

BREVE ESTUDO DA DELINQUÊNCIA DOS MENORES NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Pelo DR. JÚLIO CLAUDIO CORRÊA MENDES
LOBO DE SEABRA

Na história do direito português, só quase nos nossos tempos encontramos legislação que olhe de frente o problema da delinquência infantil.

Durante longos períodos, as nossas leis referiam-se, sem dúvida, à criminalidade dos menores, mas não procuravam diferenciar o menor do adulto, ou melhor, estabeleciam entre as duas delinquências uma mera diferença de grau, não se preocupando com a autonomização do fenómeno, com a construção de uma teoria geral própria.

Não havia, como actualmente se verifica, uma diferença completa, radical, entre o direito, o processo e a política criminal respeitantes aos menores delinquentes e o regime dos criminosos adultos.

Mas, o estudo da situação jurídica dos menores delinquentes na história do direito português, apesar do que já dissemos, não deixa de interessar, servindo-nos de guia no estudo do regime actualmente consagrado e facilitando a valoração relativa deste.

Na história da legislação sobre menoridade criminal, vozes mais autorizadas que a nossa por a este assunto terem dedicado a atenção que o pouco tempo disponível quase nos não permitiu, distinguem três momentos fundamentais: um período anterior ao movimento da codificação penal, um período intermediário e o período «do novo direito da menoridade criminal».

É esta a sistematização que adoptamos, passando imediatamente à sua exposição.

I

PERÍODO ANTERIOR AO MOVIMENTO DA CODIFICAÇÃO PENAL

Por criteriosos estudos realizados sobre a responsabilidade dos menores nos diversos estádios da civilização, autores de incontestável autoridade chegaram à conclusão de que, nem nas épocas mais remotas, a criança esteve, em matéria de direito penal, perfeitamente igualada ao adulto, perante as leis e os tribunais.

Pelo contrário, o estudo das leis e das instituições antigas revelam-nos que já então existia uma nítida tendência quer para atenuar, quer para anular a responsabilidade do menor.

No direito penal, estas tendências traduziam-se na concepção da menoridade como uma circunstância derimente ou como uma circunstância atenuante da responsabilidade.

É esta ideia de responsabilidade que encontramos dominando sempre o direito penal no tratamento dos menores delinquentes.

Podemos radicá-la na ingénua teoria, então dominante, segundo a qual a criança era um «homem pequeno», digamos, mesmo, «um adulto em ponto pequeno» possuindo todas as características físicas, intelectuais e morais deste e dele diferindo apenas quantitativamente.

Procurava-se, então, adaptar o comportamento e as faculdades morais do menor ao padrão «homem crescido», atenuando a diferença e levando, com o desenvolvimento físico, à destruição do tratamento indulgente que, neste período, se atribuía à criança nos primeiros anos da existência.

A teoria do *homunculus*, reflectindo-se no direito penal da época, levou, como já apontámos, a interessar-se quase exclusivamente pelo aspecto da responsabilidade.

Excluído unânimemente um período inicial, até aos 7 anos na maior parte dos países, admitia-se então que os maiores desta idade eram já susceptíveis de «malícia», isto é, de conhecimento da maldade ou da perversidade do acto.

E, assim, ao direito interessava apenas saber se o menor era responsável ou não. Se o não fosse, embora as condições que o rodea-

vam o pudessem, numa data posterior, levar ao crime, deixava de ter para ele qualquer interesse.

Tudo se resumia na responsabilidade do menor.

Como este possuía todas as características do adulto, embora quantitativamente inferiores, bastava que se presumisse ou provasse que as suas faculdades psíquicas lhe permitiam já a consciência da ilicitude do acto praticado, para que o direito penal por ele se interessasse, considerando-o como um criminoso.

E a tendência então existente, e por nós apontada, tinha uma relevância mesquinha no campo das penas, pois traduzia-se na atenuação meramente quantitativa da maior parte e na isenção de poucas.

Assim, o direito penal, prescrevendo um período de irresponsabilidade, era pronto a admitir, num período posterior, o dolo como inspirador dos menores na violação da lei, de acordo com o aforismo *malitia suplet aetatem*. E provado aquele, sujeitava-os ao tratamento correcional dos adultos com uma atenuação meramente quantitativa e nem sempre existente.

Estas ideias influenciaram também as nossas Ordenações manuequinas e filipinas. Como diz o Prof. Doutor Beleza dos Santos no estudo sobre o *Regime jurídico de menores delinquentes em Portugal* publicado no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, «dentro as normas do seu confuso e rude direito penal a que Melo Freire chamava severamente injusto, inconsequente e cruel, aparecem algumas, emoras tímidas, incompletas e rudimentares, que, de certa maneira, protegem os menores contra a severidade dos seus preceitos».

No que respeita ao direito substantivo penal, as Ordenações consideram de entre os menores diversas categorias a que dedicam tratamento diferente.

Uma primeira categoria é a dos menores de 7 anos que gozavam de irresponsabilidade absoluta. Entendiam alguns, no entanto, que o limite máximo da irresponsabilidade devia subir para os 10 anos e meio quanto aos varões e para nove anos e meio no que respeita às fêmeas.

Outro escalão do tratamento dos menores à face do direito penal das Ordenações é o dos delinquentes menores de 17 anos e maiores de 7.

Até aos 14 anos, presumia-se a irresponsabilidade, presunção que era destruída pela prova de que o menor agia com «malícia», aparecendo-nos aqui em foco o já citado aforismo *malitia suplet aetatem*.

A esta categoria de menores correspondia o princípio da responsabilidade atenuada. A lei dispensava-lhe certa indulgência, proibindo que se lhes aplicasse a pena de morte, ficando ao arbítrio do julgador a aplicação de uma pena menor quando ao acto praticado aquela correspondesse.

Igualmente se procurava a atenuação quantitativa das penas naqueles actos que não arrastassem o castigo máximo.

A terceira e última categoria de menores delinquentes contemplada nas Ordenações é a dos maiores de 17 anos e menores de 20.

Quanto a estes usaria o julgador do arbítrio na aplicação da pena total mesmo que esta fosse de morte, atendendo «o modo como o dito delicto foi cometido, e as circunstâncias dele, e a pessoa do dito menor».

Os maiores de 20 anos tinham plena responsabilidade considerando-se esta idade como a da maioridade no campo do direito penal (que de nenhum modo coincidia com a maioridade civil só atingida aos 25 anos).

Devemos, contudo, notar que nos casos de grande atrocidade não se acolhia o privilégio da menoridade na aplicação das penas, sujeitando-se os menores à totalidade destas.

O direito processual penal encontrava-se também sob a influência da ideia da necessidade de tratamento especial dos menores delinquentes.

Nele é também possível distinguir duas formas de tratamento correspondendo a duas categorias de menores.

Os menores de 14 anos não deviam ser, no dizer da doutrina, submetidos a tormentos, meio de instrução muito em uso nas leis da época.

No entanto, a eles eram sujeitos quando se tratasse de crime grave como heresia, traição, falsidade, sodomia, etc..

Ao maior de 14 anos e menor de 25 anos, idade em que no direito processual penal se atingia a maioridade, era obrigatória, na tortura, a assistência de curador sem o que era absolutamente nula a confissão que ele tivesse feito.

Assim, parece que o direito processual penal da época tendia a

estabelecer um quadro de irresponsabilidade absoluta, irresponsabilidade presumida e responsabilidade atenuada, baseado na doutrina septanal que procurava estabelecer escalões de evolução do ser humano, com base em diferenças de 7 anos.

Para completo exame da situação dos menores delinquentes na legislação desta época, resta-nos, estudada já a atitude do direito e dos tribunais criminais fazer algumas considerações sobre o modo de cumprimento das penas e as medidas tendentes a prevenir a delinquência infantil.

Neste campo, não encontramos em Portugal, qualquer iniciativa. Os menores delinquentes, à falta de estabelecimentos próprios para o seu internamento, eram metidos em lóbregas prisões, em terrível promiscuidade com adultos autores dos maiores crimes, e sujeitos ao mesmo regime, duro e cruel, que a estes se destinava.

Só em 1780, Pina Manique funda a «Casa Pia» com um carácter nitidamente preventivo da criminalidade dos menores.

Encerrado em 1807, este estabelecimento não produziu, contudo, todos os resultados que dele se esperavam. Realmente, a falta de especialização funcional e de pessoal habilitado e instruído nas novas doutrinas pedagógicas, de nenhum modo podia permitir a realização dos seus fins.

Assim, quando reapareceu em 1814, a «Casa Pia» tomou a característica de instituição de assistência pública.

É esta a única tentativa para a prevenção e correcção da delinquência infantil que encontramos neste período.

Pelo exposto, vemos que o tratamento dos menores delinquentes em Portugal nesta época era extremamente deficiente.

As leis penais, influenciadas pela doutrina do *homunculus*, mantinham a protecção à menoridade delincente apertada em acanhados limites, só ultrapassados com o desenvolvimento quase actual da psicologia e da pedagogia.

Realmente, ainda nos princípios do século XIX, se insistia na mesma atitude, embora vivamente se criticasse o direito penal de então. Assim sucedeu com Melo Freire que, apelidando-o de injusto, inconsequente e cruel e propondo novos princípios, relativamente aos menores manteve todos os velhos brocardos, denunciando a influência bem viva da doutrina do «homem pequeno» com todas as suas consequências.

É nela realmente que se radica todo o sistema da época, que podemos caracterizar assim :

- 1.º — O direito penal era dominado pela ideia de responsabilidade, tomando a característica de puramente repressivo sacrificando a personalidade do delinquente à finalidade de prevenção geral.
- 2.º — Não existia uma teoria jurídica da menoridade criminal. O direito da época não olhava directamente o problema da delinquência infantil. Em vez de o considerar um fenómeno separado com uma estrutura jurídica, um processo e uma política criminais próprias, estabelecia entre ele e o fenómeno da delinquência dos maiores uma mera diferença de grau.

Correlativamente na aplicação das penas e no seu cumprimento, existia uma simples atenuação quantitativa.

- 3.º — Dominada pela teoria do *homunculos*, a doutrina era acanhada e não permitia qualquer progresso no tratamento dos menores.
- 4.º — Como consequência dos princípios acima expostos, não existia nas Ordenações o espírito das instituições especializadas que é, hoje, essencial. Nas normas relativas à delinquência infantil não se encontra também a tendência educativa e científica que conjuntamente com o espírito humanista forma a base do novo direito respeitante à menoridade criminal.

Só no século XIX se consegue destruir a teoria do *homunculus* pelo desenvolvimento das doutrinas psicológicas e pedagógicas, abrindo-se um período em que se começa já a olhar a delinquência infantil como um fenómeno distinto do da delinquência dos adultos, procurando para ele uma solução harmónica com a sua especialidade.

Não é ainda a completa execução destes fins mas a tendência para a sua formulação que se verifica neste período. Por isso lhe chamamos intermediário.

Ao seu estudo passamos seguidamente.

II

PERÍODO INTERMEDIÁRIO OU DA CODIFICAÇÃO PENAL

Um novo período se abre com o movimento da codificação verificado no século XIX por uma premente necessidade da sociedade, vivamente abalada pelas ideias nascidas com a Revolução Francesa.

Na verdade, este movimento vinha já dos fins do século XVIII e, mesmo então, tinha sido brilhantemente defendido em Portugal por Melo Freire. E é ainda neste século que parece o Código Penal francês, em 1791, trazendo novas luzes ao problema da delinquência dos menores.

O direito penal então existente, com a crueldade das suas penas e a arbitrariedade da sua aplicação, foi, no domínio das novas ideias, objecto das mais contundentes críticas. Estas e as de Howard e seus seguidores, levando ao conhecimento público o angustioso espectáculo que apresentava as prisões europeias com o seu triste regime de ignominiosa promiscuidade, conduziram à convicção da necessidade de refundir todo o sistema penal e prisional da época de acordo com os princípios da justiça e da humanidade.

Simultaneamente, livros como o *Emílio* de Rousseau, e o desenvolvimento das ciências médicas como a psiquiatria, a fisiologia e a pediatria e da psicologia experimental, levaram a ciência da educação a progressos importantes.

Em Portugal, as modernas tendências manifestaram-se também.

Um assento da Relação do Porto, de 1661, estabeleceu que só nos casos a que correspondesse pena de morte, seriam aplicados os tormentos. É de notar, contudo, que nem sempre se respeitavam as suas disposições quer porque as Ordenações os aplicavam frequentemente, quer pela necessidade de, na instrução, se reunirem os meios de prova necessários.

Mas as novas ideias influenciaram, na sua marcha implacável, os próprios juizes instrutores. Assim, a lei de 5 de Março de 1790 que baniu os tormentos, reconhece que eles estavam já em desuso.

A doutrina, abertamente defensora das novas ideias, manifesta-se frequentemente procurando a sua adaptação legal.

Assim, em 1816, Francisco Freire de Melo, sobrinho do grande

jurista **Melo Freire**, escreve : «Não é a fortaleza da pena o remédio eficaz para coibir os delitos ; porque, se o homem não tiver ânimo afeiçoado à virtude por meio da educação pública, e se os costumes não melhorarem, será inútil todo o freio das leis».

Anteriormente disse já o mesmo autor : «O criminoso ainda é cidadão, e deve ser tratado como um doente que é necessário curar, instruir e cauterizar, segundo a enfermidade, no que não somente interessa ele, mas a mesma sociedade».

E **José Maria Forjaz de Sampaio**, em 1823, depois de escrever que «o fim das leis penais é evitar os delitos, reparar os danos e emendar os delinquentes», diz ainda : «É capaz de delinquir quem tem liberdade e senso comum : Antes dos 21 anos de idade não é o delinquente obrigado ao rigor da pena do delito».

A esta viva manifestação da doutrina a favor de uma completa modificação do regime penal, não poderia deixar de corresponder uma consagração legislativa.

Realmente, as modificações foram grandes e importantes.

Embora, como já dissemos, neste período profundas alterações se tenham verificado relativamente ao regime penal e prisional dos menores delinquentes, o legislador não consegue afastar completamente os velhos princípios que dominaram tantos séculos o direito penal e condenados pelas novas ideias.

Realmente, durante quase um século a legislação penal para menores delinquentes, prescrevendo uma nova orientação para o problema, denuncia, por baixo dela, a influência ainda viva dos velhos brocados do passado.

É esta a grande característica deste período e que nos leva a denominá-lo «período intermediário».

Conservando-nos sempre nesta ideia, julgamos poder sintetizar as mutações sofridas pelas leis respeitantes à menoridade criminal, em três aspectos :

1.º — Aparece pela primeira vez a ideia de prevenção e correcção educativa dos menores. Ao direito penal antigo interessava apenas o aspecto repressivo, como já fizemos notar.

Agora, o estudo das causas da criminalidade dos menores levou os sociólogos, os juizes, e os legisladores à convicção de que a sua delinquência era uma consequência do factor

ambiente ou ainda de factores fisiológicos. De qualquer das maneiras a ideia de prevenção impôs-se pela convicção de que só indo directamente às causas e afastando-as ou destruindo-as se poderia impedir a criminalidade dos menores.

2.º — Como uma consequência daquele ponto de vista, à atenuação quantitativa das penas que no antigo direito constituía quase a única protecção à menoridade criminal, sucedeu a *substituição geral das penas*. Olhando já a delinquência infantil como um fenómeno distinto, o direito deste período procura atribuir-lhe um regime próprio, único compatível com a sua especialidade. Assim as penas ordinárias (que no período anterior sofriam meramente uma atenuação quantitativa) são substituídas por penas de internamento em estabelecimentos próprios ou nas prisões comuns mas com um tratamento especial. É necessário notar que, na prática, estas medidas eram de difícil aplicação por falta de estabelecimentos adequados à educação e regeneração dos menores quer por os governos não concederem os fundos necessários para a sua construção e funcionamento, quer por falta de pessoal habilitado para o exercício de tão delicada missão.

3.º — Como reminiscência do antigo sistema, continua a lei a preocupar-se com o problema da responsabilidade criminal do menor.

Para o resolver substitui o critério da «malícia» pelo critério do discernimento. No fundo das coisas tudo se mantinha como anteriormente. É que a aplicação do critério do discernimento leva a consequências quase idênticas das que advinham do aforismo *malitia suplet aetatem*: a divisão dos menores em três classes conforme a idade que coincidem com as existentes no domínio do velho princípio.

Desde que falámos aqui em «discernimento», julgamos convenientes algumas considerações sobre este problema, antes de iniciarmos uma breve exposição do sistema francês de 1791, base de todos os outros e dos diplomas portugueses que durante este período constituíram o regime legal dos menores delinquentes.

Realmente, sendo ele imbuído ainda da ideia de responsabilidade

avaliada pelo discernimento, é lógico que, para sua melhor compreensão alguma coisa digamos acerca dos problemas que este levanta.

No direito deste período, o entendimento do critério do discernimento não deferia em muito do apuramento, no domínio do antigo sistema, da malícia.

Como nos diz o Senhor Doutor Beleza dos Santos, a malícia significava o conhecimento da maldade ou da perversidade da conduta e apurava-se caso por caso com atenção a todas as circunstâncias pertinentes. No direito moderno, o entendimento do critério do discernimento apenas apresentava divergência embora importante, com aquele, quanto ao ângulo por que se devia fazer esse entendimento.

Três soluções se apresentavam sobre este problema :

- 1.º — O discernimento era a faculdade de distinção do Bem e do Mal, ou seja, uma noção de ordem *moral*.
- 2.º — Para alguns autores, o discernimento era uma noção de índole *jurídica*: a faculdade de distinção da licitude ou ilicitude da conduta. Era esta a noção adoptada expressamente nos códigos penais alemão de Zurique, Hungria, Friburgo e nos projectos dos códigos austriaco de 1812 e alemão de 1819.
- 3.º — Havia ainda autores que entendiam tratar-se de uma noção *ético-jurídica*: possibilidade de distinção entre a moralidade e licitude da conduta e a sua imoralidade e ilicitude.

Na opinião do Senhor Doutor Beleza dos Santos, foi esta última solução a adoptada pelo nosso legislador de 1884 «considerando discernimento a compreensão do alcance, gravidade e qualidade da acção criminosa».

Contudo, trabalhos posteriores, vêm defender que a noção de discernimento tinha um acento dominante de natureza moral. Para isso se baseiam não só na orientação do Código francês de 1810, que grande influência exerceu no nosso sistema criminal como também no que consta no relatório da proposta da Nova Reforma Penal: «não pode razoavelmente presumir-se no menor de 10 anos o discernimento necessário para compreender o alcance, a gravidade e a fealdade da acção criminosa e a falta de completo discernimento não

obsta a que o menor possa revelar grande desequilíbrio e notável perturbação no desenvolvimento dos seus sentimentos, propensões e tendências».

Mas seja como for, como a lei não olhava o estudo da personalidade do menor, era pelo que constasse do processo que o juiz tinha de avaliar se havia ou não discernimento.

Este dependia, assim, dum ponto de vista jurídico e psíquico o que não levava de maneira alguma a um resultado aceitável.

O sistema francês consagrado no Código Penal de 1791 que tão grande influência exerceu sobre a nossa legislação da época, é informado já pelas novas ideias de prevenção e educação dos menores delinquentes.

Como atrás fizemos notar, o novo regime denuncia ainda a presença dos velhos princípios, embora, em alguns pontos, destes se tenha afastado.

É ainda dominado pela ideia de responsabilidade ainda que, na sua averiguação, o critério do discernimento venha substituir o aforismo *malitia suplet aetatem*. No fundo das coisas, como já vimos, ficava tudo como anteriormente.

Onde surge a primeira libertação à aplicação dos princípios anteriormente dominantes, é no campo das penas.

No direito antigo, a protecção à menoridade consistia apenas numa mera atenuação quantitativa da pena normalmente aplicável.

Agora, verificando que o menor de 16 anos agia com discernimento e, portanto, responsável, fazia-se a substituição da pena ordinária por uma pena de internamento numa casa de correcção por um tempo fixado de acordo com a pena ordinária que seria aplicada se não fosse a menoridade do réu.

É assim a *substituição geral das penas* em lugar da atenuação do seu rigor, que nos aparece como primeira inovação do sistema do período intermediário.

Evitava-se, assim, ao menos um atentado à sua sensibilidade moral que advinha da pena infamante ou vexatória (só no caso de ao crime corresponder normalmente pena de morte, isto se não verificava).

Devemos notar ainda a evidente influência, embora atenuada, do antigo e rigoroso regime na fixação de «tempo determinado» nas penas, o que leva a pensar que se tratava mais de aproveitar o

tempo da condenação para corrigir o delinquente do que se ir directamente para o princípio educativo.

Quanto aos menores de 16 anos que tivessem agido sem discernimento, o Código de 1791 entregou-se completamente às novas ideias não permitindo qualquer influência do velho regime.

É aqui que, abandonando a velha ideia de responsabilidade, o novo sistema se preocupa já com a prevenção mediata da criminalidade infantil pela supressão de duas das suas causas mais importantes: a falta de família e a falta de educação.

O Código francês dispunha que o menor de 16 anos embora absolvido por falta de discernimento na sua conduta ilícita, poderia, conforme as circunstâncias, ser entregue à família ou internado num estabelecimento de correcção para aí ser educado durante o tempo que a decisão judicial determinasse.

Assim, neste ponto, o sistema francês aproximava-se já dos princípios orientadores da actual legislação de menores.

Marcando a maioridade criminal nos 16 anos, o Código de 1791 aboliu qualquer distinção abaixo dessa idade, afastando o período de irresponsabilidade absoluta que o antigo direito permitira.

Não lhe foi concorde a doutrina considerando, pelo contrário, um grave erro a destruição de um instituto tão tradicional na história do direito.

Em Portugal, o sistema francês teve uma enorme influência, mantendo-se a nossa legislação penal, desde a gorada codificação de 1837, dentro do seu esquema geral.

No entanto, sempre no direito português se manteve o instituto da irresponsabilidade absoluta dos infantes. Afora isso, todos os princípios informadores do regime francês foram adoptados na nossa legislação, sem grande sucesso, por vezes. Como diz o Senhor Doutor Beleza dos Santos, «os erros e imperfeições do direito francês... foram, na maior parte, reproduzidos e alguns até agravados pelas leis penais portuguesas. Pouco se corrigiu e melhorou».

Adoptando o critério do discernimento, a lei portuguesa no decorrer de todo o período intermediário, acolheu, no tratamento da menoridade delinquente, três fases distintas:

A — Fase de absoluta inimputabilidade

A lei não admitindo possibilidade de discernimento nos menores até certa idade, declarava-os absolutamente irresponsáveis.

Esta fase ia até aos 7 anos no Código de 1852 e até aos 10 anos no Código de 1886.

B — Fase da imputabilidade condicionada pela prova da existência do discernimento

Na fase que ia dos 7 aos 14 anos no Código de 1852 e, posteriormente, no Código de 1886, dos 10 aos 14 anos, a lei presumia nos menores a falta de discernimento.

Temos aqui a distinguir dois aspectos :

1.º — *Menores de 14 anos que procederam sem discernimento*

O projectado Código de 1837, no art.º 90.º, acolhia os princípios do sistema francês decretando que, sendo o menor absolvido, assignaria termo o pai, mãe, tutor, curador, parente ou mestre que fosse «vigilante na sua educação» e, na falta de quem assignasse ou não sendo qualquer daqueles capaz de cuidar da sua educação, ele seria internado num estabelecimento de educação pelo tempo que se julgasse conveniente.

O Código de 1852, numa disposição defeituosa, seguia o mesmo sistema. Diz, realmente, no art.º 73.º: «o menor de 14 anos, que cometer algum crime, praticando o facto sem discernimento, será entregue segundo as circunstâncias, ou a seus pais, parentes ou tutores, ou será recluso em uma casa de educação pelo tempo que for determinado na sentença».

Como a doutrina sãbiamente denunciou, de dois graves erros enfermava esta disposição: não dizendo quando era de tomar uma ou outra providência, «conforme as circunstâncias», abandonava-se a decisão ao arbítrio do juiz e, ao mesmo tempo, obrigava-o a lei a determinar previamente o tempo de reclusão numa casa de educação.

O Código de 1886 veio corrigir estes graves erros dispondo nos art.ºs 48.º e 49.º que a sentença não determinaria o tempo de internamento no estabelecimento de correcção. Este internamento dos menores só poderia ser ordenado nos casos seguintes :

- 1.º — Sendo vadios ;
- 2.º — Não tendo pais ou tutores ;
- 3.º — Não sendo estes idóneos ;
- 4.º — Não tendo estes os meios indispensáveis ou recusando-se a dar-lhes educação idónea ;
- 5.º — Dando os pais ou tutores o seu consentimento ;
- 6.º — Tendo os menores cometido outro crime só justificado pela idade.

2.º — *Menores de 14 anos que procederam com discernimento*

Neste ponto a legislação portuguesa afastou-se, lamentavelmente, do sistema francês, recuando do progresso que este representava em tal matéria.

Continuou mantendo a atenuação quantitativa das penas condenada já na maior parte dos países.

Assim, o Código de 1837 impunha aos menores delinquentes que tivessem procedido com discernimento *penas extraordinárias* que consistiam na substituição das penas mais graves pela pena de prisão por tempo determinado e na redução de um terço ou metade da pena correccional.

O Código de 1852, insistindo na mesma atitude, cominava prisão, com ou sem trabalho, até dez anos, no caso de corresponder ao facto pena maior, e metade da pena correccional, se fosse esta a aplicável.

Ambos estes códigos admitiam uma tão inútil como vexatória sujeição à vigilância especial da policia.

Era de esperar que, em 1886, todo este antiquado e cruel sistema fosse modificado.

Mas não foi assim.

O Código de 1886 limita-se a reduzir quantitativamente as penas comuns applicáveis a menores de mais de 10 anos e menos de 14.

É o seu art.º 109.º que regula essa redução.

C — Fase da imputabilidade presumida em razão da existência legal de discernimento

Esta fase abrangia os menores de mais de 14 anos.

Depois desta idade, abria-se um período de responsabilidade em

que não há presunção de não-discernimento e onde se adoptavam, ainda, os princípios do antigo Direito: atenuação de uma pena e isenção de outras.

O Código de 1852 continuou a manter a inútil disparidade entre a menoridade civil e a criminal. Assim, só aos maiores de 14 anos e menores de 20 daquelas providências eram applicadas.

A tentativa feita em 1861 para nova legislação penal, vinha modificar, em parte, este estado de coisas.

Realmente, para os maiores de 14 e menores de 16 anos que tivessem agido com discernimento, a pena era sempre a correcção ou estabelecimento correccional especial onde receberiam a instrução profissional, intelectual e moral e onde seriam «empregados nos trabalhos acomodados ao seu génio, forças e idade, até chegarem aos 21 anos, ou ainda antes, se a administração os julgar em estado de poderem entrar na sociedade» (art.º 140.º).

Infelizmente, este importante contributo não foi aproveitado pela reforma de 1884.

O Código de 1886, unificando a maioridade criminal à civil (21 anos), estabelece dois graus de menoridade, circunstância atenuante, para além dos 14 anos :

1.º — Menores de mais de 14 anos e menos de 18.

A estes, segundo o art.º 108.º, não podiam ser applicadas penas mais graves que a da prisão maior celular por 2 a 8 anos, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária ou de degredo temporário.

2.º — Menores de mais de 18 e menos de 21 anos.

Pelo art.º 107.º, não podiam ser sujeitos a penas mais graves do que a de prisão celular por 6 anos, seguida de degredo por 10 anos, ou, em alternativa, a de degredo por 20 anos.

No *aspecto processual*, o diploma regulador desta matéria em todo o século passado, é a Novíssima Reforma Judicial de 21 de Maio de 1841.

No campo do processo mantinha-se ainda muito do antigo direito.

Continuou a existir a obrigatoriedade da nomeação de curador ao réu menor para assistência nos interrogatórios sob pena de nuli-

dade o que também sucedia se o curador se recusasse a assinar os autos.

A sua nomeação devia ser feita pelo juiz antes da ratificação da pronúncia, pois, a audiência em que esta se fizesse seria absolutamente nula se ele não estivesse presente.

O curador do réu menor, que se nomeasse advogado para defesa deste, devia exercer também essas funções.

A própria menoridade do réu influía na existência do processo pois, se não fosse devidamente considerada, era motivo para a nulidade daquele. É o que sucedeu, por exemplo, em 1864, por efeito de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

Resta-nos, para completar a breve exposição do sistema português existente neste período, fazer algumas considerações acerca da organização dos estabelecimentos de correcção e educação de menores, essencialmente à eficácia daquele.

Dissemos, quando procurámos caracterizar, de maneira geral as tendências que no mundo civilizado se manifestaram neste período, que, na prática, as medidas de prevenção da delinquência dos menores eram de difícil aplicação pela falta de estabelecimentos adequados.

Em Portugal, o mesmo se verificou.

O Código de 1852 mandava, como vimos, os menores de 14 anos julgados irresponsáveis, para casas de correcção.

Estas nunca existiram.

Por sua vez, os menores de 14 anos considerados responsáveis eram, pelo sistema defeituoso então existente, sujeitos a penas geralmente, de prisão, como é lógico, cumprindo-as nas prisões comuns nas condições lamentáveis que todos podem prever.

Só em 1871 foi criada, para a comarca de Lisboa a Casa de detenção e correcção para menores de sexo masculino.

É a primeira tentativa feita em Portugal para a especialização dos estabelecimentos correcionais de menores. Mas, infelizmente, o regime que aí reinava era de quase pura repressão. Como diz o Senhor Doutor Beleza dos Santos, «O novo estabelecimento era velho pelo sistema. A lei que o criara chamava-lhe *cadeia* e aos menores internados considerava-os *presos*; o regime era uma severa disciplina militar, mantida por guardas que tudo eram, menos educadores».

O Regulamento de 10 de Setembro de 1901 procurou melhorar as suas condições.

Criou o estudo da personalidade do menor, estabelecendo-se um regime de detenção e observação e um regime de correcção, estabeleceu a liberdade condicional dos menores que se mostrassem corrigidos antes de finda a pena, permitindo, em contrapartida, a continuação do internamento, a título de prevenção, mesmo depois de cumprida aquela.

Não era, contudo, isento de defeitos este sistema.

Nele se notam ainda velhos preconceitos repressivos há muito condenados, como a secção de detenção prisional de carácter nitidamente repressivo e intimidativo.

Mas este estabelecimento limitava-se à comarca de Lisboa. nenhuns outros existiam no País.

A convicção da sua necessidade, breve levou a várias tentativas.

Um projecto de 1878 para criar uma colónia agrícola e mais duas casas de correcção gorou, infelizmente.

Em 1886, José Luciano de Castro propõe à Câmara dos Deputados um projecto para o estabelecimento de uma colónia agrícola que é aprovado, convertendo-se na Lei de 22 de Junho de 1887. Mas só em 1895 se conseguiu a sua execução.

Em Vila Fernando, abriu-se, realmente, uma colónia agrícola destinada à educação de menores vadios, mendigos, desvalidos e desobedientes de mais de 10 e menos de 16 anos e, pouco depois, acolhendo também menores absolvidos por falta de discernimento que não tinham sido entregues aos pais ou tutores. Posteriormente, em 1901, o seu raio de acção foi alargado aos menores condenados em pena de prisão correccional e postos à disposição do Governo.

A colónia, destinada inicialmente à educação e assistência dos menores, não tinha carácter prisional puro distinguindo-se nitidamente da Casa de detenção e correcção.

No entanto, a legislação posterior não seguiu este padrão.

Assim, leis de 1902 e 1903 criaram no modelo da velha Casa de detenção e correcção de Lisboa, estabelecimentos idênticos no distrito judicial da Relação do Porto, e, para o sexo feminino no distrito da Relação de Lisboa.

Era este o sistema existente nos fins do período intermediário, à porta do nascimento do novo direito tutelar dos menores.

Grandes defeitos se lhe podem apontar.

A casas de detenção e correcção eram informadas por princípios que ainda denunciavam a influência da ideia de repressão, de intimidação violenta.

Abstraindo mesmo deste aspecto, o seu número limitado levava a um excesso de população, sempre prejudicial porque leva a um imperfeito conhecimento dos internados por parte dos educadores, o que conduz, necessariamente, como diz o Prof. Doutor Beleza dos Santos, a uma disciplina severa e sobretudo exterior, não permitindo uma acção educativa eficiente.

A própria Colónia Agrícola de Vila Fernando cujas possibilidades no campo educativo e regenerador eram grandes, sofria, pela sua exclusividade e pelo alargamento do seu raio de acção, dos mesmos inconvenientes.

Mas não só estes vícios se podem apontar ao sistema então existente.

Também por parte do pessoal dos estabelecimentos destinados à educação dos menores, críticas importantes se podem dirigir.

O seu recrutamento não obedecia a princípios ou normas que garantissem uma perfeita execução do papel que era chamada a executar.

A falta de aptidões do pessoal e o seu número restrito de nenhuma maneira podia conduzir às realizações de uma acção educadora profunda.

É preciso notar ainda que não havia disposição legal alguma que proibisse o internamento de menores em cadeias juntamente com os adultos o que levava, em muitos pontos do país, a este verdadeiro crime contra a criança.

Assim julgamos ter pintado, o mais sucintamente possível, o panorama geral da legislação portuguesa no período da codificação penal.

Passamos em seguida à exposição dos princípios gerais que dominam a actual legislação de menores.

III

**PERÍODO DO NOVO DIREITO DOS MENORES DELINQUENTES
PRINCIPIOS GERAIS**

Nos fins do Século XIX, o direito penal dos menores, com a sua ideia de responsabilidade avaliada pelo discernimento, entrou em crise.

Realmente, as estatísticas, denunciando um aumento aterrorizador da delinquência infantil, mostraram a todos os homens a inutilidade do duro sistema repressivo da época.

Enquanto a criança delinquente constituiu um fenómeno isolado, não houve interesse em modificar o direito existente. Mas desde que a criminalidade dos menores se tornou um perigo social, estabeleceu-se na humanidade a convicção da necessidade de encontrar para ela uma solução justa e eficaz.

Assim, já em 1878 em Estocolmo e em 1885 em Roma, o problema da delinquência infantil foi focado pelos congressos internacionais aí reunidos.

Perante o fracasso do direito penal construído segundo os moldes clássicos, a maior parte dos países procuraram modificá-lo de acordo com as ideias então nascentes.

Assim, os criminalistas passaram a considerar o delinquente ao lado do delito, o criminoso ao lado do crime, abandonando completamente a ideia clássica de que o fulcro do direito penal era apenas a infracção. Na aplicação das penas, procurava-se também a sua adaptação à personalidade do réu, de maneira a obter o melhor resultado individual e social.

Mas isto não era ainda suficiente, pois o direito penal, no que se referia aos menores, continuava apegado à velha ideia de responsabilidade.

Esta só é destruída pelo progresso das ciências psicológicas e pedagógicas.

Realmente, a psicologia demonstrou as diferenças radicais que existem entre as crianças e os adultos e pôs em relevo os traços característicos do adolescente.

Assim, diz, por exemplo, M. Henderson: «A criança não é um

adulto em miniatura, nem em corpo nem em espírito : é uma criança. Tem a sua anatomia, a sua fisiologia e a sua psicologia particular. O seu universo não é o do adulto. Ela não é um anjo nem um demónio : é uma criança. O seu estudo deve ser um ramo de uma ciência especial».

Mas o grande triunfo da psicologia não está ainda no estudo da infância. O que constituiu o grande golpe nos velhos critérios foi o estudo da adolescência e a separação absoluta desta dos períodos que se lhe antecedem e seguem : a infância e a idade adulta.

A ciência da psicologia demonstrou irrefutavelmente que entre a infância e a idade adulta existe um período totalmente distinto daqueles que se não pode tratar, como queria o antigo direito, unicamente pelo aspecto da responsabilidade provada pelo discernimento, pois um adolescente em nada se confunde com um adulto, não podendo, portanto, pôr-se o problema da responsabilidade penal.

Estes princípios foram popularizados e traduziram uma revolução nos métodos de educação.

A ciência da pedagogia, constituída, não por teorias abstractas e especulativas mas por generalizações sistematizadas de observações de factos, de experiências controladas, forneceu novos métodos de educação.

Demonstrou que a repressão não trazia qualquer utilidade à resolução do problema da delinquência infantil e que só pelos novos métodos de educação e correcção se poderia conseguir para ele uma solução justa e eficaz.

Ràpidamente se fez sentir, no direito, a influência dos novos princípios.

Os congressos internacionais já em 1878 em Estocolmo, em 1885 em Roma e em 1905 em Sampetersburgo combateram o critério do discernimento, pondo já o problema de saber se a situação do menor delinquente exige uma simples reeducação ou um regime correccional.

É necessário notar que, na prática, o critério do discernimento não tinha já o seu significado inicial.

Quando anteriormente sobre ele fizemos algumas considerações, dissemos que, como a lei não olhava o estudo da personalidade do menor, o juiz tinha que avaliar se havia ou não discernimento apenas pelo que constasse do processo. Consequentemente, o discer-

mento dependia dum ponto de vista jurídico e psíquico em extremo falível.

Mas o facto é que, não definindo a lei o discernimento, concedia aos juizes a liberdade de o entenderem como lhes aprouvesse. Estes, levados pela convicção da inutilidade da aplicação do regime repressivo aos menores, passaram, no uso da liberdade que lhes concedia a lacuna da lei, a fazer depender o discernimento, não de um ponto de vista jurídico e psíquico, mas de um ponto de vista social, isto é, do ponto de vista dos interesses solidários da sociedade e do menor.

Assim, uma fórmula feliz de Cuche, «o juiz não toma tal decisão porque reconheceu ou não o discernimento, mas reconhece ou não o discernimento para tomar tal decisão».

Mas, mesmo iludida por esta forma hábil a dificuldade apresentada pelo critério legal, o sistema não apresentava quaisquer vantagens. O juiz só tinha, na sua frente, dois caminhos: aplicar ao menor delinquente uma pena, ou, declarando-o sem discernimento, deixá-lo livre.

Quanto às penas, já anteriormente vimos quais as desvantagens que trazem a sua aplicação.

A colocação em liberdade, feita para evitar ao delinquente juvenil as consequências nocivas do seu internamento em prisões ou em casas de correcção super-lotadas e servidas por um pessoal sem habilitações, não era mais feliz.

O menor, geralmente delinquente em consequência do ambiente imoral e viciado, tornava a cair nele, reincidindo, visto que o direito penal da época se desinteressava completamente do menor que se não provasse responsável, independentemente das condições que o rodeavam. No entanto, tão radicado estava o critério do discernimento que só a partir do congresso internacional reunido em Washington, em 1910, foi totalmente abandonado por todos os países.

Destruidos os princípios informadores do antigo direito penal de menores, alguns problemas se levantaram na criação do novo regime da menoridade criminal.

Todos os criminalistas eram concordes na substituição do sistema de repressão atenuada pelo de pura prevenção, obtida pela educação e reforma dos menores em estabelecimentos apropriados dotados de um pessoal especializado.

A esta ideia de especialização um dos princípios básicos do novo

direito de menores. O facto já demonstrado da não existência de qualquer analogia entre a criança ou adolescente e o adulto, levou, realmente, à necessidade de criar organismos judiciais especiais.

A esta necessidade que leva à criação de tribunais destinados unicamente a julgar menores e a representá-los em tudo o que for útil à sua regeneração ou que os afaste dos perigos a que estão sujeitos.

Mas, como já dissemos, algumas dificuldades se levantaram à edificação do novo direito.

Estabelecida pelas ciências pedagógicas uma nítida distinção entre as características da infância, da adolescência e da idade adulta, ergueu-se o problema de saber se o novo direito devia ou não marcar por idades os limites daqueles períodos.

Inúmeras opiniões apareceram, que vão desde Hoffmann, que faz a divisão em dois períodos únicos, até Hollingworth, que a faz em dez períodos.

Confrontando todas estas opiniões é possível estabelecer uma conclusão: antecedendo o estado adulto do homem, há dois períodos que têm características muito próprias mas que se não dividem nitidamente.

Estas dificuldades são por vezes transpostas pelo direito quando as necessidades o exigem (é o caso, por exemplo, da maioridade civil ser marcada nos 21 anos de idade).

Aqui, porém, não era necessária essa atitude. Ao novo direito interessava, apenas, marcar o limite superior nas idades a que era aplicável.

Assim o entenderam os criminalistas, abandonando, abaixo desse limite qualquer preocupação de distinguir períodos.

Nos princípios deste século, o novo direito de menores, tinha já lançadas as suas bases por influência das novas ideias que se traduziam, como diz Garraud, «por uma dupla tendência para a qual se inclinavam cada vez mais as legislações contemporâneas: retirar o menor da alçada do direito penal; proceder a seu respeito por via de educação e não por via de repressão».

Como primeira concretização destas tendências, aparece o tribunal de menores de Chicago, estado de Illinois, em 1899.

O Código Penal de Illinois de 1827 apresentava, no respeitante a menores, as mesmas características dos regimes congéneres.

O início da imputabilidade era marcado nos 10 anos de idade. Os

menores desta idade, não eram responsáveis pelo que deviam continuar livres mesmo que sujeitos ao ambiente mais pernicioso. Mas logo que atingiam aquele limite, passavam a ser considerados pela lei como verdadeiros delinquentes, verdadeiros criminosos, sendo a sua menoridade apenas uma circunstância atenuante provocadora da comutação de algumas penas.

O Estado de Illinois, no entanto, dedicou sempre atenção ao problema, procurando, no decorrer de todo o século XIX, proteger a infância delincente e tornando, assim, mais fácil o advento do novo direito.

Em 1867 cria-se no Estado o primeiro reformatório escolar; em 1891 o Reformatório de Chicago passa a receber não só menores dos 10 aos 16 anos mas também desta idade até aos 21 anos; em 1893 instala-se o Lar de Illinois para menores entre os 10 e os 16 anos que tivessem cometido infracções punidas com reclusão na prisão do condado ou em casa de correcção e, em 1895, com pena penitenciária.

Devemos notar que não só em Illinois se criaram medidas para a protecção de menores delinquentes.

Também o Estado de Nova Iorque tinha encarado o problema. Já em 1864 as suas leis autorizavam a colocação de menores de 16 anos condenados, por simples delitos, a uma pena de detenção, numa casa de educação e beneficência.

Igualmente, em 1884 fazia-se a absoluta separação prisional de menores e adultos e, em 1886, criava-se, neste Estado, um sistema de protecção às crianças moralmente abandonadas.

Ainda nos Estados Unidos, medidas idênticas tinham sido tomadas nos estados de Massachussets, Michigan, Pensilvânia e Marilândia.

Estas medidas, representando um notável progresso no tratamento da menoridade delincente levaram à ideia da necessidade da criação de um tribunal de menores, baseada nos magníficos resultados colhidos no Estado de Massachussets, onde, desde 1869, se praticava a especialização das audiências para menores e onde se adoptava um sistema de provas especial para as infracções cometidas por aqueles.

Arrastada a opinião pública para estas ideias, a Câmara de Illinois, em 1898, aprovou, finalmente, um projecto do juiz Harvey criando um tribunal para menores que nesse mesmo ano começou a funcionar.

A iniciativa do Estado de Illinois, cedo se expandiu por todo o território dos Estados Unidos, de tal maneira que em 1906, trinta estados deste país, tinham aderido ao movimento.

Quais os princípios que dominavam o sistema dos *juvenile courts*?

Recorremos aqui ao que, sobre eles, escreveu o Prof. Doutor Beleza dos Santos. Segundo ele, os tribunais de menores americanos assentam nos seguintes princípios :

a) O seu campo de acção estende-se, não só aos agentes de infracção, mas a todos os menores em perigo moral, pois que se aceita que a delinquência dos menores é consequência do meio, mais que de tendências inerentes à pessoa do sujeito, reveladas pelo facto ;

b) A sua missão é tutelar : pretende conhecer o menor, captar a sua confiança para o poder encaminhar para um destino digno e, por isso, há um corpo de *probation officers* cuja missão é reunir elementos por que se possa conhecer a personalidade do menor e o ambiente em que viveu até ao julgamento ;

c) O menor que necessita ser afastado dos meios perigosos, não é preso nem detido em cadeias de adultos mas recolhido em estabelecimentos especiais ou colocado em liberdade vigiada ;

d) A comparência do menor no tribunal é despida de aparatos ou formalidades, permitindo, assim, ao juiz um contacto directo com ele ;

e) O juiz é protector do menor em nome da sociedade pelo que não há lugar para uma acusação e para uma defesa especialmente organizadas, sendo por isso dispensados, em regra, os agentes do Ministério Público e os advogados ;

f) Como consequência da sua especialidade, o juiz é único, decidindo como um bom pai de família conforme os seus conhecimentos das leis e das crianças.

O êxito do sistema norte-americano foi enorme, como prova a expansão que teve por todo o mundo.

Em Portugal, igualmente, se fez sentir a sua influência.

É o Decreto de 27 de Maio de 1911 que, sob a feliz designação de Tutoria, introduziu, no nosso país, o tribunal de menores.