

Menores Delinquentes e Marginalizados

(Evolução da Política Jurídico-penal e Sociopedagógica até à 1.ª República)

ERNESTO CANDEIAS MARTINS (*)

0. Algumas Questões Preliminares

Na actualidade, graças ao esforço de um diminuto número de investigadores, de uma grande variedade de estudos permite-nos conhecer a nossa história social e da educação. Contudo, ainda está por fazer, no âmbito da criança e do jovem e em particular da infância⁽¹⁾ com dificuldades socio-educativas⁽²⁾, a História da Assistência à Infância

(*) Escola Superior de Educação - Departamento de Ciências Sociais e da Educação - de Castelo Branco.

⁽¹⁾ Dos três termos usuais na doutrina e protecção, "*menor*", "*criança*" e "*infância*" preferimos este último que é o mais jurídico e exacto. "*Menor*" implica gramaticalmente "*limitação*", "*negação*" e não se pode negar qualidades ou direitos com o mesmo nome. "*Criança*" denota inferioridade utilizando-se como vocativo comunicativo quando nos dirigimos a uma pessoa que ainda não é adulta. "*Infância*" ("*in fans*", infans) alude ao estado ou estádios de desenvolvimento da criança como pessoa, como ainda as instituições e medidas (assistenciais, educativas, tutelares, correcção) a favor dela. A palavra "*Infância*" teve historicamente um conteúdo jurídico desde Roma, sendo a partir do século V "*infans*" (infante) designava a criança que ainda não tinha sete anos de idade. No artigo optamos pelo termo "*menor*" por ser o mais tradicional e habitual no âmbito jurídico-social e porque nele analisamos uma situação específica (delinquência, marginalidade), com necessidade de protecção.

⁽²⁾ Designamos aquelas crianças que apresentavam comportamentos anti-sociais, delitivos de inadaptação (social, escolar) e por causas alheias como o abandono, a indigência, em perigo moral ou sofrendo algum tipo de marginalização social nos séculos XVIII - XIX e na 1.ª República.

Inadaptada (perspectiva da Pedagogia Social). Na recuperação, regeneração, correcção ou reeducação da infância delinquente, marginalizada e abandonada empenharam-se ao longo da nossa história, educadores e instituições particulares ou religiosas (assistenciais, educativas e correcionais), a maior parte deles ou delas pouco reconhecidos(as) ou tirados para o anonimato.

Os trabalhos escassos alguns deles valiosos desde os finais do século passado (por exemplo: M. Ferreira-Deusdado, Aurélio da Costa Ferreira, Alice Pestana "Cariel", Mendes Correia, Pe. Oliveira, Augusto de Oliveira, Beleza dos Santos, Alves dos Santos, Faria de Vasconcelos, J. A. Ferreira da Fonseca, Fernando da Silva Correia, Pires Lima, Victor Fontes, etc.), abordaram cada um aspectos parciais: medidas de protecção à infância, estabelecimentos de correcção ou reeducação, sistemas ou regimes de internato, criminalidade infantil, instituições assistenciais e de educação (asilos), teorias correcionalistas, medidas jurídicas aos menores (direito de menores), regimes penitenciários, antropologia criminal, aspectos teórico-práticos de pedagogia correcional em internamento, etc. Poucos desses estudos aparecem sistematizados e organizados de modo cronológico nos seus diversos componentes socio-pedagógicos relacionados com a infância designada de abandonada, delinquente, inadaptada, "em perigo moral", indisciplinados, etc⁽³⁾.

É propósito deste artigo descrever e analisar a evolução da política jurídico-penal ou jurídico-social e pedagógica relativa aos menores delinquentes e marginalizados. O contexto histórico vai desde os alvares da Lusitânia e da nacionalidade portuguesa até à 1.^a República. Prevenindo alguns reparos a julgar pelo título começamos por referir-nos ao "Codex Legum" (Livro IV) onde se manifesta a preocupação pelos órfãos e abandonados até à criação pelo Estado de

⁽³⁾ Algumas destas terminologias ou designações jurídicas apareceram a partir dos Códigos Penais (séc. XIX) e no direito de menores (1911, 1919, 1925, 1962, 1978, etc.).

estabelecimentos de correcção e da elaboração dos Códigos Penais (séc. XIX). As iniciativas filantrópicas, humanistas e pedagógicas liberais em prol da infância desvalida desembocam no início da República na Lei de Protecção à Infância (Decreto de 27 de Maio de 1911), gerando o direito tutelar de menores (tutelar, assistencial, educativo, preventivo). Deixaremos de lado a análise a esta legislação de menores, pois já nos mereceu alguns estudos (Martins, 1995: 102-125; 1998:30-41).

Neste percurso evolutivo da política jurídico-penal de menores o "*direito*" e a "*justiça*" foram estabelecidos ou entendidos no pensamento (jurídico, filosófico, ético, social, etc.) português em relação à criança, considerando-a como um adulto em miniatura, desprovida de direitos, incompreendida e desconhecida pela sociedade e pela família naqueles momentos fulcrais do seu desenvolvimento. Por isso, toda aquela criança com desviação social e comportamentos anti-sociais ou delitivos seria detida, julgada e condenada com medidas jurídico-sociais como se fosse um "*criminoso*", quando as medidas adequadas deviam ser de teor educativo e de regeneração moral.

1. Evolução da política jurídico-penal e pedagógica dos menores

Podemos detectar vestígios de preocupação (re)educativa pela infância e pela juventude desde a Lusitânia, na época romana e visigótica e, inclusivé, fora da Península encontramos as disposições de Licurgo em Esparta com normas que podemos considerar como os primeiros sintomas dos métodos de correcção dos comportamentos anti-sociais ou de desvio social. Este legislador grego concedia a cada cidadão o direito de corrigir as acções punitivas dos menores, empregando açoites na presença dos outros cidadãos. Além disso, autorizava-se a denúncia entre eles, pelo que os rapazes vigiavam-se uns aos outros e não duvidavam em delatar os seus condiscípulos na casa comum onde viviam em camaratas sob a orientação do "*pedonomo*" e restantes subordinados (Palacios, 1997:19 ss).

A responsabilidade criminal do menor foi ao longo dos tempos um tema difícil e preocupante, devido à complexidade do seu trato jurídico e aos escassos documentos existentes na mais remota antiguidade portuguesa (Martins, 1995).

A questão do serviço social de justiça e as reacções relativas ao crime situa-nos dentro de um monismo ou dualismo jurídico, naquelas épocas em que só havia penas ou penas e medidas de segurança para os delitos. Esta ideia ligada à prevenção especial dos criminosos foi apontada por Platão, ao insistir que toda a legislação deve ser educação ou formação de virtudes. O fundador da "Academia", cita no Livro IX das "Leis" (1991:862 b) que:

... Nenhuma pena infligida segundo a lei se estabelece para causar um mal, mas para converter em melhor o que a sofre (...). É necessário dizer que o fim da justiça tende a isto, a que a lei instrua a quem comete a injustiça, grande ou pequena e o constranja a não praticar jamais acções voluntárias, no futuro (...). A quem o legislador considera incurável nisto, que pena a lei lhe imporá? A morte vingadora (...) ⁽⁴⁾

Esta perspectiva platónica da prevenção geral ("ne peccetur") a alcançar pela educação do delinvente, para que este não reincidisse, continua a ser um dos vectores permanentes na luta contra o crime. É certo que a problemática dos menores incorrigíveis não devia levá-los à morte, mas a uma integração ou reinserção gradual na sociedade, através de processos educativos ou de correcção.

Este breve excuro histórico sobre os modos como o Direito e a Justiça foram estabelecidos ou entendidos no pensamento português antes e depois da nacionalidade até ao século XIX, com a intenção de compreendermos o direito dos menores, o que nos leva a afirmar a estreita relação ou

⁽⁴⁾ A tradução da citação do original espanhol é da nossa inteira responsabilidade.

interdependência existente entre a reflexão sobre essas realidades, destacando-se o conceito de homem e as concepções antropológicas subjacentes nas diversas medidas jurídicas criadas, assim como os pressupostos metafísicos que lhes estavam impregnados (Rocha, 1951: 22-55).

1.1. Da Lusitânia à época romana e visigótica

Na época romana o Imperador Trajano, de origem hispana, destinava as "*alimenta*" (donativos) para proporcionar meios de subsistência aos adolescentes de ambos os sexos que vagabundeavam abandonados pela cidade de Roma e cometiam os mais variados delitos ou infracções para sobreviver. O mesmo soberano criou uma espécie de asilo em Roma para recolher crianças 'expostas' ("pueros alimentarios") até aos 4 anos de idade. Este exemplo foi seguido pelos particulares que contribuíam com os seus fundos para o mesmo fim, não só em Itália como no resto do império, incluindo a Península Ibérica.

Outros exemplos se seguiram, como o de Tertuliano, com os "*depósitos de piedade*", que eram colectas efectuadas pelos primeiros cristãos destinadas a curar os doentes, a enterrar os mortos, a alimentar os pobres, a cuidar e educar as crianças órfãs, a sustentar os velhos, a providenciar as necessidades dos presos nas prisões (incluindo os menores delinquentes), e o exemplo do Bispo S. Nicolau de Barí que assistia e curava as crianças desamparadas e pobres e acudia aos presos.

A Lusitânia, origem de Portugal, apresentava uns limites muito variados, sendo habitada por diferentes povos ou tribos independentes, que se confederavam quando a sua liberdade ou independência era ameaçada (Oliveira Martins, 1924, T. 2). O governo destes povos era democrático. As leis e os negócios mais importantes decidiam-se em assembleias populares, onde o bater com a espada no broquel era o sinal de aprovação, e um sussurro o de desaprovação (Melo Freire, 1923). Atribui-se aos turdetanos, um dos povos mais antigos da Lusitânia, alguns conhecimentos científicos e artísticos, sendo na poesia que escreviam as suas leis jurídicas.

Os lusitanos obrigavam os réus de crimes capitais a serem apedrejados e os doentes e as crianças com delitos a serem colocados na rua ou nas estradas públicas para receberem conselhos dos transeuntes. Durante o domínio dos romanos a Lusitânia foi governada por magistrados anuais (cônsules, procônsules, "*propractores*", ...) mandados por Roma, cujas obrigações compreendiam o "*imperium*", "*curatiorem*" e "*jurisdictionem*". Todas as províncias romanas se regiam por leis ("*formula provinciae*") e éditos provinciais dos seus magistrados. Os cidadãos gozavam de direitos (políticos e civis) constituídos no "*jus civium romanorum*" ou "*civitas romana*" (Melo Freire, 1923; Amaral, 1820, Tomo 6: 2-8), destacando-se os Códigos de Teodósio e de Justiniano, os quais marcaram todo o direito português durante muitos séculos (Rocha, 1951: 27-29).

O direito romano com uma certa sistematização científica e admirável previsão, admitia a irresponsabilidade (inimputabilidade) dos menores até aos sete anos de idade ("*ab innocentiam consilii*"), alargando posteriormente essa presunção legal quase aos dez anos de idade, para ambos os sexos no "*infantiae proximi*".

Quando os povos como os suevos, vândalos, alanos e visigodos invadiram a península, desaparecem a maioria das escolas rudimentares mantidas pelos municípios da época. O ensino passa a estar nas mãos dos eclesiásticos, estando o povo inculto. Por isso, será lógico pensar-se que (não) havia (pouca) atenção educativa aos menores delinquentes, marginalizados ou abandonados, apesar de existirem algumas disposições protectoras à infância no "*Foro*" visigótico.

A necessidade política e social levou alguns desses povos a compilarem as suas leis. Na época visigótica, o direito penal foi fruto do desenvolvimento do direito germânico e da influência do direito romano (Código de Justiniano).

O direito criminal dos visigodos, designado por "*Codex Legum*" ou de "*Lex Wisigothorum*" (654), constituído por doze livros e subdivididos em títulos, apresentava várias máximas políticas e morais para combater as formas privadas de reacção criminal (Langhans, 1951: 27-31). Por exemplo, no Livro IV "*Da Linhagem Natural*", dado por Recesvinto, no Título

III - "*Dos Órfãos e dos que lhes defendem*", a Lei Terceira - "*Cuemo debe omne recibir la guarda de los huérfanos, e quanto deve haber de sus cosas*", especifica que, quando as crianças "*expostas*" (o costume romano da "*exposição*" permitia o abandono dos recém-nascidos se o pai não os aceitasse) morressem devido ao abandono, se penalizasse com a pena de morte quem incorresse nessa "*exposição*", (Mêrea, 1939).

A Lei Primeira do Título IV estava dedicada às crianças abandonadas e condenava ao desterro perpétuo os pais pelo abandono dos filhos ou de não os resgatarem das pessoas que os cuidaram (Palacios, 1997: 20). Ao lado da pena de morte, havia obrigatoriamente penas pecuniárias para todos os delitos (Eduardo Correia, 1968: 101-104), incluindo os menores, constituindo a base legislativa da época as desigualdades e os distintos direitos civis para as diferentes categorias de cidadãos (Martins, 1995:72 ss).

Estabelecia ainda a lei visigótica sobre o "*pátrio poder*" que cabia ao pai criar e educar os filhos e usar da "*potestas fiagellandi et corripiendi*". Apesar de algumas atrocidades desta legislação (o pai podia matar a filha adúltera ou desposar a filha solteira, etc.), permitia-se à mãe ou familiares tutores, na falta do pai, serem ouvidos nas questões da infância e da juventude. Desta forma há uma certa influência da Igreja no direito visigótico ao colocar a mãe ao lado do pai, no exercício do poder sobre os filhos, podendo-os corrigir, educar e dar-lhes emancipação (pelo casamento) (Langhans, 1949: 242-246).

Por conseguinte, as leis criminais ocupam uma grande parte do Código Visigótico. Elas eram ditadas não só com a intenção de emendar ou corrigir o delinquente em função da sua utilidade pública, mas também impunham um sistema de terror e de vingança arbitrária, unicamente modificada pela consideração à pessoa do delinquente ou conforme o ofendido fosse servo, nobre ou peão.

A pena de talião, as infamantes e atrozes penas corporais (fustigação e decalvação, a mão cortada, nariz cortado, a castração, o arrancamento dos olhos, etc.), eram algumas das medidas penais ordinárias. Comutava-se com composições pecuniárias muitos dos crimes de menores, incluindo a

entrega do delinquente ao ofendido ou aos parentes deste, com o direito de venda, submissão e, em alguns casos, o direito de matá-lo. Todos os malefícios e sortilégios eram castigados, assim como crime.

Embora teoricamente aplicável, esta legislação era juridicamente complicada nos processos e nas decisões dos juizes. Havia neste sistema juridico juizes ("*árbitros*") escolhidos pelas partes e os nomeados pelo rei, que se designavam segundo as suas funções jurídicas ("*dux*", "*comés*", "*vicarius*", "*pacis-assertor*", "*thiufadus*", "*decanus*", "*millenarius*", "*quingentenarius*" "*centenarius*" e "*defensor numerarius*"). O único princípio regulador fixo desta jurisdição civil e penal parece ter sido o governo militar. Simultaneamente floresce a vingança privada (Eduardo Correia, 1968: 101), apesar do fortalecimento do poder público e da imposição gradual do direito canónico e romano.

Na verdade, o Código Visigótico foi uma das principais legislações usadas nos últimos tempos dos godos, subvertido pelo direito consuetudinário e reproduzido nos "*Forais*" e adicionado com as colecções dos cânones dos Concílios (Rocha, 1887: 21-28).

1.2. As Disposições Protectoras da Infância

1.2.1. Dos Foros às 'Ordenações'

No medievo as crianças que realizassem actos delitivos tinham o mesmo trato que os adultos, isto é, não estavam isentas de receber penas. Era impensável conceder-lhes qualquer tipo de ensino correcional ou de formação.

Nos princípios do século XI, no Concílio de 1020 em Leão, D. Afonso V de Castela e Leão publica um pequeno código chamado o "*Foro ou Foros de Leão*", o qual foi confirmado no Concílio de Criança e mandado observar na Galícia, Astúrias e Portugal, servindo de modelo aos nossos "*Forais*". As leis penais deste "*Foro*" eram todas pecuniárias ou

comutáveis a dinheiro ("*coimas*"), sem exceptuar as do homicídio, constituindo uma boa parte dos rendimentos do rei e dos "*senhorios*".

Os "*Forais*", que eram leis particulares e variadas dadas pelos reis e "*senhorios*" que regiam os distritos ou concelhos do reino, constituíam a legislação escrita dos séculos XI e XII. Nestes numerosos códigos escritos em latim bárbaro, encontravam-se confundidas as leis criminais e civis com referência aos menores. Só a partir do século XII começou a usar-se a jurisprudência de Justiniano ou o Direito Romano (Rocha, 1887: 65-79).

Mencionamos, no século XIII (1263), as "*Siete Partidas*" de Afonso X ("*O Sábio*"), como um grande conjunto legislativo de normas, de natureza jurídica, reguladoras das acções humanas e das relações entre os indivíduos e classes sociais, com muita influência no ordenamento jurídico português da época.

Esta obra jurídica, com muitos comentários doutrinários e princípios filosóficos (anotações), além de manifestar a própria política cultural e educativa do soberano, provocou uma nova corrente europeia de renovação da ciência do Direito (em Itália e França), supondo a transição do regime feudal ao corporativo.

EL-Rei "*O Sábio*" não esqueceu a protecção aos menores ao indicar o limite da irresponsabilidade delictiva. Assim, nos actos de luxúria não delinuíam os menores de 14 anos (sexo masculino), ou de 12 anos (sexo feminino) (Partida VII.^a, Título I.^o, Lei IX.^a), sendo irresponsáveis os menores de dez anos e meio de ambos os sexos (Partida VII.^a, Título I.^o Lei IX.^a). Os menores de 14 anos tinham atenuantes e os de 17 anos penas mitigadas (Partida VII.^a, Título XXXI.^o, Lei VIII.^a - irresponsabilidade ou imputabilidade, sem procedimentos criminais). Além disso, proibía-se o tormento aos menores de 14 anos (Partida VII.^a, Título XXX.^o, Leis II.^a e III.^a) (Alfonso X, 1992: 432 s).

As "*Partidas*" protegiam as crianças abandonadas (por maldade, crueldade, ...), as quais não deviam ser devolvidas nos casos de abandono voluntário pelos pais (Partida VI.^a,

Título XX.^o, Lei IV.^a), e castigava-se o roubo dos menores e outras infracções. Outros aspectos de interesse deste Código são, por exemplo, a referência à justiça entre a convivência dos homens em paz (Partida III.^a), o poder que tinham os pais sobre os filhos na sua educação, e a obediência destes aos pais (Partida IV.^a) e, ainda, a menção aos órfãos amparados nos seus direitos, à sua tutela e aos guardadores (Partida VI.^a, Título XXVI.^o, Lei I, II e XXVI) (Alfonso X, 1992: 358/9).

Por outro lado, limitou-se a "*patria potestad*" evitando-se os abusos dos pais para com os filhos, castigando-se aqueles que os maltratassem com o desterro (Partida VIII.^a, Título VIII.^o, Lei IX.^a) e, também, permitia o empenho do filho auxiliar o pai nas situações de fome ou miséria (Partida V.^a - Título XVIII.^o). Na época de D. Afonso X, e posteriormente ao seu reinado, houve na Península outras leis ou disposições rudimentares que propunham a protecção dos menores.⁽⁵⁾

Aparecem, também, certas disposições protectoras da infância nos "*Foros*" e nas Leis monárquicas castelhanas. Por exemplo, citamos o "*Fuero Viejo de Castilla*" (Livro II, Título 1, Lei VIII a), "*Fuero Real de España*" (Livro IV, Título XIII), as "*Ordenanzas Reales de Castilla*" (Livro VIII, Título XIV, exceptuam-se os menores de 12 anos de penas duras), "*Novísima Recopilación*" e outros foros municipais como o de Plasência (1262) com a sua "*reforma paterna*" (os pais permitiam que os filhos rebeldes ingressassem na prisão) e as legislações catalãs (Chust, 1968: 17 ss).

⁽⁵⁾ Na Catalunha, o Bispo Narmán com a "*Libre de les costumns de Tortosa*" aborda as questões dos menores e a sua responsabilidade penal (responsabilidade atenuada até aos 14 anos de idade). Além das "*Partidas*" e do "*Libre de les costumns*", Pedro IV "El Ceremonioso" cria uma disposição legislativa (6 de Março de 1337) com o nome de "*Pare d'Orfens*", figura tutelar de "pai dos órfãos" que era um tribunal especial que exercia funções de vigilância e protecção sobre os menores em várias situações (Palacios, 1997: 25-27).

Qual a política criminal, com implicações na protecção aos menores, usada desde os primeiros tempos pelos nossos monarcas até às "Ordenações Manuelinas" ?

As fontes do antigo direito penal português podem ser encontradas nas leis, nos decretos ou mesmo no direito consuetudinário. O primeiro código penal foi a "*Lex Wisigothorum*" (Langhans, 1949 a: 242-261), já atrás referida.

A legislação nacional começa no Século XII quando nas Cortes de Lamego (1143) se publicam várias leis jurídico-penais. Coube a EI-Rei D. Afonso II decretar as comunidades "*Forais*" concedendo vários privilégios. A tendência dos nossos primeiros reis foi em centralizar em si a realização do poder punitivo, com métodos repressivos, impedindo e reduzindo o uso da "*vingança privada*". A seguinte passagem das "*Posturas*" (1211) do Rei D. Afonso II expressa bem esse propósito, citado por Eduardo Correia (1968, Vol. 1: 25-27):

D. Afonso II de Portugal é quem dedica uma atenção mais diligente e minuciosa à limitação da auto-tutela em matéria penal, com uma série de disposições detalhadas que formam uma importante parte das suas Posturas (...).

Desta forma, a política penal de Afonso II tinha em vista conseguir em breve prazo, a liquidação do sistema da vingança privada, permitindo só no último dos casos, mas limitadamente e como medida transitória; a sanção dos delitos passava a ser, assim, da competência exclusiva do Estado.

Os Forais e as leis gerais publicadas sucessivamente desde D. Afonso II, unidos à aplicação do direito Romano e Canónico, e ainda aos usos e costumes dos portugueses na Idade Média, foram as leis jurídicas que nos regeram até ao século XIV.

EI-Rei D. João I encarregará João Mendes e Rui Fernandes de reformar e compilar todas as leis anteriores ao seu reinado numa colecção que foi concluída em 1446 por D. Afonso V e conhecida por "*Ordenações Afonsinas*"

(Caetano, 1962: 195-197). Estas, ao longo dos seus cinco livros e dos seus respectivos títulos, estabeleciam os regimentos gerais para os diversos magistrados (Rocha, 1887: 120-121): os "*juizes ordinários*" (nomeados pelos "*homens bons*" de cada concelho com a competência da jurisdição cível e do crime voluntário e contencioso); os "*juizes especiais*" para o crime de órfãos e direitos reais; os "*corregedores das comarcas*" que mantinham a jurisdição real, e os "*juizes da Casa do Cível*" (ou Tribunal da Corte).

O Livro 5.º das "*Ordenações Afonsinas*" contém as leis penais e o processo criminal, misturado com muitas disposições do Direito Romano e Canónico. Nelas proibía-se quem quer que fosse de fazer justiça por outra forma, que não seja a de recorrer ao tribunal (Eduardo Correia, 1968: 102).

O legislador aplicava o seu "*livre arbítrio*", não tendo em conta os fins das penas, nem a proporção dos delitos cometidos, incluindo os dos menores, o que determinava uma desigualdade, uma violência e crueldade neste sistema jurídico. Contudo, estimulava-se a apresentação do menor delincente em juízo, mandando-se dar cartas de segurança; preveniam-se os abusos da justiça, regulava-se a prisão preventiva, reduziam-se as formalidades processuais e previa-se a assistência judiciária aos pobres e menores, pela renda dos concelhos. Em suma, havia penas corporais (mutilação, açoites, tormentos, marcas de ferro, etc.), penas pecuniárias, penas que afectavam a liberdade (servidão penal, prisão preventiva e coercitiva, degredo, desterro), penas infamantes, penas acessórias e arbitrárias (Martins, 1998).

1.2.2. Das "*Ordenações Manuelinas*" aos Códigos Penais (Séc. XIX)

Passados sessenta anos da publicação das "*Ordenações Afonsinas*", o Rei D. Manuel I deixa de redigir novos forais para as comunidades (1497) e encarrega em 1505, Ruy Boto e Ruy da Grã de as reformar, constituindo-se em 1525 um novo Código de leis chamado "*Ordenações Manuelinas*"

(promulgadas em 1521 ou 1523). Estas significam na sua formulação, tipificação e justificação do crime um certo aperfeiçoamento em relação às anteriores "*Ordenações*", emendando alguns dos seus defeitos. Mesmo prejudicadas por um exagerado casuismo, regulamentam a tramitação processual e caracterizam-se por um "*jus puniendi*", continuando a ser subsidiárias do Direito Romano e Canónico.

Em todas as "*Ordenações*" ("*Afonsinas*", "*Manuelinas*" e "*Filipinas*") o Livro 5.º é aquele que se ocupa do direito penal, não só no seu aspecto substantivo, mas também do aspecto adjectivo ou processual (Eduardo Correia, 1968: 103). Relativamente aos menores as "*Ordenações Manuelinas*" e "*Filipinas*", dedicam-lhes alguns tratamentos jurídicos, indicando a maioridade penal no rapaz aos 20 anos e na rapariga aos 18 anos, enquanto a maioridade cível era aos 25 anos. Alegava-se como justificação desta falta de paralelismo entre as duas capacidades (penal e civil) que, para se tratar de negócios civis, era necessário um maior desenvolvimento e madurez do que para se ter conhecimento do bem e do mal.

O imperfeito desenvolvimento mental e moral da criança nos primeiros anos, a sua impossibilidade ou dificuldade de discernir o bem e o mal (desenvolvimento moral), o lícito do ilícito, e a sua dificuldade em resistir aos próprios impulsos ou sugestões alheias, são tão evidentes que até as leis penais lhes criaram situações favoráveis.

Efectivamente, encontramos em geral, no antigo direito romano, a irresponsabilidade do menor até uma certa idade, e para além dela, dentro de certos limites, a isenção de algumas penas ou a atenuação de outras. Mantinha-se a ideia de encarar-se a criança como um adulto (adultismo), quer no modo de pensar, de vestir, de alimentar, de viver, etc. quer como era vista no âmbito jurídico-social e educativo na época.

Se é verdade que o direito romano já admitia a irresponsabilidade dos menores até aos 7 ou quase aos 10 anos ("*ab innocentiam consilii*" e "*infantiae proximi*") será durante a Idade Média e Moderna que assistimos a uma identidade de tratamento jurídico-penal dos menores com os criminosos adultos (Jordão, 1967: 5-7); isto é, julgamento nos

mesmos tribunais comuns e sob as regras do direito processual criminal ordinário.⁽⁶⁾

Não fogem à regra as nossas "Ordenações", com sistemas punitivos baseados fundamentalmente em penas corporais e infamantes. Entre as normas jurídicas do seu confuso e rude direito penal, que Pascoal Melo Freire (Beleza dos Santos, 1926: 6) designava por "injusto", "inconsequente" e "cruel", aparecem alguns indícios rudimentares e incompletos, que de certa maneira protegiam os menores contra a severidade daqueles preceitos (Eduardo Correia, 1968: 104; Langhans, 1949 b: 298-314; Rocha, 1951: 22-55).

Tais normas limitam a vingança privada, a auto-tutela e as cartas de segurança ("*habeas corpus*") e continuam a expressar as penas de morte, as penas corporais (mutilação, degredo, açoites, marcas de ferro em brasa, tormentos), as penas pecuniárias (multas), as penas que afectavam a liberdade (servidão, prisão com penas repressivas e normas de regimento prisional), as penas infamantes para certos crimes, as penas acessórias e arbitrárias, etc. (Eduardo Correia, 1977: 46-52; Correia e Dias, 1971; Ferreira, 1981).

Nestas épocas a prisão⁽⁷⁾, embora existente em condições precárias, tinha uma aplicação absolutamente excepção

⁽⁶⁾ Antes da promulgação do "Children Act" em Inglaterra (1908) e da criação dos primeiros tribunais de menores nos EUA, já nos Congressos Penitenciários Internacionais de S. Petersburgo (1891) e Washington (1896), se alertava para o inconveniente de sujeitar os menores às regras do processo penal aplicável aos adultos (Ferreira-Deusdado, 1891; Jordão, 1967).

⁽⁷⁾ O cumprimento das penas nas prisões é uma vantagem social que se produz em plena Idade Média. Mesmo existindo cárceres em tempos anteriores, os juizes não os utilizavam para se cumprirem as penas por delitos cíveis e como sistema de correcção de comportamentos anti-sociais. Até essa época era uso recorrer aos castigos físicos variados, incluindo a pena de morte ou a venda em regime de escravidão. Todas estas medidas estendiam-se aos menores, apesar da boa intenção de alguns Foros e Leis monárquicas. Estabelecida a pena de prisão, os menores sofrem nas masmorras um tratamento inumano e cruel, partilhando as celas com os adultos criminosos, os quais abusavam deles em todos os sentidos, incluindo os carcereiros. Será difícil imaginarmos qualquer método de correcção nos cárceres que não fosse os vícios e os maus exemplos.

nal sendo a forma de se atingir outros fins (forçar ao pagamento de dívidas, etc.), e agravada com a execução de sanções de natureza corporal.

No quadro punitivo dos menores, as "Ordenações" não trouxeram qualquer melhoria, uma vez que a graduação das penas estava em função da idade. As "Ordenações Manuelinas" (Livro 3.º, Título 88) e as "Filipinas" (Livro 5.º, Título 135) afirmavam que em relação ao menor delinquente com mais de 17 anos e menos de 20 anos de idade, ficaria ao bom critério do juiz aplicar-lhe a pena total ou diminuí-la, atendendo para esse efeito a algumas considerações, como nos ilustram os dois textos seguintes:

E se o dito delinquente fosse de hidade de dezasete annos atee vinte, em esta hidade ficará em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha, e em tal caso o Julgador oulhará o modo com que o dito delicto, de que assi for acusado, foi cometido, e as circunstancias delle, e a pessoa do ditc menor; e se o achar em tanta malicia que lhe pareça que merece total pena, dar-lha-ha, posto que seja pena de morte natural; e parecendo-lhe que a nom merece, lha poderá deminuir segundo a qualidade, ou simpreza com que achar que o dito delicto foi cometido.

(Ordenações Manuelinas, 1984: 328);

(...) E quando o delinquente fôr menor de dezasete annos cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador dar-lhe outra menor pena (...) E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum.

(Ordenações Filipinas, 1985: 1311).

Todo o menor de 25 anos de idade podia solicitar recurso das sentenças que injustamente lhe fossem aplicadas (Ordenações Manuelinas, Livro 5.º, Título 3). Até aos catorze anos,

sendo os menores irresponsáveis e inimputáveis cabia ao seu tutor responder por eles em juízo, pelos seus delitos e crimes. Aos maiores daquela idade exigia-se-lhes a sua presença em juízo (os procedimentos eram iguais ao adulto), com o seu tutor ou curador ("*advogado de defesa*"). Este era-lhes atribuído pelo Juiz de Órfãos (Ordenações Manuelinas, 1984: 319-324).

Era hábito mencionar-se nestas "*Ordenações*" as graças do Rei (Cartas Régias) aos órfãos menores de 25 anos de idade que requeressem a maioridade (civil) por motivos de restituição de bens e outras causas (Ordenações Manuelinas, Livro 5.º - Título 87, 1984: 325-327; Ordenações Filipinas, Livro 3.º - Título 42, 1985: 625/6).

Por outro lado, o Tomo 3.º do "*Repertório das Ordenações*" (Beleza dos Santos, 1926: 7) refere a discussão entre os juristas, se era lícito ou não impor aos menores delinquentes de 17 anos penas corporais afluivas. Assim, se o crime cometido por eles fosse menos grave, não lhes correspondia a pena de morte natural, tão utilizada nas "*Ordenações*", mas mandava-se observar o direito romano.

Havia, contudo, algumas situações excepcionais para os menores, apontadas nas "*Ordenações Filipinas*" (Livro 5.º, Título 36), como por exemplo no crime de tirar armas na Corte em que os menores de 15 anos ficavam isentos de penas.

Deste modo, os legisladores, apoiados naquele direito punitivo e repressivo, consideravam a impunidade aos menores de 7 anos de idade, pois tinham-nos incapazes de delito e pena. Esta irresponsabilidade absoluta era em alguns casos alargada aos impúberes do sexo masculino até aos 10 anos e meio e no sexo feminino até aos 9 anos e meio (esta disparidade entre a rapariga e o rapaz devia-se a que a rapariga podia absorver mais cedo as questões de discernimento).

Entre estas idades e a puberdade (14 anos para os rapazes e 12 para as raparigas) havia a presunção de irresponsabilidade, mas esta podia ser suprimida quando se demonstrava que a malícia do menor supria a deficiência da sua idade ("*malitia supplet aetatem*") (Melo Freire, 1923).

O menor púbere com menos de 20 anos de idade considerava-se, assim, responsável, apesar do juiz no seu livre arbítrio atenuar-lhe a pena, tendo em conta a sua menoridade (Jordão, 1967: 5-14). Aos 20 anos a responsabilidade criminal do menor era plena, equiparando-se à dos adultos (Ordenações Manuelinas, Livro 3.º, Título 88; Ordenações Filipinas, Livro 5.º, Título 135), começando assim a capacidade penal antes da civil (Lima, 1934: 142-180).

No reinado de D. João III, sob a direcção de Duarte Nunes Leão, reúnem-se todas as leis, alvarás e disposições régias no período entre as "*Ordenações Manuelinas*" e as "*Filipinas*", designando-se por "*Leis Extravagantes*". Estas foram uma continuidade do sistema penal punitivo anterior, apesar de incluírem o degredo dos menores e adultos vadios para o Brasil e Índia, as regras nas cadeias públicas (Aljube, Arcebispo, Limoeiro e do Tronco) para os menores delinquentes pobres e abandonados, os quais eram alimentados pelas Misericórdias e instituições de assistência (Eduardo Correia, 1977: 61 e notas; Correia e Dias, 1971), as penas corporais fixas ou arbitrárias, as penas infamantes (baraço e pregão) e as penas de carácter preventivo e coercitivo, etc.

Acentua-se nesta colecção de "*Leis Extravagantes*" o efeito de intimidação das penas, a idade e a reincidência como factores atenuantes ou de agravação para os menores delinquentes.

Em relação às "*Ordenações Filipinas*" - Livro 5.º elaboradas no reinado de Felipe II, não apresentam no seu sistema penal quaisquer aspectos particulares importantes relativamente às anteriores legislações. Mantêm-se as mesmas penas, destacando-se o degredo para os menores delinquentes reincidentes acusados de furto ou roubo (Livro 5.º, Título 132) (Ordenações Filipinas, 1985: 1308), tal como se refere no texto seguinte:

(...) *E os moços vadios, que na Ribeira de Lisbôa andão a furtar bolsas, e commettem outros delictos, se depois de soltos a primeira vez tornarem a ser presos polos semelhantes casos, e houverem de ser condenados em degredo, será para o Brazil, e serão levados presos, sem poderem ser soltos.*

Desta maneira, mesmo que os juizes atendessem em processo criminal à menoridade do menor, essa protecção jurídica concedida era limitada devido ao rigor bárbaro de certas formas de os processar. Unicamente os menores de 14 anos gozavam da isenção dos tormentos. Nestas "Ordenações", tal como nas anteriores, permitia-se ao julgador um poder discricionário para empregar as penas ⁽⁸⁾, como meio de instrução processual.

O único amparo que tinha o menor de 14 anos submetido à tortura era a nomeação de um curador para o aconselhar nas respostas às perguntas que lhe fizessem. Esta nomeação do curador, imposta pelo Juiz de Órfãos, era obrigatória sob pena de nulidade da confissão do acusado.

Por conseguinte, a duração e dosimetria das penas aplicadas aos menores delinquentes tinham em conta, muitas vezes, o factor de menoridade, no que concerne à natureza da aplicação e ao modo do seu cumprimento penitenciário, mas, lamentavelmente, na prática eles foram ameaçados durante séculos com penas ofensivas da moral e dos mais elementares princípios cristãos e humanitários (castigos corporais, suplicios, exposição em público, torturas e até pena de morte) (Martins, 1998: Cap. 1).

Os menores abandonados, delinquentes, vadios e marginalizados eram ominosamente remetidos com os criminosos adultos mais rebeldes e endurecidos, para prisões sem higiene, sem luz e sem o mais leve indício de conforto e educação.

Em linhas fundamentais, o sistema rudimentar do nosso direito penal de menores anterior à codificação penal (1852)

⁽⁸⁾ Reconhecemos uma certa limitação no séc. XVII nos casos a que corresponde a pena de morte, como mostra o Assento da Relação do Porto de 16/08/1661, em que os tormentos caíram em desuso entre nós, antes que o legislador os tivesse abolido, como é reconhecido pela Lei de 5/Março de 1790. Antes desta abolição legal já diversos escritores tinham contribuído para desacreditar esta forma bárbara de processar os delinquentes criminosos (Beleza dos Santos, 1926: 8).

julgava irresponsável o menor pela sua pouca idade ou falta de malícia, mas a lei, se o isentava da pena, não o curava ou reeducava da sua sorte. Pouco importava ao sistema que o menor continuasse a delinquir, que não corrigisse as suas tendências ou que continuasse a viver em um ambiente (familiar, social e educativo) de promiscuidade que o não formara ou mal formara no seu carácter. Se o menor delinquente era julgado responsável aplicavam-se-lhe penas que não diferiam das que sofriam os adultos, podendo ser atenuadas, segundo a idade, ou substituindo as mais graves por outras menos graves, mas não deixavam de serem penas (Branco, 1888 a).

Outro aspecto importante era a não existência, antes do século XIX, de estabelecimentos especiais para menores vadios e delinquentes (havia só a Casa Pia de Lisboa ⁽⁹⁾), à excepção dos que havia para os órfãos, abandonados ou desamparados socialmente (Silvestre Ribeiro, 1879, T. 20; Victor Ribeiro, 1907), de modo que os castigos legais podiam amendrontá-los, intimidá-los ou corrompê-los, mas não os melhoravam ou reeducavam socialmente.

Nos crimes mais graves, os juízes, obcecados pelo princípio da intimidação violenta, apenas viam no menor o delito, o mal causado e o perigo do exemplo, esquecendo-se por completo da minoridade do criminoso e da fraqueza do seu espíri-

⁽⁹⁾ A Casa Pia, instituição fundada em 1780 por Pina Manique, destinou-se inicialmente a regenerar, corrigir e educar os menores viciosos, vadios, mendigos e abandonados da região de Lisboa. Além dos seus colégios no país e no estrangeiro para o estudo de ciências naturais, medicina, cirurgia e belas artes, possuía um internato para órfãos de um e outro sexo, para órfãos e filhos inocentes de mulheres desgraçadas e ainda um refúgio para antigos internos desempregados. Tinha Casas de Correção para cada sexo e casa por onde passavam aqueles que estavam corrigidos, indo ali aprender os deveres religiosos e civis. Como estabelecimento de correção terminou com as invasões francesas em 29/11 de 1807, tendo em 1814 ressurgido com carácter diverso, principalmente de recolhimento e casa de educação para órfãos (Margiochi, 1852; Regulamento Geral da Casa Pia de Lisboa, 1948).

to. Formou-se entre os juristas o princípio de que nos casos atrozos, por exemplo, o sacrilégio, não valia o privilégio de ser "menor" para os escusar das penas mais violentas. Os nossos jurisconsultos ensinavam esta doutrina e os tribunais, por vezes, aplicavam-nas nos seus arestos ⁽¹⁰⁾.

As leis penais até aos inícios do século XIX, ou abandonavam o menor, ou o corrompiam, ou o sacrificavam à intimidação e à repressão geral. A protecção concedida à infância em termos jurídicos, legislativos e educativos era insuficiente, incompleta e defeituosa, não existindo a reeducação e a reinserção social dos menores.

O regime das "*Ordenações Manuelinas*" e "*Filipinas*", que não diferia muito do adoptado em outros povos, não era ainda dos piores códigos penais para os menores na Europa (Frazer, 1925: 1133). Abstraindo da competência atribuída aos juizes privativos dos órfãos, só o alvará real de 29/10 de 1814, irá sujeitar à inspecção e superintendência de um provedor-mor os órfãos miseráveis ou desamparados socialmente. Estes, quando encontrados, não eram presos em cadeias públicas, mas recolhidos em estabelecimentos próprios, como a Casa Pia do Castelo, o Colégio dos Meninos Órfãos da Mouraria, onde se lhes dava uma educação pelo trabalho ou aprendizagem de um ofício (Martins, 1995: 2.º Vol.).

⁽¹⁰⁾ Há um célebre processo de sacrilégio em Odivelas, ocorrido em 1671 na Relação de Lisboa, em que no acórdão se condena um menor de dezanove anos, jovem rústico, bárbaro e de pouco juízo, a que fosse arrastado com baraço e pregão pelas ruas públicas até ao Rossio, onde lhe seriam decepadas as duas mãos e queimadas à vista, sendo posteriormente subido a um mastro alto onde morreria de morte natural de garrote. O corpo do réu foi queimado e foram confiscados os seus bens (Beleza dos Santos, 1926: 11). Eram frequentes estas decisões dos tribunais que isentam réus da pena de morte a menores inferiores a dezassete anos, em que a pena era substituída, por exemplo pelo baraço e pregão, açoites e o degredo (Martins, 1995:77-87).

2. Menores Delinquentes e Abandonados nos Códigos Penais do Século XIX

As novas formas de filosofia jurídica vindas dos centros de cultura no século XVIII difundem a escola do direito natural e do individualismo crítico no pensamento jurídico português. Os legisladores reconheciam que a abundante legislação era extravagante, imprecisa, confusa e contraditória desde as "*Ordenações*", e que se impunha uma reforma completa. Caberá à Rainha D. Maria I incumbir uma Junta (Decreto de 31/Março de 1787), organizar um Código Penal, no qual se destacou a figura de Pascoal de Melo Freire.

O Livro V deste projecto de Código Criminal de Melo Freire (1789) tratava do direito criminal, onde se definia o delito como facto ilícito, aludia-se à delinquência colectiva, distinguíam-se os delinquentes em agentes e cúmplices, evidenciava-se a pena como diferente da restituição ou da reparação do sujeito criminoso, etc. Surge, assim, o direito de punir, em que os fins das penas eram a segurança social, a recuperação social do ofensor e a coacção psicológica como modo atemorizador da pena. A tentativa de modificar e introduzir novas disposições mais humanas e justas, como a abolição das penas cruéis e os tormentos nos menores delinquentes, não marcava um avanço nítido sobre o direito anterior, mantendo-se o seu carácter punitivo (Eduardo Correia, 1968: 68-70).

Dispunha o Código que os infantes eram incapazes de delito e pena, excepto os que excedessem o período da infância, que seriam castigados, segundo a sua malícia e grau de conhecimento. Melo Freire alerta na introdução da sua obra jurídica para que o menor criminoso devia para seu bem e da sociedade, ser tratado por esta como um doente ou ignorante (designação de "*idiota*", "*anormal*", ...) que é necessário "*curar, instruir e cauterizar, segundo a enfermidade da delinquência*" (Beleza dos Santos, 1926: 12; Pacareo, 1925: 20 ss).

Posteriormente, as Cortes saídas da revolução liberal reafirmaram a necessidade de modificar a legislação criminal, apesar de recusarem em 1820 o projecto de J. Bentham (Eduardo Correia, 1968: 72), prometendo um Código fundado

nas sólidas bases da justiça e da equidade, com uma especial atenção aos menores. Tal só seria parcialmente conseguido com o Código Penal de 1852. Nunca antes deste Código se pôs entre nós o problema da responsabilidade criminal dos menores, excepto em algumas tentativas esboçadas com a criação da Casa de Correção das Mónicas (1871), na criação dos estabelecimentos especiais de Vila Fernando e Vila do Conde (1902), na organização dada entre 1901-1903 pelo Ministro da Justiça Campos Henriques, até à atenção particular do Estado com as Tutorias da Infância (1911) e "Refúgios" na 1.^a República (Martins, 1998, Cap. 1).

2.1. Influência do Pensamento Filosófico-Jurídico nos Códigos Penais

No nosso País o pensamento filosófico e educativo marcou as decisões jurídicas e legislativas ao longo dos tempos, possibilitando-nos compreender a sua influência no direito penal (Códigos) e, em especial, no direito tutelar de menores neste século XX.

Os problemas da filosofia do direito e a sua relação com a "justiça" não eram desconhecidos dos nossos filósofos e, especialmente, dos filósofos do direito e da educação e dos juristas penalistas, desde o jusnaturalismo escolástico e renascentista (Álvaro Pais, D. Duarte, João Sobrinho, Diogo Lopes Rebelo, Frei António de Beja, Frei Heitor Pinto, Jerónimo Osório, Manuel de Góis, etc.) (Ferreira-Deusdado, 1995: Cap. III a V).

A reflexão sobre as problemáticas do "direito" (natural e positivo) e da ideia de "justiça" e de "liberdade", que, no fundo, são atitudes perante o homem (Beleza dos Santos, 1947-10-19), aparece confundida e disseminada nas obras de Ética, de Filosofia Moral e dos Valores, de Teologia ou do Direito Canónico (Rocha, 1951; Moncada, 1949: 4-11).

Deste modo, o pensamento filosófico-jurídico, à semelhança do que aconteceu no restante mundo culto cristão,

encontra-se em obras de ética e moral, com uma evidente intenção apologética e formativa, ou nos livros de educação dos príncipes no século XIV ao XVI (Teixeira, 1983: 15-17) e do ensino na Universidade (Rómulo de Carvalho, 1986: 102 ss). No século XV, cheio de acontecimentos, distinguem-se o infante D. Pedro e o rei D. Duarte pela sua instrução e conhecimentos, o infante D. Henrique promovendo em Sagres uma Academia de matemáticos e cosmógrafos, onde programava os seus ousados planos de navegação, D. Afonso V estabelecendo uma biblioteca no palácio, invento do astrolábio, generalização da tipografia, a criação de estabelecimentos de ensino das humanidades, a instrução literária para a nobreza, etc. Simultaneamente, a Universidade, considerada na época o centro da instrução, era favorecida com privilégios e doações dos reis e príncipes (Rómulo de Carvalho, 1986: 91-119), tendo sido reformada ligeiramente nos seus estatutos (1431 e 1504).

Neste ambiente educativo, a jurisprudência participou no mesmo desenvolvimento das letras e do ensino universitário, principalmente manifestada pelo gosto da filosofia do direito (Romano e Canónico). Com efeito, no pensamento filosófico-jurídico destes séculos XV e XVI, ao lado das manifestações tardias da escolástica medieval (Pedro Margalho, Gomes de Lisboa, ...), afirmam-se as orientações novas de signo renascentista e humanista, quer sob o influxo de um aristotelismo renovado pelo recurso às fontes helénicas (António de Gouveia, Pedro da Fonseca, os "*Conimbricenses*", ...), quer de livre inspiração platónica e neoplatónica (Leão Hebreu, Álvaro Gomes, Frei Heitor Pinto), quer ainda no sentido de um empirismo naturalista e criticista (Francisco Sanches, Gomes Pereira, etc.).

Esta Filosofia, tal como o ser português, era uma tensão de idealismo e realismo, de lembrança e de esperança, de aventura e rotina, de religião e teologia, cristã, barroca e franciscana, e dominada acima de tudo pelos problemas do "*homem*" e de "*Deus*", das relações do humano com o divino, com especial predilecção pelos problemas morais e político-jurídicos. Houve quem chamasse a esta Filosofia "*Atlântica*", porque expressava a filosofia do povo da epopeia dos Descobrimentos (Teixeira, 1959: 269-272).

Na jurisprudência vários pensadores portugueses foram influenciados pela "*Escola Cujaciana*" pelo modo como interpretavam os textos, recorriam à crítica e cultivavam com diligência o direito romano e canónico, além do que estava expresso nas "*Ordenações*".

Os filósofos e os pedagogos judeus portugueses, no século XVII, viviam, filosofavam e aprendiam no estrangeiro as novas formas especulativas do novo mundo científico inaugurado pela chamada "*filosofia moderna*", participando activamente nesse debate do direito e da justiça, principalmente na linha cartesiana-gassendista, do naturalismo imanentista de Uriel Costa (1581-1640), do eclectismo atomista de Isaac Cardoso (1615-1680) e do monismo panteísta de Bento de Espinosa (1632-1677) e do seu rival Oróbio de Castro (1620-1687).

Por outro lado, o pensamento católico enriquecia-se pelas contribuições tomistas de Frei João de S. Tomás (1589-1644) e do escolista Frei Francisco de Agostinho de Macedo (1596-1681) nos estabelecimentos de ensino que a Companhia de Jesus dominava, imperando a orientação aristotélica-escolástica instituída pelos "*Conimbricenses*" (Moncada, 1938: 20-28; Moncada, 1949: 11-14).

Conferiu-se, também, ao nível jurídico mais autoridade extrínseca às opiniões dos legisladores e ao papel do juiz ("*livre arbitrio*"). O resultado desta nova disposição fazia com que os juizes, nas questões ou espécies duvidosas, não consultassem nem a "*razão*" e a "*equidade*", nem aprofundassem prescietivamente as próprias leis ou recorressem ao seu verdadeiro espírito e analogia. Limitavam-se juridicamente a acompanhar as suas decisões pela opinião ou pelo senso comum. As próprias alegações dos advogados de defesa reduziam-se a uma simples acumulação extensa de remissões, quase sempre copiadas e impróprias (Eduardo Correia, 1968: 104).

Do interesse e da preocupação por uma reforma pedagógica e jurídica, dão-nos notícia as obras de Martinho de Mendonça de Pina e Proença ("*Apontamentos para a educação de um menino nobre*" - 1734), Luís A. Verney ("*Verdadeiro Método de Estudar*" - 1746), António Ribeiro Sanchez ("*Cartas sobre a Educação da Mocidade*" - 1760;

"*Método para aprender a estudar Medicina*" - 1763) (Rómulo de Carvalho, 1986: 393-446), e do jurisconsulto Manuel Fernandes Tomás ("*Reportório Geral, ou índice alfabético das leis extravagantes do reino de Portugal, ...*" - 1815) (Joaquim de Carvalho, 1983, Vol. IV: 385-423).

Todo este movimento constitui o primeiro momento iluminista no pensamento português, desempenhando um papel relevante os membros da Congregação do Oratório e os Clérigos de S. Caetano ("*teatinos*"), inspiradores das reformas políticas, jurídicas e pedagógicas pombalinas e da protecção da criança. O Marquês de Pombal imprime à legislação essa característica de jusracionalismo iluminista. Na Lei de 18/Agosto de 1769 restitui às leis pátrias a dignidade e a consideração devidas, adaptadas conforme o direito natural e o espírito pátrio, do governo e das circunstâncias da nação, mantendo-se o direito romano e canónico como seus subsidiários (Rocha, 1887).

O iluminismo português deve ao P.e Luís A. Muratori (sensista e empirista), influenciado nas obras de Verney, muita da inspiração das reformas de Pombal no campo da jurisprudência e do ensino jurídico (Langhans, 1951: 33-37). Destaca-se nesta época o jurisconsulto Pascoal de Melo Freire dos Reis marcado pelo iluminismo de Verney, o expositor das ideias jurídicas ("*Institutionis Juris Civilis Lusitani*"), e a elaboração de um projecto de Código Penal.

Nas primeiras décadas do século XIX dá-se uma crise no jusracionalismo iluminista, devido à acção utilitarista e sensista de Joaquim J. Rodrigues de Brito, Silvestre Pinheiro Ferreira e A. Luís de Seabra que sustentam que as ideias provêm da sensação ou do conhecimento sensorial, sendo a experiência a única fonte desse conhecimento.

A moral e o direito assentariam nos factos, na análise da natureza e na experiência indutiva. Encaminha-se este pensamento no sentido do individualismo, liberalismo e do parlamentarismo, produzindo-se uma "*jusfilosofia*" de inspiração krausista. A lei devia ser acompanhada por sanções com consequências úteis ou nocivas para o sujeito.

Em meados do século XIX as correntes de índole sensista e utilitarista entram em crise, dando lugar ao espiritualismo de sinal Krausista ou eclético que parte da psicologia (estudo do conhecimento e da alma). Tratava-se de uma fenomenologia da Percepção, pelo papel que atribui ao espírito no conhecimento. Destacam-se ainda, neste período liberal com impacto jurídico e filosófico, Vicente Ferrer Neto Paiva (ontocosmologia e Idealismo gnoseológico na linha escolástica - leibniziana e wolfiana), José Dias Ferreira, José M.^a da Cunha Seixas, Joaquim M.^a Rodrigues Brito, António de Sousa Costa Lobo, João da Silva F. Martins, João de Pina M. Abranches, Pedro Amorim Viana e Jaime Moniz (Teixeira, 1983: 73-90).

Nessa altura surge, também, o cientismo e o positivismo nas Academias Politécnicas (Porto e Lisboa) e na Universidade de Coimbra (Catroga, 1977 a, b). Esta corrente irá ter influência na divulgação da escola antropológica positivista do direito e das Ciências Sociais e Humanas.

2.2. As Disposições jurídico-sociais na Correção Educativa

Na segunda metade do século XVIII, o inglês Howard estuda a vida horripilante das prisões, revelando pela Europa esses horrores, como um apóstolo da substituição da pena por outra que pudesse emendar, corrigir e reabilitar os criminosos (Beleza dos Santos, 1926: 14). Demonstra a aplicação lógica desta ideia que obrigava a uma alteração profunda no regime penal dos menores. As crianças não se emendam nem se corrigem como os adultos, e não lhes convinham penas severamente intimidativas, mas sim medidas de correção que lhes cultivassem o espírito e lhes orientassem e transformassem o carácter.

As leis, obedecendo a esta nova corrente da Escola Política Criminal (Thót, 1927/8: 267-278), começaram com uma maior ou menor decisão e amplitude a desviar a aplicação da escala penal ordinária aos menores responsáveis e a substituí-la por medidas educativas. Gradualmente vai-se abandonando o "*adulthood*" da criança e começa-se a

conhecê-la tal como é, um ser bio-psicologicamente em desenvolvimento.

Há um maior empenhamento judicial pelos menores, absolvendo-os por falta de imputabilidade ou discernimento, e procura-se remediar a miséria moral, o abandono, a educação viciosa dada pelos pais ou aprendida na escola, as influências da rua, a promiscuidade, etc.

Esta orientação começa no Código Penal francês de 1789, ao indagar sobre o "*discernimento*" dos menores de idade inferior aos 16 anos, determinando que o tribunal podia absolvê-los, segundo as circunstâncias, entregando-os à família ou internando-os numa casa de correcção por tempo que não excedesse a idade dos 20 anos. Era o princípio da prevenção educativa para os menores, incluindo os irresponsáveis. O interessante deste Código é a substituição das penas ordinárias (morte, trabalhos públicos, reclusão ou detenção) pelo internamento por tempo fixo numa casa de correcção, para aí serem internados e educados (Beleza dos Santos, 1926: 15-17). O Código de 1810⁽¹¹⁾ manteve o mesmo sistema, diminuindo, porém o tempo de internamento nesses estabelecimentos disciplinares de correcção ("*maison de force*") para os menores que tivessem cometido crimes e procedessem sem discernimento (Palacios, 1997).

O direito francês nos Códigos de 1781 e 1810, que as nossas leis tanto imitaram, orientaram-se por outro caminho, ao falar de casas de correcção para os menores condenados. As tentativas isoladas para aplicar o sistema educativo aos menores delinquentes só aparecem em França com a lei de 5 de Agosto de 1850, ao criarem secções especi-

⁽¹¹⁾ O Código de 1810 foi modificado pelas leis de 24/Junho de 1824, 28/Abril de 1832, 12/Abril de 1906 e a de 22/Julho de 1912 que criou os tribunais de crianças. O próprio Código de Prússia de 1851 tinha disposições similares às do Código francês (Beleza dos Santos, 1926: 15-18; Jordão, 1967: 73-74).

ais nas prisões, e as colónias penitenciárias e correcionais, com um regime que, sem excluir a repressão, tinha por base uma educação moral, religiosa e profissional ⁽¹²⁾.

Estas disposições penais francesas foram durante muito tempo letra morta no referente às casas de correcção especiais para os menores, onde a reeducação ou reinserção social fosse um meio de os corrigir. As crianças absolvidas ou condenadas continuaram a viver promiscuamente com os adultos nas prisões e a educação que recebiam era a que lhes davam os criminosos (P.e Oliveira, 1918: II-Lv). Os erros e as imperfeições do direito francês, modelo que seguimos, foram reproduzidos e em alguns casos agravados nas nossas leis penais portuguesas.

Contudo, ao lado da repressão (a privação de liberdade em termos preventivos, coercitivos ou repressivos), acentua-se o princípio da prevenção e correcção educativa para os menores delinquentes, devido à infiltração de novas doutrinas de defesa penal (Thót, 1927/8: 191-302), do reconhecimento do valor da prevenção e, sobretudo da afirmação do princípio de que as penas devem ter como objectivo o emendar ou regenerar o delinquente. Começa a preocupação pela "*regeneração*", processo intimidativo e repressivo de rectificar o comportamento do menor pela readaptação à vida social, nascendo, assim, um novo ambiente no pensamento jurídico favorável à implementação desta nova orientação.

Já referimos que no século XIX o direito dos menores é dominado pela preocupação da responsabilidade moral e privação da liberdade. A herança do antigo direito,

⁽¹²⁾ Antes desta lei de 1850 em França já havia estabelecimentos correcionais e colónias agrícolas para menores em Mettray (fundada em 1839) tendo por modelo a alemã de Hom. Mas, com esta lei, fixaram-se os princípios do regime penal dos menores de 16 anos, dando impulso à fundação de instituições. Os pensadores franceses apostavam por medidas educativas e moralizadoras, porque a prisão precipitava os menores no crime, mas cabia à educação ser uma instrução profissional (Cuche, 1939: 66-69).

onde era lícito averiguar se a malícia não supria a falta de menoridade, mantém-se, tal como a indagação sobre o discernimento do menor. Esta questão era complicada, difícil e estéril ou prejudicial, porque desviava a instrução do caminho mais útil e a decisão judicial da base em que devia assentar. Aquela preocupação sobre a responsabilidade do menor, com ou sem discernimento, ainda mantinha o princípio da repressão penal, mas ligeiramente atenuada.

Os nossos Códigos Penais, seguindo a orientação do antigo direito e desviando-se da lei francesa, prescreveram um período de irresponsabilidade absoluta, que ia até aos 7 anos de idade no Código de 1837 (Art.85.º) e de 1852 (n.º 5 do Art. 23.º), passando para os 10 anos no de 1886 (n.º 1 do Art. 42.º). A esta fase de falta de imputabilidade até aos 7 anos, seguia-se uma outra até aos 14 anos de idade, em que, reincidindo no velho erro do código francês e das leis da época, se fazia depender a responsabilidade do discernimento. São exemplos o Art. 89.º do Código de 1837, o n.º 3 do Art.23.º do Código 1852 e o n.º 1 do Art. 43.º de 1886.

Os menores irresponsáveis, por falta de imputabilidade ou por se julgarem sem discernimento, não eram abandonados, pelo menos à face da Lei ⁽¹³⁾ sendo entregues aos pais ou tutores, ou internados em estabelecimentos apropriados, "*casas de educação*" (Código de 1852), "*estabelecimentos de correcção*" ou "*colónias penitenciárias*" (Código Penal de 1886).

(13) O Código Penal de 1852 não determinava quando o menor devia ter um destino ou outro, deixando a escolha dessas duas medidas dependente das circunstâncias, isto é, ao critério do juiz. Quando os menores eram internados, na sentença referia-se o tempo da duração. Houve algumas críticas a estas duas prescrições do Código, por um lado, por deixar sem limites o arbítrio do juiz, e por obrigar este a determinar previamente o tempo de internato destinado à reeducação do menor. O projecto de Reforma Penal de 1884 (Lei de 14/Junho) modificou este procedimento prescrevendo taxativamente os casos em que esse internamento podia ser ordenado (Art.º 49.º do Código Penal de 1886).

O destino legal dos menores de catorze anos, julgados responsáveis por terem procedido com discernimento, era diferente. A lei penal afastava-se do sistema que seguira para os menores irresponsáveis, adoptando um regime repressivo ou punitivo.

No Código de 1837 (Art.ºs 91.º e 92.º) punia-se com "*penas extraordinárias*" os menores delinquentes, o que não sendo uma forma especial e adaptada de correcção, substituíam as penas mais graves (morte, trabalhos públicos, degredo, reclusão, exílio, degradação cívica) pela prisão por tempo determinado.

No sistema punitivo do Código de 1852 (Art. 73.º) seguiu-se uma orientação semelhante (penas maiores, correcionais e especiais) de substituição das penas maiores por prisão com ou sem trabalho públicos (menores maiores de 17 anos), em um período não superior a dez anos, e penas privativas de liberdade. Se os menores fossem condenados a penas correcionais (sujeitos à vigilância da polícia) reduzia-se a metade o quantitativo prefixado na lei (Eduardo Correia, 1968: 74-80).

Não se pretendia a regeneração social pela educação, mas sim aplicar-lhes penas corporais punitivas que os humilhassem moralmente. Estabelecia ainda o Art.º 73 que os menores de 14 anos, julgados irresponsáveis, ou eram entregues aos pais, parentes ou tutores, ou seriam internados em uma casa de educação.

A lei facultava esta decisão aos juizes, que, na maior parte dos casos, contra-indicavam a primeira medida. As razões que eles apontavam para a queda do menor no crime, eram a indignidade, a negligência, a falta de recursos (miséria e pobreza) ou a falta de cuidados (educativos, higiene, etc.) dos pais ou tutores. Por isso, a entrega desse menor ao meio familiar deteriorado, onde se corrompera ou o abandonaram (não havia liberdade vigiada), permitiria que o abandono e a corrupção continuassem a actuar no menor. O juiz, segundo a lei, não tinha outra alternativa que escolher o internato numa casa de correcção como a melhor medida educativa.

O esquecido Projecto de Código Penal de 1861 (Levy M.^a Jordão), tinha formulado para o direito penal dos menores disposições modelares (n.º 4 do Art. 69.º; Art. 71.º e 140.º) impregnadas de ideias correcionais. Apesar de conservar para os menores entre os 10 e os 14 anos de idade o padrão do discernimento para aferir a responsabilidade, não obrigava a um regime repressivo nas medidas aos menores de 18 anos condenáveis como responsáveis.

Ordenava aquele Projecto o internamento dos menores vadios e delinquentes em colónias agrícolas, divididos em famílias, para receberem instrução profissional, intelectual e moral, e serem empregados até aos 21 anos em trabalhos acomodados à sua idade, às suas forças e génio ou à sua reinserção social ⁽¹⁴⁾. No seu "*Relatório*", traçava-se a orientação do tratamento correcional dos menores e dos respectivos estabelecimentos especiais (Beleza dos Santos, 1926: 21-23).

Posteriormente, são dignos de menção relativamente aos menores o Projecto de Reforma do Código Penal de 1864 (Art. 140.º) pelo Visconde Paiva Manso e Ferreira Lima, a Reforma Penal e Prisional de 1 de Julho de 1867 de Barjona Freitas (fonte da reforma penal de 1936), o Projecto de Reforma de Navarro de Paiva, etc. (Martins, 1995: 86-ss).

O legislador do Código de 1884, ao reformar a lei penal anterior, manteve uma lógica fechada sobre a pretensa responsabilidade moral do menor, revelada pelo discernimento, ao não distinguir a natureza do delito da pena para menores e adultos.

O Código de 1886 continuou neste espírito de continuidade, mantendo-se fiel à rotina injusta e desumana. Aplicava

⁽¹⁴⁾ Os menores de 10 anos e os de idade entre 10 e 14 anos que tivessem procedido sem discernimento, este projecto de 1861 declarava-os irresponsáveis, entregando-os aos pais ou tutores. Quando a gravidade do delito ou factos exigisse, seriam internados em estabelecimentos de correcção, sendo preferidas as colónias agrícolas ou estabelecimentos industriais especiais que o governo devia promover.

aos menores, entre os 10 e os 14 anos de idade, julgados com discernimento, penas de direito comum (prisão maior celular, prisão maior, degredo, prisão correccional) reduzidas na sua quantidade ⁽¹⁵⁾.

Se estes eram os princípios orientativos dos Códigos no século XIX, como era a aplicação prática das normas jurídicas pelos juízes?

Não trataremos neste artigo se os juízes estavam devidamente formados no âmbito psicopedagógico, informados e documentados dos ambientes em que vivia o menor ou onde cometeu infracções ou delitos, para tomarem as suas decisões, pois já o fizemos em outra parte (Martins, 1995 e 1998).

Se as alternativas jurídico-sociais do juiz eram escassas e a contingência de o menor ser entregue a quem não podia cuidar dele (família) era problemática, mais o era internar os menores irresponsáveis numa prisão (detenção e trabalho em

⁽¹⁵⁾ O Art. 109.º do Código de 1886 dispõe que, se o criminoso tivesse menos de catorze anos no acto da perpetração do crime, se ao crime se applicassem as penas fixas do Art. 55.º ou do Art. 57.º, ser-lhe-ia applicada a pena de prisão maior celular (máximo 4 anos) ou prisão maior temporária (2 a 8 anos) ou o degredo temporário. Depois dos 14 anos, os menores ficavam, tal como no Código de 1892, sujeitos ao regime geral da responsabilidade não havendo que indagar a existência ou falta de discernimento. A menoridade superior a esta idade determinava a atenuação no rigor das penas, isenção ou redução de outras. Assim, no Código de 1852 e nas "Ordenações", a pena de morte não se applicava aos menores de 17 anos.

No Art. 107.º e 108.º do Código de 1886, ao menor de mais de 14 e menos de 18 anos, applicava-se pena excedente à de prisão maior celular (2 a 8 anos) ou prisão maior temporária ou degredo. Mas, se o menor criminoso tivesse entre 18 a 21 anos, esse limite elevava-se à prisão maior celular (6 anos seguidos de 10 de degredo) ou em alternativa degredo por 20 anos.

cadeias públicas) com adultos, por falta de estabelecimentos educativos no País ⁽¹⁶⁾ e na Europa. Esta era a lamentável situação dos menores irresponsáveis no século passado.

As penas eram o problema central dos sistemas punitivos no século XIX, em virtude da tendência em abolir as penas corporais e substituí-las pela privação de liberdade, em punição fixando o sentido da sua execução e função regeneradora (Eduardo Correia, 1968: 81-82).

Desta forma, houve alguma influência em alguns penalistas e nos poucos estabelecimentos criados para menores delinquentes (caso da Casa Pia de Lisboa), nos estabelecimentos prisionais para jovens em Londres (Bridwell em 1553), nos estabelecimentos de reeducação de Amsterdão (1595), no Hospício de S. Miguel de Roma para correcção (1703), na "*Maison de Force*" de Gand (1775) na Bélgica, etc. Utilizava-se o trabalho do recluso como meio de educação e regeneração, sem punições corporais, evitando simultaneamente a corrupção dos presos pelo contacto entre si (Palacios, 1997).

Mas isto não impedia que os juízes aplicassem penas de prisão aos menores com discernimento que perfizessem entre 7 e 14 anos, acusados de vagabundagem, mendicidade e

⁽¹⁶⁾ Havia na altura apenas as Casas Pias de Lisboa e Évora, alguns asilos de infância desvalida, estabelecimentos especiais de caridade e assistência para meninos órfãos, abandonados, etc., mas nenhum conveniente para receber alunos por virtude da sentença, nem nenhum autorizado para este efeito por lei ou nos seus respectivos estatutos e também nenhum dotado para servir de penitenciária e de correcção. O aumento da vagabundagem, mendicidade, prostituição, e de crianças ilegítimas e abandonadas, etc., desde o século XVI e XVII, os asilos ou instituições similares de assistência e beneficência impunham a ocupação pelo trabalho, a disciplina e a educação moral e religiosa, como fins ideais de educar e transformar os menores dessas características.

furto ⁽¹⁷⁾ segundo o Código de 1852 (n.º 30 do Art. 23.º), em vez de os entregar aos pais ou tutores, como seria desejável em termos educativos.

Apesar de algumas medidas protectoras à infância desvalida, durante muito tempo foi hábito os menores ingressarem e cumprirem as suas penas nas cadeias públicas comuns, ou por ordem dos pais, com a boa intenção de os corrigir dos seus defeitos ou, por ordem dos juizes, por causa de práticas delitivas.

Os cárceres tinham péssimas condições higiénicas, de construção, e os reclusos viviam em ociosidade forçada. Os menores tinham falta de instrução profissional, eram explorados, para diversos trabalhos de manufacturas, recebiam "*açoites*" ou "*cepo*".

Não existia uma educação moralizadora e, fundamentalmente, o ambiente de promiscuidade com os adultos corroidos de vícios e profissionais do crime fazia degenerar aqueles que podiam ainda corrigir-se.

Até 1871, data da criação da Casa de Detenção e Correção de Lisboa para menores do sexo masculino, vadios ou criminosos, os menores com menos de 14 anos condenados a prisão cumpriam as penas em um andar da Cadeia do Aljube, e os de idade superior na Cadeia do Limoeiro (Branco, 1888 b: 29 e 1891; Xavier da Silva, 1916), e no resto do País em cadeias comarcãs sem nenhuma condições humanas de regeneração.

⁽¹⁷⁾ Infracções previstas nos Códigos de 1852 (Artigos 256.º ao 260.º, artigo 421.º confrontados com o Artigo 73.º) e Código de 1886 (Artigos 256.º ao 260.º, artigo 421.º ao 426.º, confrontados com o Artigo 109.º), mandando pôr os vadios, depois de sofrerem pena de prisão, à disposição do Governo, para lhes fornecer trabalho. As disposições do Código de 1886 relativas à vadiagem e mendicidade foram revogadas, até que a Lei de 20/06/1912 criou uma "*colónia penal agrícola*" para o internamento de mendigos, vagabundos e criminosos habituais, e uma "*casa correccional de trabalho*" (Artigo 9.º da Lei de 30 de Junho de 1914) que não chegou a organizar-se.

O Relatório do Projecto de lei apresentado pela Comissão criada pelo Decreto de 11 de Março de 1875, ao propor os meios para fundar colónias agrícolas e casas de correcção para menores de dezoito anos, é bem ilustrativo do ambiente em que viviam os menores. (Beleza dos Santos 1926: 25 e nota), tendo como base aquele relatório, escreve:

Os resultados de semelhante sistema penal se tal nome pode dar-se-lhe, são fáceis de prever; são necessários e fatais, nem é mister exagerá-los. Uns saíam do Aljube, senão moral e fisicamente piores, pelo menos, nas mesmas circunstâncias em que para lá tinham entrado, e por isso aptos para continuar na carreira do vício e do crime; os outros deixavam a enxovia do Limoeiro habilitados para ali voltar em breve, menos se, por milagre, não tivessem aproveitado assaz naquela péssima escola.

Foi árduo o caminho a percorrer pela questão social da infância, com as suas repercussões na "disciplina" e na "moral social", até chegar à especialização do direito criminal e processual de menores nos primórdios do século XX. Esse decisivo esforço de compreensão do complexo mundo da criança, teve nas ciências médicas e psiquiátricas, na psicologia, na sociologia, na pedagogia, na antropologia e etiologia criminal um papel de relevo nas investigações e observações dos menores delinquentes, vadios e desamparados.

Nas diversas esferas da vida nacional sentiu-se a necessidade de rever tudo, manifestando-se a preocupação pela redução da mortalidade infantil, da criminalidade infantil e juvenil, da necessidade de promulgar leis protectoras da infância, o interesse pela melhoria da educação e a irradiação dos maus entendidos no ensino (analfabetismo, absentismo, falta de escolas, de material escolar e professores, ...), etc.

Serão as ideias do movimento da Escola Nova, através da obra e da dedicação de alguns pedologistas, psicopedagogos, juristas e médicos portugueses ligados à problemática infantil, que farão introduzir novos processos de prevenção, re-educação e reinserção social daqueles menores. A ideia de criança como um adulto em miniatura começa a ser abando-

nada e passam a estudá-la médico-pedagógicamente e psicologicamente (pedagogia ou "paidologia") nas suas problemáticas de desenvolvimento (Alves dos Santos, 1915; Costa Ferreira, 1915: 3-6, 1922).

2.3. Acção Reeducadora e a Criação das Casas de Correção para Menores

O ambiente confrangedor jurídico-social que se vivia com os menores delinquentes, agravado pelo aumento de internados nas cadeias comuns ⁽¹⁸⁾, provocou uma medida legislativa que atenuou um pouco esta situação. Referimo-nos à Lei de 15 de Junho de 1871 que criou para a Comarca de Lisboa a Casa de Detenção e Correção, para menores do sexo masculino (Martins, 1995, 2.º Vol.: Anexo 1-A). Dito estabelecimento, instalado inicialmente no Convento das Mónicas, começou a funcionar em 20 de Outubro de 1872 (Azevedo, 1872, 1877).

O objectivo era albergar os menores de 18 anos, presos preventivamente à ordem do juiz ou da autoridade administrativa do Reino e condenados a prisão correcional; os menores de 14 anos condenados a qualquer pena; e os indisciplinados e incorrigíveis em relação aos quais tutores pedissem o seu internamento (Arts. 1.º, 6.º ao 9.º da Lei de 15/06/1871). Os internados deixavam de estar sujeitos à acção desmoralizante dos adultos, melhorava-se-lhes a higiene e instalações (em geral eram conventos ou palácios antigos) e dava-se-lhes uma educação intelectual, moral e profissional de que careciam.

⁽¹⁸⁾ Segundo o "*Parecer da Comissão de Legislação da Câmara dos Deputados*", em 1870, em um total de 2368 presos de ambos os sexos na Cadeia Civil de Lisboa, havia um total de 476 menores distribuídos por 264 menores de 20 anos, 130 menores de 17 anos e 82 menores de 14 anos (Cfr., "*Diário da Câmara dos Deputados do Reino de 1871*" 861 pág.; Anuários Estatísticos de Portugal, 1917, Vol. I, 1875-1900; Oliveira, 1929; Gonçalves, 1922: 28-34).

Apesar de tudo a lei enfermava de gravíssimos defeitos. Por um lado, chamava à Casa de Detenção e Correção uma "prisão" e aos menores "presos" ou "reclusos" e, por outro lado, impunha uma severa disciplina militar, mantida por "guardas" (policías reformados sem formação), que tudo eram, menos educadores, não havendo um ambiente afectivo de família e uma educação moral regeneradora. Aquela "prisão" aparentava-se com uma caserna fria, disciplinada e hostil (P.º Oliveira, 1918: V) até finais do século XIX.

Além disso, os menores aí internados cumpriam penas curtas, não se chegando a ter uma acção educativa eficaz e, por isso, a maior parte deles saíam para voltar em breve⁽¹⁹⁾ (Beleza dos Santos, 1926: 28) mais contaminados. Alguns desses inconvenientes foram superados com a aprovação do Regulamento da Casa de Correção em 10 de Setembro de 1901, como empenho do Padre António de Oliveira (1918; 1923 b).

As disposições do Regulamento demonstram como o antigo preconceito da intimidação repressiva dava passo ao princípio do tratamento educativo preventivo. A pena, previamente graduada em qualidade e quantidade, ia sendo substituída por uma educação reformadora, sem limite de tempo e uma acção correcional eficaz sobre o menor.

A Casa de Detenção e Correção de Lisboa não acudia a todas as necessidades da cidade nem do País. Exigia-se novos estabelecimentos, principalmente para os menores vadios e desamparados (inadaptados sociais) que, pelo Código de 1852, incorriam na pena de prisão correcional, sendo em seguida postos à disposição do Governo. Este não

⁽¹⁹⁾ No Relatório do Procurador Régio, publicado em 1877, sobre a Casa de Detenção e Correção entre 1872 a 1876 entraram 783 alunos, dos quais 606 apenas aí estiveram de 1 a 60 dias. Indicava ainda que um dos motivos era a indulgência dos tribunais nas condenações, fazendo que os menores voltassem ali duas ou mais vezes.

sabia o que fazer com eles, porque não tinha instituições apropriadas e, por isso, entregava-os a quem se encarregasse deles, lançando-os novamente na vadiagem e na carreira do crime ⁽²⁰⁾.

Em 1878, quando da apresentação do Relatório do Visconde Santa Mónica na Câmara dos Deputados, uma comissão criada por Decreto-Lei de 11 de Março de 1875, apresentou um projecto infrutífero que propunha os meios necessários para fundar casas de correcção e uma ou duas colónias agrícolas para menores de 18 anos.

Posteriormente, pela Lei n.º 22, de 22 de Junho de 1880 autorizou-se a criação da escola ou Colónia Agrícola de Vila Fernando (Elvas), que começou a funcionar em 6/10/1895, destinada a recolher e educar menores vadios, mendigos, desvalidos e desobedientes, com a idade entre os 10 e 16 anos (Art. 1.º). Mais tarde, pelo Art. 1.º do seu Regulamento de 1 de Agosto de 1895 admitiam-se os menores absolvidos por falta de discernimento, não entregues aos pais ou tutores e pelo Art. 1.º do Regulamento de 17 de Agosto de 1901, os condenados em pena de prisão correcional postos à disposição do Governo, enquanto não houvesse para eles estabelecimento de correcção apropriado.

Esta Colónia Agrícola de Vila Fernando, de feição escolar e agrícola, destinava-se principalmente a receber menores que não cumpriam uma pena, mas que precisavam de um internato de educação para corrigir ou regenerar as suas tendências viciosas, os hábitos de vagabundagem, o espírito

⁽²⁰⁾ Veja-se a discussão na Câmara dos Deputados que se converteu em Lei de 22 de Junho de 1880 no "*Diário da Câmara dos Deputados*" (80.2009).

de rebeldia e indisciplina, uma vez que nela não havia vestígios de regime prisional e de repressão como na Casa de Detenção e Correção de Lisboa ⁽²¹⁾.

É justo reconhecer o esforço do Estado nos finais do século passado para melhorar a sorte dos menores (sexo masculino) criminosos, vagabundos, desamparados social e moralmente, em criar estabelecimentos como o de Vila Fernando (Elvas) ou de Lisboa. Os menores do sexo feminino só nos começos do século XX viriam a ter uma Casa de Correção em Lisboa. Contudo, apesar de alguns resultados positivos devido à competência e dedicação de alguns directores, o sistema no seu conjunto não funcionava bem, devido a vícios profundos que o afectavam, dos quais mencionamos alguns:

(a.) - criaram-se internatos para uma população de menores demasiado numerosa, em que os funcionários e o pessoal auxiliar eram restritos e com pouca competência e formação nas suas acções socio-educativas; o ambiente era de disciplina severa, pouco contacto com o exterior, uma vida mecanizada com uma fraca intervenção educativa e sem uma profunda transformação moral nos menores delinquentes.

(b.) - a maior parte dos menores entravam naqueles estabelecimentos depois de passarem pelas cadeias comuns onde se deterioravam. Esta passagem pelas prisões era o resultado de terem sido detidos preventivamente, ou por aguardarem colocação nas casas de correção ou colónias agrícolas. Não havia nenhuma disposição legal que proibisse o internamento

⁽²¹⁾ Esta serviu de modelo à do Distrito do Porto, criada pela Lei de 17/Abril de 1902 (artigo 12.º), instalada em Vila do Conde (sexo masculino) e a do sexo feminino para as comarcas do distrito da Relação de Lisboa, criada pela Lei de 27/Abril de 1903 (artigo 1.º) e instalada no Convento das Mónicas, depois da transferência para Caxias da Casa de Detenção e Correção do sexo masculino. Ambos os diplomas autorizam a fundação destas casas de correção, à semelhança da de Lisboa, a formação de três secções para os internados: detenção preventiva, detenção prisional e correção. O P.e António de Oliveira teve um papel relevante neste estabelecimento.

dos menores nas cadeias e a sua promiscuidade com os adultos, de modo que pelo País fora continuou a cometer-se este crime de Estado contra as crianças com as respectivas consequências ⁽²²⁾. Desta maneira, os internados chegavam a esses estabelecimentos de correcção com os piores vícios; uma cínica imoralidade, o instinto sexual precocemente excitado ou pervertido, hábitos de indisciplina, indiferença ou hostilidade aos mais rudimentares preceitos morais (P.º António Oliveira, 1918, 1923 a, b).

Reflexões Conclusivas

A evolução histórica e social da protecção à infância demonstra-nos que as sociedades ou povos antigos não reconheciam à infância direito algum e muito menos àquela em situação de desviação moral e social. Por isso, não é possível exigir nessas épocas leis claras e explícitas nos códigos para a protecção da infância.

Os menores foram contemplados desde a perspectiva de submissão aos adultos, pois consideravam a infância uma impersonalidade e uma desvalorização social. A criança aos olhos do legislador (até ao séc. XIX) não tinha, nem podia ter, nenhum direito, porque era um ser débil. Por outro lado, o poder paternal terminava com a morte do pai e nem o casamento bastava para desligar-se desse poder. Tratava-se da consequência imediata do princípio religioso e do primado do padre nessas épocas antigas.

Os pensadores, filósofos, médicos e educadores destacaram que a "*educação*" era o modo para proteger e (re)educar as crianças e fazê-las homens úteis à sociedade. A política

⁽²²⁾ Sucedia que era o preso que gozava maior confiança da autoridade, o juiz da prisão, quem pervertia os menores que devia guardar (Luiz Gomes, 1892).

jurídico-penal ou jurídico-social dos menores, esteve expressa mais ou menos com ideais éticos e educativos em algumas cartas Forais com influência do direito germânico e romano nos códigos municipais, na acção socio-educativa de algumas figuras e instituições na protecção social à infância, nos códigos penais até surgirem em leis modernas de protecção (início do século XX) dando origem ao direito dos menores.

Historicamente estabeleceram-se vários esquemas de valorização, estabelecendo todo um sistema protector e educativo que representou a concretização de interesses essencialmente sociais. O direito criminal (Eduardo Correia, 1968: 448-450), com a sua função directiva e dinâmica pretendeu modificar algumas concepções, mas caberá ao direito tutelar (1911) apontar para valores (axiológicos) orientando-se por um direito eminentemente social, ético e educativo. Este direito integrará uma vertente criminal, outra processual e outra administrativa e civil, abordando questões fundamentais jurídico-sociais atinentes aos menores e às problemáticas socio-educativas e delitivas.

Na maioria das nações, no começo deste "*século da criança*" (designação de E. Key) o menor com desviações sociais comparecia nas tutorias e, quando era caso disso, privava-se da liberdade ou internava-se temporariamente em estabelecimentos de assistência e educação ou ainda de correcção⁽²³⁾ públicos ou particulares, demonstrando a maturidade dos juristas e legisladores e um neo-humanismo jurídico.

⁽²³⁾ O termo correcção denota no século XIX no âmbito jurídico-penal e pedagógico um tipo de regime educativo repressivo, intimidativo, punitivo e disciplinar com privação de liberdade do menor, o qual era internado em cárceres e a partir de 1871 em Casas de Correcção. O processo correcional do internato significava pedagogicamente o modo de regenerá-lo ou reabilitá-lo moral e socialmente, através de um modelo de tratamento médico-pedagógico (Martins, 1995 e 1998).

O aparecimento dos Códigos Penais (séc. XIX) marcou no direito um carácter temporal e nacional, variável no plano da criação (direito vivo), com as tradições e a cultura portuguesa, fazendo com que o legislador aproveitasse os ensinamentos históricos do direito comparado e das ciências auxiliares (filosofia do direito, sociologia jurídica, criminologia, penologia, etc.) exaltados por um jusnaturalismo. A promulgação do Código Penal de 1852 modifica o regime de penas dos menores julgados, suavizando-as e humanizando-as (pedagogia correcional), levando à criação de estabelecimentos especiais (casas de correcção, colónias agrícolas) e reformas penais e prisionais posteriores (1867, 1884, 1886, 1929, 1936, ...) e outra legislação de âmbito correcional. Deste modo, acomodou-se timidamente o direito criminal da infância, que só teve foros de progresso nos finais do século XIX com os contributos das ciências médicas e das ciências pedagógicas (pedagogia e psicologia).

Constatamos que gradualmente foi tendo maior importância a prevenção criminal dos menores no delicado sector da privação da liberdade, adoptando-se medidas sócio-pedagógicas evoluídas, como por exemplo a "*liberdade vigiada*", dando destaque à acção dos "*delegados*" (funcionários ou voluntários) como "*educadores sociais*" na reinserção e acompanhamento da infância delinvente e inadaptada.

Bibliografia Consultiva

- Albuquerque, Luís M. de (1960). Notas para a História do Ensino em Portugal. Coimbra: Textos Vértice.

- Alfonso X "*El Sábio*" (1992). Las Siete Partidas. Antologia. Madrid: Ed. Castália - Odres Nuevos.

- Alves dos Santos, A. J. (1915). O Crescimento da Criança Portuguesa (Subsídios para a Constituição de uma Pedologia Nacional). Coimbra: Publ. da Universidade de Coimbra.

- Amaral, A. C. do (1820). Para a História da Legislação e Costumes de Portugal. In História e Memórias de Lit. da Academia Real das Sciencias de Lisboa, tomos 6-7.

- Andrade, Ernesto B. de (1937). Leis, Decretos, Portarias, Despachos Ministeriais, (...). Compilação até 1937. Lisboa: Tip. António de Almeida.

- Anuário Estatístico de Portugal (1917). Anno Estatístico de 1910 a 1914, Vol. I/II, fasc. I, Estatística Demográfica e Industrial (Ministério da Fazenda; Direcção-Geral de Estatística). Lisboa: Imprensa Nacional.

- Arquivo Gráfico da Vida Portuguesa (s/d). Anos de 1903-1918. Lisboa: Bertrand Irmãos.

- Azevedo, M. Pedro Faria de (1872). Casa de Correção (Conferência no Congresso Pedagógico Hispano-Português e Americano). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

- Azevedo, M. Pedro Faria de (1877). Relatório apresentado ao Exmo. Sr. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios Eclesiásticos das Casas de Correção de Lisboa, pelo Procurador Manuel Pedro Faria de Azevedo. Lisboa: Imprensa Nacional.

- Beirão, Francisco A. da Veiga (1888). Da Correção de Menores. Casas de Correção, Colónias Agrícolas e Comissões de Protecção (Proposta de Lei apresentada à Câmara dos Srs. Deputados do Reino na Sessão de 4/02 e pareceres das respectivas, comissão da fazenda e comissão de legislação criminal). Lisboa: Imprensa Nacional.

- Beleza dos Santos, J. (1923-1925). Regime dos menores delinquentes em Portugal. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, VIII.

- Beleza dos Santos, J. (1926). Regime Jurídico dos Menores delinquentes em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora.

- Beleza dos Santos, J. (1947). Nova Organização Prisional Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora.

- Branco, A. de Azevedo Castelo (1888a). Notice sur l'évolution du Droit Pénal Portuguais. Lisbonne: Imprensa Nacional.

- Branco, A. de Azevedo Castelo (1888b). Estudos Penitenciários e Criminais. Lisboa: Typ. Da Casa Portuguesa.

- Caetano, Marcelo (1962). Lições de História do Direito Português. Coimbra: Publ. da Fac. de Direito -Universidade de Coimbra/Coimbra Editora.

- Carvalho, Joaquim (1983). *Obras Completas, Vol. IV: História da Cultura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Carvalho, Rómulo de (s/d). *Apontamentos da História da Educação*. Coimbra: Livraria Atlântida.
- Carvalho, Rómulo de (1986). *História do Ensino em Portugal*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Castro, Manuel de O. Chaves e (1910). *Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portuguesa*. Coimbra: Publ. da Faculdade de Direito - Ciências Criminais - Universidade de Coimbra.
- Catroga, Fernando A. (1977). *Os inícios do positivismo em Portugal. O seu significado político-social, (Separata da Revista de História das Ideias)*. Coimbra: Publ. do Instituto de História e Teoria das Ideias.
- Chust, T. Roca (1968). *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*. Madrid: Domenech.
- Correia [Corrêa], A. Augusto Mendes (1914). *Os Criminosos Portugueses. Estudos de Antropologia Criminal*. Coimbra: F. França Amado Editor.
- Correia, Eduardo (1968). *Direito Criminal, Vol. 1*. Coimbra: Liv. Almedina.
- Correia, Eduardo (1977). *Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português, Vol. 1 (Separata do Boletim da Fac. de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LIII)*. Coimbra: Imprensa Gráfica de Coimbra.
- Correia, Eduardo e Dias, Figueiredo (1971). *Direito Criminal, Vol. 1*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Correia, Eduardo e Santos, A. F. dos (1954). *Código Penal Português*. Lisboa: Livraria Moraes.
- Costa-Ferreira, A. Aurélio da (1915). *O Ensino da Pedagogia na Escola Normal Primária*. In *A Tutoria*, n.º 1 (Junho), pp. 3-6.
- Costa-Ferreira, A. Aurélio da (1922). *História Natural da Criança*. Lisboa: Publ. do Instituto Médico-Pedagógico da Casa Pia de Lisboa - Aula Oficina da Tipografia.
- Cuche, Paul (1939). *Précis de Droit Criminel (7.ª ed.)*. Paris: Dalloz Tours - Imp. Mance.
- Ferreira, M. Cavaleiro de (1981). *Direito Penal Português, I - Parte Geral*. Lisboa: Ed. Verbo/Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa.

- Ferreira-Deusdado, M. A. (1889). Estudos sobre Criminalidade e Educação. Lisboa: Imp. Lucas e Torres.

- Ferreira-Deusdado, M. A. (1891). O Ensino Carcerário e o Congresso Penitenciário (...) de S. Petersburgo, Lisboa: Imprensa Nacional.

- Ferreira-Deusdado, M. A. (1995). Educadores Portugueses, (org. Pinharanda Gomes). Porto: Lello Irmãos Editores.

- Frazer, J. (1925). La libération Conditionelle de la jeunesse délinquante en Grand Bretagne. In Bulletin Int. de la Protection de L'Enfance, 42.

- Freire, Pascoal J. de Melo (1923). Provas do Código Criminal, Lisboa: Liv. Simão Tadeu Ferreira.

- Gomes, Joaquim Ferreira (1980). Estudos para a História da Educação no Séc. XIX. Coimbra: Liv. Almedina.

- Gonçalves, Caetano (1922). Os Serviços de Protecção a Menores desamparados e delinquentes em Portugal: Conferência na Soc. de Geografia de Lisboa a 28 de Abril. In Boletim do Instituto de Criminologia, Vol. I (2.º Semestre), pp. 13-34.

- Jordão, Carlos A. R. Carvalho (1967). Menoridade e Privação de Liberdade, no Direito Tutelar de Menores (Separata da Scientia Jurídica, Vol. XIV).

- Langhans, F. P. de Almeida (1949a). O Direito visigótico visto por um mestre Português. In Boletim do Ministério de Justiça, n.º 1, pp. 242-261.

- Langhans, F. P. de Almeida (1949b). História do Direito. In Boletim do Ministério de Justiça, n.º 14, pp. 298-314.

- Langhans, F. P. de Almeida (1951). Antologia da Rocha. In Boletim do Ministério de Justiça, n.º 22, pp. 22-55.

- Lima, A. César Pires de (1934). O Livro V das "Ordenações". In Portucale, n.º 7 (19), pp. 142-180.

- Lombroso, C. (1904). L'Anthropologie Criminelle et ses recents progrès, (5.ª ed.) Paris: Chartes Hérissey.

- Margiochi, F. Simões (1895). A Real Casa Pia de Lisboa (1780-1895). Notícia da sua Fundação, História, Fins e Organização actual pelo Provedor F. Simões Margiochi. Lisboa: Typ. Portuense.

- Martins, Ernesto C. (1995). A Problemática Sócio-Educativa da Protecção e da Reeducação dos Menores Delinquentes e Inadaptados entre 1871 a 1962 (Vol. 1 e 2) (Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Ciências Humanas - Universidade Católica Portuguesa). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

- Martins, Ernesto C. (1996). La Educación Social em Portugal (Siglo XIX - 1.ª República), (Conferência no XI Congresso Nacional de Pedagogia - SEP, em Julho). In Actas XI Congresso Nacional de Pedagogia, Innovación Pedagógica y Políticas Educativas (Tomo III, pp. 335-337). San Sebastian: Universidade de País Vasco.

- Martins, Ernesto C. (1998). Teoría y Práctica de la Protección y de la Reeducação. Menores Delinquentes e Inadaptados em Portugal (1.ª República), (Memoria de Investigación presentada na UIB de Doctorado). Palma de Mallorca: Facultad d' Educación/Univ. de les Illes Balears.

- Martins, Oliveira (1924). Dispersos, Tomo III. Lisboa: Oficinas Gráficas da Biblioteca Nacional.

- Merêa, M. Paulo (1921/2). Considerações sobre a necessidade do estudo do Direito Consuetudinário Português (Separata). In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 61-65, pp. 46-151.

- Merêa, M. Paulo (1939). O Poder paternal na legislação visigótica. Coimbra: Coimbra Editora.

- Moncada, L. Cabral (1938). Subsídios para uma História da Faculdade de Direito em Portugal (1772-1911), (2.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

- Moncada, L. Cabral (1939). A Filosofia do Direito em Portugal (Separata). In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. XV. Coimbra: Coimbra Editora.

- Moncada, L. Cabral (1949). O Problema do Direito Natural no Pensamento Contemporâneo (Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XXV - fasc. II). Coimbra: Coimbra Editora.

- Oliveira, Augusto de (1922). Remodelação dos Serviços de Menores Delinquentes (Relatório). In Boletim do Instituto de Criminologia, Vol. III, (2.º Semestre), pp. 142-150.

- Oliveira, Augusto de (1929). Protecção Moral e Jurídica à Infância. Lisboa: Tip. do Reformatório Central de Lisboa "P.º António de Oliveira".

- Oliveira, P.º António d' (1918). *Criminalidade, Educação*. Lisboa: Livrarias Aillaud e Bertrand.

- Oliveira, P.º António d' (1921a). *Salvemos a Raça*. Lisboa: Edição do Autor - Direcção dos Serviços Gráficos do Exército.

- Oliveira, P.º António d' (1923b). *Deixemos os pais, cuidemos dos filhos*. Lisboa: Edição do Autor -Direcção dos Serviços Gráficos do Exército.

- Ordenações Filipinas (1985). Livro II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. -Ordenações Manuelinas (1984). Livro V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

- Pacareo, Orenco (1925). *Delincuencia Infantil y Remedios*. Madrid: Ed. Magisterio Español.

- Palacios, Julián (1977). *Menores Marginalizados. Perspectiva Histórica de su educación e integración social*. Madrid: Editorial CCS.

- Platón (1981). *Obras Completas* (trad. M.ª Araújo, F. G. Yague, Luís Gil et al.), (2.ª ed.). Madrid: Aguilar Ediciones.

- Praça, Lopes (1988). *História da Filosofia em Portugal*, (3.ª ed.). Lisboa: Guimarães Editores.

- Ribeiro, J. Silvestre (1871-1892). *História dos Estabelecimentos Científicos, Literários e Artísticos de Portugal, nos sucessivos reinados da Monarquia*, 17 Vols. Lisboa: Typ. da Academia Real das Sciencias.

- Ribeiro, Victor (1907). *História da Beneficência Pública em Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra/Edição do Autor.

- Rocha, M. A. Coelho da (1887). *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, para servir de Introdução ao estudo do Direito Pátrio*, (6.ª ed.). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

- Rocha, M. A. Coelho da (1951). *Antologia do Pensamento Jurídico Português*. In *Boletim do Ministério de Justiça*, n.º 22, pp. 22-55.

- Teixeira, A. Braz (1959). *A Filosofia Jurídica Portuguesa Actual*. In *Boletim do Ministério de Justiça*, n.º 89 (Out.), pp. 268-331.

- Teixeira, A. Braz (1983). *O Pensamento Filosófico Jurídico Português*. Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa/Ministério de Educação.

- Thót, Ladislav (1927/8). Estudos de Direito Penal. In Boletim do Instituto de Criminologia, Vol. VIII-IX, pp. 191-302.

- Torgal, Luís Reis e Varques, Isabel N. (1984). A Revolução de 1820 e a Instituição da República. Porto: Paisagem Editora.

- Veiga, J. Manuel da (1837). Código Penal da Nação Portuguesa. Lisboa: Imprensa Nacional.