

REVISTA *do*

# CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

2017 - I

*A abrir...*

O CANTO ZERO – *Paulo Guerra*

*Os cinco CANTOS do Limoeiro*

O PRIMEIRO CANTO – **Jurisdição Cível**

Novas perspetivas em torno da causalidade na responsabilidade médica  
*Mafalda Miranda Barbosa*

Algumas notas ao Estatuto Jurídico dos Animais  
*Carlos Castelo Branco*

O SEGUNDO CANTO – **Jurisdição Penal**

Idiossincrasias da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conexas com os crimes de expressão, especialmente com a difamação  
*Renato Militão*

O artigo 19.º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade penal em razão da idade  
*Ana Rita Alfaiate*

A tutela penal do Direito de Autor e outros temas conexos  
*Manuel Ohen Mendes*

O TERCEIRO CANTO – **Jurisdição da Família e das Crianças**

A jurisdição voluntária e as normas processuais  
*Teresa Sá Lopes*

Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais por mútuo acordo junto das Conservatórias do Registo Civil  
*Maria Perquilhas*

O QUARTO CANTO – **Jurisdição do Trabalho e da Empresa**

Do dever de assistência clínica ao sinistrado de acidente de trabalho que muda de residência para o estrangeiro – um contributo para a problemática  
*Paulo Duarte Santos*

Premises of direct and indirect discrimination in employment in the system of law of the European Union  
*Monika Smusz-Kulesza*

O QUINTO CANTO – **Jurisdição Administrativa e Fiscal**

Indagação, pelo tribunal, dos pressupostos de facto do acto devido – até onde se pode ir?  
*Ana Carla Palma*

A liberdade de circulação de capitais na União Europeia e países terceiros: desenvolvimentos recentes  
*Ana Paula Dourado*

*Os outros CANTOS do Limoeiro*

Imparcialidade – garantia e consciência  
*Henrique Araújo*

Pode a Lei Penal ter Poesia?  
*André Lamas Leite*

Abolição da Pena de Morte – 150 anos. Em memória... do grande passo da civilização!  
*José Alves de Sousa*

# O ARTIGO 19.º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS À LUZ DE UMA NOVA VISÃO SOBRE A (IN)IMPUTABILIDADE PENAL EM RAZÃO DA IDADE<sup>1</sup>

Ana Rita Alfaiate

Doutora em Direito (Ciências Jurídico – Criminais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde exerce funções docentes

**RESUMO:** *A inimputabilidade penal em razão da idade define-se, em Portugal, exclusivamente por um critério objectivo/formal – a idade. Até que ponto este será, no entanto, um critério de justiça material? Pretendemos demonstrar, com este estudo, a pertinência de um critério subjectivo na definição do que é a inimputabilidade penal por causa da pouca idade, obviando, por aí, a que jovens sem capacidade para que se lhes dirija um juízo de culpa entrem em contacto com o discurso penal. E isto, distinguindo, por princípio, o que seja isso da incapacidade para o juízo de censura jurídico penal, apesar da idade superior a dezasseis ou até dezoito anos, do que seja a inimputabilidade por anomalia psíquica. Propondo uma alternativa em que se assumam um critério misto de imputabilidade que não desconsidere uma dimensão de conhecimento do facto, outra de vontade de o realizar e ainda uma terceira, de adequada modelação social, procuramos incentivar um discurso em que o superior interesse da criança ou jovem não deixa de ser ponto de convergência, ainda que estejamos perante delinquentes. Só assim, estamos certos, se alcançará, por outro lado, o integral respeito pelo que é o princípio da culpa, na medida em que permitir que alguém insusceptível do juízo de censura jurídico penal veja ser-lhe aplicada uma pena é contrariar, no limite, o que tem de ser o direito penal moderno e o que deve ser a justiça (amiga) das crianças e jovens.*

**Palavras chave:** *Inimputabilidade penal em razão da idade; Direito Penal; Jovens delinquentes; Culpa; Neurociências.*

## I. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Tradicionalmente, tem-se associado a ideia da inimputabilidade penal das crianças e jovens, em função da sua idade, ao período da menoridade. Essa parece ser também a orientação dos diplomas internacionais, cada vez mais preocupados em tratar de modo diferenciado crianças/jovens e adultos delinquentes. Ainda que o facto praticado, objectivamente, se assemelhe,

<sup>1</sup> O presente texto corresponde, praticamente sem alterações, ao trabalho que publicámos no Livro de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, Professor com quem tivemos a grata experiência de trabalhar durante os seus últimos anos como Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a quem, juntamente com Jorge de Figueiredo Dias e José de Faria Costa, reconhecemos todos os méritos no desenvolvimento do nosso gosto pelo Direito Penal.

a verdade é que não restam dúvidas de que as características associadas à aquisição de uma maturidade que só o passar dos anos pode dar têm de ser valoradas no momento da apreciação do facto concreto. E por aí não se cede, como é evidente, a qualquer direito penal do agente. Antes se antecipa a mediação essencial das específicas características do agente que pratica o facto no momento da aplicação do direito penal.

Um dos últimos sinais da legislação internacional nesta matéria surgiu com a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal, de 11 de Maio de 2016. No diploma, o legislador europeu vem afirmar, pela primeira vez, de uma forma inequívoca, que é necessário ponderar o superior interesse da criança e o seu grau de maturidade antes de decidir submetê-la à aplicação do direito de *ultima ratio*. O que significa que, pela primeira vez, esta preocupação com as condições específicas da pessoa relevam quando esta, não sendo uma vítima é, antes, o agente do facto. A Directiva vem aceitar, assim, que, ainda que se esteja perante alguém que, atendendo exclusivamente à sua idade, deveria ser tratado como imputável, o seu grau de maturidade poderá determinar a inidoneidade de um juízo de censura jurídico penal e que, por isso, o direito penal não deve ser aplicado. Na realidade, tratando-se ainda de um processo estigmatizante, impõe-se afastar do direito penal o jovem que não reúna as características essenciais para o vivenciar, respeitando até, desse jeito, o específico *modo de ser* do direito penal. Vistas assim as coisas, então facilmente se percebe que não é já suficiente pensar numa subrogação de matriz sancionatória, antes presidindo, no nosso modo de ver o problema, à evolução actual do direito (também penal) de crianças e jovens, uma verdadeira alternativa discursiva.

Em Portugal, o sistema apresenta diferentes respostas para a delinquência juvenil consoante a idade do agente. Se o facto for praticado por alguém com menos de 12 anos, o sistema apenas responde com a aplicação de medidas de protecção, considerando que a criança até esta idade deverá ser sempre, independentemente das circunstâncias, tratada como uma criança em perigo<sup>2</sup>. Se o facto for praticado por alguém entre os 12 e os 16 anos, então é possível aplicar ao jovem uma medida tutelar educativa que, no

<sup>2</sup> Cfr. art. 3.º/2, g) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, segundo o qual se considera estar em perigo a criança que “assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.”

limite, pode chegar, depois dos 14 anos, ao internamento em regime fechado<sup>3</sup>. Embora se trate de uma medida de contenção, privativa da liberdade, esta não deve ser confundida com qualquer pena, na medida em que o legislador português deixa claro que o objectivo das medidas tutelares é a educação para o direito. Trata-se, no entanto, de uma medida de responsabilização e, também por isso, é possível dizer que a partir dos 12 anos se distinguem, em Portugal, agentes e vítimas<sup>4</sup>. Aos primeiros, podemos aplicar as medidas tutelares, enquanto para as segundas continuamos a reservar a aplicação de medidas de protecção.

A partir dos 16 anos, e salvo se padecer de uma anomalia psíquica, o agente é considerado, em Portugal, imputável. Por isso, passa a ser possível aplicar-lhe o direito penal dos adultos. Significa isto que, em Portugal, há menores (entre os 16 e os 18 anos) a quem aplicamos o direito penal, tanto mais quanto, embora o ordenamento jurídico português conte com um Regime Penal Especial para Jovens Adultos (entre os 16 e os 21 anos), o diploma, que nunca foi regulamentado, tem uma aplicação muito limitada.

O que nos propomos tratar aqui prende-se, então, com uma parte do estudo que desenvolvemos na nossa dissertação de doutoramento “O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade” e que tem a ver, especificamente, com aqueles que nos parecem ser os melhores critérios para determinar se alguém jovem deve ou não entrar em contacto com a discursividade penal. Ou, dito de uma maneira mais simples, procuramos encontrar critérios alternativos ao mero critério objectivo/formal da idade para determinar se alguém tem ou não capacidade para praticar um facto com culpa jurídico penalmente relevante. Vale isto por dizer, então, e em suma, que nos parece que o recurso a um critério puramente cronológico não pode ser suficiente para dizer se alguém é ou não susceptível de um juízo de censura penal. Há, no nosso entendimento, que somar a esse critério objectivo um outro, subjectivo, associado especificamente à maturidade do agente do facto.

<sup>3</sup> Sobre as medidas tutelares educativas, veja-se GUERRA, Paulo, «Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – execução e acompanhamento», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 183 a 193.

<sup>4</sup> Para uma breve perspectiva histórica sobre este assunto, veja-se GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 e ss.

## II. ESPECIFICIDADES DA INIMPUTABILIDADE PENAL EM RAZÃO DA IDADE

Do que tratamos, importa deixar isso claro desde princípio, não é de qualquer noção de inimputabilidade por anomalia psíquica. Esse não é o objecto do nosso estudo. Procuramos, isso sim, identificar as etapas de formação da imputabilidade, de modo a que nos seja possível dizer que determinada pessoa não tem culpa jurídico penal por não ter ainda formada toda a sua capacidade para *ser imputável*<sup>5</sup>. Não porque essa capacidade esteja a ser formada com um defeito, uma anomalia, mas tão simplesmente porque está ainda em processo de construção, porque está ainda incompleta.

Ora, a idade, sendo aqui muito importante e fornecendo-nos parâmetros de aquisição da maturidade, não pode ser o único critério, pois parece-nos pouco rigoroso um critério objectivo generalizador quando sabemos que duas pessoas com a mesma idade não têm necessariamente o mesmo grau de desenvolvimento. Procuramos, então, contribuir para a construção de uma dogmática da inimputabilidade penal em razão da idade e de onde resulte que as neurociências, enquanto ciência auxiliar do direito penal, são essenciais.

Partimos, deste jeito, de um pressuposto que alcança o estatuto de verdade pacificamente aceite, quer do ponto de vista empírico, quer do ponto de vista penal: a responsabilidade de quem pratica um facto qualificado pela lei como crime deve, consoante estejamos perante adultos ou crianças e jovens, ser tratada de maneira diferente, atentas as inerentes diferenças ínsitas a esta condição. E este tratamento diferenciado funda-se na imposição constitucional do direito à igualdade, na necessidade de tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é, na sua génese, desigual. E, para isso, na nossa opinião, e como antecipámos já, não basta uma mera diferenciação de sanções, ou seja, não são suficientes as soluções hoje preconizadas no Regime Penal Especial para Jovens Adultos e que admitem a aplicação de medidas tutelares ou medidas de correcção quando em causa estejam crimes menos graves e se trate de jovens<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A imputabilidade surge assim, para nós, como pressuposto da culpa, tal como afirma DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 188, e IDEM, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 568 e ss.

<sup>6</sup> Uma interpretação actualista do preceito permite dizer que o artigo 5.º daquele diploma prevê a possibilidade de se aplicar subsidiariamente a Lei Tutelar Educativa sempre que se esteja perante um caso cuja pena de prisão correspondente seja inferior a 2 anos e mediante a consideração da personalidade do menor de 18 anos e das circunstâncias do facto. Já o artigo 6.º, por seu turno, prevê que, quando das

Para o efeito que vimos de descrever, acompanhamos o entendimento perfilhado por Chan Mora<sup>7</sup> que aponta diversos critérios para tal distinção, designadamente e, em suma, as diferenças cognitivas entre adultos e jovens (1), a teoria do juízo moral de Kohlberg (2), a teoria do enfoque social de Steinberg e Kaufmann (3) e as diferenças na estrutura e funcionamento do cérebro de adultos e jovens (4).

#### 1. O DESENVOLVIMENTO COGNITIVO

Relativamente às diferenças cognitivas (1), parece-nos ponto assente e bastante seguro que o processo de desenvolvimento psicológico ocorre, com carácter universal, por etapas. Ou seja, da mesma forma e em todos os indivíduos, a capacidade cognitiva de um jovem é manifesta e intrinsecamente diferente da de um adulto, havendo determinadas idades em que se adquirem e se desenvolvem as capacidades cognitivas<sup>8</sup>.

Piaget, a este propósito, estabelecia critérios mediante os quais devem diferenciar-se etapas no desenvolvimento das capacidades psíquicas dos jovens. Para o autor, o desenvolvimento cognitivo é um processo de sucessivas mudanças qualitativas e quantitativas das estruturas cognitivas, derivando cada estrutura de estruturas precedentes. Tais construções seguem um padrão a que se dá o nome de “estágios”, sendo que estes seguem idades *mais ou menos* determinadas<sup>9</sup>, o que acaba por esclarecer que há, efectivamente, idades em que se adquirem e desenvolvem algumas capacidades cognitivas<sup>10</sup>.

circunstâncias do caso e considerada a personalidade do jovem entre os 18 e os 21 anos resulte que a pena de prisão até 2 anos não é necessária nem conveniente à sua reinserção social, o juiz poderá impor-lhe, em alternativa à pena, medidas de correcção (admoestação, imposição de determinadas obrigações, multa e internamento em centros de detenção são as medidas de correcção avançadas pelo legislador).

<sup>7</sup> CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 3, 2011, pp. 351 e ss.

<sup>8</sup> OFSTEDAL, Mary Beth, FISHER, Gwenith G., HERZOG, A. Regula, «Documentation of Cognitive Functioning Measures in the Health and Retirement Study», Survey Research Center University of Michigan, Ann Arbor, MI, HRS Documentation Report DR-006, March, 2005, pp. 7 e ss.

<sup>9</sup> Sobre isto, *vide* PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, 24.ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1999, p. 15.

<sup>10</sup> As capacidades cognitivas podem manter-se em alta até uma idade avançada, como os sessenta anos, havendo, no entanto, casos de idades mais avançadas, designadamente os setenta e cinco anos, em que estas não conhecem ainda um afrouxamento. Para isso contribuem diversos factores, designadamente no que tange à saúde, ao contexto educativo/cultural, à vivência profissional, etc. Questão distinta, mas também importante, prende-se com as mudanças físicas no cérebro, provocadas pelo próprio processo de envelhecimento. À medida que os anos passam, o tamanho e o peso do cérebro humano alteram-se.

Ora, se “para tomar la decisión de cometer un delito, es esencial que el sujeto haya alcanzado una etapa de razonamiento lógico formal o abstracto” significam estas palavras que um desenvolvimento insuficiente da capacidade de abstracção leva a uma menor capacidade cognitiva para a tomada de decisões, designadamente as decisões que se prendem com a correcta avaliação do delito e das suas implicações.

Do estudo de Chan Mora destaca-se a referência à idade de dezasseis anos como o culminar do índice de capacidade de abstracção que tem o seu início aos doze anos, havendo, a partir daí, espaço para a afirmação de que não existirão grandes diferenças entre o desenvolvimento cognitivo de um jovem e de um adulto<sup>12</sup>. Mas importa perceber exactamente em que termos são proferidas as afirmações do Autor. Se é verdade que antes dos doze anos não é muito provável que exista capacidade de abstracção ou de formulação de um juízo abstracto, não menos verdade é o entendimento de que os dezasseis anos podem não ser o efectivo culminar do desenvolvimento cognitivo.

Para Piaget<sup>13</sup>, em determinadas idades é expectável a verificação de determinados estágios, mas tal não significa que isso seja um fenómeno universal para todos os indivíduos, o que equivale a aceitar que há apenas uma margem de idade, mais ou menos determinada, em que isso acontece. E, postas assim as coisas, não será já difícil perceber o que se pretende com o nosso estudo: burilar a solução jurídica mais adequada para os concretos casos em que não se verifica ainda o completo desenvolvimento cognitivo (a capacidade de abstracção) que é expectável naquela idade de dezasseis anos e a partir da qual, em Portugal, o jovem passa a ser tratado, *grosso modo*, como adulto imputável.

E eis que, ao considerarem-se assim as idades médias, se impõe perceber que, se existe um juízo de prognose ou de expectabilidade de verificação daquelas competências numa determinada idade, não existe, no entanto, uma régua que demarque ou nos possa apontar quando se encontra atingido o

“Aos 20 anos, esse órgão pesa em média 1.400 gramas, enquanto entre os 50 e 60 anos de idade, o peso médio é de 1.337 gramas. Já entre 70 e 80 anos, o cérebro pesará 1.226 gramas, ao passo que entre 80 e 90 anos terá, em média, 1.180 gramas...”. Cfr. DORNELES, Caroline Lacerda, CARDOSO, Aliana Anghinoni, CARVALHO, Fernanda Antonilo Hammes de, «A educação de jovens e adultos na perspectiva das neurociências», *Revista de Psicopedagogia*, Vol. 29, n.º. 89, 2012.

<sup>11</sup> CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 359.

<sup>12</sup> IDEM, *ibidem*, p. 361.

<sup>13</sup> PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, cit., pp. 7 e ss.

pleno desenvolvimento cognitivo. Ou, dito por outras palavras, “no existe una relación de implicación entre edad y grado de desarrollo que permita afirmar que “siempre” que se tenga una edad determinada, se tendrá un desarrollo cognitivo específico correspondiente. Los critérios de normalidad y probabilidad subyacentes, no excluyen entonces, la posibilidad de que, por ejemplo, una persona de 20 años no haya alcanzado aún una capacidad de razonamiento abstracto, ni tampoco, que un niño de 11 años ya haya alcanzado tal nivel de desarrollo cognitivo. Sin embargo, la posibilidad de que esas capacidades relevantes no se hayan adquirido aumenta conforme disminuye la edad. De ahí la necesidad de constatarlas en el caso de los jóvenes acusados penalmente”<sup>14</sup>.

Por conseguinte, só com uma cuidada e profunda análise ao efectivo desenvolvimento cognitivo do jovem, análise esta obviamente multidisciplinar, mas com acentuado enfoque na medicina, poderemos, com rigor, definir se este o completou de forma adequada e sã.

Para Piaget, pode dizer-se que é na adolescência que se completa o desenvolvimento cognitivo, com o atingir do sexto estágio (o qual se mantém por toda a vida adulta), a saber, o “estágio das operações intelectuais abstractas, da formação da personalidade e da inserção afectiva e intelectual na sociedade dos adultos”<sup>15</sup>. Não obstante, persistem, entre o jovem e o adulto, diferenças quanto à capacidade de pensamento abstracto e, reflexamente, quanto à capacidade para compreender as normas penais, o que vem a justificar, segundo Chan Mora, um tratamento responsabilizador diferente<sup>16</sup>.

## 2. O DESENVOLVIMENTO MORAL

Com o propósito de aperfeiçoar a distinção entre o jovem e o adulto, surge, então, outro critério: o da diferença no juízo moral de jovens e adultos, critério este que se funda na teoria do juízo moral de Kohlberg (2)<sup>17-18</sup>.

<sup>14</sup> CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 361 (nota 406).

<sup>15</sup> PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, cit., p. 15.

<sup>16</sup> CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 362.

<sup>17</sup> Para Kohlberg, todos os seres humanos têm a capacidade de chegar à plena competência moral, sendo que para tal existem níveis evolutivos (pré-convencional, convencional e pós-convencional) que no conjunto formam um complexo grupo de estágios que agregam desde o mais elementar, desenvolvido inicialmente pelas crianças (estágio 1 ou de punição e obediência: onde a acção da criança é sempre condicionada pelo castigo – não faço isto para não ser castigado), até ao estágio 6 ou o dos princípios

Na sua acção, o jovem distingue-se do adulto pela sua incapacidade de ir além do plano evolutivo da obediência à autoridade e à norma social, onde a moralidade é ditada por uma força externa: a da observação e cumprimento das normas – leis e deveres. Significa então isto que o jovem com reduzido desenvolvimento cognitivo ou com *deficit* de “desenvolvimento moral” possui uma menor capacidade de avaliar as regras penais e de conformar a sua acção<sup>20 21</sup>. De acordo com Kohlberg<sup>22</sup>, não obstante o juízo moral comece a completar-se com o fim dos dezasseis anos, início dos dezasete, certo é que isso não pode ser suficiente para afirmar que a partir dessa idade deixam de existir diferenças<sup>24</sup>. Na verdade, as conclusões a que se acaba por chegar têm por base um critério estatístico do parâmetro de normalidade,

universais éticos (sendo que, entre estes dois estágios existem outros quatro, a saber: o estágio 2 – orientação ingenuamente egoísta, o estágio 3 – orientação do bom menino, o estágio 4 – orientação de manutenção da autoridade e ordem social, o estágio 5 – orientação contratual legalista). Cfr. KOHLBERG, Lawrence, HERSH, Richard H., «Moral development: a review of the theory», *Theory into Practice*, Vol. 16, n.º 2, April 1977, pp. 54 e 55 e KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, New York, T. Lickona, 1976, pp. 53 e ss.

<sup>18</sup> Vide, para melhor compreensão, a síntese apontada por DELUCA, Jenn, «Kohlberg's theory of moral development: theory synthesis», Bridgewater State University, disponível [http://www.jenndeluca.com/wp-content/uploads/2011/02/CNSA-Theory\\_Moral-Development.pdf](http://www.jenndeluca.com/wp-content/uploads/2011/02/CNSA-Theory_Moral-Development.pdf)

<sup>19</sup> Será o caso do jovem que permanece no estágio 3 de Kohlberg (a moralidade de uma acção é valorada em função da recompensa/consequência social, onde o agente representa um papel: ser bom filho, ser bom aluno).

<sup>20</sup> Resumidamente, e citando ainda CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., pp. 365 e 366, “(1) No es posible alcanzar el estadio IV.2 del desarrollo moral si no se ha alcanzado la capacidad cognitiva de razonamiento lógico abstracto. Esto usualmente no sucede antes de los 12 años de edad. (2) Sin embargo, la consecución de una capacidad de razonamiento lógico formal no conlleva automáticamente la consecución de la etapa IV. 2 de desarrollo moral. (3) Antes de los 14 años de edad es menos probable que alguien alcance el estado de orientación moral por “las leyes y el ordenamiento”. (4) A partir de los 14 años de edad, es más probable que un joven logre alcanzar dicho estadio de desarrollo moral, pero aún existe la posibilidad, mayor que en el caso de los adultos, de que no lo haya alcanzado. (5) La capacidad de juicio moral de los jóvenes, usualmente se diferencia del de los adultos, por lo menos hasta que finalizan los 16 años de edad.”

<sup>21</sup> Em sentido contrário, «The competence-related abilities of adolescent defendants in criminal courts», POYTHRESS, Norman, LEXCEN, Frances J., GRISSO, Thomas, STEINBERG, Laurence, *Law and Human Behavior*, Vol. 30, n.º 1, February 2006, p. 88.

<sup>22</sup> KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, cit., p. 123.

<sup>23</sup> No mesmo sentido, CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 366.

<sup>24</sup> Para o Autor, raros são os indivíduos que podem atingir o estágio 6.

sendo que “no se excluye la posibilidad de que una persona de 20 años de edad no haya alcanzado tal estágio de desarrollo moral”<sup>25</sup>.

Existe, pois, uma margem etária que se situa entre a dita adolescência (para o desenvolvimento cognitivo – segundo Piaget) e os final dos dezasseis anos – início dos dezassete (para o desenvolvimento do juízo moral de Kohlberg)<sup>26</sup> em que se deve colocar a questão: terá o agente (com dezasseis anos<sup>27</sup> de idade, para o que nos importa, aqui) completado o seu desenvolvimento?

Se, como já visto, estes estágios de formação não são determinísticos, isto é, repete-se, se são apenas padrões estatísticos de normalidade, então, para o nosso estudo, há que considerar e tomar como ponto inegociável de aplicação do direito penal uma concreta avaliação das circunstâncias e do quadro de desenvolvimento (cognitivo e moral), olhando a factores endógenos e exógenos de cada jovem, de forma a apurar se, caso a caso, este poderá, apesar da sua idade igual ou superior a dezasseis anos, ser submetido ao jugo daquele ramo do direito.

### 3. A MATURIDADE PSICOSSOCIAL

Em defesa desta mesma posição temos então o apoio das teorias sociais de Steinberg e Cauffman (3)<sup>28</sup>. Para estes Autores, as tradicionais teorias cognitivas e de juízo moral pecam por não fazer, após determinadas idades, uma diferenciação entre os jovens e os adultos, embora aceitem que ela possa existir.

Segundo esta nova corrente de pensamento, crítica, então, das teorias tradicionais, há um conjunto de factores suplementares que é preciso ter em conta (e que são desconsiderados por aquelas), a saber: os factores demográficos, os psicológicos, os sociais (ou de contexto), factores legais e outros factores externos<sup>29</sup>. Isto porque, “drawing age boundaries on the basis of

<sup>25</sup> CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 366.

<sup>26</sup> IDEM, *ibidem*, p. 367.

<sup>27</sup> Pelo que deixamos exposto, parecem redundantes explicações sobre a desadequação, entre nós, de questionar a possibilidade de aplicação do direito penal abaixo desta idade.

<sup>28</sup> CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», *Behavioral Sciences and the law*, 18 (6), 2000, pp. 741 a 760.

<sup>29</sup> «Legal, Individual, and Environmental Predictors of Court Disposition in a Sample of Serious Adolescent Offenders», CAUFFMAN, Elisabeth, PIQUERO, Alex R., KIMONIS, Eva, STEINBERG, Laurence, CHASSIN, Laurie, FAGAN, Jeffery, *Law and Human Behavior*, 31(6), Dec. 2007, pp. 519 a 535.

developmental research cannot be done sensibly without a careful and nuanced consideration of the particular demands placed on the individual for “adult-like” maturity in different domains of functioning”<sup>30</sup>.

As capacidades individuais do jovem agente não valem por si só para a tomada de decisão da prática de um facto. Há que somar a essas características a influência dos outros factores, em especial os de contexto ou sociais. Desta forma, sugerem-se novos requisitos para a avaliação da maturidade psicossocial, para cuja avaliação será imprescindível considerar “susceptibility to peer influence”, “attitudes toward and perception of risk”, “future orientation” e “capacity of selfmanagement”<sup>31</sup>. Esta será, por conseguinte, uma nova forma de jovens e adultos se diferenciarem, na medida em que “los componentes o requisitos de la madurez psico-social muestran una evolución aún después de los 16 años, en incluso, para algunas dimensiones, hasta los 18 y 21 años de edad”<sup>32</sup>.

As teorias cognitivas e éticas (também denominadas de morais) devem, assim, ser complementadas pelas teorias sociais de Steinberg e Cauffman, procurando-se um conceito unificado de adulto.

#### 4. ALGUNS ASPECTOS DO DESENVOLVIMENTO DO CÉREBRO

Entre nós, porém, Maria Fernanda Palma não deixou ainda de referir-se, no mesmo sentido de Chan Mora, à necessidade de uma análise das diferenças na estrutura e funcionamento do cérebro dos adultos e dos jovens (4)<sup>33</sup>, *maxime* se aceitarmos que, atento o critério orgânico, também denominado critério biológico, existem profundas diferenças nas suas estruturas do cérebro, enquanto órgão.

<sup>30</sup> «Are adolescents less mature than adults?: Minors’ access to abortion, the juvenile death penalty, and the alleged APA “flip-flop”», STEINBERG, Laurence, CAUFFAMN, Elizabeth, WOOLARD, Jennifer, GRAHAM, Sandra, BANICH, Marie, *American Psychologist*, Vol. 64 (7), Oct 2009, p. 583.

<sup>31</sup> CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., pp. 374 e 375.

<sup>32</sup> *IDEM*, *ibidem*, p. 376. No mesmo sentido, embora considerando o intervalo entre os 16-19 anos como mais relevante, veja-se CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», cit., p. 756.

<sup>33</sup> “Se concebermos o desenvolvimento da pessoa nas suas diversas dimensões neuro-biológica, intelectual, ética e social – deveremos concluir que a responsabilidade penal por culpa pressupõe um certo estágio de desenvolvimento nessas diversas dimensões.” Cfr. PALMA, Maria Fernanda, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», *Sub Judice*, 11, Janeiro/Junho 1996, p. 61.

Por ora, sendo assim, centramo-nos no processo formativo bio-orgânico do cérebro e das suas múltiplas estruturas bem como na importância destas para a formação da susceptibilidade de se dirigir a determinada pessoa um juízo de culpa. E só nisso. Ou seja, procuramos mostrar que a afirmação da incompletude da formação de determinadas áreas do cérebro, podendo comprometer a capacidade para a culpa, se afasta daquilo a que damos o nome de anomalia psíquica para efeitos da aplicação do artigo 20.º do Código Penal português.

Na sequência do que afirmamos, surge de valia indesmentível, então, a referência ao hipocampo, estrutura do cérebro<sup>34,35</sup> situada nos lobos temporais e que é responsável pela memória a curto e longo prazo, pela aprendizagem e, em especial, pela conversão daquelas memórias de curto prazo em memória de longo prazo. Seria, porém, redutor só apontar estas funções ao hipocampo uma vez que este apresenta vastas conexões designadamente no plano da atenção, do estado de alerta e das funções comportamentais.

De acordo com o consenso médico mais presente, este núcleo essencial do cérebro regista um desenvolvimento que começa com o nascimento/início da vida e que se estende até aos quarenta anos. O seu volume é susceptível de variação<sup>36</sup> (em especial com o stress)<sup>37</sup>, sendo que, em regra, à medida que envelhecemos ele sofre uma diminuição do seu volume, o que pode ser contrariado com uma maior estimulação e até mesmo com o aumento da actividade física.

Assim, e durante toda a vida do hipocampo, um ambiente rico em estímulos contribui para a renovação das estruturas neuronais. Da mesma forma, uma presença constante de afectividade por parte dos pais gera na criança

<sup>34</sup> «Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., *Journal of Cognitive Neuroscience*, 21:9, Massachusetts Institute of Technology, 2008, pp. 1821 a 1833.

<sup>35</sup> AROEIRA, Rita Isabel Pedro, *Caracterização espaço-temporal do receptor da glicina no hipocampo de rato*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Faculdade de Ciências – Departamento de Química e Bioquímica, 2009, p. 32.

<sup>36</sup> Nesse sentido, "...general role for the hippocampus in configural learning, and suggests it may also support the ability to respond to changes, in cue–outcome contingencies", em «Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., cit., p. 1821.

<sup>37</sup> No mesmo sentido, vide «Hippocampal atrophy in recurrent major depression», SHELINE, Y. I., WANG, P. W., GADO, M. H., CSERNANSKY, J. G., VANNIER, M. W., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 93(9), 1996, pp. 3908 a 3913.

um maior crescimento do hipocampo<sup>38</sup> (o mesmo já não se passando com os adultos que sejam submetidos a cuidados de afectividade)<sup>39</sup>. Desta forma, ganha consistência a ideia de que uma região-chave do cérebro é mais saudável e melhor desenvolvida nas crianças criadas com carinho e afecto<sup>40</sup>.

Por conseguinte, e na esteira do que vimos suportando, este é um elemento essencial para a afirmação da importância da avaliação de outros factores para além da idade na determinação do amadurecimento de uma pessoa. Repare-se, pois, que dois jovens da mesma idade, mas com tipos de afectividade e de carinho familiar bem diferentes, podem inelutavelmente, em si, encerrar disparidades bio-orgânicas no seu hipocampo<sup>41</sup>, sem que a hipótese de anomalia psíquica. Nesta medida, a diferença de tamanho do hipocampo pode ser a pedra de toque diferenciadora numa eventual avaliação da "culpa" da pessoa. Um hipocampo menor pode gerar uma maior dificuldade quer para a percepção da factualidade, quer para a actuação comportamental de determinado jovem, comparativamente a outro que, muito embora com a mesma idade, mas com um maior hipocampo, revela percepção e actuação comportamental mais facilitadas. O mesmo é dizer que estes dois jovens (sem anomalia psíquica que lhes possa reivindicar inimputabilidade) estão, em rigor, em patamares desiguais relativamente ao direito penal e que urge determinar em concreto.

O mesmo processo ocorre com a amígdala, uma estrutura cerebral que concentra em si, processando-a, a agressividade nas suas múltiplas vertentes: a raiva, o medo e a ansiedade. Contudo, a sua função é também mais ampla, sendo igualmente responsável pela regulação do comportamento sexual e das emoções, em especial as da paixão, do amor, da amizade e do afecto. É, pois, a parte mais utilizada para o processamento das emoções enquanto o córtex pré-frontal não amadurece na sua totalidade. As informações sensoriais são enviadas para a amígdala, a porta de entrada do sistema límbico,

<sup>38</sup> «Maternal support in early childhood predicts larger hippocampal volumes at school», LUBY, Joan L., BARCH, Deanna M., BELDEN, Andy, GAFFREY, Michael S., TILLMAN, Rebecca, BABB, Casey, NISHINO, Tomoyuki, SUZUKI, Hideo, BOTTERON, Kelly N., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 109, n.º 8, 2012, pp. 2854 a 2859.

<sup>39</sup> IDEM, *ibidem*, p. 2857.

<sup>40</sup> IDEM, *ibidem*, pp. 2857 e 2858.

<sup>41</sup> Com esta afirmação não se reconhece, naturalmente, procedência ao argumento de que um determinado meio social conduz de forma inexorável a uma carreira criminosa, embora se admita e reconheça a importância daquele.

área responsável pelo processamento de emoções. Usando o conhecimento armazenado, a amígdala determina a resposta emocional que deve dar a cada estímulo que recebe e, com o tempo, cria vários significados emocionais do ambiente.

Assim, ambientes educacionais mais elevados trazem uma diminuição da amígdala cerebral, e, no lado oposto, jovens com historial de negligência educativa e de afectos demonstram ter um maior volume de amígdala<sup>42</sup>. Deste modo, indivíduos (jovens) com maiores volumes de amígdala revelam maior agressividade e menor capacidade de comportamento social normalizado<sup>43</sup>, na medida em que têm mais dificuldades de socialização e de criação de laços mais firmes de amizade.

Ora, à semelhança do que atrás se deixa exposto, estas diferenças na amígdala das crianças e jovens não acarretam por si só anomalia psíquica e a inerente inimputabilidade penal por via dessa causa. Trata-se, tão somente, de diferenças orgânicas que influenciam a personalidade. Apesar de serem insusceptíveis de fundar uma situação de inimputabilidade por anomalia psíquica (ou até diminuída), podem contribuir para afastar a consideração de uma completa formação para a susceptibilidade de um juízo de culpa jurídico-penal.

Retomando a necessidade de pensar um novo critério, entendemos que só por meio dele podemos, em homenagem ao princípio da igualdade, tratar com desigualdade o que realmente é desigual: o processo de desenvolvimento cerebral (que é variável de jovem para jovem).

Repetindo o que atrás se afirma, dois jovens com a mesma idade podem ter volumes de amígdalas diferentes, logo, diferentes capacidades de controlo das suas emoções, que exigirão diferentes idades de amadurecimento para controlo dessas mesmas emoções. E isto assim o é tanto mais que esta estrutura cerebral apresenta uma ligação com o hipocampo (já descrito)<sup>44</sup>. Parece-nos, então, que só a ideia de um critério subjectivo, distinto da mera consideração de uma idade, será capaz de tomar em linha de conta todas

<sup>42</sup> ANDERSEN, Susan L., PINE, Daniel S., *The Neurobiology of Childhood*, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2014, p. 120.

<sup>43</sup> IDEM, *ibidem*, p. 140.

<sup>44</sup> Amígdalas maiores interferem com este e geram assim uma maior propensão para uma maior severidade da ansiedade nas depressões dos jovens. Cfr. «Increased Amygdala: Hippocampal Volume Ratios Associated with Severity of Anxiety in Pediatric Major Depression», MACMILLAN, Shauna, SZESZKO, Philip R., MOORE, Gregory J., MADDEN, Rachel, LORCH, Elisa, IVEY Jennifer, BANERJEE, S. Preeya, ROSENBERG, David R., *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, Vol. 13, n.º 1, Março de 2003, pp. 65 a 73.

estas diferenças, valorizando-as de forma prévia ao patamar da anomalia psíquica que, repete-se, poderá nem existir, porquanto o jovem em formação poderá completar o *iter* do seu amadurecimento e tornar-se um adulto imputável.

Outra estrutura essencial à nossa análise é o córtex pré-frontal. Na verdade, esta estrutura torna-se o centro responsável pela tomada de decisões<sup>45-46</sup>, logo, pelo controlo das emoções<sup>47-48</sup>, e também pelo julgamento. Esta área, integrada no córtex cerebral, é a que mais demora a “amadurecer”<sup>49</sup>, sendo que sua formação completa pode estender-se para lá dos dezasseis ou até dos dezoito anos<sup>50-51</sup>. Em rigor, o córtex frontal parece ter uma especial ligação com a amígdala<sup>52</sup>, o que leva a que estas duas estruturas, em conjunto,

<sup>45</sup> Para demonstração das diferentes áreas do córtex activadas pelos jovens e pelos adultos aquando das decisões, *vide* «Adolescent development of the neural circuitry for thinking about intentions», BLAKEMORE, Sarah-Jayne, OUDEN, Hanneke den, CHOUDHURY, Suparna, FRITH, Chris, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2 (2), 2007, pp. 130 a 139.

<sup>46</sup> Notando a importância do desenvolvimento desta área do cérebro, nomeadamente no momento da tomada de decisões de recompensa imediata, veja-se BLAKEMORE, Sarah-Jayne, ROBBINS, Trevor W., «Decision-making in the adolescent brain», *Nature Neuroscience*, Vol. 15, n.º 9, September 2012, especialmente pp. 1185 a 1188. Detidamente acerca, desde logo, da influência dos pares, HARTLEY, Catherine A., SOMERVILLE, Leah H., «The neuroscience of adolescent decision-making», *Current Opinion in Behavioral Sciences*, *ScienceDirect*, 5, 2015, pp. 108 a 115 e AHMED, Saz P., BITTENCOURT-HEWITT, Amanda, SEBASTIAN, Catherine L., «Neurocognitive bases of emotion regulation development in adolescence», *Developmental Cognitive Neuroscience*, 15, 2015, pp. 11 a 25 (não deixando ainda, na p. 18, de referir-se à especificidade dos chamados “early-twenties”).

<sup>47</sup> Deixamos aqui, sem necessidade de melhores explicações, as doudas considerações de DAMÁSIO, António R., *O Erro de Descartes: Emoção, razão e Cérebro Humano*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011.

<sup>48</sup> Para o desenvolvimento dos diferentes tipos de emoções, *vide* DELGADO EGIDO, Begoña, CONTRERAS FELIPE, Antonio, *Desarrollo social y emocional, La segunda infância: desde los seis a los doce años*, 12, p. 41.

<sup>49</sup> No mesmo sentido, “The notion that brain continues to develop after childhood is relatively new. Post-mortem studies carried out in the 1970s and 1980s demonstrated that the structure of the prefrontal cortex undergoes significant changes during puberty and adolescence”, em BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Brain development during puberty: state of the science», *Developmental Science*, 9 (1), 2006, p. 12.

<sup>50</sup> Cfr. TEFFER, Kate, SEMENDEFERI Katerina, «Human prefrontal cortex: Evolution, development, and pathology», in *Progress in Brain Research*, (capítulo 9), Vol. 195, 2009, pp. 195 a 198, especialmente p. 196.

<sup>51</sup> Para dados quantitativos sobre o volume do córtex e da amígdala ao longo de toda a vida, cfr. BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition», *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47 (3), 2006, pp. 297 e ss.

<sup>52</sup> SALZMAN, C. Daniel, FUSI, Stefano, «Emotion, Cognition, and Mental State Representation in Amygdala and Prefrontal Cortex», *Annual Review of Neuroscience*, 33, 2010, pp. 173 a 202, especialmente p. 181.

participem em funções executivas tais como a atenção, o entendimento das regras, o planeamento da acção e a sua avaliação<sup>53</sup>. Nesta medida, se tal estrutura cerebral, e ao fim e ao cabo todo o cérebro<sup>54</sup>, se mostra em formação para lá dos dezasseis anos, entendemos que também aqui o critério subjetivo que defendemos é a pedra de toque essencial para a inimputabilidade que pretendemos afirmar.

Estando o córtex pré-frontal em desenvolvimento, não podemos, no nosso entendimento, falar em anomalia psíquica. Tanto mais porquanto o processo de desenvolvimento e formação completa desta estrutura é, *per natura*, diuído no tempo. Ou seja, não estamos perante uma errada formação já concluída (ou uma lesão adquirida dessa estrutura) que importa uma anomalia psíquica, mas um *iter* incompleto, com estágios e etapas sucessivas para a sua plena formação. No caso de uma anomalia psíquica, a lesão da estrutura cerebral assenta na verificação inequívoca do “defeito” que torna impossível a afirmação da culpa, ou porque ele se assume como herança aceite à nascença ou nos primeiros anos, ou porque, eventualmente em conjugação com uma predisposição genética para o efeito, se adquiriu posteriormente<sup>55</sup>.

A verificação, *in casu*, do caminho do desenvolvimento que é imprescindível para a culpa é, pois, uma análise prévia ao pressuposto da sua completude que é expectavelmente atingida até aos vinte e um anos<sup>56</sup>, idade a que chegamos após confronto com tudo o que fomos indicando.

Em síntese, se esta doutrina nos aponta a idade de vinte e um anos como ponto fulcral na completude da formação das estruturas essenciais de ama-

<sup>53</sup> *IDEM, ibidem*.

<sup>54</sup> Para uma mais completa perspectiva do desenvolvimento do cérebro, com quantificação dos volumes da matéria cinzenta, matéria branca nos dois sexos, até aos dezoito anos, *vide* «Puberty-related influences on brain development», GIEDD, Jay N., CLASEN, Liv S., LENROOT, Rhoshel, GREENSTEIN, Dede, WALLACE, Gregory L., ORDAZ, Sarah, MOLLOY, Elisabeth A., BLUMENTHAL, Jonathan D., Tossell, Julia W., STAYER, Catherine, SAMANGO-SPROUSE, Carole A., SHEN, Dinggang, DAVATZIKOS, Christos, MERKE, Deborah, CHROUSOS, George P., *Molecular and Cellular Endocrinology*, 254-255, 2006, pp. 154 a 162. Iguualmente quanto ao lobo frontal e a respectiva quantificação, «Improved memory functioning and frontal lobe maturation between childhood and adolescence: a structural MRI Study», SOWELL, Elisabeth R., DELIS, Dean, STILES, Joan, JERNIGAN, Terry L., *Journal of the International Neuropsychological Society*, 7, 2001, pp. 312 a 322.

<sup>55</sup> Sobre a predisposição genética associada à aquisição de determinadas anomalias psíquicas, veja-se, por todos, URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao – Granada, Comares, 2004, pp. 399 e ss.

<sup>56</sup> Cfr. CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 382.

durecimento (também do cérebro, muito embora não se negando aqui que o cérebro, enquanto estrutura neuronal complexa, está em constante mutação e adaptação ao longo de toda a sua vida), outra alternativa não se imporia senão considerar esta barreira dos vinte e um anos como limite da nossa intervenção diferenciada face ao direito penal.

### III. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DAS CONCLUSÕES EXPENDIDAS

Porque em Portugal temos jovens com mais de dezasseis anos e menos de vinte e um tratados, em linhas gerais, como adultos, impõe-se perceber, então, e no seguimento do que vimos adiantando, que, se aliarmos ao critério da idade a ponderação do desenvolvimento da sua susceptibilidade para que lhe seja dirigido um juízo de culpa, em muitas situações concretas, o que temos é verdadeiros inimputáveis em razão das características inerentes à sua idade tratados como imputáveis. Temos a possibilidade da aplicação de penas a inimputáveis. E, por isso, a subversão do princípio da aplicação de penas a inimputáveis em razão das características concretas, o que temos é verdadeiros inimputáveis em razão das características inerentes à sua idade tratados como imputáveis.

Deste modo, e posicionando a questão no plano de quem pode ter a culpa que o direito penal reivindica como relevante, não nos parece que a boa solução deva passar por simplesmente elevar a idade da imputabilidade penal para os dezoito anos, fazendo-a coincidir com o *terminus* da menoridade. Sucede, em boa verdade, que continuaríamos, por essa via, a ficcionar a inimputabilidade, não a suscitando por meio da real incapacidade para a culpa. A menoridade, enquanto ficção jurídica, não opera, só por si, a inimputabilidade da pessoa, como vimos. Nem, bem é de ver, a consagração do que é "ser criança" à luz dos instrumentos legais internacionais e a que, inegavelmente, reconhecemos muitos méritos. O que acontece é que, numa perspectiva pura e dura de intervenção penal, em que a protecção da criança ou jovem é um dos critérios mas, em rigor, não o único ou sequer mais importante, a averiguação do que cabe no âmbito do direito de *ultima ratio* tem de ser feita segundo factores distintos. É, pois, essa, a magna razão para que defendamos a materialização/subjectivação da apreciação do patamar da inimputabilidade em razão da (pouca) idade, adequando-a, verdadeiramente, ao juízo concretamente vinculado ao facto *daquele* agente.

Em suma, só um critério misto, onde concorram a segurança que as barreiras etárias estatisticamente definidas pode dar e a justeza da adequação às especificidades de quem pratica o facto poderá, em nosso entender, levar à afirmação natural da culpa jurídico penal.

A partir dos dezasseis anos, encontramos, na realidade, alguns sinais de possível completude da capacidade para ser um sujeito da culpa penal, pelo

que, em confronto com essa afirmação, nos pareça adequado que essa seja a barreira abaixo da qual deverá falar-se em inimputabilidade penal em razão da idade de forma absoluta, ou seja, inilidível. Aos riscos suscitados por alguns autores<sup>57</sup> de, em casos contados, termos jovens com menos de dezasseis anos com a necessária maturidade para a compreensão do que é o crime e para a orientação da sua vontade, de forma livre e esclarecida, no sentido do desvio à norma, sempre poderão contrapor-se as conclusões que deixámos no ponto precedente e que, em nome da segurança jurídica, situam naquela idade o limite mínimo do que venha a ser a real susceptibilidade de um juízo de censura próprio do direito penal.

Por outro lado, pelo menos até aos vinte e um anos terá sentido dizer que não basta a idade para que se afirme a imputabilidade penal, antes de vindo fazer-se coincidir, depois dos dezasseis anos, este critério formal com um outro, material, dependente de avaliação multidisciplinar, mas eminentemente psicológica e médica, da completude da capacidade para ser um sujeito da culpa penal. Tanto mais quanto este juízo complexo de imputabilidade, frustrando uma equiparação entre jovens e adultos nesta matéria, só terá sentido quando aferido num duplo grau casuístico. Concretizando, não bastará, depois da prática de um facto, evidenciar a condição de imputável do agente em concreto, é preciso que, no caso de prática posterior de novo facto, pelo mesmo agente, mas ainda antes daquela idade dos vinte e um anos, o processo se repita, porquanto o juízo de imputabilidade, referindo-se ao agente, não pode, bem é de ver, desconsiderar o facto concretamente em causa.

Deste modo, *lege ferenda*, propõe-se que a redacção do artigo 19.º do Código Penal português se altere, no sentido de acolher aí a mudança de paradigma que aqui se suscita e que incluiria também um critério subjectivo na determinação da imputabilidade penal dos jovens.

<sup>57</sup> Taipa de Carvalho, por exemplo, não deixa de defender o abaixamento desta idade para os catorze anos, considerando que “há muitos adolescentes com menos de 16 anos que têm perfeita compreensão da ilicitude dos actos que praticam” e que “o que haveria a fazer era o estabelecimento de um regime especial quanto à pena concreta e, sobretudo, quanto ao local e modo de a cumprir”. Assim em CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 471 e 472.

#### IV. PROPOSTA EM CONCRETO

A idade<sup>58</sup> de quem comete o facto releva para efeitos de responsabilização, na medida em que, como vimos adiantando, pode haver necessidade de atender a este elemento para perceber a capacidade da pessoa para compreender e querer o facto e, além disso, a sua capacidade para conformar-se socialmente, vivendo a sua vida e orientando as suas acções ou omissões no sentido do respeito para com o outro (na perspectiva onto-antropológica de fundamentação jurídica<sup>59</sup>) ou com o dever-ser jurídico-penalmente instuído<sup>60</sup>. Quer isto dizer que a *incompletude* do agente para o direito (penal) não é despicienda no momento da apreciação do facto.

Historicamente, a idade da imputabilidade penal tem sofrido grandes oscilações, sendo certo que a sua evolução se tem traduzido num progressivo aumento<sup>61</sup>. Não é, pois, surpreendente, que também nós defendamos, mais uma vez, que se “eleve” a idade da imputabilidade penal<sup>62 63</sup>.

No sentido em que damos como boa solução a subida dessa idade, pode, então, ser-se levado a pensar que o facto de a maioria civil se situar nos dezoito anos será um precioso auxiliar na fundamentação da nossa proposta<sup>64</sup>. No entanto, o que pretendemos com este estudo é também diver-

<sup>58</sup> Cfr., embora concentrando-se apenas na menoridade, VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, «La política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes», *Cahiers de Défense Sociale*, 2003, pp. 328 a 334.

<sup>59</sup> Conforme a posição de Faria Costa relativamente à fundamentação do direito penal. Assim, por todos, em COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 10 e ss.

<sup>60</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 274 e ss. e 510 e ss.

<sup>61</sup> Sobre esta evolução, detidamente, ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos imputáveis por menoridade*, Polic., Coimbra, 2014, pp. 107 e ss. (dissertação de doutoramento disponível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

<sup>62</sup> No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., nota 80, p. 201.

<sup>63</sup> A opção, embora maioritária, não é, porém, consensual, tal como vimos já na nota 55. No entanto, e em oposição ao que ali se revela, não só, no nosso entendimento, a compreensão da imputabilidade não tem como reconduzir-se à mera compreensão da ilicitude, como ainda, por outro lado, nos parece, como continuaremos a defender, que não há-de ser no plano da consequência jurídica do facto que poderá distinguir-se a *actio* da criança ou jovem daquela praticada pelo adulto.

<sup>64</sup> Assim, entre tantos outros, em GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, 1997, p. 614, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 3, 1997, p. 374, DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Menores, mas imputáveis: que protecção?», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Univer-

ciar a consideração da inimputabilidade penal da mera verificação formalista do critério jurídico da menoridade. Afinal, a menoridade mais não é que uma ficção do direito, de que, naturalmente, se retiram consequências e que, por isso, tem impresso um valor que não diminuimos<sup>65</sup>. Todavia, não é disso que trata a inimputabilidade, ou, pelo menos, não queremos que seja apenas disso: de um critério estritamente determinado pela via do direito para afastar a culpa e, por aí, para o que nos interessa, a responsabilidade penal.

Anterior à definição de menoridade, temos a fase da vida de determinada pessoa a que chamamos infância e juventude e, associada a esta, a incompletude intelectual que há-de, em nosso entender, ser trave mestra da diferente responsabilização de quem comete o facto<sup>66</sup>.

Quer-se com isto dizer que o substrato da intervenção no sentido de educar para o direito alguém reconhecidamente ainda a caminho da completude da sua capacidade de compreender, querer e conformar-se socialmente não se encontra na menoridade, enquanto conceito criado pelo direito, mas numa determinada fase do desenvolvimento da pessoa que comete o facto.

No nosso ordenamento jurídico, são menores de idade todas as crianças<sup>67</sup>, todos aqueles que não tenham atingido a maioridade (art. 122.º do CC). A própria emancipação, não deixe de esclarecer-se, não afasta a menoridade, mas apenas a incapacidade para o exercício de direitos que é própria dos menores de idade (arts. 132.º e 133.º do CC). Vale isto por dizer que, juridicamente, será criança, em Portugal, todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade, casado ou não. E ser criança há-de, na definição dos cuidados da lei, significar especiais atenções. Deste modo, o aumento da

sidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 395 e CARVALHO, Maria João Leote de, *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010, p. 144.

<sup>65</sup> Cfr., numa linguagem particularmente apelativa, a reflexão sobre a menoridade feita por GERSÃO, Eliana, *A criança, a família e o direito. De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, pp. 15 e ss.

<sup>66</sup> Neste mesmo sentido, considerando a infância (e não a menoridade) como causa de inimputabilidade, Silvela, *apud* MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 32.

<sup>67</sup> Foi a Organização Mundial das Nações Unidas que veio, em 1989, com a Convenção dos Direitos da Criança, afirmar "... considera(r)-se como criança todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade...". O diploma não deixou de salvaguardar, a seguir, é certo, "... a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes", o que, porém, não se verifica entre nós. O diploma foi adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificado por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

idade da imputabilidade penal seria, também por isso, mais um sinal significativo do respeito pela especificidade da faixa etária do sujeito para o qual o direito olha no caso.

Apesar de tudo, porém, e como deixámos já antever, não deixamos de aceitar, muito pelo contrário, que a idade da imputabilidade penal se mantenha, bastando, para que se assegure a justiça da “maioridade penal” que vimos sustentando, que a ela (à idade) passe a associar-se uma ideia de (in)imputabilidade sob condição obrigatoriamente avaliada nos seus pressupostos subjectivos. Só assim, entendemos nós, poderá cumprir-se aquela que é a justiça derivada do princípio da culpa, na medida em que, nas palavras que pedimos emprestadas a Figueiredo Dias, “o pior serviço que poderá prestar-se ao princípio da culpa, na medida em que, nas palavras que aplicando-o a situações em que uma tal culpa só duvidosamente se oferece à compreensão do juiz”<sup>68</sup>. Ora, pese embora o radical acerto do que deixamos escrito, haverá ainda prejuízo de monta maior, na nossa opinião, quando, como acontece no caso destes jovens, se verifica a impossibilidade daquela compreensão por não se ter ainda afinal alcançado o desenvolvimento das suas capacidades globais de compreender e querer o facto e conformar-se com o direito, o que permitiria afastar a inimputabilidade. Assim, enquanto não (re)acolhermos<sup>69</sup> um critério complexo de aferição da imputabilidade penal, para o qual, mais do que à idade do agente, importe atender à (in)completude da sua maturidade para a prática do facto punível pelo direito penal, parece-nos, efectivamente, posto em causa o princípio da culpa.

Só a obrigatoriedade da avaliação do desenvolvimento do menor entre os dezasseis e os dezoito anos acusado da prática de um crime, officiosamente, e, porque não dizê-lo, a possibilidade desta avaliação daí em diante, até aos vinte e um anos, poderia ajustar a aplicação do direito penal. Tratar-se-ia, aqui, de uma nova dimensão da imputabilidade penal, a (in)imputabilidade sob condição, no sentido em que, desacompanhada a idade do amadurecimento para compreender, querer e orientar-se para o facto no sentido da convivência com o outro dentro dos limites da vida em sociedade, haveria automaticamente lugar à aplicação, não do direito penal, mas do direito

<sup>68</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., p. 197.

<sup>69</sup> Sobre a evolução dos critérios de apuramento da inimputabilidade penal em razão da idade em Portugal, por todos, ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, cit., pp. 110 e ss.

tutelar educativo, assim se verificasse ainda, naturalmente, a necessidade de educação para o direito.

Estes "imputáveis" em abstracto, relativamente aos quais, no caso concreto, não se verifica a imputabilidade, aproximam-se dos menores que, praticando um facto qualificado pela lei como crime, são já hoje abrangidos pelo direito tutelar em detrimento do direito penal. Note-se que a pessoa inimputável, nestes termos, para um caso, poderia, ainda assim, ser imputável para outro. Ou seja, a condição a que se submeteria a imputabilidade seria escrutinada caso a caso, tanto que o seu cumprimento numa situação não se comunicaria às situações futuras, nem este concreto tipo de inimputabilidade se confundiria com a inimputabilidade absoluta (até aos dezasseis anos).

Quer-se com isto dizer que o sistema jurídico português passaria a reconhecer dois tipos de inimputabilidade penal em razão da idade: uma inimputabilidade absoluta que atingiria todos os menores de dezasseis anos e uma outra, a *(in)imputabilidade sob condição*, para todos aqueles que tivessem idade superior a dezasseis anos. Dentro desta última, distinguiríamos ainda as situações em que a avaliação do requisito subjectivo seria obrigatória (entre os dezasseis e os dezoito anos) daquela em que essa avaliação só ocorreria a requerimento do MP, do próprio jovem e officiosamente pelo juiz.

Nada disto se confunde, no plano teórico, com o que nos parece ainda legitimar a aplicação da medida tutelar ao agente com mais de dezasseis anos, à luz do actual Regime Penal Especial para Jovens (art. 5.º). Desde logo, não se trata, naquele que é o modelo que avançamos, de qualquer aplicação subsidiária da sanção tutelar relativamente à penal, numa lógica de incapacidade para receber a pena e usufruir das suas finalidades. O que propomos é o tratamento global do caso concreto consoante as regras do direito tutelar ou do direito penal de acordo com as especificidades de quem comete o facto. Por isso, a proposta não se confunde também com a possibilidade de aplicação de medidas de correcção que o RPEJ sugere nos arts. 6.º e 13.º e que não serão, quanto a nós, nem penas, nem medidas de tutelares.

Teríamos, pois, sempre um critério adicional à verificação objectiva e literal de uma determinada idade<sup>70</sup>, como que em analogia *a contrario* do que

<sup>70</sup> Avançando já a importância do "discernimento", embora não esclarecendo em que medida poderia ele influenciar a definição da maioridade penal, *Alteração da Lei Tutelar Educativa - Relatório Final*,

resulta do regime do consentimento. Todavia, repetimos, entre os dezasseis e os dezoito anos, a verificação deste requisito subjectivo seria sempre oficialmente suscitada, de forma obrigatória, enquanto que a partir dos dezoito anos seria facultativa e teria de ser requerida.

E até que idade terá sentido suscitar esta questão? Não nos parece que pudesse ser em qualquer uma. A questão do desenvolvimento de uma certa capacidade para "ter culpa" vem associada ao desenvolvimento das capacidades cognitivas, ética, social e orgânica do sujeito que, salvo situações já acauteladas no âmbito do art. 20.º do CP, devem poder presumir-se depois dos vinte e um anos. Aliás, este parece ser ainda o sentido das Recomendações do Conselho da Europa que, já em 2003, assegurava as vantagens de se estender, atentas as características da pessoa em causa, um regime próximo do previsto para os menores de idade, pelo menos até aos vinte e um anos, aceitando assim a possibilidade de se estar perante agentes que, muito embora maiores, "are not as mature and responsible for their actions as full adults"<sup>71</sup>. Foi, ademais, essa a idade a que, no ponto precedente, acabámos por chegar quando analisávamos a completude da formação das estruturas essenciais do cérebro.

Embora hoje se verifique já, em alguns domínios, uma ousadia maior e se pugne pelo alavancar desta idade até aos vinte e cinco anos<sup>72</sup>, somos da opinião que, nesse caso, por todas as razões já expostas, a resposta deverá ser outra, nomeadamente recorrendo-se a uma mera atenuação da pena. E com isto, note-se, não bule que depois dos vinte e um anos se cumpra ainda uma medida de responsabilização educativa, conquanto seja praticado o facto e avaliada a *(in)imputabilidade sob condição* em momento anterior àquele em que o agente perfaz esta idade.

Urge, assim, em face desta nova proposta, esclarecer que se pretende obviar à mobilização de um regime penal que, na sua essência, não se adequa ao *(in)imputável sob condição*. Contudo, com tal não aplicação não se visa a

(Leonor Furtado – Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), Bubok, Março de 2013, p. 30.

<sup>71</sup> Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice, ponto 11.

<sup>72</sup> LARIZZA, Sílvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova série, Vol. 114, Cedam, 2005, p. 513. Entre nós, ainda que a outro propósito, veja-se a Lei 23/2017, de 23 de Maio, que, alterando a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, vem consagrar o alargamento do período de protecção.

criação de um vazio legal ou de um regime de favor para estes jovens<sup>73</sup>, mas não somente a adequação da realização da justiça às qualidades próprias do "agente"<sup>74</sup> do facto qualificado pela lei como crime e que, como demonstrado, é, nestas situações, ainda um "agente" insusceptível de culpa e, por isso, de aplicação do direito penal (mais do que, apenas, da sua sanção).

Ou seja, este seria, na nossa opinião, o único regime em que se respeitariam, finalmente, as especificidades do agente e que subjazem à sua incompletude intelectual para o cometimento do facto de modo penalmente censurável. E este é, de modo muito claro, o principal argumento para não nos bastarmos com um simples aumento da idade da imputabilidade penal. Segundo aquela que é a nossa opinião, essa não será, sequer, a solução mais compatível com os desenvolvimentos mais recentes em matéria de crianças e jovens.

Se olharmos para as noções de maioridade progressiva ou antecipada, verificamos que é hoje mais feliz a solução segundo a qual o direito acompanha, gradualmente, o desenvolvimento, o amadurecimento do sujeito, do que uma outra donde resulte uma protecção absoluta durante a menoridade e um alheamento protectivo daí em diante. Ao prevermos, em vez disso, uma nova moldura, uma idade mínima e uma idade máxima para lançar mão da ideia de inimputabilidade penal em razão da idade, estamos, pois, a acumular as vantagens da aceitação de uma maturação progressiva da pessoa<sup>75</sup>, também (porque não?) para o crime, e ainda da protecção possível até uma fase mais tardia do desenvolvimento do agente.

<sup>73</sup> Tanto mais que é para nós muito clara, conforme afirma HASSEMER, Winfried, «Neurociencias y culpabilidad en derecho penal», *InDret – Revista para el análisis del derecho*, 2, 2011, p. 9, a possibilidade de o ser humano (e portanto, acrescentamos nós, também o agente jovem) ser responsável e, portanto, responsabilizado. Sobre esta responsabilidade, ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade pelos inimputáveis por menoridade*, cit., pp. 68 e ss.

<sup>74</sup> No sentido, aliás, ainda, do que defendem Figueiredo Dias e Costa Andrade, no seu *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (3.<sup>a</sup> reimpressão), p. 431, donde resulta, expressamente, o repúdio da aplicação, na medida do justo possível, da reacção criminal ao delinquente juvenil.

<sup>75</sup> Desenvolvidamente sobre este aspecto, embora centrando a análise no pensamento civilista, ver Cândido, *Menoridade. (In)capacidade e Cuidado parental*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 117 e ss. e também QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das famílias*, Lisboa, Quid Iuris, 2012, pp. 21 e ss.

Por esta via, chegamos, no entanto, inevitavelmente, a uma outra conclusão, tal seja a de que, muito embora o esforço que vimos empreendendo não pretenda bulir com o conceito de culpa jurídico-penal, haverá sempre que aceitar que, no plano da culpa, respinguem ainda efeitos do nosso estudo. Na realidade, os contributos das neurociências, enquanto ciências auxiliares, não almejam tocar num conceito que o direito penal chama para si — o da culpa penalmente relevante. O conceito de culpa, em si, não se altera. Pelo que, nessa sede, não temos qualquer pretensão de inovar. O que se altera, isso sim, é o espaço de censura penal. Na medida em que vimos afirmando o alargamento do terreno da inimputabilidade, estamos, pois, a aceitar que minguem a área da culpa. A culpa continuará, impassível, a mesma. Mas o critério objectivo que desencadeava uma presunção inilidível de culpa a partir de uma determinada idade, esse, cai por terra, levando consigo as mal apelidadas “culpas” dos agentes ainda a caminho de se completarem.

#### 1. CONCEITO DE INTELLECTUS CRIMINALIS — A PROPOSTA DE UM CRITÉRIO ALTERNATIVO

Embora seja impossível deixar de assumir que os estudos das neurociências têm direccionado a sua atenção mais para a questão da inimputabilidade por anomalia psíquica<sup>76</sup>, a verdade é que não nos parece despiciendo o contributo desta ciência auxiliar no sentido da recompreensão do que é hoje a inimputabilidade penal em razão da idade. Por isso, como vimos, a proposta do nosso trabalho vai no sentido de se associar à verificação formalista do critério da idade, a necessidade de avaliar a capacidade do agente para, independentemente da sua “cronologia”, compreender, querer e conformar-se socialmente no cumprimento do dever-ser jurídico-penal<sup>77</sup>. Ou seja, independentemente da idade, a imputabilidade penal não poderá estar desamparada na determinação daquilo a que chamámos *intellectus*

<sup>76</sup> Sobre isso, muito detidamente, para aprofundamento de um tema que deliberadamente escolhemos não incluir no nosso estudo, URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit., pp. 193 e ss. e, ainda mais especificamente, IDEM, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, Editorial Comares, 2009, pp. 113 e ss.

<sup>77</sup> Embora, por outras palavras, e referindo-se ao direito penal de menores espanhol, “un Derecho... de menores abocado a la reeducación y la reinserción social sólo puede conformarse a través de la conjunción del critério biológico y del discernimiento...”. Cfr. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006 (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 55.

*criminalis*, composto por uma dimensão de conhecimento, outra de vontade e ainda uma de adequada modelação social do agente<sup>78</sup>.

Nos casos de (in)imputabilidade sob condição, todos estes elementos estão ainda por cumprir em termos absolutos, ou seja, encontram-se ainda em formação, a caminho da completude. Assim, distingue-se esta (in)imputabilidade sob condição da inimputabilidade absoluta pelo facto de estes três elementos estarem já presentes, embora inacabados.

O direito tutelar visa fomentar o crescimento destes três elementos *supra* mencionados, ao passo que o direito penal visa circunscrever e redefinir os limites destes três elementos. Se, até aos dezoitos anos, o agente ainda está "em crescimento", deve sim ter fomento nesse crescimento e não a tal circunscricção, sob pena de o crescimento do agente ser desorientado até ao limite do que o direito penal pretende impor. A delimitação de que aqui falamos é, no fundo, a recriação, no agente, dos limites confinantes da sua *actio*, ou seja, é a demarcação dos limites sociais para *tutela dos bens jurídico-penais* (de um modo mais amplo que aquele que resulta de uma finalidade de prevenção geral positiva<sup>79</sup>, antes reconduzido a uma ideia de construção do próprio direito penal). No caso do direito tutelar, a finalidade da intervenção não é já tanto voltada para aquela protecção, ou para a afirmação do valor da norma<sup>80</sup>, mas para o impulso do desenvolvimento do agente no sentido da formação dos elementos integradores do *intellectus criminalis* (educação para o direito). O direito penal visa moldar o *intellectus criminalis* já pleno, o direito tutelar fomenta a sua formação.

<sup>78</sup> Especificamente sobre este aspecto, da modelação social do agente, ligada muito embora à ideia de um respaldo ético da conduta punida, prévio à censura legal, NEVES, A. Castanheira, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Separata do número especial do BFDUC - "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia" - Vol. I, 1984, Coimbra, 1988, pp. 73 e ss.

Não se confunda, porém, esta dimensão do nosso conceito com a possibilidade de valoração da adequação social no plano da culpa, explorada por FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, Publicações da Universidade Católica, 2005, pp. 641 e ss., sobretudo quando, afirma-o a Autora (p. 643), isso dependerá da assumpção de um ilícito reduzido à pura consideração do desvalor de resultado, posição que não acolhemos, tanto mais que, neste particular, seguimos de perto a posição e argumentos de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 285 e ss.

<sup>79</sup> No entendimento de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 79 e ss.

<sup>80</sup> Cft. JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. de Manuel Cancio Meliá), Cuadernos de Conferências y Artículos, N.º 16, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 15 e ss.

Dizer que a inimputabilidade penal carece de ser repensada e reduzir a discussão à alteração da idade a partir da qual deixa de poder falar-se em inimputabilidade penal não honra a figura dogmática que está a repensar-se e depende de qualquer outro critério senão o da sua razão de ser, de permanecer na construção de todo o facto punível, no caminho que se percorre até chegar ao crime. Por isso, não é nunca suficiente, em nosso entender, manter o critério estanque da idade, ainda que justificada a sua oscilação de acordo com o argumento da harmonia sistemática, donde, no caso português, ressalta a idade da maioria civil e, no plano internacional, podem encontrar-se inúmeros contributos<sup>81</sup>. O que importa deixar claro é que o problema não se situa no plano dos nomes a dar às coisas. Parece-nos antes que nada obsta a que se fale até em direito penal de crianças e jovens, desde que com regras distintas das do direito penal dos adultos. O que não pode é aceitar-se que, mercê da baliza estabelecida pela inimputabilidade definida no CP português, se viole um dos princípios fundantes do direito penal – é dizer, o princípio da culpa.

Independentemente da posição adoptada relativamente a este princípio e da definição de culpa que se acolha, parece unânime que não se aceita no direito penal actual a aplicação de uma pena sem que haja culpa<sup>82</sup>. Ora, a aferição da culpa não se dá por recurso a critérios formalistas, mas de acordo com aquele que é o modo de ser do agente para com o direito. E isto, independentemente de qualquer idade ou orientação legal. Ao falarmos na culpa como pressuposto da pena, deixamos não só de admitir que esta seja aplicada a quem não tem culpa<sup>83</sup>, como, por outro lado, e afastada, natural-

<sup>81</sup> Desde as já referidas Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores) (1985) e Convenção dos Direitos da Criança (1989), aos Princípios Orientadores de Riade (Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil) (1990) ou às Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade) (1990).

<sup>82</sup> “Desde que a culpa mostra o facto penal como expressão de uma personalidade imputável constitui a base legítima da pena”, nas palavras de MEZGER, Edmund, «A culpa no moderno direito penal», *Separata do BFDUC*, Vol. XXXII, 1957, p. 23.

<sup>83</sup> No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, Madrid, 1980, p. 124.

Referindo-se, mais especificamente, à situação de não estarmos, nem podermos estar, perante a culpa jurídico-penal quando falamos de crianças e jovens, PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Derecho penal de menores como derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 98, 2009, pp. 101 a 121.

mente, a questão das medidas de segurança, na ausência dessa culpa, nos parece posta em causa a legitimidade do próprio direito penal tal como o conhecemos.

Destarte, vistas assim as coisas, parece claro o contributo inestimável que as neurociências poderão dar ao nosso trabalho. Daí que seja também com base nos conhecimentos alcançados relativamente ao desenvolvimento do cérebro humano na fase da vida a que vimos associando a passagem da imputabilidade para a imputabilidade penal que propomos este novo critério. Ele é, por sobre tudo, o que, no que à inimputabilidade penal em razão da idade diz respeito, permitirá alcançar o “más perfecto enjuiciamiento de la culpabilidad humana, así como (...) adaptar la respuesta del sistema (...) a la situación personal real del sujeto”<sup>84</sup>.

A partir o momento em que se aceite a alteração que vimos propondo, o art. 19.º do CP português terá, obrigatoriamente, que ter nova redacção. Assim, e de modo a acolher, sob a mesma epígrafe de “Inimputabilidade em razão da idade”, quer as situações de inimputabilidade absoluta (até aos dezasseis anos), quer todas aquelas em que a imputabilidade depende da condição de se considerar verificada a completude do *intellectus criminalis*, a nossa proposta vai no seguinte sentido:

### Artigo 19.º

#### *Inimputabilidade em razão da idade*

1. Os menores de dezasseis anos são inimputáveis.
2. Os maiores de dezasseis e menores de vinte e um anos são inimputáveis, salvo se se verificar a completude do seu *intellectus criminalis* no momento da prática do facto.
3. Entre os dezasseis e os dezoito anos, é obrigatória a apreciação da condição de imputabilidade prevista no número anterior.

### BIBLIOGRAFIA

- «Adolescent development of the neural circuitry for thinking about intentions», BLAKEMORE, Sarah-Jayne, OUDEN, Hanneke den, CHOUDHURY, Suparna, FRITH, Chris, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2 (2), 2007, pp. 130 a 139.
- AHMED, Saz P., BITTENCOURT-HEWITT, Amanda, SEBASTIAN, Catherine L., «Neuro-cognitive bases of emotion regulation development in adolescence», *Developmental Cognitive Neuroscience*, 15, 2015, pp. 11 a 25.

<sup>84</sup> URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit., pp. 398 e 399.

- ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por imaturidade*, Polic., Coimbra, 2014, pp. 107 e ss. (dissertação de doutoramento depositada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).
- Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final, (Leonor Furtado – Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), Bubok, Março de 2013.
- ANDERSEN, Susan L., PINE, Daniel S., *The Neurobiology of Childhood*, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2014.
- «Are adolescents less mature than adults?: Minors' access to abortion, the juvenile death penalty, and the alleged APA "flip-flop"», STEINBERG, Laurence, *California Psychologist*, Vol. 64 (7), Oct 2009, pp. 583 a 594.
- AROEIRA, Rita Isabel Pedro, *Caracterização espaço-temporal do receptor da glicina no hipocampo de rato*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Faculdade de Ciências – Departamento de Química e Bioquímica, 2009.
- BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Brain development during puberty: state of the science», *Developmental Science*, 9 (1), 2006, pp. 11 a 14;
- \_\_\_\_\_, «Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition», *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47 (3), 2006, pp. 296 a 312.
- BLAKEMORE, Sarah-Jayne, ROBBINS, Trevor W., «Decision-making in the adolescent brain», *Nature Neuroscience*, Vol. 15, n.º 9, September 2012, especialmente pp. 1184 a 1192.
- CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- CARVALHO, Maria João Leote de, *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010.
- CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», *Behavioral Sciences and the Law*, 18 (6), 2000, pp. 741 a 760.
- CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 3, 2011, pp. pp. 351 a 391.
- COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

- DAMASIO, António R., *O Erro de Descartes: Emoção, razão e Cérebro Humano*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011.
- DELGADO EGIDO, Begoña, CONTRERAS FELIPE, Antonio, *Desarrollo social y emocional, La segunda infância: desde los seis a los doce años*, 12, disponível em [http://coepsabi.educa.aragon.es/descargas/H\\_Recursos/h\\_1\\_Psicol\\_Educacion/h\\_1.2.Aspectos\\_sociales/02.Desarrollo\\_social\\_emocional.pdf](http://coepsabi.educa.aragon.es/descargas/H_Recursos/h_1_Psicol_Educacion/h_1.2.Aspectos_sociales/02.Desarrollo_social_emocional.pdf)
- DELUCA, Jenn, «Kohlberg's theory of moral development: theory synthesis», Bridgewater State University, disponível em [http://www.jenndeluca.com/wp-content/uploads/2011/02/CNSA-Theory\\_Moral-Development.pdf](http://www.jenndeluca.com/wp-content/uploads/2011/02/CNSA-Theory_Moral-Development.pdf)
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;
- , *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (3.ª reimpressão).
- «Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., *Journal of Cognitive Neuroscience*, 21:9, Massachusetts Institute of Technology, 2008, pp. 1821 a 1833.
- DORNELES, Caroline Lacerda, CARDOSO, Aliana Anghinoni, CARVALHO, Fernanda Antoniolio Hammes de, «A educação de jovens e adultos na perspectiva das neurociências», *Revista de Psicopedagogia*, Vol. 29, n.º. 89, 2012, pp. 244 a 255.
- DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Menores, mas imputáveis: que protecção?», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação "Protecção de Menores" – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 387 a 395.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, Publicações da Universidade Católica, 2005.
- GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, 1997, pp. 577 a 620;
- , «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 a 1385.

- \_\_\_\_\_, *A criança, a família e o direito. De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.
- GUERRA, Paulo, «Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais - execução e acompanhamento», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 183 a 193.
- HARTLEY, Catherine A., SOMERVILLE, Leah H., «The neuroscience of adolescent decision-making», *Current Opinion in Behavioral Sciences, ScienceDirect*, 5, 2015, pp. 108 a 115.
- HASSEMER, Winfried, «Neurociencias y culpabilidad en derecho penal», In *Dret - Revista para el análisis del derecho*, 2, Barcelona, 2011, disponível em [www.in-dret.com](http://www.in-dret.com)
- «Hippocampal atrophy in recurrent major depression», SHELINE, Y. I., WANG, P. W., GADO, M. H., CSERNANSKY, J. G., VANNIER, M. W., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 93(9), 1996, pp. 3908 a 3913.
- «Improved memory functioning and frontal lobe maturation between childhood and adolescence: a structural MRI Study», SOWELL, Elisabeth R., DELIS, Dean, STILES, Joan, JERNIGAN, Terry L., *Journal of the International Neuropsychological Society*, 7, 2001, pp. 312 a 322.
- «Increased Amygdala: Hippocampal Volume Ratios Associated with Severity of Anxiety in Pediatric Major Depression», MACMILLAN, Shauna, SZESZKO, Philip R., MOORE, Gregory J., MADDEN, Rachel, LORCH, Elisa, IVEY Jennifer, BANERJEE, S. Preeya, ROSENBERG, David R., *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, Vol. 13, n.º 1, Março de 2003, pp. 65 a 73.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. de Manuel Cancio Meliá), Cuadernos de Conferências y Artículos, N.º 16, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, New York, T. Lickona, 1976.
- KOHLBERG, Lawrence, HERSH, Richard H., «Moral development: a review of the theory», *Theory into Practice*, Vol. 16, n.º 2, April 1977, pp. 53 a 59.
- LARIZZA, Sílvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova série, Vol. 114, Cedam, 2005.
- «Legal, Individual, and Environmental Predictors of Court Disposition in a Sample of Serious Adolescent Offenders», CAUFFMAN, Elisabeth, PIQUERO, Alex R.,

- KIMONIS, Eva, STEINBERG, Laurence, CHASSIN, Laurie, FAGAN, Jeffery, *Law and Human Behavior*, 31(6), Dec. 2007, pp. 519 a 535.
- MARTINEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade. (In)capacidade e Cuidado parental*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- «Maternal support in early childhood predicts larger hippocampal volumes at school», LUBY, Joan L., BARCH, Deanna M., BELDEN, Andy, GAFFREY, Michael S., TILLMAN, Rebecca, BABB, Casey, NISHINO, Tomoyuki, SUZUKI, Hideo, BOTTERON, Kelly N., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 109, n.º 8, 2012, pp. 2854 a 2859.
- MEZGER, Edmund, «A culpa no moderno direito penal», Separata do BFDUC, Vol. XXXII, 1957.
- NEVES, A. Castanheira, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Separata do número especial do BFDUC – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” – Vol. I, 1984, Coimbra, 1988.
- OFSTEDAL, Mary Beth, FISHER, Gwenith G., HERZOG, A. Regula, «Documentation of Cognitive Functioning Measures in the Health and Retirement Study», Survey Research Center University of Michigan, Ann Arbor, MI, HRS Documentation Report DR-006, March, 2005, disponível em <http://hrsonline.isr.umich.edu/site-docs/userg/dr-006.pdf>
- PALMA, Maria Fernanda, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», *Sub Judice*, 11, Janeiro/Junho 1996, p. 61 a 64.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Derecho penal de menores como derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 98, 2009, pp. 101 a 121.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico – penal de los menores infractores – LO 8/2006 (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, 24.ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1999.
- «Puberty-related influences on brain development», GIEDD, Jay N., CLASEN, Liv S., LENROOT, Rhoshel, GREENSTEIN, Dede, WALLACE, Gregory L., ORDAZ, Sarah, MOLLOY, Elisabeth A., BLUMENTHAL, Jonathan D., TOSSELL, Julia W., STAYER, Catherine, SAMANGO-SPROUSE, Carole A., SHEN, Dinggang, DAVATZIKOS, Christos, MERKE, Deborah, CHROUSOS, George P., *Molecular and Cellular Endocrinology*, 254-255, 2006, pp. 154 a 162.

- QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, Lisboa, Quid Iuris, 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – um novo ou realidade?», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 3, 1997, pp. 355 a 386.
- SALZMAN, C. Daniel, FUSI, Stefano, «Emotion, Cognition, and Mental State Representation in Amygdala and Prefrontal Cortex», *Annual Review of Neuroscience*, 33, 2010, pp. 173 a 202.
- STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, Madrid, 1980.
- TEFFER, Kate, SEMENDEFERI Katerina, «Human prefrontal cortex: Evolution, development, and pathology», in *Progress in Brain Research*, (capítulo 9), Vol. 195, 2009, pp. 191 a 218.
- «The competence-related abilities of adolescent defendants in criminal courts», POYTHRESS, Norman, LEXCEN, Frances J., GRISSE, Thomas, STEINBERG, Laurence, *Law and Human Behavior*, Vol. 30, n.º 1, February 2006, pp. 75 a 92.
- URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao – Granada, Comares, 2004;
- \_\_\_\_\_, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, Editorial Comares, 2009.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, «La política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes», *Cahiers de Défense Sociale*, 2003, pp. 328 a 334.