O pensamento jurídico de Francisco José Viveiros de Castro sob a perspectiva da Escola Positiva do Direito: a teoria e a prática na análise de processos criminais (1890-1900)

Francisco José Viveiros de Castro's legal thought from the perspective of the Positive School of Law: theory and practice in the analysis of criminal proceedings (1890-1900)

Adriana Gomes

Pós-Doutora em História Social (UFRJ). Doutora em História Política (UERJ).
Professora do Programa de Pós-Graduação em História (UNIVERSO).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6627464099657799].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2220-4456].
adrigomes.rj@outlook.com

Recebido em: 14.05.2022
Aprovado em: 11.10.2022
Última versão da autora: 29.10.2022
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v195i195.234].

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo pretende analisar o pensamento teórico do juiz Francisco José Viveiros de Castro (1862-1906), assim como a sua transposição metodológica para que ele interpretasse os crimes na prática nos tribunais de justiça. Para tanto, inicialmente discutiremos o pensamento do juiz para que possamos compreender como as percepções da Escola Positiva do Direito tiveram interpretações seletivas no Brasil com a justaposição de ideias jurídicas europeias que se objetavam. Destacaremos a contribuição de Viveiros de Castro para essa especificidade da produção intelectual jurídica no país e como ele transpôs seus conhecimentos nas sentenças dos processos criminais, cujas ocorrências transcorreram nos finais do oitocentos no

Abstract: The article intends to analyze the theoretical thinking of the judge Francisco José Viveiros de Castro (1862-1906), as well as his methodological transposition so that he could interpret crimes in practice in the courts of justice. Therefore, initially we will discuss as a proposal the judge's thinking so that we can understand how the perceptions of the Positive School of Law had selective interpretations in Brazil with the juxtaposition of European legal ideas that were objected. We will highlight Viveiros de Castro's contribution to this specificity of legal intellectual production in the country and how he transposed his knowledge in the sentences of analyzing criminal cases, whose occurrences took place in the late 1800s in Rio de Janeiro.

Gomes, Adriana. O pensamento jurídico de Francisco José Viveiros de Castro sob a perspectiva da Escola Positiva do Direito: a teoria e a prática na análise de processos criminais (1890-1900). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 195. ano 31. p. 49-78. São Paulo: Ed. RT, março – abril / 2023.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Rio de Janeiro. Analisaremos os discursos de Viveiros de Castro nos estudos de casos, a maneira como ele compreendia que o crime deveria ser sentenciado pelos juízes e como na prática ele acabava sentenciando. Ressaltamos que em algumas circunstâncias a prática diferenciava-se da teoria, sobretudo quando questões sociais acabavam por interferir nas decisões judiciais. Por meio da análise do discurso de Castro, teremos a oportunidade de escrutinar os crimes de estupro, prática do espiritismo, defesa da honra e contravenção no jogo.

Palavras-chave: Francisco José Viveiros de Castro – História do Direito – Escola Positiva do Direito – Sentenças Criminais do oitocentos.

judged by the judge Francisco José Viveiros de Castro (1862-1906), with We will analyze the speeches of Viveiros de Castro in the case studies, the way he understood that the crime should be sentenced by the judges and how in practice he ended up sentencing. We emphasize that in some circumstances the practice differed from the theory, especially when social issues ended up interfering with judicial decisions. Through the analysis of Castro's speech, we will have the opportunity to highlight the scrutiny of crimes for occurrences of rape, practice of spiritism, defense of honor and misdemeanor in the game. However, before starting the analysis of the criminal cases considered by the magistrate, it is necessary to focus on revealing his academic and professional trajectory to delve into his legal appropriations that were present in the sentences, with emphasis on the perceptions of the Positiva School. of Law.

Keywords: Francisco José Viveiros de Castro – History of Law – Positive School of Law – Criminal Sentences of the 19th century.

Sumário: 1. Introdução. 2. A apropriação das percepções da Escola Positiva do Direito por Viveiros de Castro. 3. As considerações de Viveiros de Castro nos acórdãos: "Grande valor têm os arestos dos tribunais, as sentenças dos magistrados". 3.1. Crime de estupro. 3.2. Crime de espiritismo. 3.3. Defesa da honra. 3.4. Contravenção do jogo. 4. Considerações finais. 5. Fontes históricas. Impressas. Periódicos. Coleção de Leis do Brasil. 6. Referências bibliográficas.

A trajetória acadêmica de Francisco José Viveiros de Castro: "O juiz não é como o papa, inspirado pelo Espírito Santo. A opinião que adota foi consequência de seus estudos".[1]

1. Introdução

Francisco José Viveiros de Castro nasceu em 1862 na cidade de Alcântara, na província do Maranhão, e faleceu no Rio de Janeiro, em 1906. Ele tornou-se bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Faculdade de Direito do Recife em 1883. A sua carreira

1. CASTRO, Francisco José Viveiros. Sentenças e decisões em matéria criminal. Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896. p. 12.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

profissional iniciou-se na política, quando assumiu o cargo de presidente da província do Piauí, de 6 de julho de 1887 a 27 de julho de 1888. Em seu estado natal, foi integrante da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Já no exercício de seu ofício, ocupou a função de promotor público no Rio de Janeiro, sendo o primeiro a exercer o posto na capital do país. Além disso, foi lente de Direito Criminal na Faculdade Livre de Direito na cidade do Rio de Janeiro e Juiz da Câmara do Tribunal Civil e Criminal (BLAKE, 1895, p. 19; Relatórios do Ministério da Justiça, 1895, p. 72; 82; 202, 1899, p. 51).

O jurista mostrou-se comprometido com os novos saberes de seu campo de conhecimento que, na virada do século XIX para o século XX, por meio da publicação de uma série de livros de sua autoria acerca do Direito Criminal, evidenciou as suas pressuposições na área do Direito que revelaram as tendências das escolas jurídicas em voga, cujas percepções eram intensamente discutidas entre os seus pares.

Como o seu conhecimento era copiosamente abrangente, ele também se debruçou em escrever alguns contos que, não necessariamente, tinham correlação com impressões jurídicas. Entre os seus trabalhos, destacamos: *Ensaios Jurídicos* (1892), *Chiquinha Mascotte* (1893), *A Nova Escola Penal* (1894), *Atentados ao Pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual* (1894), *Diário de um Solteirão* (1895), *Ideias e Phantasias* (1895), *Sentenças e Decisões em Matéria Criminal* (1896), *Questões de Direito Penal* (1900), *Jurisprudência Criminal* (1900), *Os Delitos Contra a Honra da Mulher*. Também havia publicações oficiais, tais como: *O Suicídio na Capital Federal* (1894) *e Ensaio sobre a Estatística Criminal da República* (1896).

A vida acadêmica de Francisco José Viveiros de Castro iniciou-se na Faculdade de Direito do Recife, que perfez traço significativo em suas perspectivas jurídicas. No espaço acadêmico efervesciam discussões críticas sobre a sociedade brasileira, que se mostraram tão relevantes ao pensamento jurídico que a faculdade acabou por ser considerada a articuladora de um movimento intelectual com expressividade, recorrentemente assoalhado por muitos pesquisadores da área do Direito e da intelectualidade brasileira nos oitocentos como a "Escola de Recife". Entre os expoentes dessa Escola de relevante produção acadêmica, destacaram-se os juristas Tobias Barreto de Meneses (1839-1889) e Silvio Romero (1851-1914) (VENANCIO FILHO, 1982, p. 95-96; SCHWARCZ, 2008, p. 150).

2. A apropriação das percepções da Escola Positiva do Direito por Viveiros de Castro

"Não exprimem tendência alguma, nem o predomínio do rigor científico, nem o afrouxamento da equidade prática."[2]

2. CASTRO, Francisco José Viveiros. Sentenças e decisões em matéria criminal. Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896. p. 9.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

As concepções da Escola Positiva do Direito no Brasil começaram a ganhar impulso no meio jurídico brasileiro na segunda metade do século XIX, mediante a divulgação de trabalhos de João Vieira de Araújo (1844-1922) em relação ao Direito Penal, com destaque para suas interpretações das leis penais de 1830 e 1890. Francisco José Viveiros de Castro (1894, p. 13-14), em seu livro *A Nova Escola Penal*, foi um de muitos juristas que destacaram Vieira de Araújo como pioneiro nas abordagens referentes à Antropologia Criminal, o qual não havia medido esforços para encetar as novas proposições no meio jurídico.

Entre as contribuições de João Vieira de Araújo às proposições da Escola Positiva destacaremos o *Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil* (1884), em que o lente da Faculdade de Direito do Recife tencionou que fosse realizada uma releitura na legislação penal brasileira para que se contemplassem as proposições do Direito Criminal sob o arcabouço teórico de Cesare Lombroso (1835-1909). Segundo o professor, o Direito Criminal era a norma jurídica mais propensa à aquiescência de modificações em suas interpelações pelas "constantes e rápidas mudanças em seu conceito" (ARAÚJO, 1884, p. 5), decorrentes das dinâmicas das sociedades e da ciência. Nessa ordem, sugeriu a leitura referencial de Lombroso, *O Homem Delinquente*, para que as concepções do antropólogo criminal pudessem ser reconhecidas como "progressos estupendos" (ARAÚJO, 1884, p. 5) para o campo do Direito Criminal no Brasil, a fim de que o país fosse inserido no rol dos Estados cujas ideias da Escola Positiva do Direito estivessem incorporadas em suas leis penais (ARAÚJO, 1884, p. 5).

João Vieira de Araújo compreendia as considerações lombrosianas como uma "síntese de conhecimentos obtidos pelos progressos científicos da observação e da experiência no estudo do homem criminoso, considerado por todos os seus caracteres somáticos e psíquicos" (ARAÚJO, 1889, p. 181).

Podemos assegurar que nos anos de 1880, quando as concepções lombrosianas começaram a conquistar mais eco no Brasil, no cenário europeu ocorria um intenso debate e questionamento depreciativo das argumentações da Antropologia Criminal que, gradativamente, foram tomando corpo no Velho Continente, travando descrédito em seu meio jurídico. Tanto que, em 1885, na ocorrência do Primeiro Congresso Internacional de Antropologia Criminal em Roma e, também, em 1889, na ocasião do Segundo Congresso realizado em Paris, Alexandre Lacassagne (1843-1924) contrapôs Lombroso diretamente, ao interceder às argumentações do criminalista italiano nos princípios que infundiriam no delito. Para o professor francês, o crime se desenvolveria na sociedade, pois nesta que seriam encontrados "micróbios" (delinquentes), que se potencializariam no meio social propício (SCHECAIRA, 2008, p. 95).

Sendo assim, onde houvesse uma sociedade desorganizada, a criminalidade seria em quantitativo muito mais acentuado do que em uma sociedade mais organizada. A assertiva de Lacassagne poderia ser sintetizada na frase "cada sociedade tem o criminoso que merece" (SCHECAIRA, 2008, p. 95), cuja compreensão acerca da criminalidade seria

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

mediante a mudança de prisma para o meio social, na medida em que nesse consistiria no "caldo de cultura" para o crime (SCHECAIRA, 2008, p. 95).

Dessa maneira, as pressuposições de Lacassagne iam de encontro às afirmações de Cesare Lombroso e dos seguidores da escola antropológica italiana, ao engendrar que as condições socioeconômicas teriam atribuição definitiva para a produção de criminosos (SCHECAIRA, 2008, p. 95).

Outro francês que também se opôs às concepções da Antropologia Criminal foi Gabriel Tarde (1843-1904), ao refutar com veemência as considerações de Lombroso em relação à evidenciação de o criminoso possuir regressão atávica. Para Tarde, pouco importaria a anatomia de um criminoso, porque no estágio evolutivo em que estariam quaisquer homens, eles teriam capacidades superiores aos dos selvagens preconizados pelo italiano, e que Lombroso havia se apropriado em demasia das concepções darwinianas para estudar os delinquentes. Para o francês, o "criminoso pode lembrar o selvagem, o bárbaro ou o semicivilizado, tal similitude, aliás, curiosa não contribui de nenhum modo para explicar por que ele é criminoso" (TARDE, 1886, p. 34-55).

Mesmo com as elaborações da Antropologia Criminal sendo combatidas por meio de argumentações eloquentes no continente europeu, no Brasil tais concepções foram interpretadas e reinterpretadas por um grupo relevante de intelectuais como pressuposições convincentes, adequadas e que, pressupostamente, dariam conta para o entendimento da situação política, social e econômica em que se encontrava o país. Nesse período o Brasil passava por intensas mudanças em um quadro composto de instabilidades e especificidades contextuais de sua história. A iminência da Abolição da Escravatura – cujo prelúdio de sua supressão gradativa já se encetara nos anos iniciais da segunda metade do século XIX, e todos os seus desdobramentos sociais subsequentes – era uma situação bastante significativa em diversos aspectos; entre eles, destaca-se a própria reorganização social do país.

Por conta dessas instabilidades e especificidades do Brasil na virada do oitocentos, e com a intenção de responder a todas as demandas de ordem política, social e jurídica de nossa organização em processo de mudança, mas sem intenções de radicalismos, que as ideias lombrosianas conseguiram ganhar espaço significativo. Elas contribuíram para que parcela dos juristas do país se sentissem legitimados cientificamente com suas percepções sobre o crime e o criminoso. Entretanto, não podemos deixar de destacar que a maneira como os autores brasileiros se apropriaram das ideias lombrosianas essas já estavam ecléticas pelas intensas discussões divergentes ocorridas nos congressos europeus. Isso posto, os nossos autores já discutiam as pressuposições lombrosianas com justaposições às teorias que faziam oposição. Por isso no Brasil, fazia-se uso das terminologias Antropologia Criminal, Criminologia e Sociologia Criminal como sinônimos de um único campo de discussão jurídica (ALVAREZ, 2002, p. 684-687).

Entre esses autores jurídicos que impulsionaram as ideias da Antropologia Criminal no Brasil, mas com a apropriação de concepções que se opunham aos conceitos lombrosianos, Francisco José Viveiros de Castro teve um significativo destaque. O jurista nos

USO EXCLUSIVO DO PROGRAM

evidenciou com proeminência as suas pressuposições teóricas acerca da Escola Positiva do Direito em seu livro *A Nova Escola Penal*, publicado originalmente em 1894. Viveiros de Castro, considerava que o seu trabalho foi o primeiro a se debruçar em trazer para o Brasil as discussões sobre a Sociologia Criminal, por ter se dedicado em escrever as suas interpretações jurídicas sobre o crime e o criminoso com maior destaque para as ideias de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Gabriel Tarde (CASTRO, 1894).

Nessa obra, Viveiros de Castro preocupou-se em divulgar as ideias dos pensadores já estabelecendo conexões a respeito de problemas de ordem jurídica, o que seria de imediato questionável na Europa. Entretanto, cabe-nos ressaltar que o juiz reconhecia que existiam interpelações de algumas ideias dos pensadores que se dedicou a escrever no Velho Continente. Tanto que de forma moderada sugeriu que essas diferenças de entendimentos poderiam ter sido motivadas pelas origens diferenciadas dos países europeus as quais as ideias foram produzidas. Esse entendimento do juiz ficou evidenciado com clareza em sua explicação preliminar do livro, quando comparou ideias lombrosianas com as de Lacassagne (CASTRO, 1894, p. 9).

Por essa razão, ao nosso ver, Francisco José Viveiros de Castro pode ser compreendido como um intelectual, pela definição de Norberto Bobbio (1997, p. 67). Para ele, uma das principais funções do intelectual deve ser escrever a partir de reflexões de suas ideias. Assim, Viveiros de Castro não refutou a oportunidade para expor as suas impressões acerca do crime e do criminoso enquanto um juiz da esfera criminal. Pelo contrário, o jurista fez de seu trabalho escrito um meio de expor as suas pressuposições pela sua condição profissional. Por meio de seus livros buscou divulgar aos seus pares as novas perspectivas do pensamento jurídico discutido na Europa, a partir de suas perspectivas.

Por isso, para alcançar as suas expectativas, Viveiros de Castro não se isentou em proferir palavras austeras aos seus pares que não se ocupavam em ter acesso às discussões jurídicas ocorridas na Europa. Para Tanto, chegou a revelar a procrastinação dos professores de Direito no Brasil por ignorarem a "revolução que tem modificado tão profundamente o Direito Penal, são incapazes de fazerem uma exposição razoável das ideias de Lombroso, de um Ferri, de um Lacassagne, e muitos anchos de si, no atrevimento da ignorância" (CASTRO, 1894, p. 8). E por se limitarem a repetir ensinamentos reduziram o Direito Penal a formalidades sem arcabouço teórico repletos de "chicanas e rabulices" (CASTRO, 1894, p. 8).

Entretanto, cabe-nos ressaltar que Rebeca Fernandes Dias (2015, p. 217-218) afirmou que esse olhar de Viveiros de Castro aos seus pares não retrataria o que de fato acontecia entre os magistrados. Os professores da Faculdade de Direito de São Paulo consideraram as percepções generalizadas de Castro ofensivas e desrespeitosas com os professores de Direito da instituição. O fato era que existia entre eles uma série de discordâncias em relação às ideias da Nova Escola Penal. A não adesão dos paulistas não era por desconhecimento das novas ideias, mas pelos professores da Faculdade se negarem em aceitar as supostas autenticidades das ideias que Francisco José divulgou em seu livro *A Nova*

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Escola Penal. Afinal, essas concepções contestavam o livre arbítrio, que era uma leitura jurídica mais receptiva aos lentes da Faculdade de Direito de São Paulo.

Porém, Viveiros de Castro foi bastante implacável em suas explicações preliminares em seu livro com seus pares – isto porque por parcela deles não se apropriavam das concepções da Nova Escola Penal, como se essas pudessem dar conta de contribuir nas soluções jurídicas do país. Por essa razão, dedicou o seu trabalho a nova geração de juristas, a qual ele se referiu como "mocidade", pela inquietude que ele despontaria a ela para explorar as ideias científicas supostamente aferidas nas assertivas da Escola Positiva do Direito (CASTRO, 1894, p. 12-13).

O jurista vislumbrava disponibilizar aos jovens a oportunidade de instigar o conhecimento por meio de métodos de observação e a possibilidade de apreender mediante investigações cuidadosas dos fatos, para que não prezassem por esclarecimentos jurídicos que pudessem estimular respostas recorrendo a hipóteses metafísicas e sínteses precipitadas (CASTRO, 1894, p. 12-13).

Mediante um discurso prescritivo sobre as novas concepções de Direito Criminal, Viveiros de Castro pretendeu evidenciar a importância de se compreenderem determinados pensadores do Direito para o entendimento da dinâmica da jurisprudência. Nessa ordem, percebemos a intervenção do juiz enquanto intelectual no campo jurídico brasileiro. Ao reconhecê-lo como um intelectual com discurso prescritivo, cabe-nos deslindar as nossas percepções.

Depreendemos como "discurso prescritivo" aquele no qual o intelectual é levado a propalar a sua opinião (BOBBIO, 1997, p. 69), que em relação ao sobredito juiz, o mais relevante não seria somente a exposição dessas novas interpretações jurídicas em voga na Europa, mas também as suas impressões e ações diante de determinados casos polêmicos e específicos recorrentes nos tribunais do país. Ele buscou escrever sobre casos estudados e julgados por ele para que pudesse influir os juízes e interviesse em suas formas de julgar e na compreensão dos réus, como pode ser constato em seus livros, tais como: *Jurisprudência Criminal*, *Ensaios Jurídicos*, *Sentenças e Decisões em Matéria Criminal*.

As pretensões de Viveiros de Castro com as suas brochuras era interferir na realidade do campo jurídico brasileiro para que as suas percepções pudessem ser conhecidas e reconhecidas em seu meio, por mais que já existissem discussões a respeito, como afirmou Alvarez (2002, p. 683-684), foi ele que sistematizou as ideias em um livro. As perspectivas do juiz foram ao encontro, mais uma vez, das elaborações do italiano Norberto Bobbio (1997, p. 70) que, em suas análises sobre as funções sociais do intelectual, nos descortinou a respeito da necessidade de observância da relação entre a teoria e a práxis, isto é, as influências que as ideias reveladas exerceriam em sua dinâmica profissional.

Nas considerações de Norberto Bobbio (1997, p. 72-73) sobre as relações entre política e cultura, os intelectuais poderiam ser assimilados segundo dois instrumentos de entendimento, que seriam os "intelectuais ideólogos" e os "intelectuais expertos", cuja distinção não se confundiria pela total independência. O fio condutor para a diferenciação entre os dois tipos engendrados por Bobbio seria a análise das tarefas desempenhadas

USO EXCLUSIVO DO STJ

como criadores ou transmissores de conhecimentos relevantes para o campo em que suas propostas eram designadas. Os "intelectuais ideólogos" seriam aqueles que forneceriam os princípios que guiariam, e os "intelectuais expertos" seriam aqueles que forneceriam conhecimentos e meios para atingir os fins. Nessa linha de pensamento, a partir da apropriação das considerações do teórico Bobbio, podemos interpretar que Lombroso, Ferri, Raffaele Garofalo (1851-1934), Lacassagne e Tarde seriam os "intelectuais ideólogos" por terem elaborado os princípios que guiariam seus seguidores, cujos valores atribuídos passariam a se tornar as diretrizes para os que se identificassem com as suas percepções acerca da jurisprudência. As assertivas desses pensadores do crime e do criminoso foram fundamentadas por meio da observação e da sistematização de procedências a partir de uma realidade – mesmo havendo uma série de reticências e discordâncias quanto aos meios manipulados para se chegar a determinadas conclusões com improcedências para uma parcela de intelectuais.

Seguindo essa teorização de Bobbio (1987, p. 72-74), também podemos compreender que as pretensões de Viveiros de Castro, ao expor as suas ideias em seu livro *A Nova Escola Penal*, iriam ao encontro das percepções de "intelectuais expertos", pois as suas interpretações, por mais que já pudessem existir discussões a respeito das justaposições de ideias, ele se debruçou em evidenciar os conhecimentos mais assertivos para se compreender o crime e o criminoso provendo, sob a sua perspectiva, as adequações que considerou relevantes para promoverem condições de se obter êxito na prática nos tribunais de justiça do país. Assim como os "intelectuais expertos", Viveiros de Castro buscou disponibilizar suas ações racionalizadas em argumentações de autoridades para que os magistrados brasileiros pudessem ter acesso as suas ideias e interpretações acerca de determinados crimes.

Dessa maneira, as dinâmicas de Francisco José Viveiros de Castro na magistratura – sejam em sua proposta em *A Nova Escola Penal* como no conjunto de suas obras para o campo do Direito – despontaram prerrogativas para indicarem caminhos, conhecimentos e meios mais adequados para se atingir um propósito estabelecido. Esse objetivo compreendemos ser a divulgação das concepções da Escola Positiva aos jovens estudantes de Direito.

As incongruências dos olhares para o crime e o criminoso em Viveiros de Castro pelas percepções dos pensamentos na Europa, não foi problema para o juiz, que teve a proposta de expor as novas percepções e torná-las aprazíveis aos brasileiros. Essa teorização promovida por intelectuais da época, inclusive por Viveiros de Castro, foi apresentada em diversos de seus julgamentos. Algumas de suas argumentações evidenciaram apropriações da Antropologia Criminal, mas também interpelavam proposições de pensadores que contrastavam com a Escola Positiva do Direito.

Dos italianos, as novas percepções do Direito que mais foram comtempladas por Viveiros de Castro foram as ideias antropológicas, pois os seus "intelectuais ideólogos" (CASTRO, 1894, p. 9) empenharam-se em compreender o tipo criminoso nato por meio de suas "anomalias anatômicas e psíquicas", por entenderem que as gêneses do

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

crime eram decorrentes de hereditariedade e de razões relacionadas a fatores congênitos (CASTRO, 1894, p. 9).

Já dos franceses, as apreensões criminológicas de seus "intelectuais ideólogos" se debruçaram nas questões de cunho social, por isso partiram do pressuposto de que cada sociedade era responsável pela criação de seus próprios criminosos. Os problemas provenientes da criminalidade seriam associados à sua desorganização. Assim, os criminosos seriam compatíveis com o merecimento do corpo social que os produziu (CASTRO, 1894, p. 9).

Nessa lógica, no Brasil, o grande desafio ao se interpretar as ideias na área da criminologia era pensar na "originalidade da cópia" em que, mediante processos de readaptação de ideias europeias em terras brasileiras, havia a necessidade de se selecionar o que fosse mais pertinente às especificidades culturais do país e descartar "o que de alguma maneira soava estranho" (SCHWARCZ, 2008, p. 41).

Apesar de Viveiros de Castro não ter o propósito de discutir as divergências de pensamento dos criminologistas da Nova Escola Penal, em suas considerações conduziu um discurso em que fosse priorizada a convergência dos "intelectuais ideólogos" por suas apreciações irem de encontro às concepções da Escola Clássica do Direito. A divergência a essa escola seria mais relevante do que o fato das pressuposições jurídicas terem especificidades conflitantes entre si (CASTRO, 1894, p. 19-22).

Como já podemos discutir, nas abordagens de Viveiros de Castro em seus livros com propostas de divulgação de suas sentenças criminais, ficou evidenciado o quanto ele se empenhou em atribuir autoridade aos seus discursos, tanto aos "eminentes antropologistas" italianos quanto aos franceses, mesmo que esses tivessem olhares bastante específicos em relação ao crime. O que importaria seria a dissonância às prerrogativas da Escola Clássica.

Pela importância do livro A *Nova Escola Penal*, vamos buscar evidenciar as impressões de Viveiros de Castro sobre os "intelectuais ideólogos" e seus entendimentos sobre as questões jurídicas. Para tanto, faremos breves considerações sobre Lombroso, Ferri e Tarde, por terem sido os ideólogos que o juiz se empenhou em apresentar aos estudantes de Direito.

Em relação a Cesare Lombroso, Viveiros de Castro o considerou como aquele que concedeu "a luz neste vasto caos" (CASTRO, 1894, p. 45-64), por suas investigações na produção da ideia do criminoso nato. O juiz dedicou extensas páginas de sua *A Nova Escola Penal* para elucidar as proposições do italiano em *O Homem Delinquente*, a fim de realmente evidenciar aos interessados novos entendimentos em relação ao crime (CASTRO, 1894, p. 45-64).

Entre as polêmicas aferidas às assertivas de Lombroso, Viveiros de Castro salientou que os juristas, sem os conhecimentos sobre as proposições da Escola Positiva do Direito, acabaram por responsabilizá-la em subordinar o Direito à Medicina, por compreender o criminoso como alguém investido de patologias e não reconhecendo a análise sensível dos atos do delinquente em si (CASTRO, 1894, p. 46-47).Vale ressaltar que Viveiros de

USO EXCLUSIVO DO PDF RBCRIM

Castro destacou que as ideias relacionadas ao atavismo haviam sido criticadas por Gabriel Tarde e que observações desse haviam se tornado procedentes por evidenciarem que análises de Lombroso não conseguiriam resistir a um raciocínio lógico, sobretudo aquelas relacionadas às semelhanças físicas indicadas entre o criminoso e o selvagem e as impressões corporais das tatuagens (CASTRO, 1894, p. 50-53).

Viveiros de Castro considerava Lombroso referência, por ele ir de encontro às convicções de Cesare Beccaria (1738-1794) que eram significativamente presentes na cultura jurídica brasileira. Por isso as considerações ao Lombroso iam desde um "renovador audacioso" ao "pensador de vistas largas" (CASTRO, 1894, p. 64), cujas ideias haviam suprimido as "velhas ideias metafísicas, caducas e imprestáveis" (CASTRO, 1894, p. 64). Daí o mérito de ter o "título de glória" (CASTRO, 1894, p. 64) e ter todo o seu reconhecimento, que se converteu em citações para a elaboração de argumentações de autoridade ao proferir as sentenças criminais (CASTRO, 1894, p. 64).

Em relação a Enrico Ferri, Viveiros de Castro evidenciou que ele teria agregado investigações de problemas sociais às apreensões lombrosianas, conferindo uma série de reformulações nas discussões sobre o criminoso, cujas ideias foram reconhecidas como Sociologia Criminal (CASTRO, 1894, p. 65).

Na linha de prover convergência de entendimento sobre o crime entre os criminologistas, Viveiros de Castro revelou que Ferri instituiu o conceito de "lei de saturação criminal" (CASTRO, 1894, p. 65-66), em que a ideia era compreender que o crime não era um ato inalteradamente relacionado ao livre arbítrio, uma vez que fatores relacionados ao meio físico e social em conjugação às tendências hereditárias dos indivíduos e seus impulsos psicológicos ocasionais seriam os propulsores do crime (CASTRO, 1894, p. 65-66).

Por esse viés de entendimento, Ferri compreendeu que a penalidade não evitaria o crime e muito menos teria efeito de intimidação. A dinâmica empregada na repressão não compeliria a criminalidade, visto que a ameaça da penalidade somente atuaria em um grupo limitado de pessoas. Para que o crime pudesse realmente ser reprimido tinha de se combatê-lo antes de ocorrer, isto é, por meio de reformas sociais que propusessem reestruturar a economia, a política, a ciência, a administração religiosidade, a família e a educação. A essas reformas estruturais da sociedade, o sociólogo italiano conferiu a conceituação de "substitutivos penais" (CASTRO, 1894, p. 73).

Com relação a Gabriel Tarde, Viveiros de Castro o apresentou como um "ilustre juiz de instrução criminal" (CASTRO, 1894, p. 93), que mereceu de Cesare Lombroso considerações positivas em seus argumentos sobre o crime, mesmo sendo um crítico dos trabalhos do italiano, por não assentir quanto à análise antropológica do criminoso e considerar inaceitável o "atlas de Lombroso" (CASTRO, 1894, p. 94). sobre a criminalidade. Para o francês, o antropologista criminal não teria conseguido criar o "tipo ideal" (CASTRO, 1894, p. 98), uma vez que as suas afirmações somente teriam conseguido retratar uma combinação de caracteres fundamentados em artificialidades (CASTRO, 1894, p. 93-100).

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Das percepções de Tarde, Viveiros de Castro se debruçou em discutir a "lei da imitação" (CASTRO, 1894, p. 100), a qual consistiria na reprodução de "atos dos nossos semelhantes" (CASTRO, 1894, p. 100); seria inerente à natureza humana a tendência imitativa e que ela agiria como uma "força mecânica irresistível" (CASTRO, 1894, p. 101). A intervenção da "lei da imitação" (CASTRO, 1894, p. 100), com toda a complexidade intrínseca, não operaria somente entre os indivíduos isoladamente, mas também na coletividade, que influiria em atos relevantes da vida social, cujos exemplos seriam promovedores de ações compartilhadas por um grande grupo (CASTRO, 1894, p. 100-105).

A correlação entre os criminologistas também pode ser notabilizada em *Ensaios Jurídicos*. Nesse livro, Viveiros de Castro denominou de forma unificada os criminologistas como "eminentes antropologistas" (CASTRO, 1892, p. 59), que tanto na Itália quanto na França estariam em percalços por defenderem posições jurídicas divergentes à Escola Clássica, ao ponto de estarem sendo considerados por alguns de seus congêneres profissionais como "gatunos reincidistas [*sic*] de profissão, inimigos do trabalho, relapsos e incorrigíveis, pela maior parte devassos e ébrios" (CASTRO, 1892, p. 59).

A intenção de Viveiros de Castro foi colocar em campos opostos as escolas de Direito, isto é, de um lado a refutada Escola Clássica e do outro a pretensa inovadora Nova Escola Penal. Por isso, o grande desafio assenhoreado pelo juiz maranhense ao longo de sua carreira na magistratura foi viabilizar a individualização da pena em suas sentenças criminais na justaposição de entendimentos sobre a punibilidade do transgressor.

3. As considerações de Viveiros de Castro nos acórdãos: "Grande valor têm os arestos dos tribunais, as sentenças dos magistrados"[3]

Com plena convicção do fundamental papel do juiz para o funcionamento salutar da justiça brasileira, Viveiros de Castro afirmava que caberia ao magistrado "o estudo [...] interpretar a lei procurando através das palavras o espírito, a intenção [...]" (CASTRO, 1896, p. 7), a fim de que não ocorressem injustiças por sentenças oscilantes, inconsistentes e até contraditórias que, sobremaneira, eram proferidas por juízes de primeira instância. Por isso, entendeu que deveria ser uma realidade a existência de um escopo de uniformidade nos arestos nos tribunais brasileiros, pois facilitaria o andamento processual tanto para o advogado, para o litigante, quanto para o juiz criminalista (CASTRO, 1896, p. 7-8).

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica de Viveiros de Castro foi ao encontro dos pressupostos de Alípio Silveira (1968, p. 129), sobretudo em suas considerações sobre a busca de uma verdade incontestável na ciência do Direito na qual a interpretação das leis

3. CASTRO, Francisco José Viveiros. Sentenças e decisões em matéria criminal. Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896. p. 7.

USO EXCLUSIVO DO PDF RBCRIM

seria uma síntese de vários processos afins, sendo por isso inteiramente infundada a contraposição entre os vários elementos ou processos de interpretação.

Assim, como já evidenciamos, o juiz buscou propagar sua hermenêutica jurídica em diversos casos criminais ocorridos na cidade do Rio de Janeiro. E, a partir de agora, nos empenharemos em deslindar os entendimentos e as interpretações de Viveiros de Castro sobre o Código Penal de 1890 quanto aos crimes de estupro (artigos 266 ao 269), prática do espiritismo (artigo 157), defesa da honra com homicídio (artigos 294 ao 297) e contravenção no jogo (artigos 369 ao 374).

Mas, antes de discutirmos os processos criminais, precisamos evidenciar que analisar os autos e compreender o que motivou as discussões nos tribunais não significa que conseguiremos retratar o que se passou de fato. Isso porque algumas narrativas não fazem muito sentido, não apresentam continuidades, existem lacunas e contradições. Como afirmou Chalhoub (2001, p. 40-41), ler os processos não significa ir em busca do que realmente aconteceu. A nossa proposta é discutir o crime na virada do oitocentos e trazer para discussão a interpretação de Viveiros de Castro sob a perspectiva das percepções jurídicas em voga em meio aos cerceamentos permitidos na sociedade do século XIX.

3.1. Crime de estupro

Em crimes que envolviam situações de estupro, Viveiros de Castro considerou que determinados procedimentos deveriam ser condutas protocolares realizadas pelos juízes. Além do depoimento da violência sofrida pela mulher, havia a necessidade de comprovação da ação delituosa, para não ser somente presumida. Por isso, deveria existir análise psicológica e exames periciais para que os indícios da violência fossem verificados por profissionais habilitados na medicina legal (CASTRO, 1894, p. 271).

O processo criminal que analisaremos teve como autor o Ministério Público do Rio de Janeiro e como réu Bento Correia Bandeira. Inicialmente, o acusado responderia pelo crime definido no artigo 267 combinado com o artigo 273, § 4º, do Código Penal de 1890. Porém, ao longo do processo criminal, o Ministério Público considerou que o réu deveria responder pelo delito cometido no artigo 268 das Leis Penais (CASTRO, 1894, p. 272).

De acordo com os autos processuais, o crime teria sido cometido no dia 25 de julho de 1895, em uma estalagem situada na Rua General Bruce, localizada no bairro de São Cristóvão, na Zona Norte do Rio de Janeiro, quando Bento Correia teria "desvirginado" (CASTRO, 1894, p. 272) sua filha menor de idade, Rosa de Jesus, com o emprego de violência física. Mediante a acusação, a 10ª Pretoria qualificou o réu, que foi interrogado pelo juiz local, que também recebeu o depoimento de mais seis testemunhas e da própria autora (CASTRO, 1894, p. 272-273).

Em depoimento, Bento Correia negou ter cometido qualquer crime contra a sua filha e que a acusação teria sido motivada por uma "vingança torpe" (CASTRO, 1894, p. 273) da autora que reincidia na acusação já realizada em Portugal em outro momento. Segundo o réu, as ações da filha seriam motivadas pelo desejo de "libertar do poder pátrio para [...]

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

entregar-se à prostituição". A fim de endossar a sua defesa, o acusado apresentou documentos da justiça portuguesa (CASTRO, 1894, p. 273).

Ante a história revelada, Viveiros de Castro iniciou as suas considerações com a evidenciação de que defloramento e estupro seriam crimes distintos, mesmo ambos infringindo a "honestidade das mulheres" (CASTRO, 1894, p. 274) e tendo como principal motivação a satisfação de "desejos sexuais". Visto que defloramento se pressupõe uma mulher virgem em qualquer idade que "tendo obtido o seu consentimento ou não por meio de sedução, fraude ou engano" (CASTRO, 1894, p. 274) de um homem possa ter deixado de ser virgem. Já o estupro distinguia-se pela prática da violência no ato sexual, seja qual for a situação da mulher quanto a idade, virgem ou não, condição social e área de atuação profissional, inclusive as prostitutas. As últimas teriam salvaguarda pelas leis penais brasileiras (CASTRO, 1894, p. 273-274).

Assim, de acordo com as diferenciações legais, o réu estaria respondendo pelo crime de estupro qualificado por, supostamente, ter realizado o ato sexual sem o consentimento da vítima e com uso de violência. A infração criminal estaria consonante ao artigo 269 do Código Penal de 1890 que tinha como ato delituoso a prática do crime no "ato pelo qual o homem abusa uma mulher, seja ela virgem ou não" (CASTRO, 1894, p. 275).

Na interpretação desse artigo penal, Viveiros de Castro foi ao encontro dos pareceristas da *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros* e considerou que a violência sexual teria espaço em situações específicas e elas seriam raras, pois o comum seria o consentimento feminino. A fim de endossar a sua polêmica percepção, o juiz aproximou suas percepções às de especialistas em Direito Criminal, tais como: Rodolfo Rivarola (1857-1942), Joseph Edouard Boitard (1804-1835), Salvador Viada y Vilaseca (1843--1904) com Aldolphe Chauveau (1802-1868) e Faustin Helie (1799-1884). Esses fundamentaram suas interpretações no argumento de autoridade de Alexandre Lacassagne, que entendia como atitude acertada em casos de estupro se recorressem aos exames e laudos de médico legista para conceder idoneidade à sentença, pois com o apoio desse profissional, de "sua competência técnica e de sua experiência profissional" (CASTRO, 1894, p. 277), os fatos poderiam ser constatados (CASTRO, 1894, p. 277; REVISTA DO INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRAZILEIROS, 08/1893, p. 306).

Entretanto, apesar de defender a recorrência ao exame legal para que qualquer injustiça pudesse ser imputada, principalmente ao homem, o juiz apresentava percepção reticente para o crime de estupro. Para Viveiros de Castro, "salvo raros casos (...) os esforços de um só homem não podem vencer a resistência de uma mulher" (CASTRO, 1894, p. 275), por isso deveria existir "máxima prudência na apreciação da violência alegada" (CASTRO, 1894, p. 275). Assim, em seu entendimento a mulher poderia se desvencilhar de uma agressão sexual se fosse de sua vontade (CASTRO, 1894, p. 275).

Além desse posicionamento, Viveiros de Castro considerava que outros três fatores deveriam ser levados em consideração, a saber: para ser evidenciado o crime, a ameaça deveria estar acompanhada de um perigo iminente que colocasse a vida da mulher em risco. A utilização de instrumentos e meios que aniquilassem a vontade própria, como a

USO EXCLUSIVO DO STJ/ENFAM

hipnose, o uso de anestésicos e de narcóticos. E, nos casos em que a vítima fosse menor de 16 anos de idade, ainda que houvesse consentimento, a situação não seria atenuante, pois a idade não conferia a menor a compreensão de que o fato ocorrido afetaria "tão profundamente a sua honra e o seu futuro" (CASTRO, 1894, p. 275).

Em seu depoimento, a vítima Rosa de Jesus, que tinha 18 anos completos, relatou que Bento Correia dormia no mesmo quarto que ela e recorrentemente fazia ameaças. No dia apontado como da ocorrência do estupro, Rosa de Jesus declarou que sofreu violência física das 21 horas até a madrugada, porque seu pai a havia subjugado com uma navalha sob a ameaça de assassiná-la caso resistisse (CASTRO, 1894, p. 276).

Partindo de sua jurisprudência quanto ao crime de estupro, Viveiros de Castro considerou as evidências apresentadas pela autora muito limitantes. Além disso, o depoimento das testemunhas favoráveis à autora não poderia ser considerado, pois um juiz não poderia se influenciar por quantitativo expressivo de depoimentos de testemunhas, mas "julgar provado o que elas afirmam" (CASTRO, 1894, p. 276). Por isso, ele exigiu os exames médicos e ainda análise psicológica para verificar a credibilidade nas afirmações de Rosa de Jesus (CASTRO, 1894, p. 276). A verificação psicológica da vítima era uma orientação de Enrico Ferri em sua obra *Sociologia Criminal*. Segundo ele, as intervenções técnicas por meio da Biologia e da Psicologia Criminal seriam instrumentos necessários para os juízes terem acesso a uma prova pericial, seja da acusação ou da defesa (FERRI, 2006, p. 275).

Para Ferri (2006, p. 275), os peritos em Antropologia Criminal teriam condições, por meio de exames específicos, de promoverem uma "pronta classificação antropológica" (FERRI, 2006, p. 275), das partes do processo a fim de decidir se existe delinquência promovida pela loucura, pelo nascimento ou por ocasião.

Ao iniciar a sua sentença, Viveiros de Castro fez suas considerações com a ponderação de que o depoimento de Rosa de Jesus teria sido contraditório. Isso porque ela havia relatado que o defloramento teria ocorrido em 25 de julho, mas o exame de corpo de delito, realizado em 18 de agosto, o identificou como mais antigo. Ante a constatação, ela refez o depoimento e declarou que o ato sexual que a desvirginou aconteceu na ocasião de uma viagem da família a Portugal (CASTRO, 1894, p. 277).

Nessas circunstâncias, o juiz considerou que as declarações de Rosa de Jesus seriam inaceitáveis pela impossibilidade de se "merecer fé". Ademais, Viveiros de Castro pontuou ser implausível que a mãe suportasse ver a filha ser violentada pelo próprio pai por uma porta entreaberta e "deleitar-se na contemplação desse espetáculo imoral" (CASTRO, 1894, p. 278), pois teria tomado alguma atitude diante do ato inadmissível de seu esposo ou, pelo menos, solicitado auxílio a terceiros (CASTRO, 1894, p. 277-278).

Outrossim evidenciado pelo juiz, Rosa de Jesus poderia ter pedido auxílio por meio de gritos de socorro, pois o suposto crime ocorreu em uma estalagem, onde havia aglomeração de pessoas e os ataques seriam audíveis com o agravante de a porta estar entreaberta, conforme havia sido relatado em depoimento (CASTRO, 1894, p. 278-279).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Além disso, o exame de corpo de delito concluiu a inexistência de traços de luta e resistência de Rosa de Jesus, pois não havia qualquer sinal de hematomas provocados por dedos ou escoriações acusando a pressão das unhas, em qualquer parte do corpo, principalmente nos braços, nos pulsos, na face interna e superior das coxas, pelo suposto esforço empregado pelo réu (CASTRO, 1894, p. 279-280).

Na conclusão de sua sentença, Viveiros de Castro concluiu que o defloramento era antigo e não foi constatado qualquer traço de violência física decorrente de força externa e luta de resistência. E reafirmou o posicionamento de que os pais não seriam capazes de violarem suas próprias filhas, porém elas seriam capazes de caluniá-los.

Ante as argumentações, em 13 de novembro de 1895, o réu Bento Correia Bandeira foi absolvido da acusação de estupro.

Os crimes de estupro raramente eram punidos na virada do século XIX para o XX. Além de existirem quantificações de casos que não se desdobravam em processos criminais pela inexistência de continuidade nas investigações, naqueles que chegavam ao juízo dificilmente os acusados eram penalizados. As prisões em casos de estupro eram excepcionais, pois as ações de violência do homem eram negadas, e as vítimas acabavam por se tornar centro de análise do julgamento para que a sua reputação e palavra, de alguma maneira, pudessem ser depreciadas (FAUSTO, 1984, p. 178-179; MORELLI, 2014, p. 91).

3.2. Crime de espiritismo

O crime de praticar o espiritismo estava inserido no Título III dos Crimes Contra a Tranquilidade Pública, em seu capítulo III, dos crimes contra a saúde Pública, artigo 157 das Leis Penais da Primeira República (CÓDIGO PENAL DE 1890).

Para entendermos sobre o crime de praticar o espiritismo, é necessário que se tenhamos uma breve discussão sobre a polissemia da palavra "espiritismo" no século XIX. Qualquer relação religiosa entre o "mundo visível" e o suposto "mundo invisível" por meio de intervenções mediúnicas era genericamente denominada de "espiritismo". Assim, o artigo das leis penais de 1890 criminalizaram qualquer religião mediúnica. Dessa maneira o dispositivo penal puniu os seguidores do espiritismo francês de Allan Kardec (1804-1869), assim como os seguidores das religiões e religiosidades provenientes de cultos afro-brasileiros, que especificamente é o caso que trazemos para discussão (GOMES, 2020; ISAIA, 2017; GOMES, 2020; ALMEIDA, 2021).

Em crimes de praticar o espiritismo, Viveiros de Castro criou jurisprudência com sua interpretação. De maneira abrangente, ele compreendeu que a simples prática do espiritismo não poderia se constituir crime, pois seria o exercício de um direito assegurado na Constituição de 1891. Entretanto, compreendia que poderia haver penalidade se houvesse infração contra a personalidade e a propriedade mediante o subterfúgio de estar em manobra de práticas espíritas.

USO EXCLUSIVO DO PODER JUDICIÁRIO

Sendo assim, seria crime contra a personalidade se algum "chefe da seita espírita" (ARAÚJO, 2004, p. 198) promovesse algum tipo de dano à saúde ou que pudesse induzir as pessoas à morte mediante práticas de ritos provenientes de cultos sob o pretexto de serem religiosos. Assim como seria crime contra a propriedade se, da prática espírita, ocorressem fraudes e encenações que pudessem promover esperança e/ou temor nas pessoas por meio de artifícios de algum suposto "acontecimento quimérico" (ARAÚJO, 2004, p. 199). Dessa maneira, a prática do espiritismo seria somente um pretexto para os delituosos praticarem o crime com evidências de estelionato (ARAÚJO, 2004, p. 198-199).

Outrossim, evidenciado por Viveiros de Castro foi a percepção em relação aos "feiticeiros" (ARAÚJO, 2004, p. 198). O juiz entendia que ser "feiticeiro" não poderia ser considerado uma ocupação profissional. Não poderia subsistir qualquer pressuposição em garantir o exercício da função de "feiticeiro" (ARAÚJO, 2004, p. 198) como um ofício, portanto, não poderia existir qualquer tipo de acautelamento sob a legitimação na Constituição de 1891, que assegurou o livre exercício profissional, uma vez que "feiticeiro" (ARAÚJO, 2004, p. 198) não se encontraria em qualquer relação de profissões exequíveis (ARAÚJO, 2004, p. 198-199; GOMES, 2020, p. 228).

Nessa linha de pensamento, Viveiros de Castro sentenciou Tito Augusto Diniz dos Santos, como juiz em primeira instância, no dia 3 de junho de 1895. Entre diversos processos criminais julgados pelo magistrado de pessoas enquadradas no artigo 157 do Código Penal de 1890 consideramos esse como destaque pelo recorrente recurso de argumentos da Antropologia Criminal para legitimar o seu parecer (CASTRO, 1896, p. 91-94).

De acordo com os autos do aresto, o réu era um homem de origem bastante simples e analfabeto. Mas consideramos que o cerne para a compreensão do crime de espiritismo cometido por Tito Augusto foi a sua ancestralidade africana reiteradamente exposta nos autos processuais (CASTRO, 1896, p. 93).

O promotor público, ao exigir a condenação do afro-brasileiro, acusou-o de praticar a magia e os seus sortilégios de feitiçaria em sua casa, no centro da Capital Federal na Rua Senador Pompeu 264, e, por isso, deveria ser enquadrado no artigo 157 do Código Penal da República em grau médio. A promotoria exigiu a condenação do réu por ele ter iludido a "credulidade pública, despertando sentimentos de ódio e de amor" (CASTRO, 1896, p. 91) e ainda por praticar cura por intermédio da instrumentalização de "acontecimentos quiméricos" (CASTRO, 1896, p. 91). Para a promotoria o presumível comportamento do réu era uma ação de má-fé e transgressão à saúde pública do país (CASTRO, 1896, p. 91).

O réu, por sua vez, por não disponibilizar de recursos, não apresentou defesa formal articulada por um advogado nos autos do aresto. O único posicionamento na defesa de Tito Augusto foi a tentativa de legitimar a sua prática, por meio de justificativa de liberdade profissional, garantida pela Constituição de 1891, em seu § 24 do artigo 72. Assim, ele poderia exercer qualquer tipo de profissão, porque a constituição do país assentiria. A sua intenção era, por meio dessa manobra, viabilizar a prática do ofício de curandeiro, feiticeiro ou qualquer outro que coubesse à situação (CASTRO, 1896, p. 92).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Ao longo de todo o processo criminal, as testemunhas do ato infracional não depuseram sobre o réu e, tampouco, os supostos objetos utilizados por Tito Augusto no momento da prisão foram apresentados em juízo (CASTRO, 1896, p. 92).

Francisca Joaquina de Oliveira, que teve o nome citado por estar em consulta com Tito Augusto no momento da prisão, não teve depoimento declarado ao longo dos autos. As pressupostas provas do crime de espiritismo somente foram evidenciadas no discurso de acusação do promotor público. (CASTRO, 1896, p. 92-93).

Entretanto, mesmo com a carência de provas que incriminassem Tito Augusto, Francisco José Viveiros de Castro o enquadrou no artigo 157. Para a infração cometida, a promotoria pública requereu a punição de dois meses de pena carcerária e pagamento de multa, penalidade considerada de grau médio para o crime cometido. Todavia, na sentença, Viveiros de Castro deliberou a pena em grau mínimo com um mês de prisão, mais pagamento de multa de 100 mil réis e os custos processuais (CASTRO, 1896, p. 93).

Nas considerações sentenciais, Viveiros de Castro compreendeu que o sumário de culpa apresentado pelo promotor público foi suficiente para criminalizar Tito Augusto, mesmo sem os depoimentos das testemunhas importantes e a ausência de objetos que denunciariam a empregabilidade de uso de magias e feitiçarias (CASTRO, 1896, p. 92).

Além disso, Viveiros de Castro entendeu que a alegação da defesa em argumentar a favor do livre exercício da liberdade profissional seria inaceitável, pois compreendeu que Tito não exercia a medicina sem a habilitação acadêmica. Ele seria um homem que, mediante o abuso da "credulidade das pessoas ignorantes" (CASTRO, 1896, p. 93) com "espírito fraco e inculto" (CASTRO, 1896, p. 93), promoveu-lhes expectativas prodigiosas sem qualquer garantia de possibilidade de êxito. Ainda com o agravante de poder levá-las a uma série de comprometimentos na própria saúde. O juiz interpretou que a sua análise processual não poderia ser outra do que o enquadramento de Tito Augusto no artigo 157 (CASTRO, 1896, p. 93).

Ao analisar esse processo criminal, constatamos que Viveiros de Castro não interpretou que a prática de curar sem a diplomação em medicina fosse um crime em qualquer contexto que se apresentasse para ser considerado uma transgressão penal. E, justamente, a coibição da prática ilegal da medicina por não habilitados foi a principal justificativa para que o espiritismo fosse criminalizado.

Viveiros de Castro não consentiu que a realização de manobras provenientes de feitiçarias ou que qualquer outro artifício que pudesse relacionar o "mundo visível" e o "invisível" mediante a empregabilidade de práticas provenientes de religiosidades de matrizes africanas fossem reconhecidos como rituais de fé quando realizados por pessoas com o perfil de Tito Augusto.

Entretanto, entendemos que o grande problema nesse caso foi a defesa não ter sido articulada para assegurar o direito à liberdade religiosa, mas, sim, em salvaguardar o direito de exercer livremente a profissão de curandeiro e feiticeiro. Viveiros de Castro considerava que ter fé na cura por meio de alguma crença religiosa seria uma situação, mas permitir o livre direito de exercer a medicina mediante a instrumentalização de recursos

USO EXCLUSIVO DO PRCRIM

de curandeirismo sob a legitimação de exercer um ofício profissional de feiticeiro seria inaceitável.

Com a apropriação de pressupostos jurídicos da Antropologia Criminal, Viveiros de Castro considerou que o problema de Tito Augusto estaria em sua ancestralidade africana que o propiciava a executar determinadas ações sem que pudesse mensurar todo o mal que poderia acarretar a outrem por total desconhecimento entre o que seria correto e errado (CASTRO, 1896, p. 93).

O histórico genético de Tito Augusto, isto é, as regressões de suas forças atávicas, seria tão relevante que o juiz sentenciou o réu com pena menor que a prevista inicialmente. Em vez de ser punido pelo grau médio, como constatamos, Tito Augusto teve a pena estabelecida em seu grau mínimo, isto é, prisão de um mês e multa de 100 mil réis (CASTRO, 1896, p. 93).

A ocorrência foi ao encontro das considerações do médico Raimundo de Nina Rodrigues (1862-1906) – "Apóstolo da Antropologia Criminal no Novo Mundo" –, que, apropriadas por Francisco José Viveiros de Castro, o fez olhar para Tito Augusto como um indivíduo com limitações para apreender as regras e as condutas de convívio social por ser alguém menos capacitado atavicamente. Por isso, a penalidade deveria ser atenuada a fim de se salvaguardarem as diferenciações no tratamento entre as pessoas que possuíam diferenças étnicas.

Nina Rodrigues compreendia que na sociedade coexistiam diferentes raças que estariam em fases de evolução moral díspares, dessa forma as questões jurídicas criminais deveriam seguir essa orientação. Por isso, a fim de atender às diversidades de raças e de climas existentes no Brasil, haveria a necessidade de existir pelo menos quatro códigos penais na heterogênea sociedade brasileira (LYRA; ARAÚJO JR., 1992, p. 97).

Por mais estranheza que possa nos prefigurar, podemos considerar que os pensamentos de Nina Rodrigues sobre as questões criminais representaram um "racismo transigente e protetor" para esclarecer as diferenças no tratamento dos indivíduos em códigos penais diferenciados. As apreensões do médico amenizariam as penalidades àqueles considerados menos capacitados ao entendimento e seriam mais severas aos indivíduos que não possuíam limitações em assimilar regras e condutas (LYRA; ARAÚJO JR, 1992, p. 97).

Tito Augusto Diniz dos Santos não condescendeu à sentença proferida por Viveiros de Castro, muito menos se reprimiu ante as considerações do juiz, e apelou à justiça. O réu recorreu à Câmara Criminal da Corte de Apelação, que reconheceu a regulamentação ao recurso e assentiu que a principal argumentação da defesa, a insuficiência de provas, era procedente. Assim se nulificou a sentença de Viveiros de Castro, e o réu Tito Augusto foi considerado inocente (CASTRO, 1896, p. 94).

3.3. Defesa da honra

Os crimes relacionados à defesa da honra estavam inseridos no Código Penal de 1890 no Livro I dos crimes e das penas, em seu Título II, que se referia aos crimes e aos criminosos.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

O artigo 32 definia aqueles que não seriam os criminosos: que tivessem praticado para evitar mal maior, aqueles que praticassem em defesa legítima, seja de si mesmo ou de outro. Na lei penal de 1890, entendia-se como legítima defesa não exclusivamente a proteção da própria vida, mas poderia abranger outros direitos lesados, a saber: a certeza do mal que se propôs evitar, a falta absoluta de outro meio menos prejudicial e a probabilidade da eficácia do que se empregou (CÓDIGO PENAL DE 1890).

O processo criminal que nos debruçamos a analisar teve Antonio Teixeira da Cunha como réu. Em sua defesa, ele apresentou como principal justificativa para se isentar do crime de ter assassinado a sua esposa o enquadramento de seu ato ilícito no artigo 32, legítima defesa da honra. Mas o promotor público do Distrito Federal deferiu o incurso no artigo 294 do Código Penal, que se referia aos crimes de homicídio, inseridos no Título X nos crimes contra a segurança de pessoa e vida, em seu capítulo I.

A tese jurídica sustentada por Viveiros de Castro em situações similares ao crime cometido por Antonio Teixeira da Cunha era a improcedência de se justificar a defesa da honra em situações nas quais o marido assassinasse a "mulher adúltera" (CASTRO, 1896, p. 28) após ter ocorrido o adultério. O entendimento do magistrado era que a agressão ocorrida poderia ter sido evitada, porque o adultério já havia acontecido, isto é, "a honra já está perdida" (CASTRO, 1896, p. 28). O assassinato da mulher após o conhecimento do adultério seria nada mais do que vingança pela "ofensa recebida" (CASTRO, 1896, p. 29).

Na percepção do juiz, o uxoricídio só poderia ser justificado se o marido surpreendesse a esposa em "flagrante delito, *in ipsa turpitudine, in ipis rebus veneris*" (CASTRO, 1896, p. 29) ou em outra situação que não pudesse cogitar outra hipótese, como "*solus cum sola, nudus cum nuda, in, codem lecto*" (CASTRO, 1896, p. 29).

Os autos processuais nos revelaram que Antonio Teixeira da Cunha havia assassinado a sua esposa Adelaide de Araújo Cunha às 23 horas do dia 16 de abril de 1895, quando um "carro de praça" passeava na Rua do Matoso com a irmã da assassinada, Emília de Araújo Dias, na companhia de dois homens identificados como Álvaro Ramos e Miguel Fernandes (CASTRO, 1896, p. 117).

Ao longo do processo, seis testemunhas e uma informante foram inquiridas e, justamente, pelas informações obtidas, o Ministério Público enquadrou o réu no artigo 294 por considerar que Adelaide – falecida em decorrência de um ferimento provocado pelo revólver que penetrou o ventrículo esquerdo, provocando consecutiva hemorragia – havia sido assassinada pelo marido com um plano articulado por ele.

O réu confesso justificava a sua atitude como sendo em defesa de sua honra, mas as autoridades compreenderam que ele agiu em vingança da "ofensa recebida e não em defesa da honra que já estava perdida" (CASTRO, 1896, p. 119). Viveiros de Castro também interpretou que a ação de Antonio Teixeira da Cunha foi motivada por ações fora da aceitabilidade de ser enquadrada no artigo 32, afinal em "toda sociedade culta" (CASTRO, 1896, p. 119) não poderia ser permitida a ação de se fazer justiça com as próprias mãos.

USO EXCLUSIVO DO PROFESSOR

Essa seria tarefa do Estado, que tem o dever de assegurar e garantir que todos os brasileiros tenham a proteção de seus direitos concedidos a cada um (CASTRO, 1896, p. 119).

As argumentações de autoridade instrumentalizadas por Viveiros de Castro foram fundamentadas nos Códigos Penais de outros países: Argentina, França, Bélgica, Peru, Bolívia e Espanha, além dos próprios romanos que, por terem "admirável sendo jurídico" (CASTRO, 1896, p. 119), interpretaram situações análogas como uxoricídio (CASTRO, 1896, p. 119-120).

De acordo com o magistrado, a defesa da honra só poderia ser um recurso se o marido tivesse encontrado a sua esposa e seu "cúmplice" (CASTRO, 1896, p. 119) em situação que não sugestionasse qualquer dúvida. Como nos autos processuais não constavam qualquer prova ou mesmo indício de que Adelaide de Araújo Cunha tivesse sido flagrada em adultério, o juiz compreendeu procedente a denúncia e expediu contra ele mandado de prisão no dia 19 de maio de 1895, e, terminados os prazos legais para os recursos, os autos deveriam ir para o Tribunal do Júri (CASTRO, 1896, p. 119-120).

O assassinato foi destaque no jornal *O Paiz* e na *Gazeta de Notícias* por diversos dias com as manchetes *O Revólver: cena de sangue* e *Adultério; e Assassinato*, respectivamente. Na edição do dia 18 de abril de 1895, os periódicos de circulação diária se debruçaram em revelar a convivência do casal ao longo dos dez anos de matrimônio até o desfecho fatídico. Os jornais conduziram as matérias publicadas de maneira que o leitor passasse a apoiar a ideia de que Antonio Teixeira da Cunha agiu em defesa da honra (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 1; O PAIZ, 18.04.1895, p. 1).

A relação de virtudes de Antonio foi em diversos momentos exposta pelo jornal para convencer de que ele era um "homem de bons costumes, cumpridor de seus deveres, o estimado por seus chefes, que dele formam a melhor opinião". Enquanto Adelaide, além de ser chamada de "infeliz" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18/04/1895, p. 1) constantemente, foi qualificada pela *Gazeta de Notícias* como um ser de "espírito [...] leviano, incapaz de uma cogitação séria, de um pensamento elevado" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18/04/1895, p. 1).

A narrativa em defesa da honra e a justificativa do assassinato pela suposta traição de Adelaide eram sustentadas na ideia de que tudo realizado por Antonio foi em nome do amor que tinha pela sua esposa. O amor era tanto que, segundo o jornal, após alvejá-la, e "diante do corpo [...] de sua mulher, ainda teve a [...] piedade para quem tão vilmente o atraiçoá-lo" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 1) para que tentassem salvá-la, mas "o pedido foi inútil" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 1).

Encontrar o relato do crime no periódico nos oportunizou o preenchimento de lacunas que o processo em questão não foi capaz de responder. Não houve outra interpretação do crime, mas um enriquecimento de informações, além da exposição de nomes não mencionados nos autos e a interferência da repercussão do crime na sociedade em ações de Viveiros de Castro antes de proferir a sentença que levou Antonio ao tribunal do júri.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

O homem com quem supostamente Adelaide se encontrava era Álvaro de Carvalho Ramos, de 28 anos. Em depoimento à polícia, segundo o jornal, ele confirmou a existência de um relacionamento e a existência de encontros na Hospedaria Estrella, localizada na Rua da Carioca, centro da cidade do Rio de Janeiro (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 2).

A história foi confirmada pela irmã de Adelaide, Emília de Araújo Dias, de 20 anos, que residia em São Paulo, mas estava em visita à irmã e encontrava-se com ela no momento do crime. A narrativa de Emília foi ao encontro da narrativa da *Gazeta de Notícias* em relação ao cunhado, ao referir-se a Antonio como um homem de "comportamento exemplar", que "entregava-se ao seu trabalho", mas às vezes castigava a esposa quando "interpelada sobre fatos que suspeitava" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 2).

Emília não considerava as ações violentas de Antonio problemáticas, pelo contrário, afirmou que a irmã não colaborava para resolver a situação com o marido, pois "em vez de dissuadi-lo" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 2) nas discussões, "acabava por injuriá-lo" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 2) ainda mais com possíveis afrontas e não aceitabilidade das ações agressivas (GAZETA DE NOTÍCIAS, 18.04.1895, p. 2).

A *Gazeta de Notícias* explorou bastante o caso do assassinato de Adelaide. Tanto que no dia seguinte da matéria de duas páginas o jornal publicou mais informações sobre o assassinato daquela considerada "adúltera" ainda na primeira página e com o mesmo título "Adultério e Assassinato" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 21.05.1895, p. 1). Certamente o crime repercutiu muito na cidade do Rio de Janeiro. A repercussão foi tanta que consideramos ter influenciado a atitude de Francisco José Viveiros de Castro publicada no periódico dias depois, que surpreendeu aos seus pares (GAZETA DE NOTÍCIAS, 21.05.1895, p. 1).

Em 20 de maio de 1895, Viveiros de Castro concedeu *habeas corpus* a Antonio, que havia sido solicitado pelo advogado Augusto Goldschmidt sob a justificativa de a prisão ter sido ilegal pelo fato de que "nenhum cidadão pode ser preso sem flagrante delito ou mandado de prisão expedido por autoridade competente" (GAZETA DE NOTÍCIAS, 21.05.1895, p. 1; O PAIZ, 21.05.1895, p. 1; JORNAL DO COMMERCIO, 21.05.1895. p. 1). O delegado, surpreendentemente, não havia lavrado o auto de flagrante. Por certo, a pressão da imprensa e de parcela da sociedade contribuiu para a sua decisão (GAZETA DE NOTÍCIAS, 21.05.1895, p. 1; O PAIZ, 21.05.1895, p. 1; JORNAL DO COMMERCIO, 21.05.1895. p. 1).

A interpretação de Viveiros Castro e a concessão do *habeas corpus* não soou bem entre os pares do Direito Penal. Na edição seguinte da *Gazeta de Notícias,* na coluna *Os jornais de Ontem,* o periódico publicou que a ação judicial que protegera o direito de liberdade de Antonio, que "havia assassinado a mulher", fora precipitada na análise de um "colega" da área (GAZETA DE NOTÍCIAS, 22.05.1895). Em outro momento, a ação do juiz foi considerada por outro profissional da magistratura como sem razoabilidade por ter se deixado "arrastar pela opinião [dos jornais], cingindo-se à falta de mera formalidade despacho com verdadeiro açodamento a petição do advogado do réu" (GAZETA DE NOTÍCIAS 27.05.1895, p. 1).

USO EXCLUSIVO DO COMPRADOR

O fato é que Viveiros de Castro foi pressionado publicamente por alguns de seus pares pela concessão do *habeas corpus*. A situação para ele ficou tão delicada que houve a necessidade dele se justificar por meio da imprensa. Segundo a *Gazeta de Notícias* e *O Paiz*, a alegação dada pelo magistrado foi o fato de Antonio ter residência fixa e trabalho regular. Por essa razão, não haveria necessidade de prisão preventiva. E, com argumento de autoridade, legitimou a sua decisão invocando o magistrado francês Adolph Guillot (1836-1906), por compreender que os avanços da comunicação, do transporte e dos tratados de extradição não justificariam manter o acusado na prisão (GAZETA DE NOTÍCIAS, 21/05/1895, p. 1; O PAIZ, 1895, p. 1).

Os argumentos de autoridades eram recorrentemente utilizados por Francisco José Viveiros de Castro com o propósito de legitimar as suas decisões jurídicas na tentativa de torná-las irrefutáveis aos seus pares. Esse tipo de argumentação, segundo Chäim Perelman (2005, p. 125), mesmo que não assegure estabilidade, permite articular as interpretações com o "mínimo de confiança necessária para a vida em sociedade" (PERELMAN, 2005, p. 125).

A crítica se estabeleceu oficialmente e com austeridade quando o Conselho do Tribunal Civil e Criminal converteu em diligência o julgamento do recurso de *habeas corpus* concedido por Viveiros de Castro, por considerar a atitude em desacordo com os procedimentos adequados em situações de assassinato que o homicida havia sido detido em flagrante (GAZETA DE NOTÍCIAS, 25/05/1895, p. 1).

O julgamento de Antonio ocorreu no dia 21 de agosto de 1895, tendo Barreto Dantas (1850-1931) na presidência e como promotor público Esmeraldino Bandeira (1865-1928). Todo interrogatório foi publicado no jornal, e somente identificamos uma informação além das já relatadas. O réu havia raptado Adelaide antes de casar-se com ela, e a situação havia se desdobrado em inquérito policial, mas sem prosseguimento porque ocorreu casamento (GAZETA DE NOTÍCIAS, 22/08/1895, p. 2).

Os jurados foram unânimes na absolvição de Antonio. Segundo a *Gazeta de Notícias,* eles "reconheceram que o réu estava em estado de completa privação dos sentidos e de inteligência" no momento do crime (GAZETA DE NOTÍCIAS, 22.08.1895, p. 2).

E a vida prosseguiu para Antonio Teixeira da Cunha, cujo nome continuou a aparecer na *Gazeta de Notícias* (20.12.1895, p. 6), mas na sessão de divulgação de eventos ocorridos nos teatros da cidade. Ao anunciarem as peças em cartaz, o seu nome aparecia como o responsável pelos maquinistas de palco.

Os processos criminais em que os homens haviam assassinado suas mulheres eram recorrentemente passíveis de os réus serem absolvidos. A argumentação de que o homem havia cometido o crime por um ato de loucura provocado por sua esposa que não tinha conduta irrepreensível era a chave para a absolvição. A vítima que passaria a ser o foco do julgamento e as características do acusado eram relatadas para endossar a sua posição de chefe de família com natureza protetora que não havia sido aproveitada pela assassinada (FAUSTO, 1984, p. 190; MORRELLI, 2014, p. 89, BORELLI, 2005, p. 32).

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

3.4. Contravenção do jogo

Os crimes de contravenção do jogo estavam inseridos no Código Penal de 1890 no Título XIII dos crimes contra a pessoa e a propriedade, em seu Livro III, das contravenções em espécie, Capítulo III, do jogo e da aposta, nos artigos 369 a 375 (CÓDIGO PENAL DE 1890).

Em suas considerações sobre o crime de contravenção do jogo, Francisco José Viveiros de Castro apontou três consequências práticas do princípio penal. A primeira delas seria a questão da inviolabilidade do domicílio particular do cidadão. A polícia não poderia entrar em domicílio particular para evitar o jogo, tampouco poderia lavrar qualquer auto de flagrante e apreender os equipamentos e instrumentos relacionados ao jogo. A situação se daria porque dentro de sua residência qualquer cidadão teria pleno direito de jogar livremente e, por essa ação, não poderia ser processado e punido (CASTRO, 1900, p. 310).

A segunda consequência seria a interpretação de que os clubes privados seguiriam regras semelhantes às residências em questão de proteção legal, por serem considerados uma continuidade do domicílio, por isso usufruiriam da mesma imunidade. Essa lógica seguia o raciocínio de que os clubes seriam compostos por determinado número de membros que foram submetidos a uma seleção criteriosa, tendo características similares, tais como: origem social proveniente do "nascimento", da "fortuna" e "algumas vezes opiniões" (CASTRO, 1900, p. 311).

Pelos clubes particulares serem frequentados por pessoas de segmentos sociais mais favorecidos economicamente, Viveiros de Castro presumiu que a admissão teria ocorrido por um critério rigoroso em que os próprios membros teriam relações próximas, estreitas e até íntimas. E, justamente, por formarem um círculo permanente, com encontros constantes e não por um determinado período, o jogo não poderia ser considerado o único entretenimento, cuja ocorrência não passaria de diversão momentânea para angariar proventos para a própria manutenção do clube.

A terceira consideração seria a ocorrência do crime exclusivamente nas casas públicas de jogatinas, as denominadas "casas de tavolagem" (CASTRO, 1900, p. 311), que já estariam sujeitas à inspeção da polícia, pois o público desses espaços as frequentaria exclusivamente para terem acesso aos jogos de azar (CASTRO, 1900, p. 311-312).

Com a argumentação de autoridade de artigos publicados na revista *La Belgique Judiciare* de 1892, *Paricrisie Belge* e *Pandectas*, Viveiros de Castro evidenciou que somente se caracterizaria crime quando o indivíduo mantivesse um estabelecimento de jogo público com frequência constante com interesse pecuniário na organização e exploração dos jogos (CASTRO, 1900, p. 311-312).

Nesse sentido, para se discriminar quando a prática de jogos seria crime ou não, Francisco José os dividiu em três classes a fim de diferenciá-los quanto a punibilidade criminal, a saber: jogos intelectuais ou jogos da ciência, jogos esportivos e jogos de azar (CASTRO, 1900, p. 313).

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

Os jogos intelectuais seriam aqueles em que a reflexão, o talento, a experiência, a astúcia, inteligência e tranquilidade do jogador prevaleceriam com o propósito de fazer o adversário cometer erros. Os jogos esportivos estariam relacionados ao uso da força, da perícia, agilidade, em que o corpo seria o principal instrumento para o jogo acontecer. Já os jogos de azar seriam aqueles em que o êxito dependeria exclusivamente da sorte. A ciência não teria qualquer espaço. Nesses tipos de jogos, Viveiros de Castro enquadrou o jogo do bicho, pois o ganho dependeria exclusivamente da sorte (CASTRO, 1900, p. 313-314).

A partir de sua diferenciação quanto aos jogos, Viveiros de Castro julgou a apelação de José Roberto da Cunha Salles, que havia sido condenado pelo juiz da 6ª Pretoria em novembro de 1899 ao grau máximo do artigo 369 do Código Penal de 1890. Nos autos processuais, o crime de estabelecer a prática de jogo do bicho havia sido praticado pelo réu em abril no Theatro Eldorado, espaço de grande circulação de pessoas. (CASTRO, 1900, p. 314-316).

O advogado de defesa do apelante, Evaristo de Moraes (1871-1939), alegou que José Roberto não era o autor do delito, mas, sim, uma terceira pessoa, denominada de Paschoal Segreto. E, justamente por seguir os trâmites legais, o governo havia concedido a autorização para a realização de jogos no espaço. Além disso, a defesa alegou que, em momento algum, o jogo estabelecido no Theatro Eldorado não era de azar "porque não dependia de sua vontade a designação do anúncio sorteado" (CASTRO, 1900, p. 314) e que já havia sido condenado por idêntico fato e, portanto, não poderia ser condenado novamente (CASTRO, 1900, p. 314; GAZETA DE NOTÍCIAS, 1899, 21/12/1899).

Entretanto, apesar de o réu ter transferido a responsabilidade da exploração do jogo a Paschoal Segreto, havia no processo criminal um ato de flagrante que comprovava que havia exploração de jogo do bicho no Theatro Eldorado, inclusive com confissão realizada à autoridade policial, embora se isentando de realizar qualquer delito na execução do jogo (CASTRO, 1900, p. 314-315).

Nos autos ficou constatado que havia autorização legal para que José Roberto da Cunha Salles realizasse anúncios e propagandas por meio de lanterna mágica, mas que o acusado "deturpou os seus intuitos e fins da patente" (CASTRO, 1900, p. 315) para realizar jogo do bicho no Theatro.

Logo, Viveiros de Castro desconsiderou esse argumento de defesa do apelante, visto que o jogo estabelecido no local estava no rol dos jogos de azar porque o ganho "não dependia da ciência ou da agilidade dos jogadores, mas unicamente de um caso fortuito", isto é, da sorte do jogador (CASTRO, 1900, p. 315-316).

Contudo, mesmo que o crime cometido pelo apelante tenha sido comprovado, Viveiros de Castro considerou que José Roberto "não cometeu tantos delitos quantas as vezes das exibições, mas um só delito continuado". A interpretação do juiz ia ao encontro da Doutrina Carrara, quanto a unidade da lei violada e unidade de determinação (CASTRO, 1900, p. 316).

Apesar de se considerar um juiz seguidor da Nova Escola Penal, com destaque para a Escola Positiva do Direito, Viveiros de Castro baseou sua sentença nas considerações

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

da Escola Clássica, visto que Francesco Carrara (1805-1888) compreendeu o "estudo apriorístico do delito como um ente jurídico abstrato". Com o advento da publicação de seu livro *Curso do Direito Penal* em 1859, Carrara nos evidenciou que o Direito Penal deveria ser analisado como um método científico, no qual a pena passaria a ter a aplicabilidade com o propósito retributivo. A argumentação para se asseverar um delito era de violação à lei com a penalidade estabelecida no Código Penal do país. Somente sob essa perspectiva, que poderiam existir recursos legais para a salvaguarda da ética e da ordem pública (GALVÃO, 2007, p. 123; SCHECAIRA, 2008, p. 100).

No que se refere especificamente ao delito continuado, Carrara considerou o crime continuado como uma pluralidade de crimes, entretanto a unidade é conferida no momento da aplicação da pena. Pela ficção jurídica seriam legalmente considerados como somente um crime pelo fato de o indivíduo ter prevalecido das mesmas condições de tempo, lugar, forma de execução e outras características semelhantes (WEINMANN, 2009, p. 87).

Não podemos deixar de ressaltar que a argumentação de autoridade conferida a Carrara nessa sentença nos saltou aos olhos às percepções do historiador do Direito Mario Sbriccoli (1998, p. 519). O sobredito historiador afirmou a partir de suas investigações, que existia uma série artificialidades que foram criadas entre as escolas. Para ele haveria mais continuidades quando contrapostas lado a lado e. em diversas vezes, até mesmo quando tencionava-se escamotear aparentes antagonismos pelas descontinuidades que não procediam tanto quanto se mencionava.

Sob esse olhar jurídico, compreendem-se que as diferentes exibições ocorridas no Theatro estariam entrelaçadas e se constituiriam em um só delito continuado. E, como o réu já havia sido processado e condenado por haver deturpado a autorização concedida pelo governo e estabelecido jogos de azar no teatro, não poderia ser condenado duas vezes pela mesma infração.

Por essa interpretação de Viveiros de Castro, o denunciado foi absolvido da acusação que lhe foi imputada e posto em liberdade mesmo com a acusação de realizar jogo do bicho no espaço de entretenimento (CASTRO, 1900, p. 316). José Roberto da Cunha Salles era velho conhecido da polícia carioca por ser explorador de jogo do bicho. Mas seus atributos não eram somente esses. Salles atuou como médico-curandeiro e como advogado na capital do país, sendo autor do livro *Foro penal: theoria e pratica do processo criminal brazileiro: do poder judicial* publicado em 1882 (SOUZA, 1993, p. 172; Biblioteca Digital do Senado Federal).

Além disso, foi proprietário da primeira sala fixa de exibição de cinema no Rio de Janeiro. Ele era sócio do citado Paschoal Segreto, imigrante italiano que foi um dos precursores do cinema no Brasil e dono de casas de espetáculos, de teatros e de jogos de azar (SOUZA, 1993, p. 172).

Acreditamos que a argumentação de delito continuado para inocentar José Roberto da Cunha Salles foi um recurso legal utilizado pelo juiz pela dificuldade de se punirem

USO EXCLUSIVO DO PROCRIM

os contraventores, pois o jogo do bicho havia encontrado no Rio de Janeiro um mercado promissor.

Como na capital do país já existiam as loterias, o terreno se tornou fértil para a propagação do jogo. A mistura de elementos modernos e tradicionais, junto à atuação de uma imprensa especializada em gerar palpites, tornou o jogo um sucesso entre os cariocas nos anos finais do oitocentos (DAMATA, 1999, p. 84-87; MAGALHÃES, 2005, p. 75-84; TORCATO, 2011, p. 63).

Os discursos dos jornais por meio de editoriais e crônicas relataram inúmeras vezes a ilegalidade do jogo do bicho, mas ele só se tornou transgressão penal em 1894. A tentativa da justiça brasileira em coibir o jogo pela lei não foi muito eficaz, pois os contraventores driblavam as autoridades policiais e até mesmo as judiciais, como tivemos a oportunidade de constatar (CHAZKEL, 2007, p. 544-546; TORCATO, 2011, p. 64).

4. Considerações finais

Ao analisar os processos criminais julgados por Francisco José Viveiros de Castro, constatamos que o juiz se aproximava das percepções jurídicas da Nova Escola Penal, com destaque para a Escola Positiva do Direito quando entendia que havia a possibilidade de aplicabilidade desse arcabouço teórico em seus arestos, como tivemos a oportunidade de constatar no crime de estupro e no crime da prática do espiritismo. Quando não percebia viabilidade, adequa-se as circunstâncias e colocava em prática uma série de justaposições de ideias que se contrapunham em seus escopos teóricos.

No processo criminal referente à defesa da honra, compreendemos que havia uma teoria defendida pelo juiz com a proposta de produzir jurisprudência, mas a pressão da sociedade o fez tomar atitudes que não foram ao encontro de sua leitura de homicídio premeditado contra a esposa. Por mais que a deliberação do juiz tenha sido levar o assassino ao tribunal do júri, em nossas pesquisas conseguimos ter acesso a informações do caso que provocaram polêmicas, pois antes de proferir procedência à denúncia, Castro concedeu *habeas corpus* para um réu confesso preso em flagrante, mesmo contra as considerações de alguns de seus pares que se posicionaram nos jornais.

No final do processo, a atitude de Viveiros de Castro foi ao encontro da decisão do júri, visto que era recorrente nos tribunais brasileiros ser dada a inocência aos homens que assassinavam suas esposas sob a alegação de estarem defendendo a honra e por estarem envolvidos por fortes emoções pelas circunstâncias. Mas foi contrária as suas concepções de como um magistrado deveria agir em crimes de defesa da honra em consonância ao perfil do caso julgado.

No caso da contravenção do jogo do bicho, tivemos a oportunidade de perceber o quanto era complexo conseguir coibir o jogo de azar criado na cidade do Rio de Janeiro. Os homens envolvidos na prática tinham rede de relacionamentos, o que dificultava a

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

tomada de atitude mais assertiva. Por mais que Viveiros de Castro tivesse a percepção de quais jogos eram proibidos e o jogo do bicho estivesse entre eles, brechas na lei permitiam a manobra para a aceitação de argumentos que inocentassem os contraventores.

Viveiros de Castro foi um homem e um juiz de seu tempo. Certamente muito cuidadoso ao proferir uma sentença de maneira a evidenciar o arcabouço teórico da Nova Escola Penal, que sabia instrumentalizar muito bem e adequar as especificidades brasileiras, mas, como um homem do oitocentos, em determinadas situações caía nas armadilhas da sociedade em que estava inserido, mesmo com a leitura inicial de que alguns casos deveriam ter interpretações diferenciadas das proferidas.

5. Fontes históricas

Impressas

ARAÚJO, João Vieira. *O Código Penal Interpretado I*. Brasília: Senado Federal – STJ, Ed. fac-similar, 2004.

ARAÚJO, João Vieira. *Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil*. Pernambuco: Tipografia Jornal do Recife, 1884.

ARAÚJO, João Vieira. Antropologia Criminal. *Revista O Direito*, Rio de Janeiro, v. 49, 1889.

BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito de Recife*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

CASTRO, Francisco Viveiros de. *A Nova Escola Penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1894.

CASTRO, Francisco Viveiros de. *Jurisprudência Criminal*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1900.

CASTRO, Francisco Viveiros de. *Ensaios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892.

CASTRO, Francisco Viveiros de. *Sentenças e decisões em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896.

CASTRO, Francisco Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

FERRI. Enrico. *Sociologia Criminal*. São Paulo: Editora Minelli, 2006.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As coletividades anormais*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2006.

TARDE, Gabriel. *La Criminalité Comparée*. Paris: Félix Alcan, 1886.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Periódicos

GAZETA DE NOTÍCIAS. Rio de Janeiro: 18 abr. 1895, p. 1 e 2; 21 maio 1895, p. 1, 22 maio 1895, p. 1; 24 abr. 1895, p. 1; 25 maio 1895, p. 1; 27 maio 1895, p. 1; 22 ago. 1895, p. 2; 20 dez. 1895, p. 6; 21 dez. 1899, p. 1.

INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRAZILEIROS. Rio de Janeiro, ago. 1895, p. 306.

JORNAL DO COMMERCIO, Rio de Janeiro, 21 maio 1895, p. 1.

O PAIZ. Rio de Janeiro, 18 abr. de 1895, p. 1; 21 de maio de 1895, p. 1.

RELATÓRIOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Rio de Janeiro, 1895, p. 72, 82 e 202; 1899, p. 51.

Coleção de Leis do Brasil

Código Penal de 1890. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049]. Acesso em: 13.08.2020.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm]. Acesso em: 26.09.2020.

Biblioteca Digital do Senado Federal. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227330]. Acesso em: 20.10.2022.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, A. A. S. *Uma fábrica de loucos*: psiquiatrismo x espiritismo no Brasil (1900-1950). Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Diccionario Bibliographico Brazileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, vol. 1, vol. 3, vol. 4, 1895.

BORELLI, Andréa. Da privação dos sentidos à legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 54, p. 9-39, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o* poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

BRUNO, Aníbal. Tobias Barreto criminalista. *Edições comemorativas das obras completas de Tobias Barreto*. Aracaju: Record, 1991.

CHALHOUB, Sidney. *Trabalho, lar e botequim*. São Paulo: Editora Unicamp, 2001.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

CHAZHEL, Amy. Beyond law and order: the origins of the jogo do bicho in Republican Rio de Janeiro. *Journal of Latin Americam Studies*, v. 39, n. 4, p. 535-565, 2007.

DAMATTA, Roberto. *Águia, burros e borboletas:* um estudo antropológico do jogo do bicho. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento criminológico na Primeira República*: o Brasil em defesa da sociedade. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano:* a criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

GALVÃO, Fernando. *Evolução da teoria do delito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Adriana. A judicialização do espiritismo: o "crime indígena" de João Baptista Pereira e a jurisprudência de Francisco José Viveiros de Castro (1880--1900). Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2020.

ISAIA, Artur César. Religiões mediúnicas. *Revista Brasileira de História das Religiões*. ANPUH, Ano X, n. 28, maio-set. 2017.

LYRA, Roberto. *Novas escolas penais*. Rio de Janeiro: Canton e Reide, 1936.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JR., João Marcello de. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

MAGALHÃES, Felipe. *Ganhou, leva, só vale o que está escrito*: a experiência dos bicheiros na cidade do Rio de Janeiro: 1890-1960. Tese (Doutorado), PUC-RS, OOGH, 2000.

MANNONI, Laurent. *A grande arte da luz e da sombra:* arqueologia do cinema. São Paulo: Editora SENAC; São Paulo: UNESP, 2003.

MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira:* uma reavaliação. São Paulo: Grijalbo, 1972.

MORELLI, Liana Machado. A contribuição do discurso jurídico na formação dos papéis de gênero na Primeira República. *Revista Gênero & Direito*, v.1, p. 83--97, 2014.

NASPOLINI, Rodrigo. As primeiras Faculdades De Direito: São Paulo e Recife. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis/SC, 2008. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/5]. Acesso em: 28.03.2015.

PAIM, Antônio. *A filosofia da Escola do Recife*. 2. ed. São Paulo: Editora Convívio, 1981.

PAIM, Antônio. *Problemática do culturalismo*. Porto Alegre: CEFIL EDIPUCRS, 1995. Disponível em: [www.institutodehumanidades.com.br/arquivos/problematica_do_culturalismo.pdf]. Acesso em: 31.03.2015.

PERELMAN, Chäim. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

RIBEIRO, Maria Thereza Rosa. Resenha do livro "Antes tarde do que nunca". *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 44, n. 1, p. 325-330, 2001.

SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. *Storia d'Italia. Annali 14*. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* São Paulo: Ed. RT, 2008.

SCHWARCZ, Lilia M. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SILVA JR., Hédio. Direito Penal em preto e branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 327-338, 1999.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968. v. 1 e 2.

SONTAG, Ricardo. *Código criminológico:* ciência jurídica e codificação penal no Brasil: 1888-1899. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SOUZA, José Inácio de Melo. Descoberto o primeiro filme brasileiro. *Revista da USP*, v. 19, p. 171-173, 1993.

TORCATO, Carlos Eduardo M. A repressão oficial ao jogo do bicho: uma história dos jogos de azar em Porto Alegre (1885-1917). Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, IFCH, PPGH História, Porto Alegre, 2011.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A recepção do positivismo criminológico no brasil, de João Paulo de Aguiar Sampaio Souza – *RBCCrim* 68/263-308; e
- Um passeio pela margem: preliminares de uma criminologia crítica brasileira, de Vanessa Cerezer de Medeiros – *RBCCrim* 171/463-488.