer, particularmente, os elementos sobre os quais essa doutrina poudeser construída.

Já dizia o padre Anchieta, em carta datada de Piratininga, “*parecer grandemente necessário que o direito positivo se afrouxe nestas paragens*”. O livro V das Ordenações Filipinas era rigoroso demais para os filhos das selvas que, nascidos e educados em meio totalmente diverso, seguindo costumes incompatíveis com os dos civilizados, não podiam compreender o mal de muitos crimes nem razão da sua penalidade. Para eles, o combate singular era legítimo, o furto apropriação regular, a caça e a pesca, direitos naturais. E assim por diante.

A Corôa, distante e mal informada, não deu ouvidos à

sábua advertência do santo jesuita e teimou em aplicar a legislação, indistintamente, a colonos, mamelucos, cafusos e índios. Estes foram, afinal, sob d. João III, confusamente aldeados com os outros habitantes e tratados, sem discriminação legal de espécie alguma, no mesmo nível dos civilizados.

A observação inicial do padre José foi-se, todavia, pouco a pouco insinuando entre os seus companheiros de hábito até que, em 1550, fundaram eles, na Baía, a primeira aldeia de índios, fixando em povoação estável, aqueles caçadores e pescadores nômades. Mem de Sá, Governador Geral da Colônia, homologou, oficialmente, em 1558, a iniciativa dos padres, de modo que eles puderam organizar, legalmente, ao seu geito, as primeiras aldeias de índios: S. Paulo, S. Tiago, S. João e Espírito Santo. Esses núcleos disseminaram-se, em seguida, por todo o país, inclusive Pernambuco, onde cerca de 70 aldeias se estabeleceram às margens do S. Francisco, em São Caetano da Raposa, Aguas Belas e em outros lugares.

O tipo dessas povoações era inteiramente diverso das que d. João III idealisára. Aí, além dos padres e do meirinho, que nominalmente exercia o poder civil, só havia índios, pois só assim poderiam os jesuitas protegê-los contra os outros índios e, também, contra os colonos, mamelucos e cafusos, os quais, às vezes, eram mais cruéis, ambiciosos e devassos de que os próprios selvagens.

A autoridade dos meirinhos, funcionários civis que representavam a Corôa nessas aldeias, era, de fato, meramente nominal, simples pseudônimo dos padres que, na verdade, as governavam.

Muitas diatribes sofreram os missionários em consequência do poder discreto, mas real, que exerciam, não só por parte dos colonos, como, também, dos seus superiores que, temendo complicações, a isso se opunham.

Compreenderam, porém, os padres que os índios não tinham capacidade social para que lhes fossem aplicados os preceitos severos do Livro V das Ordenações nem o direito civil e administrativo da Metropole e saltaram sobre o tempo, contra as recomendações dos superiores, instituindo, sem que

fossem, siquer, juristas, uma lei e uma justiça civil e penal anacrônicas, estranhas, futuristas, ao nível das conclusões que os especialistas só vieram a adotar em 1906.

Da justiça penal que os jesuitas organizaram, disse, com equilíbrio e erudição, Assis Ribeiro, História do Direito Penal Brasileiro, vol. I, pag. 105, endossando as palavras do mais completo estudioso do assunto, Serafim Leite: "Consistia numa forma de tutela em que os índios se equiparavam, na prática, a filhos-famílias, em que o exercício da autoridade se desenvolvia, reciprocamente, de modo paternal, com manifestações concomitantes de correção, proteção, assistência e defeza. Não ultrapassavam, na realidade, essas intenções as penas infligidas aos delinquentes. As maiores, que se aplicavam nas Aldeias, eram prisão (tronco) e açoites". O padre Nóbrega confirma que todos os crimes dos índios aldeados se resolviam com açoites ou oito dias de prisão no máximo. E mais adiante comenta aquele mesmo autor: "Homens cultos, estando sempre a par do que se passa pelo mundo das ciências, é bem provável que os jesuitas tivessem equiparado os índios aos impúberes do Direito Romano". De que praticamente os jesuitas equipararam os selvagens aos menores, não me resta dúvida alguma. É um fato histórico, a cavaleiro de qualquer contestação; mas, que intencionalmente fizessem essa equiparação, não me parece provável. Isso estaria muito além da cultura dos tempos e, mesmo, do direito romano, cujo caráter eminentemente centralizador e territorial (*jus soli*) nunca julgou, no crime, os bárbaros pelo seu direito de origem (*jus sanguinis*).

Fio mesmo, do conflito entre dois critérios de jurisdição, o *jus soli* e o *jus sanguinis*, que surgiu a conciliação do estatuto pessoal, restrita a certos atos da vida civil e nunca aplicada ao direito penal, cujo caráter sempre foi e ainda é eminentemente territorial e, às vezes, ultraterritorial. A extraterritorialidade, sua única exceção, resulta de que as pessoas e as coisas, às quais se aplica este benefício, consideram-se, por ficção jurídica, no território das nações a que pertencem,

posto que estejam, materialmente no estrangeiro. Somente os bárbaros admitiam o *jus sanguinis* em Direito Penal.

Seja como fôr, é glória dos jesuitas, por intuição ou cultura, o que não importa, terem percebido e praticado a instituição da menoridade social. Enfim, como diz em feliz síntese Assis Ribeiro: "O missionário foi o advogado do gentio, o juiz de todos os litígios, o legislador de princípios humanos e científicos. A aldeia é, já no século XVI, uma afirmação de ciencia criminal. É a escola de adaptação e de instrução do índio. É o abrigo dos inimputáveis em face das severíssimas leis promulgadas por El-Rei... é na Aldeia que se processa uma das mais profundas revisões de regras e princípios repressivos. Ela é um símbolo da primeira conquista para o Direito Penal Brasileiro".

Enfim os jesuitas forneceram, ao menos praticamente, os elementos doutrinários em que, já independente o Brasil, o decreto de 3 de Junho de 1823 deu tratamento especial aos selvagens e no qual se inspira a legislação especial que lhes é ou foi aplicável: Decreto 1162, de 12 de Dezembro de 1890; 4269, de 17 de Janeiro de 1921 e 5221, de 12 de Agosto de 1927, lei que, em matéria penal, os remete para o Código de Menores, Decreto 17.943-A de 12 de Outubro de 1927, hoje substituído pelo Dec.-Lei 6.026 de 24 de Novembro de 1943.

É ainda da sua obra benemérita e científica que eu induzo e ousou lançar a teoria da menoridade social.

